

ABHANDLUNG ETUDE

Die Mehrwertabgabe nach Art. 142 ff. des revidierten Baugesetzes – Streiflichter auf eine Baustelle

Michael Pflüger*

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage	269
2. Subjektive Abgabepflicht	272
2.1 Schuldner der Abgabe im Allgemeinen	272
2.2 Bei Mit- und Gesamteigentum im Besonderen	273
2.3 Zur Abgabepflicht bei Rechtsnachfolge	276
3. Abgabetatbestände	279
3.1 Einzonung	279
3.2 Umzonung und Aufzonung	280
4. Höhe der Abgabe	283
4.1 Im Allgemeinen	283
4.2 Staffelung des Abgabesatzes bei Einzonungen	284
4.3 Anpassung der Abgabe an die Teuerung?	286
4.4 Zulässigkeit von Sachleistungen?	287
5. Fälligkeit der Abgabe	290
5.1 Fälligkeit erst mit Realisierung des Mehrwerts	290
5.2 Teilfälligkeit	293
6. Verfahren	295
6.1 Verfügungsform	295
6.2 Verfahren auf Erlass der Abgabeverfügung	296
6.3 Beschwerdebefugnis des Kantons gegen kommunale Abgabeverfügungen?	297
7. Sicherung der Abgabe	298
8. Verteilung und Verwendung der Erträge	299
9. Schlussfolgerungen und Ausblick	300

* Dr. iur., Fürsprecher. Der Autor durfte zusammen mit Fürsprecher DR. KARL LUDWIG FAHRLÄNDER unter der Leitung und Verantwortung des Amtes für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) und in Zusammenarbeit mit dem Verband Bernischer Gemeinden das Musterreglement zur Mehrwertabgabe mit den dazugehörigen Erläuterungen verfassen. Der Verfasser gibt hier ausschliesslich seine persönliche Rechtsauffassung wieder. Für die kritische Durchsicht der Arbeit danke ich ganz herzlich Verwaltungsrichter und Fürsprecher MICHEL DAUM, Fürsprecher DR. KARL LUDWIG FAHRLÄNDER und Rechtsanwalt DR. ADRIAN GOSSWEILER.

1. Ausgangslage

Am 1. Mai 2014 ist bekanntlich die von den Eidgenössischen Räten im Juni 2012 beschlossene, umfangreiche *Revision des RPG*¹ in Kraft getreten.² Im Zuge dieser Revision wurde auch Art. 5 des Gesetzes mit dem Randtitel «Ausgleich und Entschädigung» um die Absätze 1^{bis}-1^{sexies} ergänzt. Diese neuen Absätze konkretisieren und verschärfen die in Art. 5 Abs. 1 RPG seit jeher stipulierte Pflicht, wonach das kantonale Recht einen angemessenen Ausgleich für erhebliche Vor- und Nachteile vorzusehen hat, die durch Planungen entstehen. Abs. 1^{bis} sieht vor, dass mindestens Mehrwerte bei neu und dauerhaft einer Bauzone zugewiesenem Boden mit einem Satz von mindestens 20 % ausgeglichen werden müssen und dass der Ausgleich bei der Überbauung oder Veräusserung des Grundstücks fällig wird. Der nachfolgende Abs. 1^{ter} regelt, dass die Erträge (aus den Ausgleichsleistungen) für Entschädigungen aus materieller Enteignung oder für weitere Massnahmen der Raumplanung verwendet werden müssen. Die Absätze 1^{quater}-1^{sexies} stellen weitere Vorgaben für das kantonale Recht auf.

Der Kanton Bern hatte den bundesrechtlichen Vorteilsausgleichsauftrag vor der Revision des RPG auf eine kreative, in der Praxis bewährte Art umgesetzt: Nach dem nunmehr aufgehobenen aArt. 142 BauG³ erfolgte der Ausgleich von Planungsvorteilen zwar grundsätzlich «durch die Steuergesetzgebung», wobei der Grosse Rat wiederholt befand, die Abschöpfung über die Grundstückgewinnsteuer genüge.⁴ Darüber hinaus sah aArt. 142 BauG aber vor, dass sich Grundeigentümer, denen durch Planungsmassnahmen zusätzliche Vorteile verschafft werden, vertraglich verpflichten können, einen angemessenen Anteil des Planungsmehrwerts für bestimmte öffentliche Zwecke zur Verfügung zu stellen.⁵ Solche (öffentlich-rechtliche)⁶ «Mehrwertabschöp-

¹ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz; SR 700).

² AS 2014 899.

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0); die ursprüngliche Fassung des Gesetzes mit aArt. 142 BauG findet sich in BAG 1985 S. 186 ff.

⁴ ZAUGG/LUDWIG, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band II, 3. Aufl., Bern 2010, Art. 142 N. 1; vgl. auch BVR 2010 S. 462 E. 4.1.

⁵ Vgl. zur alten Rechtslage ZAUGG/LUDWIG (Fn. 4), Art. 142 N. 2; URS EYMANN, Die Praxis der Mehrwertausgleichsverträge im Kanton Bern, in Häner/Waldmann (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich 2007, S. 133 ff.

⁶ Vgl. BVR 2012 S. 567 E. 2.3, 1985 S. 315 E. 3.

«*Infrastrukturverträge*»⁷ waren weit verbreitet⁸ und stellten das eigentliche Rückgrat des bernischen Mehrwertausgleichs dar, zumal sich die Grundstückgewinnsteuer für den Ausgleich von Planungsvorteilen nicht wirklich eignet⁹. Als Leistung der Grundeigentümerin oder des Grundeigentümers wurde oftmals ein Geldbetrag vereinbart; daneben waren aber in einzelnen Verträgen auch Sachleistungen (z.B. die Erstellung einer Infrastrukturanlage oder die Abgabe eines Grundstücks) vorgesehen.¹⁰

Die neuen Vorgaben des RPG veranlassten den Kanton Bern dazu, im Rahmen der Revision des BauG¹¹ auch die Mehrwertabschöpfung neu zu regeln. Mit der auf den 1. April 2017 in Kraft getretenen Änderung fand ein eigentlicher Systemwechsel statt: Art. 142 Abs. 1 BauG sieht neu vor, dass Grundeigentümerinnen und -eigentümer, die als Folge einer Planung in den Genuss eines Mehrwerts gelangen, eine Mehrwertabgabe zu entrichten haben; sie wird verfügungsweise festgesetzt (vgl. Art. 142d Abs. 1 BauG). An die Stelle des Dualismus von Grundstückgewinnsteuer und vertraglicher Abschöpfung ist somit nunmehr die Mehrwertabgabe als *eigenständige*, kostenunabhängige und verfügungsweise festzusetzende Kausalabgabe¹² getreten. Der öffentlich-rechtliche Vertrag spielt nur noch bei Materialabbau- und Deponiezonen eine Rolle (Art. 142a Abs. 3 und Art. 142d Abs. 4 BauG); dieser Sonderfall soll aber nachfolgend ausgeklammert bleiben.

Der Grosse Rat hat sich zudem dazu entschieden, im BauG nicht eine kantonsweit einheitliche Mehrwertabgabe zu schaffen, sondern den Gemeinden zahlenmässig zwar wenige, inhaltlich aber substantielle Bereiche zur Regelung zu überlassen.¹³ Konsequenterweise schreibt Art. 142 Abs. 1 BauG vor, dass die Mehrwertabgabe «nach Massgabe dieses Gesetzes und der von den Gemeinden erlassenen Bestimmungen» geschuldet ist, und Abs. 4 dersel-

⁷ Vgl. zu diesem mehrdeutigen Begriff BVR 2010 S. 462 E. 4.2.

⁸ Laut URS EYMANN (Fn. 5), S. 135, machten etwa 70 % der bernischen Gemeinden von der vertraglichen Abschöpfungsmöglichkeit Gebrauch.

⁹ Vgl. statt vieler ZAUGG/LUDWIG (Fn. 4), Art. 142 N. 1 am Ende; ETIENNE POLTIER, in Kommentar RPG, 2016, Art. 5 N. 22.

¹⁰ URS EYMANN (Fn. 5), S. 138.

¹¹ Änderung des Gesetzes vom 9. Juni 2016 (BAG 17-008).

¹² Vgl. zur Rechtsnatur der Mehrwertabgabe statt vieler BGE 142 I 177 E. 4.3.1; BVR 2010 S. 462 E. 4.1; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 57 N. 37 f.; WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, 2006, Art. 5 N. 20 ff.

¹³ Vgl. zur Geschichte der BauG-Revision im Bereich der Mehrwertabgabe ausführlich KATALIN HUNYADY, Baugesetzrevision 2016: Ein Gesetz – Zwei Revisionen, in KPG-Bulletin 2017 S. 2 ff., 21 ff.

ben Bestimmung weist die Gemeinden ausdrücklich an, den Ausgleich von Planungsvorteilen in einem *kommunalen Reglement* (nachfolgend: Mehrwertabgabereglement; MWAR) zu regeln. Verschiedene Berner Gemeinden sind denn auch bereits tätig geworden und haben entsprechende Reglemente erlassen. Das AGR stellt dafür ein Musterreglement mit Erläuterungen¹⁴ zur Verfügung. Die Gemeinden haben im MWAR insbesondere zu regeln, ob sie auch Um- und Aufzonungen mit einer Abgabe belasten wollen (Art. 142a Abs. 2 BauG), und sie haben die Abgabesätze für die verschiedenen Abgabekategorien festzusetzen (Art. 142b Abs. 3 und 4 BauG). Zuständig für den Erlass des Reglements ist der ordentliche, formelle Gesetzgeber in der Gemeinde (Art. 50 Abs. 2 GG¹⁵),¹⁶ wobei der Grosse Rat (stillschweigend) davon ausgegangen ist, dass das MWAR nicht Bestandteil der baurechtlichen Grundordnung bildet und daher nicht dem Planerlassverfahren nach Art. 58 ff. BauG untersteht, sondern dem «normalen» Verfahren für Gemeindereglemente.¹⁷

Dieser Systemwechsel wird in der Praxis zahlreiche, zum Teil knifflige Fragen aufwerfen – zuerst auf der Ebene der Rechtsetzung, später dann bei der Rechtsanwendung. Zu den bundesrechtlichen Anforderungen, welche Art. 5 RPG an die kantonalen Ausgleichssysteme stellt, sind bereits verschiedene wertvolle Publikationen erschienen, die hier nicht wiederholt werden sollen.¹⁸ Der Aufsatz fokussiert vielmehr – in Ergänzung zu den Beiträgen

¹⁴ Nachfolgend bezeichnet als «Muster-MWAR» und «Erläuterungen Muster-MWAR».

¹⁵ Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (BSG 170.11).

¹⁶ Also im Regelfall die Stimmberechtigten oder – in Parlamentsgemeinden – das Parlament. Ist nach der kommunalen Zuständigkeitsordnung der Gemeinderat unter Vorbehalt des fakultativen Referendums für den Erlass von Reglementen zuständig (vgl. dazu JÜRIG WICHTERMANN, in Kommentar zum bernischen GG, 1999, Vorbem. zu Art. 50-60 N. 14), so kann er auch das MWAR erlassen, vgl. KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 23 und Fn. 77; Erläuterungen Muster-MWAR, S. 2. Die Aussage im Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zur Änderung des Baugesetzes und des Dekrets über das Baubewilligungsverfahren, in Tagblatt des Grossen Rates 2016, Beilage 8 (nachfolgend: Vortrag), S. 47, das MWAR müsse ein «Erlass der Stimmberechtigten» sein, beruht auf einem Irrtum.

¹⁷ KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 23; URS EYMANN, Die Mehrwertabgabe nach Art. 142 ff. BauG vom 9. Juni 2016, in KPG-Bulletin 2016, S. 114 ff., 116; Erläuterungen Muster-MWAR, S. 2.

¹⁸ ETIENNE POLTIER (Fn. 9); HEINZ AEMISEGGER, Der Mehrwertausgleich gemäss Art. 5 Abs. 1-Abs. 1^{sexies} RPG, in AJP 2016 S. 632 ff.; BEAT STALDER, Der Ausgleich von Planungsvorteilen – Aufbruch zu neuen Ufern, in Tagungsband Schweizerische Baurechtstagung 2015, S. 75 ff.; URS EYMANN, Grundsätze zur Ermittlung des Planungsmehrwerts nach Art. 5 RPG, in ZBI 2015 S. 167 ff.

von URS EYMANN¹⁹ und KATALIN HUNYADY²⁰ im KPG-Bulletin – auf die konkrete Mehrwertabgabe im Kanton Bern. Nebst einer Darstellung der wichtigsten Grundzüge des neuen Abgabesystems sollen auch einige bis anhin im Schrifttum noch kaum thematisierte Spezialfragen angeschnitten werden. Bei diesen kann es aber nicht darum gehen, eine abschliessende und definitive Antwort zu liefern; das wird Aufgabe der zuständigen Verwaltungsjustizbehörden sein. Ziel ist vielmehr, auf die Problemkreise hinzuweisen und diesbezüglich eine Diskussion anzustossen.

2. Subjektive Abgabepflicht

2.1 Schuldner der Abgabe im Allgemeinen

Die Mehrwertabgaben schulden die *Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer*, wie sich aus Art. 142 Abs. 1 BauG ergibt. Aus der Wendung «[...] die als Folge einer Planung in den Genuss eines Mehrwerts gelangen [...]» lässt sich weiter schliessen, dass die Eigentumsverhältnisse *im Zeitpunkt des Inkrafttretens der den Mehrwert auslösenden Planung* ausschlaggebend sind (und damit nicht zwingend jene im Zeitpunkt, in dem die Abgaben auch verfügt werden).²¹ Diese Lesart wird auch durch die Materialien bestätigt.²² Die Gemeinden werden demnach gut daran tun, die Abgabeverfügungen nach Art. 142d Abs. 3 BauG rasch nach der Rechtskraft der Planung zu erlassen, damit möglichst nicht noch ein Eigentumsübergang zwischen Inkrafttreten der Planung und Verfügungsersatz eintritt.

Im Grundsatz keine Abgabe schulden nach Massgabe von Art. 142 Abs. 2 BauG der Bund, der Kanton und die Gemeinden im Sinn von Art. 2 GG sowie Dritte in Erfüllung von ihnen übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben. Sie sind nur dann abgabepflichtig, wenn planungsbedingte Mehrwerte anfallen auf Grundstücken, die «nicht unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen». Letzteres soll nach den Materialien dann der Fall sein, wenn das Grundstück zum Finanzvermögen gehört.²³ Auf diese «Ausnahme» wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht weiter eingegangen.

¹⁹ URS EYMANN (Fn. 17).

²⁰ KATALIN HUNYADY (Fn. 13).

²¹ BEAT STALDER (Fn. 18), S. 84; ETIENNE POLTIER (Fn. 9), Art. 5 N. 55; URS EYMANN (Fn. 18), S. 174.

²² Vortrag (Fn. 16), S. 46.

²³ Vgl. Vortrag (Fn. 16), S. 46.

2.2 Bei Mit- und Gesamteigentum im Besonderen

Nicht immer gehört eine Liegenschaft einer Person allein (Alleineigentum). Das Sachenrecht des ZGB²⁴ kennt verschiedene Arten gemeinschaftlichen Eigentums, nämlich das (gewöhnliche) Miteigentum nach Art. 646 ff. ZGB, das Stockwerkeigentum als besondere, qualifizierte Form des Miteigentums (Art. 712a ff. ZGB) sowie das Gesamteigentum nach Art. 652 ff. ZGB. Wer schuldet die Mehrwertabgabe in diesen Fällen, und wem sind dementsprechend die (Abgabe-)Verfügungen zu eröffnen? Diese Fragen sind noch weitgehend ungeklärt, zumal sich das BauG dazu nicht explizit äussert. Nachfolgend wird versucht, für die drei Formen des gemeinschaftlichen Eigentums je einen möglichen Lösungsansatz zu skizzieren.

Beim *gewöhnlichen Miteigentum* gehört jedem Miteigentümer ein Bruchteil der Sache, wobei dieser «ohne äusserliche Abteilung» besteht (Art. 646 Abs. 1 ZGB); nicht die Sache selbst ist also (physisch) geteilt, sondern nur die Ausübung des Eigentums daran.²⁵ Art. 649 Abs. 1 ZGB besagt, dass Verwaltungskosten, Steuern und andere Lasten, die aus dem Miteigentum erwachsen oder auf der gemeinschaftlichen Sache ruhen, grundsätzlich von den Miteigentümern im Verhältnis ihrer Anteile getragen werden. Diese Vorschrift beschlägt indes nur das Innenverhältnis; wer im Aussenverhältnis Schulden begleichen muss, regelt sie demgegenüber nicht.²⁶ Die Mehrwertabgabe ist wie gesehen eine öffentlich-rechtliche Kausalabgabe.²⁷ Für öffentlich-rechtliche Kausalabgaben, welche an das ganze Miteigentumsobjekt anknüpfen, bejahen Lehre und Rechtsprechung – was freilich nicht unbestritten ist – im Aussenverhältnis eine Solidarhaftung.²⁸ Folgt man dieser (wohl herrschenden) Sichtweise, so bedeutet dies, dass die *Abgabeverfügung* zwar an alle Miteigentümerinnen und -eigentümer zu adressieren ist, aber jede und jeder von ihnen für die gesamte Abgabeforderung solidarisch haftet und eine Auf-

²⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

²⁵ Statt vieler SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich 2012, N. 723.

²⁶ BGE 117 II 50 E. 5b; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 25), N. 762 und 766.

²⁷ Vgl. Ziff. 1 hiervor sowie Fn. 12.

²⁸ Vgl. etwa Urteil des Verwaltungsgerichts Solothurn vom 11.2.2014, in SOG 2014 Nr. 22 E. 5; Urteil des Tribunal administratif Neuchâtel vom 28.4.1995, in RJN 1995 S. 199 E. 2b; Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden vom 4.3.1975, in PVG 1975 Nr. 12 E. 1; BRUNNER/WICHTERMANN, in Basler Kommentar, 5. Aufl. 2015, Art. 649 ZGB N 5; siehe ferner MICHAEL BEUSCH, Abgaberecht, in Biaggini/Häner/Saxer/Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, N. 22.57 und Fn. 111, wonach «Steuersolidarität» herrscht, wenn mehrere Abgabesubjekte eine Abgabe schulden.

teilung der Forderung auf die einzelnen Personen nach Bruchteilen nicht nötig ist. Der Wortlaut von Art. 142 Abs. 1 BauG mit seinem Plural «Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer, die als Folge einer Planung in den Genuss eines Mehrwerts gelangen», steht einer solchen solidarischen Haftung nicht im Weg. Die Solidarhaftung ist im Dispositiv der Abgabeverfügung zur Klarstellung ausdrücklich anzuordnen.

Stockwerkeigentum ist dahingehend qualifiziertes Miteigentum, dass jedem Miteigentümer nicht nur ein «abstrakter» Bruchteil an der Sache gehört, sondern dass er überdies bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich benutzen und innen ausbauen darf (Art. 712a Abs. 1 ZGB; sog. Sonderrecht).²⁹ Art. 712h Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3 ZGB bestimmen unter dem Marginal «Gemeinschaftliche Kosten und Lasten», dass die den Stockwerkeigentümern insgesamt auferlegten öffentlich-rechtlichen Beiträge und Steuern als gemeinschaftliche Kosten und Lasten gelten und die einzelnen Stockwerkeigentümerinnen diese nach Massgabe ihrer Wertquoten zu tragen haben. Mehrwertabgaben sind solche öffentlich-rechtlichen Lasten, welche die Stockwerkeigentümergeinschaft (und nicht die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile) belasten und in der Lehre als gemeinschaftliche Kosten und Lasten qualifiziert werden.³⁰ Das erscheint zutreffend, lässt sich doch der mit dem Inkrafttreten einer raumplanerischen Massnahme geschaffene Vorteil in aller Regel nicht einer einzelnen Stockwerkeigentumseinheit zuweisen.³¹ Auch die Vorschrift von Art. 712h ZGB beschlägt aber wiederum nur das Innenverhältnis.³² Im Aussenverhältnis ist bei gemeinschaftlichen Kosten und Lasten gestützt auf Art. 712l ZGB die beschränkt handlungs- und vermögensfähige Stockwerkeigentümergeinschaft (unmittelbare und

²⁹ Vgl. statt vieler SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 25), N. 1011.

³⁰ So AMÉDÉO WERMELINGER, Zürcher Kommentar, Teilband IV/1c, 2. Aufl. 2014, Art. 712h N. 60; VALENTIN PICCININ, La propriété par étages en Procès, Diss. Fribourg 2015, N. 594 und 597 f.

³¹ Wird beispielsweise ein zusätzliches Stockwerk erlaubt, so ist damit noch in keiner Weise gesagt, welche Stockwerkeigentümerin(nen) davon profitieren werden, wenn dereinst ein zusätzliches Stockwerk erstellt wird. Es ist denkbar, diesen Vorteil einer einzelnen Eigentümerin allein zukommen zu lassen (z.B. jener, welcher das heutige oberste Geschoss zu Sonderrecht zugewiesen ist). Es ist aber ebenso denkbar, im zusätzlichen Geschoss eine Wohnung für eine neue, heute ausserhalb der Gemeinschaft stehende Person zu realisieren. In diesem Fall würde der Verkauf der neuen Wohnung finanzielle Mittel einbringen, die allen Stockwerkeigentümerinnen zukommen.

³² BGE 111 II 35 E. 4c; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 25), N. 1047 petit.

ausschliessliche)³³ Schuldnerin;³⁴ die einzelnen Stockwerkeigentümerinnen haften nicht unmittelbar solidarisch.³⁵ Das bedeutet nach meiner Ansicht, dass die Mehrwertabgabe als Ganzes, d.h. ungeteilt gegenüber der Stockwerkeigentümergeinschaft verfügt werden muss und diese auch dafür haftet.

Gesamteigentum setzt nach Art. 652 Abs. 1 ZGB voraus, dass die Eigentümerinnen und Eigentümer durch Gesetzesvorschrift oder Vertrag zu einer Gemeinschaft verbunden sind. Erforderlich ist mithin eine vorbestehende personenrechtliche Gemeinschaft zweier oder mehrerer Personen auf gesamthänderischer Grundlage.³⁶ Nach den Regeln dieser dem Gesamteigentum zu Grunde liegenden Gemeinschaft richten sich auch die Rechte und Pflichten der Gesamteigentümer (Art. 653 Abs. 1 ZGB). Je nach Grundlage gelten demnach für Gesamteigentumsverhältnisse andere Regeln, so dass allgemeingültige Aussagen kaum möglich sind. Häufig bildet eine einfache Gesellschaft im Sinn von Art. 530 ff. OR³⁷ die Grundlage für Gesamteigentum. Für die einfache Gesellschaft schreibt Art. 544 Abs. 3 OR vor, dass für gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung einem Dritten gegenüber eingegangene Verpflichtungen alle Gesellschafter solidarisch haften. Gemäss einem Teil der Lehre besteht solidarische Haftung nicht nur bei Forderungen aus Rechtsgeschäften, sondern auch bezüglich Verpflichtungen, die sich von Gesetzes wegen aus der Tatsache des gesellschaftlichen Betriebs ergeben, was auch für öffentlich-rechtliche Abgaben zutreffen kann.³⁸ Für die frühere Warenumsatzsteuer hat das Bundesgericht eine solidarische Haftung denn auch schon früh bejaht.³⁹ Gehört ein Grundstück einer einfachen Gesellschaft, so ist es nach meiner Auffassung zulässig, auch bei der Mehrwertabgabe auf eine solidarische Haftung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter für die ganze Abgabe zu schliessen, was bedeutet, dass gleich wie beim Miteigentum zu verfahren ist.⁴⁰ Eine andere Lösung scheint mir denn auch kaum möglich, bestehen doch beim Gesamteigentum – anders als beim

³³ Vgl. BGE 119 II 404 E. 6; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 25), N. 1057.

³⁴ AMÉDÉO WERMELINGER (Fn. 30), Art. 712h N. 116; VALENTIN PICCININ (Fn. 30), N. 597.

³⁵ AMÉDÉO WERMELINGER (Fn. 30), Art. 712h N. 118.

³⁶ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 25), N. 791.

³⁷ Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220).

³⁸ HANDSCHIN/VONZUN, Zürcher Kommentar, Teilband V/4a, 4. Aufl. 2009, Art. 544 N. 46; PESTALOZZI/HETTICH, in Basler Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 544 OR N. 16 mit Hinweisen auf abweichende Lehrmeinungen.

³⁹ BGE 71 I 179 E. 1.

⁴⁰ Vgl. dazu den Anfang dieser Ziffer.

Miteigentum – keine Bruchteile an der Sache. Ginge man von einer bloss anteilmässigen Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter aus, so wäre für die verfügende Behörde gar nicht eruierbar, wem welcher Anteil an der gesamten Abgabe aufzuerlegen ist.

2.3 Zur Abgabepflicht bei Rechtsnachfolge

Verschiedene Fragen wirft die Vorschrift von Art. 142 Abs. 3 BauG auf, wonach «[a]lle Rechtsnachfolgerinnen und Rechtsnachfolger [...] solidarisch [haften] für die zum Zeitpunkt des Liegenschaftserwerbs ausstehenden Mehrwertabgaben, die ihnen von der Gemeinde mit Verfügung eröffnet werden».

Aus dem Wortlaut, der vom «Liegenschaftserwerb» spricht, aber auch aus der angeordneten Rechtsfolge (solidarische Mithaftung, d.h. Haftung für die ganze Schuld nebst der ursprünglichen Schuldnerin, hier der Grundeigentümerin im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Planungsmassnahme) ist zu schliessen, dass diese Vorschrift nur die *Einzelrechtsnachfolge* (z.B. bei Kauf, Schenkung oder Tausch) regelt und nicht auch die Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession), wie sie etwa beim Erbgang oder bei Umstrukturierungen vorkommt. Bei der Gesamtrechtsnachfolge geht die Schuld des ursprünglichen Eigentümers bereits von Gesetzes wegen auf das neue Rechtssubjekt über,⁴¹ so dass es keiner solidarischen Mithaftung der neuen Eigentümerin bedarf.

Mit der Wendung «ausstehenden Mehrwertabgaben» dürften sowohl entstandene und noch nicht fällige als auch bereits fällige, aber noch nicht geleistete Abgaben gemeint sein.⁴² Es besteht aus meiner Sicht kein Grund, in der erstgenannten Konstellation die solidarische Mithaftung nicht eintreten zu lassen. Auch deckt der Wortlaut zwanglos beide Fälle ab, lassen sich doch auch entstandene, aber noch nicht fällige Leistungen als ausstehende qualifizieren.

Der Teilsatz «[...] die ihnen von der Gemeinde mit Verfügung eröffnet werden» wurde der Vorschrift im Rahmen der parlamentarischen Beratung hinzugefügt und geht auf einen Antrag von Grossrat SAMUEL LEUENBERGER zurück. Dieser war zwar mit der solidarischen Mithaftung im Grundsatz einverstanden, befürchtete aber, dass die öffentliche Hand potentiellen Käuferinnen und Käufern nicht rechtsverbindlich Auskunft geben können,

⁴¹ Vgl. z.B. BVR 2010 S. 411 E. 3.4.3 mit weiteren Hinweisen.

⁴² Vgl. zu diesem Punkt BEAT STALDER (Fn. 18), S. 87 Fn. 65.

welche Mehrwertabgaben noch auf dem Kaufobjekt lasten. Er verlangte daher von der vorberatenden Kommission, dass diese für die zweite Lesung eine Lösung suche,

«wie die Gemeinden verpflichtet werden können, einem Rechtsnachfolger oder einem potentiellen Interessenten eines solchen Grundstücks rechtsverbindlich bekanntzugeben, wie viel Mehrwertabgabebeförderungen noch darauf lasten».⁴³

Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass Sinn und Zweck der Vorschrift von Art. 142 Abs. 3 BauG darin liegt, dass Käuferinnen und Käufer Gewissheit darüber erlangen können, ob bzw. für welche Mehrwertabgaben sie noch solidarisch mithaften.

Daraus ergibt sich nach meiner Auffassung einmal, dass es potentiellen Käuferinnen und Käufern, die nachweisen können, dass sie mit der Grundeigentümerschaft in Vertragsverhandlungen stehen, schon vor dem Abschluss des Geschäfts erlaubt ist, von der Gemeinde eine *Feststellungsverfügung* zu verlangen, mittels der die Gemeinde ihnen die noch offenen Mehrwertabgaben verbindlich ausweist. Art. 142 Abs. 3 BauG ist mithin (auch) als besondere Regelung über die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens⁴⁴ zu verstehen; sie bringt zum Ausdruck, dass in der genannten Konstellation ein schutzwürdiges Interesse an einer Klärung der Rechtslage mittels Feststellungsverfügung besteht. Dass eine eigene Verfügung nötig ist und das blosses Offenlegen der Abgabeverfügung nicht ausreicht, hat erstens damit zu tun, dass zwischen der Abgabeverfügung und der Fälligkeit eine (sehr) lange Zeit liegen kann, während der die Schuld aufgrund einer Indexierung allenfalls angewachsen ist,⁴⁵ und das Gesetz zudem auch die Möglichkeit der Teilfälligkeit vorsieht (Art. 142c Abs. 2 BauG). In der Feststellungsverfügung ist demnach nicht bloss die Abgabeverfügung zu wiederholen, sondern genau festzustellen, welcher Betrag noch nicht fällig ist und welcher zwar fällig, aber noch nicht geleistet worden ist – Informationen, welche mit dem Offenlegen der Abgabeverfügung allein nicht geliefert werden können. Zweitens bietet nur die (Feststellungs-)Verfügung die vom Gesetzgeber gerade gewollte Ver-

⁴³ Tagblatt des Grossen Rates 2016, S. 171 f., Votum SAMUEL LEUENBERGER; vgl. auch KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 23.

⁴⁴ Vgl. dazu MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungspflege im Kanton Bern, 1997, Art. 49 N. 22.

⁴⁵ Vgl. dazu Ziff. 4.3 hiernach.

Miteigentum – keine Bruchteile an der Sache. Ginge man von einer bloss anteilmässigen Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter aus, so wäre für die verfügende Behörde gar nicht eruierbar, wem welcher Anteil an der gesamten Abgabe aufzuerlegen ist.

2.3 Zur Abgabepflicht bei Rechtsnachfolge

Verschiedene Fragen wirft die Vorschrift von Art. 142 Abs. 3 BauG auf, wonach «[a]lle Rechtsnachfolgerinnen und Rechtsnachfolger [...] solidarisch [haften] für die zum Zeitpunkt des Liegenschaftserwerbs ausstehenden Mehrwertabgaben, die ihnen von der Gemeinde mit Verfügung eröffnet werden».

Aus dem Wortlaut, der vom «Liegenschaftserwerb» spricht, aber auch aus der angeordneten Rechtsfolge (solidarische Mithaftung, d.h. Haftung für die ganze Schuld nebst der ursprünglichen Schuldnerin, hier der Grundeigentümerin im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Planungsmassnahme) ist zu schliessen, dass diese Vorschrift nur die *Einzelrechtsnachfolge* (z.B. bei Kauf, Schenkung oder Tausch) regelt und nicht auch die Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession), wie sie etwa beim Erbgang oder bei Umstrukturierungen vorkommt. Bei der Gesamtrechtsnachfolge geht die Schuld des ursprünglichen Eigentümers bereits von Gesetzes wegen auf das neue Rechtssubjekt über,⁴¹ so dass es keiner solidarischen Mithaftung der neuen Eigentümerin bedarf.

Mit der Wendung «ausstehenden Mehrwertabgaben» dürften sowohl entstandene und noch nicht fällige als auch bereits fällige, aber noch nicht geleistete Abgaben gemeint sein.⁴² Es besteht aus meiner Sicht kein Grund, in der erstgenannten Konstellation die solidarische Mithaftung nicht eintreten zu lassen. Auch deckt der Wortlaut zwanglos beide Fälle ab, lassen sich doch auch entstandene, aber noch nicht fällige Leistungen als ausstehende qualifizieren.

Der Teilsatz «[...] die ihnen von der Gemeinde mit Verfügung eröffnet werden» wurde der Vorschrift im Rahmen der parlamentarischen Beratung hinzugefügt und geht auf einen Antrag von GROSSRAT SAMUEL LEUENBERGER zurück. Dieser war zwar mit der solidarischen Mithaftung im Grundsatz einverstanden, befürchtete aber, dass die öffentliche Hand potentiellen Käuferinnen und Käufern nicht rechtsverbindlich Auskunft geben können,

⁴¹ Vgl. z.B. BVR 2010 S. 411 E. 3.4.3 mit weiteren Hinweisen.

⁴² Vgl. zu diesem Punkt BEAT STALDER (Fn. 18), S. 87 Fn. 65.

welche **Mehrwertabgaben** noch auf dem Kaufobjekt lasten. Er verlangte daher von der vorberatenden Kommission, dass diese für die zweite Lesung eine Lösung suche,

«wie die Gemeinden verpflichtet werden können, einem Rechtsnachfolger oder einem potentiellen Interessenten eines solchen Grundstücks rechtsverbindlich bekanntzugeben, wie viel Mehrwertabgabebeförderungen noch darauf lasten».⁴³

Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass Sinn und Zweck der Vorschrift von Art. 142 Abs. 3 BauG darin liegt, dass Käuferinnen und Käufer Gewissheit darüber erlangen können, ob bzw. für welche Mehrwertabgaben sie noch solidarisch mithaften.

Daraus ergibt sich nach meiner Auffassung einmal, dass es potentiellen Käuferinnen und Käufern, die nachweisen können, dass sie mit der Grundeigentümerschaft in Vertragsverhandlungen stehen, schon vor dem Abschluss des Geschäfts erlaubt ist, von der Gemeinde eine *Feststellungsverfügung* zu verlangen, mittels der die Gemeinde ihnen die noch offenen Mehrwertabgaben verbindlich ausweist. Art. 142 Abs. 3 BauG ist mithin (auch) als besondere Regelung über die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens⁴⁴ zu verstehen; sie bringt zum Ausdruck, dass in der genannten Konstellation ein schutzwürdiges Interesse an einer Klärung der Rechtslage mittels Feststellungsverfügung besteht. Dass eine eigene Verfügung nötig ist und das blosses Offenlegen der Abgabeverfügung nicht ausreicht, hat erstens damit zu tun, dass zwischen der Abgabeverfügung und der Fälligkeit eine (sehr) lange Zeit liegen kann, während der die Schuld aufgrund einer Indexierung allenfalls angewachsen ist,⁴⁵ und das Gesetz zudem auch die Möglichkeit der Teilfälligkeit vorsieht (Art. 142c Abs. 2 BauG). In der Feststellungsverfügung ist demnach nicht bloss die Abgabeverfügung zu wiederholen, sondern genau festzustellen, welcher Betrag noch nicht fällig ist und welcher zwar fällig, aber noch nicht geleistet worden ist – Informationen, welche mit dem Offenlegen der Abgabeverfügung allein nicht geliefert werden können. Zweitens bietet nur die (Feststellungs-)Verfügung die vom Gesetzgeber gerade gewollte Ver-

⁴³ Tagblatt des Grossen Rates 2016, S. 171 f., Votum SAMUEL LEUENBERGER; vgl. auch KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 23.

⁴⁴ Vgl. dazu MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungspflege im Kanton Bern, 1997, Art. 49 N. 22.

⁴⁵ Vgl. dazu Ziff. 4.3 hiernach.

bindlichkeit der Auskunft.⁴⁶ Vor dem Rechtserwerb ist «nur» eine Verfügung feststellender Art denkbar: Da die kaufwillige Person noch gar nicht Rechtsnachfolgerin geworden ist, ist es nicht möglich, die solidarische Mithaftung zu diesem Zeitpunkt bereits mit einer rechtsgestaltenden Verfügung anzuordnen. Wird eine Feststellungsverfügung eingeholt, so erlaubt dies der verkündenden Notariatsperson auch, für die noch offenen Mehrwertabgaben eine adäquate Vertragsregelung vorzusehen.

Fraglich ist nun aber, ob Art. 142 Abs. 3 BauG überdies verlangt, dass die Solidarhaftung auch noch mit einer *positiven, rechtsgestaltenden Verfügung* angeordnet wird, ohne die die Mithaftung gar nicht eintritt. Wortlaut und bis zu einem gewissen Grad auch die vorstehend geschilderte Entstehungsgeschichte scheinen dafür zu sprechen. Entsprechend wird denn auch in den Erläuterungen zum Muster-MWAR ausgeführt, gegenüber den Rechtsnachfolgerinnen und -nachfolgern sei jeweils eine «Rechtsnachfolgeverfügung» zu erlassen, wenn die Gemeinde in den Genuss der Solidarhaft kommen wolle.⁴⁷ Nach meinem Dafürhalten ist jedoch diskutabel, ob eine solche Verfügung effektiv notwendig ist, ordnet doch das Gesetz die solidarische Mithaftung ohne weitere Voraussetzungen an und ist nicht recht ersichtlich, weshalb es zusätzlich auch noch einer rechtsgestaltenden Verfügung bedürfte. Der Teilsatz «[...] die ihnen von der Gemeinde mit Verfügung eröffnet werden» könnte ja auch so verstanden werden, dass die Gemeinde (nur) dann feststellend zu verfügen hat, wenn sie darum ersucht wird. Will man in Art. 142 Abs. 3 BauG effektiv die Pflicht zum Erlass einer rechtsgestaltenden, konstitutiven Verfügung erblicken, so darf die Vorschrift jedenfalls nicht so ausgelegt werden, dass die entsprechende «Rechtsnachfolgeverfügung» bereits vor dem Rechtsübergang ergehen müsste. Zum einen erhalten die Gemeinden – wenn nicht vorgängig um eine Feststellungsverfügung ersucht wird – vom Rechtsübergang erst Kenntnis, wenn dieser bereits eingetreten ist (vgl. Art. 142c Abs. 3 BauG); müssten sie schon vorher verfügen, so würde die im Gesetz vorgesehene (und vom Gesetzgeber im Grundsatz gewollte) solidarische Mithaftung schlicht unerreichbar. Zum anderen und vor allem kann die Mithaftung vor dem Rechtsübergang dogmatisch betrachtet gar nicht verfügt werden, weil der für die Verfügung verlangte Tatbestand «Rechtsnachfolge» zu diesem Zeitpunkt eben noch gar nicht eingetreten ist. Demnach muss es ausreichen, wenn die Gemeinde die Solidarhaftung *nach dem Rechtsüber-*

⁴⁶ BGE 129 III 503 E. 3.5.

⁴⁷ Erläuterungen Muster-MWAR, S. 3.

gang verfügt. In der rechtsgestaltenden «Rechtsnachfolgeverfügung» müsste – gleich wie bei der Feststellungsverfügung – wiederum die exakte Höhe der noch offenen Forderungen festgehalten werden. Ebendiese Höhe könnte denn auch Gegenstand in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren bilden. Nicht mehr Thema sein könnte die mit der Abgabeverfügung bereits festgesetzte Höhe der Abgabe als solche; die «Rechtsnachfolgeverfügung» kann nicht dazu dienen, das gesamte Veranlagungsverfahren zu wiederholen.⁴⁸

3. Abgabetatbestände

3.1 Einzonung

Bereits Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG, aber auch Art. 142a Abs. 1 BauG ordnen die Mehrwertabgabe zwingend an bei der neuen und dauerhaften Zuweisung von Land zu einer Bauzone. Angesprochen ist damit der Tatbestand der Einzonung. Da für diesen Fall die Abschöpfungspflicht bundesrechtlich vorgeschrieben ist und Art. 142a Abs. 1 BauG zudem den Wortlaut von Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG praktisch wörtlich übernommen hat, ist für die Definition der Einzonung von einem *bundesrechtlichen Begriff* auszugehen und bleibt für einen kantonalen oder gar kommunalen Einzonungsbegriff kein Raum.⁴⁹ Unbestritten und klar ist, dass als Einzonung jede Planungsmassnahme gelten muss, mit der Land von einer Nichtbauzone in eine «normale» Bauzone nach Art. 15 RPG überführt wird. Weniger sicher ist, ob eine Einzonung auch dann noch vorliegt, wenn eine Zuweisung zu einer speziellen Bauzone nach Art. 18 RPG erfolgt. Das Bundesrecht teilt bekanntlich auch solche besonderen Zonen, welche die Grundzonen des RPG ergänzen oder verfeinern, noch dem Baugebiet zu, wenn die dazugehörigen Nutzungsvorschriften die Bautätigkeit als Regelnutzung definieren, ohne dass die Bautätigkeit mit der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung verbunden oder sonstwie auf einen ganz bestimmten Standort angewiesen ist.⁵⁰ Die Praxis wird zeigen, ob auch diese Fälle noch als Einzonungen im Sinn des Mehrwertabgaberechts zu qualifizieren sind. Aus meiner Sicht sollte dies der Fall sein, ist doch auch eine solche besondere Bauzone eine Zone mit der Regelnutzung Bauen und wäre nicht recht einzusehen, weshalb in solchen Fällen die Mehrwertabschöpfung ent-

⁴⁸ So auch Erläuterungen Muster-MWAR, S. 3.

⁴⁹ So auch Erläuterungen Muster-MWAR, S. 2; vgl. auch ETIENNE POLTIER (Fn. 9), Art. 5 N. 51 petit.

⁵⁰ Vgl. etwa WALDMANN/HÄNNI (Fn. 12), Art. 18 N. 5 erstes Lemma.

fallen sollte. Mit ETIENNE POLTIER erachte ich es als gangbaren Weg, immer dann von einer Einzonung auszugehen, wenn Land zu einer Zone mit der Grundnutzung 1 (Code 11-19) nach dem Geodatenmodell des Bundesamtes für Raumentwicklung (ARE) für den Bereich Nutzungsplanung geschlagen wird.⁵¹

3.2 Umzonung und Aufzonung

Den Gemeinden steht es gemäss Art. 142a Abs. 2 BauG frei, im Reglement auch bei Um- und Aufzonungen eine Mehrwertabgabe vorzusehen. Zahlreiche Gemeinden wollen denn auch von dieser Kompetenz Gebrauch machen. Daraus können sich indes (grössere) praktische Probleme ergeben, wenn Gemeinden beabsichtigen, ihre baurechtlichen Grundordnungen zur Erleichterung von Verdichtungsprojekten zu liberalisieren, zum Beispiel durch den generellen Verzicht auf Nutzungsziffern (wie z.B. Ausnützungs- oder Überbauungsziffern) oder durch das Aufheben von wenig dicht bebaubaren Bauzonen. Werden Um- und Aufzonungen im kommunalen Reglement vorbehaltlos für abgabepflichtig erklärt, so muss die Gemeinde in diesem Fall bei sämtlichen betroffenen Grundstücken schätzen lassen, welcher Mehrwert dadurch eintritt, und danach allenfalls zahllose Mehrwertabgabeverfügungen erlassen. Dass die Abgabe bei einem Mehrwert von weniger als Fr. 20'000.– entfällt (Art. 142a Abs. 4 BauG), ist dabei nur ein schwacher Trost, denn um zu wissen, ob der Mehrwert die Schwelle der Freigrenze erreicht oder nicht, muss die Gemeinde ja trotzdem zuerst die Schätzung aller Liegenschaften veranlassen. Ein solcher Aufwand könnte Gemeinden davon abhalten, unter dem Gesichtspunkt der inneren Verdichtung an sich erwünschte Um- und Aufzonungen an die Hand zu nehmen.

Vereinzelt haben Gemeinden diese Problematik erkannt und versucht, in ihren MWAR Um- und Aufzonungen nur unter einschränkenden Voraussetzungen für abgabepflichtig zu erklären. Die Erläuterungen zum Muster-MWAR erwähnen die Möglichkeit, nur Umzonungen, nicht aber Aufzonungen zu erfassen.⁵² Und die Gemeinde Köniz hat beispielsweise angeordnet, dass bei Anpassungen von Bau- und Nutzungsvorschriften, welche für das

⁵¹ ETIENNE POLTIER (Fn. 9), Art. 5 N. 51 und Fn. 86; gleicher Meinung auch KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 24.

⁵² Erläuterungen Muster-MWAR, S. 3.

ganze Gemeindegebiet gelten, keine Abgabe erhoben wird.⁵³ Das RPG und das BauG stehen einem solchen Ansinnen zweifellos nicht im Weg: Wenn Gemeinden bei Um- und Aufzonungen sogar vollständig auf die Abgabe verzichten könnten, muss es ihnen – e majore minus – erst recht erlaubt sein, nur gewisse Vorgänge für abgabepflichtig zu erklären. Grenzen ergeben sich nach meinem Verständnis jedoch aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV⁵⁴). Zweifellos kommt dem Rechtsgleichheitsgebot bei der Festsetzung von planerischen Massnahmen nur sehr abgeschwächte Bedeutung zu.⁵⁵ Bei der Mehrwertabgabe aber, welche die durch die Raumplanung geschaffenen unterschiedlichen Nutzungsmöglichkeiten gerade mildern und ausgleichen will,⁵⁶ muss für eine angemessene Gleichbehandlung gesorgt sein. Wenn eine Gemeinde nur gewisse Auf- und Umzonungen für kostenpflichtig erklärt, muss sie demnach vernünftige, sachliche Gründe für die getroffenen Unterscheidungen vorbringen können.

Am ehesten zulässig scheint es mir, wenn eine Gemeinde in jenen Konstellationen auf die Mehrwertabgabe verzichtet, wo sie flächendeckend Nutzungsbeschränkungen aufhebt oder reduziert, wie es im vorne erwähnten Könizer Reglement der Fall ist. Bei solchen «generell-abstrakten» Aufzonungen durch Anpassung der allgemeinen Nutzungsvorschriften verhält es sich ja so, dass entweder alle Betroffenen zahlen müssten (wenn die Abgabepflicht angeordnet wird) oder aber niemand (wenn das Reglement keine Abgabepflicht vorsieht). So gesehen ist in diesem Fall wenigstens die Gleichbehandlung der Grundeigentümerinnen und -eigentümer untereinander gewahrt. Damit wird in diesem Fall das hauptsächliche Ziel der Mehrwertabschöpfung – der Ausgleich unter allen Personen mit Grundeigentum –⁵⁷ auch ohne Abgabe erreicht.⁵⁸ Zudem können hier zur Argumentation auch die für den

⁵³ Art. 2 Abs. 2 des Reglements vom 16. Januar 2017 über den Ausgleich von Planungsvorteilen (Nr. 721.5).

⁵⁴ Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101).

⁵⁵ Vgl. statt vieler PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl., Bern 2016, S. 52 f. mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁵⁶ Statt vieler BGE 142 I 177 E. 4.3.1; BVR 2010 S. 462 E. 4.1; WALDMANN/HÄNNI (Fn. 12), Art. 5 N. 7.

⁵⁷ Vgl. ADRIAN SCHNEIDER, Der angemessene Ausgleich für erhebliche Planungsvorteile nach Art. 5 Abs. 1 RPG, Diss. Freiburg 2006, S. 80.

⁵⁸ Die Mehrwertabgabe könnte daneben auch noch als Ausgleich zwischen den profitierenden Grundeigentümerinnen und -eigentümern einerseits und den übrigen Bürgerinnen und Bürgern ohne Grundeigentum andererseits verstanden werden («Verbot der Bereicherung auf Kosten der Allgemeinheit»), vgl. ADRIAN SCHNEIDER (Fn. 57), S. 32 und 38 f., der sich

Bereich der materiellen Enteignung (Art. 5 Abs. 2 RPG) entwickelten Rechtsprechungslinien herangezogen werden, insbesondere der Grundsatz der Entschädigungslosigkeit für Inhaltsbestimmungen⁵⁹ und die Figur des Sonderopfers⁶⁰: Im Bereich des Nachteilsausgleichs wird eine Unterscheidung dahingehend gemacht, dass Nachteile, die aus generell-abstrakten Festlegungen des Eigentumsinhalts herrühren und deshalb einen grossen Teil der Bevölkerung treffen, eher (wenn auch nicht ausnahmslos)⁶¹ entschädigungslos hinzunehmen sind,⁶² während umgekehrt Einschränkungen, die nur ganz wenige Personen treffen, sogar schon dann auszugleichen sind, wenn die normalerweise erforderliche Schwelle des besonders schweren Eingriffs nicht erreicht wird. Für den umgekehrten, hier interessierenden Fall des Vorteilsausgleichs scheint es mir deshalb vertretbar, bei generell-abstrakten Aufzonungen auf eine Abschöpfung zu verzichten.

Heikler schiene es mir, wenn Gemeinden Um- und Aufzonungen, welche auf *örtlich konkreten* planerischen Massnahmen beruhen, nur teilweise der Abgabe unterstellen würden. Hier müsste die Gemeinde dartun können, welche sachlichen Gründe dafür sprechen, vergleichbare Sachverhalte mit vergleichbaren Mehrwerten mal so und mal anders zu behandeln. Allein die Scheu, eine Vielzahl von Schätzungen anfertigen zu lassen und dann Verfügungen auszustellen, dürfte wohl kaum genügen, um Mehrwerte nur selektiv abzuschöpfen.

Übrigens werfen auch die *Definitionen* «Umzonung» und «Aufzonung» in Art. 142a Abs. 2 BauG Auslegungsfragen auf. Das ist vor allem dann von Bedeutung, wenn Gemeinden nur Umzonungen für abgabepflichtig erklären wollen, denn in diesem Fall entscheidet die Grenzziehung über Sein oder Nichtsein der Abgabepflicht. Während das BauG die Zuweisung von Land «in einer Bauzone zu einer anderen Bauzonenart mit besseren Nutzungsmöglichkeiten» als Umzonung bezeichnet, umschreibt es die Aufzonung als

allerdings kritisch äussert. Dieses Ziel wird beim Verzicht auf eine Abschöpfung bei flächendeckenden Nutzungsvorteilen nicht erreicht.

⁵⁹ Vgl. dazu statt vieler BGE 105 Ia 330 E. 3; ENRICO RIVA, in Kommentar RPG, 2016, Art. 5 N. 145 ff.; WALDMANN/HÄNNI (Fn. 12), Art. 5 N. 51.

⁶⁰ Vgl. statt vieler BGE 131 II 728 E. 2; WALDMANN/HÄNNI (Fn. 12), Art. 5 N. 39; ENRICO RIVA (Fn. 59), Art. 5 N. 165 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 12), § 65 N. 10.

⁶¹ Vgl. WALDMANN/HÄNNI (Fn. 12), N. 52 f.

⁶² ENRICO RIVA (Fn. 59), Art. 5 N. 147; vgl. auch ADRIAN GOSSWEILER, Entschädigungen für Lärm von Verkehrsanlagen – Elemente für eine Neuordnung durch den Gesetzgeber, Diss. Zürich 2014, N. 809 ff.

«Anpassung von Nutzungsvorschriften im Hinblick auf die Verbesserung der Nutzungsmöglichkeiten». Der Wortlaut von Art. 142a Abs. 2 BauG kann wohl so verstanden werden, dass die Umzonung durch eine Änderung der *Art* der **Nutzung** charakterisiert ist, während mit Aufzonung eine Erhöhung des *Masses* der Nutzung gemeint ist. Der Passus «Bauzonenart» bei der Legaldefinition der Umzonung wäre dann so zu verstehen, dass eine andere Bauzonenart nur und erst dann vorliegt, wenn sich die Nutzungsart verändert. Zwingend scheint mir diese Definition indes nicht. Man könnte auch argumentieren, dass sich die beiden Vorgänge dadurch unterscheiden, dass bei der Aufzonung die (allgemeinen) Nutzungsvorschriften im Baureglement geändert werden, während bei der Umzonung eine Änderung des Nutzungsplans erfolgt. Bei dieser zweiten Lesart wäre also zum Beispiel auch der Wechsel von einer Wohnzone W2 zu einer W3 noch als Umzonung zu verstehen. So ergäben sich wohl weniger Konflikte mit der Rechtsgleichheit, wenn Gemeinden effektiv – wie in den Erläuterungen zum Muster-MWAR erwähnt – nur Umzonungen für abgabepflichtig erklären und Aufzonungen von der Abgabe ausnehmen. Denn mit einer solchen Auslegung fielen nur im Hinblick auf die Rechtsgleichheit weniger problematische generell-abstrakte Nutzungserhöhungen unter den Ausschluss.

4. Höhe der Abgabe

4.1 Im Allgemeinen

Den *Abgabesatz*, der zur Anwendung gelangen soll, haben die Gemeinden in ihrem MWAR festzulegen. Art. 142b Abs. 3 und 4 BauG belässt den Gemeinden diesbezüglich einen sehr weiten Spielraum.⁶³ Das ermöglicht ihnen insbesondere, die bei der vertraglichen Abschöpfung bis anhin angewandten Sätze⁶⁴ auch weiterhin bestehen zu lassen. So kann verhindert werden, dass mit dem Systemwechsel und dem dadurch nötig gewordenen Erlass des Reglements auch noch eine «Abgabenerhöhung» verknüpft werden muss. Hat eine Gemeinde (noch) kein MWAR erlassen, so beträgt der Abgabesatz bei Einzonungen 20 % (Art. 142 Abs. 4 BauG), während bei Um- und Aufzonungen gar keine Abgabe erhoben werden darf.⁶⁵

⁶³ KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 25.

⁶⁴ Eine Übersicht über die stark divergierenden bisherigen Abgabesätze findet sich bei URS EYMANN (Fn. 17), S. 115.

⁶⁵ KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 24.

Keinen Spielraum haben die Gemeinden demgegenüber bei der Frage, wie der *Mehrwert* zu *bemessen* ist. Art. 142b Abs. 1 BauG definiert diesen abschliessend und verbindlich als Differenz zwischen dem Verkehrswert des Landes mit und ohne (oder besser: nach und vor) der Planänderung;⁶⁶ massgebender Bemessungszeitpunkt ist mithin das Inkrafttreten der Nutzungsplanung, welche den Mehrwert auslöst.⁶⁷ Der Mehrwert ist – so das Gesetz – mit anerkannten Methoden zu bestimmen (Art. 142b Abs. 1 BauG). Das zeigt, dass im Sinn der Differenzermittlungsmethode⁶⁸ eine Schätzung im Einzelfall nötig ist, welche möglichst nahe am wirklichen Mehrwert liegen soll. Das Enteignungsrecht kennt verschiedene Methoden, welche hier beigezogen werden können.⁶⁹ Nicht (mehr) zulässig wäre es nach meinem Dafürhalten, den Mehrwert mittels fixer Durchschnittswerte aus dem Verkehrswert vor der Planänderung zu extrapolieren⁷⁰ oder sogar pauschale Tarife im kommunalen Reglement festzusetzen.⁷¹ Mit einer Schätzung nahe dem Inkrafttreten der Planungsmassnahme kann sichergestellt werden, dass effektiv nur planungsbedingte Mehrwerte in die Abgabebemessung einfließen und nicht andere Faktoren (Konjunktur, Zinsumfeld, politische Lage usw.) die Rechnung verfälschen.⁷²

4.2 Staffelung des Abgabesatzes bei Einzonungen

Das Muster-MWAR empfiehlt den Gemeinden, bei Einzonungen eine zeitliche, progressive Staffelung der Mehrwertabgabe vorzusehen.⁷³ Bei einem solchen Modell steigt der Abgabesatz mit der Zeit also an: Wer rasch baut oder veräussert, gelangt in den Genuss einer reduzierten Abgabe. Mit solchen progressiven Abgabesätzen kann erreicht werden, dass die Mehrwertabgabe zusätzlich *baulandverflüssigend* wirkt und als Massnahme zur Bekämpfung

⁶⁶ Vgl. Vortrag (Fn. 16), S. 47; ETIENNE POLTIER (Fn. 9), Art. 5 N. 52; URS EYMANN (Fn. 18), S. 168; BEAT STALDER (Fn. 18), S. 82; siehe auch BGE 132 II 401 E. 2.1.

⁶⁷ URS EYMANN (Fn. 18), S. 171.

⁶⁸ Vgl. dazu ADRIAN SCHNEIDER (Fn. 57), S. 216.

⁶⁹ So Vortrag (Fn. 16), S. 47; ferner BEAT STALDER (Fn. 18), S. 82; URS EYMANN (Fn. 18), S. 172 f.

⁷⁰ Vgl. zur Extrapolationsmethode ADRIAN SCHNEIDER (Fn. 57), S. 217.

⁷¹ Vgl. auch Erläuterungen Muster-MWAR, S. 6.

⁷² BEAT STALDER (Fn. 18), S. 89; ADRIAN SCHNEIDER (Fn. 57), S. 158; vgl. auch URS EYMANN (Fn. 18), S. 177; ETIENNE POLTIER (Fn. 9), Art. 5 N. 105.

⁷³ Siehe Art. 2 Abs. 1 Bst. a Muster-MWAR und Erläuterungen Muster-MWAR, S. 4 f.

der Baulandhortung angesehen werden kann.⁷⁴ Art. 126a Abs. 2 Bst. e BauG erwähnt den Ausgleich von Planungsvorteilen dementsprechend ausdrücklich auch als mögliche Massnahme zur Förderung und Sicherung der Verfügbarkeit von Bauland, wobei eine diesbezügliche Wirkung nur eintritt, wenn sie auch verflüssigend ausgestaltet ist. Nachdem es nicht mehr zulässig ist, die Fälligkeit der Abgabe vorzuverlegen,⁷⁵ bleibt nur noch die Staffelung als Möglichkeit zur Fruchtbarmachung der Abgabe zu Verflüssigungszwecken.

Das Muster-MWAR sieht in Art. 2 Abs. 1 an sich vor, dass die Staffelung ab der Rechtskraft der Planung zu laufen beginnt. Im Interesse der Klarheit sind in der Abgabeverfügung die genauen Daten, an denen die Erhöhung eintritt, festzustellen (was möglich ist, weil ja die Rechtskraft der Planung im Zeitpunkt der Verfügung bereits eingetreten ist). BEAT STALDER hat zu Recht darauf hingewiesen, dass eine solche Regelung dann stossend sein könnte, wenn das Grundstück trotz Einzonung noch gar nicht überbaut werden kann.⁷⁶ Aus diesem Grund enthält Art. 2 Abs. 2 des Muster-MWAR ein Korrektiv, wonach die Staffelungsfristen erst später ausgelöst werden, wenn noch eine Überbauungsordnung erlassen werden oder die Gemeinde noch Erschliessungsanlagen bauen muss. In diesen Fällen kann in der Abgabeverfügung angeordnet werden, dass die Fristen für die Staffelung erst später laufen.

Für Um- und Aufzonungen werden übrigens progressive Abgabesätze vom Schrifttum nicht empfohlen.⁷⁷ Denn oftmals lassen sich die mit diesen planerischen Massnahmen eingeräumten zusätzlichen Möglichkeiten erst dann sinn- und wirkungsvoll nutzen, wenn die bestehenden Gebäude umfassend erneuert oder abgebrochen und wieder aufgebaut werden. Wann dieser Zeitpunkt gekommen ist, hängt in erster Linie vom Zustand der Bauten ab; die Grundeigentümerschaft hat hier – wenn man sie nicht zu wirtschaftlich unsinnigen Dispositionen zwingen will – wenig(er) Spielraum. Deshalb rechtfertigt es sich auch nicht, hier mit ansteigenden Sätzen Anreize zu schaffen oder gar Druck aufzusetzen.

⁷⁴ URS EYMANN (Fn. 17), S. 116; BEAT STALDER (Fn. 18), S. 79; ETIENNE POLTIER (Fn. 9), Art. 5 N. 84 petit; vgl. ferner Vortrag (Fn. 16), S. 47 f. zum regierungsrätlichen Entwurf, welcher ursprünglich zwingend progressive Abgabesätze vorschreiben wollte.

⁷⁵ Vgl. Ziff. 5 hiernach.

⁷⁶ BEAT STALDER (Fn. 18), S. 79 Fn. 21.

⁷⁷ URS EYMANN (Fn. 17), S. 116; ETIENNE POLTIER (Fn. 18), Art. 5 N. 86.

4.3 Anpassung der Abgabe an die Teuerung?

Wie noch zu zeigen sein wird, wird die nach dem Inkrafttreten der Planung verfügte Mehrwertabgabe erst mit der Überbauung oder Veräusserung des Grundstücks fällig.⁷⁸ Zwischen dem Verfügungszeitpunkt und der Leistung der Abgabe können also Jahre, wenn nicht gar Jahrzehnte vergehen. Das kann – bei einer entsprechenden Teuerung – dazu führen, dass der verfügte Abgabebetrag im Zeitpunkt der Fälligkeit real deutlich weniger Wert hat. In der Vertragspraxis wurde diesem Umstand dadurch Rechnung getragen, dass der Abgabebetrag einer Teuerungsklausel unterworfen wurde. Es fragt sich, ob solches auch im System der verfügten Mehrwertabgabe noch zulässig ist.

Das BauG schweigt sich dazu aus. Art. 142d Abs. 3 BauG sieht nur, aber immerhin vor, dass die aufgelaufene Teuerung zwischen dem Entwurf der Abgabeverfügung (im Zeitpunkt der öffentlichen Planaufgabe, vgl. Art. 142d Abs. 2 BauG) und dem Erlass der definitiven Abgabeverfügung (im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Planungsmassnahme, vgl. Art. 142d Abs. 3 BauG) berücksichtigt werden darf. Das kann immerhin als Indiz dafür gewertet werden, dass der Gesetzgeber der Berücksichtigung der Teuerung allgemein positiv gegenüberstand. In den Materialien finden sich denn auch keine Hinweise für ein qualifiziertes Schweigen, das eine Berücksichtigung der Teuerung auch nach dem Zeitpunkt der Abgabeverfügung verbieten würde. Es ist deshalb davon auszugehen, dass eine Teuerungsklausel zulässig ist, wie sie auch in Art. 2 Abs. 4 Muster-MWAR vorgesehen ist.⁷⁹ Damit der verfügte Abgabebetrag aber im Fälligkeitszeitpunkt effektiv an die Teuerung angepasst werden darf, muss verlangt werden, dass erstens das kommunale Abgabereglement diese Möglichkeit ausdrücklich vorsieht und dass zweitens die Indexierung in der Abgabeverfügung auch angeordnet wird. Denn immerhin hat eine solche Teuerungsklausel – mitunter erhebliche – Auswirkungen auf die Höhe der Abgabe, so dass eine formell-gesetzliche Grundlage im MWAR zu verlangen ist und die Anpassung auch Teil der Anordnung der Verfügung bilden muss.

⁷⁸ Vgl. Ziff. 5 hiernach.

⁷⁹ URS EYMANN (Fn. 17), S. 117; sinngemäss auch KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 26, wonach Art. 142d Abs. 3 BauG so zu lesen sei, dass die definitiv verfügte Abgabe unter Vorbehalt der Teuerung bis zur *Fälligkeit* stehe. Allgemein zur Zulässigkeit der Indexierung im Übrigen ETIENNE POLTIER (Fn. 18), Art. 5 N. 104; URS EYMANN (Fn. 18), S. 180; ADRIAN SCHNEIDER (Fn. 57), S. 229.

Die Zulässigkeit einer Anpassung des Abgabetrags an die Teuerung darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass es darüber hinaus generell **zulässig** wäre, die Höhe der Abgabe und insbesondere die Bestimmung des Mehrwerts im Fälligkeitszeitpunkt noch einmal anzupassen. Die Höhe des Mehrwerts als Bemessungsgrundlage wird mit gutem Grund bereits kurz nach dem Inkrafttreten der Planung in der Abgabeverfügung verbindlich fixiert. Denn (nur) so ist gewährleistet, dass die Abgabe effektiv nur auf dem planungsbedingten Mehrwert erhoben wird und dass nicht auch andere Mehrwerte – zum Beispiel konjunkturelle – «besteuert» werden, welche bei der Mehrwertabgabe ausser Acht bleiben müssen.⁸⁰ Nimmt nach der Einzonung der Wert von neuem Bauland weiter zu, so ist dieser Mehrwert nicht mehr auf die Planung zurückzuführen, sondern anderen Ursprungs. Es wäre demnach ein Fehler, im Fälligkeitszeitpunkt die Mehrwertberechnung nochmals neu aufzurollen, etwa auf der Basis des letztlich realisierten Verkaufspreises. Gerade Letzterer gilt oftmals mehr ab als «nur» die Baulandqualität, zum Beispiel seither eingetretene konjunkturelle Mehrwerte, Erschliessungsmassnahmen oder eine gültige Baubewilligung.⁸¹

4.4 Zulässigkeit von Sachleistungen?

Fragen kann man sich weiter, ob es einer Gemeinde erlaubt ist, statt einer Geldleistung eine Sachleistung mit dem entsprechenden Wert zu verfügen. Wie eingangs erwähnt,⁸² bildeten bei der früheren vertraglichen Lösung häufig auch Sachleistungen Gegenstand der Mehrwertabschöpfung.

In der zweiten Lesung der Revision des BauG stellte Grossrat LUC MENTHA den Antrag, dass die Mehrwertabgabe generell nur dann zu verfügen sei, wenn eine vertragliche Vereinbarung nicht zustande gekommen sei; er wollte damit unter anderem erreichen, dass sich die Gemeinde auch Sachleistungen versprechen lassen könne.⁸³ Der Antrag wurde von der Ratsmehrheit schliesslich nach längerer Diskussion abgelehnt.⁸⁴ Interessant ist, dass in der Debatte zwei Grossräte verlauten liessen, Sachleistungen seien auch unter einem Verfügungsregime möglich.⁸⁵

⁸⁰ BEAT STALDER (Fn. 18), S. 82 und 89; vgl. auch vorne Ziff. 4.1.

⁸¹ URS EYMANN, Grundsätze (Fn. 18), S. 169

⁸² Ziff. 1 hiervor.

⁸³ Tagblatt des Grossen Rates 2016, S. 919 (Antrag) und S. 920 (Votum LUC MENTHA).

⁸⁴ Tagblatt des Grossen Rates 2016, S. 923.

⁸⁵ Tagblatt des Grossen Rates 2016, S. 921, Voten LARS GUGGISBERG und DANIEL TRÜSSEL.

Aus meiner Sicht ist in diesem Punkt eine differenzierte Betrachtung angebracht:

- Die Art. 142 ff. BauG sprechen davon, dass eine Mehrwertabgabe zu leisten sei. Abgaben sind in der allgemeinen Verwaltungsrechtslehre definiert als öffentlich-rechtliche Geldleistungen.⁸⁶ Dementsprechend sind auch die Vorschriften in den Art. 142 ff. BauG klar auf Geldleistungen zugeschnitten, was sich am deutlichsten in der Vorschrift von Art. 142f Abs. 1 BauG zum «Ertragssplitting»⁸⁷ zeigt (Aufteilung der Erträge zwischen Gemeinde und Kanton im Verhältnis 90 % zu 10 %, was bei Sachleistungen an sich gar nicht möglich ist). Bei dieser Ausgangslage hätte der Gesetzgeber nach meinem Dafürhalten die Möglichkeit, Sachleistungen zu verfügen, explizit für zulässig erklären müssen, hätte er sie – in Abweichung zum Institut der Abgabe – effektiv schaffen wollen. In diesem Zusammenhang fällt weiter auf, dass Art. 142a Abs. 3 BauG die hier interessierende Frage für den Sonderfall der Materialabbau- und Deponiezonen ausdrücklich bejaht, während eine analoge Vorschrift für die anderen Abgabebetriebe gerade fehlt. Wenn der Gesetzgeber es für nötig erachtet hat, die Zulässigkeit von Sachleistungen bei der vertraglichen Abschöpfung klarzustellen, so ist davon auszugehen, dass er dies erst recht bei den Fällen der verfügungsweise festzusetzenden Abgabe getan hätte. Aus der Tatsache, dass sich eine solche Vorschrift nicht findet, ist daher meines Erachtens zu schliessen, dass es nicht zulässig ist, Sachleistungen zu verfügen.⁸⁸ Im Übrigen sprechen auch praktische Schwierigkeiten gegen verfügungsweise festgesetzte Sachleistungen. Soll jemand zum Beispiel eine öffentliche Anlage für die Gemeinde erstellen, so müssen – wie ein Blick auf die in der Praxis gebräuchlichen Erschliessungsverträge zeigt – viele Gesichtspunkte geregelt werden: Wie genau und innert welcher Frist ist die Anlage zu erstellen? Wie erfolgt der anschließende Eigentumsübergang? Nach welchen rechtlichen Grundlagen richtet sich die Gewährleistung der bauenden Privatperson für die Mängelfreiheit des Werks? Wie kann sichergestellt werden, dass die Gemeinde am Schluss nicht selbst finanzielle Mittel aufwerfen und deshalb von Anfang an einen Kredit einholen muss? Es darf mit Fug behauptet werden, dass eine

⁸⁶ Vgl. statt vieler TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 12), § 57 N. 1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N. 2753.

⁸⁷ Vgl. dazu Ziff. 8 hiernach.

⁸⁸ Gleicher Meinung KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 24 f.

Sachleistung häufig eine umfangreiche, komplexe Verfügung erforderlich machen würde.

Erst recht nicht zulässig wäre es nach meiner Auffassung, eine Sachleistung gegen den Willen der Grundeigentümerschaft anzuordnen. Hier gilt es nämlich auch zu berücksichtigen, dass Sachleistungen häufig in der Abgabe von Grundeigentum bestehen – allein oder kombiniert mit weiteren Sachleistungen (z.B. Bau eines Spielplatzes, der nachher an die Gemeinde übergeht). Im Zusammenhang mit der in Art. 15a Abs. 2 RPG und Art. 126d BauG vorgesehenen Bauverpflichtung hat der Grosse Rat einen Antrag aus seiner Mitte, die Gemeinde für den Säumnisfall mit einem Enteignungsrecht auszustatten,⁸⁹ klar abgelehnt;⁹⁰ auch bereits in der Vernehmlassung zur Revision erwuchs einem solchen Enteignungsrecht fundamentale Opposition.⁹¹ Wenn es den Gemeinden aber nicht erlaubt sein soll, im Fall einer angeordneten, aber nicht umgesetzten Bauverpflichtung Land an sich zu ziehen, so kann es erst recht nicht zulässig sein, dass sie sich Land auf dem Weg der «Mehrwertabgabe» beschaffen.

- Eine andere, nach meiner Ansicht zu bejahende Frage ist aber, ob es zulässig ist, dass sich Gemeinde und Grundeigentümer auf der Basis eines «Umsetzungsvertrags» über die Tilgung der vorher verfügten Geldleistung durch eine Sachleistung einigen. Dagegen spricht nach meiner Auffassung nichts, kann doch effektiv in gewissen Fällen eine Sachleistung zweckmässig sein. Zwar muss die Gemeinde wie gesehen die Abgabe zuerst verfügen, womit auch klar und unwiderruflich feststeht, welchen Betrag der Kanton erhalten wird. Das Gesetz schliesst es aber nicht aus, dass sich die Parteien daneben dahingehend einigen, dass die Abgabeschuldnerin eine Sachleistung erbringt, um dadurch (bzw. durch Verrechnung) die Abgabeforderung zu tilgen.⁹² In diesem «Umsetzungsvertrag» könnten dann auch die genauen Modalitäten der Sachleistung geregelt werden. Bildet die Übertragung von Grundeigentum Bestandteil der Vereinbarung, so scheint es mir mit Blick auf das Urteil des bernischen Verwaltungsgerichts VGE

⁸⁹ Vgl. den entsprechenden Antrag von Grossrat LUC MENTHA, in Tagblatt des Grossen Rates 2016, S. 158 und S. 159 f.

⁹⁰ Tagblatt des Grossen Rates 2016, S. 167.

⁹¹ Vgl. Vortrag (Fn. 16), S. 63.

⁹² In diesem Sinn auch ETIENNE POLTIER (Fn. 9), Art. 5 N. 109.

2013/208 vom 10. September 2014⁹³ und die darin wiedergegebene bundesgerichtliche Praxis notwendig, den Vertrag öffentlich beurkunden zu lassen.

5. Fälligkeit der Abgabe

5.1 Fälligkeit erst mit Realisierung des Mehrwerts

Die Mehrwertabgabe wird fällig mit der Überbauung oder der Veräusserung des Grundstücks (Art. 142c Abs. 1 BauG).

In früheren Mehrwertabschöpfungsverträgen war oft vorgesehen, dass die Abgabe nach einem gewissen Zeitablauf in jedem Fall – unabhängig vom Vorliegen eines Realisierungstatbestands (Veräusserung oder Überbauung) – fällig wird (*Ohnehin-Fälligkeit*).⁹⁴ Eine solche Klausel dürfen die Gemeinden in ihren MWAR aber nicht (mehr) vorsehen, weil Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG und Art. 142c Abs. 1 BauG in zwingender Art und Weise die Fälligkeit erst mit der Veräusserung oder der Überbauung eintreten lassen. Bei der Abgabe für Einzonungen wollten die eidgenössischen Räte ausdrücklich verhindern, dass jemand eine Abgabe zahlen muss, bevor er oder sie den Mehrwert realisiert hat.⁹⁵ Bundesrätin DORIS LEUTHARD fasste es wie folgt zusammen:

«Die Planungsvorteile – und das scheint mir auch wichtig zu sein, das gab auch in der Kommission gute Diskussionen – sollen erst dann abgeschöpft werden, wenn der Mehrwert auch tatsächlich realisiert ist, d.h. bei der Veräusserung oder bei der Überbauung des Grundstücks. Mit anderen Worten: Man soll die Abgabe erst dann bezahlen müssen, wenn man das Geld auch wirklich in der Tasche hat».⁹⁶

National- und Ständerat war dabei auch bewusst, dass mit dem vergleichsweise späten Fälligkeitszeitpunkt die Mehrwertabgabe als Mittel gegen die Bau-

⁹³ In E. 4.2 beschäftigt sich das Urteil mit der Frage, ob Mehrwertabschöpfungsverträge – trotz ihrer unbestrittenen Qualifizierung als öffentlich-rechtliche Kontrakte – der öffentlichen Beurkundung bedürfen, wenn sich die Grundeigentümerschaft zur Abgabe von Land verpflichtet. «Aufgrund der vorstehenden Ausführungen und insbesondere im Licht der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der die Übertragung von Grundeigentum als Abschöpfung von Planungsmehrwerten zum Gegenstand hat, zu seiner Gültigkeit öffentlich beurkundet werden muss» (E. 4.2.1 des Urteils).

⁹⁴ URS EYMANN (Fn. 17), S. 117; DERS. (Fn. 5), S. 138.

⁹⁵ Siehe etwa AB S 2010 S. 893, Votum ROLF BÜTTIKER, S. 894, Votum THIS JENNY; AB N 2011 S. 1575 und 1591, Voten Kommissionsprecher MARTIN BÄUMLE; AB S 2011 S. 1175 f., Votum Kommissionsprecherin VERENA DIENER; AB N 2012 S. 126, Votum BEAT FLACH.

⁹⁶ AB N 2012 S. 129.

landhortung nur noch sehr eingeschränkt zur Verfügung stehen wird.⁹⁷ Ein *Abänderungsantrag*, wonach die Mehrwertabgabe nach fünf Jahren in jedem Fall fällig werden soll, wurde ausdrücklich abgelehnt.⁹⁸ Bei Einzonungen wäre demnach eine generelle⁹⁹ Ohnehin-Fälligkeit klar bundesrechtswidrig.¹⁰⁰ Der Grosse Rat hat überdies die vom Regierungsrat vorgeschlagene Vorverlegung der Fälligkeit¹⁰¹ auch bei Um- und Aufzonungen ausdrücklich abgelehnt; folglich ist eine Ohnehin-Fälligkeit im Kanton Bern auch im Überobligatorium nicht zulässig und es kann offenbleiben, ob eine solche bundesrechtlich überhaupt zulässig wäre.¹⁰²

Für die *Überbauung* ist nach Art. 142c Abs. 1 BauG der Baubeginn massgebend, wie er in Art. 2 Abs. 2 BewD¹⁰³ definiert ist. Damit wird die Abgabe bei dieser Variante regelmässig mit der Schnurgerüstabnahme fällig, von welcher die Gemeinde auch Kenntnis erlangen wird, da es sich gemäss Art. 47 Abs. 4 Bst. a BewD um eine Pflichtkontrolle handelt, welche die für die baupolizeiliche Selbstkontrolle verantwortliche Person der Gemeinde melden muss (Art. 47a Abs. 2 BewD).

Für die *Veräusserung* verweist Art. 142c Abs. 1 BauG auf die Vorschrift von Art. 130 StG¹⁰⁴, die näher bestimmt, welche Geschäfte eine Grundstücksgewinnsteuer auslösen. Der Verweis ist indes nur ein sinnvoller, was es der Praxis ermöglichen wird, allenfalls bei einzelnen der in Art. 130 StG genannten Vorgängen die Fälligkeit der Mehrwertabgabe nicht eintreten zu lassen, wenn dies Sinn und Zweck der Mehrwertabschöpfung zuwiderliefe. Sicher erfasst und in Art. 130 StG auch ausdrücklich genannt sind die

⁹⁷ AB S 2010 S. 894, Votum DIDIER BERBERAT; AB N 2011 S. 1585 f., Votum BEAT JANS.

⁹⁸ Minderheitsantrag III zu Art. 5a Abs. 2, vgl. AB N 2011 S. 1583, 1593 und 1585, Votum BEAT JANS.

⁹⁹ Diskutieren könnte man noch, ob das Bundesrecht allenfalls eine einzelfallbezogene Vorverlegung des Fälligkeitstermins als Sanktionsmassnahme im Sinn von Art. 15a Abs. 2 RPG zulassen würde, wenn trotz angeordneter Bauverpflichtung im Einzelfall nicht rechtzeitig überbaut wird (so HEINZ AEMISEGGER [Fn. 18], S. 635 f.). Im bernischen Recht ist diese Sanktion in Art. 126d Abs. 4 BauG allerdings nicht vorgesehen und deshalb nach meiner Auffassung auch nicht zulässig.

¹⁰⁰ BEAT STALDER (Fn. 18), S. 79 und 85 f.; ETIENNE POLTIER (Fn. 18), Art. 5 N. 58 f.; vgl. auch Vortrag (Fn. 16), S. 48.

¹⁰¹ Vgl. Vortrag (Fn. 16), S. 48.

¹⁰² Verneinend BEAT STALDER (Fn. 18), S. 81, 85 und 87; bejahend ETIENNE POLTIER (Fn. 9), Art. 5 N. 86.

¹⁰³ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret; BSG 725.1).

¹⁰⁴ Steuergesetz vom 21. Mai 2000 (BSG 661.11).

«klassischen» entgeltlichen Veräusserungstatbestände Verkauf, Tausch, Entzweigung und Einbringen in eine Gesellschaft oder Genossenschaft.¹⁰⁵ Mit Blick auf die vorne wiedergegebene Entstehungsgeschichte zu Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG scheint umgekehrt klar, dass *unentgeltliche Handänderungen* (wie insbesondere Schenkung, unentgeltlicher Erbvorbezug und Erbgang) die Abgabefälligkeit nicht auslösen. Meines Erachtens handelt es sich dabei um eine Vorgabe des Bundesrechts,¹⁰⁶ fehlt es doch der das Grundstück abtretenden Person in dieser Situation gerade an einer *Gegenleistung*, welche sie für das Begleichen der Abgabe einsetzen könnte. Dass Art. 142c Abs. 1 BauG nur auf Art. 130 StG (mit dem Randtitel «Veräusserung») und nicht auch auf den Aufschubtatbestand für unentgeltliche Handänderungen in Art. 131 StG verweist, bleibt nach der hier vertretenen Auffassung daher *folgenlos*, weil Art. 142c Abs. 1 BauG bundesrechtskonform ausgelegt werden muss. Im Übrigen darf auch nicht vergessen werden, dass eine Veräusserung im Grundstücksgewinnsteuerrecht nach StHG¹⁰⁷ und StG ohnehin nur dann vorliegt, wenn ein Vermögensgegenstand aus der Vermögensmasse gegen Entgelt ausscheidet;¹⁰⁸ vor diesem Hintergrund ist der *Steueraufschubtatbestand* bei unentgeltlichen Handänderungen gewissermassen nur deklaratorisch.¹⁰⁹ Bei Schenkungen, (unentgeltlichem) Erbvorbezug und Erbgang wird somit die Mehrwertabgabe nach meinem Dafürhalten trotz des Verweises nur auf Art. 130 StG nicht fällig. Nicht zum Tragen kommen bei unentgeltlichen Handänderungen aber meiner Meinung nach die Rechtsfolgen von Art. 131 Abs. 2 StG, da hier das BauG teilweise Abweichendes vorschreibt und als *lex specialis* vorgeht: Bei der Individualrechtsnachfolge (z.B. nach einer Schenkung) bleibt die ursprüngliche Grundeigentümerschaft Schuldnerin der Mehrwertabgabe; die beschenkte Person haftet nach Massgabe von Art. 142 Abs. 3 BauG «nur» zusätzlich solidarisch mit.¹¹⁰ Erst recht nicht zur Anwendung gelangt Art. 140 Bst. a StG, der es der steuerpflichtigen Person ermög-

¹⁰⁵ So Vortrag (Fn. 16), S. 48; ferner etwa ETIENNE POLTIER (Fn. 18), Art. 5 N. 62 f.; BEAT STALDER (Fn. 18), S. 86.

¹⁰⁶ So auch BEAT STALDER (Fn. 18), S. 86; ETIENNE POLTIER (Fn. 18), Art. 5 N. 62.

¹⁰⁷ Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (SR 642.14).

¹⁰⁸ Allgemein und für das StHG MARKUS REICH, *Steuerrecht*, 2. Aufl., Zürich 2012, § 15 N. 15 mit weiteren Hinweisen; für das bernische Recht MARKUS LANGENEGGER, in Leuch/Kästli/Langenegger (Hrsg.), *Praxiskommentar zum Berner Steuergesetz*, Band 2: Artikel 126 bis 293, Bern 2011, Art. 130 N. 1.

¹⁰⁹ MARKUS REICH (Fn. 108), § 25 N. 44.

¹¹⁰ Vgl. dazu ausführlich Ziff. 2.3 hiervor.

licht, für die Bemessung der Grundstückgewinnsteuer nach einem Aufschub gemäss Art. 131 StG auf den amtlichen Wert statt auf die Gesteungskosten abzustellen. Bei der Mehrwertabgabe bleibt demgegenüber in jedem Fall der mit der Abgabeverfügung bereits festgesetzte Betrag geschuldet.

5.2 Teilfälligkeit

Der Regierungsrat hatte in seinem Entwurf noch vorgeschlagen, dass auch bei bloss teilweiser Überbauung oder Veräusserung eines Grundstücks die gesamte Mehrwertabgabe fällig wird («Teilrealisierung = volle Abgabepflicht»), ausser es sei bereits auf der Ebene der Nutzungsplanung eine Etappierung vorgesehen.¹¹¹ Der Grosse Rat entschied sich für eine andere Lösung, indem er in Art. 142c Abs. 2 BauG vorschreibt: «Bei teilweiser Überbauung oder Veräusserung des Landes wird die Abgabe anteilmässig fällig».

Den Ratsprotokollen kann entnommen werden, dass es einmal die Absicht des Gesetzgebers war, bei grösseren, neu eingezonten Parzellen, die erst nach und nach überbaut oder in Teilen veräussert werden, bloss Teilfälligkeiten eintreten zu lassen, auch wenn in der Nutzungsplanung eine Etappierung nicht vorgesehen oder verlangt ist.¹¹² In solchen klaren Fällen wird demnach auf Teilfälligkeit im Sinn von Art. 142c Abs. 2 BauG zu erkennen sein. Hier ist diese Lösung auch sachgerecht und praktikabel.

Darüber hinaus wird im Tagblatt noch ein weiteres Beispiel für die Teilfälligkeit genannt:

«Vielleicht noch zu Händen des Protokolls: Es geht darum, die gesamte Mehrwertabschöpfung nicht bereits bezahlen zu müssen, wenn die Planung vorsieht, dass man beispielsweise anstatt drei- neu sechsstöckig bauen kann. Dies würde heissen, dass man grundsätzlich zuerst bereits bei der Planung bezahlen müsste. Das wollen wir nicht. Wir wollen, dass man bei der Realisierung bezahlt. Etappenweise Realisierung heisst, dass jemand, der vielleicht zuerst zwei Stockwerke zusätzlich baut und in fünf Jahren allenfalls ein drittes Stockwerk, zuerst für zwei Stockwerke bezahlt. Für das dritte Stockwerk bezahlt er bei der Realisierung.»¹¹³

Bringt man Art. 142c Abs. 2 BauG effektiv auch auf solche oder ähnliche Fälle zur Anwendung, so wird dies zu einem kaum mehr handhabbaren

¹¹¹ Vortrag (Fn. 16), S. 48 f.

¹¹² Tagblatt des Grossen Rates 2016, S. 928, Votum UELI FRUTIGER; vgl. auch das Votum von Kommissionssprecher BLAISE KROPP auf S. 927.

¹¹³ Tagblatt des Grossen Rates 2016, S. 927, Votum ADRIAN HAAS.

Verwaltungsaufwand führen. Sowohl bei Einzonungen wie auch bei Um- und Aufzonungen wird es – allen Bestrebungen der Verdichtung zum Trotz – immer wieder Fälle geben, in denen die Grundeigentümerschaft das nach der Nutzungsplanung mögliche Mass nicht vollständig ausschöpft. Wenn zum Beispiel jemand bei einer zulässigen Geschossflächenziffer von 1,0 ein Vorhaben mit einer Ziffer von 0,95 erstellt, soll dann effektiv die Mehrwertabgabe deswegen reduziert werden? Um dann später, wenn zum Beispiel ein Anbau von wenigen Quadratmetern realisiert wird, den nächsten Teil der Abgabe in Rechnung zu stellen? Das wäre für die Gemeinden insofern mit einem grossen Aufwand verbunden, als sie sämtlichen Objekten, auf denen verfügte Mehrwertabgaben lasten, dauerhaft einem «Monitoring» unterziehen müssten. Die Problematik akzentuiert sich zusätzlich dadurch, dass bei einem bloss teilweisen Ausschöpfen der Nutzungsmöglichkeiten der Mehrwert nicht immer im gleichen Ausmass – gewissermassen proportional – ausbleibt. Das Ausmass könnte wohl nur mit einer (weiteren) Schätzung eruiert werden. Nehmen wir den Fall eines Mehrfamilienhauses, das auf einer Parzelle ohne Nutzungsziffer gebaut wird. Wenn die Bauherrschaft gegen Süden freiwillig einen grösseren Grenzabstand als vorgeschrieben einhält, um dadurch mehr Aussenraum und Besonnung zu erhalten, dann schöpft sie das an sich mögliche Nutzungsmass nicht voll aus; sie verzichtet vielleicht auf 10 % der möglichen Fläche. Dadurch reduziert sich der Wert des Landes aber vielleicht kaum oder jedenfalls nicht zwingend genau um 10 %, weil der grössere Aussenraum und die zusätzliche Besonnung den Marktwert erhöhen.

Diese Ausführungen zeigen, dass Art. 142c Abs. 2 BauG in der Praxis zu grossen Problemen führen wird, wenn man die Vorschrift (zu) grosszügig interpretiert. Es ist absehbar, dass findige Grundeigentümerinnen und -eigentümer bei jeder baulichen Nutzung versuchen werden, mit dem Argument der bloss anteiligen Realisierung einen «Rabatt» auf die verfügte Abgabe zu erwirken. Bei allem Respekt gegenüber dem Willen des Gesetzgebers sollte die Praxis meines Erachtens deshalb darauf achten, die Bestimmung von Art. 142c Abs. 2 BauG vernünftig und «handhabbar» auszulegen,¹¹⁴ was eine gewisse Strenge impliziert. Das könnte etwa dadurch geschehen, dass von einer bloss teilweisen Überbauung nur dann ausgegangen wird, wenn die noch nicht ausgenutzten Reserven ein gewisses Mass aufweisen und effektiv noch Raum lassen für eine substantielle weitere Realisierung.

¹¹⁴ Auf das Erfordernis der einfach handhabbaren, praktikablen Ausführungsgesetze hin weist auch HEINZ AEMISEGGER (Fn. 18), S. 638.

Umgekehrt könnte Art. 142c Abs. 2 BauG übrigens auch Probleme bereiten, wenn schon bei sehr kleinen Veräusserungen eine teilweise Realisierung bejaht würde. Tritt beispielsweise die Eigentümerin einer noch unüberbauten Parzelle ihrem Nachbarn zur Grenzberichtigung ein paar Quadratmeter ab, so sollte dies eigentlich noch nicht dazu führen, dass allein deswegen schon ein kleiner Teil der Mehrwertabgabe fällig wird. Gleich dürfte es sich verhalten, wenn die Eigentümerin der Gemeinde eine kleine, randlich gelegene Fläche zum (Aus-)Bau einer Detailerschliessung abtritt. Art. 142c Abs. 2 BauG sollte also auch mit einer «Bagatellgrenze» angewendet werden.

6. Verfahren

6.1 Verfügungsform

Bereits einleitend wurde gesagt, dass die geschuldete Mehrwertabgabe im neuen System – abgesehen vom hier nicht weiter thematisierten Sonderfall der Materialabbau- und Deponiezonen – immer mit einer Verfügung festzusetzen ist.¹¹⁵ Art. 142d Abs. 1 BauG ist zwingender Natur, auch bei Abgaben für Um- und Aufzonungen.¹¹⁶

Dazu ist zu bemerken, dass Art. 142d Abs. 1 BauG die *Abgabe Verfügung* regelt, also jene Verfügung, mit der nach dem Inkrafttreten der Planung die Mehrwertabgabe festgesetzt wird. Im Zusammenhang mit der Mehrwertabgabe können allenfalls aber auch noch weitere Verfügungen nötig werden. Wenn etwa umstritten ist, ob und in welchem Ausmass die Fälligkeit im Sinn von Art. 142c Abs. 1 BauG eingetreten ist, so muss die Gemeinde eine *Fälligkeitsverfügung* erlassen. Dabei dürfte es sich um eine Feststellungsverfügung handeln, weil die Fälligkeit und damit die Zahlungspflicht ja bereits ex lege eingetreten ist und es «nur» noch darum geht, die bereits eingetretene neue Rechtslage festzustellen.¹¹⁷ Aus meiner Sicht ist eine solche Fälligkeitsverfügung aber nur erforderlich, wenn der von der Gemeinde zuerst formlos in Rechnung gestellte Betrag nicht beglichen oder bestritten wird.¹¹⁸ Bereits in Ziff. 2.3 hiervor wurde zudem darauf hingewiesen, dass allenfalls auch noch «Rechtsnachfolgeverfügungen» nötig werden können.

¹¹⁵ Siehe Ziff. 1 hiervor sowie zum abgewiesenen Antrag von GROSSRAT LUC MENTHA, der auf eine Relativierung der Verfügungsform zielte, Ziff. 4.4 hiervor.

¹¹⁶ KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 25.

¹¹⁷ KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 27 und Fn. 94. Im regierungsrätlichen Entwurf war noch ausdrücklich von einer Feststellungsverfügung die Rede, vgl. Vortrag (Fn. 16), S. 49.

¹¹⁸ So auch URS EYMANN (Fn. 17), S. 119.

6.2 Verfahren auf Erlass der Abgabeverfügung

Während sich das Verfahren zum Erlass allfälliger Fälligkeits- und «Rechtsnachfolgeverfügungen» nur nach den Bestimmungen des VRPG richtet, ist im Verfahren auf Erlass der Abgabeverfügung zusätzlich Art. 142d BauG zu beachten, insbesondere dessen Absätze 2 und 3. Dort ist ein etwas eigentümliches, in der Sache aber gerechtfertigtes Vorgehen beschrieben, mit dem erreicht werden soll, dass die Verfahren um Erlass und Genehmigung der Planungsmassnahme einerseits und jenes auf Erlass der Mehrwertabgabeverfügung andererseits in bürgerfreundlicher Art und Weise aufeinander abgestimmt sind. Nach Art. 142d Abs. 2 BauG hat die Gemeinde spätestens zum Zeitpunkt der öffentlichen Auflage der Planungsmassnahme im Sinn von Art. 60 BauG den *Entwurf der Abgabeverfügung* vorzulegen.¹¹⁹ Damit wird den Betroffenen nicht nur das rechtliche Gehör gewährt, denn Art. 142d Abs. 3 BauG ordnet überdies an, dass dem Entwurf für die Gemeinde bereits eine gewisse Bindungswirkung zukommt: Die definitive Abgabeverfügung muss nämlich «in den Grundzügen» dem Entwurf der Abgabeverfügung entsprechen.¹²⁰

Dieses Vorgehen dient der *Koordination von Planungs- und Abgabeverfahren*. Mit ihm soll erreicht werden, dass einerseits keine Verfügungen «auf Vorrat» erlassen werden müssen und dass andererseits für die Grundeigentümerinnen und -eigentümer – insbesondere auch für gar nicht ein-, um- oder aufzonungswillige – wirksamer Rechtsschutz besteht. Während der öffentlichen Planaufgabe soll klar sein, welche finanziellen Auswirkungen die Planungsmassnahme hat, damit sich die betroffenen Eigentümerinnen und Eigentümer allenfalls bereits gegen die Massnahme wehren können. Es wäre nun aber kaum praktikabel gewesen, die Gemeinden bereits in diesem frühen Zeitpunkt auch schon die definitiven Abgabeverfügungen erlassen zu lassen, noch bevor die Planung und damit der Abgabetatbestand überhaupt beschlossen und genehmigt ist. Aus diesen Gründen wird vorerst nur der Entwurf zugestellt. Anschliessend ist zuerst das Planungsverfahren bis zur Rechtskraft

¹¹⁹ Die Entwürfe werden vor oder spätestens mit der öffentlichen Auflage den Betroffenen individuell eröffnet. Sie bilden aber nicht etwa Teil der (öffentlichen) Auflageakten. Zur Frage, ob in die Entwürfe gestützt auf das Gesetz vom 2. November 1993 über die Information der Bevölkerung (Informationsgesetz, IG; BSG 107.1) Einsicht genommen werden kann, vgl. KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 26.

¹²⁰ Nach KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 26, bedeutet dies, dass die definitiv verfügte Abgabe (unter Vorbehalt der Teuerung) nicht höher sein darf als die im Entwurf ausgewiesene.

abzuschliessen. Erst danach erlässt die Gemeinde die eigentliche Abgabeverfügung. Mit diesem System muss vorerst nur die Planung bekämpfen, wer mit ihr nicht einverstanden ist und aus diesem Grund nicht bezahlen will. Um die Höhe der Abgabe muss im Planungsverfahren noch nicht gestritten werden; das wird nur und erst dann Thema, wenn die Planung auch wirklich in Kraft tritt. Wer nur etwas gegen die Höhe der Abgabe einzuwenden hat, kann sich im Planungsverfahren passiv verhalten und muss sich nur und erst gegen die Abgabeverfügung zur Wehr setzen.¹²¹

6.3 Beschwerdebefugnis des Kantons gegen kommunale Abgabeverfügungen?

Eine interessante Frage ist, ob dem Kanton ein Beschwerderecht zukommt, falls er mit einer kommunalen Abgabeverfügung einmal nicht einverstanden sein sollte. Schliesslich fallen ihm ja gemäss Art. 142f Abs. 1 BauG 10 % des von der Gemeinde veranlagten und eingezogenen Ertrags zu, weshalb die kommunalen Verfügungen auch flächendeckend dem AGR zur Kenntnis zu bringen sind.¹²²

Die Rechtsmittelbefugnis des Kantons ist nach meinem Dafürhalten zu bejahen. Die Legitimationsbestimmungen von Art. 65 Abs. 2 und Art. 79 Abs. 2 VRPG¹²³ behalten besondere Beschwerderechte vor. Das RPG erklärt in Art. 34 Abs. 2 Bst. a Kantone und Gemeinden unter anderem für beschwerdebefugt gegen Entscheide über «Entschädigungen als Folge von Eigentumsbeschränkungen (Art. 5)». Im Grundsatzurteil BGE 131 II 571 hat das Bundesgericht mit ausführlicher Begründung erkannt, dass den genannten Gemeinwesen dieses besondere Beschwerderecht – über seinen Wortlaut hinaus – auch zur Verfügung steht, um in Kantonen mit einer eigentlichen Mehrwertabgabe eine höhere Abgabe zu erstreiten.¹²⁴ Obschon dieses Urteil vor der RPG-Revision ergangen ist, dürften die Überlegungen des Bundesgerichts weiterhin ihre Gültigkeit haben und das besondere Beschwerderecht demnach in der hier interessierenden Konstellation vom sachlichen Anwendungsbereich her anwendbar sein.

¹²¹ Vgl. Vortrag (Fn. 16), S. 49; KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 26.

¹²² Vgl. Art. 120 Abs. 5 der Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1).

¹²³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (BSG 155.21).

¹²⁴ Vgl. E. I des erwähnten Urteils; ferner MICHAEL PFLÜGER, Die Legitimation des Gemeinwesens zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, Diss. Bern 2012, N. 942 mit weiteren Hinweisen.

Fragen kann man sich einzig noch, ob Art. 34 Abs. 2 Bst. a RPG effektiv auch dem Kanton eine Anfechtungsmöglichkeit einräumt; immerhin ist ja die Gemeinde formelle und hauptsächliche Abgabegläubigerin und der Kanton gewissermassen «nur» mittelbar betroffen.¹²⁵ Hier gilt es indes zu berücksichtigen, dass der Bund für den umgekehrten Fall des Minderwertausgleichs den Kantonen ebenfalls ein Beschwerderecht einräumen wollte, weil diese allenfalls Rückgriffe der primär entschädigungspflichtigen Gemeinden gewärtigen müssten.¹²⁶ Daraus kann meines Erachtens geschlossen werden, dass ein mittelbares finanzielles Interesse bei Art. 34 Abs. 2 Bst. a RPG zur Beschwerdebefugnis ausreicht,¹²⁷ sofern man nicht ohnehin von einem «abstrakten» Beschwerderecht ausgehen will, bei dem ein Betroffenheitsnachweis gar nicht mehr erbracht werden muss.

7. Sicherung der Abgabe

Zur Sicherung der Abgabe verweist das BauG in Art. 142e auf ein bewährtes Instrument: auf ein *unmittelbares gesetzliches Grundpfandrecht* im Sinn von Art. 836 Abs. 2 ZGB und Art. 109 ff. EG ZGB¹²⁸. In Art. 109a Bst. d1 EG ZGB wurde das entsprechende Pfandrecht verankert. Dabei fällt auf, dass ein Pfandrecht nur zu Gunsten der Gemeinde (und nicht auch des Kantons) besteht, was darauf zurückzuführen sein dürfte, dass der Gesetzgeber vom Konzept ausgegangen ist, dass die Gemeinde Gläubigerin der gesamten Abgabeforderung ist und der Kanton seinen Anspruch auf 10 % des Ertrags dann der Gemeinde gegenüber geltend zu machen hat.¹²⁹

Das gesetzliche Grundpfandrecht ist ein unmittelbares, d.h. es entsteht an sich ohne Eintragung im Grundbuch (so ausdrücklich der Einleitungssatz von Art. 109a EG ZGB). Nun sind indes auch die Vorgaben von Art. 836 Abs. 2 und 3 ZGB und von Art. 109d EG ZGB zu beachten:

- Nach Art. 836 Abs. 2 ZGB muss das Grundpfandrecht zum einen – weil die zu zahlende Mehrwertabgabe wegen der Freigrenze von Art. 142a Abs. 4 BauG wohl den Betrag von Fr. 1'000.– immer überschreiten wird

¹²⁵ Vgl. Ziff. 7 hiernach.

¹²⁶ Vgl. EJPD/Bundesamt für Raumplanung, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, 1981, Art. 34 N. 22.

¹²⁷ Vgl. auch MICHAEL PFLÜGER (Fn. 124), N. 947.

¹²⁸ Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (BSG 211.1).

¹²⁹ Vgl. Vortrag (Fn. 16), S. 49 f.

- innert vier **Monaten** nach der Fälligkeit der zugrunde liegenden Forderung, spätestens jedoch innert zwei Jahren seit Entstehung der Forderung in das Grundbuch eingetragen werden, damit es auch gutgläubigen Dritten entgegengehalten werden kann. Verpasst die Gemeinde diese Eintragungsfrist, so erlischt das Pfandrecht zwar nicht; die Gemeinde kann es dann aber nur noch dem oder der ursprünglichen Schuldner bzw. Schuldnerin gegenüber geltend machen.¹³⁰
- Zum anderen hat der kantonale Gesetzgeber auch von der Ermächtigung für einschränkendere Regelungen gemäss Art. 836 Abs. 3 ZGB Gebrauch gemacht, nämlich mit dem Erlass von Art. 109d Abs. 1 EG ZGB. Nach dieser Vorschrift ist bei unmittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechten wie jenem von Art. 109a Bst. d1 EG ZGB eine Grundbucheintragung innert sechs Monaten ab Rechtskraft der Verfügung nötig, um das gesetzliche Pfandrecht vor der Erlöschung zu bewahren. Ist diese Frist ohne Eintrag verstrichen, so erlischt das Pfandrecht demnach gänzlich und kann auch gegenüber der ursprünglichen Schuldnerschaft nicht mehr geltend gemacht werden. Die Gemeinden sind deshalb gut beraten, das gesetzliche Grundpfandrecht bereits in der Abgabeverfügung zu verfügen und die Verfügung anschliessend – unmittelbar nach Rechtskraft der Verfügung – dem zuständigen Grundbuchamt zuzustellen, um das Pfandrecht eintragen zu lassen.¹³¹

8. Verteilung und Verwendung der Erträge

Art. 142f BauG normiert, wem der Ertrag aus der Mehrwertabgabe zukommt, nämlich überwiegend der Gemeinde (zu 90 %) und im Übrigen (zu 10 %) dem Kanton (Abs. 1; sog. *Ertragssplitting*). Der Anteil von 10 % zu Gunsten des Kantons lässt sich so erklären, dass dem Kanton als Folge von Art. 5 Abs. 1^{sexies} RPG und Art. 142 Abs. 2 Bst. e StG, wonach bezahlte Mehrwertabgaben künftig bei der Bemessung der Grundstückgewinnsteuer als Aufwendungen vom Gewinn abgezogen werden können,¹³² Steuereinnahmen in etwa dieser Höhe entgehen.¹³³

¹³⁰ HOFSTETTER/THURNHERR, in Basler Kommentar, 5. Aufl. 2015, Art. 836 ZGB N. 21 f.

¹³¹ Vgl. zu den erforderlichen Ausweisen Art. 76 Abs. 1 der Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432.1).

¹³² Neu wird also die Aufwendungsmethode zur Anwendung gelangen, nicht mehr wie bis anhin – im **Regelfall** – die Anrechnungsmethode (vgl. dazu BVR 2010 S. 462 E. 4.4 und 5).

¹³³ KATALIN HUNYADY (Fn. 13), S. 27; vgl. auch Vortrag (Fn. 16), S. 50.

Für die *Verwendung der Erträge* verweist Art. 142f Abs. 2 BauG schlicht auf die bundesrechtliche Vorschrift von Art. 5 Abs. 1^{er} RPG, die Kanton und Gemeinden einen sehr weiten Spielraum für die Verwendung belässt; möglich ist zum Beispiel die Verwendung für Infrastruktur- und Ausstattungsvorhaben, für Frei- und Grünflächen oder für die Förderung des gemeinnützigen Wohnungsbaus.¹³⁴ Der kantonale Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die Verwendungsmöglichkeiten einzuschränken.

Das kantonale Recht ergänzt in Art. 142f Abs. 3 BauG, dass Kanton und Gemeinden *Spezialfinanzierungen* schaffen müssen. Das Muster-MWAR enthält einen Vorschlag für die entsprechende Normierung im kommunalen Reglement.¹³⁵

9. Schlussfolgerungen und Ausblick

Die Ausführungen haben gezeigt, dass bei der «neuen» bernischen Mehrwertabgabe noch zahlreiche, zum Teil komplexe Fragen zu beantworten sein werden. Viele dieser Fragen haben sich im alten System der vertraglichen Mehrwertabschöpfung nicht in dieser grundsätzlichen Art und Weise gestellt, weil sie – wenn sie denn überhaupt Thema waren – im jeweiligen Vertrag einer auf den Einzelfall zugeschnittenen, einvernehmlichen Lösung zugeführt werden konnten. Generell-abstrakter Normen, die gerechte, praktikable und «rechtsmittelfeste» Lösungen für alle möglichen Fälle hervorbringen, bedurfte es bis anhin nicht. Obschon die Mehrwertabschöpfung im Kanton Bern eine lange Tradition hat, muss also in vielen Punkten Neuland betreten werden.

In den kommenden Jahren wird es nun darum gehen, mit den neuen Regeln im BauG erste Erfahrungen zu sammeln und zu erkennen, wo noch gesetzgeberischer Handlungs- und/oder Anpassungsbedarf besteht. Später wird es allenfalls erforderlich sein, gewisse Normen im BauG zu präzisieren oder sogar anzupassen, wenn sie sich in der Praxis nicht bewähren. Denkbar wäre auch, dass bei untergeordneten Punkten der Regierungsrat in Anwendung seiner allgemeinen Kompetenz zum Erlass gesetzessvollziehender Verordnungen¹³⁶ Klarheit schafft.

¹³⁴ HEINZ AEMISEGGER (Fn. 18), S. 637 f.

¹³⁵ Vgl. Art. 6 Muster-MWAR.

¹³⁶ Art. 144 Abs. 1 BauG.