Zukünftige Bautätigkeit in Tourismusgebieten im Rahmen der Zweitwohnungsgesetzgebung

Von Christoph Brügger und Oliver Reinhardt

Mit der Annahme der Zweitwohnungsinitiative[1] haben sich die Schweizer Stimmberechtigen am 11. März 2012 dafür ausgesprochen, den Zweitwohnungsbau zu beschränken. Anfang 2016 haben die Legislativbehörden des Bundes Art. 75b BV[2] über die Beschränkung des Zweitwohnungsbaus mit Erlass des Zweitwohnungsgesetzes (ZWG)[3] und der Zweitwohnungsverordnung (ZWV)[4] umgesetzt. Vorliegender Artikel befasst sich mit der Frage, in welchem Rahmen diese definitiven, verklausulierten Gesetzesbestimmungen eine zukünftige Bautätigkeit in Tourismusgebieten zulassen.

I. EINLEITUNG

Mit der Einführung von Art. 75b BV wurde der Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 Prozent beschränkt (Art. 75b Abs. 1 BV).

Begleitet von höchstrichterlichen Entscheiden über den juristischen Begriff der Zweitwohnung, das Ausmass der direkten Anwendbarkeit des Verfassungsartikels und das Intertemporalrecht[5] trat am 1. Januar 2013 die bundesrätliche Übergangsverordnung[6] in Kraft. Die Übergangsverordnung konkretisierte zwar die Leitplanken für den Rechtsanwender, war aufgrund des zur Verfügung stehenden Zeitbudgets aber relativ knapp gehalten und steuerte deshalb nur wenig zur Rechtssicherheit bei.

Per 1. Januar 2016 wurden die Verfassungsbestimmung und die Übergangsverordnung nun durch das ZWG und die ZWV konkretisiert bzw. abgelöst. Aus der Optik eines Investors, aber auch der bewilligenden und vollziehenden Behörden, stellt sich nun die Frage nach dem *Spielraum* bei der Realisierung von künftigen *Wohnbauprojekten* in den Grenzen des ZWG und der ZWV. Mit Blick auf erste Erfahrungen aus der Praxis wird nachstehend dargestellt, unter welchen Voraussetzungen der Wohnungsbau in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 % zukünftig möglich ist.

Die Darstellung orientiert sich an den Fallgruppen der kalten und warmen Betten[7] und befasst sich mit den für das Baugewerbe wichtigsten Ausprägungen dieser Fallgruppen. Als kalte Betten gelten Ferienhäuser und -wohnungen nach klassischem Verständnis, welche mit *keinerlei Nutzungsbeschränkungen* verbunden sind. Warme Betten demgegenüber unterliegen den gesetzlichen Nutzungsbeschränkungen.

Unter Erstwohnungen versteht man Wohnungen, die von mindestens einer Person genutzt (bewohnt) werden, welche in der Gemeinde, in der die Wohnung liegt, niedergelassen ist (Art. 2 Abs. 2 ZWG). Verschiedene weitere Arten von Wohnungen werden wie Erstwohnungen behandelt bzw. sind diesen gleichgestellt (vgl. Art. 2 Abs. 3 ZWG). Zweitwohnungen demgegenüber sind Wohnungen, die weder eine Erstwohnung noch einer Erstwohnung gleichgestellt sind (Art. 2 Abs. 4 ZWG).

II. MÖGLICHKEITEN ZUKÜNFTIGER BAUTÄTIGKEIT

1. Kalte Betten (Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen)

Die Bautätigkeit in Zusammenhang mit kalten Betten beschränkt sich auf altrechtliche Wohnungen[8] (Art. 10–12 ZWG), Wohnungen in einer geschützten und ortsbildprägenden Baute (Art. 9 ZWG) und Wohnungen im Zusammenhang mit strukturierten Beherbergungsbetrieben (Art. 8 ZWG).

1 – Initiative «Schluss mit dem uferlosen Bau von Zweitwohnungen!» der Fondation Franz Weber und von Helvetia Nostra. **2** – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101). **3** – Bundesgesetz über Zweitwohnungen vom 20. März 2015 (SR 702). **4** – Zweitwohnungsverordnung vom 4. Dezember 2015 (SR 702.1). **5** – Vgl. dazu bspw. BGE 139 II 243 (Umfang der direkten Anwendbarkeit von Art. 75b BV); BGE 140 II 378 (Unzulässigkeit der Erweiterung der Nutzfläche einer sog. «Altrechtlichen Zweitwohnung», d.h. einer Zweitwohnung, welche am 11. März 2012 bereits bestand).

6 – Verordnung des Bundesrats über Zweitwohnungen vom 22. August 2012, AS 2012 4583, mittlerweile ersetzt durch das ZWG und die ZWV. **7** – Die gesetzlich vorgesehenen Nutzungsbeschränkungen sollen zu mehr warmen Betten führen. **8** – Altrechtliche Wohnungen sind Wohnungen, die am 11. März 2012 bestanden oder rechtskräftig bewilligt waren (Art. 10 ZWG).

Der Umgang mit altrechtlichen Wohnungen ist im Gesetz relativ klar abgesteckt: Sie dürfen im Rahmen der vorbestandenen Hauptnutzfläche frei erneuert, umgebaut und wieder aufgebaut werden. Die Anzahl der Wohnungen darf dabei beliebig erhöht werden. Bleibt die Anzahl Wohnungen gleich, darf dafür die vorbestehende Hauptnutzfläche um 30% erweitert werden (Art. 11 Abs. 2 und 3 ZWG).

Die Erstellung von Wohnungen in geschützten Bauten dürfte mit Blick auf die Praxis eine Randerscheinung bleiben und soll vorliegend nicht weiter vertieft werden.

Wird die Erstellung von Wohnungen im Rahmen von *strukturierten Beherbergungsbetrieben* beabsichtigt, lässt Art. 8 ZWG verschiedene Handlungsspielräume zur Schaffung kalter Betten offen:

a) *Im Umfang von 20%:* Zunächst einmal darf im Zusammenhang mit strukturierten Beherbergungsbetrieben (sowohl mit bestehenden wie auch mit Neubauprojekten[9]) die Erstellung von Zweitwohnungen ohne Nutzungsbeschränkung bewilligt werden, wenn die Hauptnutzfläche der zu erstellenden Zweitwohnungen 20% der gesamten Hauptnutzfläche der Zimmer und der Wohnungen[10] nicht übersteigt (Art. 8 Abs. 1 lit. c ZWG). Der Begriff der Hauptnutzfläche richtet sich nach der Definition der SIA-Norm 416[11]. Vom Beherbergungsbetrieb darf für die Berechnung in diesem Fall ausschliesslich die Hauptnutzfläche der Zimmer, exkl. Rezeption, Restaurant, Aufenthaltsräume etc., herangezogen werden. Bei bestehenden Beherbergungsbetrieben können solche Wohnungen je nach Situation und zur Verfügung stehender Ausnützung entweder zusätzlich zum bestehenden Bau erstellt – oder aus dem bestehenden Bau ausgeschieden werden.

   Als weitere Voraussetzung müssen die Wohnungen mit dem Beherbergungsbetrieb eine *bauliche und funktionale Einheit*[12] bilden, wobei von dieser Vorschrift aus Gründen des Ortsbild- und Denkmalschutzes abgewichen werden kann (Art. 8 Abs. 1 lit. d ZWG). Sodann ist der Nachweis zu erbringen, dass zur *wirtschaftlichen Führung resp. Weiterführung* des bestehenden Betriebs die Erträge aus den Wohnungsverkäufen notwendig sind (Art. 8 Abs. 1 lit. a und b ZWG) und der Bewilligung dieser Wohnungen keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 8 Abs. 1 lit. e ZWG)[13].

b) *Im Umfang von 33%:* Im gleichen Verhältnis und unter denselben Voraussetzungen können gemäss Art. 8 Abs. 2 ZWG 33% als Zweitwohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen erstellt werden, sofern die Wohnungen dauerhaft im *Eigentum* des Beherbergungsbetriebes bleiben und von diesem *vermietet* werden; falls nur ein Teil der Zweitwohnungen dauerhaft im Eigentum des Beherbergungsbetriebes verbleibt, erfolgt eine verhältnismässige Festlegung der Maximalfläche der Zweitwohnungen zwischen 20% und 33% (Art. 8 Abs. 3 ZWG).

c) *Im Umfang von 50%:* Sofern ein Beherbergungsbetrieb am 11. März 2012 bereits bestanden hat und eine minimale Bewirtschaftungsdauer von 25 Jahren aufweist, kann dieser Beherbergungsbetrieb maximal 50% der Hauptnutzfläche zu Zweitwohnungen ohne Nutzungsbeschränkung *umnutzen* (Art. 8 Abs. 4 ZWG). Im Gegensatz zu den Varianten von Art. 8 Abs. 1–3 ZWG darf in diesem Fall die *Hälfte der gesamten Hauptnutzfläche* des Beherbergungsbetriebes und nicht nur der Zimmer umgenutzt werden. Dies beinhaltet den Abbruch und anschliessenden Wiederaufbau[14] des strukturierten Beherbergungsbetriebs. Massgeblich für die Berechnung der maximal zulässigen Fläche ist in einem solchen Fall jedoch ausschliesslich die Kubatur des abgebrochenen Gebäudes. Eine eventuelle, nach aktueller Baugesetzgebung zulässige höhere Ausnützungsziffer ist unbeachtlich und kann nicht geltend gemacht werden. Auch hier dürfen der Umnutzung in Zweitwohnungen keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Zusätzlich muss nachgewiesen werden, dass einerseits die Weiterführung des Betriebes wirtschaftlich nicht sichergestellt ist und andererseits eine Umnutzung des Beherbergungsbetriebes in tou-

9 – Art. 8 Abs. 1 bis 3 ZWG kann sowohl bei Neubauprojekten wie auch bei Betrieben, die bereits vor dem 11. März 2012 bestanden, angewendet werden. Vgl. Jonas Alig, «Das Zweitwohnungsgesetz», ZBl 5/2016, 238 f. m.w.H. A.M. David Equey, «Résidences secondaires: de l'initiative ‹Weber› à la législation et à la réglementation d'application», Jusletter 8. Februar 2016, Rz. 84. **10 –** Massgeblich für die Berechnungen gemäss Art. 8 Abs. 1–3 ZWG sind stets die Zimmer und Wohnungen des gesamten, nach Bau der neuen Wohnungen bestehenden Beherbergungsbetriebs. **11 –** Norm 416 des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins zu Flächen und Volumen von Gebäuden. **12 –** Botschaft zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen, BBI 2014, 2307.

13 – Vgl. Praxishilfe Zweitwohnungsgesetzgebung: Baubewilligungsverfahren und Baupolizei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 27. Januar 2016, 18. **14 –** Der Begriff der Umnutzung ist vorliegend weit zu verstehen; dies entspricht der Ratio legis von Art. 8 Abs. 4 ZWG und kam in den parlamentarischen Debatten klar zum Ausdruck (vgl. bspw. Bundesrätin Doris Leuthard, Amt. Bull. SR 2015 112). A.M. Alig (Fn. 9), 240.

ristisch bewirtschaftete Wohnungen nicht möglich ist (Art. 8 Abs. 4 lit. b ZWG). Die *fehlende Rentabilität* schliesslich darf nicht durch ein Fehlverhalten des Eigentümers bzw. des Betreibers verursacht worden sein (Art. 8 Abs. 4 lit. c ZWG). Was mit der anderen Hälfte des Betriebs geschehen soll, wurde durch den Gesetzgeber offengelassen. Denkbar ist bspw., dass diese als Hotelzimmer, als touristisch bewirtschaftete Wohnungen (vgl. dazu Ziffer 2 hiernach) oder als Gewerbe-/Ladenfläche ausgeschieden werden.

Voraussetzung ist in allen Fällen von lit. a–c, dass sich der Beherbergungsbetrieb *ohne die Erstellung von – bzw. die teilweise Umnutzung in Zweitwohnungen nicht mehr wirtschaftlich betreiben* lässt. Das Vorliegen der einzelnen Voraussetzungen ist durch ein *unabhängiges Gutachten* zu belegen, wobei die Bestimmung des Gutachters der Zustimmung der Baubewilligungsbehörde bedarf.[15]

Es wird sich zeigen, ob diese gesetzlichen Möglichkeiten bei *bestehenden Hotelbetrieben*, welche auf die Querfinanzierungsmöglichkeiten angewiesen wären, zu einer nachhaltigen Verbesserung der finanziellen Situation führen. Der einzelne Betreiber eines unrentablen Beherbergungsbetriebes wird sich dabei nebst rechtlichen Problemen, welche die als Zweitwohnungen ausscheidbare Flächen von vornherein stark begrenzen, vor allem mit *faktischen Problemen* konfrontiert sehen: Zunächst dürften einem strukturschwachen Betrieb häufig die Mittel für eine Investition in den Bau von Zweitwohnungen bzw. zu dessen Vorfinanzierung fehlen. Eine Finanzierung mithilfe Dritter (Banken, Investoren) vermindert erzielbare und ins Hotel reinvestierbare Renditen und neutralisiert den möglichen positiven Effekt für den Beherbergungsbetrieb. Diese Problematik wird verstärkt, falls die Wohnungen nicht verkauft, sondern durch ebendiesen Beherbergungsbetrieb vermietet werden und damit nur langsam reinvestierbare Erträge generieren.

Hingegen ist es möglich, dass sich mehrere Beherbergungsbetriebe im Sinne eines Joint Venture zusammenschliessen, um gemeinsam solche Wohnungen zu erstellen.[16] Aus Sicht eines Investors können sich diese Bestimmungen ebenfalls positiv auf die Rentabilität eines Neubau- oder Sanierungsprojekts auswirken, indem dieses bis zu 33% durch den Verkauf / die Vermietung von Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen querfinanziert werden können. Ebenfalls interessant ist der Erwerb eines Hotels, welches vor dem 11. März 2012 mindestens 25 Jahre in Betrieb war und nebst Weiterführung als Hotel, Umnutzung in Laden- und Gewerbefläche oder touristisch bewirtschaftete Wohnungen eine rentable Umnutzung von 50% der Hauptnutzfläche in Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen zulässt. Hierbei ist darauf zu achten, dass eine Umnutzung in Wohnungen, aber auch in Gewerbe- oder Ladenflächen, in den meisten Fällen einer vorgängigen Umzonung bedarf; das Risiko der Dauer des Planungsverfahrens ist in die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen.

2. Warme Betten (Wohnungen mit Nutzungsbeschränkungen)

Die Bautätigkeit in Zusammenhang mit warmen Betten ist nicht eingeschränkt und insbesondere nicht von bestehenden Gebäuden abhängig. Als warme Betten gelten in erster Linie Erst- und diesen gleichgestellte Wohnungen (Art. 2 Abs. 2 und 3 ZWG) sowie Wohnungen, welche im Rahmen eines *strukturierten Beherbergungsbetriebs qualifiziert touristisch bewirtschaftet* werden (Art. 7 ZWG).

Eine qualifiziert touristisch bewirtschaftete Zweitwohnung ist eine Wohnung, welche dauerhaft zur ausschliesslich kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu markt- und ortsüblichen Bedingungen angeboten wird. Die Nutzungsbeschränkung wird durch die Bewirtschaftung im Rahmen eines strukturierten Beherbergungsbetriebs sichergestellt, wobei eine Anpassung der Wohnung an persönliche Vorstellungen und Bedürfnisse der Eigentümer ausgeschlossen ist.

Insoweit stellt die touristisch bewirtschaftete Zweitwohnung nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine *hybride Form* des Eigentums dar, indem sich sachenrechtliche Merkmale des Eigentums mit obligationenrechtlichen Aspekten der Miete vermischen. Diese Vermischung stellt potenzielle Investoren, aber auch künftige Eigentümer und (Teilzeit-)Nutzer einer Wohnung vor grössere Herausforderungen.

Der strukturierte Beherbergungsbetrieb

Nach der Legaldefinition von Art. 4 ZWV umfasst der strukturierte Beherbergungsbetrieb *hotelmässige Dienstleistungen und Infrastrukturen*, die typischerweise von einer Mehrheit der Gäste beansprucht werden und die im Rahmen eines *einheitlichen Betriebes* bewirtschaftet werden. Als Grundlage dieser Bewirtschaftung verlangt der Gesetzgeber ein *hotelähnliches Betriebskonzept*. Eine Minimalgrösse des strukturierten Beherbergungs-

15 – Vgl. Erläuterungen des Bundesamts für Raumentwicklung ARE vom 18. November 2015 zur ZWV, <http://www.are.admin.ch/themen/raumplanung/00236/04094/05403/index.html?lang=de>, 6. **16** – Vgl. Praxishilfe JGK (Fn. 13), 19.

betriebs wurde zwar gesetzlich nicht definiert, wird jedoch vorausgesetzt.[17]

Im Rahmen der Prüfung der Bewilligungsvoraussetzungen sind die zuständigen Bewilligungsbehörden gefordert, die vom Gesetzgeber aufgestellten, *unbestimmten* Kriterien der hotelmässigen Dienstleistungen und des hotelähnlichen Betriebskonzepts mit einem praxistauglichen Inhalt zu versehen. Die Erläuterungen des Bundesamts für Raumentwicklung (ARE) zur ZWV lassen erkennen, dass den Bewilligungsbehörden in der konkreten Beurteilung ein gewisser Spielraum zur Verfügung steht. So wird einzig ein *hinreichendes* Angebot an Dienstleistungen und Infrastrukturen gefordert, die *typischerweise* von Hotels angeboten werden und die *typischerweise* von der Mehrzahl der Gäste in Anspruch genommen werden *können*, wobei auch die externe Erbringung der Dienstleistungen durch einen *regionalen Kooperationspartner* in Betrachtung gezogen werden kann.[18]

Die Beurteilung der Frage nach dem hinreichenden, mitunter *angemessenen* Angebot an Dienstleistungen, die typischerweise hotelmässig angeboten werden, dürfte regelmässig die Hauptschwierigkeit darstellen, wogegen das hotelähnliche Betriebskonzept durch den beispielhaften Verweis des ARE auf *hotelähnliche Residenzen* wie Hotelresorts, Ferienresorts und Feriendörfer in der Praxis weniger zu Diskussion Anlass geben wird.

Beschränkte Nutzung und Verbot der Individualisierung

Mit den Bestimmungen von Art. 7 Abs. 2 lit. b ZWG wird eine Beschränkung des Eigentums normiert, indem die künftige Eigentümerschaft einer touristisch bewirtschafteten Zweitwohnung sich sowohl bei der *Nutzung* ihres Eigentums als auch bei der *Verfügung* über ihr Eigentum Beschränkungen unterzieht. Diese Bestimmung verursacht keine grösseren Probleme, solange sich die gesamte Anlage im Eigentum eines oder mehrerer Investoren befindet und eine Eigennutzung der Wohnungen gar nicht erst gewünscht ist. Sollen aber die einzelnen Wohnungen zu Stockwerkeigentum ausgestaltet und an «Ferienwohnungsbesitzer» verkauft werden, ändert sich der Blickwinkel.

Die Erläuterungen ZWV sehen vor, dass die Eigennutzung der Wohnung unter den markt- und ortsüblichen Bedingungen *geringfügig* bleiben muss und insbesondere während der Hauptsaison auf maximal drei Wochen beschränkt werden soll. Die Eigentümerschaft hat im Weiteren nicht die Möglichkeit, ihr Eigentum *individuell* auszugestalten und auf die *persönlichen Bedürfnisse* anzupassen. Diese Frage umfasst nicht nur die Möblierung der Wohnung, auch die finanzielle Ausgestaltung bezüglich *gegenwärtiger und zukünftiger Investitionen* in die Wohnung entzieht sich der direkten Einflussnahme der Eigentümerschaft. Selbstverständlich wird die Eigentümerschaft einer Stockwerkeinheit über das Mitsprache- und Mitentscheidungsrecht in der Stockwerkeigentümergemeinschaft die Möglichkeit haben, ihre Interessen einzubringen.[19] Dies ändert jedoch nichts am Umstand, dass die Eigentümerschaft einer Stockwerkeinheit in der *Ausübung* ihres Eigentums beschränkt ist.

Ob und inwieweit diese Beschränkungen für potenzielle Käufer abschreckend wirken, wird im Rahmen des Projektes durch eine eingehende Risikobeurteilung zu prüfen sein.

III. VOLLZUG, KONTROLLE UND STRAFBESTIMMUNGEN

Der Vollzug von *einschränkenden* Gesetzesbestimmungen im Bereich von Zweitwohnungen[20] funktioniert erfahrungsgemäss oftmals nicht wie vom Gesetzgeber beabsichtigt. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die kommunalen Vollzugsbehörden ambivalente Interessen haben und aus regionalpolitischer Perspektive die zahlungskräftigen Zweitwohnungsbesitzer gern gesehene Gäste sind. Jüngstes Beispiel für eine solche behördenorchestrierte, mehrfache und systematische Gesetzesumgehung ist die Gemeinde Verbier mit ihren über die letzten Jahre erstellten «Eisberg-Chalets»[21], welche offenbar nicht nur gegen die kantonale und kommunale Bauordnung verstossen, sondern auch einen Grossteil der einschränkenden nationalen Gesetzesbestimmungen verletzen. Ob die Vollzugs- und Kontrollbestimmungen sowie die Strafen des ZWG ausreichen, um einen Missbrauch im Bereich der Zweitwohnungsgesetzgebung zu verhindern, darf zum heutigen Zeitpunkt zumindest fraglich bleiben:[22]

17 – Vgl. Alig (Fn. 9), 236; Botschaft ZWG (Fn. 12), 2304. Eine Definition der Mindestgrösse in absoluten Zahlen für Zimmer oder Betten macht u.E. jedoch wenig Sinn; mit Blick auf das jeweilige Projekt ist zu prüfen, ob die angedachte Grösse eine professionelle und gewinnbringende Vermarktung und damit eine längerfristige Wettbewerbsfähigkeit ermöglicht oder nicht. **18 –** Erläuterungen ZWV (Fn. 15), 5.

19 – Vgl. Erläuterungen ZWV (Fn. 15), 5 f.; Praxishilfe JGK (Fn. 13), 14. **20 –** Vor der Zweitwohnungsgesetzgebung waren das insbesondere Kontingentierungen, welche sich aus der Raumplanungsgesetzgebung ergaben und Erwerbsbeschränkungen für ausländische Personen gemäss Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG; SR 211.412.41). **21 –** Ronny Nicolussi, Die illegalen Chalets von Verbier, in: NZZ am Sonntag vom 6. Juni 2016. **22 –** Sehr kritisch Alig (Fn. 9), 252.

Gemäss Art. 10 ZWV sind die Baubewilligungsbehörden verpflichtet, dem ARE sämtliche Baubewilligungen zu eröffnen, welche gestützt auf Art. 7 Abs. 1 lit. b, Art. 8 oder Art. 9 ZWG erteilt werden. Das ARE prüft die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und ist befugt, gegen diese Entscheide Beschwerde zu führen (Art. 10 Abs. 1 ZWV). Zudem wurde der Vollzug der Zweitwohnungsgesetzgebung zu weiten Teilen den Kantonen übertragen, welche gemäss Art. 15 ZWG eine entsprechende Aufsichtsbehörde einzurichten haben.[23]

Schliesslich stellt der Gesetzgeber den Behörden ein *Instrumentarium* zur Verfügung, um bei unrechtmässiger Nutzung und unrichtigen Angaben einschneidende Massnahmen zu ergreifen. Als ultima ratio haben gemäss Art. 17 ZWG die zuständigen Behörden die Möglichkeit, die Wohnung zur Behebung des rechtswidrigen Zustands zu versiegeln und Massnahmen zu ergreifen, damit der rechtswidrige Zustand behoben werden kann (insbesondere diese zu vermieten). Zudem ist als Strafrahmen für unrechtmässige Nutzung bzw. unrichtige Angaben 3 Jahre Gefängnis oder eine entsprechende Geldstrafe (Art. 21 und 22 ZWG) vorgesehen.

Nebst den in Art. 16 ZWG vorgesehenen Meldepflichten von Einwohnergemeinde und Grundbuchamt fehlen aber *griffige Kontrollmechanismen* (bspw. des ARE oder der kantonalen Vollzugsbehörde), welche Voraussetzung für das Ergreifen der behördlichen Massnahmen bei unrechtmässiger Nutzung bzw. für die Bestrafung der fehlbaren Nutzer bilden würden. Inwiefern dieses Manko im Sinne der Initiative befriedigend und schweizweit einheitlich kompensiert wird, obliegt den eingesetzten kantonalen Vollzugsbehörden.

IV. FAZIT

Es kann festgestellt werden, dass die Zweitwohnungsgesetzgebung auch in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20% *mitnichten* zu einer faktischen Verhinderung zukünftiger Bautätigkeit führt.
Einerseits können altrechtliche Wohnungen im gesetzlichen Rahmen saniert, abgebrochen und wiederaufgebaut werden, ohne dass sich das negativ auf die Nutzungsmöglichkeiten als Zweitwohnung auswirkt. Andererseits ist der Bau von Erstwohnungen bzw. diesen gleichgestellten Wohnungen ohne weitere Einschränkungen möglich.

Nebst den evidenten Möglichkeiten für zukünftigen Wohnungsbau im Zusammenhang mit altrechtlichen Wohnungen und Erstwohnungen besteht Raum für innovative Beherbergungskonzepte.

Zwar stellen die Instrumente von Art. 8 ZWG *kein Mittel* zur Strukturverbesserung der Hotellerie dar und es muss im Einzelfall geprüft werden, ob und inwiefern sich die angedachten Grundsätze lohnend und nachhaltig umsetzen lassen (was der Gesetzgeber mit dem Erfordernis des Gutachtens impliziert). Für bestehende Beherbergungsbetriebe dürften daher (wenn überhaupt) nur die Varianten der Umnutzung solcher Betriebe und der Bau und Verkauf von Zweitwohnungen praktische Relevanz erlangen. Neubauprojekte im Bereich der Hotellerie, Parahotellerie oder für qualifiziert touristisch bewirtschaftetes Wohnen hingegen profitieren von der Möglichkeit, dass in gewissem Umfang eine Querfinanzierung durch Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen erfolgen kann.

Die *rechtlichen Hürden* und damit das *betriebswirtschaftliche Risiko* für den Investor sind in allen Fällen gestiegen. Dies ist nicht nur auf teilweise unklare rechtliche Kriterien (z.B. «*hinreichendes* Angebot, das *typischerweise* von einer Mehrheit der Gäste beansprucht werden *kann*») zurückzuführen, welche durch die Bewilligungs- und Vollzugsbehörden mit einem praxisnahen und -tauglichen Inhalt zu füllen sind. Vielmehr stellt das gesamte Konzept der touristisch bewirtschafteten Zweitwohnungen ein *Novum* dar, indem es die vorherrschende Segmentierung in der touristischen Beherbergungswelt zwischen Eigentümer, Mieter und Gast erweitert resp. die unterschiedlichen Segmente miteinander verschmelzen lässt. Die seit Inkrafttreten von Art. 75b BV durch die Bewilligungsbehörden geprüften Projekte und die den Autoren vorliegenden Entscheidungen[24] lassen jedoch erkennen, dass die Behörden bei Prüfung der Voraussetzungen für die qualifiziert touristische Bewirtschaftung gewillt sind, den ihnen zugedachten Handlungsspielraum auszuschöpfen und auf *lokale und regionale Begebenheiten* Rücksicht zu nehmen.

23 – Alig (Fn. 9), 249. Diese Bestimmung wurde von den Kantonen unterschiedlich umgesetzt. Vgl. z.B. Art. 1 der Raumplanungsverordnung für den Kanton Graubünden (zuständig Departement für Volkswirtschaft und Soziales) oder Art. 2 des Ausführungsdekrets zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen des Kantons Wallis (zuständig Staatsrat, handelnd durch das jeweilig zuständige Departement).

24 – Fünf erstinstanzliche Gesamtbauentscheide aus den Jahren 2013–2016 aus dem Kanton Bern.

Die Autoren

CHRISTOPH BRÜGGER

MLaw, Notar des Kantons Bern und Betriebsökonom FH, arbeitet seit 2012 bei Häusermann + Partner, Notare Rechtsanwälte, Bern. Häusermann + Partner ist spezialisiert auf die Beratung von mittleren und grossen nationalen und internationalen Unternehmen und öffentlich-rechtlichen Kunden in den Gebieten Immobiliarsachenrecht sowie Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht. In erster Linie begleitet Christoph Brügger Unternehmen in gesellschaftsrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Fragestellungen. Er blickt auf eine mehrjährige Tätigkeit im Bereich der Firmenberatung und des Kreditrisikomanagements bei einer Grossbank zurück.

OLIVER REINHARDT

Lic. iur., Notar des Kantons Bern, arbeitet seit 2010 bei Häusermann + Partner, Notare Rechtsanwälte, Bern. In erster Linie berät er Unternehmen in sachenrechtlichen Fragen bei der Projektentwicklung und beim Vollzug von grösseren Immobilienprojekten, u.a. in Zweitwohnungsgemeinden. Nebenberuflich schreibt er an einer Dissertation im Bereich des Notariatsrechts.