Zeitschrift: Plan : Zeitschrift für Planen, Energie, Kommunalwesen und Umwelttechnik = revue suisse d'urbanisme

Herausgeber: Schweizerische Vereinigung für Landesplanung

Band: 23 (1966)

Heft: 5

Artikel: Die kantonale Genehmigung von Gemeindebauvorschriften nach aargauischem Recht

Autor: Guthauser, Pius

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-783857

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 09.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

September / Oktober 23. Jahrgang Nr. 5

Plan Landesplanung

Schweizerische Zeitschrift für Landes-, Regional- und Ortsplanung • Revue suisse d'urbanisme • Fachorgan für kommunale Bau- und Planungsfragen

Offizielles Organ der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung · Offizielles Organ der Schweizerischen Vereinigung für Gewässerschutz und Lufthygiene (VGL) · Offizielles Organ der Föderation Europäischer Gewässerschutz (FEG) Erscheint 6mal jährlich

Redaktioneller Teil der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung

Redaktion: Prof. Dr. E. Winkler, Institut f. Landesplanung an d. ETH, Zürich 6, Tel. (051) 32 73 30
Redaktions-Sekretariat: Dr. H. E. Vogel, Kürbergstrasse 19, Zürich 49, Tel. (051) 44 56 78

Die kantonale Genehmigung von Gemeindebauvorschriften nach aargauischem Recht

Von Dr. Pius Guthauser, Direktionssekretär, Aarau

Vorbemerkung

Die den Gemeinden in den meisten Kantonen eingeräumte Befugnis zum Erlass eigener kommunaler Bauvorschriften (insbesondere von Bauordnungen und Plänen verschiedener Art) ist regelmässig an einen Genehmigungsvorbehalt geknüpft. Dabei wird allerdings die staatlicherseits beanspruchte Kontrollfunktion in den einzelnen Kantonen unterschiedlich aufgefasst und gesetzlich fixiert. Es kann überdies im kantonalen Recht jede nähere Umschreibung der Tragweite des Genehmigungsvorbehaltes fehlen, wie dies für den Aargau zutrifft. Mag es unter diesen Umständen angesichts der rechtlichen Problematik der Planung an sich und der dynamischen Entwicklung des Baurechtes schon recht schwierig sein, eine rechtstheoretische Position festzulegen, so stellt auch die Genehmigungspraxis immer wieder neue, zuweilen heikle Fragen.

Im aargauischen Grossen Rat kam es letztes Jahr bei der Behandlung eines kommunalen Teilüberbauungsplanes (Bau- und Strassenlinien-Plan) zu einer lebhaften Debatte, wobei der Vorlage aus Gründen der Erhaltung landwirtschaftlich wertvollen Bodens Opposition gemacht wurde. In einem zusätzlichen Bericht an die zuständige grossrätliche Kommission setzte sich die Baudirektion mit dem Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht eingehend auseinander. Die nachfolgenden Ausführungen bilden den rechtlichen Teil dieses Berichtes. Sie können vielleicht — wenn man die Bezugnahme auf das aargauische Recht exemplifikativ versteht — als Diskussionsbeitrag zu einem allgemein interessierenden Thema gewertet werden, das bisher noch recht wenig erörtert wurde, anderseits aber im Hinblick auf die evidente Notwendigkeit vermehrter Koordination kommunaler Planung stark an Bedeutung gewinnen dürfte.

1. *Die Genehmigung der Gemeindebauvorschriften im aargauischen Recht*

§ 104 Abs. 2 des Aargauischen Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 27. März 1911 bestimmt:

> Die Bauordnung und der Ueberbauungsplan bedürfen der Zustimmung der Gemeindeversammlung sowie der Genehmigung des Grossen Rates.

§ 13 der Vollziehungsverordnung zu den §§ 103 bis 116 EGZGB vom 21. Januar 1949 präzisiert wie folgt:

> Nach Annahme der Vorlage übermittelt der Gemeinderat die Akten (Gemeindebauvorschriften im Doppel, technischer Bericht zu den Plänen, Auszug aus dem Protokoll der Gemeindeversammlung, unerledigte Einsprachen) dem Regierungsrat.
>
> Dieser entscheidet nach formeller und materieller Ueberprüfung der Vorlage endgültig über die Einsprachen und leitet die bereinigte Vorlage mit seinen Anträgen an den Grossen Rat weiter, soweit der Regierungsrat nicht selbst zur Genehmigung ermächtigt ist.
>
> Mit der kantonalen Genehmigung erwachsen die Gemeindebauvorschriften in Rechtskraft.

§ 14 derselben Verordnung stellt noch fest, dass das gleiche Verfahren auch für die Abänderung und Ergänzung der Gemeindebauvorschriften gelte.

Welche Bedeutung der grossrätlichen (in gewissen Fällen: regierungsrätlichen) Genehmigung der Gemeindebauvorschriften zukommt, geht aus den zitierten Vorschriften nicht eindeutig hervor. Ebensowenig gibt der Begriff der Genehmigung über deren materielle Voraussetzungen und den Zweck klaren Aufschluss.

2. *Die Bedeutung der kantonalen Genehmigung in der Doktrin*

Ueber die rechtliche Tragweite des Genehmigungsvorbehaltes äussert sich Dr. Kistler in seiner Dissertation: «Baupolizei und Baupolizeirecht im Kanton Aargau», Brugg, 1926, wie folgt:

Die Gemeinden üben als Selbstverwaltungskörper eine selbständige Verbandsgewalt aus. Diese umfasst auch die Selbständigkeit zur Rechtssetzung in den Schranken der Autonomie, die von der Staatsgesetzgebung bestimmt wird. Für Gemeindebeschlüsse, die von besonderer Bedeutung sind, hat sich der Staat das Genehmigungsrecht vorbehalten, als eine besondere Form der staatlichen Aufsicht. Bauordnung und Ueberbauungsplan, die von eminenter Wichtigkeit sind für die zukünftige Gestaltung des Ortsbildes und die nicht zuletzt tief eingreifen in das von der Verfassung garantierte Eigentumsrecht, bedürfen der Genehmigung durch den Grossen Rat.

a) Der *Regierungsrat* prüft die Vorlagen zuhanden des Grossen Rates, wobei sich die Prüfung nicht nur auf die Gesetzmässigkeit, sondern auch auf die Zweckmässigkeit erstreckt. Die Prüfung soll sich nicht darauf beschränken, ob die genehmigungspflichtige Vorlage den im EG und in der Vo. ausgesprochenen Grundsätzen genüge und diesen nicht widerspreche, und ob die Verfahrensgrundsätze beobachtet wurden, sondern es soll der Inhalt auch materiell, in bezug auf seine Zweckmässigkeit, untersucht werden. Dieser Prüfung kommt nämlich unseres Erachtens besondere Bedeutung zu. Es ist dies die einzige Möglichkeit, im ganzen Kanton eine gewisse Einheitlichkeit zu erzielen, nicht nur in bezug auf die Anforderungen an Baugrund und Gebäude, sondern auch in bezug auf das Bewilligungsverfahren. Die selbständige Entwicklung der Gemeinde ist deswegen nicht gefährdet.

b) Der *Grosse Rat* ist berufen, der von der Gemeindeversammlung genehmigten und vom Regierungsrat geprüften Bauordnung und dem Ueberbauungsplan die Genehmigung zu erteilen. Bis zu diesem Zeitpunkt sind beide suspensiv bedingt. Eventuelle Abänderungen werden in der Form der Bedingungen bewirkt, oder anders ausgedrückt, die Genehmigung wird unter der Bedingung erteilt, dass die verlangten Abänderungen von der Gemeinde vorgenommen werden, widrigenfalls die Vorlage als nicht genehmigt und somit als nicht in Rechtskraft getreten gilt.

Was endlich die Art der Ueberprüfung anbelangt, gilt das oben unter lit. a Gesagte. Auch der Grosse Rat hat nicht nur das Recht der Prüfung auf die Gesetzmässigkeit, sondern auch auf die Zweckmässigkeit. In seinen Entscheiden ist der Grosse Rat vollständig frei und nicht an die Anträge der Regierung gebunden.

Einen abweichenden Standpunkt vertritt Wilfried Schaumann in seinem Werk: Die Landesplanung im schweizerischen, französischen und englischen Recht, Zürich 1950. Er betrachtet § 103 EGZGB als blosse Vorbehaltsnorm. Die Gemeindebauordnungen und die Ueberbauungspläne könnten sich direkt auf die Gemeindeautonomie der Kantonsverfassung stützen. Im aargauischen Recht stehe die Genehmigungs- und Rekurspraxis insofern im Widerspruch zur Gemeindeautonomie, als sich die kantonalen Instanzen eine Ermessenkontrolle zuerkannten. Im Artikel über die Gemeindeautonomie (Kantonsverfassung Art. 44) sei das Aufsichtsrecht allerdings nicht näher umschrieben; doch sollten sich die kantonalen Instanzen allgemein auf die Rechts- und Willkürkontrolle beschränken. Soweit der Ueberbauungsplan jedoch Strassenlinien vorsehe, habe der Grosse Rat eine Ermessenskontrolle auszuüben, da er mit der Genehmigung gleichzeitig das Expropriationsrecht erteile (vgl. S. 162 und Note 412).

Auch Hauser erblickt die Rechtsgrundlage der Gemeindebauordnungen in der Gemeindeautonomie. Daraus folgert er, die Genehmigung der kantonalen Behörden habe sich grundsätzlich auf die Rechtskontrolle zu beschränken (vgl. Beda Hauser: Die Gemeindebauordnung in den Kantonen Zürich und Aargau, Winterthur, 1956, S. 137). Zum gleichen Ergebnis gelangt Hauser auch aus materiellen Ueberlegungen: Der Gemeinde müsse freies Ermessen zugestanden werden, wo sie typisch lokale Belange regle. Besonders in den Ueberbauungs- und Zonenplänen sei der Gemeinde weitgehend freies Ermessen einzuräumen, sofern nicht höhere Interessen verletzt würden (a. a. O. S. 138).

Dr. Zimmerlin verweist in seinem Kommentar zur Aarauer Bauordnung auf die Praxis. Auch in der Literatur werde die grosse Bedeutung hervorgehoben, die der Ueberprüfungsbefugnis der kommunalen Genehmigungsinstanzen zukomme. Nach Zimmerlin ergibt sich aus der Literatur, dass die Vorlagen auch auf ihre Zweckmässigkeit hin zu prüfen seien (Zimmerlin, S. 304).

3. *Die Praxis der Genehmigungsinstanzen*

Die Genehmigungspraxis des Grossen Rates und des Regierungsrates steht seit Jahrzehnten auf dem Standpunkt, kommunale Bauvorschriften und Planungen seien sowohl auf ihre Rechtmässigkeit als auch auf ihre Zweckmässigkeit zu überprüfen. In einem regierungsrätlichen Bericht an den Grossen Rat vom 22. Juli 1947 finden sich hierüber folgende grundsätzliche Ausführungen (AGVE 1947, S. 253/254):

Die Beanstandungen erfolgen nicht, weil die von der Gemeinde beschlossenen Bestimmungen mit dem Gesetz im Widerspruch stehen, sondern weil sie *unzweckmässig* sind. Zwar hat sich der Grosse Rat anfänglich, ohne sich allerdings streng daran zu halten, auf den Standpunkt gestellt, er habe nur die *Gesetzmässigkeit* der Bauordnungen zu überpürfen. Diese Auffassung wurde immer mehr zugunsten einer umfassenderen Ueberprüfungsbefugnis aufgegeben. Ein Eingriff in die Gemeindeautonomie liegt deswegen nicht vor. Das Einführungsgesetz zum ZGB beschränkt die Ueberprüfungsbefugnis der kantonalen Genehmigungsinstanzen in keiner Weise. § 104, Abs. 3, EG zum ZGB macht die Gültigkeit der Gemeindebauvorschriften von der «Zustimmung der Gemeindeversammlung» und der «Genehmigung des Grossen Rates» abhängig. Dass die Gemeindeversammlung Aenderungen beschliessen kann, ist selbstverständlich; das gleiche muss mangels einer anderweitigen Regelung auch für den Grossen Rat gelten. Auch in der Literatur wird die grosse Bedeutung hervorgehoben, die der Ueberprüfungsbefugnis der kantonalen Genehmigungsinstanzen zukommt, und ausgeführt, dass die Vorlagen auch auf ihre Zweckmässigkeit hin zu prüfen seien (Kistler, Baupolizei und Baupolizeirecht im Kanton Aargau, S. 68/69). Diese Regelung allein ermöglicht es dem Grossen Rat, seine Kompetenz so auszuüben, wie es der Bedeutung der zu erlassenden Vorschriften entspricht. Würde die Ueberprüfung auf die Gesetzmässigkeit beschränkt, so hätten wir die widersinnige Folge, dass unzweckmässige, aber nicht gesetzwidrige Vorschriften genehmigt werden müssen und dass dann der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz in Baupolizeisachen über ihre Anwendung, und zwar selbst in Ermessensfragen, zu entscheiden hätte. Jedenfalls hat

der Grosse Rat in den letzten Jahren regelmässig sowohl die Ueberbauungspläne als auch die Bauordnungen auf ihre Zweckmässigkeit hin überprüft und, wenn Anlass zu Beanstandungen vorlag, entsprechende Aenderungen verlangt.

In einem neueren Einspracheentscheid hat der Regierungsrat betont, er handle nicht als obere Planungsbehörde, sondern als Beschwerdeinstanz. Er habe daher nur zu prüfen, ob die getroffene Disposition sachlich vertretbar und zweckmässig sei. Zu prüfen, ob noch eine andere als die getroffene Lösung den Erfordernissen gleichfalls genügen würde, falle nicht mehr in seine Kompetenz (vgl. AGVE 1961, S. 247).

4. *Die Rechtssetzungskompetenz der Gemeinden im Baupolizei- und Planungsrecht*

Für die rechtliche Würdigung des Genehmigungsvorbehaltes für kommunale Bauvorschriften ist die Frage nach der Rechtsstellung der Gemeinden bedeutsam. Handelt es sich beim Erlass von Bauvorschriften um eine Rechtsmaterie des sogenannten eigenen Wirkungskreises, der Gemeindeautonomie, indem sich die Rechtsetzungskompetenz unmittelbar aus der kantonalen Verfassung ergibt (Art. 44, Abs. 1 der aarg. Staatsverfassung)? Oder geht es um eine Aufgabe des sogenannten übertragenen Wirkungskreises, wo die Gemeinden nur auf Grund einer bestimmten gesetzlichen Delegation tätig werden können? Die Staatsaufsicht und damit auch die Anfechtungsgründe gegen kommunale Normen und Verwaltungsakte sind nämlich nach herkömmlicher Auffassung in beiden Fällen verschieden. In den Sachbereichen der Gemeindeautonomie unterliegt die Gemeinde nach der Doktrin nur der staatlichen Rechtskontrolle, bei den Aufgaben des sogenannten übertragenen Wirkungskreises zusätzlich der Ermessenskontrolle (vgl. Killer: Die Gemeindeautonomie im aargauischen Baupolizeirecht, in Zbl. 1954, S. 201 ff.; B. Meier: Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Aargau, 1950, S. 24). In Doktrin und Praxis wird der Ermessenskontrolle die Zweckmässigkeitskontrolle häufig gleichgesetzt. Das ist jedoch — wie Killer sehr zu Recht betont — ungenau, weil an sich auch die Zweckmässigkeit immer noch einen Rahmen belassen kann, innert welchem mehr als eine Lösung richtig ist. Auch innerhalb der Zweckmässigkeit kann daher Ermessen gegeben sein, das von einer blossen Zweckmässigkeitskontrolle nicht erfasst wird (vgl. Killer, a. a. O. S. 204). Man könnte deshalb die *Zweckmässigkeitskontrolle* — gerade im Blick auf die oben angeführte Genehmigungspraxis — *als eine Art beschränkter Ermessenskontrolle bezeichnen.*

Es stellt sich somit nach dem Gesagten die Frage, ob § 103 EGZGB über die Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden im Bauwesen eine gesetzliche Delegationsnorm oder einen blossen Vorbehalt der verfassungsmässigen Zuständigkeit darstelle. Doktrin und Praxis neigen mehrheitlich zur Annahme eines Vorbehaltes zugunsten der verfassungsmässigen Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinde (vgl. Schaumann, a. a. O. S. 162, Hauser, a. a. O. S. 137 f; Killer, a. a. O. S. 241; Meier, a. a. O. S. 97; AGVE 1947, S. 256; 1948, S. 458). Dagegen geht Kistler, der — wie oben dargelegt — die Zweckmässigkeitskontrolle im Genehmigungsverfahren betont, konsequenterweise offensichtlich von der Konzeption einer Delegation kantonaler Zuständigkeit aus (vgl. a. a. O. S 17). Zimmerlin betrachtet einerseits die Gemeindebauvorschriften als autonome Satzungen mit Gesetzeskraft (Kommentar S. 13), bejaht aber gleichzeitig die Zweckmässigkeitskontrolle (S. 304), wobei er sich offenbar der nicht ganz widerspruchsfreien Auffassung in AGVE 1947, 253, anschliesst, die Zweckmässigkeitskontrolle bedeute keinen Eingriff in die Gemeindeautonomie.

Es war nötig, hier die rechtstheoretische Frage aufzuzeigen; ihr im einzelnen weiter nachzugehen, ist jedoch hier nicht möglich und hilft in der Praxis wohl kaum weiter.

a) Auch wenn man davon ausgeht, § 103 EGZGB bedeute eine Vorbehaltsnorm, so wäre die darin enthaltene Umschreibung, trotz des Spielraumes, den sie im einzelnen lässt, abschliessender Art (vgl. Buser, Zbl. 1956, S. 262; 1957, S. 63). Diese Auffassung hat das Bundesgericht, das sich im Zusammenhang mit dem Zurzacher Entscheid einlässlich mit der Rechtssetzungskompetenz der aargauischen Gemeinden im Bauwesen auseinandergesetzt hat, mit einlässlicher und überzeugender Begründung bestätigt (vgl. AGVE, 1961, S. 248 ff.). Es zog daraus den unseres Erachtens richtigen Schluss, ungeachtet dessen, ob § 103 EGZGB eine Delegation oder einen Vorbehalt in sich schliesse, könne die Gemeinde nur in den Grenzen Recht setzen, die ihr in § 103 EGZGB gezogen sind (AGVE 1961, S. 255 unten).

b) Rechtskontrolle beinhaltet im Prinzip die Nachprüfung eines Hoheitsaktes auf seine Uebereinstimmung mit dem objektiven Recht, das dem kommunalen Rechtssetzungsorgan als übergeordnetes kantonales oder eidgenössisches Recht entgegentritt. Unter Rechtsverletzung ist somit jeder Verstoss gegen irgendeine Norm höherer Stufe zu verstehen (vgl. Fehr: Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich, 1941, S. 277; B. Meier, a. a. O. S. 93 f). Dabei bedeuten auch die Ueberschreitung oder der Missbrauch des durch die Gesetzgebung gewährten Ermessensbereichs eine Rechtsverletzung. — Ermessenskontrolle setzt begrifflich das freie Ermessen voraus. «Ermessensfreiheit eines Organs erkennt man daran, dass die rechtliche Funktionsregel, die für dieses Organ besteht, die Alternative des Handelns oder Nichthandelns freistellt oder wenigstens verschiedene Varianten des Handelns eröffnet.» (Meier, a. a. O. S. 89 und dort zitierte Literatur). Das Ermessen bezieht sich somit auf die Konkretisierung und Spezialisierung einer abstrakteren und generelleren Norm durch das kompetente Vollzugs- oder auch Rechtssetzungsorgan (Killer, a. a. O. S. 203). Die Ermessenskontrolle soll Ermessensfehler unterhalb der Grenze der Ermessensüberschreitung oder des -missbrauches erfassen, wo im Rahmen des Gesetzes und des Ermessens eine sachlich unrichtige Wertung und Wahl verschiedener Lö-

sungsmöglichkeiten getroffen worden ist. Rechts- und Ermessenskontrolle markieren somit einen gewissen Unterschied im Mass der Gebundenheit bzw. Freiheit der rechtssetzenden oder rechtsanwendenden Behörde, wobei dieser Unterschied weniger ein qualitativer als ein gradueller ist (vgl. Meier, a. a. O. S. 85). Es erstaunt darum nicht, dass in der Praxis die Grenzziehung zwischen Rechts- und Ermessenskontrolle immer wieder Schwierigkeiten bereitet (vgl. Zwischenbericht der Justizdirektion in Sachen Verwaltungsrechtspflegegesetz 1965, S. 11).

c) Schliesslich muss man sich vor Augen halten, dass es nicht angeht, die Zweckmässigkeitskontrolle, wie sie in der aargauischen Praxis geübt und auch theoretisch (namentlich im Aufsatz von Dr. Killer) begriffen wird, der Ermessenskontrolle gleichzusetzen. Noch weniger könnte sie mit der Rechtskontrolle identifiziert werden. Vielleicht kann man sagen, die Zweckmässigkeitskontrolle stehe irgendwie zwischendrin. Es zeigt sich jedenfalls, dass es nicht recht gelingt, die auf die Planung bezogene Kontrollfunktion mit den Begriffskategorien unseres klassischen Verwaltungsrechtes zu erfassen und in diese einzuordnen. Das hängt zusammen mit der Sonderstellung des Planes im Verwaltungsrecht überhaupt und der Unsicherheit seiner rechtstheoretischen Klassifizierung (vgl. dazu Gygli: Eigentumsfreiheit und Landesplanung, in: «Wirtschaft und Recht», 1964, S. 284). Darüber sind zum besseren Verständnis in aller Kürze einige Bemerkungen anzubringen.

5. *Die verwaltungsrechtliche Sonderstellung des Planes*

Der Plan bildet einen Einbruch in unser überliefertes Rechtsgefüge (Gygi, a. a. O. S. 284 ff.). Die erwähnte Unsicherheit seiner rechtstheoretischen Klassifizierung verrät sich in der umstrittenen und offenen Frage, ob er rechtsnormativer Art sei oder eine Summierung von konkreten Einzelakten darstelle. Die bisherige Praxis des Bundesgerichtes zur Rechtsnatur der Pläne ist schwankend. Nach Auffassung des Gerichtes unterscheidet sich der Plan insofern von Rechtssätzen, als er präzis die Lage und Ausdehnung einzelner öffentlicher Werke angibt; er lässt sich aber auch nicht einfach mit konkreten Einzelverfügungen gleichsetzen, weil er die einzelnen Anordnungen im Rahmen eines Gesamtprogrammes trifft. Im Hinblick darauf und auf die möglichen Verschiedenheiten der kantonalen Rechtsordnungen lässt sich der Plan nicht ohne weiteres als Rechtssatz oder als konkrete Verfügung bezeichnen. Das Bundesgericht nennt ihn in einem hier speziell anvisierten Tessiner Streitfall «una disposizione intermedia o diversa» (vgl. BGE 90 I S. 345 ff.; Besprechung Dr. P. Saladin in ZSR, 1965, S. 475 ff.).

Zu den tieferen Ursachen der Inkongruenz des Planes zu den verwaltungsrechtlichen Kategorien des Rechtssatzes und der vollziehenden Verfügung führt Prof. Gygi aus:

> Der klassische Rechtssatz ist gekennzeichnet durch eine weitgespannte, personell allgemeine und uniforme Gleichbehandlung... Ob der Einzelne über die Durchsetzungskraft verfügt, um die ihm formal eröffneten Möglichkeiten zu nutzen, das ist eine wirtschaftliche, dem Recht indifferente Frage. ...Der Plan dagegen nimmt in konkretisierter Weise Verteilungen von Gütern vor oder misst bestimmte Tätigkeitsfelder zu. Zumal bei der Raumnutzungsplanung drückt er für eine feststehende Anzahl von Grundstücken sichtbar aus, nach welcher Richtung hin die Eigentumsausübung sich mit Rücksicht auf die Nachbarschaft und die Allgemeinheit zu bewegen und welche Opfer der einzelne Beteiligte an diese Belange zu erbringen hat. Die vom Juristen als klassisch empfundene Rechtsordnung dagegen war eine Rechtsordnung, die es bewusst vermied, sich durch Verhaltensrechtsnormen vom Staate her der Verteilungsgerechtigkeit anzunehmen. Diese Indifferenz gegenüber der Gerechtigkeit oder Richtigkeit der gesellschaftlichen Zustände war der Preis für die Reinhaltung des rechtlichen Systems und Denkschemas. Der Plan dagegen bedeutet gestaltendes, nicht bloss dienendes Recht... Der Plan stellt ein Rechtsinstitut dar, in welchem sich Normierung und Konkretisierung weitgehend in einem Akt vollziehen (Gygi, a. a. O. S. 285).

Aus dieser Sicht wird ohne weiteres klar, dass mit dem Begriff der Rechtskontrolle im Genehmigungs- oder Rechtsmittelverfahren nicht viel anzufangen ist. Der Plan schafft ja — um nochmals die Worte von Prof. Gygi zu gebrauchen — sein eigenes Gesetz und beruht deshalb zumeist auf einer gesetzlichen Globalermächtigung (§ 103 EGZGB), die über die Grundsätze des Planinhaltes nichts bestimmt. Rechtskontrolle reduziert sich unter dem Gesichtspunkt des kantonalen Rechts zur Nachprüfung, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind.

Anderseits vermag aber auch der Begriff der gesetzesvollziehenden Verfügung das Wesen des Planes nur teilweise auszudrücken. Der Plan ist mehr als eine Summe zufällig aneinandergereihter Einzelverfügungen; sonst wäre der Plan ja planlos (Gygi S. 285). Vielmehr besteht zwischen diesen Einzelbestandteilen ein durch das Planungsziel bewirkter Gesamtzusammenhang. Die Anordnungen für die einzelnen Parzellen stehen zueinander im Verhältnis gegenseitiger Ergänzung und Abhängigkeit. Es gilt, eine Mehrzahl von Einzelakten im Sinne einer «räumlich-geometrischen Rationalität» (Imboden) zu koordinieren. Die tatsächlichen Gegebenheiten und der Gesamtzusammenhang üben bestimmenden Einfluss aus auf die Einzeldisposition, so dass auch Ermessenskontrolle im nachträglichen Genehmigungs- oder Anfechtungsverfahren sich nicht im Sinne der verwaltungsgerichtlichen Auffassung durchzusetzen vermag. Es drängt sich unter diesen Umständen die Frage auf, was Zweckmässigkeitskontrolle über die Planung zu leisten vermag. Das führt uns zunächst nochmals auf die konkreten aargauischen Rechtsgrundlagen zurück.

6. *Möglichkeiten der Zweckmässigkeitskontrolle*

a) *Die formelle Regelung.* Die in § 10 VVO statuierte Pflicht der Gemeinden, ihre Bauvorschriften der Baudirektion zur Vorprüfung einzureichen, erlaubt es, die Entwürfe in einem konsultativen Vor-

verfahren vor der allgemeinen Bekanntgabe und der Beschlussfassung durch die Stimmbürgerschaft einer materiellen Ueberprüfung zu unterziehen. Mit dem Einspracherecht steht dem einzelnen Betroffenen ein Rechtsmittelweg offen (§ 104 Abs. 2 EGZGB und §§ 11 bis 13 VVO). Das Genehmigungsverfahren bietet vor allem die Möglichkeit, seit der Vorprüfung erfolgte Modifikationen des Plankonzeptes (insbesondere durch Gutheissung von Einsprachen oder Aenderungsbeschlüsse der Gemeindeversammlung) kritisch zu würdigen. In allen drei Fällen ist die als Rechts- und Zweckmässigkeitskontrolle bezeichnete Ueberprüfungsbefugnis die gleiche.

b) *Die Ortsplanung und ihre Institute als Objekt der Kontrolle.* Eine Kontrolle kann hier vernünftigerweise nur in Kenntnis und Würdigung der Aufgabe und Zielsetzung der Ortsplanung als Ganzes und ihrer einzelnen Institute wie Bauordnung, Ueberbauungsplan, Zonenplan, Teilzonen- und Richtplan ausgeübt werden. Der Begriff der Zweckmässigkeitskontrolle deutet das an.

Die generelle Aufgabe der Ortsplanung oder der Gemeindebauvorschriften im ganzen besteht negativ in der Verhinderung polizeiwidriger Zustände, positiv in der Sicherung einer geordneten baulichen Entwicklung (vgl. § 103 EGZGB und § 2 der VVO, insbesondere den Satz: «Sie sollen die Nutzung von Grund und Boden nach den lokalen Bedürfnissen zweckmässig ordnen.»)

Der Ueberbauungsplan des § 104 EGZGB enthält in graphischer Form alle Angaben, die für die zweckmässige Ueberbauung des vom Plan erfassten Gebietes erforderlich sind (vgl. Zimmerlin, a. a. O., S. 95). Wir verstehen ihn heute allerdings fast ausschliesslich als Strassenplan (Fixierung von Strassen-, Bau- und Höhenlinien; VVO §§ 4 bis 8). Seine weitern gestalterischen Funktionen sind in der Regel dem selbständigen Zonenplan zugewiesen. Dessen ortsplanerisch, d. h. im Blick auf die weitere Besiedlung der Ortschaft fundamentale Aufgabe besteht in der Ausscheidung des Baugebietes und dessen Einteilung in Zonen (§ 9 VVO).

Eine Hauptfrage der Kontrolle wird demnach dahin lauten müssen, ob die zu beurteilende Planungsmassnahme der allgemeinen und besonderen ortsplanerischen Zweckbestimmung gerecht wird. Dies scheint uns der Kern der Zweckmässigkeitskontrolle zu sein, auf deren hauptsächliche Aspekte nachstehend für die einzelnen Institute besonders einzutreten ist.

c) *Die Zweckmässigkeitskontrolle.* aa) *des Zonenplanes.*

Die Kernprobleme sind stichwortartig:

— Umfang des Baugebietes im Verhältnis zum sogenannten übrigen Gemeindegebiet (Festlegung des Planungszieles).
— Einteilung des Baugebietes und Verhältnis der einzelnen Zonen.
— Technische Erschliessungsmöglichkeit in bezug auf Strassen (kommunaler Richtplan), Wasserversorgung (insbesondere Löschdruck), Abwasser (generelles Kanalisationsprojekt und Vorflutverhältnisse), öffentliche Bauten und Anlagen.
— Verhältnis zu übergeordneten Gegebenheiten und Planungen (Bund, Kanton, Regionalplanung).
— Richtige Art der Plandarstellung.

Dazu folgende Bemerkungen:

Bisher wurde den Gemeinden bei der Dimensionierung ihres Baugebietes und der damit verbundenen Festlegung des Planungszieles sehr weitgehende Freiheit gewährt. Der in der Planung angenommene Entwicklungsstand beruht wesentlich auf Prognosen, die ihrerseits auf unsichern Annahmen und Schätzungen basieren müssen. Hier konnte die Kontrolle bisher nicht mehr tun, als offensichtliche Unverhältnismässigkeiten zu beheben. Eine Neuorientierung wird hier erfolgen müssen, wenn über die bisherigen Ansätze hinaus kantonale und regionale Planungsgrundlagen und Leitbildvorstellungen vorhanden sind, die unter dem Gesichtspunkt der Zweckmässigkeitskontrolle auch unter dem geltenden Recht angemessene Berücksichtigung verlangen werden. Damit erhält auch das Koordinationsproblem mehr und mehr zentrale Bedeutung.

bb) *des Ueberbauungsplanes.* Es handelt sich in neuerer Zeit ausschliesslich um sogenannte Teilüberbauungspläne für ein beschränktes Baugebiet. Die planerische Kontrolle hat vor allem zu beachten:

— Einpassung in kommunales, regionales und kantonales Richtplankonzept.
— Genügende Zirkulationsfläche, Gestaltung der Einmündungen, Baulinienabstände (Hauptgesichtspunkte: Verkehrssicherheit, Gesundheitspolizei, Aesthetik).
— Plandarstellung.

cc) *des Teilzonen- und Richtplanes:*

— Städtebauliche Beurteilung im Blick auf das Orts- und Landschaftsbild.
— Wohnhygiene.
— Erschliessung.

Selbstverständlich bezieht und beschränkt sich die Zweckmässigkeitskontrolle auf die dem betreffenden Planungsinstitut zugedachte Aufgabe, zumal es nur im Hinblick auf diese für das Grundeigentum verbindliche Dispositionen trifft. So geht es nicht an, dass die Kontrolle des Zonenplanes sich zur Hauptsache mit dem kommunalen Strassennetz auseinandersetzt, das im Plan überhaupt nur pro memoria aufgeführt ist. Und die Vorlage eines Ueberbauungsplanes als Strassenplan kann und darf nicht unter dem Gesichtspunkt der Baugebietsabgrenzung beurteilt werden, zumal wenn darüber bereits früher mit der Schaffung des Zonenplanes entschieden worden ist.

7. *Rechtskontrolle im Dienste der Eingrenzung planerischer Dispositionen*

Im Spannungsverhältnis zwischen Planung und Recht fällt dem Jurist die Aufgabe zu, im dyna-

mischen Planungsgeschehen die Grenzen der Eingriffs- und Gestaltungsmöglichkeit zu markieren. Konkret gesprochen hat er darüber zu wachen, dass das kommunale Planungsrecht nicht gegen das übergeordnete kantonale oder eidgenössische Recht verstösst. Es sind dahin namentlich folgende Hauptaspekte zu beachten:

— Die Einhaltung der Verfahrensvorschriften beim Erlass vor allem im Blick auf die Betroffenen (rechtliches Gehör).
— Die Beachtung der kantonalen und eidgenössischen materiell-rechtlichen Schranken. Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die als verfassungsmässiges Grundrecht anerkannte Eigentumsgarantie, da die hier ins Auge gefasste Bauplanung naturgemäss auf die Verfügungs- und Nutzungsfreiheit des Grundeigentümers einwirkt. Nach der Bundesgerichtspraxis sind öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen nur zulässig, wenn sie
  1. auf gesetzlicher Grundlage beruhen
  2. im öffentlichen Interesse liegen
  3. gegen Entschädigung erfolgen, wenn sie in ihrer Wirkung einer Enteignung gleichkommen (materielle Enteignung).

  Obwohl die oberwähnten, vom kantonalen Recht zur Verfügung gestellten Formen der Eigentumsbeschränkung allgemein bekannt und eingelebt sind, ergibt schon die Rechtsgrundlage nicht selten schwierige Auslegungsfragen. Ich erwähne hier nur die Abgrenzung Baugebiet — Uebriges Gemeindegebiet (mit dem seinerzeit sensationellen Bundesgerichtsentscheid in Sachen Sager, Rothrist (BGE 79 I 230 ff.) und die Zurzacher Kurzone (vgl. AGVE 1961, S. 248 ff.).

  Von eigenartig geringer praktischer Bedeutung ist das Kriterum des öffentlichen Interesses.

  Mit der Entschädigungsfrage haben sich Verwaltung und Genehmigungsinstanz angesichts der obergerichtlichen Zuständigkeit (§ 116, Abs. 1 EGZGB) nicht direkt auseinanderzusetzen, kommen jedoch nicht darum herum, sich die Tragweite des Problems ständig vor Augen zu halten. Denn es ist klar, dass Planung mit rechtlicher Relevanz nur solange betrieben werden kann, als sie — abgesehen vom Erwerb direkt benötigter Flächen für Strassenbau und andere öffentliche Werke — im wesentlichen keine Entschädigungsfolgen nach sich zieht.

8. *Die besondere Problematik der sogenannten unerledigten Einsprache*

Das Einspracherecht während der öffentlichen Auflage stellt den Versuch dar, dem betroffenen Grundeigentümer bereits im Vorbereitungsstadium der Planung ein Mitspracherecht zu sichern. Sie bewährt sich in der Praxis als ein Mittel, die Gemeindebörden auf die Wünsche und Ansichten des Grundeigentümers in einem Zeitpunkt aufmerksam zu machen, der deren Berücksichtigung in Verbindung mit der Anpassung des Planes vor der Beschlussfassung durch die Gemeindeversammlung ermöglicht. In der Regel wird die überwiegende Zahl erhobener Einsprachen vom Gemeinderat gütlich erledigt, was auch referendumspolitisch wichtig ist. — Nur subsidiär kommt so nach Gesetz und Praxis der Einsprache Rolle und Rang eines Rechtsmittels zu (§ 104 EGZGB erwähnt nur die Möglichkeit des Grundeigentümers, Einwendungen geltend zu machen, während die Entscheidungsbefugnis des Regierungsrates hierüber — soweit sie vom Gemeinderat nicht gütlich erledigt werden können — erst in § 13 der VVO statuiert wird).

Die Problematik des individuellen Rechtsschutzes ist eine fast naturnotwendige Folge der planerischen Zielsetzung. Die Aufgabe der Planung, die Bodennutzung zu ordnen und zu lenken, verlangt, dass sie sich im Gegensatz zur normativen Vorschrift über die konkrete Eigentumseinheit der Parzelle hinwegsetzt und sich in ihren Abgrenzungen und Differenzierungen für die einzelnen Grundeigentümer unterschiedlich auswirkt (vgl. Kuttler: Ortsplanung und Eigentumsschutz, in Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, Basel, S. 173). Diese gleichsam immanente Konfliktssituation lässt sich durch das individuelle Rechtsmittel nicht beheben, sondern bestenfalls lindern. Oder es muss dem Entschädigungsverfahren überlassen werden, das unter dem Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit gestörte Gleichgewicht wiederherzustellen. Das hier Gemeinte ist angesichts des hohen Konkretisierungsgrades der Planung für einzelne Institute zu exemplifizieren.

So richtet sich die Einsprache gegen einen Zonenplan von der Sache her entweder gegen die darin getroffene Baugebietsabgrenzung oder die Zoneneinteilung in bezug auf eine oder mehrere Parzellen. Das öffentliche Interesse an einer vernünftigen Begrenzung des Baugebietes ist jedoch derart ausgeprägt (z. B. Erhaltung der Landwirtschaft, wirtschaftlicher und finanziell tragbarer Ausbau der kommunalen Strassen und Versorgungsbetriebe, regionales oder kantonales Leitbild), dass das an sich verständliche Privatinteresse auf Einbezug weiterer Parzellen dagegen in der Regel nicht aufkommen kann. — Aehnliches gilt für die Zoneneinteilung, wo das durch die Planung geschaffene Gesamtkonzept der Besiedlung im Prinzip nicht von den Zufälligkeiten der Einzelparzelle und den Sonderwünschen ihres Besitzers abhängig gemacht werden kann, will sich die Planung nicht selbst aufgeben. Ebensowenig vermöchte der Ueberbauungsplan seiner Aufgabe der verkehrsgerechten Erschliessung eines Baugebietes gerecht zu werden, wenn dessen Schöpfer sich statt an den Erkenntnissen der Planung und Verkehrstechnik an den individuellen und vielfach gegensätzlichen Meinungen und Wünschen des einzelnen Landbesitzers zu orientieren hätte.

Man soll auch nicht dem individuellen Rechtsschutzmittel der Einsprache dort Korrekturfunktionen

zumuten, wo die Festsetzungen eines Planes eine grössere Zahl von Grundeigentümern in die gleiche Lage versetzt haben und wo das Planungsrecht selbst für die Behebung der nachteiligen Folgen spezielle Institute oder doch gewisse rechtliche Möglichkeiten zur Verfügung stellt. Zu denken ist hier vor allem an die Baulandumlegung (§ 108 EGZGB und § 20 der VVO), welche neben der Umformung landwirtschaftlicher Parzellen in Bauplätze die Beanspruchung und Durchschneidung bloss einzelner Parzellen für den Strassenbau vermeiden und durch die gleichmässige prozentuale Flächenabtretung aller im Perimeter der Strasse liegenden Grundstücke ersetzen kann.

Innerhalb der abgesteckten Grenzen bleibt der «unerledigten Einsprache» als Rechtsschutzmittel für die Parzelle als konkrete Eigentumseinheit ein gewisser Spielraum. Ihre Chancen und Möglichkeiten erblicken wir im folgenden:

a) Die Einsprache gibt Anlass zur fachtechnischen Ueberprüfung des Planes. Es ist zu untersuchen, ob sich die angezweifelte Einzeldisposition im Hinblick auf die planerische Zielsetzung als sinnvoll und richtig in das Gesamtkonzept einfügt. Fehlt es hieran — meist zufolge Versehens —, ist die Einsprache gutzuheissen und der Plan anzupassen (z. B. Nichtbeachtung einer sich aus den topographischen oder erschliessungstechnischen Gegebenheiten aufdrängenden Zonenabgrenzung).

b) Innerhalb der Grenzen planerischer Zweckmässigkeit ist die Behandlung «unerledigter Einsprachen» auszurichten auf den Schutz verfassungsmässiger Rechte und die Wahrung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Ein paar Hinweise in dieser Richtung: Mit der Einsprache kann ein Grundeigentümer dem Gemeinwesen Umfang und Gewicht der ihm zugedachten Eigentumsbeschränkung und die aus seiner Sicht daraus fliessenden Ersatzforderungen auseinandersetzen. Das Gemeinwesen wird auf diese Weise auf die Konsequenzen seiner planerischen Disposition hingewiesen und vielleicht veranlasst, sich dieselbe nochmals zu überlegen.

Im Rahmen planerischer Zweckmässigkeit ist sodann der Grundsatz der Rechtsgleichheit zu beachten. Er erscheint bei der Planung in Gestalt der Verteilungsgerechtigkeit (vgl. oben Zitat Prof. Gygi) und bedeutet unseres Erachtens einen Appell an den Planungsgesetzgeber, dort auf eine einigermassen gleichmässige Verteilung der Vorteile und Lasten zu achten, wo nicht durch Bodenordnungsmassnahmen ein Ausgleich der Beschränkungen möglich ist. So ist zum Beispiel eine Strasse im Grenzbereich zweier Grundstücke möglichst gleichmässig auf die Grundstücke zu verlegen, wenn nach den Umständen weder eine Landumlegung durchgeführt werden kann, noch erschliessungstechnische oder schwerwiegende finanzielle Gründe dagegen sprechen.

Auch das Verhältnismässigkeitsprinzip ist zu beachten. So könnte sich zum Beispiel ein Grundeigentümer mit der Einsprache gegen einen Ueberbauungsplan zur Wehr setzen, der einen für die Sichtfreiheit nötigen Landstreifen als abzutretende Fläche einbezieht, während die Eigentumsbeschränkung einer blossen Sichtzone für die Erreichung des verfolgten Zweckes ebenfalls genügen würde.

Sodann wird man auch für das Planungsrecht den Grundsatz von Treu und Glauben vorbehaltlos bejahen.

9. *Schlussfolgerungen*

a) Tragweite und Voraussetzungen der kantonalen Genehmigung von Gemeindebauvorschriften werden im aargauischen Recht (§ 104 EGZGB und Vollziehungsverordnung zu den §§ 103 bis 116 EGZGB vom 21. Januar 1949) nicht näher umschrieben.

b) In der — eher spärlichen — Literatur zum aargauischen Baupolizei- und Planungsrecht gehen die Meinungen in der Frage auseinander, ob im Zusammenhang mit der Genehmigung neben der Rechtskontrolle auch eine Zweckmässigkeits- oder Ermessenskontrolle ausgeübt werden soll.

c) Demgegenüber steht die Genehmigungspraxis seit Jahrzehnten auf dem Standpunkt, die Gemeindebauvorschriften seien sowohl auf ihre Rechtmässigkeit als auch auf ihre Zweckmässigkeit zu überprüfen.

d) Die gegenüber der kommunalen Planung ausgeübte staatliche Kontrollfunktion (Zweckmässigkeitskontrolle) lässt sich nicht ohne weiteres in die herkömmlichen verwaltungsrechtlichen Begriffskategorien der Rechts- und Ermessenskontrolle einordnen, was mit dem «Einbruch des Planes» in das moderne Verwaltungsrecht zusammenhängt.

e) Die Zweckmässigkeitskontrolle muss sich an der ortsplanerischen Aufgabe und Zielsetzung der einzelnen Planungsinstitute (Zonenplan, Ueberbauungsplan) orientieren.

f) Der Rechtskontrolle obliegt neben der Sorge für die Beachtung der kantonalen Verfahrensvorschriften vor allem die Wahrung der bundesrechtlichen Schranken, wobei der Eigentumsgarantie zentrale Bedeutung zukommt.

g) Die Einsprache will primär die Möglichkeit des klärenden Gespräches zwischen dem kommunalen Planungsgesetzgeber und dem betroffenen Grundeigentümer vor der rechtsverbindlichen Fixierung der Planung sicherstellen. Aus der Natur der Planungsmassnahmen ergibt sich, dass der «unerledigten Einsprache» als Rechtsmittel nur beschränkte rechtliche und praktische Bedeutung zukommen kann. Sie erlaubt es, die Zweck- und Rechtmässigkeit eines Planes unter besonderer Berücksichtigung seiner Auswirkungen auf bestimmte Einzelparzellen nochmals zu überprüfen.