



## **Urteil vom 29. Oktober 2020**

---

Besetzung

Richter Jürg Steiger (Vorsitz),  
Richterin Christine Ackermann, Richter Maurizio Greppi,  
Gerichtsschreiberin Anna Wildt.

---

Parteien

**Einwohnergemeinde Innertkirchen**, Grimselstrasse 1,  
3862 Innertkirchen,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Raumentwicklung ARE**,  
3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Feststellungsverfügung betr. Zweitwohnungsanteil.

**Sachverhalt:****A.**

Mit Verfügung vom 26. September 2019 stellte das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE, Vorinstanz) fest, dass die Gesamtzahl der Wohnungen im Wohnungsinventar der Gemeinde Innertkirchen am 31. Dezember 2018 unvollständig aufgeführt sei, weshalb ein Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent anzunehmen sei. Es verfügte, dass in der Gemeinde – vorbehaltlich gesetzlicher Ausnahmen – weiterhin keine Zweitwohnungen bewilligt werden dürften. Der Verfügung liegen Orthofotos (Luftbildaufnahmen) bei.

**B.**

Gegen diesen Entscheid erhebt die Gemeinde Innertkirchen mit Eingabe vom 24. Oktober 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt, die Verfügung vom 26. September 2019 sei aufzuheben, eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, und es sei ein Augenschein anzuordnen. Insbesondere rüge sie eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Vorinstanz habe sie mit Schreiben vom 26. März 2019 darüber informiert, dass der Zweitwohnungsanteil in der Gemeinde neu unter 20 Prozent liege, und sie zur Stellungnahme eingeladen. Der Aufforderung der Vorinstanz, sich zur Korrektheit des Wohnungsinventars zu äussern, sei sie nachgekommen, weshalb sie angenommen habe, dass die angedrohte Rechtsfolge – nämlich die Feststellung von über 20 Prozent Zweitwohnungsanteil bei Nichteinreichung einer Stellungnahme – nicht eintreten werde. Es habe keine Gelegenheit gegeben, sich zu dem in der angefochtenen Verfügung unrichtig festgestellten Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent zu äussern. Zudem habe die Vorinstanz die Begründungspflicht verletzt, da die Vermutung, ein Teil der im Anhang der Verfügung aufgelisteten Gebäude seien Zweitwohnungen, unbegründet geblieben sei. Zur Stützung ihrer Angaben legt die Beschwerdeführerin Fotos von 16 Gebäuden vor, die von der Vorinstanz unrichtig als Zweitwohnungen klassiert worden seien.

**C.**

Mit Vernehmlassung vom 30. Dezember 2019 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde und führt aus, sie habe der Gemeinde mit Schreiben vom 26. März 2019 Gelegenheit gegeben, fehlerhafte Einträge zu korrigieren und die Richtigkeit und Vollständigkeit des (angepassten) Wohnungsinventars zu bestätigen. Erst nachdem die Gemeinde allfällige

Korrekturen vorgenommen und die Angaben als richtig und vollständig bestätigt habe, prüfe sie die gelieferten Daten und lege gestützt darauf den Zweitwohnungsanteil fest. Es handle sich um einen Rechtsanwendungsakt ohne Anspruch der Gemeinde, dazu noch einmal angehört zu werden. Die Beschwerdeführerin habe in ihrem Gemeindegebiet gelegene Alphütten und Maiensässe im Eidgenössischen Gebäude- und Wohnungsregister (GWR) mehr oder weniger pauschal unter der Rubrik «anders als zum Wohnen genutzt» registriert, ohne zu begründen, dass in diesen Bauten eine andere rechtmässige Nutzung stattfinde. Stattdessen mache die Gemeinde geltend, dass die Räumlichkeiten in diesen Alphütten generell keine Wohnungen im Sinn des Zweitwohnungsgesetzes seien. Wohnungen, die zu landwirtschaftlichen Zwecken genutzt würden und wegen ihrer Höhenlage nicht ganzjährig für landwirtschaftliche Zwecke zugänglich seien, seien aber Erstwohnungen gleichzustellen, auch wenn die wohnhygienischen Vorschriften der Bauverordnung des Standortkantons nicht eingehalten würden. Die strittigen Alphütten und Maiensässe erfüllten daher die Kriterien von Wohnungen im Sinn des Gesetzes, auch die Konsultation der Orthofotos erlaube keinen anderen Schluss.

#### **D.**

In ihrer Replik vom 27. Januar 2020 hält die Beschwerdeführerin vollumfänglich an ihrer Beschwerde fest. Die Vorinstanz habe erst mit Verfügung vom 26. September 2019 festgestellt, dass die Gesamtzahl der Wohnungen im Wohnungsinventar unvollständig aufgeführt sei und deshalb ein Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 Prozent anzunehmen sei. Sie habe vorgängig keine Möglichkeit erhalten, zu dieser Behauptung Stellung zu nehmen. Zudem seien die fraglichen Räumlichkeiten weder zur Wohnnutzung geeignet, noch verfügten alle über eine Kocheinrichtung. Die landwirtschaftlich genutzten Räumlichkeiten, die tatsächlich zur Wohnnutzung geeignet seien und auch zu diesen Zwecken genutzt würden, seien von ihr als «für Alpwirtschaftliche Zwecke genutzt» registriert worden. Nur die Wohnungen, die nicht für Wohnzwecke geeignet seien und auch nicht dafür genutzt würden, habe sie entsprechend als «anders als zum Wohnen genutzt» registriert. Da der Sachverhalt nicht richtig erhoben worden sei und die Fehlerhaftigkeit ihrer Angaben nicht erwiesen sei, sei der Entscheid aufzuheben.

#### **E.**

Mit Eingabe vom 2. März 2020 hält die Vorinstanz an ihrer Stellungnahme vom 30. Dezember 2019 fest.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Die Beschwerde richtet sich gegen eine Verfügung des Bundesamtes für Raumentwicklung gestützt auf das Bundesgesetz über Zweitwohnungen vom 20. März 2015 (Zweitwohnungsgesetz, ZWG, SR 702). Gemäss Art. 20 ZWG richten sich Zuständigkeit, Verfahren und Rechtsschutz unter Vorbehalt der Bestimmungen dieses Gesetzes nach dem Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700). Art. 34 Abs. 1 RPG verweist betreffend die Rechtsmittel an Bundesbehörden auf die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege. Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Da hier keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt und eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG verfügt hat, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **1.2**

**1.2.1** Art. 48 Abs. 1 VwVG enthält die allgemeinen Voraussetzungen für die Beschwerdelegitimation. Die Norm setzt kumulativ voraus, dass die beschwerdeführende Partei am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat beziehungsweise keine Möglichkeit hatte, daran teilzunehmen, dass sie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und dass sie ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Diese Bestimmung ist grundsätzlich auf private Beschwerdeführende zugeschnitten, doch können sich auch Gemeinwesen darauf berufen. Gemeinwesen sind in diesem Sinne legitimiert, wenn sie als materielle Verfügungsadressaten oder Drittbetroffene gleich oder ähnlich wie Private oder aber in spezifischer, schutzwürdiger Weise in der Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe respektive in schutzwürdigen eigenen hoheitlichen Interessen erheblich betroffen sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn einem Entscheid präjudizielle Bedeutung für die öffentliche Aufgabenerfüllung zukommt. Das allgemeine Interesse an der richtigen Rechtsanwendung begründet hingegen keine Beschwerdebefugnis im Sinne dieser Regelung (vgl. BVGer A-5636/2019 vom 11. September 2020 E. 1.2; A-4263/2017 vom 27. August 2018 E. 1.2; BGE 141 II 161 E. 2.1 und 134 I 204 E. 2.3).

**1.2.2** Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Die angefochtene Verfügung verbietet ihr, neue Zweitwohnungen auf ihrem Gebiet zu bewilligen, womit sie in spezifischer, schutzwürdiger

Weise in der Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe direkt und besonders betroffen ist. Die Gemeinde hatte im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung und war damit zur Erhebung der Beschwerde legitimiert.

**1.2.3** Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 VwVG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist somit einzutreten.

### **1.3**

**1.3.1** Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG setzt voraus, dass die Beschwerdeführerin ein aktuelles und praktisches schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat. Ein Rechtsschutzinteresse ist nur dann schutzwürdig, wenn es auch im Zeitpunkt des Entscheides (noch) besteht, da nur unter diesen Umständen der mit der angefochtenen Verfügung verbundene strittige Nachteil noch Bestand hat und durch das Urteil behoben werden kann. Das Interesse an einer Beschwerde wird hingegen nicht mehr als aktuell erachtet, wenn die angefochtene Verfügung im Urteilszeitpunkt keine Rechtswirkung mehr entfaltet. Fällt das schutzwürdige Interesse im Laufe des Verfahrens dahin, wird die Sache als erledigt erklärt (vgl. BGE 137 I 23 E. 1.3.1 und 136 II 101 E. 1.1).

Auf das Rechtsschutzinteresse als Voraussetzung für die Beschwerdelegitimation wird verzichtet, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen könnten, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und deren Beantwortung wegen der grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. BGE 137 I 23 E. 1.3.1; BVerfGE 147 101 vom 27. August 2018 E. 1.2.3.1).

**1.3.2** Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid zwar besonders berührt (vgl. E. 1.2 hiervor), im heutigen Zeitpunkt fehlt ihr aber unter Umständen das aktuelle praktische Interesse an der Beurteilung der Beschwerde, das für die Annahme eines schutzwürdigen Interesses in aller Regel vorausgesetzt wird.

Die angefochtene Verfügung ist Teil des durch Art. 4 f. ZWG und Art. 1 f. der Zweitwohnungsverordnung vom 4. Dezember 2015 (ZWV, SR 702.1) vorgesehenen Verfahrens. Die Gemeinden haben jährlich mit Stichtag

31. Dezember dem Bundesamt für Statistik (BFS) bis spätestens 31. Januar des Folgejahres ihre Einwohnerdaten zu liefern sowie Veränderungen zum Vorjahr durch Anpassung im GWR Rechnung zu tragen. Der per Stichtag geltende Stand des GWR wird als Wohnungsinventar gespeichert. Auf der Grundlage der im GWR auf diese Weise erfassten Daten stellt das ARE für jede Gemeinde jeweils bis zum 31. März fest, ob deren Zweitwohnungsanteil mehr als 20 Prozent beträgt. Tritt dieser Fall ein, informiert die Vorinstanz Ende März die betroffenen Gemeinden über diesen Umstand und gibt sowohl ihnen als auch den Kantonen, in welchen diese liegen, Gelegenheit, innert einem Monat zum Ergebnis Stellung zu nehmen. Innert derselben Frist besteht für die betroffenen Gemeinden die Möglichkeit, selber Korrekturen – z.B. der Nutzungsart – im Wohnungsinventar mit Stand 31. Dezember vorzunehmen. Führt auch eine solche Korrektur nicht dazu, dass der Zweitwohnungsanteil unter 20 Prozent sinkt, so verfügt die Vorinstanz ein Verbot für die Bewilligung von neuen Zweitwohnungen (Art. 5 und 6 ZWG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 ZWV; ARE, Zweitwohnungsverordnung, Erläuterungen, 18. November 2015; ARE, Zweitwohnungsgesetz: Merkblatt Wohnungsinventar, S. 1 ff., <https://www.are.admin.ch/are/de/ho-me/raumentwicklung-und-raumplanung/raumplanungsrecht/zweitwohnungen.html>, aufgerufen am 30. September 2020).

**1.3.3** Aufgrund dieses Verfahrens ist den Gemeinden die Möglichkeit gegeben, das GWR zu revidieren, zu berichtigen respektive zu aktualisieren, weshalb die Rechtsfolgen einer die Vorjahresperiode beschlagenden Verfügung durch den Erlass einer neuen Verfügung binnen Jahresfrist dahinfallen oder – bei unterlassener Massnahme, den Zweitwohnungsanteil unter 20 Prozent zu bringen – weiterdauern können. Sollte die Vorinstanz angesichts des laufenden Beschwerdeverfahrens aber keine neue Verfügung betreffend den Zweitwohnungsanteil der Beschwerdeführerin erlassen haben, hat diese auch im Zeitpunkt des vorliegenden Urteils unverändert ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse an der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung (vgl. BVGer A-5636/2019 vom 11. September 2020 E. 1.3.3). Falls aber die Vorinstanz nach Einreichung der vorliegenden Beschwerde eine neue Verfügung erlassen haben sollte, wäre im Urteilszeitpunkt kein aktuelles Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung mehr gegeben (vgl. BVGer A-4263/2017 vom 27. August 2018 E. 1.2.5).

**1.3.4** Sollte im vorliegenden Fall bereits eine Verfügung erlassen worden sein, wäre aber ohnehin ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen

praktischen Interesses zu verzichten, zumal sich die aufgeworfene Rechtsfrage unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen könnte, eine rechtzeitige Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht im Einzelfall angesichts des Streitgegenstands kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. BGE 136 II 101 E. 1.1 und 135 I 79 E. 1.1). Damit ist zugleich gesagt, dass die nachträgliche Überprüfung einer allenfalls gegenstandslos gewordenen Anordnung sich auf die in Zukunft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erneut stellenden Streitfragen beschränken kann (vgl. BGE 131 II 670 E. 1.2).

## **2.**

**2.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe sie in der Einladung zur Stellungnahme vom 26. März 2019 darüber orientiert, dass der Zweitwohnungsanteil gemäss Wohnungsinventar neu unter 20 Prozent liege. Auf diesen Angaben beruhe ihre Stellungnahme vom 24. April 2019. Es sei ihr verwehrt geblieben, sich zu der in der Verfügung zum Ausdruck gebrachten gegenteiligen Auffassung der Vorinstanz, der Zweitwohnungsanteil liege über 20 Prozent, zu äussern.

**2.2** Im Verwaltungsprozess gilt der Untersuchungsgrundsatz. Die Behörde ermittelt den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 12 VwVG), wobei den Parteien unter Umständen Mitwirkungspflichten obliegen (Art. 13 VwVG). Die Mitwirkungspflicht gilt für Tatsachen, welche eine Partei besser kennt als die Behörden und welche diese ohne Mitwirkung der Partei gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben könnte. Allerdings muss den Mitwirkungspflichten eine Aufklärungspflicht der Behörden gegenüberstehen: Die Verwaltungsbehörden haben die Betroffenen darüber zu informieren, worin die Mitwirkungspflichten bestehen und insbesondere welche Beweismittel sie beizubringen haben, es sei denn, die Verfahrensbeteiligten hätten Kenntnis davon, dass es sich um eine entscheidrelevante Tatsache handelt (vgl. BVGer A-4263/2017 vom 27. August 2018 E. 2.2.1 m. H.; BGE 132 II 115 E. 3.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 1.49 ff. und 3.120).

**2.3** Die Parteien haben im Verwaltungsverfahren und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] und Art. 29 ff. VwVG). Das rechtliche Gehör umfasst diverse Teilgehalte, so das Recht auf Informationen über den Verfahrens-

ausgang, die Möglichkeit sich zu äussern, bevor entschieden wird, und dabei angehört zu werden, das Recht auf Akteneinsicht sowie auf einen begründeten Entscheid (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 488).

Gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG hört die Behörde die Parteien an, bevor sie verfügt. Das darüber hinaus nicht erwähnte Recht auf Orientierung als Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör bezieht sich zur Hauptsache auf jene Informationspflichten der Behörden, die den Beteiligten die Wahrnehmung ihrer Äusserungs- und Mitwirkungsrechte erst ermöglichen (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 491). Sein Umfang kann sich aus den mit Art. 29 Abs. 2 BV übereinstimmenden Spezialgesetzen ergeben (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.80, 3.84). Es umfasst unter anderem das Recht, über den Umfang und die Tragweite der vorzunehmenden Sachverhaltsabklärung informiert zu werden, und in diesem Zusammenhang insbesondere den Anspruch, grundsätzlich über neu beigezogene, neu bestellte oder neu hinzugekommene entscheidenderhebliche Beweismittel in Kenntnis gesetzt zu werden (vgl. BVGer A-7920/2016 vom 29. Januar 2018 E. 3.2 m.H.). Dies ist auch der Fall, wenn die Behörde einen Entscheid mit einer völlig neuen, von den Parteien in keiner Weise zu erwartenden Begründung versehen will (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 487; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. 2016, Rz. 1011).

**2.4** Gemäss Art. 2 Abs. 3 ZWV kann die Vorinstanz von Amtes wegen die von der Gemeinde gelieferten Daten überprüfen. Sind die Angaben der Gemeinde zur Nutzungsart im GWR lückenhaft, informiert sie die betreffende Gemeinde sowie den Kanton und setzt der Gemeinde eine Frist, um die entsprechenden Angaben (inkl. Ermittlung der den Erstwohnungen gleichgestellten Wohnungen) im eidgenössischen GWR zu ergänzen. Falls die Gemeinde trotz der nachgereichten Ergänzungen voraussichtlich einen Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent erreichen wird, wird ihr und dem betreffenden Kanton eine Frist von 30 Tagen gesetzt, um zu den Grundlagen der Berechnung des Zweitwohnungsanteils Stellung nehmen zu können (vgl. ARE, *Zweitwohnungsverordnung, Erläuterungen zu Art. 2 Abs. 3 ZWV*, 18. November 2015).

## **2.5**

**2.5.1** Aus den Akten geht hervor, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 26. März 2019 dazu eingeladen hat, zum Woh-

nungsinventar, aus dem sich ein Zweitwohnungsanteil von unter 20 Prozent errechnen lasse, innert 30 Tagen Stellung zu nehmen. Gleichzeitig gab sie ihr die Möglichkeit, innerhalb dieser Frist Korrekturen am Wohnungsinventar mit Stand 31. Dezember 2018 vorzunehmen. Sie wies zudem darauf hin, dass weiterhin ein Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent gelten und die einschränkenden Regeln des ZWG angewendet würden, falls die Beschwerdeführerin keine Stellungnahme einreiche.

**2.5.2** Für die Einreichung der Stellungnahme erhielt die Beschwerdeführerin ein Dokument mit dem Titel «Formular Stellungnahme zum Wohnungsinventar», das die Datenlage entsprechend präsentierte (vgl. Beschwerde Beilage 3). Daraus geht hervor, dass der Zweitwohnungsanteil von 22.07 Prozent im Jahr 2018 neu auf 18.01 Prozent im Jahr 2019 gesunken sei. Unter der Rubrik «anders als zum Wohnen genutzt» wurden für das Jahr 2018 insgesamt 56 und im Folgejahr 58 Gebäude erfasst.

**2.5.3** Am 24. April 2019 reichte die Beschwerdeführerin das Formular ein, mit dem sie die Korrektheit des Wohnungsinventars bestätigte.

**2.5.4** In der Folge überprüfte die Vorinstanz die Angaben mittels Orthofotos (vgl. Anhang der angefochtenen Verfügung). Aus der Bildlegende gehe hervor, dass die mit Pfeilen versehenen Gebäude im Wohnungsregister nicht als Gebäude mit Wohnnutzung erfasst seien, obwohl eine Wohnnutzung möglich scheine. Im Weiteren würden die mit roten Kreuzen markierten Gebäude auf nicht nachvollziehbare Weise im Register unter der Rubrik WNART 3030 geführt (WNART 3030 ist der Code für die Rubrik «zweckentfremdet [anders als zum Wohnen genutzt gem. Art. 2 Abs. 3 Bst. h ZWG]»; vgl. BFS Merkblatt zur Registerführung «Wie wird das Merkmal <Nutzungsart der Wohnung> geführt?», <https://www.housingstat.ch/de/benutzerhilfen/wnart.html>, aufgerufen am 30. September 2020).

**2.6** Demnach wurde der Beschwerdeführerin zwar Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Aus dem Schreiben der Vorinstanz und dem Formular konnte sie aber nicht herauslesen, dass sich die Berechnungsgrundlage ändern werde. In der Einladung zur Stellungnahme hielt die Vorinstanz vielmehr fest, es sei aufgrund der von ihr berechneten Zweitwohnungsanteilen davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin per Stichtatum 31. Dezember 2018 neu einen Zweitwohnungsanteil von unter 20 Prozent aufweise. Hinzu kommt, dass sich der anhand des Wohnungsinventars errechnete Zweitwohnungsanteil im Vergleich zum Vorjahr nicht aufgrund von geänderten Angaben in der strittigen Rubrik «anders als zum Wohnen

genutzt» verringert haben kann, da sich die Anzahl der fraglichen Gebäude mit einer Erhöhung von 56 auf 58 kaum verändert hat. Es ist daher für die Beschwerdeführerin nicht erkennbar gewesen, dass die diesbezüglichen Angaben Anlass für Beanstandungen sein könnten. Die Vorinstanz bemängelte aber in der angefochtenen Verfügung zirka 30 Gebäude, die unter diese Rubrik fallen. Konkret führte sie aus: «Im Urbach-, im Gadmer- sowie im Gental sind viele Gebäude der Nutzungsart <anders als zum Wohnen genutzt> zugeordnet. Ein Teil von ihnen dürfte als Zweitwohnungen genutzt werden. Ihre Nutzung müsste deshalb genauer überprüft werden».

**2.7** In der angefochtenen Verfügung hielt die Vorinstanz zudem in aktenwidriger Weise fest, sie habe die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 26. März 2019 darauf aufmerksam gemacht, dass der Zweitwohnungsanteil voraussichtlich über 20 Prozent liegen werde. Sie hat aber – wie oben dargestellt – in dem Schreiben darauf hingewiesen, dass der Zweitwohnungsanteil voraussichtlich bei 18 Prozent liegen werde und Frist zur Stellungnahme eingeräumt. Auch in der Vernehmlassung verkennt die Vorinstanz, dass sie mit dem Schreiben einen voraussichtlichen Zweitwohnungsanteil von unter statt von über 20 Prozent kommuniziert hat. Demnach gründet ihre Verfügung in der Frage der strittigen Einhaltung jener Verfahrensmodalitäten, die der Wahrung des rechtlichen Gehörs dienen, auf einer unrichtigen Sachverhaltsfeststellung.

**2.8** Aus dem Dargelegten folgt, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin vor Erlass der Verfügung über die Lückenhaftigkeit der Angaben zur Nutzungsart im GWR hätte in Kenntnis setzen müssen, um den Anforderungen an die Gewährung des rechtlichen Gehörs zu genügen (vgl. E. 2.3 und 2.4 hiervor). Dies ist vorliegend aber nicht geschehen. Ohne Kenntnis über die Lückenhaftigkeit konnte die Beschwerdeführerin auch nicht davon ausgehen, dass der Zweitwohnungsanteil voraussichtlich über 20 Prozent liegen werde, wodurch ihr die Mitwirkung an der Sachverhaltsfeststellung verwehrt geblieben ist. Sie hatte deshalb keine Möglichkeit, Ausführungen zu machen, Beweisanträge zu stellen, diese zu begründen oder Beweismittel einzureichen. Mit diesem Vorgehen hat die Vorinstanz den Anspruch auf rechtliches Gehör schwerwiegend verletzt.

### **3.**

**3.1** Nach Prüfung der Akten- und Rechtslage ist die Beschwerde daher gutzuheissen und die angefochtene Verfügung wegen einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Die Verletzung dieses Rechts führt

ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Vorbehalten bleiben praxisgemäss Fälle, in denen die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht besonders schwer wiegt und dadurch geheilt wird, dass die Partei, deren rechtliches Gehör verletzt wurde, sich vor einer Instanz äussern kann, welche sowohl Tat- als auch Rechtsfragen uneingeschränkt überprüft. Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs aber dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wäre. Der betroffenen Partei dürfen durch die Heilung keine unzumutbaren Nachteile entstehen (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2; 116 V 182 E. 3d; 137 I 195 E. 2.3.2; BVGE 2017 I/4 E. 4.2 m. H.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.110 ff.).

**3.2** Eine nachträgliche Heilung der Verfahrensmängel, die sich aus der fehlenden Möglichkeit der Beschwerdeführerin zur Äusserung ergeben, kommt vorliegend nicht in Betracht. Es geht um die Beurteilung örtlicher Verhältnisse, mit denen die Vorinstanz besser vertraut ist und wozu spezifische Fachkenntnisse notwendig sind (vgl. BVGE 2008/10 E. 4; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1052). Für das Bundesverwaltungsgericht dürfte es mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein, zu klären, ob es sich bei den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Bauten um dauernd für einen anderen Zweck als das Wohnen genutzte Wohnungen handeln und daher eine Einstufung gemäss Art. 2 Abs. 3 Bst. h ZWG in Frage kommen könnte. Die Vorinstanz ist als Fachbehörde besser geeignet, die diesbezügliche Entscheidungsgrundlage zu schaffen sowie die vorgelegten Beweise zu prüfen und zu würdigen. Festzuhalten ist auch, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Hauptbegehren ausdrücklich die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt hat und in der Replik an dem Hauptbegehren festgehalten hat, obwohl sie von der Vorinstanz in der Vernehmlassung auf die Möglichkeit hingewiesen wurde, die beanstandete Einordnung der strittigen Bauten in die Rubrik «anders als zum Wohnen genutzt» durch die Bekanntgabe der tatsächlichen Nutzungsart nachvollziehbarer zu gestalten. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin ein grösseres Interesse an einem korrekt geführten vorinstanzlichen Verfahren als an einem raschen Entscheid hat (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.113). Auf diese Weise bleibt der

Beschwerdeführerin auch der Instanzenzug erhalten. Unter diesen Gesichtspunkten kann die obgenannte schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht als im Beschwerdeverfahren geheilt gelten.

#### **4.**

Die Verfügung vom 26. September 2019 wird wegen einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben. Für den Fall, dass zwischenzeitlich noch keine neue Verfügung betreffend den Zweitwohnungsanteil erlassen wurde (vgl. E. 1.3.3 hiervor), hat die Vorinstanz nach allfälliger Ergänzung und Würdigung der Beweislage sowie unter Wahrung der Parteirechte der Beschwerdeführerin über die Sache neu zu befinden. In Bezug auf den beantragten Augenschein bleibt es der Vorinstanz überlassen, festzulegen, wie sie zu einer ausreichenden Entscheidungsgrundlage gelangen kann und ob dafür allenfalls eine Begehung notwendig erscheint.

#### **5.**

**5.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da es sich um eine Bundesbehörde handelt, sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**5.2** Der unvertretenen Beschwerdeführerin sind keine verhältnismässig hohen Kosten entstanden, weshalb ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung der Vorinstanz vom 26. September 2019 im Sinne der Erwägungen aufgehoben.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ARE-241.51-02-53; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Jürg Steiger

Anna Wildt

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: