



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr,
Energie und Kommunikation UVEK

Bundesamt für Raumentwicklung ARE

**Umsetzung des Gesetzgebungsauftrags zum
Ausgleich von Planungsvorteilen
(Art. 5 und Art. 38 ~~a~~ Abs. 5 RPG)**

Kanton Zürich

Prüfungsbericht

Ittigen, 27. Oktober 2020

INHALTSVERZEICHNIS

A. Ausgangslage.....	3
I. Gegenstand der Prüfung	3
II. Prüfungsmassstab und Stellenwert der Prüfung.....	3
B. Prüfung.....	3
III. Objekt und Bemessung der Abgabe	3
a) Grundsatz.....	3
1. Freihalte- und Erholungszonen.....	4
2. Befreiung von Gemeinwesen (Art. 5 Abs. 1 ^{quinquies} Bst. a RPG)	4
3. Ungünstiges Verhältnis zwischen Abgabbeertrag und Erhebungsaufwand (Art. 5 Abs. 1 ^{quinquies} Bst. b RPG).....	5
b) Details der Bemessung der Abgabe.....	5
4. Regelung der Bemessung des Mehrwerts in der MAV	5
5. Artikel 5 Absatz 1 ^{quater} RPG	5
6. Artikel 5 Absatz 1 ^{sexies} RPG	5
c) Vollzugsprobleme, die faktisch auf einen Verzicht auf die Abgabe herauslaufen könnten	5
IV. Fälligkeit und Bezug der Abgabe	5
V. Verwendung der Abgabe.....	6
C. Anträge.....	6

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit haben wir auf die Nennung der männlichen und weiblichen Form verzichtet.
Es sind selbstverständlich immer beide Geschlechter gemeint.

A. AUSGANGSLAGE

I. Gegenstand der Prüfung

Gegenstand der Prüfung bildet die Frage, ob der Kanton Zürich mit dem *Mehrwertausgleichsgesetz vom 28. Oktober 2019* (MAG) und der *Mehrwertausgleichsverordnung vom 30. September 2020* (MAV) den Gesetzgebungsauftrag von Artikel 5 des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700) soweit umgesetzt hat, dass er nicht mehr unter die Sanktion nach Artikel 38a Absatz 5 RPG fällt und mit dem auf den 1. Januar 2021 vorgesehenen Inkrafttreten aus dem Anhang der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1) gestrichen werden kann.

II. Prüfungsmasstab und Stellenwert der Prüfung

Es ist nicht Sinn und Zweck von Artikel 38a Absatz 5 RPG, die abschliessende Rechtmässigkeitskontrolle des kantonalen Ausführungsrechts zu Artikel 5 Absätze 1-1^{sexies} RPG auf den Bundesrat zu übertragen. Diese bleibt vielmehr der Justiz, insbesondere dem Bundesgericht, vorbehalten. Es ist nicht auszuschliessen, dass das Bundesgericht im Rahmen einer abstrakten oder konkreten Normenkontrolle zum Schluss kommt, eine kantonale Ausgleichsregelung erfülle die bundesrechtlichen Voraussetzungen nicht, und sich bezüglich der Rechtsfolgen an Artikel 38a Absatz 5 RPG anlehnt.

Der Entscheid des Bundesrats, einen Kanton nicht im Sinne von Artikel 52a Absatz 5 RPV im entsprechenden Anhang der RPV zu bezeichnen bzw. ihn daraus zu streichen, darf nicht als Bescheinigung der Rechtmässigkeit sämtlicher Ausführungsbestimmungen zu Artikel 5 RPG verstanden werden. Dies ergibt sich aus der Kompetenzverteilung zwischen dem Bundesrat und den Gerichten. Der Bundesrat auferlegt die in Artikel 38a Absatz 5 RPG enthaltene Sanktion nur jenen Kantonen, bei denen die Gesetzgebung mit einer gewissen Schwere von den Vorgaben in Artikel 5 RPG abweicht.

Über die Mindestvorgaben in Artikel 5 Absätze 1^{bis}-1^{sexies} RPG hinaus regelt das kantonale Recht gestützt auf Artikel 5 Absatz 1 RPG, der bereits seit dem 1. Januar 1980 gilt, ganz allgemein einen angemessenen Ausgleich für erhebliche Vor- und Nachteile, die durch Planungen im Sinne des Raumplanungsgesetzes entstehen. Bei der Ausgestaltung von Ausgleichsvorschriften, die über die bundesrechtlichen Mindestvorgaben hinausgehen, verfügen die Kantone über einen grossen Ermessensspielraum (s. Stellungnahme des Bundesrats zur Motion Egloff, M 17.3589: Für eine Raumplanung und Mehrwertabgabe mit Augenmass). Dementsprechend hat sich das ARE konsequent nicht zu Regelungen für Abgaben auf Um- und Aufzonungen geäussert. Dies wird auch im vorliegenden Fall so gehandhabt.

B. PRÜFUNG

III. Objekt und Bemessung der Abgabe

a) Grundsatz

Nach Artikel 5 Absatz 1^{bis} erster und dritter Satz RPG gestaltet das kantonale Recht den Ausgleich so, dass mindestens Mehrwerte bei neu und dauerhaft einer Bauzone zugewiesenem Boden mit einem Satz von mindestens 20 Prozent ausgeglichen werden.

Nach § 2 Absatz 1 Buchstabe a MAG in Verbindung mit § 4 Absatz 1 MAG erhebt der Kanton auf Einzonungen eine Mehrwertabgabe von 20 Prozent des Mehrwerts. Als Einzonung gilt nach § 1 Buchstabe b MAG die Ausscheidung einer neuen Bauzone im Sinne von § 48 des *Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975* des Kantons Zürich (PBG; LS 700.1) oder die Festsetzung eines Gestaltungsplans im Sinne von § 84 Absatz 2 PBG. Von § 48 PBG nicht erfasst werden die kantonalen und regionalen Freihaltezonen nach §§ 39 ff. PBG und die kommunalen Freihalte- und Erholungszonen nach §§ 61 ff. PBG.

1. *Freihalte- und Erholungszone*

Innerhalb des RPG gilt nach Auffassung des ARE ein einheitlicher Bauzonenbegriff. Was als Bauzone nach Artikel 15 RPG gilt, muss auch im Bereich der Mehrwertabschöpfung (Art. 5 RPG) und im Zusammenhang mit der Regelung der Ausnahmen (Art. 23 ff. RPG) als Bauzone gelten. Soweit Freihalte- und Erholungszone nach zürcherischem Recht nicht als Bauzone gelten, hat dies von Bundesrechts wegen zur Folge, dass in solchen Zonen bei allen Bauvorhaben zwingend eine kantonale Behörde entscheiden muss, ob sie zonenkonform sind oder ob für sie eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann (Art. 25 Abs. 2 RPG). Die Aussage, die Bewilligungszuständigkeit in einer Freihalte- oder Erholungszone stehe allein einer kommunalen Behörde zu, ist daher von Bundesrechts wegen gleichzusetzen mit der Aussage, es handle sich um eine Bauzone – auch im Kontext von Artikel 5 RPG.

Dies ist nicht nur die Rechtsauffassung des ARE (die u.a. in der ARE-Publikation «Minimale Geodatenmodelle – Bereich Nutzungsplanung», Version 1.1 mit techn. Änderungen vom 16.02.2017 zum Ausdruck kommt), sondern auch des Bundesrates im Rahmen seiner Praxis zu Artikel 38a Absätze 4 und 5 RPG. Im Moment bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das Bundesgericht dieser Rechtsauffassung nicht folgen würde. Sie ist daher auch dem vorliegenden Prüfungsbericht zugrunde zu legen.

Bei der Würdigung der Regelung des Kantons Zürich ist zu berücksichtigen, dass das Bundesrecht Ausnahmen zulässt.

Ausdrücklich Gebrauch gemacht hat der Kanton von der Ausnahmemöglichkeit von Artikel 5 Absatz 1^{quinquies} Buchstabe b RPG (s. unten Ziff. 2). Wo diese Ausnahme zur Anwendung kommt, ist daher die oben beschriebene Einschränkung des Anwendungsbereichs nicht zu beanstanden.

Von Artikel 5 Absatz 1^{quinquies} Buchstabe a RPG hat der Kanton nicht explizit Gebrauch gemacht (s. unten Ziff. 1). Im Ergebnis bewirkt die oben beschriebene Einschränkung des Anwendungsbereichs der Mehrwertabgabe allerdings eine derartige Abgabebefreiung der Gemeinwesen. Dies in jenen Fällen, in denen ein Gemeinwesen abgabepflichtig wäre. Auch in diesen Fällen ist die Einschränkung des Anwendungsbereichs daher nicht zu beanstanden.

Es verbleiben Fälle, in denen der Kanton die Mehrwertabgabe erheben muss: nämlich dann, wenn (kumulativ) Land, das bisher zu einer Nichtbauzone gehörte, einer Freihalte- oder Erholungszone zugewiesen wird, wenn in der neuen Zone Artikel 25 Absatz 2 RPG nicht zur Anwendung gelangen soll, wenn nicht ein Gemeinwesen Schuldner einer allfälligen Mehrwertabgabe wäre und wenn Artikel 5 Absatz 1^{quinquies} Buchstabe b RPG nicht zur Anwendung gelangt.

Das hier dargelegte Problem steht einer Entlassung des Kantons aus dem Anwendungsbereich von Artikel 38a Absatz 5 RPG nicht entgegen. Es genügt, einerseits den Kanton zu verpflichten, in den – voraussichtlich wenigen – Anwendungsfällen die Erhebung der Mehrwertabgabe sicherzustellen. Andererseits ist von ihm zu verlangen, Entscheide, mit denen entsprechende Zonen geschaffen werden, dem ARE zu eröffnen.

2. *Befreiung von Gemeinwesen (Art. 5 Abs. 1^{quinquies} Bst. a RPG)*

Soweit ersichtlich, macht der Kanton von der nach Artikel 5 Absatz 1^{quinquies} RPG möglichen Befreiung von Gemeinwesen nicht explizit Gebrauch (zur impliziten Anwendung der Bestimmung s. oben, Bst. a). Dies steht ihm frei.

Vorbehalten bleibt eine allfällige Befreiung des Bundes von der Abgabe durch andere Bestimmungen des Bundesrechts, wie sie z. B. Artikel 62d des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010) enthält.¹

3. *Ungünstiges Verhältnis zwischen Abgabbeertrag und Erhebungsaufwand*
(Art. 5 Abs. 1^{quinquies} Bst. b RPG)

Nach § 4 Absatz 2 MAG wird keine Abgabe erhoben, wenn der Mehrwert weniger als 30 000 Franken beträgt. Diese Ausnahme bewegt sich innerhalb des Rahmens von Artikel 5 Absatz 1^{quinquies} Buchstabe b RPG, wonach das kantonale Recht von der Erhebung der Abgabe absehen kann, wenn der voraussichtliche Abgabebetrag in einem ungünstigen Verhältnis zum Erhebungsaufwand steht.

b) Details der Bemessung der Abgabe

4. *Regelung der Bemessung des Mehrwerts in der MAV*

Gemäss § 3 Absatz 4 MAG regelt der Regierungsrat die Bemessung des Mehrwerts in einer Verordnung. Die entsprechenden Bestimmungen in den §§ 6 ff. MAV erscheinen als bundesrechtskonform.

5. *Artikel 5 Absatz 1^{quater} RPG*

Artikel 5 Absatz 1^{quater} RPG bestimmt:

Für die Bemessung der Abgabe ist der bei einer Einzonung errechnete Planungsvorteil um den Betrag zu kürzen, welcher innert angemessener Frist zur Beschaffung einer landwirtschaftlichen Ersatzbaute zur Selbstbewirtschaftung verwendet wird.

Diese Bestimmung wird in § 3 Absatz 3 MAG umgesetzt und die Frist auf drei Jahre festgelegt. Diese Frist erscheint angemessen.

6. *Artikel 5 Absatz 1^{sexies} RPG*

Artikel 5 Absatz 1^{sexies} RPG wird in § 221 Absatz 1 Buchstabe f des *Steuergesetzes vom 8. Juni 1997* des Kantons Zürich (LS 631.1) umgesetzt, wonach der geleistete Mehrwertausgleich für Planungsvorteile als Aufwendung bei der Grundstückgewinnsteuer anrechenbar ist.

c) Vollzugsprobleme, die faktisch auf einen Verzicht auf die Abgabe herauslaufen könnten

Die Vorgaben von Artikel 5 RPG können nicht nur durch fehlende gesetzliche Grundlagen zum Mehrwertausgleich oder durch unzulässige Ausnahmen verletzt werden, sondern auch durch Probleme im Vollzug. Theoretisch sind Vollzugsprobleme wohl auch bei der Festsetzung der Abgabe denkbar. Die grösseren Risiken dürften jedoch im Bereich des Bezugs nach Eintritt der Fälligkeit liegen. Derartige Vollzugsprobleme können den Grundsatz des Mehrwertausgleichs mindestens so fundamental in Frage stellen wie gewisse Ausnahmen von der Abgabepflicht. Die Kantone werden entsprechende Kontrollen zu führen und den Bundesbehörden bei Bedarf Auskunft darüber zu erteilen haben.

IV. **Fälligkeit und Bezug der Abgabe**

Gemäss Artikel 5 Absatz 1^{bis} zweiter Satz RPG wird der Ausgleich bei der Überbauung des Grundstücks oder dessen Veräusserung fällig. «Überbauung» ist ein Begriff des Bundesrechts. Bauliche Massnahmen, die einer Überbauung gleichkommen, bewirken die Fälligkeit der Abgabe. Davon kann das kantonale Recht keine Ausnahmen vorsehen. Umgekehrt lösen Vorkehren, die nicht eine Überbauung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1^{bis} zweiter Satz RPG darstellen, die Fälligkeit nicht aus.

¹ Vgl. BGE 121 II 138

Nach § 10 Absatz 1 zweiter Satz MAG lösen «geringfügige bauliche Massnahmen» die Fälligkeit nicht aus. Bei Einzonungen wird dieser unbestimmte Gesetzesbegriff in § 20 MAV wie folgt umschrieben:

¹ Als geringfügige bauliche Massnahmen gemäss § 10 Abs. 1 MAG gelten Erweiterungen der anrechenbaren Geschossfläche gemäss § 255 PBG innerhalb des bestehenden Gebäudes von weniger als 100 m² sowie Sanierungen.

² Die Erweiterung der bestehenden Gebäudfläche gilt nicht als geringfügige bauliche Massnahme gemäss § 10 Abs. 1 MAG.

§ 20 MAV erscheint als vereinbar mit Artikel 5 Absatz 1^{bis} zweiter Satz RPG. Sollte eine gerichtliche Instanz zum Schluss kommen, dass auch Erweiterungen innerhalb des bestehenden Gebäudes die Fälligkeit auslösen, wäre die MAV bzw. die Praxis dazu anzupassen.

V. Verwendung der Abgabe

Die Verwendung der Abgabe wird in §§ 14 ff. MAG und in §§ 32 ff. MAV geregelt. Die entsprechenden Bestimmungen erscheinen als bundesrechtskonform.

C. ANTRÄGE

Aufgrund der zur Prüfung eingereichten Unterlagen wird dem UVEK zuhanden des Bundesrats beantragt:

- die Änderung der Raumplanungsverordnung (RPV) gutzuheissen (Aufhebung von Ziffer 4 des Anhangs zur RPV) und sie auf den 1. Januar 2021 in Kraft zu setzen;
- dem Kanton Zürich folgende Pflichten als gegenüber den Rechtsfolgen von Artikel 38a Absatz 5 RPG und Artikel 52a Absatz 5 RPV mildere Massnahmen aufzuerlegen:
 - Dem ARE sind Entscheide betreffend die Zuweisung von Land aus einer Nichtbauzone in eine Freihalte- oder Erholungszone, in der Baugesuche nicht nach den Grundsätzen des Bauens ausserhalb der Bauzonen (Art. 25 Abs. 2 RPG) beurteilt werden, zu eröffnen, wenn Schuldner einer allfälligen Mehrwertabgabe nicht Gemeinwesen wären.
 - Der Kanton stellt sicher, dass in derartigen Fällen die Mehrwertabgabe erhoben wird, unter Vorbehalt von Artikel 5 Absatz 1^{quinquies} Buchstabe b RPG.

Bundesamt für Raumentwicklung
Die Direktorin

sig. Lezzi

Dr. Maria Lezzi