



Kathrin Lanz Kneissler
lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin
Telefon +41 58 258 16 00
kathrin.lanz@bratschi.ch



Ulrich Keusen
Rechtsanwalt CAS
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
Partner
Telefon +41 58 258 16 00
ulrich.keusen@bratschi.ch

Sollen Airbnb über die Baubewilligungspflicht reguliert werden?

Die kritischen Stimmen zu Airbnb sind bei den Planungs- und Baubehörden angekommen. Es taucht vermehrt die Frage auf, ob die Vermietung von (bestehenden) Räumen über Airbnb oder ähnliche Plattformen baubewilligungspflichtig sei. Schon die Frage scheint die Antwort zu fordern, dass dies der Fall sei. Wir zeigen in diesem Beitrag auf, dass diese Auffassung nach unserem Verständnis nicht grundsätzlich korrekt ist.

Als Begründung für die Baubewilligungspflicht von Airbnb wird häufig das Argument der «gleich langen Spiesse» mit der Hotellerie genannt. Umgekehrt macht sich die klassische Hotellerie die Buchungsplattformen z.T. auch zu Nutze, um den gewandelten Bedürfnissen an Buchungsmöglichkeiten entgegen zu kommen. Wir sind der Ansicht, dass die Forderung der Gleichbehandlung gerechtfertigt sein kann (z.B. betreffend Bezahlung von Kurtaxen, Einhaltung von Brandschutzvorschriften, Verkehrserschliessung), aber nicht über die Baubewilligungspflicht verwirklicht werden kann bzw. muss.

Dabei stellt sich die Frage der Bewilligungspflicht vorwiegend bei Umnutzung von bestehenden Räumen und nicht bei Neubauten, deren Erstellung auf jeden Fall einer Baubewilligung bedarf. Im Verfahren wird die Nutzung und deren Zonenkonformität ja geprüft. Wichtig ist, dass die Frage, ob eine Buchung und Vermietung über Airbnb baubewilligt werden muss, nicht verwechselt werden darf mit der Frage, ob die Nutzung von Wohnräumen bewilligt werden kann. Die letztere Frage nach der Baubewilligungsfähigkeit behandeln wir hier nicht. Ebenso wenig gehen wir hier auf die Zweitwohnungsthematik ein.

Ein beträchtlicher Teil der rechtlichen Probleme dürfte darin begründet sein, dass alle möglichen Vorstellungen mit Airbnb verbunden werden. In diesem Beitrag verwenden wir Airbnb als Sammelbegriff für alle möglichen Formen der Buchung und Vermietung von privaten Räumen über Plattformen, wie z.B. Booking.com, Housetrip, Wimdu etc. Diese Angebote betreffen typischerweise einen ganzen Ablauf eines Geschäfts: Zuerst einmal die Werbung, dann die Vermittlung bzw. Buchung, das Abschliessen eines Miet- oder Beherbergungsvertrags zwischen zwei (dritten) Parteien, die Nutzung der Räume, die Abrechnung, die Bewertung und Qualitätssicherung und z.T. auch die Kurtaxenabrechnung. Die baurechtlichen Fragen können nur den Teilbereich der Nutzung erfassen, während bei manchen Behörden das «Airbnb-Wohnen» als Ganzes ins Visier geraten

ist. Die Grenzen zwischen politischen, normativen und rechtsanwendenden Eingriffen (Verfügungen) scheinen durcheinander zu geraten. Statt zu bewilligen (oder zu verweigern) wird reguliert und verboten, teilweise ohne klare Rechtsgrundlagen. Besonders in Visier geraten sind Eigentümer, die ganze Mehrfamilienhäuser nur noch kurzfristig über Airbnb vermieten.

1. Baubewilligungspflicht im Allgemeinen

Das Raumplanungsgesetz des Bundes bestimmt, dass Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden dürfen. Dazu hat das Bundesgericht eine Praxis entwickelt, welche die meisten Kantone in ihrer Baugesetzgebung übernommen haben – wobei die Kantone die Bewilligungspflicht nicht lockern, sondern höchstens verschärfen dürfen. Mit geringfügigen Abweichungen hält das Bundesgericht zur Frage der Baubewilligungspflicht jeweils fest:

«Bauten und Anlagen gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG sind jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Die Baubewilligungspflicht soll es mithin der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt in Bezug auf seine räumlichen Folgen vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. (...) Der Baubewilligungspflicht unterstehen auch blosse Nutzungsänderungen, die ohne bauliche Vorkehrungen auskommen, wenn diese erhebliche Auswirkungen auf Umwelt und Planung haben.»

2. Baubewilligungspflicht für Airbnb?

Die Praxis der Gemeinden und Kantone dazu, in welchen Fällen das Vermieten von Wohnungen über Airbnb bewilligungspflichtig ist, ist heute noch sehr unterschiedlich. Auch eine einheitliche Terminologie existiert nicht. Das Bundesgericht hat sich bis jetzt zu dieser Frage noch nicht äussern müssen.

Der Kanton Bern beispielsweise verwendet für diese Vermietungsformen den Begriff der «kurzzeitigen Vermietung», welchen er dem Zweitwohnungsgesetz entnommen hat. Wie lange «kurzzeitig» ist, wird aber nicht definiert. Teilweise werden über Airbnb angebotene Wohnungen als «bewirtschaftete Wohnungen» bezeichnet, im Gegensatz zu «unbewirtschafteten» Wohnungen, auch dies angelehnt an die Zweitwohnungsgesetzgebung. Dort sind «touristisch bewirtschaftete Wohnungen» unter bestimmten Voraussetzungen «warme Betten» und damit keine verpönten Zweitwohnungen.

Es dürfte unbestritten sein, dass die Vermietung von Wohnungen über Airbnb, welche **neu erstellt** oder so **umgebaut** werden, dass die Veränderung **von aussen sichtbar** ist, baubewilligungspflichtig sind. Im entsprechenden Baubewilligungsverfahren werden auch die Nutzung und deren Zonenkonformität beurteilt. Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen hier allerdings bereits, wenn die Vermieter für ihre Gäste gastgewerbliche Leistungen erbringen, z.B. Frühstück oder Verpflegungsmöglichkeiten anbieten, wobei dies für Airbnb nicht typisch ist. In diesem Fall muss allenfalls zusätzlich eine gastgewerbliche Bewilligung eingeholt werden.

Heikel ist die Frage der Bewilligungspflicht, wenn **bestehende**, bewilligte Wohnungen über Airbnb vermietet werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen blosser Nutzungsänderungen ohne bauliche Veränderungen bewilligt werden, wenn diese «(...) *erhebliche Auswirkungen auf Umwelt und Planung* (...)» haben.

Ist die Vermietung von Wohnungen über Airbnb überhaupt eine Änderung der Nutzung? In den Räumen wird weiterhin gewohnt und der Begriff der «kurzzeitigen» oder «touristischen Nutzung» existiert in den baurechtlichen Erlassen (noch) nicht. Ob Mieter nur wenige Tage oder mit unbefristetem Mietvertrag wohnen, macht in der Nutzung der Räume noch keinen Unterschied. Wohnen bleibt Wohnen; wie man den Mieter findet, ist nicht Bestandteil der Nutzung.

Betrachtet man die Vermietung von Räumen über Airbnb als Umnutzung, muss weiter geprüft werden, ob dadurch bau- oder umweltrechtlich relevante Tatbestände erheblich betroffen werden.

Umweltrecht wird aus unserer Sicht nicht betroffen, da Vermietungen über Airbnb objektiv gesehen nicht zu mehr oder qualitativ anderen Immissionen führen als dauernde Mietverhältnisse, wie manchmal geltend gemacht wird. Es ist ein Vorurteil, dass Airbnb-Gäste dauernd Party machen und anders oder sogar zonenwidrig schlafen, kochen, essen, duschen, fernsehen, ankommen, parkieren, wegfahren etc. als «normale» zonenkonforme Mieter. Möglicherweise wird mit dem stetigen Wechsel der Personen ein Gefühl der Unsicherheit verbreitet, das solche Vorurteile schürt; durch objektive Feststellungen lässt sich das wohl eher selten erhärten.

Baurechtlich relevante Tatbestände könnten betroffen sein, wenn die vermieteten Wohnungen dem **Brandschutz** nicht genügen. Dabei gelten die gesamtschweizerischen Brandschutzvorschriften der Vereinigung Kantonaler Feuerversicherungen erst bei Beherbergung von mindestens 20 Personen. Die kantonale Gebäudeversicherung des Kantons Bern bspw. unterscheidet neu für die Anforderungen an den Brandschutz zwischen Beherbergungsstätten bis maximal 19 Personen und Beherbergungsbetrieben von 20 und mehr Personen. Aus unserer Sicht müssen Gebäude aber so oder so jederzeit den Brandschutzvorschriften entsprechen; dafür muss kein Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden. Der Vollzug der Brandschutzvorschriften muss durch die Behörden kontrolliert werden.

Baurechtlich relevante Tatbestände sind betroffen, wenn die Airbnb-Nutzung **nicht zonenkonform** ist. Wir vertreten die (umstrittene) Ansicht, dass Airbnb in allen Zonen, in denen Wohnen zulässig (sprich zonenkonform) ist, als Nutzung oder Umnutzung nicht bewilligt werden muss. Diese einfache und praktikable Betrachtungsweise hat sich aber nicht durchgesetzt. Jede Gemeinde beurteilt

dies unterschiedlich und ihr kommt, soweit sie eigene Bauvorschriften aufstellen darf, dabei auch ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Insbesondere in reinen Wohnzonen werden Airbnb häufig nicht als zonenkonform betrachtet, jedenfalls wenn Airbnb gewerblich betrieben wird. Manchmal wird differenziert, wie viele Wohnungen im selben Haus vermietet werden. Bei dieser Betrachtungsweise wird das kurzfristige Vermieten via Plattform als gewerbliche Tätigkeit angesehen, was das Gebäude einer gewerblichen Nutzung zuweist. Unseres Erachtens kann aber nicht entscheidend sein, wie viele Wohnungen oder wie viele Betten in einem Haus über Airbnb vermietet werden. Massgebend muss die Nutzung der Räume sein; ein durch eine gewerbliche Liegenschaftsverwaltung dauervermietete Wohnung wird auch nicht zum Gewerberaum, weil die Verwaltung gewerblich tätig ist.

Es muss im Moment davon ausgegangen werden, dass die professionelle Vermietung von Wohnungen keine gewerbliche Nutzung darstellt und daher in einer Gewerbezone nicht zonenkonform wäre. Möglicherweise kippt es, wenn gastgewerbliche Leistungen angeboten werden, die dann aber in Hotelzonen, Kernzonen oder Mischzonen gehören. Dass typische Airbnbs (ohne Restauration, nur Wohnungen) hingegen in einer reinen Hotelzone nicht zonenkonform sind, dürfte weitgehend unbestritten sein, selbst wenn Hotels z.T. dieselben Buchungsplattformen benützen.

In Fällen, in denen tatsächlich genauer geprüft werden muss, ob die Vermietung von Räumen über Airbnb in der entsprechenden Zone konform ist, muss ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden. Wo dies klar ist, hingegen nicht.

3. Praxis im Kanton Bern

Im Kanton Bern hat die Geschäftsleitung der Regierungsratinnen und Regierungsräte am 24. Januar 2019 eine «Information» publiziert, die vermutlich Rechtssicherheit schaffen soll, aber mit ihrem normativen Inhalt bei den Betroffenen mehr Verwirrung als Klarheit schafft. Bis jetzt folgen die Baubewilligungsbehörden und die erste Rechtsmittelinstanz dieser Information wie einer Norm, ohne deren Rechtmässigkeit zu prüfen. Das Verwaltungsgericht oder das Bundesgericht hat sich bis jetzt noch nicht damit befassen müssen. Es wird auf jeden Fall Eigentümer brauchen, die die normative Kraft dieser Information rechtlich in Frage zu stellen gewillt sind. Momentan ist es billiger und weniger zeitaufwendig, die geforderten Verfahren zu durchlaufen. Schwierig wird es, wenn diese Verfahren von Nachbarn dafür instrumentalisiert werden, die Nutzung zu torpedieren.

Nach der erwähnten Information wird für die Frage der Baubewilligungspflicht unterschieden, ob mehr als 10 Betten kurzzeitig vermietet werden. Eine Gastgewerbebewilligung soll notwendig sein, sofern bei mehr als 10 Betten gastgewerbliche Dienstleistungen, wie z.B. Frühstück, angeboten werden und ebenso, wenn mehr Betten zur Verfügung gestellt werden, unabhängig von gastgewerblichen Dienstleistungen. Die Besitzstandsgarantie soll für Umnutzungen innerhalb der letzten fünf Jahre gelten und die «Umnutzung» in diesem Fall nicht baubewilligungspflichtig sein. Dessen ungeachtet verlangt nun bspw. die Gemeinde Interlaken offenbar von allen Eigentümern, die

Räume über Airbnb anbieten, Baugesuche. Deren Bewilligungsfähigkeit in Bezug auf die Zonenkonformität wird einigen Gesprächsstoff bringen.

4. Fazit

Für Liegenschaftseigentümer ist die Rechtsunsicherheit, welche im Moment herrscht, unbefriedigend. Die Beratung ist nicht einfach, weil jede Gemeinde die Sache anders beurteilt. Auf der sicheren Seite ist nur, wer ein Baugesuch einreicht oder sich wenigstens bei der Baubewilligungsbehörde erkundigt, ob eine Vermietung über Airbnb bewilligt werden müsse. Wir sind auf jeden Fall gespannt, wie sich die Praxis und die Rechtsprechung entwickeln werden.

Auf jeden Fall empfehlen wir, die relevanten Begriffe klar zu definieren, gegenüber den baurechtlich nicht relevanten abzugrenzen und nur die Nutzungen einer üblichen Wohnnutzung gegenüberzustellen. Die Werbung, Vermittlung, Buchung usw. können nicht zum Kriterium der Baubewilligungsfähigkeit erhoben werden.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 90 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

Basel Lange Gasse 15 Postfach CH-4052 Basel Telefon +41 58 258 19 00 Fax +41 58 258 19 99 basel@bratschi.ch	Bern Bollwerk 15 Postfach CH-3001 Bern Telefon +41 58 258 16 00 Fax +41 58 258 16 99 bern@bratschi.ch	Lausanne Avenue Mon-Repos 14 Postfach 5507 CH-1002 Lausanne Téléphone +41 58 258 17 00 Téléfax +41 58 258 17 99 lausanne@bratschi.ch	St. Gallen Vadianstrasse 44 Postfach 262 CH-9001 St. Gallen Telefon +41 58 258 14 00 Fax +41 58 258 14 99 stgallen@bratschi.ch	Zug Gubelstrasse 11 CH-6300 Zug Telefon +41 58 258 18 00 Fax +41 58 258 18 99 zug@bratschi.ch	Zürich Bahnhofstrasse 70 Postfach CH-8021 Zürich Telefon +41 58 258 10 00 Fax +41 58 258 10 99 zuerich@bratschi.ch
--	--	---	---	---	---