



G.-Nr. R1S.2023.05046
BRGE I Nr. 0207/2023

Entscheid vom 24. November 2023

Mitwirkende Abteilungspräsident Claude Reinhardt, Ersatzrichter Florian Poppele,
Baurichter Christian Hurter, Gerichtsschreiberin Andrea Kuhn

in Sachen **Rekurrentin**
AAG, [...]
vertreten durch [...]

gegen **Rekursgegner**
1. Bezirksrat [...]

Mitbeteiligte
2. Politische Gemeinde X, [...]
vertreten durch Stadtrat [...]

3. Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA), Fach- und Rechtsdienst, Wal-
chestrasse 19, Postfach, 8090 Zürich

betreffend Beschluss des Bezirksrats vom 16. Februar 2023; Feststellung der Bewilli-
gungspflicht für Ausbau Dachgeschoss und Verweigerung der Bewilligung,
[...]

hat sich ergeben:

A.

Mit Beschluss vom 16. Februar 2023 stellte der Bezirksrat fest, dass die A AG für den beabsichtigten Ausbau des 2. Dachgeschosses der Liegenschaft an der A-Strasse auf Kat.-Nr. 1 in X einer Bewilligung bedürfe, und verweigerte diese.

B.

Die A AG wandte sich mit Rekurseingabe vom 22. März 2023 an das Baurekursgericht des Kantons Zürich und stellte den folgenden Antrag:

" Es sei der Beschluss des Bezirkrates vom 16. Februar 2023 (GR.2022.70) aufzuheben und es sei festzustellen, dass der beabsichtigte Ausbau des 2. Dachgeschosses der Liegenschaft A-Strasse, X (Grundstück Kat.-Nr. 1), durch die Rekurrentin nicht bewilligungspflichtig im Sinne des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) ist;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Bewilligungsbehörde/Rekursgegnerin."

C.

Mit Verfügung vom 24. März 2023 wurde der Rekurseingang vorgemerkt und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet. Die Politische Gemeinde X sowie das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) wurden als Mitbeteiligte aufgenommen.

D.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 11. April 2023 sinngemäss die Abweisung des Rekurses. Das AWA verzichtete mit Eingabe vom 4. April 2023 ausdrücklich auf eine Vernehmlassung, die Politische Gemeinde X verzichtete stillschweigend auf eine solche.

E.

Mit Eingabe vom 6. Juni 2023 verzichtete die Rekurrentin ausdrücklich auf eine Replik.

Es kommt in Betracht:

1.

Das Einführungsgesetz zum Bewilligungsgesetz (EG BewG) bezeichnet in § 4 lit. c das Baurekursgericht als erste Beschwerdeinstanz. Entgegen diesem Wortlaut gesetzgeberisch gewollt – und auch einzig zweckmässig – ist jedoch, dass die erste Rechtsmittelinstanz mit voller Kognition überprüft, das Baurekursgericht mit anderen Worten als Rekursinstanz und nicht etwa als – in ihrer Kognition eingeschränkte – Beschwerdeinstanz entscheidet, was ohnehin nicht seiner natürlichen Überprüfungscompetenz entspräche (vgl. §§ 20 und 50 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG] sowie der Weisung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 29. April 2009 [ABI Nr. 24, 2009, S. 981, www.amsblatt.zh.ch]).

2.

Als Adressatin des angefochtenen Beschlusses und als Eigentümerin der zu Wohnzwecken umzubauenden Liegenschaft ist die Rekurrentin ohne weiteres im Sinne von Art. 20 Abs. 2 lit. a BewG zur Rekurerhebung legitimiert. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

3.

Dem Rekurs liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Jahr 2014 erwarb die Rekurrentin die streitbetroffene Liegenschaft. Im Zusammenhang mit diesem Erwerb stellte der Bezirksrat mit Beschluss vom 9. April 2015 fest, dass die Liegenschaft als Betriebsstätte zu qualifizieren sei, womit die Rekurrentin gestützt auf Art. 2 Abs. 3 BewG in Verbindung mit

Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG auch die darin enthaltenen Wohnungen bewilligungsfrei miterwerben konnte. Gleichzeitig wies die Vorinstanz die Rekurrentin darauf hin, dass eine Umwandlung von Bürofläche in Wohnraum ausgeschlossen sei. Mit Eingabe vom 1. Juni 2021 teilte die Rekurrentin der Vorinstanz mit, dass sie einen Ausbau des 2. Dachgeschosses zu Wohnzwecken beabsichtige. Gleichzeitig ersuchte sie um die Feststellung, dass dieser Ausbau nicht bewilligungspflichtig sei. Mit Beschluss vom 30. Juni 2021 stellte die Vorinstanz fest, dass die Rekurrentin für den beabsichtigten Umbau eine Bewilligung bedürfe, und verweigerte diese. Die Rekurrentin erhob gegen diesen Entscheid Rekurs, woraufhin das Baurekursgericht mit Beschluss vom 28. Januar 2022 den angefochtenen Entscheid aufhob und die Sache zur weiteren Abklärung und zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückwies. Den Erwägungen lässt sich entnehmen, die Vorinstanz hätte bei der Beurteilung, ob der fraglichen Liegenschaft noch Betriebsstätte-Charakter zukomme, zu Unrecht allein auf die für die Wohnnutzung künftig vorgesehene Fläche abgestellt und weitere Aspekte ausser Acht gelassen. Da der Anteil, der für die Wohnnutzung künftig vorgesehenen Fläche im Verhältnis zur gewerblich genutzten Fläche zwar bereits relativ hoch sei, jedoch noch unter dem Wert liege, bei welchem klar nicht mehr von einem Betriebsstätten-Grundstück ausgegangen werden könne, hätte die Vorinstanz auch das Verhältnis zwischen den potentiellen zukünftigen Erträgen aus der Vermietung der Wohn- und Gewerberäumlichkeiten mitberücksichtigen müssen. Entsprechend habe die Vorinstanz noch Abklärungen zum potentiell zukünftigen Mietertrag aus den Wohnungen zu treffen.

Mit Eingabe vom 4. März 2022 liess die Rekurrentin der Vorinstanz den Mieterspiegel der Liegenschaft zukommen und äusserte sich zu den potentiellen Mieterträgen. Am 14. Juni 2022 informierte die Rekurrentin die Vorinstanz darüber, dass sie zwischenzeitlich entschieden habe, auf eine Vergrösserung des 2. Dachgeschosses zu verzichten und nur im derzeitigen Bestand zu sanieren und auszubauen. Die Vorinstanz ersuchte die Rekurrentin in der Folge, sie über weitere Details des geplanten Projekts zu informieren. Mit Eingaben vom 7. Juli 2022 und 4. August 2022 reichte die Rekurrentin Baupläne ein und erläuterte das Bauprojekt noch weiter. Am 25. Oktober 2022 nahm eine Delegation der Vorinstanz in der fraglichen Liegenschaft einen Augenschein vor. Am 2. November 2022 holte die Vorinstanz bei der zuständigen Kreisarchitektin weitere Informationen hinsichtlich der

Bewilligungsfähigkeit einer allfälligen Wohnnutzung des 2. Dachgeschosses ein. Die entsprechende Aktennotiz wurde der Rekurrentin mit Schreiben der Vorinstanz vom 2. November 2022 zusammen mit dem Protokoll des Augenscheins zur Kenntnis gebracht. Mit Eingabe vom 11. November 2022 nahm die Rekurrentin Stellung und teilte dabei unter anderem eine weitere Projektänderung mit. Die Rekurrentin beabsichtigt die beiden bestehenden Wohnungen im 1. Dachgeschoss zu einer einzigen grossen Wohnung zusammenzulegen und diese über einen wohnungsinternen Treppen- und Liftzugang mit dem 2. Dachgeschoss zu verbinden. Das bislang von allen Wohnungsmietern als Estrich genutzte und über das allgemeine Treppenhaus zugängliche 2. Dachgeschoss soll dabei umfassend ausgebaut werden, wobei auf der bestehenden Fläche ein Vorraum, eine Galerie (12,3 m²), eine Bibliothek (4,9 m²) sowie ein Bad/WC (4,6 m²) entstehen soll. Von der Galerie des 2. Dachgeschosses aus soll eine Treppe auf die fortan nutzbare Dachterrasse führen.

Daraufhin erging der angefochtene Entscheid. Diesem lässt sich zusammengefasst entnehmen, dass das 2. Dachgeschoss intern mit dem 1. Dachgeschoss verbunden werden solle. Angesichts der dadurch entstehenden Einheit seien die im 2. Dachgeschoss entstehenden Räume unbesehen von der geplanten Nutzung als Büro/Archiv als zur Wohnnutzung gehörend zu qualifizieren. Mit dem geplanten Umbau werde sodann ein Teil der bisher für das Treppenhaus benötigte Fläche im 1. Dachgeschoss als Entree in die zusammengelegte Wohnung integriert. Der geplante Umbau gehe folglich mit einer Vergrösserung der Wohnfläche einher. Ob die entsprechenden Räumlichkeiten für eine Wohnnutzung bestimmt seien, hänge nicht von der Absichtserklärung des Bauherrn ab, sondern sei nach objektiven Kriterien zu beurteilen. Diese würden vorliegend für eine Wohnnutzung sprechen.

Die Vergrösserung einer Wohnfläche eines Gebäudes, welches sich im Eigentum einer Person im Ausland befindet, sei es durch Sanierung oder Aufstockung gelte als Erwerb im Sinne des BewG. Entsprechend sei der vorliegend geplante Umbau als Erwerb von Wohnraum zu qualifizieren. Ein bewilligungsfreier Erwerb durch die ausländisch beherrschte Rekurrentin sei demnach nur ausnahmsweise möglich, wenn die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG erfüllt seien oder sich eine Abtrennung vom betrieblich genutzten Teil als praktisch unmöglich oder völlig unverhältnismässig erweisen würde.

Zu prüfen sei, ob die Voraussetzungen für einen bewilligungsfreien Erwerb erfüllt seien. Ob bei einem solchen Erwerb, wie vorliegend, noch von einem Miterwerb im Sinne von Art. 2 Abs. 3 BewG gesprochen werden könne und die genannte Ausnahmestimmung entsprechend Anwendung finde, sei fraglich. Die Befreiung von der Bewilligungspflicht im Falle eines Miterwerbs von Wohnraum zusammen mit einer Betriebsstätte gelte nur insoweit, als dieser Wohnraum durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschrieben sei. Übersteige der vorhandene Wohnanteil bereits den durch die Wohnanteilsvorschriften zwingend vorgegebenen Anteil, vermöge sich die ausländische Grundeigentümerin für die Schaffung zusätzlichen Wohnraums nicht mehr auf Art. 2 Abs. 3 BewG zu stützen. Beim streitbetroffenen Grundstück gelte eine Mindestwohnanteilsvorschrift von 20 % und der Wohnanteil habe im Zeitpunkt des Erwerbs durch die Rekurrentin bereits 31 % betragen. Mit dem geplanten Ausbau der bisher als Abstellraum genutzten Fläche im 2. Dachgeschoss zu Wohnraum würde sich dieser Anteil noch weiter erhöhen. Es gehe somit nicht mehr um den originären Erwerb einer Betriebsstätte, sondern um die nachträgliche Schaffung von zusätzlichem Wohnraum, welche im Rahmen einer umfassenden Sanierung der Liegenschaft erfolgen solle. Dass diese Sanierung nicht möglich wäre, ohne gleichzeitig den Wohnanteil der Liegenschaft zu erhöhen, sei nicht ersichtlich. Der durch den geplanten Ausbau einhergehende Erwerb von zusätzlichem Wohnraum sei folglich nicht durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschrieben, womit er auch nicht nach Art. 2 Abs. 3 BewG von der Bewilligungspflicht befreit sei. Wenn die Voraussetzungen für einen bewilligungsfreien Miterwerb bereits deshalb nicht gegeben seien, weil der zu erwerbende Wohnraum nicht durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschrieben sei, komme der Frage, ob trotz des erheblichen Anteils an Wohnraum innerhalb der Liegenschaft noch von einem Betriebsstättengrundstück auszugehen sei, keine Bedeutung mehr zu. Aus dem genannten Grund sei für die Vorinstanz nicht ersichtlich, inwiefern sich im vorliegenden Fall eine Ermittlung des durch die Wohnnutzung bzw. durch die gewerbliche Nutzung erzielten Ertrages aufdränge. Der Vollständigkeit halber sei dennoch kurz darauf einzugehen.

Die Rekurrentin kalkuliere für die neu zu erstellende 3.5-Zimmerwohnung einen jährlichen Nettomietzins von Fr. 51'600.-- ein, was einem monatlichen Nettomietzins von Fr. 4'300.-- entspreche. Unter Berücksichtigung dessen, dass die fragliche Wohnung zukünftig über eine Dachterrasse verfügen werde, erscheine dieser Mietzins tief. Dass die besagte Miete unter dem

Marktwert liegen dürfte, zeige denn auch ein Blick auf den aktuellen Internet-Wohnungsmarkt, wo für Wohnungen im Quartier C mit ähnlicher Wohnfläche Mieten ab rund Fr. 5'000.-- pro Monat verlangt würden. Ein Grund für die tief kalkulierte Miete dürfte denn auch darin liegen, dass die Rekurrentin für die gesamte Fläche im 2. Dachgeschoss lediglich einen für einen Lagerraum nicht jedoch für einen Wohn-/Büroraum adäquaten Mietzins veranschlagen würde. Im Gegensatz zu den für die Wohnungen im unteren Bereich kalkulierten Mieten, erweise sich die für die Büroräumlichkeiten veranschlagte Jahresmiete von Fr. 600.--/m² als eher hoch. Dies ebenfalls mit Blick auf den aktuellen Internet-Wohnungsmarkt, wo Büro-Räumlichkeiten im Quartier C teilweise zu deutlich tieferen Mieten angeboten würden. Es sei davon auszugehen, dass die durch die Vermietung der Wohnungen zu erzielenden Erträge eher höher, die durch die Vermietung der Büros zu erzielenden Erträge eher tiefer ausfallen dürften, als von der Rekurrentin angegeben.

Selbst wenn jedoch auf die Zahlen der Rekurrentin abgestellt und entsprechend davon ausgegangen würde, dass die Erträge aus der Vermietung der Wohnungen etwas mehr als einen Drittel der Gesamterträge ausmachen, führe dies nicht zur Annahme einer überwiegend betrieblich genutzten Liegenschaft. Nach Auffassung der Vorinstanz müsse die betriebliche Nutzung deutlich überwiegen. Die Vorinstanz gehe davon aus, dass von einer hauptsächlich betrieblich genutzten Liegenschaft nur gesprochen werden könne, wenn nicht mehr als ein Drittel der Nutzfläche dem Wohnen diene. Analog dazu beurteile sie auch eine Liegenschaft, deren Ertrag zu mehr als 30 % aus der Vermietung von Wohnungen bestehe, grundsätzlich nicht mehr als überwiegend betrieblich genutzt.

Die Vorinstanz komme damit auch unter Berücksichtigung der aus der Vermietung der Liegenschaft erzielten bzw. zukünftigen zu erzielenden Erträge zu keinem anderen Schluss, als dass der beabsichtigte Umbau ein bewilligungspflichtiges Rechtsgeschäft darstelle.

4.1.

Die Rekurrentin macht zusammengefasst geltend, vorliegend stehe nicht der Erwerb eines Grundstückes zur Diskussion. Die strittige Liegenschaft stehe bereits im Eigentum der Rekurrentin. Der geplante Ausbau des 2. Dachgeschosses falle daher nach Auffassung der Rekurrentin nicht unter das

Bewilligungsgesetz. Es sei zwar zutreffend, dass die Schaffung von neuem Wohnraum einen "Erwerb" im Sinne des BewG darstellen könne. Die Vorinstanz lasse dabei jedoch ausser Acht, dass dieser Wohnraum im 2. Dachgeschoss vorliegend bereits im Rahmen des Kaufs der Liegenschaft miterworben worden sei. Es könnten nämlich beim Erwerb von Betriebsstätten nicht nur die durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschriebenen Wohnungen miterworben werden, sondern explizit auch die *"dafür reservierten Flächen"*. Gemäss Bau- und Zonenordnung der Stadt X (BZO) gelte für das betroffene Grundstück ein Mindestwohnanteil von 20 %. Nach Art. 40 Abs. 2 BZO müssten bei vorgeschriebenem Wohnanteil anrechenbare Flächen im Dachgeschoss dem Wohnen dienen. Somit handle es sich bei den Flächen im 2. Dachgeschoss um durch Wohnanteilsvorschriften für Wohnungen reservierte Flächen. Dies gelte selbst dann, wenn sie im Zeitpunkt des Erwerbs noch nicht *"dafür"* genutzt worden seien. Es sei nicht ersichtlich, welchen Sachverhalt der Gesetzgeber bei Erlass dieser Bestimmung sonst vor Augen gehabt haben sollte. Die angeführte Gesetzesbestimmung wäre "toter Buchstabe", müsste diese bereits miterworbene für die Wohnnutzung reservierte Fläche später bei Realisierung der Wohnfläche noch ein zweites Mal "erworben" werden.

Das Baurekursgericht lasse in seinem Beschluss vom 28. Januar 2023 ausser Acht, dass die Wohnnutzungen im 3. Obergeschoss und 1. Dachgeschoss schon seit jeher und somit auch schon vor der Einführung von Wohnanteilsvorschriften in der BZO Bestand gehabt hätten. Mithin habe es zu keinem Zeitpunkt eine Veranlassung gegeben, den Mindestwohnanteil innerhalb des Gebäudes zu verlegen. Nach Einführung der Wohnanteilsvorschriften habe es ebenfalls keinen Grund gegeben, den Wohnanteil rechnerisch vom Dachgeschoss in die Vollgeschosse zu verlegen. Da das 2. Dachgeschoss im damaligen Zeitpunkt keine der Ausnützung anrechenbare Flächen aufgewiesen habe, habe sie auch nicht dem Wohnen dienen müssen. Eine Verlegung der Wohnfläche habe somit zu keinem Zeitpunkt stattgefunden und habe auch nicht stattzufinden, wenn das 2. Dachgeschoss nunmehr plangemäss umgenutzt werden solle und in diesem Zusammenhang der Ausnützung anrechenbare Flächen geschaffen würden. Da es sich bei der Wohnanteilsvorschrift um eine Mindestwohnanteilsvorschrift handle, mithin ein höherer Wohnanteil ohne weiteres BZO-konform sei, ziehe die Erstellung anrechenbarer Flächen im 2. Dachgeschoss nicht eine Verlegung des Wohnanteils nach sich. Eine rechnerische Verlegung im Sinne von Art. 40

Abs. 3 BZO wäre nur dann notwendig, wenn die Mindestwohnanteilsvorschrift ohne eine solche nicht erfüllt werden könnte, was vorliegend aber kein Thema sei.

Irrelevant sei in diesem Zusammenhang auch der vom Baurekursgericht angesprochene Vermerk der Rekurrentin im damaligen Gesuch vom 2. Februar 2015, wonach von den zwei Dachgeschossen nur eines als anrechenbar gelte. Die Rekurrentin habe damals einzig unter Verweis auf die Regelung von Art. 36 Abs. 1 BZO darauf hingewiesen, dass es im damaligen Zeitpunkt im 2. Dachgeschoss keine dem Wohnen, Arbeiten oder sonst dem dauernden Aufenthalt dienenden oder hierfür verwendbaren Räume und somit keine im Sinne von § 255 PBG der Ausnützung anrechenbare Flächen gegeben habe.

Selbst wenn davon ausgegangen würde, die Fläche des 2. Dachgeschosses müsste aufgrund der Umnutzung zu Wohnfläche noch einmal erworben werden, so wäre dieser Erwerb nicht bewilligungspflichtig. Das Gesetz enthalte keine Vorgaben bzw. keine Höchstgrenze für den Wohnanteil, welcher gestützt auf Art. 2 Abs. 3 BewG im Zuge des Erwerbs eines Betriebsstätte-Grundstücks miterworben werden dürfe. Auch die Wegleitung des Bundesamts für Justiz enthalte keine Vorgabe, wie hoch dieser Wohnanteil maximal sein dürfe. Die Lehre sei sich diesbezüglich uneinig. Es dürfte richtig sein und auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechen, bei einem Wohnanteil von mehr als 50 % nicht mehr von mit der Betriebsstätte "miterworbenen" Wohnungen auszugehen. Für eine weitergehende Einschränkung des Wohnanteils finde sich im Gesetz jedoch keine Stütze.

Die Kritik der Vorinstanz an der von der Rekurrentin genannten Mieterträgen würde einer näheren Prüfung sodann nicht standhalten. Die Mietzinsaufstellung der Rekurrentin vom 11. November 2022 sei von renommierten Fachleuten, der B AG, auf Basis einer Marktanalyse erstellt worden. Die angeführten Mietzinse würden sich durchaus als angemessen erweisen. Dies bestätige auch ein Blick auf die neueste Mietpreiserhebung der Stadt X aus dem Jahr 2022. Die damals ermittelten Mediane für 3- und 4-Zimmerwohnungen im Quartier C seien erheblich tiefer als der von der Rekurrentin genannte Mietzins. Selbst wenn der Vorteil der exklusiven Dachterrasse sowie auch der Umstand, dass es sich um eine neu erstellte Wohnung handelt, berücksichtigt werde, so ist der angeführte Mietzins von Fr. 4'300.-- durchaus

realistisch. Bei im Internet publizierten Wohnungsinseraten bzw. den dort angeführten Mietzinsen handle es sich um Wunschiemietzinse der Inserierenden, keinesfalls aber um erhärtete Mietzinse. Mithin könne aus solchen Inseraten nicht der Schluss gezogen werden, es handle sich hierbei um orts- und quartierübliche Mietzinse. Weiter bleibe anzumerken, dass in den Inseraten in aller Regel Bruttomietzinse inseriert würden, wohingegen auf der Mietzinsaufstellung der Rekurrentin die Nettomietzinse angeführt seien. Bei der Fläche im 2. Dachgeschoss handle es sich zudem nicht um eine vollwertige Mietfläche. Diese Fläche lasse sich aufgrund der tiefen Raumhöhe, den starken Dachschrägen und der beschränkten Belichtung über die Dachfenster nur sehr eingeschränkt nutzen. Hinzu komme, dass dieses Geschoss als Durchgangfläche zur Dachterrasse diene. Eine eigenständige Nutzung dieser Fläche sei aus diesen Gründen ausgeschlossen.

Ein Mietzins von Fr. 600.--/m² Jahresmiete für Büroräumlichkeiten an dieser Lage sei indes angemessen. Gemäss der Erhebung von D AG in Kooperation mit E betrage der durchschnittliche Mietzins im vorderen Teil des Quartiers C Fr. 625.--/m² pro Jahr. Diese Mietzinse seien denn auch vom vormaligen Mieter bezahlt worden, was ebenfalls ein klarer Beleg dafür sei, dass der Mietzins marktüblich sei. Die Mietzinseinnahmen aufgrund der gewerblichen Nutzung würden diejenigen aus der Wohnnutzung erheblich übersteigen (Verhältnis ca. 35 % zu 65 %). Die Gewerbenutzung sei somit nicht nur mit Bezug auf den Umfang der genutzten Fläche, sondern auch mit Blick auf den aus der jeweiligen Nutzung resultierenden Ertrag klar dominierend.

4.2.

Die Vorinstanz hält diesbezüglich fest, die Wegleitung des Bundesamtes für Justiz für die Grundbuchämter enthalte eine Vorgabe, wie hoch der Wohnanteil maximal sein dürfe. Der effektive Anteil an Wohnungen dürfe nämlich nicht grösser sein, als die Vorschriften es als Minimum verlangen würden. Die Befreiung von der Bewilligungspflicht nach dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck und dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 3 BewG gelte nur insoweit, als der Wohnraum zusammen mit einem hauptsächlich betrieblich genutzten Grundstück erworben werde und der zu erwerbende Wohnraum durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschrieben sei. Die beiden genannten Voraussetzungen würden kumulativ gelten. Sei eine davon nicht erfüllt, komme die Ausnahmebestimmung von Art. 2 Abs. 3 BewG nicht zum Tragen und es bleibe beim Grundsatz, wonach eine Person im Ausland keinen Wohnraum

erwerben dürfe. Vorgeschrieben sei Wohnraum nur in dem Umfang, wie dies die geltenden Wohnanteilsvorschriften als Minimum verlangen würden. Sei lediglich ein geringer Mindestwohnanteil von 20 % vorgeschrieben, könne deshalb auch nur in diesem Umfang Wohnraum miterworben werden. Ein darüberhinausgehender Erwerb von Wohnraum gelte nicht mehr als durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschrieben und sei bereits aus diesem Grund nicht bewilligungsfrei möglich, selbst wenn die ganze Liegenschaft noch klar den Charakter einer Betriebsstätte aufweise.

4.3.1.

Nach Art. 2 Abs. 1 BewG bedürfen Personen im Ausland für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde. Damit besteht die Bewilligungspflicht gemäss dem Bewilligungsgesetz dann, wenn erstens der Erwerber eine Person im Ausland im Sinne von Art. 5 f. BewG bzw. Art. 2 der Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (Bewilligungsverordnung [BewV]) ist, zweitens ein Erwerbsvorgang im Sinne von Art. 4 BewG bzw. Art. 1 BewV vorliegt und drittens der Gegenstand des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes ein Grundstück im Sinne von Art. 2 und 4 BewG ist.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung enthält Art. 4 BewG keinen *numerus clausus* von Vorgängen, welche als Grundstückerwerb zu qualifizieren sind. In einer neueren Entscheidung hielt das Bundesgericht fest, dass die Vergrösserung einer Wohnfläche eines Gebäudes, welches sich im Eigentum einer Person im Ausland befindet, sei es durch Sanierung oder Aufstockung, als Erwerb im Sinne des BewG gilt (BGr 2C_639/2019 vom 10. Juli 2020, E. 6-7, www.bger.ch). Keiner Bewilligung bedarf der Erwerb, wenn das Grundstück als ständige Betriebsstätte eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebes oder eines freien Berufes dient (Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG). Beim Erwerb von Grundstücken nach Absatz 2 Buchstabe a können durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschriebene Wohnungen oder dafür reservierte Flächen miterworben werden (Art. 2 Abs. 3 BewG).

Zu Recht ist unbestritten geblieben, dass es sich bei der Rekurrentin um eine Person im Ausland im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c BewG und Art. 6 BewG handelt.

4.3.2.

Vorab ist zu prüfen, ob die Fläche im 2. Dachgeschoss beim Erwerb der Liegenschaft im Jahr 2014 bereits als für durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschriebene Wohnungen reserviert war, wie dies die Rekurrentin geltend macht.

Das streitbetroffene Grundstück liegt gemäss BZO in der Kernzone E und ist mit einer Mindestwohnanteilsvorschrift von 20 % belegt. Mit Beschluss vom 9. April 2015 hat die Vorinstanz festgestellt, dass die Rekurrentin für den Grunderwerb in X (Kaufvertrag vom 18. Februar 2014) keiner Bewilligung im Sinne des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland bedürfe. Den Erwägungen dieses Entscheides lässt sich entnehmen, dass das Erdgeschoss und das 1. sowie 2. Obergeschoss als Büros genutzt würden (insgesamt 300 m²). Im 3. Obergeschoss und im 1. Dachgeschoss würden sich vier Wohnungen (insgesamt 200 m²) befinden. Diese seien durch einen separaten Hauseingang zugänglich. Der Wohnanteil betrage somit 40 % (200 m² von 500 m²). Würde man das als Archiv und Lagerraum genutzte Untergeschoss (100 m²) und das als Abstellfläche genutzte 2. Dachgeschoss (40 m²) zur massgebenden Nutzfläche zählen, ergäbe dies immer noch einen Wohnanteil von rund 31 % (200 m² von 640 m²). Diese Werte würden grundsätzlich über dem liegen, was der Bezirksrat noch unter einem hauptsächlich betrieblich genutzten Grundstück verstehe. Vorliegend seien von der BZO 180 m² Wohnfläche vorgeschrieben. Das 1. Dachgeschoss müsse gemäss Art. 40 Abs. 2 BZO vollständig als Wohnraum genutzt werden. Im 3. Obergeschoss wären theoretisch nur 80 der 100 m² als Wohnfläche vorgeschrieben. Allerdings sei es ohne Weiteres nachvollziehbar, dass im 3. Stockwerk die ganze Fläche als Wohnraum genutzt werde. Es seien zwei Zweizimmerwohnungen. Aufgrund der baulichen Gegebenheiten hätte es kaum Sinn gemacht, 80 % des 3. Obergeschosses als Wohnraum und 20 % als separates Büro zu nutzen. Es wäre unverhältnismässig, von der Rekurrentin zu verlangen, 20 % des 3. Obergeschosses der Büro-Nutzung zuzuführen. Es sei deshalb nicht zu beanstanden, dass der vorgeschriebene Wohnanteil geringfügig überschritten sei.

Die Umschreibung im Gesetz, wonach "reservierte Flächen für durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschriebene Wohnungen" miterworben werden können, suggeriert, dass der vom Nutzungsplan vorgeschriebene Wohnanteil im Zeitpunkt des Erwerbs der Liegenschaft noch nicht erreicht ist. Dies ist

vorliegend – wie oben dargestellt – nicht der Fall. Der Wohnanteil betrug im Zeitpunkt des Erwerbs durch die Rekurrentin bereits mindestens 31 % und somit 11 % mehr als gesetzlich vorgeschrieben. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Fläche im 2. Dachgeschoss im Erwerbszeitpunkt für durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschriebene Wohnungen reserviert war. Dasselbe gilt auch unter Berücksichtigung von Art. 40 Abs. 2 BZO, wonach anrechenbare Flächen im Dachgeschoss dem Wohnen dienen müssen, wenn ein Wohnanteil vorgeschrieben ist. Dieser Absatz ist im Zusammenhang mit Art. 40 Abs. 3 BZO zu lesen, wonach die Wohnfläche innerhalb des Gebäudes und innerhalb eines Umkreises mit einem Radius von 150 m in der Kernzone Altstadt und von 300 m in den übrigen Zonen verlegt werden darf. Dies bedeutet mit anderen Worten, dass bei Erfüllung des Mindestwohnanteils auch die Fläche im Dachgeschoss anders als zu Wohnzwecken genutzt werden darf. Das vorliegend strittige Gebäude verfügt bereits heute über mindestens 11 % mehr als der Mindestanteil an Wohnfläche, weshalb im 2. Dachgeschoss nicht zwingend Wohnfläche zu erstellen ist.

Die Rekurrentin ging denn auch in ihrem damaligen Gesuch um Nichtbewilligungspflicht im Sinne des BewG davon aus, dass die Fläche im 2. Dachgeschoss nicht anrechenbar sei (vgl. act. 15.3.1 S. 2 unten). Es kann daher nicht angehen, die bisher als Abstellfläche genutzte Fläche im 2. Dachgeschoss nun neu als zur Wohnnutzung reservierte Fläche anzusehen, galt sie doch bisher als nicht anrechenbar und soll sie nun durch den Umbau anrechenbar gemacht werden.

Der Umbau führt somit zu einer Vergrößerung der Wohnfläche und damit gemäss Bundesgericht zu einem Erwerbsvorgang im Sinne des BewG.

4.3.3.

Wie hoch der Anteil Wohnungen für den bewilligungsfreien Miterwerb von Wohnungen gemäss Art. 2 Abs. 3 BewG sein darf, legen weder Gesetz noch Verordnung fest. Die Wegleitung für die Grundbuchämter des Bundesamts für Justiz zum Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 1. Juli 2009 hält diesbezüglich lediglich fest, dass die Befreiung von der Bewilligungspflicht nach Art. 2 Abs. 3 BewG nicht generell für alle Grundstücke, für die Wohnanteilpläne vorgeschrieben sind, gelte, sondern nur für hauptsächlich betrieblich genutzte Grundstücke mit einem untergeordneten Anteil

vorgeschriebener Wohnungen (S. 11). In der Lehre ist dieses Thema umstritten.

Nach einer von einem Teil der Lehre vertretenen Auffassung muss aus dem Fehlen ausdrücklicher Einschränkungen im Gesetz geschlossen werden, dass es auch keine solchen gibt. Dies würde bedeuten, dass auch dann, wenn entsprechende Wohnanteilvorschriften einen sehr hohen Anteil an Wohnnutzungen verlangen, diese Wohnungen miterworben werden dürften (vgl. Hanspeter Geissmann/Felix M. Huber/Thomas Wetzel, Grundstückerwerb in der Schweiz durch Personen im Ausland, Zürich/Baden 1998, N 144). Gemäss einer anderen Lehrmeinung ist der Erwerb von Wohnungen gestützt auf Art. 2 Abs. 3 BewG nur in einem untergeordneten Mass zulässig. Die Frage, ob bei einem Grundstück die Wohnnutzung oder die gewerbliche Nutzung überwiegt, ist aufgrund des tatsächlichen oder hypothetischen Miet- bzw. Pacht-Ertrags zu beantworten. Wenn der Ertrag der Wohnnutzung über 50 % des Gesamtertrags liegt, fällt das Grundstück in den Geltungsbereich des BewG (Felix Schöbi, Das Bundesgesetz über den Grundstückerwerb durch Personen im Ausland, in: Alfred Koller [Hrsg.], Der Grundstückskauf, 2. Aufl. Bern 2001, N 20). Der neuere Teil der Lehre spricht sich jedoch dafür aus, dass zur Ermittlung der Grundstückeigenschaft auf das Kriterium der Fläche abzustellen ist. Dementsprechend können beim Erwerb einer Betriebsstätte durch Wohnanteilvorschriften vorgeschriebene Wohnungen im Umfang von höchstens einem Drittel der Bruttogeschossfläche ohne Bewilligung miterworben werden (vgl. Christian Baumgartner, Die nachträgliche Feststellung der Bewilligungspflicht für den Grundstückerwerb durch Personen im Ausland, BJM 2019, S. 81 ff., 90). Diese Lösung sah denn auch der Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) aus dem Jahr 2017 vor. Der Bundesrat verzichtete jedoch nach durchgeführter Vernehmlassung auf eine Revision des BewG, da diese in der Vernehmlassung grossmehrheitlich abgelehnt wurde (vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 20. Juni 2018; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-71200.html>)

Laut Bundesgericht ist der Betriebsstättebegriff nach wie vor restriktiv zu verstehen (vgl. BGr 2C_589/2020 vom 22. März 2021, E. 4.6, www.bger.ch). Dies führt dazu, dass die gewerbliche Nutzung bei Betriebsstätte-Grundstücken klar im Vordergrund stehen muss. Die Lehrmeinung, wonach keine

Einschränkungen in Bezug auf den Miterwerb von gemäss Wohnanteilsvorschriften zulässigen Wohnungen gelten solle, ist folglich damit nicht vereinbar. Sich bei der Beurteilung jedoch auf ein einzelnes Kriterium (wie z.B. der Fläche) abzustützen, wie dies andere Lehrmeinungen vorschlagen, kann insbesondere bei Grenzfällen unter Umständen zu einer verzerrten Wahrnehmung führen, weshalb vielmehr eine Gesamtbetrachtung der Situation vorzunehmen ist. So kann neben der Wohnanteilsfläche auch der marktübliche Umsatz der Wohnungen eine massgebende Rolle spielen. Der mit der Wohnnutzung erwirtschaftete Ertrag sollte gegenüber dem mit der gewerblichen Nutzung erzielten Ergebnis deutlich untergeordnet sein (vgl. hierzu auch BRGE I 085/2016 in BEZ 2016 Nr. 46; www.baurekursgericht-zh.ch). Diese Ansicht deckt sich denn auch mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Frage, ab wann eine Immobiliengesellschaft gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG vorliegt. Diesbezüglich müssten nämlich gemäss Bundesgericht auch die gesamten Umstände berücksichtigt werden (BGr 2C_355/2009 vom 19. November 2009, E. 5.1, www.bger.ch).

Derzeit werden von der strittigen Liegenschaft das Erdgeschoss, das 1. wie auch das 2. Obergeschoss als Büros genutzt (300 m²). Im 3. Obergeschoss und 1. Dachgeschoss befinden sich vier Wohnungen (200 m²). Das Untergeschoss (100 m²) und das 2. Dachgeschoss (40 m²) werden als Archiv und Lagerraum genutzt. Insgesamt beträgt der Wohnanteil somit derzeit 31 %. Die Rekurrentin sieht nun die Erstellung von Wohnraum im 2. Dachgeschoss vor. Dieser Umbau führt – gemäss unbestritten gebliebener Darstellung des Bezirksrats – dazu, dass der Wohnanteil neu rund 38,4 % (250 m² von 650 m²) ausmachen würde. Nach dem Umbau rechnet die Rekurrentin mit Mieteinnahmen für Büro/Lager von insgesamt Fr. 187'730.-- und für die Wohnnutzung von Fr. 103'620.-- (vgl. act. 11.18.2). Der Mietanteil der Wohnnutzung würde somit bei ca. 35,5 % der Gesamteinnahmen liegen. Die von der Rekurrentin veranschlagten Fr. 600.--/m² für die gewerbliche Nutzung sowie die Fr. 425.-- bis 510.--/m² für die Wohnnutzung sind von Fachleuten der B AG festgelegt worden und erscheinen mit Blick auf die Mietpreiserhebung der Stadt X aus dem Jahr 2022 [...] zumindest nicht abwegig.

Der Vorinstanz ist jedoch zu folgen, wenn sie geltend macht, die betriebliche Nutzung des Grundstücks würde nach dem Umbau der Liegenschaft nicht mehr deutlich überwiegen. Wie bereits oben ausgeführt, ist gemäss Bundesgericht von einem restriktiven Betriebsstättebegriff auszugehen. Mit Blick auf

den Zweck des BewG, den Grundstückserwerb durch Personen im Ausland mit dem Ziel zu beschränken, eine Überfremdung des Bodens zu verhindern, rechtfertigt es sich, bei den vorliegenden Zahlen von keiner Betriebsstätte mehr auszugehen. Sowohl die zu Wohnzwecken genutzte Fläche wie auch der durch die Wohnnutzung erzielte Ertrag liegt klar über einem Drittel. So dann würden künftig drei von sechs Geschossen dem Wohnen dienen. Der Umbau stellt folglich ein bewilligungspflichtiges Rechtsgeschäft dar und der Rekurs ist abzuweisen.

4.3.4.

Im Übrigen ist es vorliegend tatsächlich äusserst fraglich, ob überhaupt ein Anwendungsfall von Art. 2 Abs. 3 BewG vorliegt, wie die Vorinstanz in diesem Verfahren neu vorbringt. Die Befreiung von der Bewilligungspflicht gilt gemäss dieser gesetzlichen Bestimmung nämlich nur dann, wenn der Wohnraum zusammen mit einem Betriebsstättegrundstück erworben wird *und* der zu erwerbende Wohnraum durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschrieben ist. Vorliegend ist der Mindestwohnanteil von 20 % auf dem Baugrundstück längst erreicht und es geht rein um die Vergrösserung des Wohnraums auf dem strittigen Grundstück. Von einem "Miterwerb" von durch Wohnanteilsvorschriften vorgeschriebene Wohnungen kann daher in einem solchen Fall grundsätzlich nicht mehr gesprochen werden.

5.1.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rekurs abzuweisen ist.

5.2.

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten der Rekurrentin aufzuerlegen (§ 13 VRG).

Nach § 338 Abs. 1 PBG bzw. § 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts (GebV VGr) legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem bestimmbaren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier ein Verfahren ohne bestimmbaren Streitwert vor, beträgt die Gerichtsgebühr in der Regel Fr. 500.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG; § 3 Abs. 2 GebV VGr). Bei der Bemessung der Gebührenhöhe steht der Rekursinstanz ein

grosser Ermessensspielraum zu (Kaspar Plüss, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 13 Rz. 25 ff.).

Demnach ist die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 4'000.-- festzusetzen.

5.3.

Die Rekurrentin beantragt eine Umtriebsentschädigung. Bei diesem Verfahrensausgang steht ihr eine solche jedoch nicht zu.

