



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 Freiburg

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.....	5
V. Objekt und Bemessung der Abgabe	5
a) Grundsatz.....	5
b) Ausnahmen von der Erhebung der Abgabe	6
1. Artikel 5 Absatz 1 ^{quinquies} Buchstabe a RPG	6
2. Artikel 5 Absatz 1 ^{quinquies} Buchstabe b RPG	6
c) Details der Bemessung der Abgabe.....	7
3. Artikel 5 Absatz 1 ^{quater} RPG	7
4. Artikel 5 Absatz 1 ^{sexies} RPG	7
d) Vollzugsprobleme, die faktisch auf einen Verzicht auf die Abgabe herauslaufen könnten.....	7
VI. Fälligkeit und Bezug der Abgabe	7
VII. Verwendung der Abgabe.....	8
C. Anträge.....	8

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 Freiburg mit der Ausgleichsregelung, wie sie seit dem 1. Januar 2018 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. Prüfungsmassstab 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 13. September 2018 stellte der Kanton Freiburg dem ARE die massgebenden kantonalen Bestimmungen in deutscher und französischer Sprache zusammen mit der gewünschten kurzen Begründung zu. Das ARE bestätigte den Eingang mit Schreiben vom 1. November 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 23. Januar 2019 reichte der Kanton diese Stellungnahme ein. Er lädt darin das ARE ein, den Prüfungsbericht in der Fassung, wie er dem Kanton unterbreitet wurde, zusammen mit der Stellungnahme an den Bundesrat weiterzuleiten.

Zur Auflage (Eröffnung von Verfügungen, in denen Grundeigentümer, die nicht Gemeinwesen darstellen, vom Ausgleich von Planungsvorteilen befreit werden) bringt der Kanton folgende Bemerkungen an:

«La Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC) peut ainsi vous assurer qu'elle veillera à la bonne application du droit cantonal, de même qu'elle s'engage à informer la Confédération dans le sens évoqué en conclusion du projet de rapport, relativement à l'application de l'art. 113h al. 1 et 2 LATeC. Sur ce dernier point, la DAEC constate que même si le contenu de cette disposition n'est effectivement pas détaillée, son champ d'application concernant les cas d'exemption des collectivités publiques n'en est pas moins clairement défini. Néanmoins, la DAEC est tout à fait transmettre à l'ARE les décisions d'exemption dans des cas limite et/ou qui auront fait l'objet d'une analyse juridique particulière.»

Aus Sicht des ARE ist der Anwendungsbereich (champ d'application) von Artikel 113h des *Raumplanungs- und Baugesetzes vom 2. Dezember 2008* des Kantons Freiburg (RPBG; SGF 710.1) insofern unklar definiert, als neben dem Staat, den Gemeinden und den Gemeindeverbänden auch die *«übrigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften»* und die *«öffentlich-rechtlichen Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit»* von der Abgabe befreit werden, sofern die Grundstücke der *«Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse»* dienen. Die Frage, ob sich aus Artikel 113h RPBG kein Widerspruch zum Bundesrecht ergibt, hängt davon ab, wie die *«Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse»* ausgelegt wird (siehe Näheres unten Kap. B.V.b.1).

Zur Rechtmässigkeitskontrolle durch die Gerichte bringt der Kanton folgende Bemerkungen an:

«Si une autorité judiciaire devait constater qu'une des dispositions cantonales n'était pas conforme au droit fédéral, il est clair qu'il appartiendrait au canton de prendre les mesures nécessaires pour adapter le droit cantonal en conséquence.

Cela étant dit, la DAEC est d'avis que la conséquence d'une telle décision judiciaire ne pourrait pas être une application immédiate de l'art. 38a al. 5 LAT, comme cela semble ressortir du rapport (A. II. 2^{ème} paragraphe, VI. 3^{ème} paragraphe). Cette disposition de la LAT est clairement une disposition transitoire, en vertu de laquelle la Confédération est tenue d'effectuer une analyse des dispositions légales et réglementaires cantonales sur la plus-value et de décider, à l'échéance du délai de cinq ans dès l'entrée en vigueur de la révision partielle de la LAT, si le canton doit être désigné comme ne disposant pas d'un régime de compensation équitable conforme au droit fédéral (voir à cet égard Aemisegger, Commentaire pratique de la LAT, VLP-ASPAN, 2016, Art. 8, 47, 55 ss). La sanction de l'art. 38a al. 5 LAT, soit un moratoire renforcé sur des zones à bâtir sur l'ensemble du territoire cantonal, ne saurait ainsi être appliquée de suite après que le Conseil fédéral ait rendu sa décision à l'échéance du délai de cinq ans, en application de la disposition transitoire en question.

Au vu de ce qui précède, le canton demande à la Confédération que, dans un tel cas de figure, elle lui signifie officiellement la non-conformité de la disposition légale concernée et lui fixe un délai raisonnable afin d'adapter le droit cantonal.»

Artikel 38a Absatz 5 RPG ist primär als Übergangsbestimmung konzipiert. Ihr Sinn kann allerdings nicht sein, dass ein Kanton, der nach Ablauf der Übergangsfrist die – dem Bundesrecht entsprechende – Regelung zum Mehrwertausgleich aufgibt, keinerlei Rechtsfolgen zu gewärtigen hätte. In diesem Sinn muss die Bestimmung nach Auffassung des ARE auch nach Ablauf der Frist neu auf einen Kanton zur Anwendung gebracht werden können.

Das ARE auferlegt sich, wie dargelegt, eine gewisse Zurückhaltung bei der Beantragung der Sanktion von Artikel 38a Absatz 5 RPG auf einen Kanton. Wo ein Kanton allerdings an die Grenzen dessen geht, was mit dem Bundesrecht vereinbar sein könnte, geht er Risiken ein. Einerseits kann es sein, dass ein Gericht Artikel 38a Absatz 5 RPG auf ihn für anwendbar erklärt. Andererseits muss er damit rechnen, dass der Bundesrat dies mit dem in Artikel 52a Absatz 5 RPV vorgesehenen Instrument tut, wenn sich aufgrund eines Entscheids des Bundesgerichts eine Unvereinbarkeit mit dem Bundesrecht ergibt, die eine gewisse Schwere hat und nicht auf dem Weg der Auslegung korrigiert werden kann oder wird. Die vom Kanton kritisierten Ausführungen im Rahmen der Prüfung machten auf diesen Umstand aufmerksam, ohne vorwegzunehmen, welche Schlussfolgerungen zu ziehen wären. Dem Kanton kann durch eine Relativierung des Vorbehalts entgegengekommen werden.

B. PRÜFUNG

V. Objekt und Bemessung der Abgabe

a) Grundsatz

Gemäss Artikel 113a Absatz 1 RPBG erfolgt der Ausgleich der erheblichen Vorteile, die durch Planungsmassnahmen entstehen, über eine Mehrwertabgabe. Nach Artikel 113a Absatz 2 Buchstabe a RPBG gilt als erheblicher Vorteil die Werterhöhung eines Grundstücks, die sich aus der Einzonung eines Grundstücks in eine Nutzungszone gemäss Artikel 15 RPG ergibt. Die Höhe der Abgabe beträgt gemäss Artikel 113b Absatz 1 RPBG 20 Prozent des Mehrwerts. Damit entspricht die Regelung grundsätzlich den Anforderungen von Artikel 5 Absatz 1^{bis} erster und dritter Satz RPG.

b) Ausnahmen von der Erhebung der Abgabe

1. *Artikel 5 Absatz 1^{quinquies} Buchstabe a RPG*

Gemäss Artikel 113h Absätze 1 und 2 RPBG werden öffentlich-rechtliche Körperschaften von der Mehrwertabgabe befreit, wenn die Grundstücke der Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse dienen, die sie selbst oder durch Zuständigkeitsdelegation ausführen. Als öffentlich-rechtliche Körperschaften gelten der Staat, die Gemeinden und Gemeindeverbände, die übrigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und die öffentlich-rechtlichen Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit.

Die Regelung in Artikel 113h Absätze 1 und 2 RPBG hat insofern wenig präzise Konturen, als sie neben dem Staat, den Gemeinden und den Gemeindeverbänden auch die *«übrigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften»* und die *«öffentlich-rechtlichen Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit»* von der Abgabe befreit, sofern die Grundstücke der *«Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse dienen»*.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass im deutschen Wortlaut von Artikel 5 Absatz 1^{quinquies} Buchstabe a RPG der Begriff *«Gemeinwesen»* und im französischen Wortlaut der Begriff *«collectivité publique»* verwendet wird. Während sich der französische Text von Artikel 113h Absätze 1 und 2 RPBG mit dem Wortlaut von Artikel 5 Absatz 1^{quinquies} Buchstabe a RPG deckt, wird im deutschen Text von Artikel 113h Absätze 1 und 2 RPBG nicht der Begriff *«Gemeinwesen»*, sondern der Begriff *«öffentlich-rechtliche Körperschaft»* verwendet.

Der Kern öffentlicher Aufgaben ist das hoheitliche Handeln des Gemeinwesens. Dieses kann unter gewissen Voraussetzungen die Ausübung hoheitlicher Tätigkeit an Dritte delegieren (Beleihung). In solchen Fällen handeln die Dritten für das Gemeinwesen. Eine derartige Tätigkeit schliesst die Gewinnstrebigkeit, die für private Unternehmen typisch ist, aus. In derartigen Fällen erscheint es mit dem Bundesrecht als vereinbar, wenn bei der Einzonung von Grundstücken, die unmittelbar einer derartigen Aufgabenerfüllung dienen, auf die Erhebung der Mehrwertabgabe verzichtet wird. Fällt die Aufgabe zurück an das Gemeinwesen, müssen auch die entsprechenden Grundstücke, die für die Erfüllung der Aufgabe nötig sind, zurückfallen. Der Begriff der Erfüllung öffentlicher Aufgaben bzw. der *«Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse»* (Art. 113h Abs. 1 RPBG) kann allerdings auch weiter verstanden werden. Die Frage, ob sich aus Artikel 113h RPBG kein Widerspruch zum Bundesrecht ergibt, hängt demnach von der Auslegung ab.

Diese Unsicherheit rechtfertigt es indessen nicht, Artikel 38a Absatz 5 RPG auf den Kanton Freiburg für anwendbar zu erklären. Es muss vielmehr genügen, wenn der Kanton dem ARE Verfügungen eröffnet, in denen gestützt auf diese Bestimmung Grundeigentümer von der Abgabe befreit werden, die nicht Gemeinwesen darstellen.

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

2. *Artikel 5 Absatz 1^{quinquies} Buchstabe b RPG*

Gemäss Artikel 113h Absatz 3 RPBG wird die Werterhöhung des Grundstücks von der Mehrwertabgabe befreit, wenn sie einen Betrag von 20 000 Franken nicht übersteigt. Diese Ausnahme ist mit Artikel 5 Absatz 1^{quinquies} Buchstabe b RPG vereinbar.

¹ Vgl. BGE 121 II 138.

c) Details der Bemessung der Abgabe

3. *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.»

Die Bestimmung wird in Artikel 113b Absatz 3 RPBG ins kantonale Recht umgesetzt, wobei der unbestimmte Begriff der *«angemessenen Frist»* nicht konkretisiert, sondern tel quel übernommen wird. Grundsätzlich erschiene es sachgerecht, wenn der Kanton die angemessene Frist in seinem Recht präzisieren würde, was auch auf Verordnungsstufe erfolgen könnte. Dies würde Rechtssicherheit für die Betroffenen schaffen. Nicht a priori ausgeschlossen ist, die Frist durch Verwaltungsverordnung oder im Einzelfall festzulegen.

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

Gemäss Artikel 113b Absatz 4 RPBG wird die Abgabe, im Einklang mit dem Bundesrecht, bei der Bemessung einer allfälligen Grundstückgewinnsteuer als Teil der Aufwendungen vom steuerbaren Gewinn abgezogen.

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**

Im Falle der Überbauung wird die Abgabe innert sechs Monaten ab Rechtskraft der Baubewilligung, die für die erste Baute – mit Ausnahme der Detailerschliessung – auf dem betroffenen Grundstück nach dem ordentlichen Bewilligungsverfahren erteilt wurde (Art. 113e Abs. 1 Bst. a RPBG), fällig. Dies steht im Einklang mit dem Bundesrecht.

Im Falle der Veräusserung wird die Abgabe bei Veräusserungen gemäss Artikel 42 des *Gesetzes vom 6. Juni 2000 über die direkten Kantonssteuern* des Kantons Freiburg (DStG; SGF 631.1) fällig (Art. 113e Abs. 1 Bst. b RPBG). Artikel 42 DStG regelt die steuerbegründenden Veräusserungen bei der Grundstückgewinnsteuer. Die entsprechende Regelung steht, soweit ersichtlich, im Einklang mit Artikel 5 Absatz 1^{bis} zweiter Satz RPG.

Gemäss Artikel 113e Absatz 2 RPBG wird die Besteuerung in den Fällen nach Artikel 43 DStG aufgeschoben. Artikel 43 DStG stimmt wörtlich überein mit Artikel 12 Absatz 3 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG; SR 642.14). Die Materialien deuten darauf hin, dass in dem Ausmass, in dem Artikel 12 Absatz 3 StHG einen Aufschub der Grundstückgewinnsteuer zulässt, die Kantone einen solchen analog für die Mehrwertabgabe zulassen können. Sollte ein Gericht einen der in Artikel 113e Absatz 2 RPBG in Verbindung mit Artikel 12 Absatz 3 StHG genannten Aufschubtatbestände als nicht vereinbar mit Artikel 5 Absatz 1^{bis} zweiter Satz RPG beurteilen, wäre eine neue Einschätzung im Lichte von Artikel 38a Absätze 4 und 5 RPG vorzunehmen. Allerdings ist kaum anzunehmen, dass in einer solchen Situation eine Bundesrechtswidrigkeit gesehen würde, welche die Anordnung der Rechtsfolgen nach

Artikel 38a Absatz 5 RPG durch den Bundesrat rechtfertigen würde, ohne dem Kanton vorgängig eine Frist für die Behebung des Problems angesetzt zu haben.

Gemäss Artikel 113f Absatz 1 RPBG ist die kantonale Steuerverwaltung für die Erhebung der Mehrwertabgabe zuständig.

VII. Verwendung der Abgabe

Die Regelung der Abgabeverwendung in Artikel 113c RPBG und Artikeln 51a–51h des *Ausführungsreglements vom 1. Dezember 2009 zum Raumplanungs- und Baugesetz* des Kantons Freiburg (RPBR; SGF 710.11) steht im Einklang mit den Vorgaben in Artikel 5 Absatz 1^{ter} RPG.

C. ANTRÄGE

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

Zudem wird beantragt, dem Kanton Freiburg folgende Pflicht aufzuerlegen: Verfügungen, in denen gestützt auf Artikel 113h Absätze 1 und 2 des *Raumplanungs- und Baugesetzes vom 2. Dezember 2008* des Kantons Freiburg (RPBG; SGF 710.1) Grundeigentümer vom Ausgleich von Planungsvorteilen befreit werden, die nicht Gemeinwesen darstellen, sind bei Einzonungen dem ARE zu eröffnen.

Bundesamt für Raumentwicklung
Die Direktorin

sig. Lezzi

Dr. Maria Lezzi