



Bundesgericht klärt den Begriff der Einliegerwohnung im Sinne des Zweitwohnungsgesetzes

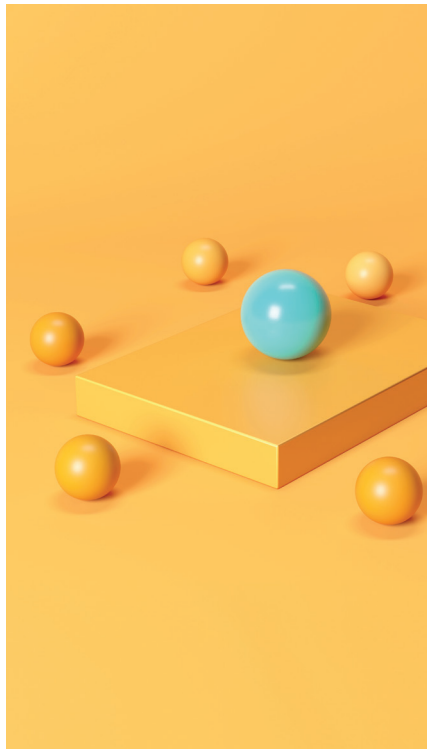
Die Erstellung von neuen Wohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20% ist nur beschränkt möglich. So sieht Art. 7 Abs. 1 des Zweitwohnungsgesetzes (ZWG) vor, dass in diesen Gemeinden neue Wohnungen nur bewilligt werden dürfen, wenn sie entweder als Erstwohnung (bzw. als einer im Sinne des ZWG der Erstwohnung gleichgestellten Wohnung) oder als touristisch bewirtschaftete Wohnung genutzt werden.

■ Von Regula Fellner

Dabei gilt eine Wohnung als **touristisch bewirtschaftete Wohnung**, wenn sie dauerhaft zur ausschliesslichen kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu markt- und ortsüblichen Bedingungen angeboten wird *und* sie *entweder* im selben Haus liegt, in dem der Eigentümer seinen Hauptwohnsitz hat (sog. **Einliegerwohnung**), oder nicht auf die persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers zugeschnitten ist und im Rahmen eines strukturierten Beherbergungsbetriebs bewirtschaftet wird (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. a und b ZWG).

In einem vor wenigen Tagen veröffentlichten Entscheid (1C_252/2022) befasste sich das Bundesgericht mit der **Begrifflichkeit der Einliegerwohnung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a ZWG**. Gegenstand des Verfahrens vor dem Bundesgericht bildete die von der Gemeinde Zermatt erteilte Baubewilligung für die Errichtung eines Mehrfamilienhauses mit einer Erstwohnung und drei Einliegerwohnungen. Dagegen wehrten sich beschwerdeführende Personen bis vor Bundesgericht mit der Begründung, die Erteilung einer Bewilligung für eine Einliegerwohnung im Sinne des ZWG sei (bei richtiger Gesetzesauslegung) nur dann zulässig, wenn der Einliegerwohnung gegenüber der Erstwohnung eine untergeordnete Bedeutung zukomme.

Hierzu rief das Bundesgericht zunächst in Erinnerung, dass das ZWG (einzig) die **Regelung der Zulässigkeit des Baus neuer Wohnungen sowie der baulichen und nutzungsmässigen Änderung bestehender Wohnungen in Gemeinden mit einem**



Zweitwohnungsanteil von über 20% bezwecke (vgl. Art. 1 ZWG). Daraus lasse sich die zulässige Anzahl der Einliegerwohnungen oder deren Verhältnis zur Erstwohnung nicht herauslesen (E. 4.3). Ebenso wenig ergeben sich aus der systematischen Ordnung genauere Hinweise darauf, wie viele Einliegerwohnungen zulässig seien bzw. wie deren Verhältnis zur Erstwohnung ausgestaltet sein müsse (E. 4.4). Auch in den Gesetzesmaterialien fänden sich keine Anhaltspunkte, wonach der Gesetzgeber zusätzlich eine untergeordnete Bedeutung der Einliegerwohnungen vorausgesetzt habe.

Das Bundesgericht erwog, dass das beschwerdeführerische Verständnis der Norm im Widerspruch zu dem vom Gesetzgeber deklarierten Zweck von Art. 7 Abs. 2 lit. a ZWG stehe: Gemäss Botschaft zum ZWG sollten mit den touristisch bewirtschafteten Wohnungen «warme Betten» geschaffen und sollte den Ortsansässigen die Möglichkeit eingeräumt werden, eine aktive Gastgeberrolle einzunehmen. Eine zwingende Unterordnung der Einliegerwohnung im Verhältnis zur Erstwohnung würde dieser Absicht weitgehend widersprechen. Zudem müsste die Erstwohnung prinzipiell eine sehr grosse Grundfläche aufweisen, damit die (in der Botschaft als grundsätzlich zulässig erachteten) vier Einliegerwohnungen noch eine untergeordnete Bedeutung einnehmen könnten. Zudem verdeutliche das strittige Bauvorhaben, dass bei einer zwingenden Unterordnung der Einliegerwohnung Personen, die selber wenig Raum beanspruchen würden, benachteiligt wären. Solchen Personen würde die Erzielung eines Erwerbseinkommens mit Einliegerwohnungen übermässig erschwert, und es bestünde dabei der Anreiz, eine überdimensionierte Erstwohnung zu erstellen, um von den Einliegerwohnungen profitieren zu können, wodurch weiterer Boden verbraucht würde (was wiederum den durch Art. 75b BV angestrebten Zielen, sog. kalte Betten zu verhindern, widerspreche) (E. 4.5.4).

Damit kam das Bundesgericht zum Schluss, dass für die Zulässigkeit einer Einliegerwohnung alleine ausschlaggebend sei, ob mit der Ausgestaltung des Bauvorhabens eine aktive Gastgeberrolle möglich sei und die Nutzung der Wohnung für «warme Betten» gewährleistet werden könne. Davon ausgehend hielt das Bundesgericht fest, dass die Vorinstanzen in zutreffender Weise von bewilligungsfähigen Einliegerwohnungen ausgegangen seien, weshalb es die Beschwerde als unbegründet abwies.



AUTORIN

Regula Fellner ist Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht und als Senior Associate bei PMP Rechtsanwälte AG beratend und prozessierend tätig.



Neueres zum Architekturwettbewerb aus vergaberechtlicher Sicht

Öffentliche Auftraggeberinnen können auch unter dem revidierten Vergaberecht Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbe durchführen. Doch welche Mindestvorgaben sind hierbei einzuhalten, und welche neuen Regelungen sind aus Sicht der Wettbewerbsteilnehmer von Bedeutung? Diesen und weiteren Fragen geht der vorliegende Beitrag nach.

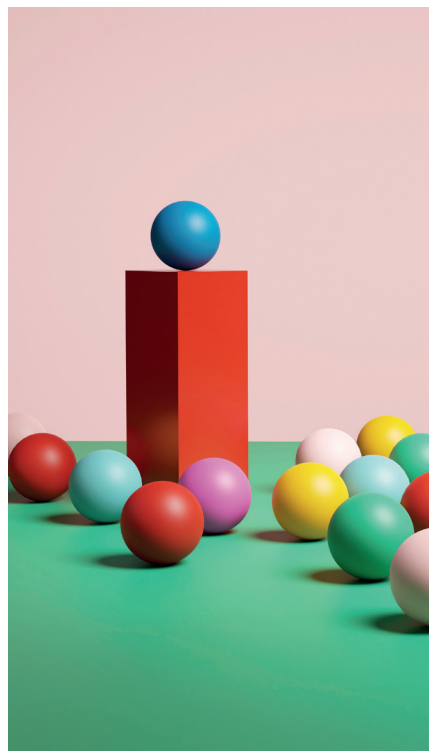
■ Von Regula Fellner

Mit dem Wettbewerb steht der Auftraggeberin ein Instrument zur Verfügung, um unter Konkurrenz verschiedene Lösungen, unter anderem in konzeptioneller, gestalterischer und wirtschaftlicher Hinsicht, ausarbeiten zu lassen. Obwohl mit der Revision des Vergaberechts die Ausweitung des Anwendungsbereichs auf Bereiche ausserhalb der Baubranche (z.B. auf den Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie) beabsichtigt ist, sind Wettbewerbe weiterhin vor allem in der Architektur von grosser praktischer Bedeutung.

Rechtsgrundlagen

Auf Bundesebene sieht Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vor, dass die öffentliche Auftraggeberin, die einen Wettbewerb durchführt, im Rahmen der Grundsätze des BöB das Verfahren im Einzelfall festlegen kann. Dabei delegiert der Gesetzgeber die Kompetenz zur Regelung der Wettbewerbe weitestgehend an den Bundesrat und hält in Art. 22 Abs. 2 BöB zahlreiche spezifische Kompetenzdelegationen bereit. Die entsprechenden vom Bundesrat in der Verordnung über das Beschaffungswesen (VöB) erlassenen Bestimmungen gehen allfälligen durch die Auftraggeberin aufgestellten Regelungen vor. Für die Kantone ergibt sich aus Art. 22 IVöB, dass bei Wettbewerben die Grundsätze der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) zu beachten sind. Im Gegensatz zum BöB bestehen indes keine weitergehenden Bestimmungen und ist eine Delegationskompetenz nicht vorgesehen. Insofern kommt den kantonalen und kommunalen Auftraggeberinnen in Bezug auf die Ausgestaltung von Wettbewerben ein grosser Handlungsspielraum zu. Zur Ergän-

zung der gesetzlichen Verfahrensvorschriften können die Auftraggeberinnen auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden (z.B. auf die SIA-Ordnungen 142 und 143) verweisen. Solche privatrechtlichen Regelwerke sind seitens der Auftraggeberin nur insoweit ergänzend einsetzbar, als sie den vergaberechtlichen Vorschriften nicht entgegenstehen.



Vergaberechtliche Mindestanforderungen

Wettbewerbe dienen der Beschaffung von Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen. Während die private Auftraggeberin frei bestimmen kann, ob sie einen Auftrag direkt vergeben oder eine Ausschreibung unter Konkurrenz von Teilnehmern durchführen will, hat die öffentliche Auftraggeberin vorrangig

die massgebende Submissionsgesetzgebung zu beachten. Zwar unterscheiden sich Wettbewerbe von gewöhnlichen Submissionen insbesondere durch die anonyme Durchführung und die Beurteilung durch ein unabhängiges Expertengremium. Doch stellt ein Wettbewerb keine eigenständige Verfahrensart dar. Vielmehr ist ein Wettbewerb stets in einem Verfahren, welches von den einschlägigen Submissionserlassen zur Verfügung gestellt wird, durchzuführen. Dabei hängt die Wahl der Verfahrensart von der Höhe des Auftragswerts ab, der sich aus der Gesamtpreissumme und dem geschätzten Wert eines allfälligen Folgeauftrags zusammensetzt. Bis zu einem bestimmten Schwellenwert kann der Wettbewerb im Einladungsverfahren durchgeführt werden; ab Erreichen der massgebenden Schwellenwerte sind Wettbewerbe im offenen oder selektiven Verfahren auszuschreiben. Innerhalb der gesetzlichen Schranken ist das Wettbewerbsverfahren einzelfallweise regelbar, wobei nebst den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechts (auf Bundesebene) die Vorschriften von Art. 13 ff. VöB zu beachten sind. Insbesondere hat das Wettbewerbsprogramm, welches den Ausschreibungsunterlagen im gewöhnlichen Submissionsverfahren entspricht, darüber hinausgehende Angaben wie die Nennung des Expertengremiums und Angaben zur Anonymität, zur Option auf Folgeaufträge sowie zu den Ansprüchen der Teilnehmer aus dem Wettbewerb zu enthalten. Sofern das Wettbewerbsverfahren gegen vergaberechtliche Grundsätze verstösst, ist die Grundlage für einen im Wettbewerbsprogramm vorgesehenen freihändigen Folgeauftrag an den Gewinner entzogen und muss dies falls die Weiterbearbeitung des Siegerprojekts neu ausgeschrieben wird (sofern sich die Auftraggeberin die entsprechenden Rechte gesichert hat; ansonsten sie nicht umhinkommt, ein neuerliches Wettbewerbsverfahren durchzuführen). Neben die vergaberechtlichen Grundsätze treten weitere wettbewerbsspezifische Mindestanforderungen und besondere Bestimmungen. Auf die wichtigsten Regelungen wird nachfolgend kurz eingegangen.

Zum mehrstufigen Wettbewerb

Im Zuge der Revision wurde auf Bundesebene eine bedeutsame Neuerung (aber ein in der Praxis bereits bekanntes Vorgehen) auf-



genommen: Die Anzahl der Teilnehmer kann im Verlaufe des Verfahrens reduziert werden, sofern in der Ausschreibung auf diese Möglichkeit hingewiesen wurde (vgl. Art. 15 Abs. 3 VöB). Die Beurteilung darüber, ob ein Teilnehmer im Wettbewerb verbleibt bzw. in die nächste Runde vorrückt, muss anhand von objektiven und transparenten Kriterien erfolgen. Die nunmehr gesetzlich festgelegte Möglichkeit zur Durchführung eines mehrstufigen Wettbewerbs ist zumindest aus praktischen Überlegungen positiv zu werten: Werden Beiträge, bei welchen sich eine Rangierung auf den hinteren Plätzen abzeichnet, frühzeitig aus dem Wettbewerb genommen, führt dies einerseits zu einer Minimierung von unnötigem Aufwand aufseiten der Wettbewerbsteilnehmer und kann sich andererseits dadurch das Expertengremium auf die Beurteilung der aussichtsreichen Beiträge konzentrieren.

Zur Anonymität im Wettbewerbsverfahren

Wettbewerbsverfahren sind grundsätzlich anonym durchzuführen und haben die Teilnehmer ihre Beiträge anonym einzureichen. Verstossen die Teilnehmer gegen das Anonymitätsgebot, werden sie vom Wettbewerb ausgeschlossen (vgl. Art. 17 Abs. 1 VöB). Eine neue Bestimmung auf Bundesebene sieht nunmehr vor, dass die öffentliche Auftraggeberin die Anonymität vorzeitig aufheben kann, sofern in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde (vgl. Art. 17 Abs. 3 VöB). Mit der Aufhebung der Anonymität im Wettbewerbsverfahren stehen die öffentliche Auftraggeberin und das Expertengremium in der Pflicht, den Grundsätzen des Vergaberechts, insbesondere dem Gleichheits- und Transparenzgebot, verstärkt Beachtung zu schenken. Dies bedeutet insbesondere, dass der Ablauf des Verfahrens im Wettbewerbsprogramm genau zu umschreiben ist und eine vollständige Protokollierung von Besprechungen zu erfolgen hat. Aus Sicht der Wettbewerbsteilnehmer stellt die Möglichkeit zur Aufhebung der Anonymität eine nicht unerhebliche Neuerung dar. Zwar kann dadurch dem berechtigten Bedürfnis aller Beteiligten, miteinander in Dialog zu treten und Diskussionen, die über blosser Fragebeantwortungen hinausgehen, zu führen, nachgekommen werden und lässt sich darüber hinaus in einem nichtanonymen Wettbewerbsverfahren die Eignung der

Teilnehmer im Hinblick auf einen allfälligen Folgeauftrag (uneingeschränkt) überprüfen. Doch ist Vorsicht angebracht und von der öffentlichen Auftraggeberin sicherzustellen, dass die vergaberechtlichen Grundsätze (wie die Gleichbehandlung aller Teilnehmer und das Transparenzgebot) in verstärkter Masse zum Tragen kommen.

Zum Expertengremium

Das Expertengremium wird von der öffentlichen Auftraggeberin eingesetzt. Dabei muss zumindest die Mehrheit der Mitglieder des Expertengremiums aus Fachpersonen bestehen; die weiteren Mitglieder können von der öffentlichen Auftraggeberin frei bestimmt werden. Eine unabdingbare Voraussetzung eines Wettbewerbs ist die Unabhängigkeit der Mitglieder des Expertengremiums, und zwar sowohl gegenüber den Wettbewerbsteilnehmern als auch gegenüber der öffentlichen Auftraggeberin. In Bezug auf die Unabhängigkeit gegenüber der öffentlichen Auftraggeberin genügt es, wenn zumindest die Hälfte der Fachpersonen von dieser unabhängig ist. Die Mitglieder des Expertengremiums sind in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Dieses Publikationserfordernis dient der Transparenz und ermöglicht die Überprüfung allfälliger Ausstandsgründe (vgl. Art. 13 BöB/IVöB). Zu den Hauptaufgaben des Expertengremiums gehören die Beurteilung der Beiträge sowie der Entscheidung über deren Rangierung und die Vergabe der Preise. Zudem hat das Expertengremium zuhanden der öffentlichen Auftraggeberin eine Empfehlung für die Erteilung eines Folgeauftrags oder für das weitere Vorgehen abzugeben. Die öffentliche Auftraggeberin ist grundsätzlich an diese Empfehlung gebunden und darf nur aus wichtigen Gründen hiervon abweichen.

Im Grundsatz dürfen nur Beiträge ausgezeichnet werden, die keine wesentlichen Abweichungen vom Wettbewerbsprogramm aufweisen. Das Expertengremium ist aber unter bestimmten Voraussetzungen – sofern ein entsprechender Vorbehalt in der Ausschreibung festgelegt wurde – befugt, Beiträge zu rangieren oder zur Weiterbearbeitung zu empfehlen, die in wesentlichen Punkten von den Anforderungen in der Ausschreibung abweichen (sog. Ankäufe).

Finanzielle Ansprüche aus dem Wettbewerb

Je nach Rangierung erhalten die Teilnehmer ein Preisgeld, welches jedoch in der Regel nur einen Teil ihrer Aufwendungen deckt. Ein Anspruch auf eine weitergehende Entschädigung für ihre geleistete Arbeit besteht nur, sofern dies in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen wurde. Hingegen kann sich ein zusätzlicher Abgeltungsanspruch für den Gewinner des Wettbewerbs ergeben, soweit die öffentliche Auftraggeberin einen in der Ausschreibung in Aussicht gestellten Folgeauftrag entgegen der Empfehlung des Expertengremiums nicht dem Gewinner des Wettbewerbs erteilt, sondern an einen Dritten vergibt (oder die weitere Bearbeitung des Gewinnerbeitrags selbst in die Hand nimmt).

Fazit

Der Wettbewerb ist heute vor allem bei grösseren Bauvorhaben ein geeignetes Instrument, um qualitativ hochstehende Projektvorschläge zu erhalten und die geeignete Fachperson zur Realisierung zu finden. Im Vergleich zu den gewöhnlichen Vergabeverfahren weisen Wettbewerbe den Vorteil auf, dass sie der Auftraggeberin die Evaluation verschiedener Lösungen ermöglichen. Zwar wurden die Vorschriften auf Bundesebene deutlich verschlankt, was auch Raum für die Erarbeitung spezifischer Bestimmungen durch Fachverbände eröffnet. Doch weist sich das Wettbewerbsverfahren nach wie vor durch eine gewisse Formstrenge aus, die zwar im Sinne des Gleichbehandlungs- und des Transparenzgebots erforderlich ist, aber die Kreativität der Wettbewerbsteilnehmer (und auch das Ermessen des Expertengremiums) einschränken kann. Durch die Wahl von möglichst offen formulierten Zuschlagskriterien, die Zulassung von Varianten und die Beschränkung auf möglichst wenige Rahmenbedingungen kann die öffentliche Auftraggeberin dieser Problematik entgegenwirken.

Dieser Beitrag wurde ebenfalls auf Modulor publiziert.



AUTORIN

Regula Fellner ist Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht und als Senior Associate bei PMP Rechtsanwälte AG beratend und prozessierend tätig.