



G.-Nr. R1S.2021.05082
BRGE I Nr. 0007/2022

Entscheid vom 28. Januar 2022

Mitwirkende Abteilungspräsident Walter Linsi, Baurichter Christian Hurter, Baurichterin
Beatrice Bosshard, Gerichtsschreiberin Andrea Kuhn

in Sachen **Rekurrentin**
D. AG, c/o L.R., [...]
vertreten durch [...]

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

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

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

betreffend Beschluss des Bezirksrats vom 30. Juni 2021; Feststellung der Bewilligungs-
pflicht für Umbau und Verweigerung der Bewilligung, [...]

hat sich ergeben:

A.

Mit Beschluss vom 30. Juni 2021 stellte der Bezirksrat Y fest, dass die D. AG für den beabsichtigten Umbau der Liegenschaft an der D.-Strasse 22 auf Kat.-Nr. 1 in X einer Bewilligung bedürfe, und verweigerte diese.

B.

Die D. AG wandte sich mit Rekurseingabe vom 16. Juli 2021 an das Baurekursgericht und beantragte die Aufhebung des obgenannten Beschlusses und die Feststellung der Nichtbewilligungspflicht.

C.

Mit Verfügung vom 21. Juli 2021 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 sowie die Politische Gemeinde X verzichteten mit Eingaben vom 17. August 2021 bzw. 4. August 2021 ausdrücklich auf eine Vernehmlassung. Das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) verzichtete stillschweigend auf eine solche.

E.

Die Rekurrentin verzichtete mit Eingabe vom 8. Oktober 2021 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.

Die Rekurrentin beabsichtigt, die von ihr im Jahr 2014 erworbene Liegenschaft zu sanieren. Im Zuge dieser Sanierung soll das bestehende 2. Dachgeschoss, welches zurzeit als Abstellfläche genutzt wird, ausgebaut und künftig zu Wohnzwecken genutzt werden. Die Gesamtfläche des betroffenen Stockwerkes umfasst 75 m², wobei die effektiv zu Wohnzwecken nutzbare Fläche rund 50 m² beträgt. Mit Gesuch vom 1. Juni 2021 beantragte die Rekurrentin bei der Vorinstanz, es sei festzustellen, dass der Ausbau des 2. Dachgeschosses zu Wohnzwecken durch die Rekurrentin nicht bewilligungspflichtig im Sinne des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland sei. Mit angefochtenem Entscheid verweigerte die Vorinstanz die ersuchte Feststellung und erteilte die Bewilligung nicht. Sie begründete ihren Entscheid damit, dass die Rekurrentin beim Kauf der Liegenschaft 200 m² Wohnfläche habe miterwerben dürfen. Mit dem jetzt geplanten Umbau würde die Fläche für Wohnraum 250 m² betragen. Der Wohnanteil der Liegenschaft würde damit insgesamt 38,4 % (250 m² von 650 m²) ausmachen. Zudem würden alsdann drei von sechs Stockwerken

für Wohnungen genutzt. Dies lege die Annahme nahe, dass die Vermietung des Wohnraums künftig nicht mehr bloss nebensächlich sein werde und die Liegenschaft den Betriebsstätte-Charakter verlieren würde. Da die Gesuchstellerin ausländisch beherrscht sei, bedürfe der Umbau der Liegenschaft einer Bewilligung. Ein Bewilligungsgrund sei aber nicht ersichtlich.

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.

Selbst wenn man davon ausgehen 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.

4.2.

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 einem neueren Entscheid 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.

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 B 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 %. 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. Gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung darf die Wohnfläche nämlich innerhalb des Gebäudes und innerhalb eines Umkreises mit einem Radius von 150 m in der Kernzone A und von 300 m in den übrigen Zonen verlegt werden. Das vorliegend strittige Gebäude verfügt bereits heute über mindestens 11 % mehr als der Mindestanteil an Wohnfläche, weshalb ohne Weiteres davon ausgegangen werden könnte, die Fläche sei bereits innerhalb des Gebäudes verlegt worden und sei nicht zwingend im Dachgeschoss zu erstellen.

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 einem Erwerbsvorgang im Sinne des BewG.

4.4.

Wie hoch der Anteil Wohnungen sein darf für den bewilligungsfreien Miterwerb von Wohnungen gemäss Art. 2 Abs. 3 BewG, 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 Wohnanteilsvorschriften 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 Grundstückkauf, 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 Wohnanteilsvorschriften 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).

Vorliegend hat die Vorinstanz lediglich auf die Fläche abgestellt, welche für die Wohnnutzung künftig vorgesehen sein soll. Da diese im Verhältnis zur gewerblichen Fläche bereits relativ hoch ist, jedoch noch unter dem Wert liegt, bei welchem klar nicht mehr von einem Betriebsstätte-Grundstück ausgegangen werden könnte, hätte sie weitere Aspekte berücksichtigen müssen. Wie oben ausgeführt, spielt auch der potentielle Mietertrag aus den Wohnungen eine entscheidende Rolle. Liegt dieser nämlich über 50 % des Gesamtertrags der Liegenschaft, so fällt das Grundstück klar in den Geltungsbereich des BewG (vgl. hierzu auch das Urteil des Appellationsgerichts Basel VD.2015.179 vom 16.09.2016, E. 7.2.1; <https://www.appellationsgericht.bs.ch/gerichtsentscheide.html>). Liegt dieser hingegen deutlich unter 50 % des Gesamtertrags der Liegenschaft könnte ein bewilligungsfreier Sachverhalt vorliegen. Dies selbstverständlich unter der Bedingung, dass die von der Rekurrentin genannten, hypothetischen Mietzinse orts- und quartierüblich sind. Die Sache ist daher zu weiteren Abklärungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.1.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Rekurs teilweise gutzuheissen und der angefochtene Entscheid demgemäss aufzuheben ist. Die Sache ist im Sinne der Erwägungen zur weiteren Abklärung und zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.2.

Die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur erneuten Abklärung gilt kosten- und entschädigungsmässig als volles Obsiegen (BGr 1C_63/2016 vom 25.8.2016, in Bestätigung von VB.2015.00243 vom 31.12.2015). Die Verfahrenskosten sind daher ausgangsgemäss der Vorinstanz 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 bestimm- baren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier ein Verfahren ohne bestimm- baren 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. 3'500.-- festzusetzen.

5.3.

Keine der Parteien beantragte die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung.

6.

Es liegt ein Rückweisungsentscheid vor, der als Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zu qualifizieren ist. Dessen Anfechtbarkeit richtet sich nach § 19 Abs. 2 VRG.