

Jonas Alig

Der Wohnungsbegriff des Zweitwohnungsgesetzes (ZWG)

Der Wohnungsbegriff ist für die Anwendung des Zweitwohnungsgesetzes (ZWG) von entscheidender Bedeutung. Der Autor beleuchtet die nicht einfach zu durchschauende Wohnungs-Systematik des Gesetzes, der es teilweise an Stringenz mangelt.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Verwaltungsrecht; Bau- und Raumplanungsrecht. Bodenrecht

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

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Systematik
- III. Die Wohnungsdefinition
- IV. Die Nutzungskategorien
 - 1. Erstwohnungen
 - 2. Erstwohnungen gleichgestellte Wohnungen
 - 3. Zweitwohnungen
- V. Die Bewilligungskategorien
 - 1. Wohnungen mit Nutzungsbeschränkung
 - a. Erstwohnung bzw. Erstwohnungen gleichgestellte Wohnung
 - b. Touristisch bewirtschaftete Wohnung
 - 2. Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung
 - a. Strukturierte Betriebe
 - aa. Erstellung
 - aa. Umnutzung
 - b. Schützenswerte Bausubstanz
 - c. Im Rahmen der Schluss- und Übergangsbestimmungen
- VI. Die Änderung von Wohnungen
 - 1. Altrechtliche Wohnungen
 - 2. Übrige gegenüber dem ZWG vorbestehende Wohnungen
 - 3. Wohnungen gemäss ZWG

I. Einleitung

[Rz 1] Unter dem Titel «Schicke Alternative – In Graubünden entstehen kleine Fertighäuser, die nicht unter das Zweitwohnungsgesetz fallen» berichtete die Schweiz am Sonntag über so genannte Mobilheime, die mittels spezieller Verankerung in den Boden geschraubt werden und «innert vernünftiger Zeit» wieder aus der Verankerung gelöst werden können. Die Zeitung zitiert Richard Atzmüller, den Chef des Bündner Amts für Raumentwicklung, mit der Auffassung, dass solche Wohnungen *nicht unters Zweitwohnungsgesetz (ZWG) fielen*.¹ Doch ist dem tatsächlich so?

[Rz 2] Dies ist nur eine von vielen Fragen im Zusammenhang mit dem Wohnungsbegriff des ZWG. Noch weitere Ungewissheiten hängen mit der Komplexität des systematisch nicht übermässig stringenten Gesetzes zusammen: Das ZWG differenziert Wohnungen – ausgehend von seiner Wohnungsdefinition in Art. 2 Abs. 1 ZWG – in unübersichtlich viele *Subkategorien*: Erstwohnungen, Erstwohnungen gleichgestellte Wohnungen (Leerwohnungen, Dienstwohnungen etc.), Zweitwohnungen, altrechtliche Wohnungen, Wohnungen mit Nutzungsbeschränkung, Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung, Wohnungen mit Veräusserungsbeschränkung, touristisch bewirtschaftete Wohnungen (Einliegerwohnungen, strukturiert bewirtschaftete Wohnungen).

[Rz 3] Das Ziel dieses Beitrags ist es, mit Blick auf den Wohnungsbegriff und die Wohnungskategorien Klarheit zu schaffen.

¹ Schweiz am Sonntag – Ausgabe Graubünden vom 12. September 2015, S. 14.

II. Systematik

[Rz 4] In der Wohnungs-Systematik des ZWG sind *drei Hauptgruppen* auseinanderzuhalten: die Nutzungskategorien, die Bewilligungskategorien sowie die Kategorie der altrechtlichen Wohnungen.

[Rz 5] Die *Nutzungskategorien* referieren auf den tatsächlichen Gebrauch der Wohnungen (Erstwohnungen [Art. 2 Abs. 2 ZWG], Erstwohnungen gleichgestellte Wohnungen [Art. 2 Abs. 3 ZWG], Zweitwohnungen [Art. 2 Abs. 4 ZWG]) und sind für die Berechnung der Zweitwohnungsquote einer Gemeinde relevant (vgl. Art. 4 und 5 ZWG). Überschreitet der Zweitwohnungsanteil einer Gemeinde 20% am Gesamtbestand der Wohnungen, so kommt nach Art. 6 Abs. 1 ZWG das Bewilligungsverbot für neue Zweitwohnungen zum Tragen.

[Rz 6] Alle Wohnungen, die in der Schweiz bestehen, sind – unabhängig davon, ob sie in einer Zweitwohnungsgemeinde (Gemeinde mit Zweitwohnungsanteil von über 20%) liegen oder nicht – einer Nutzungskategorie zuzuordnen (Art. 4 Abs. 1 ZWG). Die Gemeinden können die den Erstwohnungen gleichgestellten Wohnungen gesondert erfassen (Art. 4 Abs. 3 ZWG)²; ansonsten zählen sie gemäss Art. 2 Abs. 4 ZWG als Zweitwohnungen.

[Rz 7] Die *Bewilligungskategorien* sind allein in Zweitwohnungsgemeinden relevant. Sie umfassen den numerus clausus der Wohnungstypen, unter deren Voraussetzungen sich im Anwendungsbereich des Zweitwohnungs-Bewilligungsverbots (noch) neue Wohnungen erstellen lassen (Oberbegriffe: Wohnung mit Nutzungsbeschränkung, Wohnung ohne Nutzungsbeschränkung).³ Die Erstellung von Wohnungen mit Nutzungsbeschränkung stellt den Grundtatbestand (Art. 7 Abs. 1 ZWG) dar. Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung lassen sich im Rahmen von Spezial-Ausnahmetatbeständen (Art. 8 Abs. 1, 2 und 4, Art. 9 Abs. 1 und 2, Art. 25 Abs. 2, Art. 26 Abs. 1 und Art. 27 ZWG) erstellen.

[Rz 8] Zur *Kategorie der altrechtlichen Wohnungen* zählen alle Wohnungen in Zweitwohnungsgemeinden, die am 11. März 2012 bereits rechtmässig bestanden oder rechtskräftig bewilligt waren (Art. 10 ZWG). Das ZWG regelt, in welchem Umfang sie geändert werden können, ohne dass sie im Rahmen des ZWG als neue Wohnungen gelten (und damit als Wohnungen mit Nutzungsbeschränkung deklariert werden müssen). Das ZWG enthält Regelungen zur Umnutzung (Art. 11 Abs. 1 ZWG), zur Erneuerung, zum Umbau und Wiederaufbau (Art. 11 Abs. 2 ZWG) sowie zur Erweiterung (Art. 11 Abs. 3 und 4 ZWG).

[Rz 9] Die Zugehörigkeit einer Wohnung zur Kategorie der altrechtlichen Wohnungen sagt noch nichts darüber aus, ob ihre *Änderung im Einzelfall* erlaubt ist. Innerhalb der Bauzonen ist dies primär im Rahmen des kantonalen bzw. kommunalen Baurechts zu beantworten; ausserhalb der Bauzonen ist vorrangig das Raumplanungsgesetz (RPG) massgebend.

[Rz 10] Keine altrechtlichen Wohnungen sind:⁴

- Wohnungen, die am 11. März 2012 bereits erstinstanzlich, aber noch nicht rechtskräftig bewilligt waren.
- Wohnungen, die erst nach dem 11. März 2012 erstinstanzlich bewilligt wurden.

² Weshalb Art. 4 Abs. 3 ZWG darüber hinaus festhält, dass sie den Erstwohnungen zugerechnet werden können, erhellt nicht, zumal sich dies in Art. 2 Abs. 4 ZWG nicht widerspiegelt und es für die Berechnung der Zweitwohnungsquote irrelevant ist, ob sie den Erstwohnungen zugerechnet oder eigenständig ausgewiesen werden.

³ Vgl. Art. 6 Abs. 2 ZWG.

⁴ Vgl. dazu VI/2.

III. Die Wohnungsdefinition

[Rz 11] Als Wohnung gilt gemäss den kumulativen Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 ZWG «eine Gesamtheit von Räumen, die:

1. für eine Wohnnutzung geeignet sind;
2. eine bauliche Einheit bilden;
3. einen Zugang entweder von aussen oder von einem gemeinsam mit anderen Wohnungen genutzten Bereich innerhalb des Gebäudes haben;
4. über eine Kocheinrichtung verfügen; und
5. keine Fahrnis darstellen».

[Rz 12] Unter die «*Gesamtheit von Räumen*» lässt sich gemäss Botschaft auch ein Einzelzimmer subsumieren.⁵

[Rz 13] *Lit. a* stellt auf die Eignung der Raumesamtheit⁶ zur Wohnnutzung ab. Mithin ist nicht gefordert, dass eine tatsächliche Wohnnutzung vorliegt, sondern bloss, dass keine baulichen Massnahmen nötig sind, um die Eignung zur Wohnnutzung (wieder)herzustellen.⁷ Mittels dieses Kriteriums lassen sich typische Verkaufs- und Gewerbelokale, Garagen, Ställe und Bauruinen von Wohnungen abgrenzen.⁸

[Rz 14] Gemäss dem Einheitserfordernis nach *lit. b* zählen baulich abgetrennte Räume nicht zur Raumesamtheit. Allenfalls stellen sie – im Rahmen der Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 ZWG – eigenständige Wohnungen dar. Einzelne Hütten auf Maiensässen oder Alpwirtschaften haben den Wohnungsbegriff somit jeweils eigenständig zu erfüllen.

[Rz 15] Aus *lit. c* ergibt sich, dass die Raumesamtheit über einen Zugang verfügen muss, der sich nicht innerhalb einer Wohnung befindet (ansonsten stellt sie einen Teil dieser Wohnung dar). Als Beispiel für einen gemeinsamen Zugang im Innern des Gebäudes nennt die Botschaft die Erschliessung über ein Treppenhaus.⁹

[Rz 16] Mit *lit. d* werden Abgrenzungen zu typischen Einzelzimmern in Altersheimen und Hotels sowie zu Mansarden vorgenommen, die nicht über Kocheinrichtungen verfügen.¹⁰ Eine Kocheinrichtung ist eine fest installierte Anlage mit Spülbecken, die zur Vorbereitung von Mahlzeiten dient. Dem Begriff «Kocheinrichtung» werden sowohl Küchen als auch Kochnischen zugeordnet.

[Rz 17] Das Kriterium nach *lit. d* ist gemäss Bundesrat bereits beim Vorhandensein von *Installationen für einen nachträglichen Einbau* einer Kocheinrichtung erfüllt. Die Baubewilligungsbehörde hat die Möglichkeit des nachträglichen Einbaus einer Kocheinrichtung zu berücksichtigen.¹¹ Erst

⁵ Botschaft zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2287 ff., S. 2297.

⁶ Dass sich die Voraussetzungen gemäss *lit. a–e* in der deutschen und italienischen Fassung – im Gegensatz zur französischen Fassung – sprachlich auf die einzelnen Räume statt auf die Raumesamtheit beziehen, ist offensichtlich einem Versehen geschuldet (es kann nicht sein, dass jeder einzelne Raum über einen Zugang gemäss *lit. c* oder eine Kocheinrichtung gemäss *lit. d* verfügen muss).

⁷ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2297.

⁸ Vgl. DAVID EQUEY, *Réponses secondaires: de l'Initiative «Weber» à la législation et à la réglementation d'application*, in: Jusletter 8. Februar 2016, Rz. 48; FRANÇOIS BIANCHI, *La loi sur les résidences secondaires: une première approche*, in: RNR 96/2015, S. 296.

⁹ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2297.

¹⁰ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2298.

¹¹ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2298.

wenn die Kocheinrichtung einer Wohnung entfernt wird, ohne dass derartige Installationen zurückbleiben, fällt eine Raumgesamtheit nicht mehr unter den ZWG-Wohnungsbegriff.¹²

[Rz 18] Dass bereits Installationen für den nachträglichen Einbau erfasst werden, entspricht angesichts des Wortlauts einem *extensiven Verständnis* von lit. d. Es erscheint mit Blick auf die Ziele der verfassungsmässigen Zweitwohnungsbeschränkung (Art. 75b Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; BV) jedoch geboten, da sich die tatsächliche Nutzung einer Raumgesamtheit nach Erteilung der Baubewilligung nur mehr schwer kontrollieren lässt und das ZWG diesbezüglich keinerlei Kontrollmechanismen statuiert.

[Rz 19] Gemäss *lit. e* gilt eine Gesamtheit von Räumen, die Fahrnis darstellt, nicht als Wohnung im Sinne des ZWG. In der Botschaft heisst es dazu lediglich: «Als Fahrnis sind im vorliegenden Zusammenhang bewegliche Behausungen wie Wohnmobile und Wohnwagen zu verstehen, auch dann, wenn sie fest installiert sind. Verfügen Bauten über eine Fundamentplatte, so stellen sie indessen keine Fahrnis dar».¹³

[Rz 20] Der Begriff der *Fahrnis* bzw. der beweglichen Sache entstammt dem Sachenrecht. Gegenstand des Fahrniseigentums sind gemäss Art. 713 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) die ihrer Natur nach beweglichen körperlichen Sachen sowie die Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können und nicht zu den Grundstücken gehören. Als Fahrnis gelten «körperliche Sachen, die nicht fest mit dem Boden verbunden sind und deren räumliche Lage ohne Substanzverlust beliebig geändert werden kann».¹⁴

[Rz 21] Art. 677 Abs. 1 ZGB regelt in Abgrenzung zur Dauerbaute den Sonderfall (die Ausnahme vom Akzessionsprinzip gemäss Art. 667 Abs. 2 ZGB) der *Fahrnisbaute*: Hütten, Buden, Baracken und dergleichen behalten, wenn sie ohne Absicht bleibender Verbindung auf fremdem Boden aufgerichtet sind, ihren besonderen Eigentümer. Ob eine bauliche Vorrichtung als Fahrnisbaute oder als Dauerbaute zu qualifizieren ist, hängt von einem subjektiven und einem objektiven Element ab.¹⁵ Als subjektives Element für das Vorliegen einer Fahrnisbaute spricht die Errichtung ohne Absicht der dauernden Verbindung. Relevant ist die Absicht der Beteiligten (insb. des Bauherrn) im Errichtungszeitpunkt.¹⁶ Als objektives Element ist vorausgesetzt, dass die bauliche Vorrichtung keine äussere Verbindung mit der Hauptsache (dem Grundstück) aufweist, mithin keinen sachenrechtlichen Bestandteil (Art. 642 Abs. 2 ZGB) darstellt. Kennzeichnend sind die Intensität des physischen Zusammenhanges sowie das Merkmal, dass keine Abtrennung ohne Zerstörung, Beschädigung oder unverhältnismässigen Aufwand erfolgen kann.¹⁷ Bei einer intensiven äusseren Verbindung kommt allein das objektive Element zum Tragen.¹⁸ Wenn die Verbindung von Baute und Boden lediglich lose ist, stellt das Bundesgericht primär auf das subjektive Element ab, misst jedoch auch dem objektiven Element Bedeutung zu.¹⁹

¹² Vgl. BIANCHI (Fn. 8), S. 295.

¹³ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2298.

¹⁴ VITO ROBERTO/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Sachenrecht, 4. Auflage, Bern 2014, Rz. 175.

¹⁵ HEINZ REY/LORENZ STREBEL, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, Basler Kommentar, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 677 Rz. 3 ff.

¹⁶ REY/STREBEL (Fn. 15), Art. 677 Rz. 4.

¹⁷ REY/STREBEL (Fn. 15), Art. 677 Rz. 6.

¹⁸ BGE 92 II 227 E. 2b; BGE 100 II 8 E. 2b; vgl. auch TARKAN GÖKSU, in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht (Art. 641–977 ZGB), 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 677 Rz. 7.

¹⁹ BGE 105 II 264 E. 1a; vgl. zur Rechtsprechung REY/STREBEL (Fn. 15), Art. 713 Rz. 7.

[Rz 22] In Frage steht nun aber das *Verhältnis* des Begriffs Fahrnis gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. e ZWG zu seinem zivil- bzw. sachenrechtlichen Pendant. Den beiden Termini liegen unterschiedliche Zielsetzungen zugrunde. Der zivilrechtliche Begriff zielt in erster Linie auf die Erleichterung des Rechtsverkehrs und die Schaffung von Rechtssicherheit.²⁰ Im Rahmen des ZWG kommt dem Begriff eine andere Funktion zu: Er dient der Abgrenzung von bloss kurzzeitig bestehenden baulichen Vorrichtungen, die vor dem Hintergrund der der verfassungsmässigen Zweitwohnungsbeschränkung (Art. 75b BV) unproblematisch sind, von über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendeten baulichen Vorrichtungen, die mit Blick auf die raumplanerischen, ökologische und soziökonomischen Ziele von Art. 75b BV relevante Auswirkungen zeitigen (Zersiedlung, Verschleiss von Siedlungsfläche, hohe Infrastrukturkosten der Gemeinden, geringe Belegung, Druck auf Erstwohnungspreise).²¹

[Rz 23] Fahrnis stellt daher – wie beispielsweise auch der Terminus «bewegliche Sachen» nach Art. 7 Abs. 6 Umweltschutzgesetz (USG) – einen eigenständigen *öffentlich-rechtlichen Begriff* dar und orientiert sich bloss hilfsweise am Sachenrecht.²² Relevant ist namentlich ein Unterschied: Während Art. 677 Abs. 1 ZGB betreffend das subjektive Element problemlos auf die von den Beteiligten geäusserte Absicht abstellen kann (dies erscheint mit Blick auf die Erleichterung des Rechtsverkehrs und die Schaffung von Rechtssicherheit geboten), ist dies im öffentlichen Recht nicht zweckmässig, zumal von den Beteiligten unabhängige öffentliche Interessen bestehen.

[Rz 24] Bei *bloss loser Verbindung* kann es daher nicht (allein) auf die von den Betroffenen geäusserte Absicht ankommen. Relevant ist primär die Einschätzung der Behörden, ob die als Behausung nutzbare bauliche Vorrichtung nur kurzfristig bestehen wird und keine raumplanerischen, ökologischen und soziökonomischen Auswirkungen zeitigen wird, die mit jenen einer klassischen (Zweit-)Wohnung vergleichbar sind, oder nicht. Ist im konkreten Fall zu erwarten, dass die bauliche Vorrichtung für nicht unerhebliche Zeit ortsfest bestehen wird bzw. ist dies schon der Fall, so handelt es sich nicht um Fahrnis im Sinne des ZWG. Hilfskriterium für die prospektive Einschätzung bildet sinnvollerweise die Frage, ob die Mobilität der Vorrichtung bestehen bleibt, bzw. jene nach dem benötigten Aufwand zur Wiederherstellung ihrer Mobilität.²³

[Rz 25] Die *in der Einleitung aufgeworfene Frage*, ob bauliche Vorrichtungen, die mit einem originalen Steck- bzw. Drehmechanismus mit dem Boden verbunden sind, Fahrnis darstellen, lässt sich damit folgendermassen beantworten: nein, weil ein derartiger Mechanismus nur im Zusammenhang mit einer längeren ortsfesten Verwendung Sinn ergibt.

[Rz 26] Im Ergebnis besteht jedoch eine *weitgehende Übereinstimmung* zwischen den Fahrnisbegriffen gemäss ZWG und ZGB: Als Fahrnis gelten grundsätzlich (auch vorübergehend fest installierte) mobile Behausungen, die auf eine kurzzeitige ortsfeste Verwendung angelegt sind (z.B. Zelte, Wohnmobile und Wohnwagen). Generell keine Fahrnis stellen hingegen bauliche Vorrichtungen dar, die über eine Fundamentplatte verfügen.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 1A.222/2005 vom 12. April 2006 E. 3.3.2.

²¹ Vgl. zu den Zielen von Art. 75b BV JONAS ALIG/ALAIN GRIFFEL, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 75b Rz. 3 f. Vgl. zur Bewilligungspflicht gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG für Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden, Urteil des Bundesgerichts 1C_37/2013 vom 9. Oktober 2013 E. 3.1.

²² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1A.222/2005 vom 12. April 2006 E. 3, insb. 3.3.2. Bereits im Mietrecht werden Fahrnisbauten als Mietobjekte teilweise wie unbewegliche Sachen behandelt (vgl. REY/STREBEL [Fn. 15], Art. 677 Rz. 10 m.w.H.).

²³ Vgl. EQUÉY (Fn. 8), Rz. 48.

IV. Die Nutzungskategorien

1. Erstwohnungen

[Rz 27] Eine Wohnung gilt gemäss Art. 2 Abs. 2 ZWG dann als Erstwohnung, wenn sie von mindestens einer Person genutzt wird, die gemäss Art. 3 lit. b Registerharmonisierungsgesetz (RHG) in der Gemeinde niedergelassen ist. *Niederlassungsgemeinde* ist die 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 (Art. 3 lit. b RHG). Die rechtliche Ausgestaltung der Nutzung (z.B. Eigentum, Miete oder Wohnrecht) ist unerheblich.

2. Erstwohnungen gleichgestellte Wohnungen

[Rz 28] In Art. 2 Abs. 3 ZWG werden Wohnungen definiert, die Erstwohnungen gleichgestellt sind. Dies sind Wohnungen, die:

«a. zu Erwerbs- oder Ausbildungszwecken dauernd bewohnt werden; b. von einem Privathaushalt dauernd bewohnt werden, der im gleichen Gebäude eine andere Wohnung dauernd bewohnt; 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); e. zu landwirtschaftlichen Zwecken genutzt werden und wegen der Höhenlage nicht ganzjährig für landwirtschaftliche Zwecke zugänglich sind; f. durch Unternehmen zur kurzzeitigen Unterbringung von Personal genutzt werden; 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».

[Rz 29] Bei Wohnungen nach *lit. a–c* ist gefordert, dass sie «dauernd bewohnt» sind.

- Für eine Nutzung gemäss *lit. a* wird eine Person nach Art. 3 lit. c RHG den Status eines (Wochen-)Aufenthalters in der Gemeinde haben müssen.²⁴ Die zuständige Behörde, sinnvollerweise das kommunale Einwohneramt, hat abzuklären, ob die Voraussetzungen erfüllt sind: Vom Wohnungsnutzer wird der Nachweis einer – selbständigen oder unselbständigen – beruflichen Tätigkeit oder des Besuchs einer Ausbildungsanstalt in der nahen Umgebung zu erbringen sein.
- Eine Wohnung nach *lit. b* liegt gemäss Botschaft beispielsweise dann vor, «wenn eine Grossfamilie im gleichen Gebäude zwei oder mehrere Wohnungen belegt».²⁵
- Nach *lit. c* kommen Wohnungen infrage, die den momentanen Lebensmittelpunkt von Personen darstellen, die sich (etwa aufgrund eines Spezialgesetzes oder eines völkerrechtlichen Vertrags) nicht beim Einwohneramt melden müssen; nicht erfasst werden zu ferienzwecken genutzte Wohnungen.

²⁴ Vgl. FABIAN MÖSCHING, Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen, Diss. Bern 2014, S. 195 f.; Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2287 ff.

²⁵ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2298.

[Rz 30] Als Leerwohnungen gemäss *lit. d* gelten nur leerstehende Wohnungen, die neu erstellt wurden und sich rechtmässig als Erstwohnungen nutzen lassen, sowie Wohnungen, die zuletzt als Erstwohnungen bzw. Erstwohnungen gleichgestellte Wohnungen genutzt wurden. Wird eine solche Wohnung nicht auf dem Markt zur Miete oder zum Kauf angeboten oder wird sie zwar angeboten, steht aber gleichwohl schon länger als zwei Jahre leer, so fällt sie nicht mehr unter *lit. d*.²⁶

[Rz 31] Mit *lit. e–g* werden Wohnungen erfasst, deren Typus auf eine intensive Auslastung schliessen lässt. Deshalb wird bloss die Nutzung im entsprechenden Sinn verlangt und nicht, dass sie «dauernd bewohnt» sind.

- *Lit. e* zielt insbesondere auf Wohnungen, die für die Alpwirtschaft genutzt werden.²⁷
- Als Hauptanwendungsfälle von *lit. f* hatte der Gesetzgeber Wohnungen zur kurzzeitigen Unterbringung von Saisoniers oder temporären Hilfskräften in der Landwirtschaft vor Augen. Die kurzzeitige Unterbringung von Personal muss die hauptsächliche Nutzung dieser Wohnungen darstellen; ansonsten fallen sie nicht unter *lit. f*.²⁸
- *Lit. g* erfasst im Gegensatz zu *lit. f* Wohnungen, die der längerfristigen Unterbringung von Personal dienen.

[Rz 32] Als gemäss *lit. h* rechtmässig vorübergehend anders als zum Wohnen genutzt gelten etwa Praxen und Büroräumlichkeiten, die sich in Wohnungen nach Art. 2 Abs. 1 ZWG befinden. Solange die Wohnung bestehen bleibt (z.B. die Kocheinrichtung nicht entfernt wird oder zumindest die Installationen zum Wiedereinbau zurückbleiben²⁹), gilt eine andere Nutzung als vorübergehend.³⁰

3. Zweitwohnungen

[Rz 33] Der Zweitwohnungsbegriff ist *negativ definiert*: Als Zweitwohnungen gelten diejenigen Wohnungen, die keine Erstwohnungen darstellen und diesen auch nicht gleichgestellt sind (Art. 2 Abs. 4 ZWG).

[Rz 34] Zu den Zweitwohnungen zu zählen sind somit mangels Berücksichtigung in der Aufzählung von Art. 2 Abs. 3 ZWG auch jene Wohnungen, die in Zweitwohnungsgemeinden im Rahmen einer Nutzungsbeschränkung als *touristisch bewirtschaftete Wohnungen* genutzt werden: Einliegerwohnungen und strukturiert bewirtschaftete Wohnungen.³¹ Da sie sich rechtmässig nur im Rahmen der Nutzungskategorie Zweitwohnungen nutzen lassen, gilt dies auch für den Fall, dass sie leer stehen (vgl. Art. 2 Abs. 3 *lit. d* ZWG).³²

²⁶ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2298 f.

²⁷ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2299.

²⁸ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2299.

²⁹ Vgl. III.

³⁰ Vgl. Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2299.

³¹ Vgl. Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2299. Das überzeugt angesichts der Tatsache, dass sich die effektive Nutzungsintensität einer Wohnung nur schwer kontrollieren lässt bzw. eine hohe Nutzungsintensität nicht garantiert werden kann (vgl. ALIG/GRIFFEL [Fn. 21], Art. 75b Rz. 19).

³² Vgl. Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2298 f.

[Rz 35] Als Zweitwohnungen gelten etwa auch Wohnungen, die zu *Erwerbszwecken* nicht ausreichend intensiv genutzt werden, um «dauernd bewohnt» zu sein (vgl. Art. 2 Abs. 3 lit. a ZWG).³³

V. Die Bewilligungskategorien

1. Wohnungen mit Nutzungsbeschränkung

[Rz 36] In Art. 7 Abs. 1 ZWG ist der Grundtatbestand und Regelfall der Erstellung neuer Wohnungen in Zweitwohnungsgemeinden statuiert: die Bewilligung *neuer Wohnungen mit Nutzungsbeschränkung*.

[Rz 37] Eine *neue Wohnung* im Sinne von Art. 7 ZWG entsteht über einen Neubau oder die bauliche Umgestaltung einer bestehenden Baute, die bisher keine Wohnung enthielt.³⁴ Die neue Wohnung kann entweder als Erstwohnung bzw. einer Erstwohnung gleichgestellte Wohnung (Abs. 1 lit. a) oder als eine der zwei Typen der touristisch bewirtschafteten Wohnungen (Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 lit. a und b) genutzt werden.

[Rz 38] Die Baubewilligungsbehörde ordnet in der Baubewilligung mittels Nutzungsaufgabe die Nutzungsbeschränkung nach Abs. 1 lit. a (Erstwohnung bzw. einer Erstwohnung gleichgestellte Wohnung) oder Abs. 2 lit. a (Einliegerwohnung) oder b (strukturiert bewirtschaftete Wohnung) an (Abs. 3). Nach Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung weist sie das Grundbuchamt an, die Nutzungsbeschränkung im Grundbuch anzumerken (Abs. 4).

a. Erstwohnung bzw. Erstwohnungen gleichgestellte Wohnung

[Rz 39] Wird eine Wohnung nach Art. 7 Abs. 1 lit. a ZWG bewilligt, so lässt sie sich nur im Rahmen der Nutzungskategorie der Erstwohnungen oder der Erstwohnungen gleichgestellten Wohnungen nutzen.³⁵ Der Grundbucheintrag lässt beide Nutzungsarten zu (Art. 2 Abs. 1 lit. a ZWG), ohne dass bei einem Wechsel zwischen den zwei Nutzungsarten eine Bewilligungs- oder Meldepflicht bestünde.³⁶

b. Touristisch bewirtschaftete Wohnung

[Rz 40] Bei einer Wohnung nach Art. 7 Abs. 1 lit. b ZWG ist erforderlich, dass sie «touristisch bewirtschaftet» ist. Das trifft gemäss Abs. 2 auf eine Wohnung zu, die «dauerhaft zur ausschliesslich kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu markt- und ortsüblichen Bedingungen angeboten wird».

[Rz 41] Die Wohnung muss insbesondere auch während der Hauptsaison zur Verfügung stehen («dauerhaft angeboten»); im Zeitraum der Hauptsaison wird eine höchstens dreiwöchige *Eigen-*

³³ Durch das gelegentliche Vorbereiten von Ausstellungen und Durchführen von «Events» in den Räumlichkeiten eines Maiensässes gilt dieses jedenfalls nicht als zu Erwerbszwecken dauernd bewohnt (Vgl. VGer GR, Urteil R 14 8 vom 25. November 2014 E. 7/c zu Art. 2 lit. b der Verordnung über Zweitwohnungen vom 22. August 2012 [AS 2012 4583]).

³⁴ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2303.

³⁵ Vgl. IV/1–2.

³⁶ ARE, Zweitwohnungsverordnung, Erläuterungen vom 18. November 2015, S. 4.

nutzung (bzw. Nutzung durch Familienmitglieder, Freunde oder Bekannte) als zulässig erachtet.³⁷ Erfolgt die Nutzung durch die genannten Personen jedoch mittels – sowie nach den Konditionen – einer allgemein zugänglichen Vertriebsplattform, so gilt dies nicht als Eigennutzung.³⁸

[Rz 42] Eine bewirtschaftete Wohnung muss *kommerziell in Vertrieb genommen* und vermarktet werden. Zudem muss sie «attraktiv sein und den lokalen Preisverhältnissen Rechnung tragen».³⁹ Infolge der Charakterisierung einer bewirtschafteten Wohnung als «zur ausschliesslich kurzzeitigen Nutzung durch Gäste» fällt ihre dauerhafte Vermietung ausser Betracht.⁴⁰

[Rz 43] Touristisch bewirtschaftete Wohnungen dürfen als Erstwohnungen bzw. den Erstwohnungen gleichgestellte Wohnungen genutzt werden, ohne dass es einer Baubewilligung bedürfen würde.⁴¹ Damit die Änderung der Nutzungsaufgabe vorgenommen werden kann, besteht aber eine *Meldepflicht*: Die Eigentümerin oder der Eigentümer der Wohnung hat die Nutzungsänderung innert 30 Tagen ab Bezug der Wohnung der Baubewilligungsbehörde zu melden (Art. 7 Abs. 2 ZWV). Ein allfälliger Wechsel zurück zur touristisch bewirtschafteten Wohnung bedürfte dann aber einer Bewilligung (Art. 13 lit. a ZWG).

[Rz 44] Zulässig sind zwei Typen touristisch bewirtschafteter Wohnungen:

- Nach Art. 7 Abs. 2 lit. a ZWG sind *Einliegerwohnungen* bewilligungsfähig: Dabei handelt es sich um Wohnungen, die sich im selben Gebäude befinden, in dem die Eigentümerin – der eine «aktive Gastgeberrolle» zugeordnet ist – ihren Hauptwohnsitz hat. Es lassen sich maximal vier Einliegerwohnungen errichten und bewirtschaften.⁴²
- Art. 7 Abs. 2 lit. b ZWG statuiert die Zulässigkeit der Errichtung *strukturiert bewirtschafteter Wohnungen*. Das sind Wohnungen, die «nicht auf die persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers oder der Eigentümerin zugeschnitten» sind und «im Rahmen eines strukturierten Beherbergungsbetriebs bewirtschaftet» werden. Ein strukturierter Beherbergungsbetrieb liegt gemäss Art. 4 ZWV vor, wenn ein Betrieb hotelmässige Dienstleistungen und Infrastrukturen umfasst, die typischerweise von der Mehrheit der Gäste beansprucht werden (lit. a); wenn er ein hotelähnliches Betriebskonzept aufweist (lit. b) und wenn die Bewirtschaftung im Rahmen eines einheitlichen Betriebs sichergestellt ist (lit. c).

Zusammen mit den Wohnungen sind mithin *hotelmässige Infrastrukturen* (Rezeption sowie Gemeinschaftseinrichtungen wie Hallenbad, Sportanlagen, Restaurants und Spielräume⁴³) zu erstellen.

Die Wohnungen können im Eigentum des strukturierten Beherbergungsbetriebs stehen oder Stockwerkeigentum einzelner Privater darstellen. Aus der Einschränkung, dass die Wohnungen nicht auf die persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers bzw.

³⁷ Botschaft ZWG 2014 (Fn. 5), S. 2304.

³⁸ ARE (Fn. 36), S. 5 f.

³⁹ Botschaft ZWG 2014 (Fn. 5), S. 2303.

⁴⁰ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2303.

⁴¹ Vgl. Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2311.

⁴² Botschaft ZWG 2014 (Fn. 5), S. 2303.

⁴³ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2304; ARE (Fn. 36), S. 5.

der Eigentümerin ausgerichtet werden dürfen, ergibt sich, dass die Wohnungen «einheitlich» zu sein oder auf einem «gemeinsamen Konzept» zu beruhen haben.⁴⁴

2. Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung

[Rz 45] Das ZWG sieht im Rahmen von Spezial-Ausnahmetatbeständen etliche Möglichkeiten der Erstellung von Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung vor. Das sind Wohnungen, die sich grundsätzlich *frei (um-)nutzen, vermieten oder verkaufen* lassen. Je nach tatsächlicher Nutzweise werden sie der Nutzungskategorie der Erstwohnungen, der den Erstwohnungen gleichgestellten Wohnungen oder der Zweitwohnungen zugerechnet. Grossmehrheitlich werden sie als klassische Zweitwohnungen («kalte Betten») genutzt.

[Rz 46] Spezial-Ausnahmetatbestände bestehen:

- im Zusammenhang mit dem Führen bzw. Weiterführen eines strukturierten Beherbergungsbetriebs (Art. 8 Abs. 1 und 2 ZWG);
- im Zusammenhang mit der (zumindest) partiellen Betriebsaufgabe eines altrechtlichen strukturierten Beherbergungsbetriebs (Art. 8 Abs. 4 ZWG);
- im Rahmen der Umwandlung schützenswerter Bausubstanz innerhalb und ausserhalb der Bauzonen (Art. 9 Abs. 1 und 2 ZWG); sowie
- betreffend eher kasuistische Sonderfälle, die in den Schluss- und Übergangsbestimmungen Berücksichtigung finden (Art. 25 Abs. 2, Art. 26 und 27 ZWG).

a. Strukturierte Betriebe

aa. Erstellung

[Rz 47] Art. 8 ZWG sieht grosszügige Ausnahmen für die Hotellerie vor.⁴⁵ *Abs. 1* ermöglicht strukturierten Beherbergungsbetrieben unter folgenden fünf kumulativ zu erfüllenden Bedingungen die Erstellung von Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung:⁴⁶ dass

«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».

[Rz 48] *Abs. 2* statuiert eine Sonderregelung für – unter den Voraussetzungen von *Abs. 1* erstellte – Wohnungen mit Veräusserungsbeschränkung, die sich zwar ohne Nutzungsbeschränkung

⁴⁴ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2304.

⁴⁵ Dies erweist sich jedoch als nicht verfassungskonform (ALIG/GRIFFEL [Fn. 21], Art. 75b Rz. 40).

⁴⁶ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2307.

als «kalte Betten» vermieten lassen, vom Beherbergungsbetrieb aber nicht dauerhaft veräussert werden. Die Hauptnutzfläche dieser neuen Wohnungen darf einen Anteil von 33 Prozent der gesamten Hauptnutzfläche nach Abs. 1 lit. c betragen (Satz 1). Die Veräusserungsbeschränkung ist im Grundbuch anzumerken (Satz 2).

[Rz 49] Abs. 3 kommt zum Zug, wenn sowohl Wohnungen nach Abs. 1 und 2 erstellt werden. Die in Abs. 2 vorgesehenen 33 Prozent gelten dann als Höchstanteil für die Erstellung beider Kategorien von Wohnungen, 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».

[Rz 50] In der französischsprachigen Literatur wird wiederholt explizit⁴⁷ oder implizit⁴⁸ davon ausgegangen, dass nur – seit Inkrafttreten des ZWG erstellte – neurechtliche strukturierte Betriebe unter Abs. 1 und 2 fallen. Dies liegt wohl hauptsächlich daran, dass in der französischen Fassung von Art. 8 Abs. 1 lit. a ZWG «geführt oder weitergeführt» bzw. «essere o [...] continuare a essere sfruttata» allein mit «être exploité» übersetzt wurde. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde ausdrücklich davon ausgegangen, dass Abs. 1 und 2 auch *bestehenden Betrieben* offenstehen.⁴⁹

[Rz 51] Nicht auf Anhieb klar ist zudem, was im Rahmen von Art. 8 ZWG unter *Erstellung* von Wohnungen zu verstehen ist.

[Rz 52] Der Vorgang der Erstellung einer Wohnung umfasst in der *Systematik des ZWG* grundsätzlich den Neubau sowie die bauliche Umgestaltung einer bestehenden Baute, die bisher keine Wohnung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 ZWG enthält.⁵⁰ Mithin ist die Erstellung einer Wohnung nicht ausschliesslich an den «Neubau auf der grünen Wiese» geknüpft. Dies zeigt sich namentlich im Wortlaut von Art 6 Abs. 2 ZWG: «Vorbehalten bleibt die Erstellung neuer Wohnungen nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b und nach Artikel 8, 9, 26 oder 27». Es spiegelt sich zudem darin, dass das ZWG die Bewilligung neuer Wohnungen mit Nutzungsbeschränkung (Art. 7), die Erstellung neuer Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung durch strukturierte Beherbergungsbetriebe (Art. 8 Abs. 1 und 2), die Umwandlung strukturierter Beherbergungsbetriebe (Art. 8 Abs. 4) sowie die Bewilligung von Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung in geschützten oder ortsbildprägenden Bauten (Art. 9) unter der Kapitelüberschrift: «Erstellung neuer Wohnungen in Gemeinden mit Zweitwohnungsanteil von über 20%» regelt.

[Rz 53] Dies legt nahe, dass Art. 8 Abs. 1 und 2 ZWG auch die *Umgestaltung einer typischen Hotelbaute* ermöglichen, zumal eine solche – da Hotelzimmer üblicherweise nicht über Kocheinrichtungen verfügen – in der Regel keine Wohnungen gemäss Art. 2 Abs. 1 ZWG enthält.⁵¹ Erst im Zuge baulicher Massnahmen werden Hotelzimmer zu Wohnungen.

[Rz 54] Betrachtet man die *Systematik von Art. 8 ZWG*, sieht es freilich anders aus: Den Bestimmungen zur Erstellung nach Abs. 1 und 2 wird in Abs. 4 die Regelung betreffend die «Umnutzung» altrechtlicher strukturierter Beherbergungsbetriebe gegenübergestellt. Während es bei Abs. 1 und 2 um das Führen eines neuen Betriebes bzw. das Weiterführen eines bestehenden

⁴⁷ EQUEY (Fn. 8), Rz. 84.

⁴⁸ BIANCHI (Fn. 8), S. 310 f. (vgl. Überschrift 4.2.1/a: «Nouveaux établissements»).

⁴⁹ Bischofberger, Amtl. Bull. SR 2014 941.

⁵⁰ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2302 f.

⁵¹ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2298.

Betriebes geht, regelt Abs. 4 die (zumindest) partielle Betriebsaufgabe. Die Möglichkeit der Erstellung von Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung innerhalb der Kubatur des Hotelgebäudes – die zwingend mit einer partiellen Betriebsaufgabe verbunden ist –, stellt somit eine Privilegierung der altrechtlichen Betriebe dar.

[Rz 55] Die Inkohärenz zwischen der ZWG-Systematik und der Systematik von Art. 8 ZWG ist *zugunsten Letzterer* zu entscheiden, zumal auch die Materialien auf dieses Verständnis hindeuten («Erweiterung» [Abs. 1] gegenüber «Umnutzung» [Abs. 4] bestehender Betriebe zur Erstellung neuer Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung).⁵²

aa. Umnutzung

[Rz 56] Gemäss Art. 8 Abs. 4 ZWG kann ein strukturierter Beherbergungsbetrieb, der am 11. März 2012 schon bestanden hat, zu bis zu 50 Prozent der Hauptnutzfläche in Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung 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».

[Rz 57] Der Begriff der «Umnutzung» ist hier nicht eng zu verstehen. Mit Blick auf das Raumplanungsrecht liesse er sich im Sinne einer reinen Nutzungsänderung ohne bauliche Massnahmen interpretieren. Bei einem engen Verständnis würden nur altrechtliche Beherbergungsbetriebe mit bewirtschafteten Wohnungen (z.B. Reka-Feriendörfer) unter Abs. 4 fallen. Dies entspricht aber offensichtlich nicht dem gesetzgeberischen Willen.⁵³ Im Rahmen einer Umnutzung müssen somit bauliche Massnahmen – namentlich zur Erstellung der Wohnung – möglich sein. Zu den zulässigen baulichen Änderungen zählt m.E. auch eine neue Raumaufteilung des Hotels (insbesondere das räumliche Verbinden von Hotelzimmern). Klar über das Mass einer Umnutzung hinausgehen würden Änderungen an den statisch wichtigen Elementen des Hotelgebäudes. Neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung sind im Rahmen von Abs. 4 allein innerhalb der bestehenden Kubatur des Betriebs bewilligungsfähig.

b. Schützenswerte Bausubstanz

[Rz 58] Art. 9 ZWG ermöglicht die Erstellung neuer Wohnungen innerhalb schützenswerter Bausubstanz.

[Rz 59] Gemäss Abs. 1 sind neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung in geschützten oder ortsbildprägenden Bauten innerhalb der Bauzonen bewilligungsfähig, wenn:

«a. die Baute in ihrem Schutzwert nicht beeinträchtigt wird, insbesondere die äussere Erscheinung und die bauliche Grundstruktur des Gebäudes im Wesentlichen un-

⁵² Bischofberger, Amtl. Bull. SR 2014 940 f.

⁵³ Statt vieler Bundesrätin Leuthard, Amtl. Bull. NR 2015 60.

verändert bleiben; b. eine dauernde Erhaltung der Baute nicht anders sichergestellt werden kann; und c. keine überwiegenden Interessen entgegenstehen».

[Rz 60] In jedem Fall müssen die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts eingehalten werden (Art. 9 Abs. 3 ZWG).

[Rz 61] Als *geschützte Bauten* im Sinn von Art. 9 ZWG kommen nur mittels individuell-konkreter Schutzanordnung unter Schutz gestellte Baudenkmäler in Frage.⁵⁴ Die «Schutzwürdigkeit» einer Baute richtet sich nach der kantonalen Gesetzgebung über den Denkmalschutz und ist im Einzelfall durch eine Fachkommission (Denkmalpflegekommission) oder eine spezialisierte Verwaltungsabteilung festzustellen.⁵⁵

[Rz 62] Beim Begriff der *ortsbildprägenden Baute*, der erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen in Abs. 1 aufgenommen wurde, handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Der Bundesrat hat den Begriff in der Verordnung präzisiert: Gemäss Art. 6 Abs. 1 ZWV werden materiell jene Gebäude erfasst, die «durch ihre Lage und Gestalt wesentlich zur erhaltenswerten Qualität des Ortsbildes und zur Identität des Ortes beitragen». In Frage kommen nur «qualitätsvolle Bauten und Ensembles».⁵⁶ Formell ist erforderlich, dass die Bauten in einem kantonalen Verfahren als ortsbildprägend bestimmt wurden (vgl. Art. 6 Abs. 2 ZWV). Die Kantone haben mehrere Möglichkeiten, dieses Verfahren zu regeln: im Baugesetz analog zum Unterschutzstellungsverfahren, über die Ausarbeitung eines Inventars oder als Auftrag an die Gemeinden, die Bauten im Rahmen der Nutzungsplanung zu bezeichnen.⁵⁷

[Rz 63] Ausserhalb der Bauzonen richtet sich die Zulässigkeit der Umwandlung schützenswerter Bausubstanz⁵⁸ gemäss Abs. 2 «nach den Bestimmungen der Raumplanungsgesetzgebung».

[Rz 64] Damit ist Folgendes gemeint: *Schützenswerte Bauten* lassen sich in Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung umwandeln, wenn sie den Voraussetzungen nach Art. 24d Abs. 2 RPG (als schützenswerte Bauten) oder jenen nach Art. 24 RPG i.V.m. Art. 39 Abs. 2–5 RPV (als landschaftsprägende Bauten) entsprechen.

c. Im Rahmen der Schluss- und Übergangsbestimmungen

[Rz 65] Art. 26 Abs. 1 ZWG lässt neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung zu, wenn sie Gegenstand eines – vor Annahme der Zweitwohnungsinitiative genehmigten – projektbezogenen und mindestens zu einem wesentlichen Teil auf die Erstellung von Zweitwohnungen ausgerichteten *Sondernutzungsplans* bilden.⁵⁹

[Rz 66] Art. 27 ZWG regelt, dass neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung bewilligt werden können, wenn die Baubewilligungsbehörde vor dem 18. Dezember 2007 (dem Tag der Einreichung der Zweitwohnungsinitiative), aufgrund einer *hinreichend detaillierten Voranfrage*, ihre Bewilligungsfähigkeit in einer schriftlichen Antwort bejaht hat.

⁵⁴ So Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2308. Dies schliesst andere Arten der Unterschutzstellung – etwa mittels Massnahmen des Planungsrechts oder durch verwaltungsrechtlichen Vertrag – aber wohl nicht aus (vgl. z.B. § 205 PBG ZH).

⁵⁵ Vgl. z.B. Art. 13 Abs. 3 DPV BE.

⁵⁶ ARE (Fn. 36), S. 7.

⁵⁷ ARE (Fn. 36), S. 7.

⁵⁸ Vgl. die Sachüberschrift von Art. 9 ZWG, vgl. ferner Fässler, Amtl. Bull. NR 2015 56.

⁵⁹ Vgl. dazu BERNHARD WALDMANN, Zweitwohnungsbau: Zulässigkeit von neuen Zweitwohnungen, die auf einem früheren projektbezogenen Sondernutzungsplan beruhen, in: BR 2016, S. 90 ff.

[Rz 67] Art. 25 Abs. 2 ZWG sieht unter dem Titel «Übergangsbestimmungen» eine Sonderregelung für Baubewilligungen vor, die vor dem 11. März 2012 rechtskräftig erteilt worden sind und einen zeitlichen Aufschub der Ausführung im Rahmen einer *Kontingentierung* anordnen.

VI. Die Änderung von Wohnungen

1. Altrechtliche Wohnungen

[Rz 68] Altrechtliche Wohnungen, d.h. Wohnungen, die vor der Annahme der Zweitwohnungsinitiative am 11. März 2012 rechtmässig bestanden oder rechtskräftig bewilligt waren (Art. 10 ZWG), sind unter Vorbehalt bestehender oder künftiger Nutzungsbeschränkungen des kantonalen oder kommunalen Rechts *in der Art der Wohnnutzung frei* (Art. 11 Abs. 1 ZWG); sie lassen sich im Rahmen der Nutzungskategorien als Erstwohnungen, Erstwohnungen gleichgestellte Wohnungen oder auch als Zweitwohnungen nutzen.⁶⁰ Die Kantone bzw. Gemeinden sind jedoch gehalten, dies dort einzuschränken, wo negative Auswirkungen auf den Erstwohnungsmarkt zu befürchten sind (Art. 12 ZWG).⁶¹

[Rz 69] Altrechtliche Wohnungen können im Rahmen der vorbestehenden Hauptnutzfläche *erneuert, umgebaut und wiederaufgebaut* werden. Dabei dürfen *zusätzliche, neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung geschaffen* werden (Art. 11 Abs. 2 ZWG), was faktisch der Erstellung einer neuen Wohnung entspricht.

[Rz 70] Werden keine neuen Wohnungen geschaffen, so kann eine altrechtliche Wohnung innerhalb der Bauzonen um maximal 30 Prozent der am 11. März 2012 bestanden Hauptnutzfläche *vergrössert* werden (Art. 11 Abs. 3 ZWG). Erweiterungen, die über dieses Mass hinausgehen, sind nur zulässig, wenn für die Wohnung eine Nutzungsbeschränkung als Erstwohnung bzw. einer Erstwohnung gleichgestellte Wohnung oder – sofern die spezifischen Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind – als touristisch bewirtschaftete Wohnung angeordnet und ins Grundbuch eingetragen wird (Art. 11 Abs. 4 ZWG). Ausserhalb der Bauzonen sind Erweiterungen im Rahmen der einschlägigen Vorschriften des RPG möglich (Art. 11 Abs. 2 Satz 3 ZWG).

2. Übrige gegenüber dem ZWG vorbestehende Wohnungen

[Rz 71] Die gegenüber dem ZWG vorbestehenden Wohnungen, die *am 11. März 2012 noch nicht rechtskräftig bewilligt waren*, werden nicht privilegiert (Art. 10 i.V.m. 11 ZWG e contrario). Dies liegt darin begründet, dass die Wohnungen nur im Verhältnis zum Gesetz, nicht jedoch im Verhältnis zu Artikel 75b BV vorbestehend sind.⁶²

[Rz 72] Eine (*baubewilligungspflichtige*) *Änderung* – z.B. eine Erweiterung⁶³ – einer dieser Wohnungen ist in Zweitwohnungsgemeinden nur zulässig, wenn sie als Erstwohnung bzw. einer Erst-

⁶⁰ Die freie Umwandelbarkeit altrechtlicher Erstwohnungen erweist sich als nicht verfassungskonform (vgl. ALIG/GRIFFEL [Fn. 21], Art. 75b Rz. 43; ALEXANDER RUCH, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 75b Rz. 39, 42).

⁶¹ Vgl. Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2310.

⁶² Vgl. Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2309.

⁶³ EQUEY (Fn. 8), Rz. 114; BIANCHI (Fn. 8), S. 314.

wohnung gleichgestellte Wohnung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 lit. a ZWG oder als touristisch bewirtschaftete Wohnung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 7 Absatz 2 lit. a oder b ZWG deklariert wird und die entsprechenden Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 11 Abs. 4 ZWG).

[Rz 73] Dass der Gesetzgeber Wohnungen, die *am 11. März bereits erstinstanzlich, aber noch nicht rechtskräftig, bewilligt waren* von der Privilegierung der altrechtlichen Wohnungen ausgenommen hat, erstaunt. Das Bundesgericht betrachtete Wohnungen als altrechtlich, deren Baubewilligung nach dem 11. März 2012 noch Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens war, wenn die Baubewilligung bereits vor dem 11. März 2012 erteilt worden war.⁶⁴

[Rz 74] Nachvollziehbarerweise nicht als altrechtlich gelten Wohnungen, die erst *nach dem 11. März 2012 erstinstanzlich bewilligt wurden*. Nach der Annahme der Zweitwohnungsinitiative am 11. März 2012 – in deren Rahmen Art. 75b BV sowie die Übergangsbestimmungen Art. 197 Ziff. 9 BV Eingang in die Bundesverfassung fanden – herrschte grosse Unsicherheit bezüglich der Frage, ab welchem Zeitpunkt Art. 75b BV anwendbar sei. Ein grosser Teil der Lehre und der kantonalen Gerichte sah in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV eine intertemporalrechtliche Norm, nach der Baugesuche bis zum 31. Dezember 2012 noch nach altem Recht zu beurteilen waren.⁶⁵ Das Bundesgericht erblickte in Art. 197 Ziff. 9 BV dann aber keine intertemporalrechtliche Norm, sondern eine Verschärfung der Rechtsfolge (Nichtigkeit statt Anfechtbarkeit) ab dem 1. Januar 2013. Damit war Art. 75b Abs. 1 BV bereits ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens am 11. März 2012 anwendbar.⁶⁶ Ab dem 11. März 2012 war eine Bewilligungserteilung in einer Zweitwohnungsgemeinde nur noch in Verbindung mit Auflagen (Nutzungsbeschränkungen) zulässig, die eine Zweitwohnungsnutzung ausschlossen.⁶⁷

[Rz 75] Wohnungen, die in Zweitwohnungsgemeinden erst nach dem 11. März 2012 erstinstanzlich bewilligt wurden lassen sich in *drei Hauptgruppen* einteilen:

- Dazu zählen erstens die Wohnungen, die nicht (bis vor Bundesgericht) angefochten und gestützt auf kantonales Verfahrensrecht *rechtskräftig bis am 31. Dezember 2012 bewilligt* wurden. Damals erteilte Baubewilligungen, die keinerlei Nutzungsbeschränkung vorsahen, waren fehlerhaft, konnten aber in vielen Fällen nicht mehr widerrufen werden. Vom 1. Januar 2013 bis zum Inkrafttreten des ZWG hingegen galt für Baubewilligungen ohne Nutzungsbeschränkung, die eine Zweitwohnungsnutzung ausschliesst, grundsätzlich die Nichtigkeitsfolge (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV).
- Zweitens sind es diejenigen Wohnungen, die entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis *mit Nutzungsbeschränkung*, die eine Zweitwohnungsnutzung ausschliesst, bewilligt wurden.
- Drittens sind es die seit dem 1. Januar 2013 bis zum Inkrafttreten des ZWG am 1. Januar 2016 *gestützt auf die Verordnung über Zweitwohnungen*⁶⁸ (mit oder ohne Nutzungsbeschränkung) rechtskräftig bewilligten Wohnungen.

[Rz 76] Die Botschaft äussert sich im Übrigen zum *Sonderfall* von nach dem 11. März 2012 erstellten Bauten, die in einer Gemeinde liegen, die erst nach Inkrafttreten des ZWG zur Zweit-

⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts 1C_215/2012 vom 14. Dezember 2012 E. 2.4; Urteil des Bundesgerichts 1C_159/2012 vom 14. Dezember 2012 E. 6.2.

⁶⁵ Vgl. dazu ALIG/GRIFFEL (Fn. 21), Art. 75b Rz. 27 m.w.H.

⁶⁶ BGE 139 II 243 E. 11.6.

⁶⁷ Statt vieler Urteil des Bundesgerichts 1C_289/2013 vom 28. Oktober 2013 E. 3.2.

⁶⁸ Verordnung über Zweitwohnungen vom 22. August 2012 (AS 2012 4583).

wohnungsgemeinde wird: «[B]eispielsweise die spätere Umnutzung von in diesem Sinn vorbestehenden Erstwohnungen zu Zweitwohnungen [kann] nicht frei zulässig sein, da solche Bauten in Kenntnis des seit dem 11. März 2012 geltenden Artikels 75b BV erstellt worden sind. Wie solche Fälle dereinst zu beurteilen sind, bedarf einer Interessenabwägung im Einzelfall und muss der Praxis überlassen werden».⁶⁹

[Rz 77] Art. 25 Abs. 4 ZWG hält fest, dass die vor dem 31. Dezember 2012 gemäss jeweiligem kantonalem Verfahrensrecht rechtskräftig erteilten Baubewilligungen *gültig bleiben*. Es stellt den gesetzgeberischen Willen dar, dass ihnen «keine Nutzungsbeschränkungen auferlegt werden». Dem Gesetzgeber scheint es darum zu gehen, dass diese Baubewilligungen «rechtskräftig bleiben» und nicht mehr widerrufen werden können.⁷⁰ Somit kann eine bestehende Zweitwohnungsnutzung (Nutzung als «kalte Betten») dieser Wohnungen aufrechterhalten werden.

[Rz 78] Es ist jedoch äusserst zweifelhaft, ob die Tatsache, dass diese Baubewilligungen von Gesetzes wegen gültig bleiben, Auswirkungen auf die Frage der *Zulässigkeit der Umnutzung* dieser Wohnungen in Zweitwohnungen hat. Art. 6 Abs. 1 ZWG statuiert, dass in Zweitwohnungsgemeinden keine neuen Zweitwohnungen bewilligt werden dürfen. Davon ausgenommen ist nach Art. 6 Abs. 2 ZWG nur die Erstellung von Wohnungen im Rahmen der Bewilligungskategorien. Anders als bezüglich altrechtlicher Wohnungen sieht das ZWG betreffend Wohnungen, die gegenüber dem ZWG – aber nicht gegenüber Art. 75b BV – vorbestehen, die freie Zulässigkeit ihrer Umnutzung nicht vor (vgl. Art. 11 Abs. 1 ZWG).

[Rz 79] Man kann sich daher mit guten Gründen auf den Standpunkt stellen, dass eine neue Nutzung entsprechend der Nutzungskategorie der Zweitwohnungen für diese Wohnungen (die nicht gestützt auf einen Ausnahmetatbestand als «Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung» bewilligt wurden⁷¹) – vor dem Hintergrund von Art. 75b BV und der ZWG-Systematik – eine Nutzungsänderung mit raumrelevanten Folgen darstellt, die der *Baubewilligungspflicht gemäss Art. 22 RPG* untersteht.⁷² Der Umnutzung einer derartigen – bisher als Erstwohnung bzw. einer Erstwohnung gleichgestellte Wohnung genutzten – Wohnung steht Art. 6 Abs. 1 ZWG dann entgegen, solange sie nicht als touristisch bewirtschaftete Wohnung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 7 Absatz 2 lit. a oder b ZWG deklariert wird und die entsprechenden Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind.

[Rz 80] Art. 25 Abs. 5 ZWG statuiert, dass die nach dem 1. Januar 2013 gemäss jeweiligem kantonalem Verfahrensrecht bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes erteilten, rechtskräftig gewordenen Baubewilligungen *gültig bleiben*, soweit sie sich auf die Verordnung über Zweitwohnungen abstützen. Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung, die gestützt auf die Verordnung über Zweitwohnungen (im Rahmen eines Ausnahmetatbestands) rechtskräftig bewilligt wurden, lassen sich weiterhin frei (um-)nutzen.

[Rz 81] Auf im Rahmen der Übergangsordnung mit einer Nutzungsbeschränkung bewilligte Wohnungen sind die Bestimmungen über die Änderung von Nutzungsbeschränkungen gemäss

⁶⁹ Botschaft ZWG (Fn. 5), S. 2309.

⁷⁰ Bischofberger, Amtl. Bull. SR 2014 972.

⁷¹ Vgl. betreffend die Erstellung neuer Wohnungen nun Art. 7 Abs. 3 Satz 2 ZWG: Bezüglich Baubewilligungen, die keine Nutzungsbeschränkung enthalten und nicht im Rahmen eines Spezial-Ausnahmetatbestands ergangen sind, gilt die gesetzliche Vermutung einer Nutzungsbeschränkung gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a ZWG.

⁷² Vgl. dazu ALAIN GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht – in a nutshell, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, S. 168.

Art. 13 ZWG sowie die Sistierungsregelung gemäss Art. 14 ZWG *analog* zur Anwendung zu bringen.

3. Wohnungen gemäss ZWG

[Rz 82] Das ZWG steht *baulichen Änderungen* an Wohnungen, die im Rahmen der ZWG-Bewilligungskategorien erstellt wurden, grundsätzlich nicht entgegen, soweit deren Bewilligungsvoraussetzungen weiterhin eingehalten sind.

[Rz 83] Im Rahmen der ZWG-Bewilligungsvoraussetzungen ist auch die *Änderung von Nutzungsbeschränkungen* zulässig. Art 13 ZWG statuiert diesbezüglich eine Baubewilligungspflicht: Ihr unterstellt sind der Wechsel von einer Nutzung als Erstwohnung bzw. einer Erstwohnung gleichgestellte Wohnung zu einer Nutzung als touristisch bewirtschaftete Wohnung (lit. a) sowie der Wechsel der Nutzung von der einen zur andern Kategorie der touristisch bewirtschafteten Wohnungen (lit. b). Für die Umnutzung einer touristisch bewirtschafteten Wohnung in eine Erstwohnung bzw. einer Erstwohnung gleichgestellte Wohnung besteht eine Meldepflicht (Art. 7 Abs. 2 ZWV).⁷³

[Rz 84] Art. 14 ZWG sieht zudem die Möglichkeit der *vorläufigen Aussetzung von Nutzungsbeschränkungen* vor. Die Baubewilligungsbehörde sistiert sie auf Gesuch der Eigentümerin bzw. des Eigentümers hin während einer bestimmten Dauer, wenn alternativ die Kriterien nach Abs. 1 lit. a oder nach Abs. 1 lit. b erfüllt sind. Sistierte Wohnungen lassen sich dann wie Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung (auch als «kalte Betten») nutzen und werden der ihrer Nutzung entsprechenden Nutzungskategorie zugerechnet.

JONAS ALIG, MLaw, ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut (RWI) der Universität Zürich.

⁷³ Vgl. dazu V/1b.