

MEHRWERTAUSGLEICH BEI UM- UND AUFZONUNGEN: BUNDESGERICHT SCHAFFT VIELE UNKLARHEITEN

Practice Group Bau- und Immobilienrecht

A) Ausgangslage

Das Bundesgericht hat in zwei kürzlich ergangenen Urteilen ([BGE 147 I 225](#) [«Münchenstein II»] und BGer, [Urteil 1C_233/2021](#) vom 5. April 2022 [«Meikirch»]) festgehalten, dass die Kantone resp. die Gemeinden nicht auf einen Mehrwertausgleich bei Auf- und Umzonungen verzichten dürfen. Ein Verzicht auf den Mehrwertausgleich bei Auf- und Umzonungen ist seither deshalb nicht mehr rechtmässig resp. verstösst gegen das Bundesrecht (Art. 5 RPG). Nach Meinung des Bundesgerichts verlange nämlich die Bestimmung von Art. 5 Abs. 1 RPG von den Kantonen explizit mit gesetzlichen Regelungen auch bei Um- und Aufzonungen für einen angemessenen Ausgleich erheblicher Vorteile zu sorgen. Dieser Gesetzgebungsauftrag kann entweder durch die Kantone selbst oder durch die Gemeinden erfüllt werden. Gibt der Kanton den Gesetzgebungsauftrag allerdings an die Gemeinden weiter, so entbindet ihn dies nicht von der Pflicht, die Erfüllung zu überwachen und durchzusetzen.

B) Regelung im Kanton Zürich

Der Mehrwertausgleich ist im Kanton Zürich im Mehrwertausgleichsgesetz (MAG) geregelt. In diesem (vgl. § 2 Abs. 1 MAG) ist, wie in den Gesetzen vieler anderer Kantone auch, aber nur ein Mehrwertausgleich bei Einzonungen vorgesehen, nicht jedoch auch bei Um- und Aufzonungen. Den Ausgleich von Planungsvorteilen, die durch Auf- oder Umzonungen entstehen, überlässt § 19 Abs. 1 MAG vielmehr den Gemeinden zur Regelung. Weiter sehen § 19 Abs. 6 und §§ 21 ff. MAG vor, dass der Mehrwertausgleich im Einzelfall auch mittels eines städtebaulichen Vertrags anstelle der Abgabe erfolgen kann.

C) Konsequenzen für Kanton und Gemeinden

Für den Kanton Zürich und dessen Gemeinden aber auch für Grundeigentümer bedeutet diese Rechtsprechung zunächst einmal eine grosse Rechtsunsicherheit. Klar scheint immerhin, dass der Kanton den Ausgleich von Planungsvorteilen, die durch Auf- oder Umzonungen entstehen, wie von § 19 Abs. 1 MAG vorgesehen, weiterhin den Gemeinden zur Regelung überlassen darf. Er hat aber dafür zu sorgen, dass die Gemeinden eine entsprechende Regelung erlassen.

Die Regelung von § 19 Abs. 3 MAG, wonach die Gemeinden eine Abgabe vorsehen können, verstösst somit im Umfang der darin enthaltenen Verzichtsmöglichkeit («können») gegen Art. 5 Abs. 1 RPG.

§ 29 Abs. 4 MAG sieht eine Frist bis 1. März 2025 vor, innert welcher die Gemeinden ihre Bau- und Zonenordnungen entsprechend anzupassen haben. Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist diese Bestimmung nun so zu verstehen, dass die Gemeinden bis dahin einen kommunalen Mehrwertausgleich vorzusehen haben. Wie die Baudirektion nämlich als Reaktion auf diese Rechtsprechung mit Kreisschreiben vom 23. Juni 2022 an sämtliche Gemeinden im Kanton Zürich mitgeteilt hat, werden Vorlagen, welche auf den kommunalen Mehrwertausgleich verzichten, nicht genehmigt. Was jedoch geschieht, wenn eine Gemeinde bis zum Ablauf der Frist keinen kommunalen Mehrwertausgleich vorsieht, ist nicht klar. Das MAG sieht diesbezüglich zumindest keine «Sanktion» vor. Auch hat die Frist grundsätzlich keine Folgen für die Nutzungsplanung; Um- und Aufzonungen können im Prinzip weiterhin wie bis anhin stattfinden, auch wenn eine Gemeinde keinen kommunalen Mehrwertausgleich vorsieht. Es fragt sich allerdings, ob solche Um- und Aufzonungen mit Blick auf die neuste bundesgerichtliche Rechtsprechung tatsächlich noch genehmigt werden dürfen und die diesbezügliche Praxis der Baudirektion noch haltbar ist.

Gemeinden, die einen Mehrwertausgleich vorsehen wollen, wird empfohlen, dies mit einer Teilrevision der Bau- und Zonenordnung (BZO) zu tun, die nur den Mehrwertausgleich betrifft. Für diesen Fall stellt der Kanton den Gemeinden den sog. «Fast-Track» mit einer verkürzten Genehmigungsfrist von 30 Tagen zur Verfügung. Weiter stellt das Amt für Raumentwicklung den Gemeinden Musterbestimmungen zur Regelung des Mehrwertausgleichs zur Verfügung. Um vom «Fast-Track» Gebrauch machen zu können, müssen die Gemeinden diese Musterbestimmungen in ihre Bau- und Zonenordnung übernehmen.

Zur Höhe der Mehrwertabgabe resp. des Abgabesatzes äussert sich Art. 5 Abs. 1 RPG lediglich dahingehend, dass der Ausgleich und damit der Abgabesatz *angemessen* sein muss. Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG sieht zwar sodann einen Mindestsatz von 20% vor, dieser Mindestsatz bezieht sich aber nur auf die Mehrwertabgabe bei Einzonungen. Auch das MAG äussert sich nicht zum Mindestsatz bei Auf- und Umzonungen. § 19 Abs. 3 MAG sieht nur einen Höchstsatz von 40%, jedoch keinen Mindestsatz vor. Die Baudirektion schliesslich erwähnt in ihrem Kreisschreiben, dass ein Abgabesatz von wenigen Prozenten voraussichtlich nicht bundesrechtskonform sei. Zudem habe keine Gemeinde einen Abgabesatz von unter 20% eingeführt. Eine klare Vorgabe betr. Mindesthöhe des Abgabesatzes fehlt aber. Wo die untere Grenze liegt, ist daher unklar.

Die Regelung von § 19 Abs. 6 MAG, wonach der Ausgleich mittels städtebaulicher Verträge anstelle der Abgabe zulässig ist, ist vor dem Hintergrund der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu beanstanden, da nämlich gemäss Bundesgericht zumindest im über den Kernbereich von Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG hinausgehenden Bereich des erweiterten Mehrwertausgleichs nach Art. 5 Abs. 1 RPG (also bei Um- und Aufzonungen) vertragliche Lösungen nicht grundsätzlich ausgeschlossen sind. Sofern eine Gemeinde also in ihrer Bau- und Zonenordnung einen angemessenen Mehrwertausgleich für Um- und Aufzonungen vorsieht, darf sie den Mehrwertausgleich auch mittels städtebaulicher Verträgen mit den Grundeigentümern regeln. Solange sie im kommunalen Recht jedoch keinen Mehrwertausgleich vorsieht, darf sie auch keine städtebaulichen Verträge gemäss § 19 Abs. 6 MAG abschliessen, da ein vertraglicher Ausgleich nur *anstelle* einer Abgabe zulässig ist.

D) Fazit und Ausblick

Die eingangs erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichts hat eine grosse Rechtsunsicherheit ausgelöst. Zwar sind die Gemeinden gemäss der Rechtsprechung verpflichtet, einen Mehrwertausgleich für Um- und Aufzonungen vorzusehen, dessen konkrete Ausgestaltung ist aber in weiten Teilen unklar. Auch sieht das MAG zwar eine Frist für die Einführung einer entsprechenden Regelung vor, knüpft an deren Nichteinhaltung aber keine Konsequenzen. Auch während dem Lauf der Frist kann eine Gemeinde, auch wenn sie keinen Mehrwertausgleich vorsieht, grundsätzlich weiter um- und aufzonen. Vor dem Hintergrund der neusten Rechtsprechung erscheint dies aber zumindest fraglich. Zudem besteht die Gefahr, dass gegen eine solche Um- oder Aufzonung ähnlich wie im Fall Meikirch ein Rechtsmittel erhoben und die entsprechende (Nicht-)Regelung in der BZO als bundesrechtswidrig beurteilt resp. aufgehoben wird.

Die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung ist in der Literatur und in der Politik denn auch auf grosse Kritik gestossen und es sind auf Bundesebene bereits Bemühungen im Gange, die dadurch eingeführte Rechtslage wieder rückgängig zu machen. Zu diesem Zweck hat der Ständerat die Einfügung des Satzes «Vorbehalten bleibt Abs. 1^{bis}» am Ende von Art. 5 Abs. 1 RPG beschlossen, um klarzustellen, dass (wieder) nur noch eine Mehrwertabgabe für Neueinzonungen bundesrechtlich vorgeschrieben ist. Ob und wann diese Gesetzesrevision der-einst einmal in Kraft treten wird, ist zurzeit aber noch ungewiss.

Der Kanton Zürich seinerseits sieht mit Verweis auf die Revision des RPG bis auf Weiteres von einer Änderung des MAG ab.