

**Geschäftsleitung der Regierungsstatthalterinnen
und Regierungsstatthalter**

21. März 2018

Kontaktstelle

Geschäftsstelle der Regierungsstatthalterämter
Scheibenstrasse 3
3600 Thun
Telefon 031 635 98 87
E-Mail: rsta.geschaeftsstelle@jgk.be.ch

Empfänger

Einwohner- und Gemischte Gemeinden
Regierungsstatthalterämter
Diverse Abonnenten

Information

**Praxishilfe Zweitwohnungsgesetzgebung:
Baubewilligungsverfahren und Baupolizei**



1. Einleitung

1.1 Ausgangslage und Zweck

Das Bundesgesetz über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG¹) und die zugehörige Zweitwohnungsverordnung (ZWV²) sind seit 1. Januar 2016 in Kraft. Die Praxishilfe soll den Baubewilligungsbehörden (Gemeinden und Regierungsstatthalterämter) und weiteren Interessierten eine Übersicht über die Gesetzgebung über Zweitwohnungen (ZWG und ZWV) geben und zu einer möglichst einheitlichen Gesetzesanwendung beitragen, bis eine gefestigte Gerichtspraxis besteht.

Die Praxishilfe stützt sich auf den Text von Zweitwohnungsgesetz und zugehöriger Ausführungsverordnung (sowie deren Erläuterung³), auf die Materialien zum ZWG⁴ sowie punktuell auf die Verwaltungs- und Gerichtspraxis unter der vom Bundesrat per 1. Januar 2013 in Kraft gesetzten, bis zum Inkrafttreten des ZWG übergangsweise geltenden Zweitwohnungsverordnung (aZWV⁵). Rechtlich massgebend sind die Gesetzestexte (ZWG, ZWV) sowie die künftige Gerichtspraxis.

¹ Bundesgesetz vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702).

² Verordnung vom 4. Dezember 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsverordnung, ZWV; SR 702.1).

³ Erläuterungen des Bundesamts für Raumentwicklung (ARE) zur Zweitwohnungsverordnung vom 18. November 2015 (im Folgenden: Erläuterungen ZWV).

⁴ Botschaft des Bundesrats vom 19. Februar 2014 zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen (im Folgenden: Botschaft ZWG; BBl 2014 S. 2287 ff.) und amtliches Bulletin National- und Ständerat (Geschäft Nr. 14.023).

⁵ Verordnung vom 22. August 2012 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsverordnung, aZWV; SR 702).

1.2 Adressaten

Zweitwohnungsgemeinden: Angesprochen sind insbesondere die Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent (vgl. dazu den Anhang).

Alle Gemeinden: Immerhin ist aber jede Gemeinde – auch solche mit einem Zweitwohnungsanteil von 20 Prozent oder weniger – verpflichtet, dem Bundesamt für Statistik (BFS) ihre Einwohnerdaten jährlich jeweils per Stichtag 31. Dezember zu liefern und das Gebäude- und Wohnungsregister (GWR) nachzuführen

Erstellung des Wohnungsinventars und Feststellung des Zweitwohnungsanteils: Informationen zu diesen von allen Gemeinden zu beachtenden Pflichten nach ZWG finden sich in der BSIG Information „Erstellung des Wohnungsinventars und Feststellung des Zweitwohnungsanteils“ vom 27. Januar 2016 (BSIG Nr. 7/721.0/15.1), sowie in der Weisung der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion vom 16. Dezember 2015 „Grundbuchliche Übertragung von Anmerkungen (‘Erstwohnung‘, ‚touristisch bewirtschaftete Wohnung‘, ‚Zweckentfremdungsverbot gemäss Erstwohnungsanteilsvorschriften‘) auf später begründete Stockwerkseinheiten / abparzellierte Grundstücke“ (BSIG Nr. 2/215.321.2/1.1).

1.3 Weitergehende Informationen

1.3.1. Kommentare

Wolf Stephan / Pfammatter Aaron (Herausgeber); Zweitwohnungsgesetz (ZWG) unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), Bern, 2017

1.3 2. Aufsätze etc.

Alig Jonas, Das Zweitwohnungsgesetz, Jusletter 1. Dezember 2014

Alig Jonas, Das Zweitwohnungsgesetz, ZBI 2016, S. 227 ff.

Alig Jonas, Der Wohnungsbegriff des Zweitwohnungsgesetzes (ZWG), Jusletter 30. Mai 2016

Bianchi François, La lois sur les résidences secondaires, une première approche, ZBGR 96 2015, S. 293ff.

Dettwiler Emanuel, Der Entwurf des Zweitwohnungsgesetzes, Die Ausnahme als Regel, SJZ 2014, S. 341ff.

Gächter Thomas, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, Habil. Zürich 2015

Galbraith Louisa, Plausibilität der Nutzung als Erstwohnung, dRSK vom 15. Oktober 2015

Gäumann Stefan/Stöhr Andrea Franco, Die Querfinanzierung von strukturierten Beherbergungsbetrieben gemäss Zweitwohnungsgesetz, Baurecht 2016, S. 271ff.

Höfler Stefan, Uhlmann Felix, Boxler Adrian, Der „Monsterparagraph“ – wie (un-)verständlich ist er wirklich?, leGes – Gesetzgebung und Evaluation, 1/2017, S. 97ff.

Küenzi Bruno, Das neue Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – Umsetzung im Kanton Bern ab 2016, KPG-Bulletin 1/2016, S. 8ff.

Spori Niklaus, Das neue Zweitwohnungsgesetz, eine Übersicht, KPG-Bulletin 1/2016, S. 1ff.

Waldmann Bernhard, Zweitwohnungsbau: Zulässigkeit von Zweitwohnungen die auf einem früheren projektbezogenen Sondernutzungsplan beruhen, Baurecht 2016, S. 90ff.

Zufferey Jean-Baptiste, Let lit „tièdes“ en matière de résidences secondaires, BR 2016, S. 281ff.

1.3 3. Praxishilfen

Anwendungshilfen des Bundesamts für Raumentwicklung (ARE) unter <http://www.are.admin.ch>

Vollzugshilfe des Departements für Volkswirtschaft und Soziales Graubünden zu ZWG und ZWV (seit 2016)

Überarbeitung der BSIG

Die vorliegende BSIG Weisung wurde von der Geschäftsleitung der Regierungsrätinnen und Regierungsräte am 26. Januar 2016 erlassen und am 21. März 2018 revidiert.

1.4 Inhaltsübersicht und Gliederung

1.4.1 Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----------|
| 1. Einleitung | 1 |
| 1.1 Ausgangslage und Zweck..... | 1 |
| 1.2 Adressaten..... | 2 |
| 1.3 Weitergehende Informationen | 2 |
| 1.3.1 Kommentare..... | 2 |
| 1.3.2 Aufsätze etc..... | 2 |
| 1.3.3Praxishilfen..... | 3 |
| 1.4 Inhaltsübersicht und Gliederung | 4 |
| 1.4.1 Inhaltsübersicht..... | 4 |
| 1.4.2 Gliederung | 5 |
| 2. Geltungsbereich und Definitionen | 6 |
| 2.1 Örtlicher und sachlicher Geltungsbereich..... | 6 |
| 2.2 Definitionen | 7 |
| 2.2.1 Wohnung | 7 |
| 2.2.2 Erstwohnung..... | 8 |
| 2.2.3 Den Erstwohnungen gleichgestellte Wohnungen | 10 |
| 2.2.4 Zweitwohnungen | 12 |
| 3. Grundsatz: Verbot neuer Zweitwohnungen | 13 |
| 4. Bau von neuen Wohnungen | 14 |
| 4.1 Wohnungen mit Nutzungsbeschränkungen..... | 14 |
| 4.1.1 Erstwohnungen..... | 14 |
| 4.1.2 Einliegerwohnungen | 15 |
| 4.1.3 Wohnungen in strukturierten Beherbergungsbetrieben..... | 17 |
| 4.1.4 Veranlassung der Grundbucheintragung | 20 |
| 4.2 Neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung..... | 22 |
| 4.2.1 Unbewirtschaftete Wohnungen bei Hotelneu- und -umbauten..... | 22 |
| 4.2.2 Umnutzung von Hotelzimmern zu unbewirtschafteten Wohnungen (altrechtliche Hotels) | 25 |
| 4.2.3 Neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen in geschützten Bauten | 27 |
| 5. Bauliche und nutzungsmässige Änderungen von Wohnungen | 31 |
| 5.1 Altrechtliche Wohnungen | 31 |
| 5.1.1 Begriff | 31 |
| 5.1.2 Bauliche und nutzungsmässige Änderungen..... | 33 |
| 5.1.3 Massnahmen bei Missbrauch und unerwünschten Entwicklungen | 36 |
| 5.2 Nutzungsänderungen und Sistierung von Nutzungsbeschränkungen | 37 |
| 5.2.1 Änderungen von Nutzungsbeschränkungen | 37 |
| 5.2.2 Sistierung von Nutzungsbeschränkungen..... | 39 |
| 5.2.2.1 Sistierung infolge besonderer Umstände | 39 |

| | | |
|--|--|-----------|
| 5.2.2.2 | Sistierung infolge Unvermietbarkeit | 41 |
| 6. | Vollzug | 44 |
| 6.1 | Aufsichtsbehörde | 44 |
| 6.2 | Meldepflichten | 45 |
| 6.3 | Amtliche Massnahmen und deren Durchführung bei unrechtmässiger Nutzung | 47 |
| 6.4 | Evaluation | 50 |
| 6.5 | Verfahrensfragen | 51 |
| 6.6 | Strafbestimmungen..... | 54 |
| 7. | Übergangsbestimmungen | 56 |
| 7.1 | Zeitlicher Geltungsbereich | 56 |
| 7.2 | Projektbezogene Sondernutzungspläne..... | 58 |
| 7.3 | Vorabklärungen vor dem 18. Dezember 2007..... | 59 |
| Anhang : Gemeinden im Kanton Bern mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent ... | | 60 |

1.4.2 Gliederung

Die Ausführungen zu den einzelnen Themen dieser Praxishilfe sind wie folgt gegliedert:

| |
|---|
| Wiedergabe der gesetzlichen Grundlage (ZWG, ZWV, ..) |
| Information/Auslegungshilfe mit Quellenangabe (z.B. Bundesgerichtsent- scheid / Bundesblatt) und weitere Hinweise. |

2. Geltungsbereich und Definitionen

2.1 Örtlicher und sachlicher Geltungsbereich⁶

Art. 1 ZWG

Dieses Gesetz regelt die Zulässigkeit des Baus neuer Wohnungen sowie der baulichen und nutzungsmässigen Änderung bestehender Wohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent.

Art. 1 ZWG regelt den örtlichen und sachlichen Bereich des ZWG nicht abschliessend.⁷ Er knüpft vielmehr an den in Art. 75b BV formulierten Verfassungsauftrag an.

Örtlicher Geltungsbereich: Das Zweitwohnungsgesetz kommt in Gemeinden zur Anwendung, die einen Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent aufweisen.⁸

Sachlicher Geltungsbereich: Das Gesetz regelt insbesondere zweierlei:

- die Zulässigkeit des Baus neuer Wohnungen (Art. 6-9 ZWG);
- die Zulässigkeit der baulichen und nutzungsmässigen Änderungen bestehender Wohnungen (Art. 10-12 ZWG).

Anwendbarkeit des ZWG: Damit das Zweitwohnungsgesetz im Zusammenhang mit einem konkreten Baugesuch zur Anwendung kommt, müssen – neben den zeitlichen – mithin insbesondere folgende Voraussetzungen gegeben sein:

- Die betroffene Liegenschaft liegt in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20%;
- Gegenstand des Baugesuchs (Neubau oder bauliche und/oder Nutzungsänderung) ist eine Wohnung im Sinne von Art. 2 ZWG.

⁶ Zum zeitlichen Geltungsbereich vgl. Ziffer 7.1 hienach.

⁷ Vgl. dazu Ziffer 1.2 hievov.

⁸ Zu den Einzelheiten vgl. die BSIG Information „Erstellung des Wohnungsinventars und zur Feststellung des Zweitwohnungsanteils“ vom 27. Januar 2016 (BSIG Nr. 7/721.0/15.1)

2.2 Definitionen

2.2.1 Wohnung

Art. 2 Abs. 1 ZWG

¹ Eine Wohnung im Sinne dieses Gesetzes ist eine Gesamtheit von Räumen, die:

- a. für eine Wohnnutzung geeignet sind;
- b. eine bauliche Einheit bilden;
- c. einen Zugang entweder von aussen oder von einem gemeinsam mit anderen Wohnungen genutzten Bereich innerhalb des Gebäudes haben;
- d. über eine Kocheinrichtung verfügen; und
- e. keine Fahrnis darstellen.

Definition der Wohnung: Da der sachliche Geltungsbereich des ZWG (vgl. Ziffer 2.1 hievore) an den zweiwohnungsrechtlichen Begriff der Wohnung anknüpft, kommt dessen Definition wesentliche Bedeutung zu.

Gesamtbetrachtung: Die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 ZWG Buchstaben a-e müssen kumulativ erfüllt sein. Auch ein einzelner Raum, der die Merkmale der Buchstaben a bis e erfüllt, kann eine Wohnung sein.⁹ Räumlichkeiten, die zum Zeitpunkt der Abstimmung vom 11. März 2012 als Wohnungen genutzt wurden, gelten als Wohnungen. Entscheidend ist die Nutzung.

Eignung für Wohnnutzung (Buchstabe a): Ob Räume kurzfristig oder dauerhaft vermietet werden ist nicht entscheidend. Ebenso gilt dies für eine vorübergehende anderweitige Nutzung.^{10 11}

Zugang von aussen (Buchstabe c): Als Zugang von aussen gilt eine eigene Zugangstüre, als ein gemeinsam mit anderen Wohnungen genutzter Bereich innerhalb des Gebäudes beispielsweise ein Treppenhaus.¹²

Kochgelegenheit (Buchstabe d): Das Merkmal der Kochgelegenheit dient der Abgrenzung zu Einzelzimmern in Altersheimen, Mansarden, Hotels etc. Nur fest installierte Anlagen mit Spülbecken, die zur Vorbereitung von Mahlzeiten dienen, gelten als Kocheinrichtung. Auch wenn bloss technische Installationen vorhanden sind, die einen nachträglichen Einbau von Kocheinrichtungen erlauben, ist das Kriterium erfüllt. Bei Neubauten für Wohnzwecke muss die Baubewilligungsbehörde deshalb anhand der Baupläne im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens die Möglichkeit eines nachträglichen Einbaus einer Kocheinrichtung kritisch prüfen.¹³

Fahrnisbauten (Buchstabe e): Bewegliche Behausungen wie Wohnmobile und Wohnwagen gelten nicht als „Wohnungen“, auch wenn sie fest installiert sind. Verfügen Bauten über eine Fundamentplatte, gelten sie hingegen nicht mehr als Fahrnisbauten.¹⁴

⁹ Botschaft ZWG, BBI 2014, S. 2297.

¹⁰ Botschaft ZWG, BBI 2014, a.a.O.

¹¹ Verkaufs- und Gewerbelokale, Garagen, Ställe und Bauruinen fallen nicht unter den Wohnungsbegriff, solange sie nicht zu Wohnzwecken verwendet werden. Andernfalls sind sie als Wohnungen zu behandeln (so auch: Vollzugshilfe des Kantons Graubünden zu Art. 2 ZWG)

¹² Botschaft ZWG, BBI 2014, a.a.O.

¹³ Botschaft ZWG, BBI 2014, S. 2298.

¹⁴ Botschaft ZWG, BBI 2014, a.a.O.

2.2.2 Erstwohnung

Art. 2 Abs. 2 ZWG

² Eine Erstwohnung im Sinne dieses Gesetzes ist eine Wohnung, die von mindestens einer Person genutzt wird, die gemäss Artikel 3 Buchstabe b des Registerharmonisierungsgesetzes vom 23. Juni 2006¹⁵ in der Gemeinde, in der die Wohnung liegt, niedergelassen ist.

Art. 3 Bst. b RHG

² In diesem Gesetz bedeuten:

Niederlassungsgemeinde: Gemeinde, in der sich eine Person in der Absicht dauernden Verbleibens aufhält, um dort den Mittelpunkt ihres Lebens zu begründen, welcher für Dritte erkennbar sein muss; eine Person wird in derjenigen Gemeinde als niedergelassen betrachtet, in der sie das erforderliche Dokument hinterlegt hat, und kann nur eine Niederlassungsgemeinde haben.

Definition der Erstwohnung: Als Erstwohnung gilt eine Wohnung, die von mindestens einer Person genutzt wird bzw. gemäss der Grundbuchanmerkung genutzt werden muss, die in der betreffenden Gemeinde genau an dieser Adresse niedergelassen ist (Art. 3 RHG).

Wohnsitz nach Registerharmonisierungsgesetz: Der Wohnsitz nach RHG ist nicht in jedem Fall identisch mit dem zivilrechtlichen oder dem steuerrechtlichen Wohnsitz, auch wenn die Definitionen sehr ähnlich sind.

Wohnsitz nach kommunalen Erstwohnungsanteilsvorschriften: Gemeinden, die gestützt auf Art. 71a BauG¹⁶ über eigene Erstwohnungsanteilsvorschriften verfügen, verlangen oft, dass eine Erstwohnung durch eine Person dauernd zu nutzen ist, die ihren steuerrechtlichen und zivilrechtlichen Wohnsitz nach Art. 23 ZGB¹⁷ in der Gemeinde hat. Wohnsitz nach Art. 23 ZGB hat eine Person „an dem Orte, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält“, wobei „der Aufenthalt zum Zweck der Ausbildung oder die Unterbringung einer Person in einer Erziehungs- oder Pflegeeinrichtung, einem Spital oder einer Strafanstalt für sich allein keinen Wohnsitz“ begründet. Nach der Gerichtspraxis ist dabei die Absicht des dauernden Verbleibens von entscheidender Bedeutung¹⁸. Diese Absicht muss für Dritte erkennbar sein.¹⁹ Damit unterscheiden sich unter Umständen der Wohnsitz nach ZWG und derjenige nach den kommunalen Erstwohnungsanteilsvorschriften.

Nachweis des Wohnsitzes: Wer einen bestimmten Wohnsitz geltend machen will, ist dafür beweispflichtig. Die im Verwaltungsprozess geltende Untersuchungsmaxime ändert nichts an der Beweislastverteilung.²⁰ Nebst der Anmeldung bei der Gemeinde mit der Hinterlegung der erforderlichen Dokumente muss die Begründung des Wohnsitzes bzw. die Verlegung des Lebensmittel-

¹⁵ Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister (Registerharmonisierungsgesetz; RHG; SR 431.02).

¹⁶ Baugesetz vom 9. Juni 1985; BSG 721.0.

¹⁷ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 2007; SR 210.

¹⁸ Vgl. z.B. BGE 121 I 14 E 4.a) mit Verweisen.

¹⁹ BGE 136 II 405 E 4.3.

²⁰ Fabian Moesching, in: Wolf/Pfammatter, Kommentar zum ZWG, Bern 2017, N 15 zu Art. 2 ZWG

punktes in die neue Niederlassungsgemeinde gestützt auf die Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls aus objektiver Sicht plausibel erscheinen. Gestützt auf die Formulierung in Art. 3 Bst. b RHG ist die Begründung bzw. Verlegung des Lebensmittelpunkts in einer Zweitwohnungsgemeinde dann zu bejahen, wenn für einen unbefangenen Dritten der Eindruck entsteht, dass die betroffene Person entweder den Hauptteil ihrer Zeit (und nicht bloss die Freizeit und/oder Ferien) in der Zweitwohnungsgemeinde verbringt oder sofern aufgrund anderer Kriterien (aktive berufliche oder ausserberufliche Betätigung am neuen Niederlassungsort) plausibel erscheint, dass die Person ihren Lebensmittelpunkt neu hierher verlegt hat.²¹

Erstwohnungen müssen lediglich von mindestens einer Person genutzt werden, welche ihren Lebensmittelpunkt am Standort der Erstwohnung hat. Bei Ehepaaren mit getrennten Wohnsitzen wird allerdings aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu prüfen sein, ob die getrennten Wohnsitze plausibel sind oder ob nicht eine Gesetzesumgehung vorliegt. Die Beurteilung hängt dabei auch stark davon ab, wie glaubhaft es erscheint, dass der Ehemann seinen Lebensmittelpunkt tatsächlich in die Zweitwohnungsgemeinde verlegt

Die Verlegung des Wohnsitzes des Eigentümers ändert nichts daran, dass er die Wohnung weiterhin nur als Erstwohnung nutzen oder einer der Nutzung als Erstwohnung gleichgestellten Nutzung gebrauchen darf. Sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, kommt allenfalls eine Sistierung der Nutzungsbeschränkung infolge besonderer Umstände (Art. 14 Abs. 1 Buchstabe a ZWG) oder infolge Unvermietbarkeit (Art. 14 Abs. 1 Buchstabe b ZWG) in Frage.

²¹ Zur Auslegung des Begriffs „Lebensmittelpunkt“ kann auch auf den zivilrechtlichen Wohnsitz gemäss Art. 23 des Zivilgesetzbuches und die dazugehörige Literatur und Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

2.2.3 Den Erstwohnungen gleichgestellte Wohnungen

Art. 2 Abs. 3 ZWG

³ Erstwohnungen gleichgestellt sind Wohnungen, die

- a. zu Erwerbs- oder Ausbildungszwecken dauernd bewohnt werden;²²
- b. von einem Privathaushalt dauernd bewohnt werden, der im gleichen Gebäude eine andere Wohnung dauernd bewohnt;²³
- c. von Personen dauernd bewohnt werden, die sich nicht beim Einwohneramt melden müssen, insbesondere von diplomatischem Personal und Asylsuchenden;
- d. seit höchstens zwei Jahren leer stehen, bewohnbar sind und zur Dauermiete oder zum Kauf angeboten werden (Leerwohnungen);²⁴
- e. zu landwirtschaftlichen Zwecken genutzt werden und wegen der Höhenlage nicht ganzjährig für landwirtschaftliche Zwecke zugänglich sind;²⁵
- f. durch Unternehmen zur kurzzeitigen Unterbringung von Personal genutzt werden;²⁶
- g. als Dienstwohnungen für Personen, die insbesondere im Gastgewerbe, in Spitälern und in Heimen tätig sind, genutzt werden;
- h. rechtmässig vorübergehend anders als zum Wohnen genutzt werden.²⁷

Den Erstwohnungen gleichgestellte Wohnungen: Art. 2 Abs. 3 ZWG stellt bestimmte Wohnnutzungen der Nutzung als Erstwohnung gleich. Wohnungen, die den Erstwohnungen gleichgestellt sind, zählen nicht zu den Zweitwohnungen.

Wohnungen zu Erwerbs- und Ausbildungszwecken: Bei Selbstständigerwerbenden ist zu fordern, dass sie einen wesentlichen Teil ihrer beruflichen Tätigkeit neu von der Zweitwohnungsgemeinde aus betreiben und ihr Büro/ihren Betrieb in der Zweitwohnungsgemeinde (oder deren näheren Umgebung) entsprechend einrichten. Ergänzend kann auch auf den Handelsregistereintrag abgestellt werden. Besteht das (Zweig)Büro/der (Zweig)Betrieb in der Zweitwohnungsgemeinde in erster Linie aus einem Briefkasten und einem Telefonanschluss (etc.) oder betreibt der Selbstständigerwerbende seine berufliche Tätigkeit weiterhin grösstenteils von seinem bisherigen Sitz aus, ist von einer Gesetzesumgehung auszugehen. Die vom Gesetzgeber aufgestellten Hürden sind relativ hoch. Soweit ersichtlich ist man vom Modell des Wochenaufenthalters ausgegangen, der sich an den Arbeitstagen überwiegend bis dauernd in der Zweitwohnungsgemeinde aufhält.

²² Es handelt sich insbesondere um von Wochenaufenthaltern benutzte Wohnungen (Botschaft ZWG, BBI 2014, S. 2298).

²³ Wenn z.B. eine Grossfamilie im gleichen Gebäude zwei oder mehrere Wohnungen belegt (Botschaft ZWG, BBI 2014, S. 2298).

²⁴ Als Leerwohnungen im Sinne dieser Bestimmung gelten nur leer stehende Wohnungen, die neu erstellt wurden oder die zuletzt als Erstwohnungen genutzt wurden. Nicht als Leerwohnungen gelten Wohnungen, die schon länger als ein Jahr leer stehen sowie leer stehende Zweitwohnungen (Botschaft ZWG, BBI 2014, S. 2298f.).

²⁵ Es geht insbesondere um Wohnungen, die zu Zwecken der Alpwirtschaft genutzt werden (Botschaft ZWG, BBI 2014, S.2299).

²⁶ Insbesondere Wohnungen, die hauptsächlich von Saisoniers und temporären Hilfskräften in der Landwirtschaft genutzt werden (Botschaft ZWG, a.a.O.).

²⁷ Eine Nichtwohnnutzung (Büro, Praxis) gilt dann als vorübergehend, wenn es keine baulichen Massnahmen braucht, um wieder in der Wohnung zu wohnen (Botschaft ZWG, BBI 2014, a.a.O.).

Bei unselbstständig Erwerbstätigen ist zu fordern, dass sie ihren Arbeitsort in der Zweitwohnungsgemeinde oder deren näheren Umgebung haben und dass sie unter der Woche bzw. an ihren Arbeitstagen in der Regel in der Wohnung in der Zweitwohnungsgemeinde übernachten. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen der Lebensmittelpunkt in der Zweitwohnungsgemeinde anderweitig glaubhaft gemacht werden kann.

Leerwohnungen: Als Leerwohnungen gelten nur Wohnungen, die neu erstellt wurden oder die zuletzt als Erstwohnung genutzt worden sind. Wird eine solche Wohnung nicht auf dem Markt zur Dauermiete oder zum Kauf angeboten oder wird sie seit mehr als zwei Jahren erfolglos auf dem Markt angeboten, zählt sie nicht mehr als einer Erstwohnung gleichgestellte Wohnung.²⁸

Landwirtschaftliche Nutzung: Klassische Beispiele sind Weidhäuser und Alphütten. Fällt die landwirtschaftliche Nutzung weg, gelten diese Liegenschaften als Zweitwohnungen.²⁹

Gemeinden mit Erstwohnungsanteilsvorschriften: Gemeinden, die weiterhin über eigene Erstwohnungsanteilsvorschriften nach Art. 71a BauG verfügen, können die nach Art. 2 Abs. 3 ZWG den Erstwohnungen gleichgestellten Wohnungen ebenfalls den kommunalen Erstwohnungen gleichstellen, sie müssen es aber nicht. Wenn sie auf eine Gleichstellung verzichten, dürfen solche Wohnungen nur unter den im kommunalen Recht definierten Voraussetzungen bewilligt werden (z.B. wenn der minimale Erstwohnungsanteil nach Baureglement eingehalten bleibt).

²⁸ a. A.: Fabian Moesching, in: Wolf/Pfammatter, Kommentar zum ZWG, Bern 2017, N 20 zu Art. 2 ZWG

²⁹ Fabian Moesching, in: Wolf/Pfammatter, Kommentar zum ZWG, Bern 2017, N 21 zu Art. 2 ZWG

2.2.4 Zweitwohnungen

Art. 2 Abs. 4 ZWG

⁴ Eine Zweitwohnung im Sinne dieses Gesetzes ist eine Wohnung, die weder eine Erstwohnung ist noch einer Erstwohnung gleichgestellt ist.

Negative Definition der Zweitwohnung: Das Zweitwohnungsgesetz definiert die Zweitwohnungen negativ. Es erklärt alle Wohnungen als Zweitwohnungen, die nicht entweder eine Erstwohnung oder einer Erstwohnung gleichgestellt sind. Als Zweitwohnungen gelten damit auch touristisch bewirtschaftete Wohnungen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchstabe b in Verbindung mit Absatz 2 Buchstabe a und b ZWG.

Als spezielle Untergruppe der Zweitwohnungen fallen sie jedoch nicht unter das Verbot neuer Zweitwohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent.

3. Grundsatz: Verbot neuer Zweitwohnungen

Art. 6 ZWG

¹ In Gemeinden, in denen der nach Artikel 5 festgestellte Zweitwohnungsanteil über 20% liegt, dürfen keine neuen Zweitwohnungen bewilligt werden. Liegt dieser Anteil unter 20% und hätte die Erteilung einer Baubewilligung zur Folge, dass die Gemeinde den Zweitwohnungsanteil von 20% überschreiten würde, so darf die Bewilligung nicht erteilt werden.

² Vorbehalten bleibt die Erstellung neuer Wohnungen nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b³⁰ und nach Artikel 8³¹, 9³², 26³³ oder 27³⁴.

Verbot neuer Zweitwohnungen: Art. 6 ZWG konkretisiert den Kerngehalt von Art. 75b BV. Das Verbot des Baus neuer Zweitwohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20% umfasst insbesondere³⁵:

- Neubau einer nicht als Einliegerwohnung oder im Rahmen eines strukturierten Beherbergungsbetriebs genutzten Wohnung;
- Umnutzung von bisher gewerblich, landwirtschaftlich etc. genutzten Räumlichkeiten zu Zweitwohnungen;
- Umnutzung/Erweiterung einer altrechtlichen Wohnung, die über das in Art. 11 Abs. 1-3 ZWG festgelegte Mass hinausgeht.

³⁰ Touristisch bewirtschaftete Wohnungen (vgl. Ziffern 4.1.2 und 4.1.3 hienach).

³¹ Wohnungen im Zusammenhang mit strukturieren Beherbergungsbetrieben (vgl. Ziffer 4.2.1 hienach).

³² Neue Wohnungen in geschützten Bauten (vgl. Ziffer 4.2.2 hienach).

³³ Zweitwohnungen gestützt auf einen vor dem 11. März 2012 rechtskräftig genehmigten Sondernutzungsplan (vgl. Ziffer 7.2 hienach).

³⁴ Zweitwohnung gestützt auf eine vor dem 18. Dezember 2007 ohne Vorbehalt positiv beantwortete Voranfrage (vgl. Ziffer 7.3 hienach).

³⁵ Vorbehalten bleiben zudem die Bestimmungen über Neubauten (Art. 8-9 ZWG; vgl. Ziffer 4 hienach) und betreffend Änderung altrechtlicher Wohnungen (Art. 10-12 ZWG; vgl. Ziffer 5 hienach).

4. Bau von neuen Wohnungen

4.1 Wohnungen mit Nutzungsbeschränkungen

4.1.1 Erstwohnungen

Art. 7 ZWG

¹ In Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20% dürfen neue Wohnungen nur bewilligt werden, wenn sie wie folgt genutzt werden:

- a. Als Erstwohnung oder als Wohnung, die nach Artikel 2 Absatz 3 einer Erstwohnung gleichgestellt ist; oder
- b. *[touristisch bewirtschaftete Wohnungen, Ziffern 4.1.2 und 4.1.3 hienach]*

Bau von Erstwohnungen: Art. 7 Abs. 1 Buchstabe a ZWG hält fest, dass auch in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent neue Wohnungen gebaut werden dürfen, sofern sie als Erstwohnungen genutzt werden.

Anordnung Nutzungsbeschränkung durch Baubewilligungsbehörde: Beim Bau einer neuen Erstwohnung, der nutzungsmässigen Änderung von bisher nicht als Wohnung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 ZWG genutzten Räumlichkeiten zu einer Wohnnutzung sowie bei der Erweiterung einer altrechtlichen Wohnung, die über das in Art. 11 Abs. 3 ZWG festgelegte Mass hinausgeht, ist die Baubewilligungsbehörde verpflichtet, in der Baubewilligung die Nutzungsbeschränkung als „Erstwohnung oder gleichgestellte Wohnung nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a des Gesetzes“ anzuordnen (Art. 7 Abs. 3 ZWG).³⁶

Nutzungsbeschränkung Erstwohnung und Rechtsmissbrauch: Das Bundesgericht hat sich bereits in mehreren Urteilen zur Gefahr des Rechtsmissbrauchs im Zusammenhang mit dem Bau von Erstwohnungen in Zweitwohnungsgemeinden geäußert.³⁷ Massgebend ist die Beurteilung im Einzelfall, ob eine Nutzung als Erstwohnung plausibel erscheint. Anhaltspunkte für eine mögliche Umgehung der Zweitwohnungsvorschriften sind die Bevölkerungsentwicklung sowie Angebot und Nachfrage auf dem Erstwohnungsmarkt etc. ob eine Nutzung als Erstwohnung plausibel erscheint. Grundsätzlich kann die Baubewilligungsbehörde jedoch auf die Erklärung des Baugesuchstellers abstellen. Die Kontrolle der tatsächlichen Nutzung ist Aufgabe der Baupolizeibehörde. Ein Rechtsmissbrauch muss offensichtlich sein. Im Zweifel ist ein solcher zu verneinen.³⁸

³⁶ Wohnungen mit einer Anmerkung „Erstwohnung“ oder „Erstwohnung oder gleichgestellte Wohnung nach Art. 7 Abs. 1 Buchstabe a Zweitwohnungsgesetz“ dürfen nur als Erstwohnung (vgl. Ziffer 2.2 hievon) oder als den Erstwohnungen gleichgestellte Wohnung (vgl. Ziffer 2.3 hievon) genutzt werden. Dies haben die Baupolizeibehörden in Zusammenarbeit mit den Einwohnerkontrollen zu prüfen und nötigenfalls durchzusetzen (vgl. Ziffer 6 hienach).

³⁷ Vgl. hierzu den Entscheid BGE 142 II 206ff. mit einer Zusammenfassung der Rechtsprechung

³⁸ Pfamatter Aron, in: Wolf/Pfamatter, Kommentar zum ZWG, Bern 2017, N 7ff. zu Art. 7 ZWG

4.1.2 Einliegerwohnungen

Art. 7 ZWG

¹ In Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20% dürfen neue Wohnungen nur bewilligt werden, wenn sie wie folgt genutzt werden:

- a. *[Erstwohnungen, Ziffer 4.1.1 hievord];*
- b. als touristisch bewirtschaftete Wohnung.

² Eine Wohnung gilt als touristisch bewirtschaftet, wenn sie dauerhaft zur ausschliesslich kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu markt- und ortsüblichen Bedingungen angeboten wird und sie:

- a. im selben Haus liegt, in dem der Eigentümer oder die Eigentümerin seinen beziehungsweise ihren Hauptwohnsitz hat (Einliegerwohnung); oder
- b. *[Wohnungen in strukturierten Beherbergungsbetrieben; vgl. Ziffer 4.1.3 hienach].*

Bau von Einliegerwohnungen: Der Neubau einer Wohnung kann gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b und Art. 7 Abs. 2 Bst. a ZWG unter folgenden Voraussetzungen als Einliegerwohnung³⁹ bewilligt werden:

- Die Wohnung wird **touristisch bewirtschaftet**;
- Der **Eigentümer wohnt im gleichen Haus** und hat hier seinen Hauptwohnsitz.⁴⁰

Mit dieser Kategorie von touristisch bewirtschafteten Wohnungen soll es Ortsansässigen ermöglicht werden, beim Neubau einer Erstwohnung eine weitere Wohnung zur Vermietung an Feriengäste zu erstellen.

Maximal vier Einliegerwohnungen: Gemäss Botschaft ZWG sind bis zu vier Einliegerwohnungen pro Erstwohnung zulässig.⁴¹ Dabei spielt es keine Rolle, ob die einzelnen Wohnungen als Stockwerkeinheiten ausgestaltet sind. Entscheidend ist einzig, dass die Einliegerwohnung im gleichen Haus liegt, in dem der Eigentümer seinen Hauptwohnsitz hat.

Anordnung von Auflagen durch die Baubewilligungsbehörde: Bis zum Erlass allfälliger neuer Weisungen erscheint es angemessen, die Bewilligung für den Bau von Einliegerwohnungen mit folgenden vom Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) in seinem Merkblatt zur Übergangsverordnung über Zweitwohnungen für die Erteilung von Baubewilligungen formulierten kumulativen Auflagen zu verknüpfen:

- Der Eigentümer der Einliegerwohnungen muss im gleichen Haus wohnen und eine aktive Gastgeberrolle übernehmen;
- Einliegerwohnungen dürfen nicht individualisiert ausgestaltet sein;

³⁹ Als Einliegerwohnung gilt eine Wohnung, die Teil des vom Liegenschaftseigentümer selbst bewohnten Gebäudes ist.

⁴⁰ Das Walliser Kantonsgericht hat in einem Urteil vom 6. Oktober 2016 (A1 16 10) die Baubewilligungen für vier touristisch bewirtschaftete Chalets unter anderem mit der Begründung aufgehoben, es genüge nicht, dass der Eigentümer eines der Chalets selbst bewohne und eine „aktive Gastgeberrolle“ einnehme, da er nicht Eigentümer der übrigen Chalets sei.

⁴¹ Botschaft ZWG, BBI 2014, S. 2903.

- Sie müssen den Minimalanforderungen an klassifizierte Ferienwohnungen des Schweizer Tourismus-Verbandes entsprechen;
- Sie müssen über eine kommerzielle Vermarktungs- und Vertriebsorganisation, ein Reservationssystem einer Tourismusorganisation oder über eine andere geeignete Einrichtung zu marktüblichen Konditionen dauerhaft – insbesondere auch während der Hauptsaisonzeiten – angeboten werden;
- Sie müssen ausschliesslich der kurzzeitigen Beherbergung von Gästen dienen.

4.1.3 Wohnungen in strukturierten Beherbergungsbetrieben

Art. 7 ZWG

¹ In Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20% dürfen neue Wohnungen nur bewilligt werden, wenn sie wie folgt genutzt werden:

- a. [Erstwohnungen, vgl. Ziffer 4.1.1 hievor]
- b. als touristisch bewirtschaftete Wohnung.

² Eine Wohnung gilt als touristisch bewirtschaftet, wenn sie dauerhaft zur ausschliesslich kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu markt- und ortsüblichen Bedingungen angeboten wird und sie:

- a. [Einliegerwohnung; vgl. Ziffer 4.1.2 hievor]; oder
- b. nicht auf die persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers oder der Eigentümerin zugeschnitten ist und im Rahmen eines strukturierten Beherbergungsbetriebs bewirtschaftet wird.

Art. 4 ZWV

Ein strukturierter Beherbergungsbetrieb im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- a. Der Betrieb umfasst hotelmässige Dienstleistungen und Infrastrukturen, die typischerweise von der Mehrheit der Gäste beansprucht werden.
- b. Er weist ein hotelähnliches Betriebskonzept auf.
- c. Die Bewirtschaftung im Rahmen eines einheitlichen Betriebs ist sichergestellt.

Bau von Wohnungen in strukturierten Beherbergungsbetrieben: Art. 7 Abs. 1 Bst. b in Verbindung mit Abs. 2 Bst. b ZWG sowie Art. 4 ZWV umschreiben die Voraussetzungen, die für die Erstellung von touristisch bewirtschafteten Wohnungen in strukturierten Beherbergungsbetrieben erfüllt sein müssen. Die Wohnungen:

- werden dauerhaft zur ausschliesslichen kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu markt- und ortsüblichen Bedingungen angeboten;
- sind nicht auf die persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers oder der Eigentümerin zugeschnitten;
- und werden im Rahmen eines strukturierten Beherbergungsbetriebs bewirtschaftet.

Anforderungen an strukturierte Beherbergungsbetriebe: Das ARE führt in seinen Erläuterungen zu Art. 4 ZWV dazu aus: „Die Voraussetzungen gemäss den Buchstaben a-c (hotelmässige Dienstleistungen, hotelähnliches Betriebskonzept, einheitlicher Betrieb) müssen kumulativ erfüllt sein. Für die Beurteilung, ob ein strukturierter Beherbergungsbetrieb vorliegt, sind insbesondere die folgenden Kriterien massgebend:

- **Hinreichendes Angebot an hotelmässigen Dienstleistungen und Infrastrukturen:** Dabei handelt es sich um Dienstleistungen und Infrastrukturen, die typischerweise von Hotels angeboten werden (wie zum Beispiel Rezeption, Zimmerdienst, Gemeinschaftseinrichtungen wie Hallenbad, Sportanlagen, Restaurants und Spielräume, die typischerweise von der Mehrzahl der Gäste in Anspruch genommen werden; entscheidend ist, dass solche Dienstleistungen angeboten werden und dass sie von den Gästen in Anspruch genommen werden *können*). Denkbar ist

auch, dass einzelne der Dienstleistungen und Infrastrukturen von Kooperationspartnern aus der Region erbracht werden.

– **Hotelähnliches Betriebskonzept:** Dazu gehört insbesondere die Ausrichtung auf die professionelle und kurzzeitige Beherbergung von Gästen. Als Beispiele für entsprechende Beherbergungsformen können hotelähnliche Residenzen wie Hotelresorts (Hotels mit Zimmern und bewirtschafteten Wohnungen), Ferienresorts und Feriendörfer (z.B. REKA, Landal) genannt werden.

– **Einheitliches Management des Betriebs.**

– **Art der Vermarktung:** Der kommerzielle Betrieb und die Vermarktung sind so organisiert, dass die Wohnungen zu markt- und ortsüblichen Bedingungen dauerhaft – insbesondere auch während der Hauptsaisonzeiten – mit dem Ziel angeboten werden, dass sie auch effektiv nachgefragt werden.“⁴²

Stockwerkeigentumswohnungen: „Beim Vorliegen von Stockwerkeigentumswohnungen liegen besondere Risiken vor, sei es hinsichtlich spekulativer Aspekte, sei es hinsichtlich der notwendigen Erneuerungsinvestitionen. Es sind deshalb zusätzliche Kriterien zu beachten:

– **Eigennutzung:** Die Eigennutzung der Wohnungen muss geringfügig bleiben. In Analogie zum Grundstückerwerb durch Personen im Ausland erscheint es vertretbar, eine Eigennutzung von jährlich maximal 120 Tagen, davon 40 Tage während der Hauptsaison zuzulassen.⁴³ Die Eigennutzung kann durch die Eigentümerschaft, deren Familienmitglieder, Freunde oder Bekannte erfolgen. Sie kann entgeltlich oder unentgeltlich sein und soll drei Wochen pro Hauptsaison nicht überschreiten [eine Nutzung der Wohnung durch die erwähnten Personengruppen über die allgemein zugängliche Vermietungsplattform nach den entsprechenden Konditionen bleibt daneben immer noch möglich]. Die Dauervermietung der Wohnung muss ausgeschlossen sein);

– **Renovationsfonds:** Vorhandensein eines Renovationsfonds. Dieser muss für den Betreiber oder die Betreiberin und für den Eigentümer oder die Eigentümerin verfügbar sein, die Entscheidungsprozesse zur Durchführung der Renovationsarbeiten müssen festgelegt sein und der Betreiber oder die Betreiberin und der Eigentümer oder die Eigentümerin müssen über einen ausreichenden Handlungsspielraum verfügen. Es geht darum, das langfristige Risiko der mangelnden Einigkeit unter den Stockwerkeigentümern bezüglich Erneuerungsinvestitionen einzuschränken.

Damit diese Punkte hinreichend geprüft werden können, müssen zusammen mit dem Baugesuch auch folgende Unterlagen eingereicht werden: Begründungsakt und allfällige Reglemente sowie Miet- und Bewirtschaftungsverträge, soweit solche bereits vorliegen.“⁴⁴

⁴² Erläuterungen ZWV, S. 5f.

⁴³ Merkblatt des beco zum Grundstückerwerb durch Personen im Ausland, Anforderungen an Ferienanlagen für die Anerkennung als Betriebsstätte, Fassung 2012, S. 3. Eine abweichende Auffassung vertritt Aaron Pfammatter (ZWG-Kommentar Wolf/Pfammatter, N 28 zu Art. 7 ZWG) der die „starre Begrenzung“ von drei Wochen während der Hauptsaison kritisiert und zudem davon ausgeht, dass während der Nebensaison die Eigennutzung uneingeschränkt möglich sei.

⁴⁴ Erläuterungen ZWV, S. 5f.

Gutachten: Weder ZWG noch ZWV sehen für Wohnungen in strukturierten Beherbergungsbetrieben zwingend ein Gutachten vor. Es steht der Baubewilligungsbehörde aber offen, zur Überprüfung der Angaben der Bauherrschaft beispielsweise einen Fachbericht des beco einzuholen oder ein Gutachten von unabhängigen Experten (z.B. bei der Schweizerischen Gesellschaft für Hotelkredite) zu veranlassen.

Fehlende Gerichtspraxis: Bisher gibt es erst eine spärliche Gerichtspraxis zu den strukturierten Beherbergungsbetrieben nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b. ZWG. Klar ist, dass eine Rezeption noch nicht genügt, um aus einer Liegenschaft mit mehreren Ferienwohnungen einen strukturierten Beherbergungsbetrieb zu machen (Urteil des Walliser Kantonsgerichts vom 6. Oktober 2016 – A1 16 10). Demgegenüber hat das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden die Baubewilligung für die Umnutzung eines ehemaligen Hotels in einen strukturierten Beherbergungsbetrieb bestätigt (Urteil vom 12. April 2016 – R 15 76). Vorgesehen war der Bau eines dreistöckigen Gebäudes mit 16 bewirtschafteten Zweitwohnungen und einem Restaurant. Der Gastronomiebereich im Erdgeschoss sollte in die Bereiche, Restaurant, Tapas-Bar, Lounge/Bar sowie Raclette-Stübli eingeteilt werden. Im 1. Untergeschoss waren die Kühlräume, sowie Räumlichkeiten für Lager, Keller und Skiräume vorgesehen. Rund ein Drittel der Fläche war für Wellness und Fitness vorgesehen. Ein SGH-Gutachten kam zum Schluss, die wirtschaftliche Nachhaltigkeit sei zu bejahen.

Anordnung von Auflagen durch die Baubewilligungsbehörde: Die gemäss dem Merkblatt des ARE für die Erteilung von Baubewilligungen von Wohnungen im Rahmen strukturierter Beherbergungsformen empfohlenen Auflagen können einstweilen – bis zum eventuellen Erlass neuer Weisungen – auch unter der Geltung des ZWG sinngemäss übernommen werden. Eine allfällige Baubewilligung ist laut ARE demnach beispielsweise unter den Auflagen zu erteilen, dass

- die Wohnungen nicht individualisiert ausgestaltet sind;
- das hotelmässige Betriebskonzept, die branchenübliche Lösung zur Finanzierung von Erneuerungsinvestitionen und die Verträge, die Voraussetzung für die Erteilung der Baubewilligung waren, weiter bestehen;
- die Wohnungen zu marktüblichen Konditionen dauerhaft – insbesondere auch während der Hauptsaisonzeiten – angeboten werden;
- die Wohnungen ausschliesslich der kurzzeitigen Beherbergung von Gästen dienen;
- die hotelmässigen Leistungen typischerweise von der Mehrheit der Gäste in Anspruch genommen werden;
- die Nutzung durch den Eigentümer, dessen Familienmitglieder sowie Freunde und Bekannte, entgeltlich oder unentgeltlich pro Hauptsaison höchstens während drei Wochen stattfindet;
- der Eigentümer alle zwei Jahre gegenüber der Baubewilligungsbehörde die Einhaltung der Auflagen nachweist.

4.1.4 Veranlassung der Grundbucheintragung

Art. 7 ZWG

¹ (...)

² (...)

³ Die für die Baubewilligung zuständige Behörde ordnet in der Baubewilligung mittels Nutzungsaufgabe die Nutzungsbeschränkung nach Absatz 1 Buchstabe a oder Absatz 2 Buchstabe a oder b an. Enthält die Baubewilligung für eine neue Wohnung keine solche Anordnung und liegt auch keine Bewilligung nach Art. 8, 9, 26 oder 27 vor, so wird vermutet, dass die Nutzungsbeschränkung nach Absatz 1 Buchstabe a gilt.

⁴ Unmittelbar nach Rechtskraft der Baubewilligung weist die Baubewilligungsbehörde das Grundbuchamt an, die Nutzungsbeschränkung zum betreffenden Grundstück im Grundbuch anzumerken.

Art. 3 ZWV

¹ Die Nutzungsaufgabe, die bei Wohnungen mit Nutzungsbeschränkung gemäss Gesetz im Grundbuch angemerkt werden muss, lautet wie folgt:

- a. Erstwohnung oder gleichgestellte Wohnung nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a des Gesetzes;
- b. touristisch bewirtschaftete Wohnung nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a des Gesetzes (Einliegerwohnung);
- c. touristisch bewirtschaftete Wohnung nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b des Gesetzes (Wohnung im Rahmen eines strukturierten Beherbergungsbetriebs):

² Die Anmerkung im Grundbuch umfasst zusätzlich zur jeweiligen Wohnung den Gebäude – und Wohnungsidentifikator (EGID und EWID) gemäss Artikel 5 Absatz 2 Buchstaben a und b der Verordnung vom 31. Mai 2002⁴⁵ über das eidgenössische Gebäude- und Wohnungsregister.

Veranlassung der Grundbucheintragung: In der Baubewilligung sind die jeweiligen zweiwohnungsrechtlichen Nutzungsbeschränkungen als Auflage zu verfügen und der Grundbuchverwalter ist anzuweisen, welche der folgenden Anmerkungen im Grundbuch einzuschreiben sind:

- Erstwohnung oder gleichgestellte Wohnung nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a des Bundesgesetzes über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702);
- touristisch bewirtschaftete Wohnung nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a des Bundesgesetzes über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702) (Einliegerwohnung),
- touristisch bewirtschaftete Wohnung nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b des Bundesgesetzes über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702) (Wohnung im Rahmen eines strukturierten Beherbergungsbetriebs).

⁴⁵ SR 431.481.

- Veräusserungsbeschränkung nach Art. 8 Abs. 2 ZWG für unbewirtschaftete Wohnungen, die dauerhaft im Eigentum des strukturierten Beherbergungsbetriebs bleiben, sofern bei der Erstellung von unbewirtschafteten Wohnungen im Zusammenhang Hotelneu- und -umbauten⁴⁶ durch die Baubewilligungsbehörde eine entsprechende Nutzungsaufgabe zu verfügen ist.
- Anmerkung „Zweckentfremdungsverbot gemäss Erstwohnungsanteilvorschriften“ falls in der Baubewilligung gestützt auf kommunale Vorschriften durch die Baubewilligungsbehörde eine entsprechende Nutzungsaufgabe zu verfügen ist.
- Anmerkung „Einschränkung gemäss Baubewilligung“ bei Auflagen in der RPG-Verfügung des Amts für Gemeinden und Raumordnung (Art. 24 ff. RPG⁴⁷, Art. 37, 39 oder 44 RPV⁴⁸).

Gebäude- und Wohnungsidentifikator: Soweit zum Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung bekannt, umfasst die Anmerkung im Grundbuch zusätzlich zur jeweiligen Wohnnutzung den Gebäude- und Wohnungsidentifikator (EGID und EWID; Art. 3 Abs. 2 ZWV). Andernfalls erhebt die Baubewilligungsbehörde diese Informationen nachträglich beim dafür zuständigen Gemeindeorgan und liefert die entsprechenden Angaben dem Grundbuchamt nach.

Zustellung Baubewilligung an Grundbuchamt: Die Baubewilligungsbehörde stellt dem Grundbuchamt die Baubewilligung zu, sobald sie in Rechtskraft erwachsen ist. Vom Grundbuchamt ist eine Vollzugsmeldung zu verlangen. Der Eintrag ist zu kontrollieren.

Grundbuchanmerkung ist keine Veräusserungssperre: Eine Anmerkung im Grundbuch ist nicht eine Veräusserungssperre, sondern dient der Information. Bei Handänderungen liegt es in der Verantwortung des Notars, die Käufer auf angemerkte Nutzungsbeschränkungen hinzuweisen. Die Kontrolle der korrekten Nutzung bleibt Sache der Gemeinde.

Nachträgliche Begründung von Stockwerkeigentumseinheiten und Abparzellierung von Grundstücken: Hier ist die entsprechende Weisung der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion vom 16. Dezember 2015 betreffend grundbuchlicher Übertragung von Anmerkungen zu beachten (BSIG Nr. 2/215.321.2/1.1). Die Übertragung ist durch das Grundbuchamt von Amtes wegen vorzunehmen. Erhält eine Baubewilligungs- oder Baupolizeibehörde oder ein Regierungsstatthalteramt jedoch Kenntnis von einer unrichtigen oder fehlerhaften Bereinigung, sind diese berechtigt, nachträglich die richtige Anmerkung der Nutzungsbeschränkung eintragen zu lassen.

⁴⁶ Vgl. dazu die Ziffer 4.2.1 hienach.

⁴⁷ Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700).

⁴⁸ Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV, SR 700.1).

4.2 Neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung⁴⁹

4.2.1 Unbewirtschaftete Wohnungen bei Hotelneu- und -umbauten

Art. 8 ZWG

¹ In Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent darf strukturierten Beherbergungsbetrieben die Erstellung von Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 bewilligt werden, wenn:

- a. der Betrieb nur mit dem Ertrag aus der Erstellung solcher Wohnungen wirtschaftlich geführt oder weitergeführt werden kann;
- b. die Eigentümerin oder der Eigentümer beziehungsweise die Betreiberin oder der Betreiber auf Verlangen den Nachweis erbringt, dass der Ertrag aus den Wohnungen in den Bau oder Betrieb der strukturierten Beherbergung investiert wird;
- c. die Hauptnutzfläche dieser Wohnungen einen Anteil von 20 Prozent der gesamten Hauptnutzfläche der Zimmer und der Wohnungen nicht übersteigt;
- d. die Wohnungen mit dem strukturierten Beherbergungsbetrieb eine bauliche und funktionale Einheit bilden, es sei denn, Gründe des Ortsbild- oder Denkmalschutzes stehen dem entgegen; und
- e. keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

² Für Wohnungen nach Absatz 1, die dauerhaft im Eigentum des strukturierten Beherbergungsbetriebs bleiben und von diesem vermietet werden, darf die gesamte Hauptnutzfläche nach Absatz 1 Buchstabe c höchstens 33 Prozent betragen. Im Grundbuch ist eine entsprechende Veräusserungsbeschränkung anzumerken. Artikel 7 Absätze 4 und 5 gilt sinngemäss.

³ Erstellt der Betrieb sowohl Wohnungen nach Absatz 1 wie auch solche nach Absatz 2, so wird der Höchstanteil von 33 Prozent reduziert um den Wert, der sich daraus ergibt, dass der Quotient aus der Fläche der Wohnungen nach Absatz 1 und der Summe der Flächen der Wohnungen nach den Absätzen 1 und 2 mit 13 Prozent multipliziert wird.

⁴ [Umnutzung von Hotelzimmern in unbewirtschaftete Wohnungen in altrechtlichen Hotels; vgl. Ziffer 4.2.2 hienach];

⁵ Zum Nachweis, dass die Voraussetzungen nach Absatz 1 oder 4 erfüllt sind, ist ein unabhängiges Gutachten erstellen zu lassen. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

Art. 5 ZWV

¹ Das Gutachten nach Artikel 8 Absatz 5 des Gesetzes ist von der gesuchstellenden Person in Auftrag zu geben. Die Bestimmung des Gutachters beziehungsweise der Gutachterin bedarf der Zustimmung der Baubewilligungsbehörde.

³ In Fällen nach Artikel 8 Absatz 1 [ZWG] hat sich das Gutachten insbesondere zu äussern:

- a. zur gegenwärtigen und künftigen Wirtschaftlichkeit des Betriebs beziehungsweise der Betriebe;
- b. zur Querfinanzierung und Verwendung der Erträge.

⁴⁹ Bei den im zweiten Abschnitt des vierten Kapitels ZWG geregelten Wohnungen handelt es sich um die in Art. 6 Abs. 2 ZWG vorbehaltenen Sonderfälle, da hier in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent neue Wohnungen errichtet werden dürfen, ohne dass deren Nutzung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 ZWG beschränkt wird (Botschaft ZWG, BBl 2014, S. 2906).

⁴ [Umnutzung von Hotelzimmern in unbewirtschaftete Wohnungen in altrechtlichen Hotels; vgl. Ziffer 4.2.2 hienach];

Unbewirtschaftete Wohnungen bei Hotelneu- und -umbauten: Art. 8 ZWG Abs. 1-3 regeln folgende Konstellationen des Baus von Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen zur Querfinanzierung von Hotelneu- und -umbauten:

- **Wohnungen zum Verkauf:** Die Erstellung von Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen zum Verkauf ist im Umfang von maximal 20% der gesamten Nutzfläche der Zimmer und Wohnungen möglich (Art. 8 Abs. 1 ZWG).
- **Wohnungen im Eigentum des strukturierten Beherbergungsbetriebs:** Sofern die zu erstellenden Wohnungen dauerhaft im Eigentum des strukturierten Beherbergungsbetriebs bleiben und von diesem vermietet werden, dürfen im Umfang von maximal 33% der Gesamtnutzfläche Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen gebaut werden (Art. 8 Abs. 2 ZWG).
- **Mischform:** Art. 8 Abs. 3 ZWG regelt die Mischform, bei der ein Teil der unbewirtschafteten Wohnungen verkauft wird und ein Teil im Eigentum des strukturierten Beherbergungsbetriebs bleibt. Hier reduziert sich der zulässige Höchstanteil unbewirtschafteter Wohnungen „um den Wert, der sich daraus ergibt, dass der Quotient aus der Fläche der Wohnungen nach Absatz 1 und der Summe der Flächen der Wohnungen nach den Absätzen 1 und 2 mit 13 Prozent multipliziert wird.“ Mit anderen Worten reduziert sich der Prozentsatz unbewirtschafteter Wohnungen, der gebaut werden darf, innerhalb der Bandbreite zwischen 33 und 20 Prozent umso stärker, je höher der Anteil der zu verkaufenden Wohnungen an der Gesamtzahl der geplanten Wohnungen ist.

Weitere Bewilligungsvoraussetzungen: Nebst der prozentmässigen Beschränkung der zulässigen Maximalzahl unbewirtschafteter Wohnungen dürfen derartige Wohnungen in allen drei Konstellationen nur unter folgenden Voraussetzungen bewilligt werden:

- **Wirtschaftlichkeit:** Der Betrieb kann nur mit dem Ertrag solcher Wohnungen wirtschaftlich geführt oder weitergeführt werden.
- **Investitionsnachweis:** Der Eigentümer bzw. der Betreiber erbringt auf Verlangen den Nachweis, dass der Ertrag aus den Wohnungen in den Bau oder Betrieb der strukturierten Beherbergung investiert wird.⁵⁰
- **Funktionale Einheit:** Die Wohnungen bilden mit dem strukturierten Beherbergungsbetrieb eine bauliche und funktionale Einheit, es sei denn, Gründe des Ortsbilds- oder des Denkmalschutzes stünden dem entgegen. Gemäss Botschaft ZWG⁵¹ können die Wohnungen beispielsweise eine zusammengehörende Häusergruppe bilden mit gemeinsamer Erschliessung, zentraler Parkierung und Gemeinschaftseinrichtungen, die den Wohnungseigentümern zur Verfügung stehen.

⁵⁰ Aaron Pfammatter (ZWG-Kommentar Wolf/Pfammatter, N 12 zu Art. 8 ZWG) erachtet es als fraglich, wie der entsprechende Nachweis zu erbringen sei. Sollte ein entsprechender Nachweis verlangt werden, werde wohl eine Erklärung ausreichen, wonach die Erträge betrieblich verwendet werden. Wo genau die Investition zu fließen habe, lasse der Gesetzgeber offen. Auch eine Verwendung zur Deckung von laufenden Kosten und Verlusten oder zur anderweitigen Erzielung der Wirtschaftlichkeit sei möglich, soweit die Investition geeignet sei, den Betrieb wirtschaftlich zu machen.

⁵¹ Botschaft ZWG, BBl 2014, S. 2307.

Unabhängiges Gutachten: Zum Nachweis, dass die oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind, braucht es ein von der gesuchstellenden Person in Auftrag zu gebendes unabhängiges Gutachten (Art. 8 Abs. 5 ZWG). Gemäss den Erläuterungen des ARE zur Zweitwohnungsverordnung hat die Baubewilligungsbehörde den ihr unterbreiteten Gutachternvorschlag dahingehend zu prüfen, ob der Gutachter Gewähr für ein unabhängiges Gutachten bietet. Zu bejahen ist dies laut ARE beispielsweise bei der Schweizerischen Gesellschaft für Hotelkredit, nicht aber bei einem Branchenverband.⁵²

Inhalt des Gutachtens: Laut ARE „hat sich das Gutachten insbesondere zu folgenden Aspekten zu äussern:

- **Wirtschaftlichkeit:** Es muss belegt werden, dass die Erstellung der Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen nach Artikel 7 Absatz 1 ZWG der Querfinanzierung eines neuen strukturierten Beherbergungsbetriebs beziehungsweise der Weiterführung eines solchen dient.
- **Verwendung des Ertrags:** Es muss belegt werden, dass die Erträge aus den Wohnungen in den Bau oder den Betrieb des strukturierten Beherbergungsbetriebs investiert werden und dass diese Erträge nötig sind, damit dieser Betrieb wirtschaftlich geführt beziehungsweise weitergeführt werden kann. Auf Verlangen muss die Eigentümerin oder der Eigentümer beziehungsweise die Betreiberin oder der Betreiber entsprechende Nachweise erbringen (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. b ZWG). Ob die Wohnungen für den Verkauf oder die Vermietung vorgesehen sind, spielt im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle.
- **Joint Venture:** Es ist zulässig, dass mehrere Betriebe gemeinsam Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 ZWG zu den erwähnten Finanzierungszwecken erstellen. Die Voraussetzungen nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben a und b ZWG müssen dabei jedoch von jedem Betrieb einzeln erfüllt werden.

Zu den Kriterien nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben c bis e ZWG muss sich das Gutachten nicht äussern.⁵³

⁵² Erläuterungen ZWV, S. 6.

⁵³ Erläuterungen ZWV, a.a.O. Der Baubewilligungsbehörde steht es aber auch hier offen, zur Überprüfung der Angaben der Bauherrschaft zur Frage, ob ein strukturierter Beherbergungsbetrieb vorliegt bzw. geplant ist beispielsweise einen Fachbericht des beco einzuholen oder ein Gutachten eines unabhängigen Experten (z.B. bei der Schweizerischen Gesellschaft für Hotelkredit, SGH) zu veranlassen.

4.2.2 Umnutzung von Hotelzimmern zu unbewirtschafteten Wohnungen (altrechtliche Hotels)

Art. 8 ZWG

¹ [Unbewirtschaftete Wohnungen bei Hotelneu- und -umbauten; vgl. Ziffer 4.2.1 hievord];

² [Unbewirtschaftete Wohnungen bei Hotelneu- und -umbauten; vgl. Ziffer 4.2.1 hievord];

³ [Unbewirtschaftete Wohnungen bei Hotelneu- und -umbauten; vgl. Ziffer 4.2.1 hievord];

⁴ Ein strukturierter Beherbergungsbetrieb, der am 11. März 2012 schon bestanden hat, kann zu maximal 50 Prozent der Hauptnutzfläche zu Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 umgenutzt werden, wenn:

- a. er eine minimale Bewirtschaftungsdauer von 25 Jahren aufweist;
- b. er nicht mehr wirtschaftlich weitergeführt und auch nicht in touristisch bewirtschaftete Wohnungen umgenutzt werden kann;
- c. die Tatsache, dass der betreffende Beherbergungsbetrieb nicht mehr wirtschaftlich weitergeführt werden kann, nicht durch ein Fehlverhalten der Eigentümerin oder des Eigentümers beziehungsweise der Betreiberin oder des Betreibers verursacht worden ist; und
- d. keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

⁵ Zum Nachweis, dass die Voraussetzungen nach Absatz 1 oder 4 erfüllt sind, ist ein unabhängiges Gutachten erstellen zu lassen. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

Art. 5 ZWV

¹ Das Gutachten nach Artikel 8 Absatz 5 des Gesetzes ist von der gesuchstellenden Person in Auftrag zu geben. Die Bestimmung des Gutachters beziehungsweise der Gutachterin bedarf der Zustimmung der Baubewilligungsbehörde.

² [Unbewirtschaftete Wohnungen bei Hotelneu- und -umbauten; vgl. Ziffer 4.2.1 hievord];

³ In Fällen nach Artikel 8 Absatz 4 [ZWG] hat sich das Gutachten insbesondere zu äussern:

- a. zur gegenwärtigen und künftigen Wirtschaftlichkeit des Betriebs;
- b. zur Bewirtschaftungsdauer; und
- c. zur Frage, ob ein Fehlverhalten des Eigentümers oder der Eigentümerin beziehungsweise des Betreibers oder der Betreiberin dazu geführt hat, dass der betreffende Beherbergungsbetrieb nicht mehr wirtschaftlich weitergeführt werden kann.

Umnutzung von Hotelzimmern zu unbewirtschafteten Wohnungen in altrechtlichen Hotels: Artikel 8 Abs. 4 ZWG legt fest, unter welchen Voraussetzungen strukturierte Beherbergungsbetriebe, die am 11. März 2012 schon bestanden (altrechtliche Hotels), bis zu maximal 50% der Hauptnutzfläche zu Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung gemäss Art. 7 Abs. 1 ZWG umnutzen dürfen.

Unter Berücksichtigung der erweiterten Besitzstandsgarantie ist es analog Art. 11 Abs. 2 ZWG möglich, das gesamte Gebäude abzureissen, im Rahmen der vorbestandenen Kubatur und Hauptnutzfläche aufzubauen und die 50-prozentige Umnutzungsmöglichkeit zu Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung in Anspruch zu nehmen. Nicht zulässig ist hingegen der Abbruch

eines unrentablen Betriebs und ein Wiederaufbau lediglich von Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung im Rahmen von 50% der vormaligen Hauptnutzfläche.⁵⁴

Unabhängiges Gutachten: Zum Nachweis, dass die Voraussetzungen für die Umnutzung erfüllt sind, braucht es ein von der gesuchstellenden Person in Auftrag zu gebendes unabhängiges Gutachten (Art. 8 Abs. 5 ZWG). Gemäss den Erläuterungen zur Zweitwohnungsverordnung hat die Baubewilligungsbehörde den ihr unterbreiteten Gutachtervorschlag dahingehend zu prüfen, ob der Gutachter Gewähr für ein unabhängiges Gutachten bietet. Zu bejahen ist dies laut ARE beispielsweise bei der Schweizerischen Gesellschaft für Hotelkredit, nicht aber bei einem Branchenverband.⁵⁵

Inhalt des Gutachtens: Laut den Erläuterungen zur ZWV „hat sich das Gutachten insbesondere zu folgenden Aspekten zu äussern:

- **Bewirtschaftungsdauer:** Der Beherbergungsbetrieb muss seit mindestens 25 Jahren bewirtschaftet worden sein. Die Dauer soll missbräuchliche Umnutzungen ausschliessen. 25 Jahre entsprechen einem üblichen Abschreibungs- und Abnutzungszyklus. Diese Mindestbewirtschaftungsdauer gilt auch dann als eingehalten, wenn während dieser Zeit übliche Betriebsunterbrechungen infolge von Umbauten, Besitzerwechseln und dergleichen stattgefunden haben;
- **Ungenügende Wirtschaftlichkeit:** Es muss belegt werden, dass der Beherbergungsbetrieb wirtschaftlich nicht weitergeführt werden kann, auch nicht nach der Erstellung von Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung nach Artikel 8 Absätze 1 und 2 ZWG. Zudem muss belegt werden, dass der Betrieb auch nicht in touristisch bewirtschaftete Wohnungen umgenutzt werden kann;
- **Kein vorwerfbares Fehlverhalten:** Die ungenügende Wirtschaftlichkeit darf nicht auf ein vorwerfbares Fehlverhalten des Eigentümers oder der Eigentümerin beziehungsweise des Betreibers oder der Betreiberin zurückzuführen sein. Ein Fehlverhalten liegt insbesondere dann vor, wenn systematisch Gewinne aus dem Betrieb abgezogen wurden, die eigentlich in Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten hätten investiert oder für Erneuerungsinvestitionen hätten zurückgelegt werden müssen.

Zum Kriterium nach Artikel 8 Absatz 4 Buchstabe d ZWG muss sich das Gutachten nicht äussern.⁵⁶

⁵⁴ Aaron Pfammatter (ZWG-Kommentar Wolf/Pfammatter, N 25 zu Art. 8 ZWG).

⁵⁵ Erläuterungen ZWV, S. 6.

⁵⁶ Erläuterungen ZWV, S. 7. Der Baubewilligungsbehörde steht es aber auch hier offen, zur Überprüfung der Angaben der Bauherrschaft zur Frage, ob ein strukturierter Beherbergungsbetrieb vorgelegen hat, beispielsweise einen Fachbericht des beco einzuholen oder ein Gutachten eines unabhängigen Experten (z.B. bei der Schweizerischen Gesellschaft für Hotelkredit, SGH) zu veranlassen.

4.2.3 Neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen in geschützten Bauten

Art. 9 ZWG

¹ In Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent dürfen innerhalb der Bauzonen in geschützten oder ortsbildprägenden Bauten neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 bewilligt werden, wenn:

- a. die Baute in ihrem Schutzwert nicht beeinträchtigt wird, insbesondere die äussere Erscheinung und die bauliche Grundstruktur des Gebäudes im Wesentlichen unverändert bleiben;
- b. eine dauernde Erhaltung der Baute nicht anders sichergestellt werden kann; und
- c. keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

² Ausserhalb der Bauzonen beurteilt sich die Zulässigkeit von neuen Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 nach den Bestimmungen der Raumplanungsgesetzgebung.

³ Die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts bleiben vorbehalten.

Art. 6 ZWV

¹ Ortsbildprägende Bauten im Sinne von Artikel 9 Absatz 1 des Gesetzes sind Gebäude, die durch ihre Lage und Gestalt wesentlich zur erhaltenswerten Qualität des Ortsbildes und zur Identität des Ortes beitragen.

² Die Kantone sorgen für ein Verfahren zur Bestimmung der ortsbildprägenden Bauten.

Art. 15a BauV

¹ Die Gemeinden bezeichnen die ortsbildprägenden Bauten im Sinn von Art. 6 der ZWV im Nutzungsplanverfahren.

Neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung in geschützten Bauten: Art. 9 ZWG regelt die Voraussetzungen unter denen in geschützten Bauten innerhalb der Bauzone neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung nach Art. 7 Abs. 1 ZWG bewilligt werden dürfen. Die Bestimmung bezweckt, den Erhalt geschützter und ortsbildprägender Bauten sicherzustellen. Ist dies nicht anders möglich, soll dies unter den genannten Voraussetzungen auch mittels Bewilligung einer Zweitwohnungsnutzung, d.h. einer Wohnnutzung ohne Beschränkung, gewährleistet werden.

Vorgängige Prüfung einer Nutzungsbeschränkung: Bei Gesuchen für neue Wohnungen in geschützten Bauten ist laut der Botschaft ZWG zunächst zu prüfen, ob nicht eine (ganz oder teilweise) Nutzung als Erstwohnung oder als touristisch bewirtschaftete Wohnung möglich ist.^{57 58}

⁵⁷ Botschaft ZWG, BBI 2014, S. 2308.

⁵⁸ Nach Auffassung von Beat Stalder (ZWG-Kommentar Wolf/Pfammatter, N 37 zu Art. 9 ZWG) ist diese Voraussetzung mit Augenmass anzuwenden. Welche Nachweise vom Gesuchsteller zu verlangen seien, hänge vom Einzelfall ab. Jedenfalls dürften keine unverhältnismässigen Nachweise, beispielsweise eigentliche Wirtschaftlichkeitsgutachten verlangt werden.

Interessenabwägung: Selbst wenn alle übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, ist im konkreten Fall eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei ist sorgfältig zwischen dem Interesse am Erhalt von Baudenkmalern bzw. an ortsbild- und landschaftsprägenden Bauten und dem verfassungsmässig verankerten Interesse an der Limitierung von Zweitwohnungen abzuwägen. Als Beispiele nennt die Botschaft ZWG die „Umnutzung einer gut erhaltenen ehemaligen Mühle (überwiegendes Interesse tendenziell zu bejahen) sowie diejenige eines allein stehenden ehemaligen Stallgebäudes (tendenziell ist hier eher der Bauabschlag zu erteilen)“.⁵⁹ Es wird empfohlen, in jedem Fall eine kantonale Fachstelle beizuziehen.

Bestimmung der geschützten Bauten: Bei der Bestimmung der geschützten Bauten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 ZWG ging der Bundesrat vorerst davon aus, dass die Voraussetzungen zur Erteilung einer Baubewilligung für eine Wohnung ohne Nutzungsbeschränkung nur erfüllt sind bei Bauten, die mit einer individuell-konkreten Verfügung geschützt worden sind.⁶⁰ Nach dem Wortlaut von Art. 9 ZWG bleibt offen, ob eine geschützte Baute mit einer individuell-konkreten Verfügung unter Schutz gestellt werden muss, sie muss aber auf alle Fälle „geschützt“ sein. Auf die Forderung nach einer individuellen Schutzverfügung wurde auch in der ZWV verzichtet.

Bestimmung der geschützten Bauten im Kanton Bern: Die Aufnahme eines Objekts in das Bauinventar des Kantons Bern nach Art. 10d Abs. 1 Bst. a BauG als „erhaltens- oder schützenswert“ genügt nicht, damit in dieser Baute, unter Einhaltung der übrigen Voraussetzungen von Art. 9 ZWG, eine Wohnung ohne Nutzungsbeschränkung bewilligt werden dürfte. Demgegenüber genügen die folgenden Festlegungen, damit unter Vorbehalt der Einhaltung der übrigen Voraussetzungen nach Art. 9 ZWG, in der entsprechenden Baute eine Wohnung ohne Nutzungsbeschränkung bewilligt werden dürfte:

- die Unterschutzstellung einer Baute nach Art. 13 ff. DPG⁶¹.
- die grundeigentümerverbindliche Verankerung einer schützenswerten Baute in einem Nutzungsplan (kommunale, regionale oder kantonale Überbauungsordnung, baurechtliche Grundordnung der Gemeinde).⁶²

Ortsbildprägende Bauten: Bei den ortsbildprägenden Bauten ging der Bundesrat vorerst davon aus, dass diese für ein im ISOS⁶³ bezeichnetes Ortsbild prägend sein müssten und im Rahmen der Nutzungsplanung unter Schutz gestellt worden sind⁶⁴. Im Rahmen der weiteren Bearbeitung

⁵⁹ Botschaft ZWG, BBI 2014, a.a.O.

⁶⁰ Botschaft ZWG, BBI 2014, a.a.O.

⁶¹ Gesetz vom 8. September 1999 über die Denkmalpflege; Denkmalpflegegesetz; BSG 426.41. Damit ist die Baute geschützt im Sinne von Art. 9 ZWG. Das kantonale Recht räumt einer einvernehmlichen Unterschutzstellung den Vorrang ein. Da die vereinbarten oder rechtskräftig verfügten Schutzmassnahmen im Grundbuch anzumerken sind (Art. 18 DPG) und die so geschützten Denkmäler im Verzeichnis der unter Schutz gestellten unbeweglichen Denkmäler eingetragen werden, sind die Anforderungen von Art. 9 Abs. 1 ZWG erfüllt.

⁶² Mit der Verankerung in einem Nutzungsplan ist die Bezeichnung einer als schützenswert eingestuften Baute verbindlich und es gelten die Nutzungsbeschränkungen nach Art. 10b Abs. 1 und 2 BauG gegenüber dem Grundeigentümer, anderen Privaten, Behörden und Schutzorganisationen. Wenn bereits die gesetzlichen Nutzungseinschränkungen gelten, würde es gegen Treu und Glauben verstossen, wenn die möglicherweise damit verbundenen Vorteile nicht gewährt würden.

⁶³ Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz.

⁶⁴ Botschaft ZWG, BBI 2014, S. 2308.

wurde Art. 9 ZWG geändert. Konsequenterweise definiert die ZWV nun lediglich den Begriff der ortsbildprägenden Baute und überlässt es entsprechend der Zuständigkeitsordnung im Bereich des Natur- und Heimatschutzes den Kantonen, für ein Verfahren zur Bestimmung der ortsbildprägenden Bauten zu sorgen. Auf die Voraussetzung, wonach es sich beim fraglichen Ortsbild um eines im ISOS bezeichnetes handeln müsse, wurde verzichtet⁶⁵

Definition ortsbildprägende Bauten: Bauten, die in einer Kernzone oder in einem Ortsbildschutzgebiet liegen und aufgrund ihrer Erscheinung (vgl. Kriterien) im öffentlichen Raum im positiven Sinne auf die Unverwechselbarkeit des Ortsbilds Einfluss nehmen.

Kriterien für ortsbildprägende Bauten (müssen kumulativ erfüllt sein):

- **Gestalt** (Volumetrie, Architektur, Qualität, Alleinstellungsmerkmal);
- **Lage** (herausragende Stellung am Strassenrand, an Strassenkreuzung, Situationswert);
- tragen zur **erhaltenswerten Qualität** des Ortsbilds und zur **Identität** des Ortes (beispielsweise aus kulturhistorischer Sicht) bei.

Umsetzungsmöglichkeiten im Nutzungsplanverfahren: Die Gemeinden müssen die ortsbildprägenden Bauten im Sinne von Art. 6 ZWV im Nutzungsplanverfahren wie folgt nachweisen:

- Umsetzung im Rahmen einer ordentlichen Ortsplanungsrevision (Idealfall)
- oder mit einer Einzelfallregelung im Nutzungsplanverfahren respektive in einer Überbauungsordnung, wobei ein gesamträumliches Konzept über die ganze Kernzone bzw. das ganze Ortsbildschutzgebiet einer Gemeinde oder mindestens eines Ortsteils im Erläuterungsbericht nach Art. 47 RPV⁶⁶ eine Voraussetzung darstellt.

Im Erläuterungsbericht muss für alle zur Bezeichnung beabsichtigten Bauten aufgezeigt werden, dass es sich um eine ortsbildprägende Baute handelt und inwiefern diese durch ihre Lage und Gestalt zur erhaltenswerten Qualität des Ortsbilds und zur Identität des Ortes beiträgt.

Grundlagen für die Definition ortsbildprägender Bauten:

- ISOS Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz
- ISOS Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (Lokal/Regional)⁶⁷
- Bauinventar
- AHOP Ortsbild (unterstützt die Gemeinden u.a. in der Zielsetzung für die Entwicklung ihres Ortsbilds)

Nachgelagerte Verfahren: Während die Abteilung Orts- und Regionalplanung des AGR in der Regel einzig die Festlegung der ortsbildprägenden Bauten im Nutzungsplanverfahren vorprüft und genehmigt, wird die Baubewilligung anschliessend vom entsprechenden Regierungsstatthalteramt bzw. von der Gemeinde erteilt. Die Baubewilligung wird gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a ZWG nur er-

⁶⁵ Erläuterungen ZWV, S. 7. Für das Verfahren zur Unterschutzstellung der entsprechenden Baute gelten die Ausführungen zu den geschützten Bauten, wobei der Bund davon ausgeht, dass der Kanton auch die Möglichkeit hat, die Ausarbeitung eines Inventars der ortsbildprägenden Bauten vorzusehen.

⁶⁶ Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1)

⁶⁷ Die Ortsbilder von lokaler und regionaler Bedeutung wurden im Rahmen der Erstinventarisierung anhand der ISOS-Methoden aufgenommen. Sie sind nicht Teil des Bundesinventars und entfalten entsprechend nicht die Rechtswirkung im Sinne von Art. 5 des Natur- und Heimatschutzgesetzes (NHG).

teilt, wenn die Baute in ihrem Schutzwert nicht beeinträchtigt wird, insbesondere die äussere Erscheinung und die bauliche Grundstruktur des Gebäudes im Wesentlichen unverändert bleiben. Zudem muss im Baubewilligungsverfahren nachgewiesen werden, dass die dauernde Erhaltung der Baute nicht anders sichergestellt werden kann (Bst. b) und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Bst. c).

Ausserhalb der Bauzone ist die Zulässigkeit einer neuen Wohnung in geschützten Bauten nach den Vorschriften des Raumplanungsgesetzes (RPG)⁶⁸ über das Bauen ausserhalb der Bauzone zu beurteilen. Dabei geht es insbesondere um die geschützten Bauten nach Art. 24d Abs. 2 RPG und um die als landschaftsprägend geschützten Bauten. Letztere sind heute in Art. 39 Abs. 2 bis 5 Raumplanungsverordnung (RPV)⁶⁹ geregelt.

⁶⁸ Bundesgesetz über die Raumplanung; Raumplanungsgesetz; SR 700.

⁶⁹ Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000; SR 700.1.

5. Bauliche und nutzungsmässige Änderungen von bestehenden Wohnungen

5.1 Altrechtliche Wohnungen

5.1.1 Begriff

Art. 10 ZWG

Eine altrechtliche Wohnung im Sinne dieses Gesetzes ist eine Wohnung, die am 11. März 2012 rechtmässig bestand oder rechtskräftig bewilligt war.

Definition „altrechtliche Wohnung“: Art. 10 ZWG definiert den Begriff „altrechtliche Wohnung“.

Zweitwohnungsrechtlicher Besitzstand: Eine Wohnung, die am Stichtatum 11. März 2012 rechtmässig bestand, muss analog zu Art. 24c Abs. 1 RPG zum Zeitpunkt der Umnutzung bzw. der Einreichung des Baugesuchs noch bestimmungsgemäss nutzbar sein. Sofern die Wohnnutzung länger als 10 Jahre aufgegeben wurde, ist der Besitzstand in der Regel nicht mehr gegeben, es sei denn die Bausubstanz sei gut erhalten worden.

Gewerbliche Nutzung: Bauten die für gewerbliche Zwecke bewilligt bzw. erstellt worden sind, geltend nicht als altrechtliche Wohnung. Als altrechtlich gilt hingegen eine Wohnung, die lediglich vorübergehend zu gewerblichen Zwecken (Büro, Praxisraum) umgenutzt worden ist, sofern die Wohnung ohne bauliche Massnahmen (z.B. Einbau einer Küche) wieder Wohnzwecken zugeführt werden kann.⁷⁰

Altrechtliche Wohnungen ausserhalb der Bauzone: Für altrechtliche Wohnungen ausserhalb der Bauzone gilt das Raumplanungsrecht. Für Weidhäuser, Alphütten etc. gilt die BSIG-Weisung Nr. ..., wobei sich gestützt auf Art. 42 Abs. 1 ZWV die Frage der Nutzung als Zweitwohnung bei diesen Gebäudekategorien nicht stellt. Soweit bei zonenkonformen Wohnbauten eine Umnutzung zu allgemeiner Wohnnutzung raumplanungsrechtlich überhaupt bewilligbar ist, ist jedenfalls die Nutzungsaufgabe „Nutzung als Erstwohnung oder als einer Erstwohnung gleichgestellten Wohnung“ zu verfügen.

Intertemporalrechtliche Fragen: Hinsichtlich der sich stellenden intertemporalrechtlichen Fragen ist auf die Ausführungen zu den Artikeln 25 und 26 ZWG zu verweisen.

„Altrechtliche Wohnungen“ in „neuen“ Zweitwohnungsgemeinden: Für Bauten, die nach dem 11. März 2012 in Gemeinden gebaut wurden, die erst nach Inkrafttreten des ZWG den Schwellenwert von 20% Zweitwohnungen überschreiten, gilt gemäss der Botschaft ZWG Folgendes: „Diese Bauten sind nur vorbestehend im Verhältnis zum Gesetz, nicht jedoch im Verhältnis zu Art. 75b BV. Deshalb kann beispielsweise die spätere Umnutzung von in diesem Sinn vorbestehenden Erstwohnungen zu Zweitwohnungen nicht frei zulässig sein, da solche Bauten in Kenntnis des seit dem 11. März 2012 geltenden Artikels 75b BV erstellt worden sind.“

⁷⁰ Ebenso: Vollzugshilfe des Kantons Graubünden zu ZWG und ZWV

Wie solche Fälle dereinst zu beurteilen sind, bedarf einer Interessenabwägung im Einzelfall und muss der Praxis überlassen werden.“⁷¹

⁷¹ Botschaft ZWG, BBl 2014, S. 2309.

5.1.2 Bauliche und nutzungsmässige Änderungen

Art. 11 ZWG

¹ Altrechtliche Wohnungen sind unter Vorbehalt bestehender oder künftiger Nutzungsbeschränkungen des kantonalen oder kommunalen Rechts in der Art der Wohnnutzung frei.

² Solche Wohnungen dürfen im Rahmen der vorbestandene Hauptnutzfläche erneuert, umgebaut und wieder aufgebaut werden. Werden in diesem Rahmen zusätzliche Wohnungen geschaffen, so können diese bewilligt werden, ohne dass eine Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 auferlegt werden muss. Die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts bleiben vorbehalten.

³ Altrechtliche Wohnungen dürfen innerhalb der Bauzonen um maximal 30 Prozent der am 11. März 2012 vorbestehenden Hauptnutzfläche erweitert werden, sofern keine zusätzlichen Wohnungen geschaffen werden. Ausserhalb der Bauzonen bleiben Erweiterungen im Rahmen der Vorschriften über das Bauen ausserhalb der Bauzonen zulässig.

⁴ Übersteigen Erweiterungen das Mass nach Absatz 3, so sind sie zulässig, wenn die Wohnung als Erstwohnung im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a oder als touristisch bewirtschaftete Wohnung im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b in Verbindung mit Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a oder b deklariert wird und die entsprechenden Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind. Die Baubewilligungsbehörde ordnet in der Baubewilligung eine entsprechende Nutzungsbeschränkung an und weist unmittelbar nach Rechtskraft der Baubewilligung das Grundbuchamt an, die Nutzungsbeschränkung zum betreffenden Grundstück im Grundbuch anzumerken.

Besitzstandsgarantie: Art. 11 Abs. 1 und 2 ZWG konkretisieren die Besitzstandsgarantie für altrechtliche Wohnungen in Bezug auf die Nutzung als Zweitwohnungen. Sofern eine altrechtliche Wohnung eine der in Art. 10 ZWG festgelegten Voraussetzungen erfüllt, darf sie gemäss Art. 11 Abs. 1 ZWG frei umgenutzt werden. Restriktivere kantonale oder kommunale Bestimmungen (z.B. kommunale Erstwohnungsanteilsregelung) bleiben vorbehalten.

Abbruch und Wiederaufbau: Wird die vorbestehende Hauptnutzfläche nicht erweitert, gilt die Besitzstandsgarantie uneingeschränkt. Die Wohnung kann frei umgenutzt werden. In diesem Rahmen ist der Eigentümer hinsichtlich der Nutzung als Zweitwohnung berechtigt die Wohnung zu erneuern, umzubauen, abzubauen und wieder aufzubauen. Die Einhaltung der übrigen bau- und planungsrechtlichen Bestimmungen bleibt selbstverständlich vorbehalten.

Gemäss der Botschaft ZWG ist bei einem Abbruch und Wiederaufbau sogar eine geringfügige Standortverschiebung möglich.⁷² Als geringfügig gilt innerhalb der Bauzone die Standortverschiebung auf derselben Parzelle. Ausserhalb der Bauzone ist auf die bestehende Praxis zum Raumplanungsgesetz (RPG⁷³) abzustellen.

Bei einem Baugesuch für den Abbruch und Wiederaufbau einer Wohnung ist es unabdingbar dass der Gesuchsteller genügende Pläne des bestehenden Gebäudes einreicht. Zudem ist zu empfehlen, vor dem Abbruch einen Augenschein durchzuführen, um die Pläne zu verifizieren.

⁷² Botschaft ZWG, BBI 2014, S. 2310.

⁷³ Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700).

Erweiterung der Anzahl der Wohnungen; Zusammenlegung von Wohnungen: Unter den für den Abbruch und Wiederaufbau geltenden Voraussetzungen darf die Anzahl der Wohnungen im Zusammenhang mit einer neuen Raumeinteilung erhöht werden. Soll die Hauptnutzfläche gleichzeitig erweitert werden, darf jedoch keine zusätzliche Wohnung ohne Nutzungsbeschränkung erstellt werden.⁷⁴ Die Zusammenlegung von mehreren Wohnungen zu einer oder mehreren grossen Wohnungen ist ohne Nutzungsbeschränkung zulässig. Vorbehalten bleiben jedoch bewilligungspflichtige Änderungen innerhalb des Gebäudes (Brandschutz, Gewässerschutz, usw.).

Erweiterung altrechtlicher Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung: Art. 11 Abs. 3 ZWG legt die Grenzen, innerhalb derer die Erweiterung altrechtlicher Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung („Erstwohnung“ oder „touristisch bewirtschaftete Wohnungen“) möglich ist, wie folgt fest:

- **innerhalb der Bauzone:** um maximal 30% der vorbestehenden Hauptnutzfläche;
- **ausserhalb der Bauzone:** hinsichtlich der anrechenbaren Bruttogeschossfläche im Rahmen der Vorschriften über das Bauen ausserhalb der Bauzonen (Art. 16 a und Art. 24ff. RPG). Vorbehalten bleibt in jedem Fall die Ausnahmebewilligung des Amtes für Gemeinden und Raumordnung gemäss Art. 24ff. RPG.

Transfer der Erweiterungsmöglichkeiten auf andere Wohnungen oder Gebäude: Ein solcher Transfer zwischen verschiedenen Wohnungen des gleichen Gebäudes widerspricht zwar dem Wortlaut, nicht aber dem Sinn und Zweck des ZWG.⁷⁵ Ausgeschlossen ist hingegen ein solcher Transfer zwischen Wohnungen in verschiedenen Gebäuden.

Kombination Erweiterung mit Abbruch und Wiederaufbau: Die Erweiterung der Hauptnutzfläche von altrechtlichen Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung um maximal 30% ist auch bei einem Abbruch und Wiederaufbau möglich. Art. 11 Abs. 2 und 3 ZWG sollen bei altrechtlichen Wohnungen ermöglichen, die bestehende Bausubstanz ohne Nutzungseinschränkung zu erneuern und massvoll zu erweitern. Deshalb erschiene es sinnwidrig, den Abbruch und Wiederaufbau nur dann ohne Erstwohnungseintrag zuzulassen, wenn die Bauherrschaft auf jegliche Erweiterung der Hauptnutzfläche verzichtet. Die Kombination von Erweiterung mit Abbruch und Wiederaufbau ist grundsätzlich auch ausserhalb der Bauzone möglich, wobei hier zwischen den einzelnen Ausnahmetatbeständen gemäss Art. 24ff. RPG zu differenzieren ist.

Erweiterung mit Nutzungsbeschränkung: Geht die Erweiterung einer altrechtlichen Wohnung über das gemäss Art. 11 Abs. 3 ZWG zulässige Mass hinaus, muss die betreffende Wohnung entweder als Erstwohnung oder als touristisch bewirtschaftete Wohnung genutzt werden (Art. 11 Abs. 4 ZWG). Die Baubewilligungsbehörde ordnet die entsprechende Nutzungsbeschränkung in der Baubewilligung an und veranlasst die Anmerkung im Grundbuch.⁷⁶

⁷⁴ Wird eine grosse Wohnung in mehrere Wohneinheiten aufgeteilt und gleichzeitig die Hauptnutzfläche erweitert, entscheidet der Eigentümer welche Wohnungen als Erstwohnung im Grundbuch angemerkt werden.

⁷⁵ Abweichend: Vollzughilfe des Kantons Graubünden zu ZWG und ZWV.

⁷⁶ Übersteigt eine geplante Erweiterung das nach Art. 11 Abs. 3 ZWG zulässige Mass, ist den Gesuchstellenden Gelegenheit einzuräumen entweder eine Projektänderung vorzunehmen oder zu beantragen, welche Nutzungsbeschränkung als Auflage verfügt und im Grundbuch anzumerken ist.

Haupt- und Nebennutzflächen gemäss SIA 416 Ziffer 2: Zur Bestimmung, was als Hauptnutzfläche gilt, ist die SIA-Norm 416 massgebend.⁷⁷ Als Nutzfläche gilt gemäss der Definition von SIA 416 Ziffer 2 jene Fläche, welche der Zweckbestimmung und Nutzung des Gebäudes dient. Sie setzt sich aus der Hauptnutz- und Nebennutzfläche zusammen. Zur Abgrenzung der unterschiedlichen Flächen (Hauptnutzflächen, Nebennutzflächen, Konstruktionsflächen, Verkehrsflächen, Funktionsflächen) ist auf die Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV) abzustellen.⁷⁸

Hauptnutzfläche: Die Hauptnutzfläche ist der Teil der Nutzfläche, welcher der Zweckbestimmung und Nutzung des Gebäudes im engeren Sinn dient (z.B. Wohnen, Arbeiten).⁷⁹ Bei Wohnbauten sind dies beispielsweise Wohnräume, Küche, Badezimmer etc. An die Hauptnutzfläche anzurechnen sind beispielsweise auch Wellnessräume und ein Hallenbad soweit diese Räume natürlich belichtet sind.

Nebennutzfläche: Die Nebennutzfläche ist der Teil der Nutzfläche, welcher die Hauptnutzfläche ergänzt. Zu den Nebennutzflächen gehören in Wohnbauten beispielsweise Waschküche, Estrich- und Kellerräume, Abstellräume, Fahrzeugeinstellräume, Schutzräume, Kehrtrräume.

Nicht zur Nutzfläche (Haupt- und Nebennutzfläche) angerechnet werden:

- Balkone;
- Offene Lauben;
- Offene Hauseingänge;
- Ökonomie teil in landwirtschaftlichen Gebäuden (Stall, Tenn, Heubühne, usw).

Keine Nutzungsbeschränkung bei der Erweiterung von Nebennutzflächen, Erstellung von An- und Nebenbauten: Da An- und Kleinbauten nach BMBV nur Nebennutzflächen enthalten dürfen, ist dort keine Nutzungsbeschränkung erforderlich. In Gemeinden, die die BMBV noch nicht umgesetzt haben und zwischen bewohnten und unbewohnten An- und Nebenbauten unterscheiden, müsste bei bewohnten An- und Nebenbauten gleich vorgegangen werden wie bei Hauptbauten.⁸⁰

Aus den gleichen Überlegungen können beispielsweise auch neue Autoabstellplätze, Carports, geschlossene Garagen, Balkone und Terrassen ohne Nutzungsbeschränkung „Erstwohnung“ erstellt werden.

In Fällen, wo bei einer Erweiterung der Nebennutzfläche das Risiko besteht, dass diese Mehrfläche als Hauptnutzfläche genutzt werden könnte, ist für die Erweiterung der Nebennutzfläche ein Zweckentfremdungsverbot anzuordnen und im Grundbuch eintragen zu lassen.

⁷⁷ Botschaft ZWG, BBI 2014, S 2310.

⁷⁸ Mit der Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV, BSG 7213) hat der Kanton Bern seine Pflichten aus dem Beitritt zur Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe und Messweisen (IVHB) vom 22. September 2005 umgesetzt. Die von der IVHB übernommene Geschossfläche nach Art. 28 BMBV stützt sich auf die SIA Norm 416 (2003) SN 504 416 (IVHB-Erläuterungen, Stand 3.9.2013 zu Ziffer 5 zur Geschossflächenziffer). Es kann damit zur Abgrenzung der verschiedenen Flächen auf die BMBV abgestellt werden.

⁷⁹ Botschaft ZWG, BBI 2014, S 2310.

⁸⁰ Ebenso ist es beispielsweise bei altrechtlichen Wohnungen jederzeit möglich, eine Aussenisolation anzubringen, da diese zur Konstruktionsfläche zählt.

5.1.3 Massnahmen bei Missbrauch und unerwünschten Entwicklungen

Art. 12 ZWG

¹ Die Kantone und Gemeinden ergreifen bei Bedarf die Massnahmen, die nötig sind, um Missbräuche und unerwünschte Entwicklungen zu verhindern, die sich aufgrund einer unbeschränkten Nutzung altrechtlicher Wohnungen zu Zweitwohnzwecken ergeben können.

² Zu diesem Zweck können die Kantone die Umnutzung von bisher zu Erstwohnzwecken genutzten Wohnungen zu Zweitwohnzwecken sowie die Änderungsmöglichkeiten nach Artikel 11 Absätze 2-4 stärker einschränken als dieses Gesetz. Soweit diese nutzungsmässigen und baulichen Änderungen nicht der Baubewilligungspflicht unterstehen, können die Kantone sie ihr unterstellen.

Verhinderung von Missbrauch und unerwünschten Entwicklungen: Art. 12 Abs. 1 ZWG weist die Kantone und Gemeinden an, bei Bedarf Massnahmen zu ergreifen, um Missbräuche⁸¹ im Zusammenhang mit der Umnutzung altrechtlicher Wohnungen zu verhindern.

Einschränkung der Umnutzung altrechtlicher Wohnungen: Gemäss Art. 12 Abs. 2 ZWG können die Kantone und die Gemeinden die Umnutzung altrechtlicher Erst- zu Zweitwohnungen über die Vorschriften des ZWG hinaus einschränken und die damit verbundenen baulichen und nutzungsmässigen Änderungen der Baubewilligungspflicht unterstellen. Zudem ermächtigt das ZWG die Kantone zum Erlass von Vorschriften, welche die Erstellung und Nutzung von Wohnungen stärker einschränken als das Gesetz (Art. 3 Abs. 2 ZWG).

Vorbeugende planerische Massnahmen: Unerwünschten Entwicklungen sollen Kantone und Gemeinden laut Botschaft ZWG vorab mit vorbeugenden planerischen Massnahmen entgegenwirken, beispielsweise indem in der Nutzungsplanung Perimeter festgelegt werden, innerhalb welcher Umnutzungen von Erst- zu Zweitwohnungen nur beim Vorliegen besonderer Gründe oder im Rahmen eines vorgegebenen Umnutzungskontingents zulässig sind.⁸²

⁸¹ Gemäss Botschaft ZWG, BBI 2014, S. 2310, liegt ein Missbrauch zum Beispiel vor, wenn ein Ortsansässiger seine Erstwohnung im Ortskern an Auswärtige verkauft und parallel dazu in der gleichen Gemeinde eine andere, allenfalls neue Erstwohnung bezieht, was nicht nur zu einer Entleerung der Ortskerne, sondern auch zu einer zusätzlichen Zersiedelung führen kann. Die freie Umnutzbarkeit kann zudem namentlich in Tourismusgemeinden zur Folge haben, dass Ortsansässige verdrängt werden, weil Erstwohnungen knapper und damit tendenziell teurer werden.

⁸² Botschaft ZWG, BBI 2014, S 2310.

5.2 Nutzungsänderungen und Sistierung von Nutzungsbeschränkungen

5.2.1 Änderung von Nutzungsbeschränkungen

Art. 13 ZWG

¹ Die Änderungen folgender Nutzungsbeschränkungen bedürfen einer Baubewilligung:

- a. Wechsel der Nutzung nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a in die Nutzung als touristisch bewirtschaftete Wohnung;
- b. Wechsel der Nutzung innerhalb der Nutzungskategorien nach Artikel 7 Absatz 2.

Art. 7 ZWV

¹ Eine Wohnung mit einer Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b des Gesetzes darf auch als Wohnung nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a genutzt werden.

² Die Eigentümerin oder der Eigentümer der Wohnung hat die Nutzungsänderung innert 30 Tagen ab Bezug der Wohnung der Baubewilligungsbehörde zu melden.

Baubewilligungspflichtige Nutzungsänderungen: Nach Art. 13 ZWG sind folgende Nutzungsänderungen baubewilligungspflichtig:

- Änderung von Erstwohnung zu touristisch bewirtschafteter Wohnung;
- Änderung von Einliegerwohnung in hotelmässig bewirtschaftete Wohnung und umgekehrt.

Bei sog. altrechtlichen Wohnungen⁸³ sind reine Nutzungsänderungen „Wohnen zu Wohnen“ ohne Auswirkungen auf die Erschliessung oder die Umwelt jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des ZWG nicht baubewilligungspflichtig.⁸⁴

Zweifelsfälle: Ob bei einem Bauvorhaben im Einzelfall eine Baubewilligung erforderlich ist, entscheidet gemäss Art. 48 BewD⁸⁵ im Zweifelsfall die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter.⁸⁶

Meldepflichtige Nutzungsänderungen: Meldepflichtig ist die Änderung von touristisch bewirtschafteter Wohnung zu Nutzung als Erstwohnung oder der Erstwohnung gleichgestellter Wohnung (Art. 7 ZWV).

⁸³ Wohnungen, die am 11.03.2012 bereits bestanden oder rechtskräftig bewilligt waren.

⁸⁴ Bestehen in einer Gemeinde Erstwohnungsanteilsvorschriften, sind auch reine Nutzungsänderungen baubewilligungspflichtig, da sich die Nutzungsänderung auf die Zonenordnung auswirkt, die eine bestimmte Mindestzahl Erstwohnungen vorsieht (Rolf Mühlemann, Umnutzung einer Wohnung zu einer Zweitwohnung: Baubewilligungspflicht?, KPG-Bulletin 1/2012, S. 12).

⁸⁵ Dekret vom 22.03.1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD), BSG 725.1

⁸⁶ Falls ein einsprachebefugter Nachbar oder eine einsprachebefugte Organisation später feststellt, dass eine Umnutzung ohne Baubewilligung erfolgte, kann sie trotz eines anderslautenden Entscheids des Regierungsstatthalters innert 30 Tagen seit Feststellung Baubeschwerde führen und geltend machen, es wäre eine Baubewilligung erforderlich gewesen.

Weder bau- noch meldepflichtige Nutzungsänderungen: Weder baubewilligungspflichtig noch meldepflichtig ist demgegenüber der Wechsel von der Nutzung einer Wohnung als Erstwohnung zu einer Nutzung, die der Erstwohnungsnutzung gleichgestellt ist.

5.2.2 Sistierung von Nutzungsbeschränkungen

5.2.2.1 Sistierung infolge besonderer Umstände

Art. 14 ZWG

¹ Die Baubewilligungsbehörde sistiert auf Gesuch der Eigentümerin oder des Eigentümers eine Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 während einer bestimmten Dauer, wenn:

- a. die Nutzungsbeschränkung infolge besonderer Umstände wie Todesfall, Wohnsitzwechsel oder Zivilstandsänderung vorübergehend nicht eingehalten werden kann; oder
- b. *[Sistierung infolge Unvermietbarkeit; vgl. Ziffer 5.2.2.2 hienach].*

² *[Sistierung infolge Unvermietbarkeit; vgl. Ziffer 5.2.2.2 hienach].*

³ *[Sistierung infolge Unvermietbarkeit; vgl. Ziffer 5.2.2.2 hienach].*

⁴ Der Bundesrat regelt die Dauer der Sistierungen und ihrer Verlängerungen sowie die Einzelheiten des Nachweises nach Absatz 1 Buchstabe b, insbesondere die Anforderungen an die öffentliche Ausschreibung der Wohnung.

Art. 8 ZWV: Sistierung nach Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a des Gesetzes

¹ Die Baubewilligungsbehörde befristet Sistierungen nach Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a des Gesetzes auf längstens zwei Jahre. Sie kann die Dauer ausnahmsweise um bis zu zwei Jahre verlängern, wenn triftige Gründe dies rechtfertigen.

² Eine weitere Fortsetzung der Sistierung ist zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Artikel 9⁸⁷ erfüllt sind.

Voraussetzungen der Sistierung der Nutzungsbeschränkung infolge besonderer Umstände:

Art. 14 Abs. 1 Bst. a ZWG ermöglicht die Sistierung von Nutzungsbeschränkungen, falls eine Nutzungsbeschränkung vorübergehend aus objektiven Gründen kurzfristig und unvermeidlich nicht eingehalten werden kann.⁸⁸

Die Sistierung hat den Charakter einer Ausnahmegewilligung. Sie setzt deshalb besondere Umstände, mithin einen Sonderfall voraus. Insofern ist eine restriktive Handhabung angezeigt.⁸⁹

Besondere Umstände: Als besondere Umstände, die unter Umständen eine Sistierung rechtfertigen, nennt Art. 14 Abs. 1 Bst. a ZWG in beispielhafter (nicht abschliessender⁹⁰) Weise:

- Todesfall;
- Wohnsitzwechsel;
- Zivilstandsänderung.

⁸⁷ Sistierung infolge Unvermietbarkeit; vgl. Ziffer 5.2.2.2 hienach.

⁸⁸ Botschaft ZWG, BBl. 2014, S. 2311.

⁸⁹ Jäger/Hauser (ZWG-Kommentar Wolf/Pfammatter, N 9 zu Art. 14 ZWG).

⁹⁰ Jäger/Hauser, a.a.O, N 23 zu Art. 14 ZWG, erwähnen als weitere mögliche Umstände einen plötzlichen Wegzug aufgrund eines Stellenwechsels, Scheidung oder umgekehrt Heirat, aber auch eine behinderungs- oder altersbedingte Veränderung der Wohnsituation.

Verfahren: Die Eigentümerschaft richtet das Sistierungsgesuch an die Baubewilligungsbehörde, welche die Nutzungseinschränkung verfügt hat. Das Gesuch ist gutzuheissen, wenn die Eigentümerin oder der Eigentümer die Sistierungsvoraussetzungen nachweist. Das Sistierungsgesuch ist im amtlichen Anzeiger sowie im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen.

Dauer der Sistierung und Verlängerung: Die zuständige Behörde befristet Sistierungen infolge besonderer Umstände auf längstens zwei Jahre.

Sie kann die Sistierung ausnahmsweise um bis zu zwei Jahre verlängern, wenn triftige Gründe dies rechtfertigen (Art. 8 ZWV). Eine weitere Sistierung ist nur möglich, wenn die Voraussetzungen nach Art. 9 ZWV⁹¹ erfüllt sind.

Was als triftiger Grund gilt, führen weder die ZWV noch die zugehörigen Erläuterungen aus. Bis zu dieser Bestimmung allenfalls eine Gerichtspraxis entsteht, liegt die entsprechende Wertung im (pflichtgemäss auszuübenden) Ermessen der Baubewilligungsbehörde.

⁹¹ Sistierung infolge Unvermietbarkeit; vgl. Ziffer 5.2.2.2 hienach.

5.2.2.2 Sistierung infolge Unvermietbarkeit

Art. 14 ZWG

¹ Die Baubewilligungsbehörde sistiert auf Gesuch der Eigentümerin oder des Eigentümers eine Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 während einer bestimmten Dauer, wenn:

- a. *[Sistierung infolge besonderer Umstände; vgl. Ziffer 5.2.2.1 hievord];*
- b. die Eigentümerin oder der Eigentümer nachweist, die Wohnung öffentlich ausgeschrieben und erfolglos nach Personen gesucht zu haben, die die Wohnung gegen angemessenes Entgelt rechtmässig nutzen.

² Sie verlängert die Sistierung nach Absatz 1 Buchstabe b, wenn die Eigentümerin oder der Eigentümer nachweist, dass die Voraussetzungen weiterhin erfüllt sind.

³ Sie ordnet zusammen mit der Sistierung nach Absatz 1 Buchstabe b und bei jeder Verlängerung die Neueinschätzung des amtlichen Werts der Wohnung auf Kosten der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers an.

⁴ Der Bundesrat regelt die Dauer der Sistierungen und ihrer Verlängerungen sowie die Einzelheiten des Nachweises nach Absatz 1 Buchstabe b, insbesondere die Anforderungen an die öffentliche Ausschreibung der Wohnung.

Art. 9 ZWV: Sistierung nach Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe b des Gesetzes

¹ Die Baubewilligungsbehörde befristet Sistierungen nach Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe b des Gesetzes auf längstens zwei Jahre. Sie verlängert die Sistierung, wenn der Eigentümer oder die Eigentümerin nachweist, dass die Voraussetzungen nach Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe b des Gesetzes weiterhin erfüllt sind. Die Verlängerung beträgt jeweils höchstens zwei Jahre.

² Der Eigentümer oder die Eigentümerin muss in jedem Fall belegen, dass:

- a. regelmässig Inserate auf marktübliche Art und Weise erschienen sind;
- b. die Wohnung zu markt- und ortsüblichen Bedingungen ausgeschrieben worden ist; und
- c. die Wohnung für eine Mieterin oder einen Mieter oder eine Käuferin oder einen Käufer jederzeit bezugsbereit gewesen ist.

³ Ist der Nachweis nach Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe b des Gesetzes nicht erbracht, so verweigert die Baubewilligungsbehörde die Sistierung. Falls amtliche Massnahmen nach Artikel 17 des Gesetzes in Betracht kommen, überweist sie das Dossier an die zuständige Behörde.

⁴ Das Grundbuchamt versieht auf Antrag des Eigentümers oder der Eigentümerin im Fall von Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe b des Gesetzes die Anmerkung mit dem Zusatz der befristeten Sistierung.

Voraussetzungen der Sistierung von Nutzungsbeschränkungen infolge Unvermietbarkeit:

Art. 14 Abs. 1 Bst. b ZWG nennt als weiteren Sistierungsgrund die (objektive) Unvermietbarkeit einer Wohnung unter Einhaltung von Nutzungsbeschränkungen. Die Eigentümerschaft muss nachweisen, dass die Wohnung öffentlich ausgeschrieben wurde und sich mangels Nachfrage keine Personen finden lassen, die bereit sind, die Wohnung zu markt- und ortsüblichen Bedingungen rechtmässig zu nutzen. Dies bedeutet bei touristisch bewirtschafteten Wohnungen, dass auch vergeblich Personen gesucht wurden, die die Wohnung als Erstwohnung nutzen würden.

Auch die Sistierung einer zweitwohnungsrechtlichen Nutzungsbeschränkung infolge Unvermietbarkeit hat den Charakter einer Ausnahmegewilligung. Sie setzt deshalb besondere Umstände, mithin einen Sonderfall voraus. Insofern ist eine restriktive Handhabung angezeigt.⁹²

Verfahren: Die Sistierung erfolgt gestützt auf ein Gesuch der Eigentümerin oder des Eigentümers an die Baubewilligungsbehörde, welche die Nutzungseinschränkung verfügt hat. Das Sistierungsgesuch ist im amtlichen Anzeiger sowie im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen.

Das Gesuch ist dann gutzuheissen, wenn die Eigentümerin oder der Eigentümer die Sistierungsvoraussetzungen nachweist. Für die Sistierung infolge Unvermietbarkeit muss die Eigentümerschaft gemäss Art. 9 Abs. 2 ZWV in jedem Fall belegen:

- dass regelmässig Inserate in geeigneten Printmedien, auf geeigneten Internetportalen und anderen allenfalls geeigneten Orten wie z.B. Aushängen erschienen sind;
- dass die Wohnung zu markt- und ortsüblichen Konditionen ausgeschrieben war;
- dass die Wohnung für eine Mieterin oder einen Mieter oder eine Käuferin oder einen Käufer jederzeit bezugsbereit gewesen ist.

Aufgabe der Behörde ist es, sämtliche konkreten Umstände zu würdigen und zu entscheiden ob die betreffenden Hinweise und die lokale Marktsituation hinreichend sicher den Schluss zulassen, dass sich für die betreffende Wohnung keine Mieter oder Käufer für eine Nutzung gemäss Nutzungsbeschränkung finden lassen.

Verweigerung der Sistierung: Die Baubewilligungsbehörde hat nach Art. 9 Abs. 3 ZWV die Sistierung zu verweigern, wenn der Nachweis der Unvermietbarkeit nicht erbracht ist. Falls amtliche Massnahmen nach Art. 17 ZWG in Frage kommen, überweist die Baubewilligungsbehörde die Akten an die für die amtlichen Massnahmen zuständige Behörde.

Neueinschätzung des amtlichen Werts: Bei der Sistierung aufgrund von Unvermietbarkeit ist die Baubewilligungsbehörde gemäss Art. 14 Abs. 3 ZWG verpflichtet, die Neueinschätzung des amtlichen Werts der Wohnung auf Kosten der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers anzuordnen. Damit soll allfälligen sistierungsbedingten Wertveränderungen in steuerlicher Hinsicht Rechnung getragen werden.

⁹² Jäger/Hauser (ZWG-Kommentar Wolf/Pfammatter, N 9 zu Art. 14 ZWG).

Dauer der Sistierung und Verlängerung: Die Baubewilligungsbehörde befristet Sistierungen infolge Unvermietbarkeit auf längstens zwei Jahre. Sie verlängert die Sistierung, wenn die Eigentümerin oder der Eigentümer nachweist, dass die Voraussetzungen nach Art. 14 Abs. 1 Bst. b ZWG (Unvermietbarkeit trotz Nachweis öffentlicher Ausschreibung) weiterhin erfüllt sind. Die Verlängerung beträgt jeweils höchstens zwei Jahre (Art. 9 Abs. 1 ZWV).

Anmerkung der Sistierung im Grundbuch: Der Zusatz der Sistierung der Nutzungsbeschränkung infolge Unvermietbarkeit wird nicht von Amtes wegen ins Grundbuch eingetragen. Er ist dem Grundbuchamt gemäss Art. 9 Abs. 4 ZWV durch die Eigentümerschaft zu beantragen. Der Sistierungsentscheid der Baubewilligungsbehörde ist beizulegen.⁹³

⁹³ Erläuterungen ZWV, S. 8.

6. Vollzug

6.1 Aufsichtsbehörde

Art. 15 ZWG

Jeder Kanton bestimmt eine Behörde, die den Vollzug dieses Gesetzes beaufsichtigt.

Art. 71a Abs. 4 BauG

⁴ Die zuständige Regierungsstatthalterin oder der zuständige Regierungsstatthalter ist Aufsichtsbehörde im Sinn der Bundesgesetzgebung über Zweitwohnungen.

Kantonale Aufsichtsbehörde: Nach Art. 15 ZWG bestimmt jeder Kanton eine Behörde, die den Gesetzesvollzug beaufsichtigt. Die Aufsichtsbehörde braucht nicht zwingend eine einzige Behörde pro Kanton zu sein. In grösseren Kantonen sind auch mehrere jeweils regional zuständige Behörden denkbar.⁹⁴

Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthalter: Nach Art. 71 a Abs. 4 BauG obliegt die Aufsicht über den Vollzug des ZWG analog zur Zuständigkeit im Baupolizeiverfahren der zuständigen Regierungsstatthalterin bzw. dem zuständigen Regierungsstatthalter.⁹⁵ Den Gemeinden wird deshalb in Zweifelsfällen empfohlen, mit dem zuständigen Regierungsstatthalteramt Kontakt aufzunehmen.

⁹⁴ Botschaft ZWG, BBl. 2014, S. 2312.

⁹⁵ Art. 45 Abs. 1 BauG.

6.2 Meldepflichten

Art. 16 ZWG

¹ Die Behörde, die für die Einwohnerkontrolle in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent zuständig ist, meldet der für Baubewilligungen zuständigen Behörde Personen, die:

- a. innerhalb der Gemeinde die Wohnung wechseln;
- b. aus der Gemeinde wegziehen; oder
- c. ihre Niederlassung in eine andere Gemeinde verlegen.

² Das Grundbuchamt meldet der für Baubewilligungen zuständigen Behörde nach dem grundbuchlichen Vollzug den Eigentumsübergang eines in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent gelegenen Grundstücks, für das eine Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 angemerkt ist. Die Kantone regeln den Vollzug dieser Meldungen.

³ Die zum Vollzug der Artikel 4 und 7 notwendigen Informationen der Einwohnerkontrollen und des Grundbuchs dürfen im eidgenössischen Gebäude- und Wohnungsregister erfasst werden. Die Erfassung erfolgt durch die zur Nachführung dieses Registers zuständige Behörde.

Zweck der Meldepflichten: Nutzungsauflagen zuwiderlaufende Umnutzungen sind rechtswidrig. Die Meldepflichten der Einwohnerkontrollen der Zweitwohnungsgemeinden und der Grundbuchämter dienen dazu, das Risiko solcher Umnutzungen zu verringern. Die Meldepflicht des Grundbuchamts schränkt aber die Übertragung (Veräusserung) des Grundstücks nicht ein. Dies entspricht der Konzeption der Nutzungsaufgabe als blosser Nutzungsbeschränkung, nicht als Verfügungsbeschränkung⁹⁶

Meldepflichten der Einwohnerkontrollen: Die Einwohnerkontrollen in den Zweitwohnungsgemeinden sind gemäss Art. 16 Abs. 1 ZWG verpflichtet, folgende Personen zu melden: Personen, die innerhalb der Gemeinde die Wohnung wechseln; Personen, die aus der Gemeinde wegziehen sowie Personen, die ihre Niederlassung in eine andere Gemeinde verlegen.

Meldepflichten der Grundbuchämter: Art. 16 Abs. 2 ZWG regelt die Pflicht der Grundbuchämter den grundbuchlichen Vollzug des Eigentumsübergangs von Grundstücken mit zweitwohnungsrechtlichen Nutzungsbeschränkungen in Zweitwohnungsgemeinden zu melden. Die Regelung des Vollzugs dieser Meldungen ist Sache der Kantone.⁹⁷

Adressaten der Meldungen: Art. 16 Abs. 1 und 2 ZWG sehen die Meldung an die für die Baubewilligung zuständigen Behörden vor. Im Kanton Bern sind die Baubewilligungsbehörden nicht immer auch Baupolizeibehörden. Dieser und nicht der Baubewilligungsbehörde obliegt die Kontrolle der Einhaltung der Nutzungsbeschränkungen. Die Grundbuchämter sollen ihre Meldungen deshalb immer der Gemeinde erstatten, die sie möglichst rasch den für die Baupolizei Verantwort-

⁹⁶ Botschaft ZWG, BBI 2014, S. 2312.

⁹⁷ Allenfalls wäre zu prüfen, zumindest das Meldeverfahren für die Grundbuchämter gestützt auf Art. 16 Abs. 2 ZWG auf Stufe Bauverordnung zu regeln.

lichen zukommen lässt. Auch die Meldungen der Einwohnerkontrolle erfolgen immer direkt an die für die Baupolizei zuständige Stelle der Gemeinde.⁹⁸

Erfassung der Wohnungen mit Nutzungsbeschränkungen im eidgenössischen Gebäude- und Wohnungsregister (GWR): Art. 16 Abs. 3 ZWG schafft die gesamtschweizerische Rechtsgrundlage für die Nutzung der Daten des GWR zum Vollzug des ZWG. Zur Entlastung der Gemeinden vor unverhältnismässigem administrativem Aufwand sollen die Informationen aus dem Vollzug des Registerharmonisierungsgesetzes (Zuweisung von Personen aus den Einwohnerregistern zu den Wohnungen im GWR) verfügbar gemacht werden dürfen. Zudem dürfen Gemeinden Wohnungen mit Nutzungsbeschränkungen gemäss Art. 7 ZWG im Datenbestand des GWR erfassen.⁹⁹ Die in Artikel 16 Absatz 3 ZWG erwähnten „Informationen“ ergänzen die Merkmale gemäss Artikel 5 GWR-Verordnung¹⁰⁰ und betreffen somit in keinem Fall Daten mit Personenbezeichnungen.

⁹⁸ Die Meldungen von Einwohnerkontrolle und Grundbuchämtern an die Baupolizeibehörde sollten möglichst rasch erfolgen. Die baupolizeilichen Instrumente sind wirksamer, wenn sie rechtzeitig eingeleitet werden. Unter Umständen kann mit einem Benützungsverbot bereits die Aufnahme einer unzulässigen Nutzung verhindert werden.

⁹⁹ Botschaft ZWG, BBI 2014, S. 2313.

¹⁰⁰ Verordnung vom 31. Mai 2000 über das eidgenössische Gebäude- und Wohnungsregister, SR 431.841.

6.3 Amtliche Massnahmen und deren Durchführung bei unrechtmässiger Nutzung

Art. 17 ZWG

¹ Wird eine Wohnung mit einer Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 nicht rechtmässig genutzt, so setzt die zuständige Behörde der Eigentümerin oder dem Eigentümer unter Androhung der Ersatzvornahme und der Strafe nach Artikel 292 des Strafgesetzbuches¹⁰¹ eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Sie kann auf Antrag der Eigentümerin oder des Eigentümers in begründeten Fällen eine Nachfrist ansetzen.

² Behebt die Eigentümerin oder der Eigentümer den rechtswidrigen Zustand nicht fristgerecht, so untersagt die zuständige Behörde die Benutzung der Wohnung und ordnet deren Versiegelung an.

³ Die zuständige Behörde ergreift die Massnahmen, die zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nötig sind. Sie kann insbesondere die Wohnung unter Einhaltung der Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 vermieten.

⁴ Erhalten Mitglieder der zuständigen Baubehörden oder deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in ihrer amtlichen Tätigkeit Kenntnis von Widerhandlungen, so sind sie verpflichtet, diese unverzüglich der Aufsichtsbehörde nach Artikel 15 zu melden.

Art. 18 ZWG

¹ Die zuständige Behörde hat alle Rechte und Pflichten, die sie für die Wiederherstellung der rechtmässigen Nutzung in Vertretung der Eigentümerin oder des Eigentümers braucht.

² Sie kann Dritte für die Durchführung der nötigen Massnahmen beiziehen.

³ Die Einnahmen aus der Vermietung nach Artikel 17 Absatz 3, abzüglich des Verwaltungsaufwands der zuständigen Behörde und allenfalls beigezogener Dritter, gehen an die Eigentümerin oder an den Eigentümer.

Art. 45 BauG

¹ Die Baupolizei ist Sache der zuständigen Gemeindebehörde. Sie steht unter der Aufsicht des Regierungsstatthalters.

² Die Organe der Baupolizei treffen im Rahmen ihrer Zuständigkeit alle Massnahmen, die zur Durchführung dieses Gesetzes und der gestützt darauf erlassenen Vorschriften und Verfügungen erforderlich sind. Insbesondere obliegt ihnen

- a die Aufsicht über die Einhaltung der Bauvorschriften und der Bedingungen und Auflagen der Baubewilligung sowie der Bestimmungen über die Arbeitssicherheit und -hygiene bei der Ausführung von Bauvorhaben;
- b die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bei widerrechtlicher Bauausführung oder bei nachträglicher Missachtung von Bauvorschriften, Bedingungen und Auflagen;
- c die Beseitigung von Störungen der öffentlichen Ordnung, die von unvollendeten, mangelhaft unterhaltenen oder sonstwie ordnungswidrigen Bauten und Anlagen ausgehen.

³ Die Baupolizeibehörden können vom Regierungsstatthalter zum Betreten bewohnter Gebäude und Räume ermächtigt werden, wenn wichtige rechtserhebliche Sachverhalte nur so feststellbar sind. Wenn nötig stehen ihnen die Polizeiorgane der Gemeinde und des Kantons zur Verfügung.

¹⁰¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0.

Art. 47 BewD

¹ Die Gemeindebaupolizeibehörde hat darüber zu wachen, dass bei der Ausführung von Bauvorhaben die gesetzlichen Vorschriften sowie die Bestimmungen, Auflagen und Bedingungen der Baubewilligung eingehalten werden.

² Sie kontrolliert die Ausführung der Bauvorhaben auf der Grundlage einer baupolizeilichen Selbstdeklaration der dafür verantwortlichen Person.

³ Sie kann kantonale Fachstellen zur Baukontrolle beiziehen, sofern deren Fachwissen für die Kontrolle nötig ist.

⁴ Sie führt folgende Pflichtkontrollen vor Ort durch:

a die Schnurgerüstabnahme,

b die Kontrolle des Abwasseranschlusses an das öffentliche Netz,

c die Kontrolle der Versickerungsanlagen.

⁵ Soweit sie die Baubewilligung nicht selber erteilt hat, stellt sie der Baubewilligungsbehörde ein Doppel des Aufnahmeprotokolls durchgeführter Baukontrollen zu.

⁶ Sie veranlasst die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bei widerrechtlicher Bauausführung oder bei nachträglicher Missachtung von Bauvorschriften, Bedingungen und Auflagen (Art. 46 und 47 BauG). Sie berücksichtigt dabei die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Vertrauensschutzes.

⁷ Sie sorgt für die Beseitigung von Störungen der öffentlichen Ordnung, welche von unvollendeten, mangelhaft unterhaltenen oder sonstwie ordnungswidrigen Bauten und Anlagen ausgehen (Art. 45 Abs. 2 Bst. c und Art. 47 BauG).

⁸ Sie zeigt denjenigen, die eine Lastenausgleichsforderung angemeldet haben, den Baubeginn mit Gerichtsurkunde oder eingeschriebenem Brief an (Art. 31 Abs. 2 BauG).

Amtliche Massnahmen bei unrechtmässiger Nutzung und ihre Durchführung: Die zweitwohnungsrechtlichen baupolizeilichen Pflichten und Massnahmen gemäss Art. 17 und 18 ZWG, welche die Durchsetzung der zweitwohnungsrechtlichen Nutzungsaufgaben bezwecken, ergänzen die unverändert bestehenden baupolizeilichen Vorschriften des kantonalen Baugesetzes (Art. 45ff. BauG, Art. 47 BewD).¹⁰²

Unrechtmässige Nutzung: Eine unrechtmässige Nutzung liegt vor, wenn ohne vorgängige Sistierung oder Änderung von der Nutzungsaufgabe abgewichen wird, die Wohnung als Erstwohnung zu nutzen oder touristisch zu bewirtschaften.¹⁰³

Dreistufiges Vorgehen: Art. 17 ZWG statuiert ein dreistufiges Vorgehen der Bau(polizei)behörde bei Widerhandlungen gegen Nutzungsbeschränkungen im Sinn von Art. 7 Abs. 1 ZWG („Erstwohnung“ oder „touristisch bewirtschaftete Wohnung“).

– In der ersten Stufe setzt die zuständige Bau(polizei)behörde der Eigentümerin oder dem Eigentümer unter Androhung der Ersatzvornahme und der Strafe nach Artikel 292 StGB¹⁰⁴ eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Auf Antrag der Eigentümerin oder des Ei-

¹⁰² Zu den Aufgaben der Baupolizei gehört auch, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, wenn Bauvorschriften, Bedingungen und Auflagen nachträglich missachtet werden (Art. 46 BauG; Art. 47 Abs. 6 BewD).

¹⁰³ Botschaft ZWG, BBI 2014 S. 2313.

¹⁰⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0

gentümers kann die Baupolizeibehörde in begründeten Fällen eine Nachfrist ansetzen (Art. 17 Abs. 1 ZWG).

- In einer zweiten Stufe kann die zuständige Baupolizeibehörde die Benutzung der Wohnung untersagen und deren Versiegelung anordnen, sofern die Eigentümerin oder der Eigentümer den rechtswidrigen Zustand nicht fristgerecht behebt (Art. 17 Abs. 2 ZWG).¹⁰⁵
- In der dritten Stufe ergreift die zuständige Baupolizeibehörde diejenigen Massnahmen, die zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erforderlich sind. Sie kann insbesondere die Wohnung unter Einhaltung der Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 vermieten.

Meldepflicht der Baupolizeibehörden an die Aufsichtsbehörde: Gestützt auf Art. 17 Abs. 4 ZWG sind die Mitglieder der zuständigen Baubehörden oder deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter verpflichtet, Widerhandlungen, von denen sie in ihrer amtlichen Tätigkeit Kenntnis erhalten, unverzüglich der Aufsichtsbehörde nach Artikel 15 (Regierungsstatthalterin oder Regierungsstatthalter) zu melden.

Eine Strafanzeigespflicht sieht das ZWG im Gegensatz zum Entwurf nicht vor. Damit gilt für die Baupolizeibehörde, dass sie grundsätzlich nicht zur Strafanzeige verpflichtet ist. Erweist es sich für den Vollzug jedoch als unerlässlich und sind andere Instrumente, gerade bei Verstössen gegen Nutzungsaufgaben, zu wenig wirksam, kommt die Baupolizeibehörde unter Umständen nicht um eine Strafanzeige herum.¹⁰⁶ Verletzungen der Anzeigepflicht können zudem ihrerseits strafrechtliche Folgen haben, u.a. wenn sie als Begünstigung (Art. 305 StGB) zu qualifizieren sind.¹⁰⁷

Durchführung der amtlichen Massnahmen bei unrechtmässiger Nutzung: Art. 18 ZWG regelt das Vorgehen der Baupolizeibehörden bei der Durchführung der amtlichen Massnahmen bei unrechtmässiger Nutzung:

- Dabei hat die zuständige Baupolizeibehörde nach Art. 18 Abs. 1 ZWG alle Rechte und Pflichten, die sie für die Wiederherstellung der rechtmässigen Nutzung in Vertretung der Eigentümerin oder des Eigentümers braucht.
- Art. 18 Abs. 2 ZWG unterstreicht die Möglichkeit der Behörden, Dritte, beispielsweise eine private Liegenschaftsverwaltung oder ein Treuhandbüro, für die Durchführung der nötigen Massnahmen beizuziehen.
- Die durch die behördliche Vermietung erzielten Einnahmen stehen, nach Abzug der der Baupolizeibehörde entstandenen Kosten, dem Wohnungseigentümer zu (Art. 18 Abs. 3 ZWG).

¹⁰⁵ Dieses Vorgehen entspricht der bereits mehrfach angewandten Praxis in Gemeinden mit eigenen Erstwohnungsanteilsvorschriften.

¹⁰⁶ Aldo Zaugg / Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 50 N 3 formulieren dies wie folgt: „Im Interesse einer wirksamen und nachhaltigen Durchsetzung des öffentlichen Rechts sollten jedoch auch Gemeindebaupolizeibehörden und subsidiär die Regierungsstatthalterämter als Aufsichtsbehörden zumindest gröbere und/oder wiederholte Verstösse gegen die baurechtliche Ordnung zur Anzeige bringen.“

¹⁰⁷ Botschaft ZWG, BBl 2014 S. 2313.

6.4 Evaluation

Art. 19 ZWG

¹ Das Bundesamt für Raumentwicklung untersucht in Zusammenarbeit mit dem Staatssekretariat für Wirtschaft regelmässig die Wirkungen dieses Gesetzes. Dabei werden insbesondere die Auswirkungen auf die touristische und regionalwirtschaftliche Entwicklung der betroffenen Regionen untersucht.

² Die betreffenden Departemente erstatten dem Bundesrat periodisch Bericht. In diesem werden bei Bedarf auch Massnahmen insbesondere im Bereich der Standortförderung vorgeschlagen. Diese Berichterstattung erfolgt erstmals vier Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes.

Auswirkungen auf die touristische und regionalwirtschaftliche Entwicklung: Art. 19 Abs. 1 ZWG beauftragt das ARE in Zusammenarbeit mit dem Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco), auf Bundesebene regelmässig die Wirkungen des ZWG zu überprüfen. Dabei sind insbesondere die Auswirkungen auf die touristische und regionalwirtschaftliche Entwicklung der betroffenen Regionen zu untersuchen.

Berichterstattung an den Bundesrat: Art. 19 Abs. 2 ZWG beauftragt die betreffenden Departemente, dem Bundesrat periodisch Bericht zu erstatten. Darin sind bei Bedarf auch Massnahmen insbesondere im Bereich der Standortförderung vorzuschlagen. „Diese Berichterstattung erfolgt erstmals vier Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes.“ Soweit erforderlich sind auch Vorschläge für zu ergreifende Massnahmen und vorzunehmende Anpassungen der Zweitwohnungsgesetzgebung zu unterbreiten.¹⁰⁸

Vorbehalt der Zuständigkeit von Gemeinden und Kantonen: Art. 3 (Aufgaben und Kompetenzen der Kantone) und Art. 12 (Massnahmen von Kanton und Gemeinden gegen Missbrauch und unerwünschte Entwicklung) ZWG bleiben dabei vorbehalten.

¹⁰⁸ Botschaft ZWG, BBl 2014, S. 2314.

6.5 Verfahrensfragen

Art. 20 ZWG

¹ Die Ausschreibung von Baugesuchen und die Mitteilung von Bauentscheiden richten sich abschliessend nach den jeweiligen kantonalen Vorgaben. Artikel 112 Absatz 4 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 bleibt vorbehalten.

² Im Weiteren richten sich die Zuständigkeit, das Verfahren und der Rechtsschutz unter Vorbehalt der Bestimmungen dieses Gesetzes nach dem Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979 und den dazugehörigen Ausführungsbestimmungen der Kantone.

Art. 10 ZWV

¹ Das ARE ist im Bereich des Zweitwohnungswesens zur Beschwerde nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege berechtigt.

² Die Baubewilligungsbehörden eröffnen dem ARE:

- a. die Bewilligungen für neue Wohnungen, die sie gestützt auf die Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b, 8 und 9 des Gesetzes erteilt;
- b. die Sistierungsverfügungen nach Artikel 14 des Gesetzes;
- c. Baubewilligungen für Wohnungen mit einer sistierten Nutzungsbeschränkung.

Einleitung des Baubewilligungsverfahrens: Mit der Einreichung des Baugesuchs hat der Gesuchsteller zwingend anzugeben, welche Nutzung („Erstwohnung“ bzw. „touristisch bewirtschaftete Wohnung“) vorgesehen ist. Baugesuche ohne diese Angabe sind nach der formellen Prüfung zur Verbesserung zurückzuweisen.¹⁰⁹ Sie können allenfalls sistiert werden, wenn eine Entlassung der Gemeinde aus dem Wirkungsbereich des ZWG innert nützlicher Frist zu erwarten ist. Die Leitbehörde hat die Sistierung zu prüfen, sofern sich zeigt oder geltend gemacht wird, die Gemeinde falle neuerdings unter die Vorschriften von Art. 6ff. ZWG.

Publikation von Baugesuchen für Wohnungen in Zweitwohnungsgemeinden: Das ZWG ändert grundsätzlich nichts an der Pflicht, Baugesuche bekannt zu machen. Die Frage, ob ein Baugesuch zu veröffentlichen oder bloss den Nachbarinnen und Nachbarn mitzuteilen ist, richtet sich demnach nach den Art. 26 und 27 BewD. Die Angabe „Erstwohnung“ bzw. „touristisch bewirtschaftete Wohnung“ ist in der Publikation des Baugesuchs bekannt zu geben.

Zusätzlich ist zu beachten, dass wegen des Verbandsbeschwerderechts nach Art. 12 NHG¹¹⁰ Baugesuche für Wohnnutzungen, die nicht mit einer Auflage „Erstwohnung oder einer Erstwohnung gleichgestellte Wohnung nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a ZWG“ belegt werden, im Amtsblatt bekannt zu machen sind:

- Touristisch bewirtschaftete Wohnung (als Einliegerwohnung oder als Wohnung in einem strukturierten Beherbergungsbetrieb);
- Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung (im Zusammenhang mit einem strukturierten Beherbergungsbetrieb oder in einem geschützten Bau sowie bei Sistierungsgesuchen).

¹⁰⁹ Vgl. Art. 18 BewD.

¹¹⁰ Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz; SR 451

Eröffnung von Bauentscheiden für Wohnungen in Zweitwohnungsgemeinden: Analog zur Publikation sind gemäss Art. 10 ZWV Entscheide zu folgenden Sachverhalten zusätzlich auch dem zuständigen Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) zu eröffnen:

- Baubewilligungen für touristisch bewirtschaftete Wohnungen (Einliegerwohnungen und Wohnungen in strukturierten Beherbergungsbetrieben);
- Baubewilligungen für unbewirtschaftete Wohnungen im Zusammenhang mit Hotelneu- oder -umbauten;
- Baubewilligungen für die Umnutzung von altrechtlichen Beherbergungsbetrieben in unbewirtschaftete Wohnungen;
- Baubewilligungen für unbewirtschaftete Wohnungen in geschützten oder ortsbildprägenden Bauten;
- Baubewilligungen für Wohnungen mit einer sistierten Nutzungsbeschränkung.

Beschwerdeberechtigung des Bundesamts für Raumentwicklung (ARE): Bei denjenigen Bauentscheiden, die ihm gemäss Art. 10 ZWV zu eröffnen sind, ist das ARE zur Baubeschwerde berechtigt.

Verlängerung von Baubewilligungen für Zweitwohnungen: Bei der Beantwortung der Frage, ob die Verlängerung von rechtskräftigen Baubewilligungen für unbewirtschaftete Zweitwohnungen unter Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 3 BauG (wesentliche Änderung der massgebenden rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse) ohne zusätzliche Nutzungseinschränkungen verlängert werden kann, ist wie folgt zu differenzieren:

- Die Frage stellt sich primär bei Baubewilligungen, die vor dem 1. Januar 2013 rechtskräftig erteilt worden sind. Für die nach dem 31. Dezember 2012 erteilten Baubewilligungen ist eine allfällige Verlängerung dann unproblematisch, wenn sie die Voraussetzungen der aZWV einhalten. Soweit das Zweitwohnungsgesetz im Vergleich zur aZWV Lockerungen bringt, wird zudem im Einzelfall zu prüfen sein, inwieweit dem im Zusammenhang mit der Verlängerung der Baubewilligung oder unabhängig davon im Rahmen einer Projektänderung Rechnung getragen werden kann. Vorbehalten verbleiben die Fälle gemäss Art. 25 Abs. 2, Art. 26 und Art. 27 ZWG.
- Bei den vor dem 1. Januar 2013 erteilten Baubewilligungen ging man in der bisherigen Praxis davon aus, dass eine Verlängerung der Baubewilligung aufgrund der veränderten rechtlichen Verhältnisse nur bewilligbar sei, wenn sich der Gesuchsteller mit einer Nutzungseinschränkung nach Art. 7 Abs. 1 ZWG einverstanden erklärt. Daran ist gestützt auf Art. 25 Abs. 4 ZWG bei den nach dem 11. März 2012 erteilten Baubewilligungen grundsätzlich festzuhalten, wobei auch hier die Ausnahmetatbestände gemäss Art. 25 Abs. 2, Art. 26 und Art. 27 ZWG vorbehalten bleiben. Bei altrechtlichen Wohnungen ist zusätzlich zu prüfen, ob eine Verlängerung der Baubewilligung ohne Nutzungseinschränkung neu gestützt auf Art. 11 Abs. 3 ZWG möglich ist.

Verfahren bei der Entlassung einer Gemeinde aus dem ZWG-Geltungsbereich: Gemeinden, welche den Nachweis erbracht haben, dass sie nicht (mehr als) 20 % Zweitwohnungen aufweisen,

sind aus dem Geltungsbereich der bundesrechtlichen Zweitwohnungsgesetzgebung zu entlassen. Dabei scheint es sinnvoll, die bisherige Praxis weiterzuführen: Der Nachweis gilt im Baubewilligungsverfahren erbracht, wenn eine Bestätigung des ARE vorliegt. Sobald eine Gemeinde nicht mehr als „Zweitwohnungsgemeinde“ gilt, kann ein Eigentümer, dessen Wohnung einen Eintrag als „Erstwohnung“ hat, zudem die Löschung der Auflage und des Grundbucheintrags verlangen.

Abgrenzung zwischen ZWG und Erstwohnungsanteilsvorschriften (EWA) im Baubewilligungsverfahren: Ungeachtet davon, ob eine Gemeinde einen Zweitwohnungsanteil von mehr als 20% aufweist und damit den baurechtlichen Bestimmungen des ZWG unterliegt, sind EWA-Vorschriften der Gemeinden nach wie vor zulässig. Sie sind im Baubewilligungsverfahren separat zu prüfen (vgl. dazu auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. November 2014 i.S. Ortsplanungsrevision Zweisimmen, BVR 2015, S. 175ff.)

6.6 Strafbestimmungen

Art. 21 ZWG Missachtung von Nutzungsbeschränkungen

¹ Wer vorsätzlich eine Nutzungsbeschränkung nach diesem Gesetz missachtet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

² Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen.

³ Wird die Nutzungsbeschränkung nachträglich widerrufen, so ist die Strafe Geldstrafe bis zu 90 Tagessätzen.

⁴ Bis zur rechtskräftigen Erledigung eines Verfahrens auf Sistierung oder Änderung einer Nutzungsbeschränkung ist die strafrechtliche Beurteilung aufzuschieben.

Art. 22 ZWG Unrichtige Angaben

¹ Wer vorsätzlich den zuständigen Behörden über Tatsachen, die für die Bewilligung, die Sistierung oder die Änderung einer Nutzungsbeschränkung nach diesem Gesetz von Bedeutung sind, unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder einen Irrtum dieser Behörden arglistig benutzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

² Wer fahrlässig unrichtige oder unvollständige Angaben macht, wird mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft.

Art. 50 BauG

¹ Wer als Verantwortlicher, insbesondere als Bauherr, Architekt, Ingenieur, Bauleiter oder Bauunternehmer, ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Missachtung von Bedingungen, Auflagen oder Vorschriften ausführt oder ausführen lässt, oder wer vollstreckbaren baupolizeilichen Anordnungen, die ihm gegenüber ergangen sind, nicht nachkommt, wird mit Busse von 1000 Franken bis 40'000 Franken bestraft.

² Wer für die baupolizeiliche Selbstdeklaration notwendige amtliche Formulare nicht oder falsch ausfüllt, wird mit Busse von 1000 Franken bis 40'000 Franken bestraft.

³ In schweren Fällen, insbesondere bei Ausführung von Bauvorhaben trotz rechtskräftigem Bauabschlag, bei Verletzung von Vorschriften aus Gewinnstreben und im Wiederholungsfall kann die Busse bis auf 1000'000 Franken erhöht werden. Ausserdem sind widerrechtliche Gewinne gemäss Artikel 70 und 71 des Schweizerischen Strafgesetzbuches¹¹¹ einzuziehen.

⁴ In leichten Fällen beträgt die Busse 50 Franken bis 1000 Franken.

Strafbestimmungen nach ZWG und nach BauG: Das ZWG stellt verschiedene Verletzungen des ZWG unter Strafe. Darüber hinaus steht die Verletzung von Auflagen der Baubewilligung oder von vollstreckbaren baupolizeilichen Anordnungen unter der Androhung von Strafen nach Art. 50 ff. BauG.

Missachtung von Nutzungsbeschränkungen: Nach Art. 21 ZWG wird, wer vorsätzlich eine Nutzungsbeschränkung missachtet, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Bei Fahrlässigkeit lautet die Strafe auf Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen und bei nachträglichem Widerruf der Nutzungsbeschränkung lautet die Strafe auf Geldstrafe bis zu 90 Tagessätzen. Mit einer maximalen Strafdrohung von bis zu drei Jahren Gefängnis werden

¹¹¹Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0)

Verstösse gegen das ZWG deutlich strenger geahndet als die Verstösse nach Art. 50 ff. BauG.

Unrichtige Angaben: Nach Art. 22 ZWG wird, wer gegenüber den zuständigen Behörden vorsätzlich unrichtige oder unvollständige Angaben machte über Tatsachen, die für die Bewilligung, die Sistierung oder die Änderung einer Nutzungsbeschränkung von Bedeutung sind, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Wer fahrlässig handelt, wird mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft. Artikel 22 ZWG lehnt sich an Artikel 29 BewG¹¹² an.

Zuständigkeit der Strafverfolgungsbehörden: Die Anwendung der Strafbestimmungen ist Sache der Strafverfolgungsbehörden. Die Missachtung von Nutzungsbeschränkungen ist strafrechtlich als Vergehen konzipiert. Die Qualifikation als Vergehen signalisiert, dass die unrechtmässige Nutzung nicht einfach ein Kavaliersdelikt ist, das sich zahlungskräftige Eigentümerinnen und Eigentümer leisten können, wenn sie wollen. Als Vergehen erfasst der Straftatbestand nach Art. 102 Abs. 1 StGB auch Unternehmen. Danach wird ein Unternehmen strafbar, wenn sich die Verantwortung wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zurechnen lässt.¹¹³

¹¹² Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG), SR 211.412.41, Botschaft ZWG, BBI 2014, S. 2314.

¹¹³ Botschaft ZWG, BBI 2014, a.a.O.

7. Übergangsbestimmungen

7.1 Zeitlicher Geltungsbereich

Art. 25 ZWG

¹ Dieses Gesetz ist anwendbar auf Baugesuche, über die nach seinem Inkrafttreten erstinstanzlich oder in einem Beschwerdeverfahren zu entscheiden ist.

² Ordnete eine Baubewilligung, die vor dem 11. März 2012 rechtskräftig erteilt worden war, einen zeitlichen Aufschub der Ausführung im Rahmen einer Kontingentierung an, so kann die für die Baubewilligung zuständige Behörde spätestens innert zweier Jahren nach Inkrafttreten dieses Gesetzes die Ausführung freigeben, wenn die Baubewilligung für den Beginn der Ausführung entweder keinen Zeitraum festsetzte oder diesen auf einen Zeitraum aufschob, der nicht später als zwei Jahre nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes endet.

³ Verringert sich der Zweitwohnungsanteil einer Gemeinde auf 20 Prozent oder weniger, so hebt die für Baubewilligungen zuständige Behörde auf Gesuch der Eigentümerin oder des Eigentümers hin eine allfällige Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 auf und weist das Grundbuchamt an, die betreffende Anmerkung auf dem Grundbuchblatt des betroffenen Grundstücks zu löschen.

⁴ Die vor dem 31. Dezember 2012 gemäss jeweiligem kantonalem Verfahrensrecht rechtskräftig erteilten Baubewilligungen bleiben gültig.

⁵ Die nach dem 1. Januar 2013 gemäss jeweiligem kantonalem Verfahrensrecht bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes erteilten, rechtskräftig gewordenen Baubewilligungen bleiben gültig, soweit sie sich auf die Verordnung vom 22. August 2012 über Zweitwohnungen abstützen.

Zeitlicher Geltungsbereich des Zweitwohnungsgesetzes: Art. 25 ZWG legt den zeitlichen Geltungsbereich des ZWG wie folgt fest:

- Ist ein Baugesuch bis zum Inkrafttreten des ZWG nicht rechtskräftig entschieden, ist das ZWG anzuwenden (Art. 25 Abs. 1 ZWG).
- Vor dem 31. Dezember 2012 gemäss dem jeweiligen kantonalen Verfahrensrecht rechtskräftig erteilte Baubewilligungen bleiben gültig (Art. 25 Abs. 4 ZWG).
- Die zwischen dem 1. Januar 2013 und dem Inkrafttreten des ZWG gemäss dem jeweiligen kantonalen Verfahrensrecht rechtskräftig gewordenen Baubewilligungen bleiben gültig, soweit sie sich auf die Übergangsverordnung (aZWV) abstützen (Art. 25 Abs. 5 ZWG).
- Falls sich der Zweitwohnungsanteil einer Zweitwohnungsgemeinde auf 20 Prozent oder weniger verringert, sind die Einschränkungen von Art. 6 ff. ZWG (3. bis 5. Kapitel) für diese Gemeinde nicht mehr anwendbar, sobald die entsprechende Bestätigung der zuständigen Bundesbehörde (Bundesamt für Raumentwicklung, ARE) vorliegt. Die Baubewilligungsbehörde hebt auf Gesuch des Eigentümers hin bestehende Nutzungsbeschränkungen nach Art. 7 Abs. 1 ZWG auf und veranlasst die Löschung der entsprechenden Grundbuchanmerkung (Art. 25 Abs. 3 ZWG).

Spezialfälle des zeitlichen Geltungsbereichs: Die Art. 25 Abs. 2, Art. 26 und 27 ZWG regeln zudem drei Spezialfälle des zeitlichen Geltungsbereichs:

- **Vor dem 11. März 2012 erteilte Baubewilligung mit Aufschub für den Baustart:** Art. 25 Abs. 2 ZWG ermöglicht bei Baubewilligungen, die einen zeitlichen Aufschub der Ausführung im Rahmen einer Kontingentierung anordnen und die vor dem 11. März 2012 rechtskräftig erteilt waren,

einen Aufschub von maximal zwei Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes für den Beginn der Ausführung.

- **Am 11. März 2012 rechtskräftig genehmigte Sondernutzungspläne:** Die mit der Annahme der Zweitwohnungsinitiative (Art. 75b BV) eingeführten Einschränkungen des Zweitwohnungsbaus entfallen zudem, wenn am 11. März 2012 ein Sondernutzungsplan rechtskräftig genehmigt war, der die wesentlichen Elemente der Baubewilligung betreffend Lage, Stellung, Grösse und Gestaltung der Bauten und Anlagen sowie deren Nutzungsart regelt (Art. 26 ZWG; vgl. Ziffer 7.2 hienach).
- **Bauvoranfrage vor dem 18. Dezember 2007:** Schliesslich dürfen unbewirtschaftete Zweitwohnungen gebaut werden, wenn die Baubewilligungsbehörde vor dem 18. Dezember 2007 die Bewilligungsfähigkeit des Vorhabens im Rahmen einer genügend detaillierten Voranfrage bejaht hat (Art. 27 ZWG; vgl. Ziffer 7.3 hienach).
- **Verfügung einer Nutzungsbeschränkung „Erstwohnung“ unter der Übergangsverordnung (aZWV):** Eine unter der aZWV verfügte Nutzungsbeschränkung Erstwohnung kann gestützt auf ein entsprechendes Gesuch aufgehoben werden, wenn sich die vorgenommene Erweiterung der Hauptnutzfläche innerhalb der 30% bewegt, die gemäss Art. 11 Abs. 3 ZWG ohne Erstwohneintrag bewilligbar ist. Ebenso kann sich ein Bauherr nachträglich auf die erweiterte Besitzstandsgarantie nach Art. 11 Abs. 2 ZWG berufen, wenn der Abbruch bereits vor dem 1. Januar 2016 erfolgt ist.

7.2 Projektbezogene Sondernutzungspläne

Art. 26 ZWG

¹ In Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent dürfen Wohnungen, die Gegenstand eines projektbezogenen und mindestens zu einem wesentlichen Teil auf die Erstellung von Zweitwohnungen ausgerichteten Sondernutzungsplans bilden, ohne Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 bewilligt werden, wenn dieser Plan:

- a. vor dem 11. März 2012 rechtskräftig genehmigt wurde; und
- a. die wesentlichen Elemente der Baubewilligung betreffend Lage, Stellung, Grösse und Gestaltung der Bauten und Anlagen sowie deren Nutzungsart und Nutzungsmass regelt.

² Änderungen von Sondernutzungsplänen nach Absatz 1 sind zulässig, sofern dabei weder der Anteil der Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 noch der Anteil der durch solche Wohnungen belegten Hauptnutzflächen erhöht werden.

Vor dem 11. März 2012 rechtskräftig genehmigte Sondernutzungspläne: Art. 26 ZWG trägt insbesondere dem Grundsatz von Treu und Glauben Rechnung. Er legt fest, dass die mit der Annahme der Zweitwohnungsinitiative (Art. 75b BV) eingeführten Einschränkungen des Zweitwohnungsbaus nicht anwendbar sind, wenn am 11. März 2012 ein Sondernutzungsplan rechtskräftig genehmigt war, der die wesentlichen Elemente der Baubewilligung betreffend Lage, Stellung, Grösse und Gestaltung der Bauten und Anlagen sowie deren Nutzungsart regelt. „Inhaltlich geht es um Pläne, die die Ausführung bis in die architektonischen Einzelheiten festlegen und deshalb den Charakter eines baurechtlichen Vorentscheids haben.“¹¹⁴ Ob ein vor dem 11. März 2012 genehmigter Sondernutzungsplan (im Kanton Bern: Überbauungsordnung) den Anforderungen von Art. 26 ZWG genügt, ist im Einzelfall zu prüfen. Zudem hat der Plan ein bestimmtes Verhältnis von Zweitwohnungen und anderen Nutzungen festzulegen, wobei der Zweitwohnungscharakter der Bauten nicht explizit vermerkt sein muss. Die Nutzung zu Zweitwohnungszwecken muss jedoch zumindest implizit aus der Gesamtheit des Plans, den dazugehörigen Vorschriften und den gesamten rechtlichen und tatsächlichen Umständen ersichtlich sein.¹¹⁵

¹¹⁴ Botschaft ZWG, BBI 2014, S. 2315.

¹¹⁵ Hauser/Jäger (ZWG-Kommentar Wolf/Pfammatter, N 12 zu Art. 27 ZWG); vgl hierzu auch den Bundesgerichtsentscheid 1C 580/2014 vom 25. November 2015 sowie das Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden R 16 19 vom 12. April 2016.

7.3 Vorabklärungen vor dem 18. Dezember 2007

Art. 27 ZWG

Unabhängig von den Voraussetzungen nach Artikel 7 Absatz 2, 8, 9 oder 26 darf ein Baugesuch für eine neue Wohnung ohne Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 bewilligt werden, wenn:

- a. die für die Baubewilligung zuständige Behörde vor dem 18. Dezember 2007 aufgrund einer hinreichend detaillierten Voranfrage eine schriftliche Antwort gegeben hat, die:
 1. die wesentlichen Elemente der Baubewilligung im Sinne von Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe b zum Gegenstand hat,
 2. die Bewilligungsfähigkeit des Vorhabens bejaht;
- b. die Baubewilligung vor dem 11. März 2012 nicht erteilt werden konnte, weil der Eigentümer oder die Eigentümerin unverschuldet verhindert war, das Baugesuch rechtzeitig einzureichen; und
- c. die übrigen Voraussetzungen für die Erteilung der Baubewilligung erfüllt sind.

Bauvoranfrage vor dem 18. Dezember 2007: Am 18. Dezember 2007 wurde die Zweitwohnungsinitiative eingereicht, weshalb später beantwortete Voranfragen an sich immer unter dem Vorbehalt der Annahme durch das Volk gestanden haben. Auch diese Sonderregelung trägt dem Grundsatz von Treu und Glauben Rechnung. Was eine „unverschuldete Verhinderung“ ist, wird sich in der Gerichtspraxis weisen müssen. Es werden dabei wohl immer alle Umstände des konkreten Einzelfalls beizuziehen sein.

Geschäftsleitung der Regierungstatthalterinnen und Regierungstatthalter des Kantons Bern



Philippe Chételat
Vorsitzender



Kurt von Känel
Geschäftsführer