

BRKE II Nr. 0274/2010 vom 23. November 2010 in BEZ 2011 Nr. 33

(Bestätigt mit VB.2011.00021 vom 7. April 2011.)

Der Bezirksrat hatte das Grundbuchamt ermächtigt, die aufgrund seiner Bewilligungen vom 10. September 1986 und 14. Juni 1990 im Grundbuch angemerkten Auflagen bezüglich der Grundstücke Kat.-Nrn. 1, 2, 3, 4 und 5 zu löschen. Hiergegen wandte sich die Gemeinde mit folgenden Anträgen an die Rekursinstanz:

«Es sei festzustellen, dass die der privaten Beschwerdegegnerin erteilten Bewilligungen zum Erwerb der beiden Grundstücke Kat.-Nrn. 4 und 5 nichtig sind, und es seien die zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erforderlichen Massnahmen anzuordnen;

eventualiter seien die der privaten Beschwerdegegnerin erteilten Bewilligungen zum Erwerb der beiden Grundstücke Kat.-Nrn. 4 und 5 zu widerrufen, und es seien die zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erforderlichen Massnahmen anzuordnen;

subeventualiter sei der angefochtene Beschluss insoweit aufzuheben, als er das Grundbuchamt ermächtigt, die bezüglich des Grundstückes Kat.-Nr. 4 angemerkte Auflage (Wiederveräusserungsaufgabe, sofern sich innerhalb von acht Jahren seit dem Erwerb kein betrieblicher Bedarf als notwendig erweist, mit dem Verbot des Erzielens eines Spekulationsgewinnes) zu streichen. Ferner sei das Grundbuchamt anzuweisen, eine Wiederveräusserungsaufgabe mit dem Verbot des Erzielens eines Spekulationsgewinnes bezüglich des Grundstückes Kat.-Nr. 5 anzumerken.»

Aus den Erwägungen:

1. Das Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (EG BewG) bezeichnet in § 4 lit. c die Baurekurskommissionen als erste Beschwerdeinstanz. Entgegen diesem Wortlaut gesetzgeberisch gewollt – und auch einzig zweckmässig – ist indes, dass die erste Rechtsmittelinstanz mit voller Kognition überprüft, die Baurekurskommissionen mit andern Worten als Rekursinstanz und nicht etwa als – in ihrer Kognition eingeschränkte – Beschwerdeinstanz entscheiden, was ohnehin nicht ihrer genuinen Überprüfungscompetenz entspräche (vgl. §§ 20 und 50 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG] sowie die Weisung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 29. April 2009 [ABI Nr. 24, 2009, S. 981, www.amtsblatt.zh.ch]).

2. Die beiden vom Rekurs betroffenen Grundstücke Kat.-Nrn. 4 und 5 liegen heute in der Freihaltezone und sind nicht überbaut. Sie grenzen im Südwesten an den Zürichsee und im Nordosten an die S-Strasse an. Nordwestlich und südöstlich grenzen sie an überbaute Grundstücke an. Neben den streitbetroffenen Grundstücken gehören auch die drei auf der anderen Seite der S-Strasse liegenden Grundstücke Kat.-Nrn. 1, 2 und 3 der privaten Rekursgegnerin; sie betreibt darauf eine Betriebsstätte. Der Erwerb der insgesamt fünf Grundstücke unterstand der Bewilligungspflicht gemäss dem Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer (BewG), da die heutige private Rekursgegnerin als Person im Ausland zu qualifizieren war und immer noch ist, und vor der Revision des Bewilligungsgesetzes vom 30. April 1997 der Erwerb eines Betriebsstättengrundstücks bewilligungspflichtig war. Die beiden streitbetroffenen Grundstücke wurden nicht einzeln, sondern jeweils zusammen mit Bürogebäuden überbauten Grundstücken erworben, und die Bewilligungen wurden mit der Begründung erteilt, die (unüberbaubaren) Seegrundstücke dienten als Parkfläche respektive Parkplatzreserve für die Betriebsstätte sowie als Badestrand für die Angestellten.

3. Die private Rekursgegnerin stellt zunächst die Rekurslegitimation der Rekurrentin in Frage. Das Gesetz sehe die Legitimation der Gemeinden nur in wenigen ausgesuchten Fällen vor, von denen hier keiner gegeben sei; insbesondere handle es sich nicht um den Widerruf einer Auflage, habe die Vorinstanz doch einzig festgestellt, dass die zu löschenden Auflagen von Gesetzes wegen dahingefallen seien. Damit finde Art. 20 Abs. 2 lit. c BewG keine Anwendung, und es fehle der Rekurrentin die Legitimation zur Erhebung des Rekurses.

Gemäss Art. 20 Abs. 2 lit. c BewG steht der Gemeinde, in der das Grundstück liegt, gegen eine Bewilligung, gegen die Feststellung, dass der Erwerber keiner Bewilligung bedarf, und gegen den Widerruf einer Auflage das Beschwerderecht zu. Vorliegend kann einzig der letztgenannte Legitimationsgrund Anwendung finden. Auch wenn kein Widerruf der Auflagen im engeren Sinn vorliegt, so ist Thema des Verfahrens doch die Aufhebung von Auflagen beziehungsweise deren Löschung im Grundbuch. Es entspricht dem Sinn von Art. 20 Abs. 2 lit. c BewG, Gemeinden immer dann zum Rekurs beziehungsweise zur Beschwerde zuzulassen, wenn die Aufhebung von Auflagen Streitgegenstand ist, da es für die Rechtsmittelbefugnis nicht entscheidend sein kann, ob eine Auflage aufgehoben wird, weil sich die tatsächliche Situation seit deren Erlass (vgl. Art. 14 Abs. 4 BewG i.V.m. Art. 11 Abs. 4 der Verordnung zum BewG [BewV]) oder die gesetzliche Grundlage geändert hat. Die Auswirkungen – die Löschung der Auflage im Grundbuch – bleiben dieselben, und es ist nicht ersichtlich, weshalb die Gemeinden nur im einen Fall zur Rechtsmittelerhebung legitimiert sein sollen. Somit ist die Legitimation der Rekurrentin zu bejahen, und auf den Rekurs ist grundsätzlich einzutreten.

4. Zur Begründung ihres Rekurses bringt die Rekurrentin zunächst vor, der Erwerb bzw. die Bewilligung des Erwerbs der beiden Grundstücke Kat.-Nrn. 4 und 5 durch die private Rekursgegnerin sei nichtig. Diese Grundstücke hätten nie als Betriebsstättengrundstücke genutzt werden können, da sie im Erwerbszeitpunkt in der Wohn- beziehungsweise der Freihaltezone gelegen

hätten und nun beide der Freihaltezone zugewiesen seien und damit nicht mit Gewerbebauten überbaut werden könnten. Die Bewilligung sei also zu Unrecht erfolgt. Darüber hinaus habe ein zwingender Verweigerungsgrund bestanden, da das Horten von Land gemäss Art. 12 lit. a BewG ein zwingender Verweigerungsgrund sei. Somit liege ein besonders schwerer, offensichtlicher und leicht erkennbarer Mangel vor, womit die Bewilligung des Erwerbs der beiden streitbetroffenen Grundstücke als nichtig zu qualifizieren sei.

Dem hält die private Rekursgegnerin entgegen, dass die Rekurrentin ihren Anspruch auf Geltendmachung der Mangelhaftigkeit der Bewilligung verwirkt habe. Da sie im Bewilligungsverfahren angehört worden sei, hätte sie die von ihr behaupteten ursprünglichen Mängel schon im Verfahren vor Bezirksrat rügen müssen. Das Bewilligungsgesetz sehe keine eigenen Nichtigkeitsgründe vor, vielmehr sei für die erneute Beurteilung bereits erteilter Bewilligungen explizit der Widerruf vorgesehen. Nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen liege hier keine Nichtigkeit vor. Im Übrigen seien die Bewilligungen zu Recht erteilt worden.

5. Nach Lehre und Rechtsprechung ist die Nichtigkeit, d.h. die absolute Unwirksamkeit einer Verwaltungsverfügung nur ausnahmsweise anzunehmen. Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkungen und ist ex tunc und ohne amtliche Aufhebung unverbindlich. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden (vgl. BGE 127 II 32, E. 3g). Bei der Unterscheidung zwischen blosser Anfechtbarkeit und Nichtigkeit folgt die Rechtsprechung der sogenannten Evidenztheorie. Danach ist eine Verfügung nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet wird (vgl. BGE 98 Ia 568). Nichtigkeitsgründe sind schwer wiegende Zuständigkeitsfehler, schwer wiegende Verfahrensfehler, schwer wiegende Form- oder Eröffnungsfehler sowie ganz ausnahmsweise schwerste inhaltliche Mängel, wie zum Beispiel der offensichtliche Verstoss gegen Grundrechte (vgl. zum Ganzen U. Häfelin/G. Müller/F. Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., 2010, Rz. 955 ff.; P. Tschannen/U. Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. A., 2005, § 31 Rz. 16 ff.).

Vorliegend scheidet die beantragte Feststellung der Nichtigkeit schon am erforderlichen schwer wiegenden Mangel. Da keine Zuständigkeits-, Verfahrens- oder Formfehler geltend gemacht oder ersichtlich sind, kommt einzig ein schwer wiegender inhaltlicher Mangel in Frage. Der von der Rekurrentin geltend gemachte Mangel – die aufgrund der Zonierung unmögliche Überbauung der Grundstücke mit gewerblich genutzten Bauten – stellt keinen Fehler von der geforderten Schwere dar. Offensichtlich ging die Bewilligungsbehörde damals davon aus, dass die Nutzung der Grundstücke als Parkplatz eine genügende Verbindung mit der Betriebsstätte aufweist. Damit steht die Gesetzkonformität der damaligen Behördenpraxis in Frage, was bei weitem nicht die Intensität einer Verletzung von Grundrechten erreicht. Es kommt hinzu, dass diese Praxis nicht offensichtlich falsch ist. Damit kann dahingestellt bleiben, ob die ursprünglichen Bewilligungen mangelhaft waren. Nachdem es schon am für die Nichtigkeit erforderlichen besonders schweren und zumindest leicht erkennbaren Mangel fehlt, kann eine weitere Prüfung der

Voraussetzungen unterbleiben, und der Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit der ursprünglichen Bewilligungen für den Erwerb der Grundstücke Kat.-Nrn. 4 und 5 ist abzuweisen.

6. Sollte die Rekursinstanz die Nichtigkeit des Grundstückserwerbs nicht erkennen, beantragt die Rekurrentin den Widerruf der 1987 und 1990 erteilten Bewilligungen bezüglich der beiden Seegrundstücke.

Gegenstand des Rekursverfahrens kann nur sein, was auch Gegenstand der erstinstanzlichen Verfügung war bzw. nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die Vorinstanz zu Recht nicht entschieden hat, fallen nicht in den Kompetenzbereich der Rekursbehörden, ansonsten in die funktionelle Zuständigkeit der erstinstanzlich verfügenden Behörde eingegriffen würde (A. Kölz/J. Bosshart/M. Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., 1999, Vorbemerkungen zu §§ 19-28 Rz. 86).

Da im erstinstanzlichen Verfahren einzig die Löschung von gestützt auf das inzwischen revidierte Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland erlassenen Auflagen Verfahrensgegenstand war, kann im darauf folgenden Rekursverfahren nun nicht auch noch über den Bestand und die Rechtmässigkeit der ursprünglichen Bewilligungen befunden werden. Dies war zu Recht nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens, weshalb diesbezüglich auf den Rekurs nicht einzutreten ist. Die Einleitung eines Widerrufsverfahrens wäre bei der zuständigen ersten Instanz zu beantragen.

7. Sodann beantragt die Rekurrentin die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses bezüglich der Wiederveräusserungsaufgabe für das Grundstück Kat.-Nr. 4 und darüber hinaus die Statuierung einer ähnlich lautenden Auflage für das Grundstück Kat.-Nr. 5.

Zum zweiten Teil des Antrags ist dasselbe wie zum Antrag auf Widerruf der Bewilligungen zu sagen. Die Statuierung neuer Auflagen war – zu Recht – nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens und kann es daher auch nicht im Rechtsmittelverfahren sein. Ein solcher Antrag wäre wiederum bei der zuständigen ersten Instanz anzubringen, und auf den Rekurs ist daher diesbezüglich nicht einzutreten.

Die Rekurrentin begründet ihr Vorbringen damit, dass auch unter geltendem Recht, das den Erwerb von Betriebsstättengrundstücken von der Bewilligungspflicht ausnimmt (Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG), die Bewilligungsbehörde mittels Auflagen sicherstellen müsse, dass das Grundstück zu dem vom Erwerber geltend gemachten Zweck verwendet werde (Art. 14 BewG). Da das betreffende Grundstück indes in der Freihaltezone liege und damit nie als Betriebsstättengrundstück genutzt werden könne, sei wenigstens sicherzustellen, dass ein grundlegendes Ziel des Gesetzes – Wahrung des öffentlichen Interesses an der Verhinderung der Spekulation mit Grundeigentum durch Personen im Ausland – erreicht werde. Aus diesem Grund sei ein Widerruf der Auflage, welche ein Verbot von Spekulationsgewinnen enthalte, nicht zulässig.

Dem hält die private Rekursgegnerin entgegen, dass das Dahinfallen einer an eine Bewilligung geknüpften Auflage vom Gesetz vorgesehen sei, wenn das neue Recht sie nicht mehr vorsehe oder es den Erwerb nicht mehr der Bewilligungspflicht unterstelle. Da der Erwerb von Betriebsstättengrundstücken nicht mehr bewilligungspflichtig sei, habe die Vorinstanz das Dahinfallen der Auflagen zu Recht festgestellt. Im Übrigen bestehe nach dem Verkauf des betroffenen Grundstücks an einen Inländer auch kein Interesse mehr an der Auflage. Eine antispekulative Auflage sei schliesslich vorliegend gar nicht zulässig. Die streitbetroffene Auflage, wonach das Grundstück Kat.-Nr. 4 unter bestimmten Umständen veräussert werden müsse, wobei kein «spekulativer Gewinn» erzielt werden dürfe, entbehre jeder gesetzlichen Grundlage. Ihre Rechtmässigkeit sei daher sehr zweifelhaft. Bereits 1963 habe die eidgenössische Rekurskommission entschieden, dass antispekulative Auflagen einer ausdrücklichen Bestimmung in den gesetzlichen Grundlagen bedürften. Eine solche enthalte weder die Lex Koller noch habe die Lex Friedrich sie enthalten.

8. Das Bundesgesetz über den Grundstückserwerb durch Personen im Ausland wurde am 30. April 1997 unter anderem dahingehend geändert, dass neu der Erwerb von Betriebsstättengrundstücken nicht mehr bewilligungspflichtig ist (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG). Die Schlussbestimmungen der Änderung vom 30. April 1997 sehen vor, dass an eine Bewilligung geknüpfte Auflagen von Gesetzes wegen dahin fallen, wenn das neue Recht sie nicht mehr vorschreibt oder es den Erwerb nicht mehr der Bewilligungspflicht unterstellt; ihre Löschung erfolgt auf Antrag des Erwerbers.

Die ursprünglichen Bewilligungen für den Erwerb der beiden Grundstücke Kat.-Nrn. 4 und 5 waren gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. a aBewG und Art. 3 aBewV erteilt worden. Mit anderen Worten war die Bewilligungspflicht an den Tatbestand geknüpft worden, dass es sich um Betriebsstättengrundstücke beziehungsweise Reservegrundstücke für eine Betriebsstätte handle. Die Bewilligung für den Erwerb des Grundstücks Kat.-Nr. 4 wurde mit der Bedingung verknüpft, dass es innert acht Jahren für die Betriebsstätte genutzt oder ohne die Erzielung eines Gewinns verkauft werden müsse. Nachdem der Erwerb eines Betriebsstättengrundstücks heute nicht mehr bewilligungspflichtig ist, fällt gemäss der oben genannten Übergangsbestimmung auch die mit der damaligen Bewilligung verknüpfte Auflage dahin. Die Vorinstanz hat demnach die Löschung des entsprechenden Grundbucheintrages zu Recht bewilligt.

Entgegen der rekurrentischen Ansicht kann die Auflage nicht gestützt auf Art. 14 BewG erhalten bleiben. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung sind Bewilligungen unter Bedingungen und Auflagen zu erteilen, die sicherstellen, dass das Grundstück zu dem vom Erwerber geltend gemachten Zweck verwendet wird. Wenn nun für den Erwerb von Betriebsstättengrundstücken keine Bewilligung erforderlich ist, kann auch keine Auflage statuiert werden. Gemäss Art. 14 Abs. 5 BewG ist sodann die Feststellung der fehlenden Bewilligungspflicht mit der Auflage zu verknüpfen, dass der Erwerber vor jeder Veränderung der Verhältnisse, welche eine Bewilligungspflicht begründen könnte, erneut um die Feststellung der fehlenden Bewilligungspflicht zu ersuchen hat. Diese Auflage ist indes ausdrücklich nur dann zu statuieren, wenn die Bewilligungspflicht verneint wurde, weil Personen im Ausland keine

beherrschende Stellung innehaben. Auch diese Bestimmung bildet somit keine gesetzliche Grundlage für die streitbetroffene Auflage.

Demgemäss ist der Rekurs bezüglich der Löschung der Auflage auf Grundstück Kat.-Nr. 4 abzuweisen.

9.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Rekurs abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.