



## LEITARTIKEL

### Lex Candinas: Aktuelle Fragen aus der Zweitwohnungsgesetzgebung

von MLaw Flavio Decurtins

Am 1. Oktober 2024 trat eine Revision von Art. 11 des eidgenössischen Zweitwohnungsgesetzes (ZWG) in Kraft. Art. 11 ZWG ordnet die Zulässigkeit von baulichen und nutzungsmässigen Änderungen von Wohnungen, die vor der Annahme der Zweitwohnungsinitiative durch das Volk im Jahre 2012 bereits bestanden haben (sog. altrechtliche Wohnungen). Solche Wohnungen sind in der Art der Nutzung frei, können also sowohl als Erst- als auch als Zweitwohnungen weitergenutzt werden.

Die Revision von Art. 11 ZWG geht auf eine parlamentarische Initiative von Nationalrat Martin Candinas zurück und wird deshalb auch als «Lex Candinas» bezeichnet. Die wesentlichen Revisionspunkte lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Altrechtliche Wohnungen dürfen neu auch dann um

bis zu 30 % der vorbestehenden Hauptnutzfläche (HNF) erweitert werden, wenn sie abgebrochen und neu aufgebaut werden (bisher war eine Wohnungserweiterung um bis zu 30 % nur zulässig bei Erneuerungen oder Umbauten, nicht aber bei einem Abbruch und Wiederaufbau);

- Altrechtliche Wohnungen dürfen neu auch dann in mehrere (frei nutzbare) Wohnungen aufgeteilt werden (sog. Splitting), wenn sie um bis zu 30 % erweitert werden (bisher war ein Splitting einer altrechtlichen Wohnung nur möglich, wenn keine Erweiterung erfolgte oder wenn die neu entstandene Wohnung mit einer Nutzungsbeschränkung belegt wurde);
- Zusätzliche (frei nutzbare) Wohnungen, die im Rahmen eines Umbaus, einer Erweiterung oder eines Abbruchs

## NEWSLETTER 3/2024

### LEITARTIKEL

Lex Candinas: Aktuelle Fragen aus der Zweitwohnungsgesetzgebung

1

Gefahr der Vorbefassung der Baubehörde im Baubewilligungsverfahren nach einer vorläufigen Beurteilung gemäss Art. 41 KRVO

4

Der Umgang mit Nebenbestimmungen im Baubewilligungsverfahren

5

Legitimationsbegründendes Konkurrenzverhältnis im Baubewilligungsverfahren

6

### KANZLEINEWS

6

und Neuaufbaus durch Aufteilung bzw. Splitting einer altrechtlichen Wohnung geschaffen werden, dürfen auch in einem neuen, zusätzlichen Gebäude untergebracht werden (bis anhin musste eine so geschaffene neue Wohnung mehr oder weniger an Ort und Stelle, zumindest aber im selben Gebäude entstehen).

In diesen Punkten hat die Revision zweifellos die von der Initiative Candinas anvisierte Klarheit gebracht. Zu zwei daraus resultierenden Fragen, welche in der Praxis aktuell werden dürften, schweigt sich der Gesetzgeber aber aus. Diese beiden Fragen sollen im Folgenden beleuchtet werden.

### **1) Wo muss das zusätzliche Gebäude im vorerwähnten Sinne zu stehen kommen?**

Zu dieser Frage schweigt sich das revidierte ZWG aus. Aufgrund der Botschaft vom 19. Februar 2014 zum ZWG (BBl 2014, S. 2310) sowie gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (u.a. BGE 1C\_478/2019 E. 5.2.3) gilt die Regel, dass eine Standortverschiebung beim Wiederaufbau grundsätzlich möglich ist, wobei die Verschiebung «geringfügig» ausfallen müsse. Was unter «geringfügig» zu verstehen ist, wurde bislang noch nirgends in Metern quantifiziert oder sonst wie umschrie-

ben. Im Rahmen der Beratungen zur «Lex Candinas» wurde von einigen Votanten gefordert, dass dem Grundeigentümer die Möglichkeit eingeräumt werden solle, die Lage des Ersatzbaus «auf seinem Grundstück» frei zu wählen, dies im Interesse des verdichteten Bauens (siehe die Voten von Nationalrat Paganini und Nationalrätin Vincenz-Stauffer im Amtlichen Bulletin 2023 N 1940 ff. sowie die Voten der Ständeräte Schmid und Rieder im Amtlichen Bulletin 2023 S. 97 ff.). Man sah dann aber von einer Aufnahme einer solchen Regelung in die ZWG-Revisionsvorlage ab mit dem sinn gemässen Hinweis, dass dies in der Wendung «geringfügige Standortverschiebung» inkludiert sei.

Aus den vorstehenden Ausführungen zu den Gesetzesmaterialien und zur Rechtsprechung kann und darf unseres Erachtens folgendes abgeleitet werden:

**Einerseits** müssen sich das ursprüngliche Gebäude und der Ersatzbau nicht zwingend berühren oder gar mit dem «Fussdruck» überschneiden; es genügt, wenn sie in einem «geringfügigen» Abstand zueinander stehen.

**Andererseits** darf aus den Materialien und der Rechtsprechung gefolgert werden, dass ein Ersatzbau nicht zwingend auf demselben Grundstück wie

der Ursprungsbau stehen muss. Die Zulässigkeit einer «geringfügigen Standortverschiebung» wurde, soweit ersichtlich, nirgends an die Bedingung gekoppelt, dass der Ersatzbau auf dem gleichen Grundstück wie der Ursprungsbau stehen müsse bzw. dass zwischen Ersatzbau und Ursprungsbau keine Grundstücksgrenze verlaufen dürfe. Das würde auch keinen Sinn machen. Entweder ist die Bedingung der Geringfügigkeit der Standortverschiebung erfüllt oder nicht. Auch unter dem Aspekt der Identitätswahrung spielt es keine Rolle, ob zwischen Ersatzbau und Ursprungsbau eine Grundstücksgrenze verläuft. Es wäre im Gegenteil willkürlich, wenn man für die Beurteilung der Frage, ob eine Standortverschiebung geringfügig sei oder nicht, der Zufälligkeit einer dazwischen verlaufenden Grundstücksgrenze eine Bedeutung beimessen würde. Wenn im Zuge der Beratung der ZWG-Revisionsvorlage in den eidgenössischen Räten verschiedentlich davon die Rede war, dass der Grundeigentümer die Lage des Ersatzbaus auf seinem Grundstück frei wählen können sollte, erfolgte dies lediglich vor dem Hintergrund, dass man dem Grundeigentümer im Interesse des verdichteten Bauens die Möglichkeit bieten wollte, den Ersatzbau so zu platzieren, dass daneben später auch noch ein

weiteres Gebäude gebaut werden kann.

**2) Darf bei Gebäuden mit mehreren Wohnungen das Erweiterungspotenzial einzelner Wohnungen kumuliert genutzt werden, sei es im bestehenden oder einem zusätzlichen Gebäude?**

Die gestellte Frage lässt sich an folgendem Beispiel veranschaulichen: In einem zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Mehrfamilienhaus bestehen übereinander vier Wohnungen, welche je eine altrechtliche Hauptnutzfläche von 100 m<sup>2</sup> aufweisen. Alle vier Wohnungen könnten je um 30 % erweitert werden. Es stellt sich nun die Frage, ob beispielsweise die Eigentümer der oberen drei Wohnungen auf ihre Erweiterungspotenziale von je 30 % zugunsten des Eigentümers der Erdgeschosswohnung (bei welcher ein Anbau am effizientesten umsetzbar wäre) verzichten dürften, so dass die Erdgeschosswohnung um insgesamt 120 m<sup>2</sup> erweitert werden könnte.

Auch zu dieser Frage lassen sich dem Gesetz und den Materialien keine Antworten entnehmen. Nach der hier vertretenen Auffassung muss es aufgrund der «Lex Candinas» zulässig sein, dass die Wohnungsei-

gentümer der oberen Geschosse ihre Erweiterungsmöglichkeiten auf den Eigentümer der Erdgeschosswohnung oder in ein neues Gebäude «übertragen». Wenn die Revisionsfassung von Art. 11 ZWG im Absatz 2 letzter Satz neu schon von «zusätzliche Gebäude schaffen» spricht, tut sie dies wohl kaum nur wegen des Transfers des Erweiterungspotenzials einer **einzig**en Wohnung, sondern mit Blick auf den **kumulierten** Transfer **mehrerer** Erweiterungspotenziale. Im Art. 11 Abs. 2 letzter Satz ZWG ist ausdrücklich von «**zusätzliche** ... Gebäude» die Rede, weshalb daraus geschlossen werden kann, dass damit nicht der Ersatzbau nach einem Abbruch eines bestehenden Gebäudes gemeint ist. Es macht – nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund des Gebots zur haushälterischen Nutzung des Bodens – wenig Sinn, ein zusätzliches Gebäude mit lediglich einem einzelnen Erweiterungspotential von vielleicht 30 bis 50 m<sup>2</sup> zu realisieren. Es entspricht denn auch der Stossrichtung der «Lex Candinas», dem Eigentümer eines Gebäudes mit mehreren altrechtlichen Wohnungen mehr Flexibilität im Umgang mit seiner bestehenden Hauptnutzfläche einzuräumen. Wenn nach dem Gesagten ein Zusammenzug

resp. Transfer mehrerer Erweiterungspotenziale eines bestehenden Gebäudes in ein neues zusätzliches Gebäude zulässig ist, muss ein solcher Zusammenzug resp. Transfer erst recht – wie im eingangs erwähnten Beispiel – auch im Rahmen des bestehenden Gebäudes zulässig sein.

Es darf mit Spannung erwartet werden, in welche Richtung sich die Rechtsprechung zu diesen Fragen entwickeln wird.

## Gefahr der Vorbefassung der Baubehörde im Baubewilligungsverfahren nach einer vorläufigen Beurteilung gemäss Art. 41 KRVO

von Dr. iur. Corina Caluori und MLaw Rea Dedual

Gemäss Bundesgericht ist die Frage der Befangenheit von Baubehördemitgliedern, die sowohl in einem Preisgericht über ein Bauvorhaben und im anschliessenden Einspracheverfahren über dasselbe Bauvorhaben mitgewirkt haben, beachtlich.

Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Wichtiger Teilgehalt dieses Anspruchs ist das Gebot der Unbefangenheit von Mitgliedern von Entscheidungsbehörden. Im Kern geht es dabei darum, dass sich Mitglieder von Entscheidungsbehörden (Gerichts- und Verwaltungsbehörden), in Bezug auf die Beurteilung des Sachverhalts nicht bereits festgelegt haben. Die für Gerichte geltenden Anforderungen an die Unbefangenheit können jedoch nicht unbesehen auf das Verwaltungsverfahren übertragen werden, da beispielsweise Regierungsbehörden aufgrund ihres Amtes nicht allein zur Rechtsanwendung oder Streitentscheidung berufen sind, sondern zugleich eine politische Verantwortung zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben tragen. Wenn

eine amtliche Mehrbefassung im öffentlichen Interesse liegt und in diesem Sinne systembedingt ist, liegt nicht bereits eine unzulässige Vorbefassung vor. Ob eine systembedingt vorbefasste Amtsperson tatsächlich voreingenommen erscheint, entscheidet sich nach den konkreten Umständen.

Das Verfahren vor Erlass einer Verfügung soll den Betroffenen das rechtliche Gehör gewähren und sicherstellen, dass die verschiedenen auf dem Spiel stehenden Interessen vor der definitiven Entscheidungsfindung berücksichtigt werden. Angesichts dieser Bedeutung des Verfahrens zur Gewährleistung des Gehörsanspruchs Dritter darf informelles Verwaltungshandeln im Vorfeld der Einspracheentscheid in keiner Weise vorwegnehmen. Andernfalls verlöre das bundesrechtlich vorgeschriebene Auflage- und Einspracheverfahren (Art. 33 Abs. 1 RPG) seine Bedeutung als Mittel für eine sachgerechte Entscheidungsfindung im Bau- und Planungsrecht.

Ausgehend von den für Gerichtsverfahren entwickelten Grundsätzen ist für Bau- und Planungssachen zwischen der

unverbindlichen Stellungnahme zu abstrakten Fragen, der Beantwortung konkreter Fragen, der eigentlichen Beratung der Bauherrschaft und dem verbindlichen Vorentscheid zu unterscheiden.

Bei der unverbindlichen Stellungnahme zu abstrakten Rechtsfragen besteht in der Regel keine Gefahr der späteren Befangenheit und dies stellt grundsätzlich keine unzulässige Vorbefassung im Hinblick auf den anschliessenden Bewilligungsentscheid dar.

Bei einer umfangreichen und detaillierten Beantwortung konkreter, projektbezogener Fragen kann jedoch die Gefahr einer Vorbefassung entstehen. Bei der Beurteilung der Frage ist vor allem von Relevanz, ob sich die zuständige Baubehörde umfassend und detailliert zu zentralen Punkten der Bewilligungsfähigkeit geäussert hat. Die Begleitung durch die Behörden darf nicht so weit gehen, die Bauherrschaft bei ihrer Ausarbeitung des Baugesuchs in detaillierter Weise zu beraten oder ihr vor Berücksichtigung allfälliger Drittinteressen darüber hinaus die verbindliche Zusage zu machen, das Vorhaben in einer bestimmten Form

bewilligen zu können. Eine eigentliche Beratertätigkeit der Baubehörde stellt in vielen kantonalen Verfahrensordnungen sowieso bereits einen gesetzlich geregelten Ausstandsgrund dar.

Um die Gefahr einer Vorbefassung der Baubehörde bei der vorläufigen Beurteilung gemäss Art. 41 KRVO vorzubeu-

gen, sollten Fragen in genereller Weise beantwortet werden, indem beispielsweise lediglich die grundsätzlichen rechtlichen Voraussetzungen darlegt werden, ohne auf das spezifische Projekt konkret einzugehen. Zur Vermeidung der Vorbefassung kann eine Beurteilung durch Personen erfolgen, die nicht über die Baubewilligung und

allfällig Einsprachen entscheiden. Auf diese Weise kann die Baubehörde sowohl weiterhin Gesuche um vorläufige Beurteilungen gemäss Art. 41 KRVO bearbeiten, als auch die Wahrung des rechtlichen Gehörs potenzieller Einsprechenden garantieren.

*Urteil des Bundesgerichts  
BGE 140 I 326*

## Der Umgang mit Nebenbestimmungen im Baubewilligungsverfahren

von MLaw Gian Luca Peng

Das Bundesgericht behandelte in den vereinigten Verfahren 1C\_12/2024 und 1C\_13/2024 die Frage der Beschwerdelegitimation bei Baubewilligungen mit Nebenbestimmungen. Konkret ging es um die Stadt Affoltern am Albis, die einer Bauherrschaft eine Baubewilligung für ein Terrassenhaus unter der Auflage erteilte, dass ein Liegenschaftsentwässerungskonzept noch genehmigt werden müsse.

Das Bundesgericht stellte klar, dass Beschwerden grundsätzlich nur gegen Endentscheide zulässig sind. Zwischenentscheide können bloss ausnahmsweise angefochten werden, wenn entweder ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht oder die Gutheissung der Beschwerde direkt zu einem Endentscheid führen würde.

Das Bundesgericht prüfte die Frage, ob in der prozessualen Verfahrenserledigung infolge der Nebenbestimmungen von einem End- oder Zwischenentscheid auszugehen ist. Es unterschied dabei zwischen folgenden Nebenbestimmungen:

- Regelungen von untergeordneter Bedeutung, wie etwa zur Farb- oder Materialwahl, können in einem nachgelagerten Verfahren selbstständig beurteilt werden und hemmen die Wirksamkeit der Baubewilligung nicht.
- Wesentliche und eng mit dem Bauvorhaben verknüpfte Aspekte, bei deren Prüfung der Behörde ein Entscheidungsspielraum bleibt, hemmen hingegen die Wirksamkeit der Baubewilligung.

Im vorliegenden Fall bewertete das Bundesgericht das Liegenschaftsentwässerungskonzept als einen wesentlichen und untrennbaren Bestandteil des Bauprojekts. Da die Baubehörde die Bedingungen hierfür noch nicht abschliessend geprüft hatte, handelte es sich beim angefochtenen Entscheid bloss um einen Zwischenentscheid. Da die Voraussetzungen für eine selbstständige Anfechtung nicht erfüllt waren, trat das Bundesgericht nicht auf die Beschwerde ein. Es betonte jedoch, dass die angefochtenen Urteile später im Rahmen einer Beschwerde gegen den Endentscheid überprüft werden könnten. Das heisst mit anderen Worten, dass die Nebenbestimmungen zunächst bereinigt und das Baubewilligungsverfahren abgeschlossen werden müssen, be-

vor der Weg ans Gericht überhaupt offensteht. Nicht eindeutig erscheint unter dem Blickwinkel des Koordinationsgebots gemäss Art. 25a RPG die Folgefrage, in welchen Konstellationen der Koordination genüge

getan wird, wenn Nebenbestimmungen mit wesentlichen Aspekten erst in einem weiterführenden (Folge-) Baubewilligungsverfahren beurteilt werden, und in welchen Konstellationen nicht mehr (z.B. hinrei-

chende Erschliessung, koordinationspflichtige Zusatzbewilligungen etc.)

*Urteil des Bundesgerichts 1C\_12/2024 und 1C\_13/2024 vom 1. Juli 2024, zur Publ. vorgesehen*

## Legitimationsbegründendes Konkurrenzverhältnis im Baubewilligungsverfahren

von MLaw Rea Dedual

Im Entscheid 1C\_625/2022 befasste sich das Bundesgericht mit der Einsprachelegitimation zweier Einsprecher im Baubewilligungsverfahren.

Da die Legitimation der Beschwerdeführer nicht mit der Betroffenheit aufgrund der engen räumlichen Distanz angenommen werden konnte, setzte sich das Gericht mit der Frage auseinander, ob ein legitimationsbegründendes Konkurrenzverhältnis zwischen den Baugrundstücken vorliegt, da die betreffende Gemeinde überdimensionierte Bauzonen zu reduzieren resp. Rückzonungsflächen zu definieren hatte. Das Bundesgericht führt

jedoch aus, dass die Rückzonung auf objektiven Parametern beruhe und anhand einer Einzelfallbeurteilung vorgenommen werde. Auch bei einer Auszonung der Baugrundstücke des Beschwerdegegners würde es nicht wahrscheinlicher, dass die Grundstücke der Beschwerdeführer in der Bauzone zu belassen wären. Ein konkretes Konkurrenzverhältnis oder eine Wechselwirkung zwischen den jeweiligen Grundstücken bestehe demzufolge nicht, weshalb den Beschwerdeführern die Beschwerdelegitimation abgesprochen wurde.

*Urteil des Bundesgerichts 1C\_625/2022 vom 19. August 2024*

Im Newsletter werden aktuelle und relevante Themen aus der Rechtsetzung, Rechtsprechung und Rechtspraxis aufgegriffen, um in kurzer und knapper Form einen Überblick zu geben und auf Neuerungen hinzuweisen. Die Ausführungen sind allgemeiner Natur und berücksichtigen keine konkreten Fragestellungen oder Umstände. Der Newsletter ersetzt keine Rechtsauskunft und jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte von Caviezel Partner stehen Ihnen für Fragen und Auskünfte gerne zur Verfügung.

**Caviezel Partner** Rechtsanwälte und Notare  
Masanserstrasse 136 | CH-7000 Chur | T. +41 81 258 55 58

### KANZLEINEWS

#### Sekretariat



**Tamara Buchli** verstärkt seit November 2024 unser Sekretariat. Sie steht unserer Klientenschaft bei administrativen Fragen gerne zur Verfügung.