



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr,  
Energie und Kommunikation UVEK  
**Bundesamt für Raumentwicklung ARE**

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

**Kanton Bern**

**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
1. Artikel 5 Absatz 1 <sup>quinquies</sup> Buchstabe a RPG .....	5
2. Artikel 5 Absatz 1 <sup>quinquies</sup> Buchstabe b RPG .....	6
c) Details der Bemessung der Abgabe.....	6
3. Artikel 5 Absatz 1 <sup>quater</sup> RPG .....	6
4. Artikel 5 Absatz 1 <sup>sexies</sup> RPG.....	6
d) Vollzugsprobleme, die faktisch auf einen Verzicht auf die Abgabe herauslaufen können .....	6
VI. Fälligkeit und Bezug der Abgabe .....	7
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 Bern mit der Ausgleichsregelung, wie sie seit dem 1. April 2017 in Kraft ist, den Gesetzgebungsaufrag 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 Gesetzgebungsaufrag 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<sup>bis</sup>–1<sup>sexies</sup> 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<sup>sexies</sup> 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 Schwerpunktgewicht der Prüfung auf die Absätze 1<sup>bis</sup>–1<sup>sexies</sup> 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 6. Juli und 21. September 2018 stellte der Kanton Bern dem ARE die massgebenden kantonalen Bestimmungen zu, zusammen mit den wichtigsten einschlägigen Materialien und der gewünschten kurzen Begründung. 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 22. Januar 2019 reichte der Kanton diese Stellungnahme ein. Er begrüßt darin den Antrag, den Kanton nicht in die Liste der säumigen Kantone aufzunehmen, und kann sich den Erwägungen grundsätzlich anschliessen. Er stellt jedoch folgende Anträge:

**«Antrag 1:**

*Die vorgesehene Auflage ist ersatzlos zu streichen und die dazu formulierten Erwägungen in Kap. V, Buchstabe b betreffend «Ausnahmen von der Erhebung der Abgabe» dahingehend anzupassen, dass keine Orientierungspflicht des Kantons gegenüber dem ARE stipuliert wird, wenn mit öffentlichen Aufgaben beliehene Dritte von der Mehrwertabgabe befreit werden.*

**Antrag 2:**

*Die Erwägungen in Kap. V. Buchstabe d betreffend «Vollzugsprobleme, die faktisch auf einen Verzicht auf die Abgabe herauslaufen könnten» sind zu streichen. Eventualiter sind die Erwägungen mindestens dahingehend anzupassen, dass keine Kontroll- und Berichterstattungspflichten des Kantons gegenüber dem ARE stipuliert werden.»*

Auf diese Anträge und deren Begründung ist im Rahmen der Prüfung (Kap. B) einzugehen.

#### **B. PRÜFUNG**

#### **V. Objekt und Bemessung der Abgabe**

a) Grundsatz

Gemäss Artikel 142a Absatz 1 des *Baugesetzes vom 9. Juni 1985* des Kantons Bern (BauG; BSG 721.0) wird bei der neuen und dauerhaften Zuweisung von Land zu einer Bauzone (Einzonung) eine Mehrwertabgabe erhoben. Nach Artikel 142b Absatz 3 BauG beträgt die Mehrwertabgabe bei Einzonungen mindestens 20 Prozent und höchstens 50 Prozent des Mehrwerts. Damit entspricht die Regelung grundsätzlich den Anforderungen von Artikel 5 Absatz 1<sup>bis</sup> erster und dritter Satz RPG.

b) Ausnahmen von der Erhebung der Abgabe

1. *Artikel 5 Absatz 1<sup>quinquies</sup> Buchstabe a RPG*

Gemäss Artikel 142 Absatz 2 BauG sind der Bund, der Kanton und die Gemeinden im Sinn von Artikel 2 des *Gemeindegesetzes vom 16. März 1998* des Kantons Bern (GG; BSG 170.11) sowie Dritte in Erfüllung von ihnen übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben nur abgabepflichtig für planungsbedingte Mehrwerte auf Grundstücken, die nicht unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen. Der Begriff des Gemeinwesens nach Artikel 5 Absatz 1<sup>quinquies</sup> Buchstabe a RPG wird damit weit ausgelegt.

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 Gewinnstrebegkeit aus, die für private Unternehmen typisch ist. 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 öffentlich-rechtlicher Aufgaben kann allerdings auch weiter verstanden werden. Die Frage, ob sich aus Artikel 142 Absatz 2 BauG kein Widerspruch zum Bundesrecht ergibt, hängt demnach von der Auslegung ab. Diese Unsicherheit rechtfertigt es indessen nicht, Artikel 38a Absatz 5 auf den Kanton Bern für anwendbar zu erklären. Es muss vielmehr genügen, wenn dem ARE Entscheide mitgeteilt werden, mit denen gestützt auf Artikel 142 Absatz 2 BauG Grundeigentümer vom Ausgleich von Planungsvorteilen befreit werden, die nicht Gemeinwesen darstellen.

Der Kanton beantragt, diese Mitteilungspflicht zu streichen. Zur Begründung macht er geltend, die Mehrwertabgabe werde nicht vom Kanton, sondern von den Gemeinden erhoben. Zudem liege dort, wo ein Grundstück eines beliehenen Dritten betroffen sei, ein gesetzlicher Ausnahmetatbestand vor, womit sich der Erlass einer Verfügung – und somit eine Eröffnung gegenüber dem ARE – erübrige. In einem solchen Fall werde der mit öffentlichen Aufgaben beliebene Dritte ex lege von der Abgabe befreit.

Gesetzliche Ausnahmetatbestände sind auslegungsbedürftig. Die zuständige Behörde muss entscheiden, ob der Ausnahmetatbestand zur Anwendung gelangt oder nicht. Diesem Entscheid kommt nach Ansicht des ARE Verfügungscharakter zu. Dies braucht hier jedoch nicht geklärt zu werden. Dem ARE sind in jedem Fall die Entscheide, wonach diese Befreiung zum Tragen kommt, mitzuteilen, wobei sich die Mitteilungspflicht auf Einzonungen beschränkt.

Der Zuständigkeit der Gemeinden wird dadurch Rechnung getragen, dass offengelassen wird, wer die Mitteilung ans ARE vornimmt. Der Kanton hat die Gemeinden über die entsprechende Pflicht zu informieren. Es kann das gleiche Vorgehen gewählt werden, das bei Eröffnungsbegehren des ARE gemäss Artikel 46 Absatz 2 RPV zum Tragen kommt.

Was die vom Kanton bezweifelte gesetzliche Grundlage der Eröffnungs- bzw. Mitteilungspflicht betrifft, ist auf die Artikel 49 Absatz 2 und 186 Absatz 4 der Bundesverfassung in Verbindung mit den Kompetenzen nach Artikel 38a Absatz 5 RPG und Artikel 52a Absatz 5 RPV hinzuweisen: Der Bundesrat kann die Eröffnungs- bzw. Mitteilungspflicht als mildere Massnahmen im Vergleich zu den Sanktionen nach Artikel 38a Absatz 5 RPG und Artikel 52a Absatz 5 RPV anordnen.

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.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. BGE 121 II 138.

## 2. Artikel 5 Absatz 1<sup>quinquies</sup> Buchstabe b RPG

Gemäss Artikel 142a Absatz 4 BauG wird keine Abgabe erhoben, wenn der Mehrwert weniger als 20 000 Franken beträgt. Diese Ausnahme ist mit Artikel 5 Absatz 1<sup>quinquies</sup> Buchstabe b RPG vereinbar.

### c) Details der Bemessung der Abgabe

## 3. Artikel 5 Absatz 1<sup>quater</sup> RPG

Artikel 5 Absatz 1<sup>quater</sup> 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 142b Absatz 2 BauG umgesetzt und die Frist auf zwei Jahre festgelegt. Diese Frist erscheint angemessen. Sollte sich jemand auf den Standpunkt stellen, eine Frist von zwei Jahren sei im konkreten Fall zu kurz, um als angemessen im Sinne der bundesrechtlichen Bestimmung gelten zu können, können die Rechtspflegeorgane im Einzelfall eine Praxis dazu entwickeln.

## 4. Artikel 5 Absatz 1<sup>sexies</sup> RPG

Gemäss Artikel 142 Absatz 2 Buchstabe e des *Steuergesetzes vom 21. Mai 2000* des Kantons Bern (StG; BSG 661.11) gelten, im Einklang mit dem Bundesrecht, geleistete Mehrwertabgaben als Aufwendungen bei der Bemessung der Grundstücksgewinnsteuer.

### 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.

Der Kanton weist «die im Prüfungsbericht geweckten Erwartungen an die Kontrollfunktion des Kantons ... entschieden zurück», unter Hinweis darauf, dass die Mehrwertabgabe von der für die Planung zuständigen Gemeinde erhoben werde. Gerade dieser Umstand macht es nötig, dass in erster Linie der Kanton sich vergewissert, dass die gemäss Gesetzgebung vorgesehenen Abgaben – zumindest im Bereich der Einzonungen – korrekt verfügt und eingefordert werden. Es kann nicht Sinn der Übergangsbestimmung sein, für eine mangelhafte Gesetzgebung Sanktionen vorzusehen, einen (allenfalls sogar in grösserem Ausmass) mangelhaften Vollzug hingegen sanktionslos hinzunehmen. Die Frage, welche Schwächen des Vollzugs allenfalls zu welchen Rechtsfolgen führen sollen, ist eine andere Frage, die erst zu beantworten ist, wenn sich das Problem entsprechend stellt.

Kann der Bundesrat allenfalls nach Ablauf der Übergangsfrist in die Lage kommen, einen Kanton den Rechtsfolgen von Artikel 38a Absatz 5 RPG zu unterstellen, indem er ihn im Anhang zur RPV aufführt, muss er den Kanton einerseits zur Mitwirkung bei der Abklärung des Sachverhalts auffordern und ihm – als mildere Massnahme – allenfalls auch Mitteilungs- und Berichterstattungspflichten auferlegen können.

Dem Kanton wird allerdings insofern entgegengekommen, als die Pflicht, Kontrollen zu führen und den Bundesbehörden bei Bedarf Auskunft zu erteilen, weitgehend auf Einzonungsmehrwerthe gemäss der

kantonalen Grundregelung beschränkt sein wird. Wo Gemeinden darüber hinaus in eigener Kompetenz Mehrwerte ausgleichen, werden die Informationsbedürfnisse der Bundesstellen deutlich weniger weit gehen.

## **VI. Fälligkeit und Bezug der Abgabe**

Die Regelung der Fälligkeit der Abgabe in Artikel 142c BauG steht im Einklang mit Artikel 5 Absatz 1<sup>bis</sup> zweiter Satz RPG.

Gemäss Artikel 142d Absatz 3 BauG erlässt die Gemeinde, sobald die Planung rechtskräftig wird, die Abgabeverfügung, die unter Vorbehalt der aufgelaufenen Teuerung in den Grundzügen dem Entwurf der Abgabeverfügung entsprechen muss. Bei negativer Teuerung ist zu beachten, dass dort, wo der Abgabesatz dem bundesrechtlich vorgegebenen Minimum von 20 Prozent nach Artikel 5 Absatz 1<sup>bis</sup> erstem Satz RPG entspricht, der Mindestabgabesatz im Ergebnis unterschritten würde. Mit Blick auf den Umstand, dass der Abgabesatz gemäss Artikel 142b Absatz 3 BauG mindestens 20 Prozent und höchstens 50 Prozent des Mehrwerts beträgt, ist eine Abgabehöhe, die mit Artikel 5 Absatz 1<sup>bis</sup> erstem Satz RPG in Einklang steht, dort gefährdet, wo der Abgabesatz nicht deutlich über dem bundesrechtlich vorgegebenen Mindestabgabesatz von 20 Prozent liegt. Aus der Sicht des ARE handelt es sich dabei allerdings um ein Problem, das es nicht rechtfertigen würde, deswegen Artikel 38a Absatz 5 RPG auf den Kanton Bern für anwendbar zu erklären.

## **VII. Verwendung der Abgabe**

Gemäss Artikel 142f Absatz 2 BauG sind die Erträge der Abgabe nach Massgabe des Bundesrechts (Art. 5 Abs. 1<sup>ter</sup> RPG) zu verwenden.

## **C. ANTRÄGE**

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

Zudem wird beantragt, dem Kanton – mit Wirkung primär für die Gemeinden – folgende Pflicht aufzu erlegen: Dem ARE sind Entscheide mitzuteilen, mit denen gestützt auf Artikel 142 Absatz 2 des *Bau gesetzes vom 9. Juni 1985* des Kantons Bern (BauG; BSG 721.0) Grundeigentümer, die nicht ein Ge meinwesen darstellen, bei Einzonungen vom Ausgleich von Planungsvorteilen befreit werden.

Bundesamt für Raumentwicklung  
Die Direktorin

*sig. Lezzi*

Dr. Maria Lezzi