



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr,
Energie und Kommunikation UVEK

Bundesamt für Raumentwicklung ARE

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

Kanton Nidwalden

Prüfungsbericht

Ittigen, 28. März 2019

INHALTSVERZEICHNIS

A. Ausgangslage.....	3
I. Gegenstand	3
II. Hintergrund.....	3
III. Prüfungsmassstab und Stellenwert der Prüfung.....	3
IV. Ablauf der Prüfung.....	4
B. Prüfung.....	4
V. Objekt und Bemessung der Abgabe	4
a) Grundsatz.....	4
b) Ausnahmen von der Erhebung der Abgabe.....	5
c) Details der Bemessung der Abgabe.....	5
1. Definition des Mehrwerts.....	5
2. Artikel 5 Absatz 1 ^{quater} RPG	6
3. Artikel 5 Absatz 1 ^{sexies} RPG.....	6
d) Vollzugsprobleme, die faktisch auf einen Verzicht auf die Abgabe herauslaufen könnten.....	6
VI. Fälligkeit und Bezug der Abgabe	6
VII. Verwendung der Abgabe.....	7
C. Anträge.....	7

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

A. AUSGANGSLAGE

I. Gegenstand

Gegenstand der Prüfung bildet die Frage, ob der Kanton Nidwalden mit der Ausgleichsregelung, wie sie seit 1. August 2017 in Kraft ist, den Gesetzgebungsauftrag von Artikel 5 des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700) so weit umgesetzt hat, dass er per 1. Mai 2019 nicht unter die Sanktion nach Artikel 38a Absatz 5 RPG fällt.

II. Hintergrund

Der Gesetzgebungsauftrag an die Kantone, einen angemessenen Ausgleich für erhebliche Vor- und Nachteile zu regeln, die durch Planungen nach dem RPG entstehen, besteht seit 1980. Die Kantone hatten ihn, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht ausgeführt. In der als indirekter Gegenvorschlag zur Landschaftsinitiative konzipierten Teilrevision des RPG vom 15. Juni 2012, in Kraft seit 1. Mai 2014, wurde eine Übergangsbestimmung geschaffen, die einen starken Anreiz für die Kantone bieten sollte, den Mehrwertausgleich zumindest im Rahmen der Mindestanforderungen nach den Absätzen 1^{bis}–1^{sexies} von Artikel 5 RPG gesetzlich zu regeln: Gemäss Artikel 38a Absatz 5 RPG ist nach Ablauf der Frist von fünf Jahren die Ausscheidung neuer Bauzonen unzulässig, solange der betreffende Kanton nicht über einen angemessenen Ausgleich nach den Anforderungen von Artikel 5 RPG verfügt. Der Bundesrat bezeichnet nach Anhörung diese Kantone.

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

Die mit Artikel 38a RPG verbundene gesetzgeberische Absicht würde verfehlt, wenn ein Kanton nach dem 1. Mai 2019 eine bundesrechtskonforme Umsetzung von Artikel 5 RPG wieder aufheben könnte, ohne Sanktionen befürchten zu müssen. Vielmehr muss die Rechtsfolge von Artikel 38a Absatz 5 RPG auch dann eintreten, wenn ein Kanton nachträglich eine Rechtslage schafft, die Artikel 5 RPG widerspricht. Nach dem Ablauf der Frist am 1. Mai 2019 wird sich daher die Liste nach Artikel 52a Absatz 5 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1) nicht nur insofern ändern können, als Kantone aus dieser Liste gestrichen werden. Vielmehr ist auch denkbar, dass Kantone neu in diese Liste aufgenommen werden, wenn sie ihr entsprechendes Recht in bundesrechtswidriger Weise geändert haben oder wenn sich im Vollzug zeigen sollte, dass schwerwiegende Differenzen zu den Vorgaben des Bundesrechts bestehen.

III. Prüfungsmasstab und Stellenwert der Prüfung

Der Entscheid des Bundesrats, einen Kanton nicht im Sinn von Artikel 52a Absatz 5 RPV im entsprechenden Anhang der RPV zu bezeichnen, darf nicht als Bescheinigung der Rechtmässigkeit sämtlicher Ausführungsbestimmungen zu Artikel 5 RPG verstanden werden. Dies ergibt sich aus der dargelegten Entstehungsgeschichte und der Kompetenzverteilung zwischen dem Bundesrat und den Gerichten. Der Bundesrat auferlegt die in Artikel 38a Absatz 5 RPG enthaltene Sanktion nur jenen Kantonen, bei denen die Gesetzgebung mit einer gewissen Schwere von den Vorgaben in Artikel 5 RPG abweicht. Dabei wird das Schwergewicht der Prüfung auf die Absätze 1^{bis}–1^{sexies} gelegt.

IV. Ablauf der Prüfung

Mit Schreiben vom 20. Juli 2018 informierte das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) die kantonalen Planungsdirektoren darüber, dass der Bundesrat nach Artikel 38a Absatz 5 RPG verpflichtet ist, per Ende April 2019 die Kantone zu bezeichnen, die über keinen angemessenen Ausgleich nach den Anforderungen von Artikel 5 RPG verfügen. Um rechtzeitig mit der Prüfung der kantonalen Regelungen beginnen zu können, wurden die Kantone gebeten, dem ARE bis am 30. September 2018 die folgenden Unterlagen einzureichen:

- die kantonalen Erlasse, welche die entsprechenden Regelungen enthalten;
- eine kurze Begründung, weshalb der Kanton davon ausgeht, die Anforderungen nach Artikel 5 RPG zu erfüllen;
- die wichtigsten verfügbaren Materialien zu den entsprechenden Bestimmungen.

Mit Schreiben vom 19. November 2018 stellte der Kanton Nidwalden dem ARE die massgebenden kantonalen Bestimmungen zusammen mit den wichtigsten einschlägigen Materialien zu. Das ARE bestätigte den Eingang mit Schreiben vom 6. Dezember 2018.

Mit Schreiben vom 21. Dezember 2018 stellte das ARE dem Kanton einen Entwurf des Prüfungsberichts mit der Einladung zu, bis am 25. Januar 2019 zu diesem Entwurf Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 25. Januar 2019 reichte der Kanton diese Stellungnahme ein. Einleitend weist der Kanton darauf hin, dass er dem Gesetzgebungsauftrag gemäss Artikel 38a Absatz 4 RPG mit dem *Einführungsgesetz vom 12. April 2017 zum Raumplanungsgesetz betreffend Mehrwertabgabe* (Mehrwertabgabegesetz, MWAG; NG 611.3) Folge geleistet habe. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) habe das MWAG mit Schreiben vom 20. Juni 2017 als bundesrechtskonform erachtet und genehmigt. Das ARE hält hierzu im Sinne einer Klarstellung fest, dass die Genehmigung des EJPD gestützt auf Artikel 52 Absatz 3 des Schlusstitels zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210) erging, wonach die kantonalen Anordnungen zum Registerrecht der Genehmigung des Bundes bedürfen. Gegenstand der Genehmigung durch das EJPD war das unmittelbare gesetzliche Pfandrecht des Kantons zur Sicherstellung der Mehrwertabgabe (Art. 8 MWAG).

Der Kanton weist weiter darauf hin, dass das Bundesgerichtsurteil 1C_132/2015 vom 16. August 2017, welches eine Freigrenze von 100 000 Franken als bundesrechtswidrig erklärt, erst nach Inkrafttreten der Nidwaldner Regelung ergangen sei. Der Kanton werde den Vorrang des Bundesrechts in einem allfälligen konkreten Anwendungsfall selbstverständlich beachten.

Was die Definition des Mehrwerts gemäss Artikel 3 Absatz 2 MWAG anbelange, so sei diese selbstverständlich dahingehend zu verstehen, dass der Wert des eingezonten Landes mit dem Wert verglichen wird, den das Land hätte, wenn es nicht eingezont würde. Eine andere Auslegung würde dem Sinn und Zweck der Bestimmung widersprechen.

Was schliesslich Artikel 7 Absatz 2 MWAG betrifft, so erachtet der Kanton als zutreffend, dass Härtefälle in der Praxis kaum denkbar sind. Die Kann-Bestimmung werde bundesrechtskonform ausgelegt und die Mehrwertabgabe spätestens mit der Überbauung des Grundstücks fällig.

B. PRÜFUNG

V. Objekt und Bemessung der Abgabe

a) Grundsatz

Gemäss Artikel 2 Absatz 1 MWAG in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 MWAG haben Grundeigentümer eine Mehrwertabgabe von 20 Prozent des Mehrwerts zu entrichten, wenn ihr Boden durch eine Neueinzonung einen Planungsvorteil erlangt. Diese Regelung entspricht grundsätzlich den Anforderungen von Artikel 5 Absatz 1^{bis} erster und dritter Satz RPG.

b) Ausnahmen von der Erhebung der Abgabe

Gemäss Artikel 2 Absatz 2 Ziffer 2 MWAG wird für Bodenflächen bis 50 m² keine Abgabe erhoben. Damit soll von der Möglichkeit von Artikel 5 Absatz 1^{quinquies} Buchstabe b RPG Gebrauch gemacht werden, gemäss dem das kantonale Recht von der Erhebung der Abgabe absehen kann, wenn der voraussichtliche Abgabbeertrag in einem ungünstigen Verhältnis zum Erhebungsaufwand steht.

Eine flächenmässige Freigrenze hat den Vorteil der einfachen Handhabung. Im Unterschied zu monetären Freigrenzen verursacht sie keinen Erhebungsaufwand. Ihr Nachteil liegt darin, dass bei hohen Baulandpreisen und dementsprechend hohen Mehrwerten auch auf einer kleinen Fläche eine erhebliche Abgabe resultieren kann. Das Flächenkriterium stellt mithin nicht in jedem Fall sicher, dass nur solche Mehrwerte abgabefrei bleiben, bei denen der Abgabbeertrag in einem ungünstigen Verhältnis zum Erhebungsaufwand steht. Bei einer Fläche von 50 m² wird bei Mehrwerten von über 600 Franken pro m² der im Ständerat genannte Richtwert von 30 000 Franken überschritten (geht man davon aus, dass Landwirtschaftsland einen Wert von 10 Franken pro m² hat, würde die Grenze demnach bei Baulandpreisen von 600 + 10 = 610 Franken pro m² liegen). Bei Mehrwerten ab 2000 Franken pro m² würde die Schwelle von 100 000 Franken erreicht, die gemäss Bundesgerichtsurteil 1C_132/2015 vom 16. August 2017 (publiziert in BGE 143 II 568; Übersetzungen in: Die Praxis 9/2018, 919; Revue de droit administratif et de droit fiscal 2018 II 21) – sogar bei frankenmässigen Freigrenzen – jedenfalls Bundesrecht verletzt. Geht man davon aus, dass ein Mehrwert von 50 000 Franken das Maximum der zulässigen Freigrenze darstellen könnte, würde dieser Wert bei der vom Kanton festgelegten Freigrenze von 50 m² bei einem Mehrwert von 1000 Franken pro m² erreicht.

Die Baulandpreise scheinen im Kanton Nidwalden teilweise sehr hoch zu sein (vgl. Antrag des Regierungsrats an den Landrat vom 29. November 2016 betreffend Einführungsgesetz zum Raumplanungsgesetz betreffend Mehrwertabgabe, Ziff. 2.3.3). Bei Einzonungen in Gebieten, in denen die gehandelten Preise für unüberbautes Bauland teilweise über 2000 Franken pro m² liegen, hätte der Kanton durch geeignete Massnahmen sicherzustellen, dass Einzonungsmehrwerte von mindestens 100 000 Franken in jedem Fall der Abgabe unterstellt werden. Über Anwendungsfälle von Artikel 2 Absatz 2 Ziffer 2 MWAG in Gebieten, in denen die gehandelten Preise für unüberbautes Bauland teilweise über 1000 Franken pro m² liegen, ist das ARE spätestens bei Genehmigung der Nutzungsplanung zu informieren. Sollte die flächenmässige Grenze in Artikel 2 Absatz 2 Ziffer 2 MWAG angehoben oder gesenkt werden, passen sich die genannten Grenzwerte in Franken pro m² automatisch entsprechend an.

Gemäss Artikel 2 Absatz 2 Ziffer 1 MWAG sind der Kanton, die Gemeinden und die Gemeindezweckverbände von der Abgabepflicht befreit, wenn die Zone, in die der betroffene Boden eingezont wird, unmittelbar öffentlichen oder gemeinnützigen Zwecken oder Kultuszwecken dient. Wenn Gemeindezweckverbände gemäss dieser Bestimmung eigenständige Gemeinwesen nach kantonalem Recht darstellen, ist diese Ausnahme ohne Weiteres mit Artikel 5 Absatz 1^{quinquies} RPG vereinbar.

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

c) Details der Bemessung der Abgabe

1. *Definition des Mehrwerts*

Gemäss Artikel 3 Absatz 2 MWAG entspricht der Mehrwert der Differenz des Verkehrswerts des Bodens unmittelbar vor und jenem nach der rechtskräftigen Neueinzonung. Diese Bestimmung muss so verstanden werden, dass der Wert des eingezonten Landes mit dem Wert verglichen wird, den das

¹ Vgl. BGE 121 II 138.

Land hätte, wenn es nicht eingezont würde. Der Marktwert neu eingezonten Landes entspricht nämlich bereits vor dem Einzonungsakt dem Baulandwert. Nähme man Artikel 3 Absatz 2 MWAG wörtlich, wäre der Mehrwert praktisch stets gleich null. Das entspricht sicher nicht dem wahren Sinn dieser Vorschrift. Sollte sie jedoch ein Gericht im erwähnten Sinn wörtlich auslegen, wäre die Unterstellung des Kantons unter die Rechtsfolgen von Artikel 38a Absatz 5 RPG wohl unvermeidlich, bis das Problem behoben wäre.

2. Artikel 5 Absatz 1^{quater} RPG

Artikel 5 Absatz 1^{quater} RPG bestimmt:

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

Diese Bestimmung wird in Artikel 3 Absatz 3 MWAG umgesetzt und die Frist auf zwei Jahre festgelegt. Diese Frist erscheint angemessen.

3. Artikel 5 Absatz 1^{sexies} RPG

Artikel 148 Absatz 1 Ziffer 4a des Gesetzes vom 22. März 2000 über die Steuern des Kantons und der Gemeinden des Kantons Nidwalden (Steuergesetz, StG; NG 521.1) regelt im Einklang mit dem Bundesrecht die Anrechenbarkeit der entrichteten Mehrwertabgabe als Aufwendungen bei der Grundstückgewinnsteuer.

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

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

VI. Fälligkeit und Bezug der Abgabe

Die Regelung der Fälligkeit in Artikel 5 MWAG entspricht den Vorgaben von Artikel 5 Absatz 1^{bis} zweiter Satz RPG. Im Falle der Überbauung wird die Abnahme der Bauten und Anlagen vor dem Bezug bzw. vor der Inbetriebnahme für massgebend erklärt. Dieser Zeitpunkt erscheint als vergleichsweise spät, steht aber nicht im Widerspruch zum Bundesrecht.

Gemäss Artikel 7 Absatz 2 MWAG kann der Regierungsrat bei Baurechtsverträgen auf Gesuch hin eine Zahlung in Raten während höchstens zehn Jahren bewilligen, wenn die fristgerechte Leistung der Mehrwertabgabe für die Zahlungspflichtigen eine besondere Härte bedeuten würde. Gemäss Absatz 3 dieser Bestimmung sind die Ratenzahlungen nach Ablauf der ordentlichen Zahlungsfrist für die Mehrwertabgabe zu verzinsen.

Diese Spezialregelung für Baurechtsverträge steht in einem Widerspruch zum Fälligkeitsgrund der Überbauung nach Artikel 5 Absatz 1^{bis} zweiter Satz RPG. Auch im Falle eines Baurechts muss die Mehrwertabgabe von Bundesrechts wegen mit der Überbauung des Grundstücks fällig werden. Es steht den Baurechtsgebern frei, von den Baurechtsnehmern eine Bevorschussung der zu leistenden Abgabe zu verlangen, um diese finanzieren zu können.

Artikel 7 Absatz 2 MWAG ist eine Kann-Bestimmung, die jedenfalls bundesrechtskonform ausgelegt werden kann. Dies dürfte umso leichter fallen, als eigentliche Härtefälle kaum denkbar sind. Sollte von

der Bestimmung Gebrauch gemacht werden, so könnte die Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht einerseits durch ein Gericht geprüft werden, andererseits könnte sie Gegenstand einer Neueinschätzung der kantonalen Ausgleichsregelung im Lichte von Artikel 38a Absatz 5 RPG sein.

VII. Verwendung der Abgabe

Die Verwendung der Abgabe ist in den Artikeln 10–12 MWAG geregelt und eng an das Bundesrecht angelehnt. Mit «*Entschädigungen für Auszonungen*» dürften Entschädigungen aus materieller Enteignung (Art. 5 Abs. 2 RPG) gemeint sein. Zu begrüssen ist die klare Priorität im Bereich der Finanzierung allfälliger Entschädigungen aus materieller Enteignung. Auch für den Fall, dass im Fonds mehr Mittel vorhanden sind, als für Entschädigungen bei Auszonungen längerfristig notwendig sind, ist eine mit dem Bundesrecht in Einklang stehende Regelung vorgesehen.

Pro eingezontes Grundstück fliessen 1000 Franken in die allgemeine Staatskasse, zur Deckung des Aufwands für Verfügung und Bezug der Mehrwertabgabe. Dies erscheint als angemessen und zulässig.

C. ANTRÄGE

Aufgrund der zur Prüfung eingereichten Unterlagen wird dem UVEK zuhanden des Bundesrats beantragt, den Kanton Nidwalden nicht in den Anhang gemäss Artikel 38a Absatz 5 RPG und Artikel 52a Absatz 5 RPV aufzunehmen.

Zudem wird beantragt, dem Kanton Nidwalden folgende Pflichten aufzuerlegen: Der Kanton Nidwalden hat durch geeignete Massnahmen sicherzustellen, dass Einzonungsmehrwerte von mindestens 100 000 Franken in jedem Fall der Mehrwertabgabe unterstellt werden. Über Anwendungsfälle der Freigrenze von 50 m² in Artikel 2 Absatz 2 Ziffer 2 des *Einführungsgesetzes zum Raumplanungsgesetz betreffend Mehrwertabgabe vom 12. April 2017* des Kantons Nidwalden (Mehrwertabgabegesetz, MWAG; NG 611.3), in denen einzonungsbedingte Mehrwerte über 50 000 Franken vorliegen könnten, ist das ARE spätestens bei Genehmigung der Nutzungsplanung zu informieren.

Bundesamt für Raumentwicklung
Die Direktorin

sig. Lezzi

Dr. Maria Lezzi