



Schriften INR

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Stephan Wolf / Andreas Lienhard
(Herausgeber)

**Schweizerische
Zweitwohnungsgesetzgebung –
insbesondere praktische
Umsetzungsfragen und Rechts-
vergleich mit den Grundverkehrs-
beschränkungen in Tirol**

Symposium des Zivilistischen Seminars, des Instituts
für öffentliches Recht und des Instituts für Notariats-
recht und Notarielle Praxis an der Universität Bern
vom 21. Mai 2014

Beiträge von

Axel Fuith

Martin Häublein

Andreas Lienhard

Fabian Mösching

Isabelle Nuspliger

Aron Pfammatter

Stephan Scheidegger

Werner Schroeder

Karl Weber

Stephan Wolf



Stämpfli Verlag



Stämpfli Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:

Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2014

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter
www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-1634-3

ISBN Judocu 978-3-0354-1158-4

ISBN E-Book 978-3-7272-5872-5



Zweitwohnungsgesetzgebung – Einführung und Überblick

Stephan Wolf* / Isabelle Nuspliger**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	5
II.	Bisherige Rechtslage und Instrumente zur Beschränkung des Zweitwohnungsbaus	6
1.	Bundesebene	6
2.	Kantons- und Gemeindeebene	7
III.	Annahme der Zweitwohnungsinitiative	8
IV.	Zweitwohnungsverordnung	10
V.	Rechtsprechung des Bundesgerichts	11
1.	Vorbemerkung	11
2.	Direkte Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 BV	11
3.	Zeitlicher Anwendungsbereich des Baubewilligungsverbots	12
4.	Frage des Verbandsbeschwerderechts	13
VI.	Ausführungsgesetzgebung zur Zweitwohnungsinitiative	13

* Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern.

** Rechtsanwältin, MLaw, Assistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

VII. Übersicht über die Regelungen in anderen Ländern, insbesondere im österreichischen Bundesland Tirol	14
1. Im Allgemeinen	14
2. Bundesland Tirol.....	15
VIII. Schluss.....	16

Literaturverzeichnis

- DETTWILER EMANUEL, Der Entwurf des Zweitwohnungsgesetzes, SJZ 2014, S. 341 ff.
- FUITH AXEL, Tiroler Grundverkehrsgesetz, Kurzkomentar, Unter besonderer Berücksichtigung des Rechtes der Europäischen Union, 5. Aufl., Wien 2013
- GANZ GEORGE M., Zweitwohnungsinitiative: Verfassungsauftrag und Umsetzung, Jusletter 10. Dezember 2012
- GRIFFEL ALAIN, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – eine Zwischenbilanz, ZBl 2014, S. 59 ff.
- JURIUS, Zweitwohnung: Bundesrat uneinig über Umsetzungs-Verordnung, Jusletter 20. August 2012 (zit. JURIUS, Zweitwohnungsverordnung)
- JURIUS, Zweitwohnungen: Kantone in Schranken gewiesen, Jusletter 27. Mai 2013 (zit. JURIUS, Zweitwohnungen)
- MARTI ARNOLD, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 22. Mai 2013 (1C_649/2012, 1C_650/2012); BGE 139 II 271, URP 2013, S. 553 ff.
- MÖSCHING FABIAN, Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen, Diss. Bern 2014
- STALDER BEAT, 7. Kapitel: Raumplanungsrecht, in: MÜLLER MARKUS/FELLER RETO (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013
- PFAFFINGER MONIKA/ROSSÉ STÉPHANIE, Einführung, in: Norer Roland/Rütsche Bernhard (Hrsg.), Rechtliche Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative, Bern 2013, S. 1 ff.
- TILLMAN CHRISTOPHER, Bau- und Immobilienrecht, Anwaltsrevue 2013, S. 437 ff.
- WALDMANN BERNHARD, Das Bundesgericht hat gesprochen – erste Leiturtteile zur Zweitwohnungsinitiative, Baurecht 2013, S. 233 ff. (zit. WALDMANN, Bundesgericht)

WALDMANN BERNHARD, Die Zweitwohnungsverordnung, Jusletter 10. Dezember 2012 (zit. WALDMANN, Zweitwohnungsverordnung)

WALDMANN BERNHARD, Zweitwohnungen – vom Umgang mit einer sperrigen Verfassungsnorm, in: Stöckli Hubert (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2013, Freiburg 2012, S. 123 ff. (zit. WALDMANN, Verfassungsnorm)

Materialien

Botschaft zur eidgenössischen Volksinitiative „Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!“ vom 29. Oktober 2008, BBl 2008, S. 8757 ff. (zit. Botschaft Zweitwohnungsinitiative)

Botschaft zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen vom 19. Februar 2014, BBl 2014, S. 2287 ff. (zit. Botschaft Zweitwohnungsgesetz)

I. Einleitung

In der Schweiz gibt es heute rund 500'000 Zweitwohnungen¹. Diese liegen zum grossen Teil in den vom Tourismus geprägten Kantonen Graubünden, Wallis und Tessin sowie auch in den Kantonen Bern und Waadt². Nach einem jahrzehntelangen Bauboom in Tourismusregionen sind Ferienwohnungen und die damit einhergehenden negativen Begleiterscheinungen immer mehr in die Kritik geraten.

Beginnen möchten wir das heutige Symposium mit einer Einführung in die Thematik der sog. „Kalten Betten“, mithin der Zweitwohnungsproblematik in der Schweiz. Auch zwei Jahre nach Annahme der Volksinitiative „Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!“ ist die Diskussion rund um die Zweitwohnungen noch lange nicht abgeschlossen. Die Initiative und ihre Umsetzung werfen weiterhin – und bestimmt auch in Zukunft – viele öffentlich- und privatrechtliche Fragen auf. Diese Fragen möchten wir im Rahmen des heutigen Symposiums näher betrachten, das auch mit einem Blick über die Grenzen, nach Österreich, ins Bundesland Tirol.

Im Folgenden werden – im Rahmen des einführenden Überblicks – zunächst die *bisherige Rechtslage und die bisher bereits bestehenden Instrumente* zur Beschränkung des Zweitwohnungsbaus dargestellt³. Anschliessend finden sich Ausführungen zur *Zweitwohnungsinitiative* und zu den heute in Kraft stehenden Verfassungsbestimmungen⁴, der vom Bundesrat erlassenen *Zweitwohnungsverordnung*⁵ sowie der *bundesgerichtlichen Rechtsprechung* zu den Auswirkungen der Verfassungsänderung⁶, bis hin zum inzwischen vorliegenden *Entwurf des Zweitwohnungsgesetzes*⁷. Es folgen eine kurze Übersicht über die diesbezüglichen *Regelungen in anderen Ländern, insbesondere im österreichischen Bundesland Tirol*⁸ und der *Schluss*⁹.

¹ GS-UVEK, Faktenblatt zur Volksinitiative „Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!“, Zweitwohnungen in der Schweiz, S. 1, abrufbar unter <http://www.uvek.admin.ch/themen/02536/03449/03453/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 25. Juli 2014).

² Botschaft Zweitwohnungsinitiative, S. 8761.

³ II. sogleich.

⁴ III.

⁵ IV.

⁶ V.

⁷ VI.

⁸ VII.

⁹ VIII.

II. Bisherige Rechtslage und Instrumente zur Beschränkung des Zweitwohnungsbaus

1. Bundesebene

Der *Bund* verfügt im Bereich der Raumplanung gemäss Art. 75 Abs. 1 BV nur über die *Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung*. Der Erlass eines detaillierten *Planungsrechts* steht demgegenüber den *Kantonen* zu¹⁰. Auf *Bundesebene* bestanden lange Zeit keine besonderen Einschränkungen für den Bau und die Vermarktung von Zweitwohnungen¹¹. Mit dem Erlass des *Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland* (BewG; nachfolgend auch *Lex Koller*) wurde der Erwerb von Immobilien durch Ausländer beschränkt und einer Bewilligungspflicht unterstellt. In erster Linie wurde damit das Ziel verfolgt, die Überfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern (vgl. Art. 1 BewG)¹². So wurde insbesondere für den Erwerb von Ferienwohnungen durch Personen im Ausland eine Kontingentlösung eingeführt (vgl. Art. 11 BewG).

Am 1. Juli 2011 sind mit der *Revision des Raumplanungsgesetzes* – konkret von Art. 8 RPG – weitere Vorgaben des Bundesrechts hinsichtlich einer Beschränkung des Zweitwohnungsbaus in Kraft getreten¹³. Die entsprechende Neuregelung war ursprünglich als flankierende Massnahme zur vorerst geplanten, von den Eidgenössischen Räten alsdann jedoch verworfenen Aufhebung der *Lex Koller* gedacht¹⁴. Nach der Sistierung der Aufhebung der *Lex Koller* wurde die Änderung des RPG indessen zum *indirekten Gegenvorschlag* zur Zweitwohnungsinitiative umgewandelt¹⁵. Bundesrat und Eidgenössische Räte waren der Ansicht, dass eine stärkere raumplanerische Steuerung des Zweitwohnungsbaus nötig sei¹⁶. Mit einer Lösung über die kantonale Richtplanung sollte sichergestellt werden, dass den spezifischen Gegebenheiten

¹⁰ STALDER, Rz. 6.

¹¹ GANZ, Rz. 14.

¹² So zum Ganzen ebenfalls GANZ, Rz. 15.

¹³ Dazu und zum Folgenden auch GANZ, Rz. 16.

¹⁴ Der Bundesrat hat am 13. November 2013 eine Zusatzbotschaft betreffend den Verzicht auf die Aufhebung der *Lex Koller* verabschiedet; vgl. BBl 2013, S. 9069 ff. Am 7. Mai 2014 hat der Nationalrat der Abschreibung der Vorlage zur Aufhebung der *Lex Koller* zugestimmt. Derweil wurden vom Ständerat zwei Motionen von SP-Nationalrätin Badran Jacqueline, mit welchen die *Lex Koller* punktuell verschärft werden sollten, abgelehnt; dazu HÄFLIGER MARKUS, *Lex Koller* bleibt, wie sie ist – zumindest vorerst – Der Ständerat lehnt zwei Verschärfungs-Motionen ab, NZZ Nr. 126 vom 3. Juni 2014, S. 13.

¹⁵ WALDMANN, *Verfassungsnorm*, S. 124.

¹⁶ GANZ, Rz. 16.

ten der einzelnen Kantone Rechnung getragen und die zu ergreifenden Massnahmen auf diesem Weg mit den Zielen der Kantone für die Siedlungs-, Wirtschafts- und Lenkungsentwicklung optimal abgestimmt werden können¹⁷. So wurden in Art. 8 RPG bzw. nunmehr auch Art. 8a RPG¹⁸ die *Mindestinhalte der kantonalen Richtpläne* festgelegt. Im Rahmen der Zweitwohnungsthematik von Bedeutung sind namentlich Art. 8a Abs. 2 und 3 RPG. Gemäss Art. 8a Abs. 2 RPG bezeichnen die Richtpläne die *Gebiete, in denen besondere Massnahmen ergriffen werden müssen, um ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Erst- und Zweitwohnungen sicherzustellen*. Die zu ergreifenden *Massnahmen* bezwecken gemäss Art. 8a Abs. 3 RPG insbesondere eine Beschränkung der Zahl neuer Zweitwohnungen (lit. a), die Förderung von Hotellerie und preisgünstigen Erstwohnungen (lit. b) sowie eine bessere Auslastung der Zweitwohnungen (lit. c). Gemäss der *Übergangsbestimmung* zur Änderung vom 17. Dezember 2010 (Art. 38 RPG) haben die Kantone innerhalb einer Frist von drei Jahren nach Inkrafttreten (1. Juli 2011) ihre Richtpläne anzupassen und dafür zu sorgen, dass die betroffenen Gemeinden innerhalb der gleichen Frist geeignete Massnahmen treffen, insbesondere die Festlegung jährlicher Kontingente, die Festlegung von Erstwohnanteilen, die Ausscheidung spezieller Nutzungszonen oder die Erhebung von Lenkungsabgaben (Art. 38 Abs. 1 RPG). Nach Ablauf dieser Frist – mithin ab dem 1. Juli 2014 – dürfen so lange keine Zweitwohnungen bewilligt werden, bis die Kantone und Gemeinden die nötigen Vorkehrungen getroffen haben (Art. 38 Abs. 2 RPG).

2. Kantons- und Gemeindeebene

Aufgrund der Gemeindeautonomie beschränken sich die *kantonalen Vorschriften* zum Zweitwohnungsbau auf den kantonalen bzw. regionalen *Richtplan* und auf *Handlungsverpflichtungen mit allfälliger Ersatzvornahme* im Falle der Unterlassung¹⁹.

Die *Gemeinden* sehen im Rahmen ihrer kommunalen *Nutzungsplanung* eine Vielzahl von raumplanerischen Instrumenten zur Beschränkung des Zweitwohnungsbaus vor. Dazu gehören beispielsweise Kontingentierungen (Festsetzung einer Maximalzahl von Bewilligungen oder einer maximalen Bruttogeschossfläche für Zweitwohnungen), eine aktive Wohnungspolitik, Belegung der Bauzonen mit einem Prozentsatz für Ortsansässige (Wohnanteilplan), Lenkungsabgaben oder Zweitwohnungssteuern sowie die Schaffung

¹⁷ Botschaft Zweitwohnungsinitiative, S. 8763.

¹⁸ Die Neuregelung ist in Art. 8a RPG erfolgt anlässlich der Änderung des Raumplanungsgesetzes vom 15. Juni 2012, in Kraft seit 1. Mai 2014.

¹⁹ GANZ, Rz. 22.

von Sonderzonen wie Hotelzonen oder Zonen touristisch bewirtschafteter Zweitwohnungen²⁰.

III. Annahme der Zweitwohnungsinitiative

Die bestehenden Massnahmen auf Gemeindeebene sowie die Revision des Raumplanungsgesetzes im Jahre 2011²¹ vermochten nach Ansicht der Initianten die negativen Auswirkungen des Zweitwohnungsbaus nicht ausreichend einzudämmen, weshalb sie an ihrer Initiative festhielten²². Am 11. März 2012 haben denn in der Folge auch Volk und Stände der Schweiz die *Eidgenössische Volksinitiative „Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!“*²³ mit 50,6% Ja-Stimmen und 13,5 Ständen *angenommen*²⁴. Damit wurde die Bundesverfassung um eine neue *Bestimmung zum Zweitwohnungsbau* ergänzt (Art. 75b BV)²⁵. Die Verfassungsnorm beschränkt den Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 Prozent (Art. 75b Abs. 1 BV). Die Gemeinden sind verpflichtet, einen Erstwohnungsanteilplan und den detaillierten Stand seines Vollzugs alljährlich zu veröffentlichen (Art. 75b Abs. 2 BV). Im Weiteren erklären die zugehörigen *Übergangsbestimmungen* Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar 2013 und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen zu Art. 75b BV erteilt werden, als nichtig (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV). Für den Erlass der erforderlichen Ausführungsgesetzgebung wurde eine Frist von zwei Jahren vorgesehen (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV), welche im März 2014 abgelaufen ist²⁶.

Auch nach dem Inkrafttreten von Art. 75b BV liegt indessen weiterhin *keine ausschliessliche Bundeskompetenz* auf dem Gebiet des Zweitwohnungsbaus vor²⁷. Vielmehr bleibt nach der Annahme der Zweitwohnungsinitiative und

²⁰ Zum ganzen Abschnitt GANZ, Rz. 24 f.; siehe auch PFAFFINGER/ROSSÉ, S. 6 ff.

²¹ Dazu II. soeben.

²² Vgl. PFAFFINGER/ROSSÉ, S. 2.

²³ Die Stiftung Helvetia Nostra hatte unter dem Motto „Rettet den Schweizer Boden“ ursprünglich gleichzeitig zwei Initiativen – sog. Tandem-Initiativen – eingereicht; dazu Botschaft Zweitwohnungsinitiative, S. 8763. Die Initiative „Gegen masslosen Bau umwelt- und landschaftsbelastender Anlagen“ wurde aber im Oktober 2009 zugunsten der Landschaftsinitiative zurückgezogen, welche ihrerseits zugunsten des indirekten Gegenvorschlags des Bundesrates zur Teilrevision des Raumplanungsgesetzes zurückgezogen worden ist.

²⁴ AS 2012 3627; BBl 2012 6623, 6625.

²⁵ AS 2012 3627.

²⁶ Ausführlich zu Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV MÖSCHING, S. 60 ff.

²⁷ GANZ, Rz. 24.

nach Erlass der darauf beruhenden Umsetzungsvorschriften für die Kantone und die Gemeinden nach wie vor Raum für Regelungen in Bezug auf Zweitwohnungen; weitere beschränkende Massnahmen sind grundsätzlich möglich, und der Vollzug der Initiative ist den Kantonen und Gemeinden überlassen, womit insgesamt ein erheblicher Ermessensspielraum verbleibt²⁸. Für das Steuerrecht hat das Bundesgericht²⁹ kürzlich das Urteil des Verwaltungsgerichtes Graubünden³⁰ bestätigt, wonach eine *Restregelungskompetenz der Kantone und Gemeinden* weiterhin gegeben ist³¹. So wurde insbesondere die von der Gemeinde Silvaplana im Jahre 2010 eingeführte Lenkungssteuer auf all denjenigen Zweitwohnungen, welche nicht touristisch bewirtschaftet werden, als zulässiges, grundsätzlich geeignetes und taugliches Mittel erachtet, um eine Ausweitung des Vermietungsangebotes herbeizuführen und auf diese Weise die Auslastung der Zweitwohnungen zu verbessern³². Die Gemeinde Silvaplana ist denn auch nicht die erste Gemeinde, welche eine Zweitwohnungssteuer eingeführt hat. Vielmehr bestehen in mehreren Walliser Gemeinden³³ bereits entsprechende Regelungen³⁴. Im Kanton Bern werden gegenwärtig ebenfalls die Grundlagen dafür geschaffen, dass die Gemeinden jährliche Lenkungssteuern erheben können³⁵.

Im Anschluss an die Annahme der neuen Verfassungsbestimmung haben sich *zahlreiche Fragen aus unterschiedlichen Rechtsgebieten und auch aus dem Übergangsrecht* gestellt. Die Ungewissheiten rund um die Initiative haben für Unsicherheit und Hektik auf dem Bauplatz gesorgt; der drohende Baustopp führte denn auch in vielen Gemeinden zu einer Flut von Baugesuchen³⁶. Insbesondere stellte sich für Bauherren und Gemeinden, welche im Zeitraum ab dem 11. März 2012 Baubewilligungsgesuche eingereicht oder zu behandeln

²⁸ Zum Ganzen MÖSCHING, S. 171.

²⁹ Vgl. die Urteile BGer 2C_1076/2012 und 2C_1088/2012 vom 27. März 2014.

³⁰ Urteil des Verwaltungsgerichtes Graubünden (4. Kammer) vom 3. Juli/28. September 2012, E. 4b.

³¹ Urteile BGer 2C_1076/2012 und 2C_1088/2012 vom 27. März 2014, E. 7.2.

³² Urteile BGer 2C_1076/2012 und 2C_1088/2012 vom 27. März 2014, E. 6.2 und 9.4.

³³ So beispielsweise in den Gemeinden Champéry, Val d’Anniviers und Val-d’Illiez.

³⁴ Siehe zum Ganzen FONTANA KATHARINA, Neue Geldquelle für Tourismusorte, NZZ Nr. 105 vom 8. Mai 2014, S. 13.

³⁵ Vgl. die vom Grossen Rat vor einem Jahr überwiesene Motion 081-2013 (Geschäfts-Nr. 2013.0359) von von Allmen Emil mit dem Titel „Jährliche Lenkungsabgaben auf Zweitwohnungen ermöglichen“. Gemäss den Angaben des AGR soll die Motion im Rahmen der laufenden Baugesetzrevision und mit einer Anpassung des Steuergesetzes umgesetzt werden. Bevor die erste Berner Gemeinde eine Lenkungsabgabe einführen könne, seien aber noch manche Schwierigkeiten zu bewältigen; vgl. zum Ganzen AEBISCHER CHRISTOPH, Bundesgericht verärgert Zweitwohnungsbesitzer, Thuner Tagblatt vom 8. Mai 2014, S. 11.

³⁶ JURIS, Zweitwohnungsverordnung, Rz. 3.

hatten, die zentrale Frage, ob und gegebenenfalls bis wann Zweitwohnungen noch bewilligt und gebaut werden dürfen³⁷. Denn vor allem der zeitliche Geltungsbereich des vorsorglichen Baubewilligungsstopps wurde wegen der unklaren Bedeutung von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV von Anfang an kontrovers diskutiert³⁸.

IV. Zweitwohnungsverordnung

Um Rechtssicherheit zu schaffen, beschloss in der Folge der Bundesrat, die dringenden Fragen auf Verordnungsstufe zu regeln³⁹. Die *Verordnung über Zweitwohnungen* vom 22. August 2012 (Zweitwohnungsverordnung; ZWV) trat am 1. Januar 2013 in Kraft. Sie soll vor allem der vorläufigen Klärung des Anwendungsbereichs von Art. 75b BV dienen, und sie gilt bis zum Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung zu Art. 75b BV⁴⁰.

Die Zweitwohnungsverordnung⁴¹ gilt für *Gemeinden*, in denen der *Anteil von Zweitwohnungen* am gesamten Bestand der Wohnungen *mehr als 20 Prozent* beträgt (Art. 1 Abs. 1 ZWV). Im Anhang der Verordnung findet sich eine *Auflistung* derjenigen Gemeinden, für welche die widerlegbare Vermutung besteht, dass der Anteil von Zweitwohnungen mehr als 20 Prozent beträgt (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZWV). Weiter wird der *Zweitwohnungsbegriff* festgesetzt (Art. 2 ZWV), und es werden der Umgang und die Möglichkeiten der Umnutzung für *bereits bestehende oder bereits rechtskräftig bewilligte Wohnungen und Hotelbetriebe* umschrieben (Art. 3 ZWV). *Bewilligungen für den Bau neuer Wohnungen* dürfen nur dann erteilt werden, wenn diese als Erstwohnungen oder als qualifiziert touristisch bewirtschaftete Wohnungen genutzt werden (Art. 4 ZWV). Die Baubewilligungsbehörde legt bei der Erteilung der Baubewilligung die Pflicht zur Nutzung der neu zu erstellenden Wohnungen fest, wobei diese Nutzung im Grundbuch mit der Anmerkung „Erstwohnung“ oder „qualifiziert touristisch bewirtschaftete Wohnung“ anzumerken ist (Art. 6 ZWV).

³⁷ TILLMAN, S. 438.

³⁸ WALDMANN, Zweitwohnungsverordnung, Rz. 20. Siehe dazu auch V.3. hienach, mit Darstellung der inzwischen vorhandenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung.
³⁹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. August 2012, Bundesrat verabschiedet Zweitwohnungsverordnung, abrufbar unter <http://www.uvek.admin.ch/dokumentation/00474/00492/index.html?lang=de&msg-id=45587> (zuletzt besucht am 25. Juli 2014).

⁴⁰ Botschaft Zweitwohnungsgesetz, S. 2290.

⁴¹ Für eine ausführliche Darstellung der Zweitwohnungsverordnung vgl. MÖSCHING, S. 188 ff.

V. Rechtsprechung des Bundesgerichts

1. Vorbemerkung

Nach der eidgenössischen Abstimmung gingen vor allem in den Kantonen Wallis, Waadt und Graubünden zahlreiche Gesuche zum Bau von Zweitwohnungen ein⁴². Weil in den meisten Fällen Einsprachen und wo erforderlich Beschwerden erhoben wurden⁴³, erhielt das Bundesgericht am 22. Mai 2013 Gelegenheit, sich erstmals mit den Auswirkungen der Verfassungsänderung zu befassen. Das höchste Gericht gelangte in *drei Grundsatzurteilen*⁴⁴ zu den nachfolgend⁴⁵ zusammengefasst dargestellten Ergebnissen⁴⁶.

2. Direkte Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 BV⁴⁷

Aufgrund einer eingehenden Auslegung erkannte das Bundesgericht, dass Art. 75 Abs. 1 BV in seinem „harten Kern“⁴⁸ genügend bestimmt sei, um seit dem Inkrafttreten am 11. März 2012 ohne ausführende Gesetzgebung mit Wirkungen auch für Private unmittelbare Anwendung zu finden⁴⁹. Soweit aber Ausführungsrecht unabdingbar sei, um den Anwendungsbereich und die Rechtswirkungen der Verfassungsnorm definitiv und exakt bestimmen zu können, beschränke sich die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 i.V.m. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV auf ein vorsorgliches Baubewilligungsver-

⁴² JURIOUS, Zweitwohnungen, Rz. 2.

⁴³ Die Einsprachen und Beschwerden wurden von Helvetia Nostra erhoben, wobei die Organisation vor den kantonalen Verwaltungsgerichten allerdings jeweils erfolglos blieb; dazu JURIOUS, Zweitwohnungen, Rz. 2 f.

⁴⁴ Vgl. BGE 139 II 243 ff. (Breil/Brigels); BGE 139 II 263 ff. (Davos); BGE 139 II 271 ff. (Savognin und Disentis/Mustér).

⁴⁵ V.2.–4.

⁴⁶ Siehe zum Ganzen auch JURIOUS, Zweitwohnungen, Rz. 1 ff.; TILLMAN, S. 437 ff.; WALDMANN, Bundesgericht, S. 233 ff.; GRIFFEL, S. 61 ff.

⁴⁷ BGE 139 II 243 E. 9 f. S. 249 ff. Dem Urteil zustimmend GRIFFEL, S. 62, sowie DETTWILER, S. 341 f.; kritisch dagegen WALDMANN, Bundesgericht, S. 234 f., und ausführlich MÖSCHING, S. 65 ff.

⁴⁸ Der „harte Kern“ bezieht sich auf diejenigen Wohnnutzungen, die unzweifelhaft unter den Zweitwohnungsbegriff fallen und in einer Gemeinde mit eindeutig überschüssendem Zweitwohnungsanteil beabsichtigt sind. Gemeint sind damit die sog. „kalten Betten“; vgl. BGE 139 II 243 E. 10.5 S. 256.

⁴⁹ Nach eingehender Auslegung kommt demgegenüber MÖSCHING, S. 65 ff., insbesondere S. 97, zutreffenderweise zum Schluss, dass Art. 75b Abs. 1 BV nicht unmittelbar angewendet werden kann; namentlich verhindere die fehlende Umschreibung des Begriffs der „Zweitwohnung“, dass die betroffenen Personen ihr Verhalten nach der Verfassungsnorm ausrichten und die Folgen ihres Verhaltens hinreichend vorhersehen können.

bot für Zweitwohnungen in den betroffenen Gemeinden bis zum Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen. Dieses vorsorgliche Verbot komme im Ergebnis einer Planungszone gleich⁵⁰.

3. Zeitlicher Anwendungsbereich des Baubewilligungsverbots⁵¹

Vor Bundesgericht war sodann namentlich auch streitig, was mit *Baubewilligungen für Zweitwohnungen* geschehen soll, die *nach Inkrafttreten* von Art. 75b BV am 11. März 2012, aber vor dem 31. Dezember 2012, erteilt worden sind⁵². In der Lehre wurden diesbezüglich ganz unterschiedliche Auffassungen vertreten⁵³. Nach Darstellung der allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsätze und Vornahme einer Auslegung anhand der Materialien sowie nach dem Sinn und Zweck der Initiative zog das Bundesgericht folgende Schlüsse:

- Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV, welcher für die Erteilung von Baubewilligungen für Zweitwohnungen ab dem 1. Januar 2013 die *Nichtigkeit* vorsehe, könne als Verschärfung der Rechtsfolge – Nichtigkeit statt blosser Anfechtbarkeit – für die Zeit vom 1. Januar 2013 bis zum Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen verstanden werden⁵⁴.
- Damit seien Baubewilligungen, die nach dem 11. März 2012 und vor dem 1. Januar 2013 erteilt wurden, *anfechtbar*. Unterbleibe eine Anfechtung, würden die Baubewilligungen in Rechtskraft erwachsen und könnten – vorbehaltlich ihres Widerrufs – ausgenützt werden⁵⁵.
- Demgegenüber würden Baubewilligungen, die vor dem 11. März 2012 erstinstanzlich ausgestellt wurden, nicht unter die neuen Verfassungsbestimmungen fallen und behielten ihre *Gültigkeit*, unabhängig vom Zeitpunkt, in welchem sie rechtskräftig geworden seien⁵⁶.

⁵⁰ Zum Ganzen BGE 139 II 243 E. 10.5 S. 257.

⁵¹ BGE 139 II 243 E. 11 S. 259 ff.

⁵² BGE 139 II 243 E. 11.3 S. 260.

⁵³ Siehe die Zusammenstellung der verschiedenen Lehrmeinungen in BGE 139 II 243 E. 7 S. 246 ff.

⁵⁴ BGE 139 II 243 E. 11.6 S. 262.

⁵⁵ Zum Ganzen BGE 139 II 243 E. 11.6 S. 263.

⁵⁶ BGE 139 II 243 E. 11.6 S. 263.

4. Frage des Verbandsbeschwerderechts

Schliesslich wurde das *Verbandsbeschwerderecht* für die Umweltschutzorganisation „Helvetia Nostra“, einem Tochterverein der „Fondation Franz Weber“, im Zusammenhang mit den Auswirkungen der Verfassungsänderung *bejaht*, und zwar gestützt auf Art. 12 NHG⁵⁷.

VI. Ausführungsgesetzgebung zur Zweitwohnungsinitiative

Am 19. Februar 2014 hat der Bundesrat – nach umfangreichen Vorarbeiten und einer Vernehmlassung zum Vorentwurf – die *Botschaft* zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen veröffentlicht. Im Grundsatz wird mit dem Entwurf zum Zweitwohnungsgesetz der Weg weiter beschritten, der mit der ZWV und dem Vernehmlassungsentwurf eingeschlagen worden ist⁵⁸. Bereits vor der Annahme der Initiative bestandene oder rechtskräftig bewilligte sog. *altrechtliche* Wohnungen dürfen frei umgenutzt werden (Art. 12 Abs. 1 E-ZWG). Erweiterungen sind demgegenüber nur dann zulässig, wenn die Wohnungen als Erstwohnung oder als touristisch bewirtschaftete Wohnung deklariert werden; die Nutzungsbeschränkung ist im Grundbuch anzumerken (Art. 12 Abs. 3 E-ZWG). Der Bau neuer Zweitwohnungen bleibt fallweise zulässig. So dürfen unter strengen Voraussetzungen in geschützten Baudenkmalern sowie in ortsbild- und landschaftsprägenden Bauten neue Zweitwohnungen mit „kalten Betten“ erstellt werden (Art. 10 E-ZWG). Wie die geltende ZWV sieht auch der Gesetzesentwurf vor, dass Hotelbetriebe komplett in Zweitwohnungen umgewandelt werden können, wenn sie bereits seit 25 Jahren bestehen und nicht mehr wirtschaftlich weitergeführt werden können (Art. 9 Abs. 2 E-ZWG). Festgelegt werden sodann die Voraussetzungen für die Zulassung als sog. *touristisch bewirtschaftete* Wohnung (Art. 7 Abs. 2 E-ZWG). Über die geltende ZWV hinaus sollen auch Wohnungen zulässig sein, welche auf einer kommerziell bewirtschafteten Vertriebsplattform angeboten werden (Art. 7 Abs. 2 lit. c E-ZWG)⁵⁹ ⁶⁰. Weil Art. 8 bzw. 8a Abs. 2 und 3 RPG mit der Annahme von Art. 75b BV anpassungsbedürftig geworden

⁵⁷ BGE 139 II 271 E. 11 S. 276 ff. Zustimmung: GRIFFEL, S. 67 f.; MARTI, S. 555 ff.; kritisch dagegen WALDMANN, Bundesgericht, S. 238 f.

⁵⁸ In diesem Sinne auch DETTWILER, S. 342.

⁵⁹ Zum Ganzen Medienmitteilung des Bundesrates vom 19. Februar 2014, Bundesrat verabschiedet Botschaft zur Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative, abrufbar unter <http://www.are.admin.ch/dokumentation/00121/00224/index.html?lang=de&msg-id=52057> (zuletzt besucht am 25. Juli 2014).

⁶⁰ Einen Überblick über den Entwurf zum ZWG mit kritischer Würdigung und Änderungsvorschlägen vermittelt DETTWILER, S. 341 ff.

sind, werden sie aufgehoben und teilweise ins Zweitwohnungsgesetz überführt⁶¹.

Die Eidgenössischen Räte werden das Zweitwohnungsgesetz voraussichtlich noch in diesem Jahr beschliessen⁶² oder jedenfalls beraten. Die Behandlung der Vorlage im Ständerat als Erstrat war ursprünglich für die Junisession 2014 vorgesehen gewesen. Angesichts der zahlreichen noch offenen Fragen wurde das Geschäft auf die Herbstsession 2014 verschoben⁶³. Dann wird das schwierige Unterfangen an die Hand genommen, die Interessen der Bergkantonen und der Tourismusbranche mit den Anliegen der Initianten unter einen Hut zu bringen. Namentlich auch mit Blick auf die bestehende Möglichkeit des Ergreifens eines Referendums ist das Datum des Inkrafttretens des Gesetzes derzeit nicht absehbar. Gemäss Angaben des ARE dürften bis zum Inkrafttreten noch mindestens anderthalb bis zwei Jahre vergehen⁶⁴. Am vorliegenden Symposium war von einem Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung gar erst etwa im Jahre 2018 die Rede.

VII. Übersicht über die Regelungen in anderen Ländern, insbesondere im österreichischen Bundesland Tirol

1. Im Allgemeinen

Im Gegensatz zur Schweiz kennen die Nachbarländer Österreich, Deutschland, Frankreich und Italien *keine zentralstaatlichen raumplanerischen Regelungen* zur Lenkung des Zweitwohnungsbaus. Diesbezügliche Normierungen finden sich auf untergeordneter Ebene, sei das in den entsprechenden Bundesländern wie in Österreich oder in den betroffenen Gemeinden wie in Deutschland und Italien. Die *Lösungsansätze* zur Zweitwohnungsproblematik sind auch *sehr unterschiedlich*. Während in Deutschland eine Zweitwohnungssteuer erhoben wird, versucht man in Österreich mit raumplanerischen Mitteln den Zweitwohnungsbaubau einzudämmen. Frankreich sieht dagegen ganz ab von Massnahmen gegen den Bau von Zweitwohnungen, versucht aber über

⁶¹ Botschaft Zweitwohnungsgesetz, S. 2316.

⁶² Vgl. auch ASCHWANDEN MARIUS, Kanton genehmigt vorerst 33 Bauprojekte, Thuner Tagblatt vom 10. April 2014, S. 8.

⁶³ Siehe AEBISCHER CHRISTOPH, Die Bauprofile vermodern und die Investoren warten ab, Thuner Tagblatt vom 17. Juni 2014, S. 13.

⁶⁴ AEBISCHER (Fn. 63), S. 12 f.

ein Anreizsystem zu verhindern, dass Zweitwohnungen über Monate leer stehen⁶⁵.

2. Bundesland Tirol

Wie erwähnt⁶⁶, existiert in Österreich kein nationales Raumplanungsgesetz und die Raumplanung ist Sache der Bundesländer. Das Bundesland Tirol kennt sog. *Freizeitwohnsitze*. Darunter fallen Zweitwohnungen, die zu Ferien- und Freizeitwecken genutzt werden⁶⁷. Diese Freizeitwohnsitze dürfen gemäss § 13 Abs. 2 TROG nur in entsprechend bezeichneten Zonen im Flächenwidmungsplan – dieser ist vergleichbar mit unserem kommunalen Nutzungsplan – geschaffen werden⁶⁸. Dabei darf der Anteil Freizeitwohnsitze am Gesamtwohnungsbestand acht Prozent nicht übersteigen⁶⁹. In persönlich begründeten Fällen – wie z.B. für die Erben eines verstorbenen Wohnungseigentümers – besteht die Möglichkeit der Gewährung einer Ausnahmebewilligung durch die zuständige Gemeinde⁷⁰. Die Gemeinden führen ein Freizeitwohnsitzverzeichnis als Grundlage für den Vollzug, wobei die Eigentümer eines Freizeitwohnsitzes meldepflichtig sind⁷¹. Ein Verstoss gegen diese Meldepflicht stellt eine Verwaltungsübertretung dar, welche eine Strafe von bis zu 40'000 Euro zur Folge haben kann⁷². Allerdings ist der Vollzug dieser

⁶⁵ Zum Ganzen Botschaft Zweitwohnungsgesetz, S. 2294.

⁶⁶ VII.1. soeben.

⁶⁷ Vgl. ausführlich zur Definition der Freizeitwohnsitze FUIH, S. 12 ff.

⁶⁸ § 13 Abs. 2 TROG lautet: „[...] Darüber hinaus dürfen neue Freizeitwohnsitze im Wohngebiet, in Mischgebieten und auf Sonderflächen für Gastgewerbebetriebe zur Beherbergung von Gästen geschaffen werden, wenn dies für einen bestimmten Bereich durch eine entsprechende Festlegung im Flächenwidmungsplan für zulässig erklärt worden ist. Hierbei ist die dort höchstzulässige Anzahl an Freizeitwohnsitzen festzulegen.“

⁶⁹ Vgl. § 13 Abs. 3 TROG: „[...] Die Schaffung neuer Freizeitwohnsitze darf nicht mehr für zulässig erklärt werden, wenn der Anteil der aus dem Verzeichnis der Freizeitwohnsitze nach § 14 Abs. 1 sich ergebenden Freizeitwohnsitze an der Gesamtzahl der Wohnungen entsprechend dem endgültigen Ergebnis der jeweils letzten Häuser- und Wohnungszählung 8 v. H. übersteigt. Dabei bleiben Freizeitwohnsitze, für die eine Ausnahmebewilligung im Sinn des Abs. 5 erster Satz vorliegt, ausser Betracht.“

⁷⁰ Vgl. zu den Voraussetzungen der Ausnahmebewilligungen § 13 Abs. 5 TROG.

⁷¹ Siehe § 14 TROG für den Inhalt des Freizeitwohnsitzverzeichnisses.

⁷² Vgl. § 13 Abs. 10 TROG: „Verwaltungsübertretungen nach den Abs. 8 und 9 sind von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe bis zu 40.000,- Euro zu bestrafen.“

Regelungen für die Verwaltungsbehörden mit praktischen Schwierigkeiten verbunden⁷³.

VIII. Schluss

Die Zweitwohnungsinitiative zeitigt im Moment vor allem *wirtschaftliche Auswirkungen* in den betroffenen Kantonen. Das gilt beispielsweise für den Kanton Wallis: Gemäss einer Studie wurden 3900 Baubewilligungen aufgrund von Rekursen der Umweltorganisation Helvetia Nostra für nichtig erklärt, womit Investitionen in der Höhe von 1,5 Milliarden Franken verhindert worden sind⁷⁴.

Art. 75b Abs. 1 BV lässt gemäss dem Bundesgericht für die Bewilligung neuer, privat genutzter Zweitwohnungen („kalte Betten“) kaum Spielraum⁷⁵. Das *Interesse von Ausländern* an Ferienwohnungen in der Schweiz *sank* seit der Annahme der Zweitwohnungsinitiative *auf einen historischen Tiefstand*; die bestehenden Kontingente werden gar nicht mehr ausgeschöpft⁷⁶. Infolge der immer noch vorherrschenden *Rechtsunsicherheit* wird dringend ein klärendes Ausführungsgesetz erwartet, welches die streitigen Fragen regelt. Das zeigt illustrativ etwa ein Beispiel aus dem Berner Oberland⁷⁷: Von insgesamt 114 wegen der Zweitwohnungsinitiative blockierten Bauprojekten wurden vorerst 33 bewilligt. Der grösste Teil wurde zurückgewiesen; davon betroffen sind auch zwei geplante Hotelneubauten (Hotel Terminus in Zweisimmen und Hotel La Gare in Saanen). Der Grund dafür liegt bei den meisten Bauprojekten in der nicht angegebenen Art der Wohnnutzung und damit der fehlenden Entscheidungsreife. Gerade die rechtlichen Ungewissheiten und Unklarheiten

förderten aber bei vielen Bauprojekten eine offene Herangehensweise und eine noch nicht abschliessend definierte Nutzung⁷⁸.

⁷³ Zum ganzen Abschnitt Botschaft Zweitwohnungsgesetz, S. 2294 f. Weiter ausführlich zur Thematik der Freizeitwohnsitze und deren Beschränkungen FUITH, S. 12 ff., 115 ff.

Vgl. als Beispiel für die Vollzugsprobleme in Tirol NINDLER PETER, Illegale Freizeitwohnsitze boomen, Behörden machtlos, Tiroler Tageszeitung vom 15. Juli 2014, abrufbar unter <http://www.tt.com/politik/landespolitik/8647037-91/illegale-freizeitwohnsitze-boomen-behoerden-machtlos.csp> (zuletzt besucht am 28. Juli 2014).

⁷⁴ SDA, Walliser wollen längere Leine, NZZ Nr. 89 vom 16. April 2014, S. 12, mit Hinweis auf eine Studie der Grossbank Credit Suisse.

⁷⁵ Vgl. BGE 139 III 243 E. 10.5 S. 256 f. zum „harten Kern“ der Verfassungsbestimmung.

⁷⁶ HÄUPTLI LUKAS, Warum die Nachfrage sinkt, NZZ am Sonntag vom 23. März 2014, S. 12.

⁷⁷ Zum Folgenden ASCHWANDEN (Fn. 62), S. 8.

⁷⁸ So die Erläuterung von Burri Markus, Projektleiter des Hotel Terminus, angesprochen auf das Schweigen der Investoren über die geplante Nutzung, bei ASCHWANDEN (Fn. 62), S. 8.