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

Herausgeber: Schweizerische Vereinigung für Landesplanung

Band: 21 (1964)

Heft: 6

Artikel: Eigentumsfreiheit und Landesplanung

Autor: Gygi, Fritz

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-783798

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: 01.10.2025

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

November / Dezember 21. Jahrgang Nr. 6

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

711:34 (494)

Eigentumsfreiheit und Landesplanung [1]

Prof. Dr. Fritz Gygi, Fürsprecher, Bern

I. Die Eigentumsgarantie als ungeschriebenes Recht der Bundesverfassung

Die Eigentumsgarantie ist im Katalog der Freiheitsrechte der Bundesverfassung nicht angeführt. Sie wird indessen zu den ungeschriebenen Grundrechten der Bundesverfassung gezählt und als Programmlücke durch richterliche Verfassungsergänzung in das bewusst gesetzte Recht eingefügt. Das Bundesgericht sah wiederholt Anlass, sich zu einem bundesrechtlichen Verfassungsschutz des Privateigentums kraft ungeschriebenen Verfassungsrechtes zu bekennen [1].

Der Gedanke, dass die Eigentumsgewährleistung in der Bundesverfassung mitbedacht gewesen sein muss, selbst wenn ein Freiheitsrecht oder eine Institutsgarantie dieser Art im Grundgesetz nicht Aufnahme fand, ist auch auf indirekte Weise in Erscheinung getreten. Das war nämlich stets dann der Fall, wenn das Bundesgericht sich von den unterschiedlichen Formulierungen, welche die Eigentumsgarantie in den kantonalen Verfassungen gefunden hat, lossagte und sie für die Auslegung als rechtsunwesentlich bezeichnete.

Tragweite, Inhalt und Wesen des verfassungsmässigen Eigentumsschutzes blieben sich — so argumentierte der höchste Gerichtshof zutreffend — für alle Kantone gleich, eben nach der Bedeutung, die der Verfassungsgarantie des Privateigentums nach dem *bundesrechtlich* zu begreifenden Rechtszustand beizumessen sei [2].

Die vermittelst Rechtsschöpfung zu gewinnende Inhaltsbestimmung eines bundesrechtlich gedachten Eigentumsschutzes erweist sich somit als stärker und durchschlagender als die positivierten Formulierungen des kantonalen Verfassungsrechtes.

Die Eigentumsgarantie zählt nach dieser Betrachtungsweise zu den Funktionselementen einer freiheitlichen Wirtschafts- und Sozialverfassung [3], und zwar zusammen mit anderen Freiheitsinstitutionen wie:

— der Handels- und Gewerbefreiheit,
— der Niederlassungsfreiheit oder Freizügigkeit,
— der Vertragsfreiheit oder rechtsgeschäftlichen Freiheit,
— der Vereinigungsfreiheit.

Man hat — rechtstheoretisch möglicherweise anfechtbar, didaktisch jedoch trefflich — die Eigentumsgarantie zusammen mit der Vertragsfreiheit und der Vereinigungsfreiheit die privatrechtlichen Freiheiten des Systems der marktwirtschaftlichen Verfassung geheissen (K. Oftinger).

II. Das Schweigen der Verfassung über die «zivilrechtlichen Freiheiten»

Es ist nun auffallend, dass der Verfassungsgesetzgeber die «zivilrechtlichen» Komponenten der von ihm geprägten oder vorausgesetzten Wirtschaftsverfassung nicht berührte. Man findet dafür eine nicht voll zureichende Erklärung darin, dass der Bund für die Privatrechtsgesetzgebung im Jahre 1848 und 1874 nur begrenzt zuständig war, zumal nicht für das Sachenrecht [4].

Warum gerade die Kerninstitute des Privatrechtsverkehrs nicht Verfassungsrang erhielten, würde für sich allein Stoff einer eingehenden Betrachtung abgeben, da heute noch die Meinungen darüber divergieren, ob die zivilistischen Freiheiten dieses Rückbezuges auf die Verfassung überhaupt bedürftig sind, und damit auch, ob eine Trennung nach zivilistischen und publizistischen Freiheitsinstitutionen der Wirtschaftsverfassung angebracht oder angängig ist [5].

Als Rechtstatsache verdient diese Ausgangsposition jedenfalls Beachtung. Sie schuf nämlich eine der Vor-

[1] Leicht veränderte und um die Literatur- und Judikaturhinweise ergänzte Fassung eines am Schweizerischen Anwaltstag 1964 gehaltenen Vortrages.

aussetzungen dafür, dass die Beziehungen zwischen diesen *privatrechtlichen Freiheitsinstituten* und den öffentlich-rechtlichen Beeinflussungen, die ihnen gegenüber als statthaft erachtet wurden, anders gesehen wurden und die grundlegende Rechtsprechung dazu einen anderen Verlauf nehmen konnte als mit Bezug auf die publizistischen Freiheiten, vorab im Vergleich zu der Handels- und Gewerbefreiheit. Nochmals müssen wir es uns aber versagen, die Entwicklungslinie hinsichtlich der Vertragsfreiheit zu verfolgen, obwohl sich daraus interessante Vergleichsaspekte zur Eigentumsgarantie ergeben würden [6].

Was die Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichtes zur Eigentumsfreiheit angeht, bescheidet sie sich nicht darauf, die Schutzberechtigung des privaten Eigentums als ungeschriebene grundrechtliche Maxime herauszustellen. Mit einer ebenso unmissverständlichen Bestimmtheit und Beharrlichkeit hat der Gerichtshof es zugelassen, dass diesem privaten Grundeigentum gegenüber nach verschiedener Richtung hin öffentlich-rechtliche Schranken und Belastungen auferlegt und zugemutet wurden [7].

Sooft der Gedanke der Unverletzbarkeit und Unverletzlichkeit des Privateigentums in seiner *Absolutheit* zur Diskussion gestellt und als Forderung erhoben worden ist, hielt ihm das Bundesgericht die sehr *relativistische* Formel entgegen, dass das Eigentum nur im Ausmasse der jeweils geltenden objektiven Rechtsordnung gewährleistet sei [8].

Dieser sehr weitgefasste Vorbehalt würde nicht mehr und nicht weniger bedeuten, als dass der Inhalt des Eigentumsrechtes durch die Gesetzgebung des nähern konkretisiert wird und dass diese Gesetzgebung damit gleichzeitig darüber befindet, wie weit die Unverletzlichkeit des Eigentums reicht. Folglich würde bei solcher Anschauung der verfassungsmässige Eigentumsschutz zusammenschrumpfen auf die Eigentümerbefugnisse, welche die positive Gesetzgebung — und zwar die des Bundes, der Kantone und der Gemeinden — nach Massgabe des gesetzgeberischen Ermessens dem Inhaber dieser seiner Rechte zu belassen beliebt. Praktisch würde sie also auf das zusammengestutzt, was eine vor Art. 4 BV standhaltende Rechtssetzung gestattet. Willkürlich sind danach Erlasse, die sinn- und zwecklos sind und rechtliche Unterscheidungen treffen, die sich durch keine vernünftigen Gründe rechtfertigen lassen [9].

In der Folge wurde dann doch Veranlassung gesehen, der Eigentumsgarantie einen über Art. 4 BV hinausgehenden und der Bedeutung des Privateigentums näherkommenden eigenen Sinn zuzumessen, wenn auch in vielerlei Richtung das Willkürverbot die praktisch bedeutsamste Schranke gegen eine Aushöhlung des Eigentumsrechtes bleibt.

Zwei Gesichtspunkte machen den Eigenwert der Eigentumsgarantie aus:

a) Zunächst die Grundsätze über *materielle Enteignung*, die unter bestimmten Voraussetzungen eine *Entschädigung* bedingen, womit aber von der Eigentumsgarantie nur noch eine *Wertgarantie* verbliebe und keine Sachgütergewährleistung. Die Eigentumsfreiheit verwandelt sich in einen Entschädigungsanspruch, und das ist unzureichend, und zwar nicht allein in Zeiten der Flucht in die Sachwerte [10].
b) Den zweiten Gesichtspunkt bildet die *derogatorische Kraft des Bundesrechts*, oftmals auch als *Institutsgarantie* etikettiert. Hiervon hängt es ab, ob die Sachgüter in eine Privatrechtsordnung eingebettet sind und bleiben, angesichts deren noch mit gutem Gewissen von Privateigentum die Rede sein kann [11].

Diese Seite der Eigentumsgarantie hat sich in der Rechtsprechung als auffallend unergiebig erwiesen [12], obschon recht eigentlich sie den Ansatzpunkt dafür hätte abgeben müssen, zu dokumentieren, zu welcher Wirtschaftsordnung sich unsere Verfassung bekennt [13], insbesondere wie eine damit im Einklang stehende objektive Rechtsordnung des Eigentums aussehen muss und was sich nicht mehr mit ihr verträgt [14]. Das war indessen nicht der Fall, und darin findet sich eine weitere Erklärung dafür, dass die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Privateigentum und kantonalem öffentlichem Recht eine eigene Entwicklung nahm.

Erinnern wir uns aber zunächst und vergleichsweise, wie es um das Verhältnis zwischen Freiheit und statthaften öffentlich-rechtlichen Beschränkungen bei der Wettbewerbsfreiheit bestellt ist.

Für die publizistischen Funktionselemente der privatwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung, also die Handels- und Gewerbefreiheit [15] und die Freizügigkeit [16], bleiben die *Kantone* auf eine Rechtsetzungsbefugnis *polizeirechtlichen* Charakters zurückgebunden, mag auch der Polizeibegriff dabei bisweilen erheblich strapaziert worden sein.

Wirtschaftspolitische oder — gleichbedeutend — wirtschaftslenkende Eingriffe dagegen sind dem Bund vorbehalten, der sich zu solchen Interventionen grundsätzlich nur durch referendumsfähige Bundesgesetze oder Bundesbeschlüsse ermächtigen lassen kann [17].

Nach anderen Gesichtspunkten verfährt die auf den Boden des ungeschriebenen Verfassungsrechtes entfaltende Rechtsprechung des Bundesgerichts zur *Eigentumsgarantie*.

Was die Gesetzgebungshoheit anbelangt, ist zunächst der Bund in der Lage, Gesetze planungsrechtlicher Art zu schaffen, und er hat das auch getan, nämlich durch:

a) das Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1961;
b) den Bundesbeschluss über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 23. März 1961,

um nur diese beiden Haupterlasse zu nennen. Man erkennt immerhin an diesen Beispielen, dass sich auf der Bundesebene die Ausweitung auf die wirtschaftspolitischen Eingriffe bezüglich der Eigentumsfreiheit

vollzogen hat, genau wie bei der Wettbewerbsfreiheit mit dem Wirtschaftsinterventionismus.

Daneben steht jedoch gleichermassen den Kantonen die Möglichkeit offen, sich auf den Boden des Planungsrechts zu begeben, ohne dass die Trennungslinie zwischen eidgenössisch und kantonal zulässigem Planungsrecht scharf gezogen werden könnte. Eine Leitlinie könnte der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts, ausgelegt im Sinne der angedeuteten Institutsgarantie, abgeben. Die Gleichschaltung in der Abgrenzung der Gesetzgebungshoheit zwischen Bund und Kantonen im Bereich der *Handelsfreiheit* einerseits und der *Eigentumsfreiheit* anderseits ist allerdings heute nicht mehr oder sogar überhaupt nicht denkbar. Nicht nur dass Kantone und Gemeinden sich des Bauordnungs- und Bauplanungsrechtes bereits bemächtigt haben. Der Bund könnte nicht einmal auf der Rechtsetzungsstufe die mit der öffentlich-rechtlichen Seite der Eigentumsordnung zusammenhängenden Probleme bewältigen, geschweige denn in jener ambivalenten Zwischenform — der Planung —, in welcher das gestaltende Bauordnungsrecht vorzugsweise auftritt. Der Bund wäre jedoch selbst bei diesem Rechtszustand berufen, nebst der Koordination der Raumplanungsmassnahmen aufzuzeigen, wo der Kernbereich des Privateigentums beginnt, der als bundesrechtlich gesichert gelten muss und auf den es keinen kantonalen oder kommunalen Zugriff gibt [18].

Somit sprechen viele Gründe dafür, die Planung zu einem wesentlichen Teil den Kantonen und Gemeinden zu überlassen, dies im Gegensatz zu der Handels- und Gewerbefreiheit und dem nur bundesrechtlich zulässigen Wirtschaftsinterventionismus. Diese Konkurrenz und Kumulation innerhalb der bundesstaatlichen Gesetzgebungshoheit für ihrem Charakter nach eigentumsplanende Massnahmen fusst darauf, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie dem Ausdruck nach den Unterschied zwischen polizeilichen und eigentumslenkenden Eingriffen nicht kennt und nicht macht.

Vielmehr geht das Bundesgericht aus von der Gliederung nach:

a) hergebrachten, gewohnten oder üblichen Eigentumsbeschränkungen einerseits
b) und neuartigen, besonders einschneidenden, über das bisher bekannte Mass hinausgehenden Eingriffen anderseits.

Für die ersteren reicht eine rechtliche Grundlage im materiellen Sinne aus, u. U. sogar die polizeiliche Generalklausel [19], Gewohnheitsrecht [20] oder blosse autonome Satzungen [21]. Noch dazu wird das Vorhandensein dieses rechtlichen Anknüpfungspunktes vom Bundesgericht nur mit jener äussersten Zurückhaltung der *Willkürkontrolle* untersucht [22].

Für die andern, die schwerwiegenderen Eingriffe, wird eine klare Rechtsgrundlage in einem kantonalen Gesetz im formellen Sinne — also unter Ausschluss der autonomen Satzung — verlangt, weil «eine derart weitgehende Verpflichtung zu sozial sachgemässer Ausübung des Eigentums letztlich auf einer gewandelten Konzeption des Eigentums beruht» (!); das sind die Worte des Bundesgerichtes [23].

Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für die Eigentumsbeschränkung als solche stellt keine Sonderheit der Eigentumsgarantie dar, sondern muss als selbstverständlicher Ausfluss jedwelcher rechtsstaatlichen Verwaltung, zumal im Bereiche der Eingriffe in Freiheit und Vermögen gelten. Aus diesem Kriterium kann m. a. W. für den uns interessierenden Sachverhalt nichts Spezifisches und Eigenartiges gewonnen werden [24].

Unter dem Begriff der *hergebrachten* oder *eingelebten* Formen der Eigentumsbeschränkungen fanden schon früh die Bauzonenordnungen Unterschlupf, enthaltend eine Normierung der Zahl der zulässigen Geschosse oder Ausnützungsziffern, Vorschriften über Gebäudehöhen, Gebäudeabstände, Verteilung der Baukörper, offene und geschlossene Bauweise, Abgrenzung von Wohn- und Industriezonen. Sie wurden demnach vom Erfordernis einer klaren, unmissverständlichen Rechtsbasis in einem Gesetz im formellen Sinne dispensiert [25].

Die planungsrechtliche, jedenfalls die polizeiliche Gefahrenabwehr sprengende Natur solcher Bauordnungen lässt sich dabei keineswegs in Abrede stellen, und das Bundesgericht versucht das im Ernste auch nicht.

Aufsehen erregten erst die Versuche, die darauf zielten, ganze Gebiete einer bestimmten Verwendungsart vorzubehalten und Reservate für einzelne Erwerbszweige einzuführen wie die Landwirtschaftszonen [26], Kurgebiete [27], Hotelzonen [28] und reine Industriebereiche [29], daneben jedoch auch die Skipisten [30] und Grünzonen [31].

Die Klassifizierung der Arten von Eigentumsbeschränkungen, von welcher sich das Bundesgericht leiten lässt, vermeidet aber nicht bloss die Anlehnung an die sonst gewohnte Differenzierung nach polizeilichen Eingriffen einerseits und nach wirtschaftslenkenden, planerischen Massnahmen anderseits, folgt vielmehr einer Gliederung nach Sachgebieten [32]. Es wohnt ihr auch eine besondere Dynamik inne. Was heute nämlich noch besonders einschneidend, revolutionierend und die hergebrachten Gewohnheiten über Bord werfend erscheinen mag, kann alsbald durch die Wiederholung oder die Ueberzeugung von der Notwendigkeit zum Alltäglichen und Vertrauten werden, demgegenüber dann die besondere Kautel der klaren gesetzlichen Grundlage im formellen Sinne ihre Wirkung verlieren muss [33].

III. Die soziale Pflichtbindung des Privateigentums

Die Grundsätze, die anhand dieser ganz besonderen Verfassungslage in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sozusagen natürlich wachsen durften, nähern sich sinnfällig dem, was die katholische Soziallehre, wenn nicht sogar die christliche Naturrechtslehre, überhaupt über die Stellung des Privat-

eigentums in unserer Gesellschaftsordnung als richtig und unabweislich ansehen [34].

In mehreren Enzykliken, zuletzt in denjenigen, die benannt sind «mater et magistra» und «pacem in terris» wird einerseits der naturrechtliche Anspruch des Menschen auf Privateigentum als von bleibender Gültigkeit herausgestellt, im gleichen Zuge aber Stellung für die Sozialpflichtigkeit, ja eine verschärfte Sozialpflichtigkeit des Privateigentums bezogen [35].

Entscheidend für den Juristen ist dabei, dass es sich nicht um ein «Entweder oder», sondern um ein «Sowohl als auch» handelt.

Beides — die unbedingte Bejahung des Privateigentums und dessen Verhaftung mit dem Gemeinwohl — steht gleichwertig nebeneinander und ist aufeinander bezogen, wogegen wir Juristen bisher vornehmlich dazu neigten, die beiden Positionen als echte Antithesen zu erfassen und zu begreifen. In diesem gegensätzlichen Verständnis der Freiheitsrechtspositionen und der sozialen Verstrickung des Menschen liegt ein Grundproblem, eine echte und ungelöste, vielleicht unlösbare Spannung, mit der die freiheitliche Rechtsanschauung nie sauber fertig geworden ist. Wir haben es also beim Gemeinschaftsvorbehalt hinsichtlich des Eigentums nur mit einer Variante einer weitergreifenden, das ganze Recht durchziehenden Grundfrage zu tun. Mit ihr sind weder unsere geistigen Rechtskonzeptionen noch viel weniger unsere instrumentale Rechtstechnik zu Rande gekommen. Zwar wird man nicht behaupten dürfen, die soziale Verpflichtung des Privateigentums sei in der Rechtsliteratur verkannt oder unterdrückt worden, im Gegenteil [36].

Offen und unbewältigt geblieben ist die wirkliche Synthese zwischen Eigentumsfreiheit und den mitmenschlichen Anliegen, also jene für das Rechtsdenken und die Rechtspraxis so schillernde Gemengelage, die *Louis Bagi* mit den treffenden Worten umschrieb: «L'homme, sa destinée à la fois individuelle et sociale.»

Wir neigen instinktiv dazu, mit der Sozialverpflichtung des Eigentums die Vorstellung von unerwünschten Reibungsflächen in Verbindung zu bringen und die Unverträglichkeit der daraus fliessenden Bindung mit der Eigentumsfreiheit zu folgern. Die mitmenschliche Seite der Person und des Eigentums wollen von einem verbreiteten Freiheitsverständnis aus gesehen sozusagen nur als Passivposten oder Substanzverlust an optimaler Individualität erscheinen [37].

Das kommt schon in der allerdings mehr rechtstheoretischen aber dennoch sehr aufschlussreichen Fragestellung zum Ausdruck, ob die Eigentumsbeschränkungen der Eigentumsherrschaft und dem Eigentumsbegriff immanent sind oder ob es sich um wesensfremde, lästige äussere Einwirkungen handelt [38].

Aehnliches gilt für die umstrittene Auslegungsregel «in dubio pro libertate» [39].

In einem zeitgemässen Wort ausgedrückt, würde es sich also um die Konzeption einer *integrierten* Freiheit handeln, einer Freiheit, die nicht dem Recht — aufgefasst als verbindliche Ordnung sozialer Beziehungen — entgegengestellt wird und die Rechtsbindungen einzig als unliebsamen Ballast zu begreifen imstande ist. Die Institutionen der freiheitlichen Wirtschaftsverfassung müssten also einen festen Standort innerhalb der gesellschaftlichen Beziehungen angewiesen erhalten.

Das ist — wie bereits angedeutet — nichts anderes als das Problem der Einfügung einer freiheitlichen Eigentums- und Wirtschaftsauffassung in das Recht, welches dem Individualismus dieser Art jene Gestalt verleihen muss, die er in einer bewussten Ordnung des menschlichen Zusammenlebens annehmen sollte.

Unter dieser, aber nur unter dieser Voraussetzung, wird man zunächst sagen dürfen, dass der Schutz des Privateigentums und die Entfaltung der aus dem privaten Eigentum fliessenden Einzelinteressen im Verfassungszustand einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung von einem primären *öffentlichen* Interesse getragen ist. Damit findet das Privatinteresse den ihm zukommenden Standort innerhalb und nicht im schroffen Gegensatz zum Gemeinwohl. Die Behüter des Gemeinwohles sind dann angewiesen, die privaten Rechte und Befugnisse als Rechtsstellungen zu begreifen, von denen eine freiheitliche Gesellschaftsordnung ihre wertvollsten Impulse erwartet. Die Privaten hinwiederum werden daran erinnert, dass das Privatrecht und das Privateigentum ihre Entstehung und ihren Bestand der Rechtsgemeinschaft verdanken, womit der Gemeinschaftsvorbehalt beim Privateigentum zur Existenzfrage für das Institut selbst wird [40].

Ich kann indessen nicht umhin zum wiederholten Male meiner Ueberzeugung Ausdruck zu geben, dass das Rechtsdenken bewusst oder unbewusst dazu neigt, die Freiheitsinstitutionen nach dem Bilde der klassisch geheissenen liberalen Schule des «laissez faire, laisser aller» zu sehen, und zwar in einer derartigen simplifizierenden Verallgemeinerung, wie man sie selbst den Begründern dieser Lehrrichtung nicht unterschieben dürfte. Dabei bekennt sich die neuere Volkswirtschaftslehre dazu, dass für keinen ernsthaften Anhänger der freien Wirtschaft an die Rückkehr solcher Voraussetzungen mehr zu denken sei, bei welchen durch einen seltsamen und unerklärbaren Umwandlungsprozess der summierte und potenzierte Eigennutz einen Umschlag zum «bonum commune» vollziehen würde. Von diesem Standort aus gewürdigt, betätigte sonst nämlich der sozialkritisch apostrophierte Spekulant bloss die ihm zugedachte Freiheit, und dies in systemreiner Konsequenz. Ferner würde durch die fortschreitende Bodenpreiserhöhung, zumindest in nationalökonomischer Sicht betrachtet, der natürlichste Anlass geschaffen, mit dem Boden zu sparen, haushälterisch umzugehen und ihn optimal auszunützen; die Preishausse wäre also ein durch und durch begrüssenswertes Phänomen des liberalen Marktmechanismus [41].

Keine andere Sozialwissenschaft wäre mehr als die Rechtslehre gehalten gewesen, eine ordnungsbezogene

und ordnungstragende Auffassung über Sinn und Aufgabe der Freiheit herauszubilden. Es kostet jedoch das juristische Denken und Handeln eine eigenartige Ueberwindung, nach dieser Maxime zu verfahren. Selbst in einem Staatswesen, in welchem die Funktionäre doch weitgehend als vom Volke bestellte und bewachte Treuhänder gelten dürfen, ist das ihnen in Obhut gegebene allgemeine oder öffentliche Interesse einem ausgeprägten Argwohn ausgesetzt.

Dass auch ein persönlichkeitsbezogenes Gemeinwohl — ein Gemeinwohl, für welches das Eigenwohl und die Einzelperson nicht einen Gegensatz bilden, sondern wesensbestimmend sein müssten —, dass dieses Allgemeininteresse nicht fixiert, nicht abgesichert und ebensowenig gegen Missbrauch und Missdeutung immunisiert werden kann, das liegt an der Fehlsamkeit der Menschen und der schwer fassbaren Wandelbarkeit der gesellschaftlichen Prozesse. Es beweist dies aber keineswegs, dass die Gegenströmung, jene tendenzielle Neigung zu reinem Individualismus, solchem Schicksal erfolgreich aus dem Wege ginge. Jenes von der polaren Gegenüberstellung von Staat und Bürger genährte Freiheitsverständnis hat bei der Vertragsfreiheit zum Erfolg geführt, dass die formalisierte rechtsgeschäftliche Autonomie sich mit ihren eigenen Mitteln aufhob und zur Paradoxie der freien Wettbewerbswirtschaft wurde [42].

Wir haben diese Einstellung mit dem *Kartellgesetz* bezahlt.

Was uns bei der Eigentumsfreiheit beschert sein wird, sofern ein so geartetes Freiheitsverständnis fernerhin das Feld beherrschen sollte, das kann man, gemessen an den etatistischen Auswüchsen in unsern Nachbarstaaten, erahnen. Wenn im Namen der Eigentumsfreiheit und der Vertragsfreiheit Stiftungen, Anlagefonds und Versicherungskapitalien den Eigenbesitz natürlicher Personen zusehends verdrängen, also privatwirtschaftlich kollektivieren und monopolisieren, so ist vielleicht die Zeit gekommen, sich darauf zu besinnen, von woher überall das Privateigentum ausgehöhlt wird. Als der Zürcher Privatrechtslehrer *Meier-Hayoz* kürzlich den Begriff des persönlichkeitsbezogenen Eigentums prägte, fügte er hinzu, dass die Rettung des Privateigentums nicht von einem Einfrontenkrieg gegen die Verstaatlichung des Bodens erwartet werden dürfe [43]. Der in seiner liberalen Haltung und Einstellung doch wohl unverdächtige Wirtschaftswissenschafter *Emil Küng* hat sich in aller Offenheit dazu bekannt, dass Grund und Boden von der Marktwirtschaftstheorie auszunehmen sei, da man es beim Grundeigentum nicht mit einem simplen Produktionsfaktor zu tun habe [44].

Zu der hiervor in der publizistischen Sicht angeleuchteten Seite der Problematik gesellt sich in jüngster Zeit bemerkenswerterweise die Warnung der Privatrechtslehre vor einer Ueberforderung und Uebertreibung der Denkform des subjektiven Rechtes zivilistischer Provenienz. Dieses Bestreben der Privatrechtslehre ist seinerseits darauf gerichtet, die Rechtsstellungen sowohl einerseits als Berechtigungen als anderseits als Institutionen innerhalb eines Ordnungsgefüges zu betrachten. Aus solcher Blickrichtung heraus werden dann gleichzeitig die Pflichten erkennbar, die Person und Rechtsgut mit der Rechtsgemeinschaft verbinden [45].

IV. Der Plan

Einen Eindringling haben wir Juristen eines in der Grundhaltung freiheitlichen Staatswesens jedenfalls nicht abzuwehren vermocht, den Einbruch von Plangebilden in unser überliefertes Rechtsgefüge. Der Plan als Rechtsinstitut tritt uns bei der Raumplanung, aber auch im Wirtschaftslenkungsrecht in mannigfachen Erscheinungsformen entgegen. Von der rechtsstrukturellen Seite her betrachtet, haben wir ihn jedoch nicht zu durchdringen vermocht, sind seiner also lediglich gewahr geworden und nicht einmal in allen Fällen. Noch viel weniger ist es jedoch gelungen, ihn in unser vertrautes Rechtsdenken einzuordnen und in unsere Rechtsinstitutionen einzufügen. Er bleibt Sand im Getriebe. Ist er rechtsnormativer Art oder stellt er eine Summierung von konkreten Einzelakten dar? Die Rechtsprechung konnte sich darüber noch nicht einigen und neigt dazu, beide Alternativen offen zu behalten [46]. Als Rechtssatz betrachtet bilde der Plan jedenfalls einen *Sonderfall*, das wurde jüngst hinzugefügt [47].

Die Ursachen dieser Unsicherheit in der rechtstheoretischen Klassifizierung des Planes liegen tiefer. Eine nach der frühliberalen Ordnungsvorstellung der Selbstregulierung vermittelst des freien Spieles der privaten Kräfte entworfene Rechtstechnik war auf die Planung als Ordnungsinstrument nicht angewiesen. Daher ist es verständlich, dass der Plan in diesen rechtlichen Gestaltungsformen nicht unterzubringen ist, sondern ein Novum darstellt [48].

Der Plan ist sodann auf ein ganz bestimmtes Ordnungsvorhaben ausgerichtet, das wiederum bei der liberal-rechtsstaatlichen Rechtsnorm nicht seinesgleichen findet [49].

Der klassische Rechtssatz ist gekennzeichnet durch eine weitgespannte, personell allgemeine und uniforme Gleichbehandlung, so wie es *Anatole France* mit einem unverkennbar maliziösen Unterton ausdrückte: «La majéstueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain.»

Ob der einzelne über die Durchsetzungskraft verfügt, um die ihm formal eröffneten Möglichkeiten zu nutzen, das ist eine wirtschaftliche, dem Recht indifferente Frage.

Auf Rechtssätze dieser Art war der Rechtsstaat aufgebaut, der nach der Logik des Dreiklanges «Rechtsetzung, Rechtsanwendung und gerichtliche Rechtskontrolle» verlaufen konnte [50].

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 [51].

Der Plan ist aber auch von der rechtstechnischen Seite her gesehen etwas anderes als der überlieferte Rechtssatz oder der gesetzesausführende Einzelakt.

Keinesfalls bedeutet ein Gesamtplan eine blosse Summierung von Einzelverfügungen, wie man bei rein optischer Betrachtung und durch die Brille des einzelnen betroffenen Grundeigentümers gesehen zunächst meinen könnte. Zwischen diesen Einzelbestandteilen muss vielmehr ein eben gerade durch das Planungsziel bewirkter Gesamtzusammenhang bestehen, ansonst die Planung planlos wäre. Das ist es, was die verschiedene Parzellen beschlagenden konkreten Anordnungen zueinander in ein Verhältnis gegenseitiger Ergänzung und Abhängigkeit bringt [52].

Diesem Umstand ist es zuzuschreiben, dass die nachträgliche Anfechtung vermittelst der individuellen verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsmöglichkeiten, die der liberale Rechtsstaat entwickelt hat, auf dieses Institut nicht passt und daher in aller Regel zum vorneherein zum Scheitern verurteilt ist [53].

Zusammenfassend: Der Plan stellt ein Rechtsinstitut dar, in welchem sich Normierung und Konkretisierung weitgehend in einem Akt vollziehen. Rechtsdogmatisch steht er als eigenes Gebilde ausserhalb der Typik der traditionellen Institutionenlehre [54].

Das ist die zwangsläufige Folge der Tatsache, dass unsere überlieferte Rechtstheorie, unsere Rechtsbegriffe und Rechtstypen, ja unser Rechtsdenken überhaupt von der frühliberalen Ordnungskonzeption geprägt sind, die Planung jedoch einer andern Ordnungsvorstellung entspringt. Der Plan ist ein Instrument der Sachgüterverteilung, ein Instrument, auf welches eine Rechtsordnung, die von der Idee der Selbstregulierung des freien Spieles der privaten Kräfte lebte, nicht angewiesen war.

Das Wissen um die Rechtsnatur des Planes ist mehr als blosser dogmatischer Ballast. Wer sich eine Vorstellung von der rechtlichen Wirkungsweise des Planverfahrens zu machen bemüht, dem will nicht so fraglos selbstverständlich erscheinen wollen, dass das Planverfahren in Teilstücken abgewickelt werden darf [55].

Aus dem Gesamtplan allein kann nämlich hervorgehen, ob ein Planvorhaben vernünftig, richtig und sachlich gerechtfertigt ist, oder ob es nicht auf andere Weise mit geringeren Eingriffen oder sinnvoller erreicht werden könnte. Beschränkt man sich auf Planausschnitte, so fehlt es entweder überhaupt an einer Gesamtkonzeption, oder dieser Gesamtzusammenhang tritt nicht in Erscheinung, trotzdem er das Kernstück des Planes ausmacht. Dem einzelnen Betroffenen ist infolgedessen die Möglichkeit genommen, seine Aussetzungen im entscheidenden Punkt anbringen zu können. Werden später die weiteren Teiletappen an die Hand genommen, so ist die Plangestaltung durch die rechtskräftigen Teilstücke bereits präjudiziert und festgelegt, so dass die Rechtsmittel gegen die nachträglich aufgelegten Planteile zum vorneherein aussichtslos sind und nichts fruchten können. Diese Form des «divide et impera» geht in einem rechtsstaatlichen Planverfahren nicht an. Das Bundesgericht hat anderseits richtig gesehen, als es im Zusammenhang mit einem Bodenumlegungsplan darlegte, im staatsrechtlichen Verfahren könne es dem Beschwerdeführer überhaupt nicht mehr helfen, wie schlecht auch immer der Rekurrent bei der Zuteilung weggekommen wäre, denn eine nachträgliche Aenderung des Planes löse eine unabsehbare Kettenreaktion von Eingriffen in den Zuteilungsanspruch anderer Beteiligter aus [56]. Gerade deswegen kann man dem Staatsgerichtshof nicht unbedingt folgen, wenn er unlängst ausführte, das rechtliche Gehör eines Grundeigentümers, dessen Grundstück in eine Grünzone versetzt werde, sei nicht verletzt, wenn ihm die prozessuale Möglichkeit offen stehe, später durch ein Wiedererwägungsgesuch eine Umzonung anzubegehren. Wenn gleichzeitig attestiert wird, die Grünzone als Trenngürtel diene der städtebaulichen Aesthetik als Erholungsgebiet, Pflanzenreservat und der Verbesserung des Binnenklimas, so ist der Plan eben doch definitiv festgelegt [57].

Weil der Plan sein eigenes Gesetz schafft — und zumeist deshalb auch auf einer gesetzlichen Globalermächtigung beruht, die über die Grundsätze des Planinhaltes nichts bestimmt —, ist eine auf Rechtsmässigkeitskontrolle angelegte Anfechtungsmöglichkeit weitgehend nutzlos. Wichtiger wäre gegenüber dem Plan die Prüfung auf dessen Verfassungsmässigkeit einerseits und anderseits darauf, ob die Vorteile und Lasten nicht zu einseitig verlegt werden sowie schliesslich darauf, ob das Planvorhaben sinnvoll und zweckmässig verwirklicht wird (dem gesetzgeberischen Ermessen vergleichbar).

V. Die besondere Anfälligkeit des Grundeigentums für Planungsmassnahmen

Man kann zunächst rein registrierend feststellen, dass das Grundeigentum einer Vermehrung und Intensivierung der Eigentumsbeschränkungen ausgesetzt ist [58]. Das will jedoch noch nicht heissen, dass diese Strömung ihre innere Berechtigung hat. Gegenteils ist dem Bundesgericht zuweilen vorgehalten worden, dass es in der Bewertung des zureichenden öffentlichen Interesses, durch welches staatliche Eigentumsbeschränkungen legitimiert sein müssen, dem Gemeinwesen viel zu freigebig entgegenkomme. Nur wenn die Anforderungen des Lebens und der Gegenwartslage, wenn also die Realien der Gesetzgebung diese Entwicklung bedingten, und zwar mit einer Kraft, dass

die Staatsrechtspflege solcher Rechtsetzung nicht Einhalt gebieten könne, müssten sie entgegengenommen werden. Verhält es sich so? Es klingt beinahe banal, wenn man releviert, dass der Mensch durch das Gravitationsgesetz an den Boden gebunden ist und dass eine stets zunehmende Zahl von Gliedern der Rechtsgemeinschaft auf einen begrenzten Lebensraum angewiesen ist. Dazu kommt das steigende Bedürfnis nach persönlicher Bewegungsfreiheit und nach Erholung als Ausgleich zu einem hektisch geschäftigen Lebensstil. Diese und andere Rechtstatsachen sind es, welche den wünschbaren Ausschliesslichkeitsansprüchen am Grundeigentum zuwiderlaufen und im Sinne der Ueberhandnahme der Sozialbindungen wirken.

Ein Wort zur vielberufenen *Baufreiheit* im Sinne der Wahl des Standortes: Hätte es mit diesem Belieben sein Bewenden, so wäre dagegen wenig einzuwenden. Es sind mit der Streubauweise jedoch Sekundärauswirkungen verbunden, welche in starkem Masse die Allgemeinheit belasten. Einmal verlangen die Bewohner des fertigen Hauses hernach dann doch die sozialstaatlichen Leistungen der öffentlichen Dienste ins Haus geliefert. Ferner bilden die Streubauten Kristallisationspunkte für grössere Siedlungen, die langsam wachsen, ohne dass vorausschauend die mit der Grösse der Siedlung zunehmenden Verkehrsprobleme rechtzeitig bedacht und gelöst würden. Das ist nur ein Beispiel dafür, dass die Baufreiheit nicht isoliert für sich betrachtet werden kann, sondern die Konsequenzen mitzubedenken sind. Die Verbauung und Abriegelung der Seegestade und der bevorzugten Erholungsstätten kann — darauf dürfte man sich vielleicht mitunter besinnen — Gegenkräfte auslösen, die sich radikal gegen das Privateigentum wenden werden. Wir wissen sodann zu gut, wie es um den Zustand unserer ober- und unterirdischen Wasservorkommen bestellt ist, obwohl das Trink- und Gebrauchswasser ebenfalls zu den elementaren Lebensgütern zählt. Aus der Freiheit des Privateigentums und damit aus der Baufreiheit fliesst selbst nach Massgabe des Zivilgesetzbuches noch nicht die Befugnis zur Beeinträchtigung des Grundwassers [59]. Es ist nicht selbstverständlich, dass ungeklärtes oder ungenügend gereinigtes Abwasser in den Boden geleitet werden darf. Der Luftraum über dem Grund und Boden sowie das Erdreich unterhalb können nun einfach nicht mehr als rein private Bereiche angesprochen werden. Die zeitweilige römisch-rechtliche Meinung, wonach die Eigentumsherrschaft nicht nur absolut im Sinne von Freiheit von jeder Belastung aufzufassen sei, sondern dass diese absoluten Eigentümerbefugnisse «usque ad coelum et infernos» reichten, kann man sicherlich im Ernst nicht mehr gelten lassen. Damit aber ist — mindestens in der Sicht jener verbreiteten und simplifizierten Vorstellung über die Unantastbarkeit der Freiheitswerte — der vermeintlich verderbenbringende Umschlag vom Absoluten ins Relative bereits vollzogen. Im Vorfeld der Diskussion um die Bodenrechtsvorlage wäre zu überlegen, ob nicht der Missstand des Gewässerschutzes in absehbarer Zeit zu Massnahmen zwingt, aus denen heraus eine Bodenordnung dann von selbst heranwachsen wird, gewissermassen nur so ganz beiläufig.

Auf das Problem der Bodenpreisentwicklung und seine Rückwirkungen auf das Schicksal ganzer Bevölkerungsgruppen zu sprechen zu kommen, müssen wir uns in diesem Rahmen versagen. Der schweizerische Juristenverein hat sich der Frage an der diesjährigen Tagung angenommen. Ob es ferner einer staatspolitischen Notwendigkeit entspricht, einen Landwirtschaftsraum mit günstigen ertragsmässigen und betriebswirtschaftlichen Bearbeitungsbedingungen vor der Ueberbauung zu bewahren, womit gleichzeitig ein Erholungsraum freigehalten würde, soll ebenfalls nur als Frage vermerkt werden.

Wir wollen kurz einhalten und in Ansehung dieser Ueberlegungen einen Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie zurückwerfen [60].

Ohne Bindung an einen Verfassungstext musste sich tastend und kasuistisch eine vorab von der erkennbaren Grundentscheidung des Verfassungsgesetzgebers für die privatwirtschaftliche Eigentumsordnung geleitete, aber auch von den Anforderungen der Zeit und den Gefahren der Logik des Augenblickes bestimmte Rechtsprechung entwickeln. Verdient sie aber nicht doch das Lob, wegleitende Rechtsgrundsätze zu Tage gefördert zu haben — die hier und dort punktuellen Aussetzungen rufen mögen —, die sich im ganzen gesehen aber doch würdig an andere Vorbilder rechtsschöpferischer Verfassungsausfüllung anreihen?

VI. Planung im sozialen Rechtsstaat

Es war vorab mein undankbares Bestreben, jenem Geist entgegenzutreten, der glaubt, eine staatsmännische Tat vollbracht oder eine höhere Mission erfüllt zu haben, wenn er durch Bausch und Bogen sein Missfallen über Eingriffe in das Privateigentum und vor allem über Planungsmassnahmen verkündet. Wer sollte, wenn nicht der Jurist, der Einsicht zugänglich sein, dass die Freiheitsinstitutionen innerhalb der Rechtsordnung und nicht in Gegensatz zu ihr gestellt ihren jeweiligen Platz haben. Es sei nicht verschwiegen, dass sich dadurch manches kompliziert, gerade was die Rechtsstrukturen anbelangt. Die Entwerfung des theoretischen Leitbildes einer Rechtsordnung, die sich von der diametralen Gegensätzlichkeit von Individuum und Staat bestimmen lässt, ist unvergleichlich einfacher als die Bewältigung der Synthese des Menschseins innerhalb einer Gemeinschaft. Es ist eine Frage der Einstellung, ob man es lieber einfach hat oder ob man sich der Suche nach den wahren rechtlichen und damit auch praktisch brauchbaren Gegebenheiten verpflichtet fühlt. Ein Grundprinzip des Rechtes, wie eben die Eigentumsfreiheit, ist gerade nicht deswegen ein Prinzip, weil es dem praktisch tätigen Juristen eine narrensichere Eselsleiter hinstrecken würde. Es ist ein Grundprinzip deswegen, weil es auf eine tragende Idee der Rechtsstaatsauffas-

sung hinweist, obwohl seine richtige Erfassung und Auslegung als Sozialprinzip und die jeweils aktuelle Sinndeutung seines Inhaltes allenfalls eine nie vollendete Aufgabe in sich schliesst.

Von dieser Warte aus gesehen sind jedenfalls die Sozialbindungen und Sozialverpflichtungen des Privateigentums nicht Fremdkörper, sondern sollten zum Gegenstand ernstlichen Bemühens um rechtsstaatliche Durchdringung werden, statt Zielscheibe abschätzigen Spottes zu sein. Wir verfehlen unsere Pflicht, sofern wir bloss an etwas rütteln, an dem es nichts zu rütteln gibt, und während dieser Zeit uns der Verantwortung entziehen, den eigenen Beitrag an die Meisterung der unausweichlichen Aufgaben unserer Zeit im Geiste eines aufgeschlossenen freiheitlichen Staatsdenkens zu erbringen.

So etwa fehlt es an einer wohldurchdachten Verfahrensordnung, die den Schutz der Rechte und den Ausgleich der Interessen der beteiligten Grundeigentümer zu wahren vermöchte, solange der Plan im Werden begriffen ist, da die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege für Plankorrekturen in aller Regel nicht taugt [61].

Es sollte ferner der längst fällige Versuch unternommen werden, eine sinnvolle und funktionstaugliche Abgrenzung zwischen eigentumspolitischen Massnahmen herauszubilden, die dem Bund vorbehalten bleiben müssen, und solchen, die den Kantonen zu überlassen sind. Die Ausscheidung kann mutmasslich nicht völlig in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen getroffen werden, die für die Wettbewerbsfreiheit gelten, trotzdem die Eigentumsfreiheit zum eidgenössischen Wirtschaftsraum zählt. Es gibt mannigfaltige Gründe dafür, dass sich für die Planung in den Kantonen und Gemeinden ein Schwerpunkt bilden musste, der erhalten bleiben wird, selbst wenn die angezeigten bundesstaatlichen Koordinationsbemühungen hinzutreten müssen.

Da Bundesgesetze nicht der Verfassungskontrolle und folglich nicht der Anfechtung wegen Verletzung der Eigentumsgarantie unterstehen, wird sich für bundesrechtliche Planungsgesetze — da sie allenfalls die einschneidensten sein werden — die Frage nach einer materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Ordnung hinsichtlich Entschädigungsansprüchen stellen.

Etwas anderes wäre jedoch noch vordringlicher. Es war für den Bedarf des Juristen vielleicht zu ausgiebig von seinem Irrtum die Rede, so dass abschliessend noch auf das Missverständnis des Planers einzugehen bliebe. Worauf sollte das Sinnen und Trachten des Planers in einer von der Verfassung als freiheitlich gemeinten Eigentumsordnung gerichtet sein? Darauf hat sich unlängst leider nicht ein Jurist, sondern ein Planer besonnen. *Hans Aregger*, ein Autodidakt mit einer Weite des Blickfeldes und einer Tiefgründigkeit der Gedankenführung, die man an ihm immer wieder zu schätzen lernt, hat Ziel und Zweck der Planung zu umreissen versucht.

Das Leitmotiv für *Hans Aregger* ist, dass die Planung sich dann erfülle, wenn sie sich selbst überwinde und überflüssig mache. Darunter begreift er, dass richtig verstandene Planung darauf bedacht sein müsse, Fehlleistungen zu vermeiden, Fehlverläufe zu erkennen und Massnahmen dagegen zu treffen, diese jedoch so anzulegen, dass die Entwicklung hernach wieder dem selbstregulierenden Ablauf zustrebe. Obzwar die Planung der exekutiven Rechtsbehelfe nicht entraten und sich nicht mit väterlichen Zusprüchen und wohlmeinenden Ermahnungen begnügen könne, so solle sie sich dennoch vornehmlich darauf verlegen, Wegweiser zu setzen und Anreize zu schaffen. Darunter sind indirekte Lenkungsmassnahmen zu verstehen, die sich darauf beschränken, in einer bestimmten Richtung zielende Interessen zu wecken, vermittelst Planung z. B. dezentralisierte Schwerpunkte mit vorteilhaften Verkehrsverbindungen zu schaffen. Keinesfalls dürfe die Niederlassungsfreiheit oder Freizügigkeit durch direkte Gebote oder Verbote tangiert werden. *Hans Aregger* wendet sich scharf gegen jede Tendenz, die Planung — wie es den Planern häufig vorgehalten wird — zum Selbstzweck zu steigern oder zur umfassenden Eigentumslenkung verdichten zu wollen [62].

Man erkennt an der Geisteshaltung des *Hans Aregger* unschwer das *Subsidiaritätsprinzip* wieder: Der Staat soll sich nur der Dinge annehmen, die eine sozial aufgeschlossene Privatinitiative nicht zu bewältigen vermag. Es ist aber im gleichen Zuge zu warnen vor einem unkritisch begriffenen Subsidiaritätsprinzip. Es ist gegebenenfalls eben die Frage, wer die Freiheit getreuer verwaltet, der demokratisch-rechtsstaatliche Gesetzgeber oder die privaten Machtgruppierungen und monopolistischen Potenzen [63]. Es ist daher sprechend, wenn *Wilfried Weustenfeld* in seiner Monographie «Die Bedeutung des Gemeinwohls im Rechts- und Staatsdenken der Gegenwart» hinter dem Satz «So viel Staat wie nötig; so viel Freiheit wie möglich» in Klammern «Eigenverantwortung» hinzusetzt. Demgegenüber erklärte noch *W. Burckhardt*, das private Recht und die private Berechtigung stellten auf die subjektive Entschliessung einer unverantwortlichen (nicht verantwortlichen) Person ab, wobei er allerdings diesem Einbruch der Willkür in das Recht anderwärts mit Vorbehalten begegnete. Die Annahme, wonach aus dem Zusammenspiel der willkürlichen privaten Entschliessungen ein erträgliches, ja erspriessliches Gesamtergebnis fliesse, beruhe — so betonte er — auf einem stark erschütterten Optimismus [64].

Es liegt aber doch ein besonders bemerkenswerter Akzent im Gedankengang *Areggers:* Die Lenkungsmassnahmen zur Behebung von Störungen sollen darauf ausgerichtet werden, wieder in den Zustand des selbstregulierenden Ablaufes auszumünden. Ob damit allerdings die Gefahr, dass die Intervention die Intervention erzeugt, gebannt werden kann, das hängt nicht zuletzt davon ab, dass die besten Kräfte sich für eine Planung *dieser* Gesinnung verwenden, damit ihr sichtbare Erfolge beschieden seien. Ist das möglich? Wird es gelingen?

Das ist und bleibt die Frage, und zwar eine ernste

Frage, die mit dem Bekenntnis zum Intervenieren zum Zwecke der Wiederherstellung des freien Ablaufes so wenig gelöst ist als mit der unverantwortbaren Empfehlung, den Dingen ihren freien Lauf zu lassen [2].

Literatur

[1] BGE 89 I 17f. E 3 und dortige Hinweise; vgl. dazu allerdings auch *F. Aubert:* Quelques mots sur la garantie de la propriété foncière; ZBGR 1962 S. 1ff.; ZBL 62 S. 72; BGE 35 I 571; *A. Meier-Hayoz:* Kommentar zum Sachenrecht, Systematischer Teil S. 98f. N. 209f.; *Z. Giacometti*: Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit: ZSR 1955 S. 168f.; *H. Huber:* Oeffentlich-rechtliche Gewährleistung, Beschränkung und Inanspruchnahme privaten Eigentums in der Schweiz; Staat und Privateigentum, Beitrag zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 34 (1960) S. 52f., später zitiert: Staat und Privateigentum; *F. Gygi:* Ueber die Eigentumsgarantie, MBVR 55 S. 257f.

[2] *H. Huber:* Staat und Privateigentum S. 55 unter Hinweis auf BGE 74 I 470; 70 I 21; 35 I 571; vgl. ferner ZBL 62 S. 72 (ein Bundesgerichtsentscheid, der auf BGE 64 I 189 Bezug nimmt); *F. Gygi:* Ueber die Eigentumsgarantie, MBVR 55 S. 257f.

[3] *H. Huber:* Staat und Privateigentum S. 52f. insb. N. 12 mit zahlreichen weiteren Verweisungen; vgl. auch *H. Huber:* Berner Kommentar, Einleitungsband Art. 6 N. 181; *E. R. Huber:* Wirtschafts- und Verwaltungsrecht I S. 656; *Z. Giacometti:* Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts S. 507ff.; *K. Oftinger:* Ueber den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, SJZ 37 S. 225ff.; *F. Gygi:* MBVR 55 S. 257f.; *H. Huber:* Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie, Festgabe für *Max Gutzwiller* S. 535ff.

[4] *H. Huber:* Staat und Privateigentum S. 52. Zur Vertragsfreiheit vgl. insbesondere *E. Homburger:* Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit S. 1ff.; *M. Fischer:* Der Begriff der Vertragsfreiheit S. 41ff.

[5] *H. Deschenaux:* La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de boycott et l'avant-projet de la loi sur les cartels: Wirtschaft und Recht 1961 S. 143ff.; BGE 86 II 376; vgl. dazu vor allem *K. Oftinger:* a. a. O. 225ff. und 241ff.; vgl. dazu auch BGE 89 I 98.

[6] Vgl. *H. Huber:* Berner Kommentar, Einleitungsband Art. 6 N. 152ff. und 215ff.; *H. Huber:* ZBJV 98 S. 184ff.

[7] *H. Huber:* Staat und Privateigentum S. 59 und 99.

[8] Vgl. ausser den Hinweisen bei *H. Huber:* Staat und Privateigentum S. 59; BGE 85 I 36; 35 I 147; 17 S. 59ff.

[9] BGE 88 I 79.

[10] Vgl. dazu *H. Huber:* Staat und Privateigentum S. 74ff.; BGE 89 I 384f.; 85 I 36; ZBL 1963 S. 404ff.; grundlegend BGE 69 I 241ff.; ZBL 1962 S. 548ff; *L. Bagi:* La garantie constitutionnelle de la propriété S. 111ff.; *G. Buser:* ZBL 1956 S. 231ff. insbesondere 235.

[11] *H. Huber:* Staat und Privatrecht S. 57; *H. Huber:* Berner Kommentar, Einleitungsband Art. 6 N. 191ff.; *J. F. Aubert:* ZBGR 1962 S. 4 9f., 17f.; *A. Meier-Hayoz:* Kommentar zum Sachenrecht, Systematischer Teil S. 100f. N. 212; *F. Gygi:* MBVR 1961 S. 71f., unter Hinweis auf BGE 71 I 438 E 4.

[12] Vereinzelte Beispiele: BGE 90 I 37; 88 I 255; 71 I 438f. E 4; ferner ZBL 1960 S. 281; BGE 66 I 23ff.

[13] Wenn sie sich zu einer bekennt: Vgl. *M. Deschenaux:* Wirtschaft und Recht 1961 S. 143ff. und dortige zahlreiche Hinweise.

[14] Es hätte sich daraus eine Parallele oder ein Gegensatz zu den zulässigen Einwirkungen des kantonalen öffentlichen Rechts auf die Vertragsfreiheit für das Privateigentum ergeben müssen.

[15] BV 31 Abs. 2; *H. Huber:* Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie, Festgabe für *Max Gutzwiller* S. 535ff., insbesondere 551ff. und dortige Verweisungen; *H. Huber:* Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Bd. 11 (1962) S. 59; *Fleiner/Giacometti:* Schweizerisches Bundesstaatsrecht S. 297; *F. Gygi:* MBVR 55 S. 267f., z. B. BGE 87 I 354f. und dazu *H. Huber:* ZbJV 98 S. 347f.

[16] BGE 64 I 166 E 4.

[17] BV Art. 31 bis und mit Art. 32. Vor dem Jahre 1947 hatte sich indessen während der Kriegs- und Krisenzeit in bedeutendem Umfang ein extrakonstitutioneller Wirtschaftsinterventionszustand herausgebildet, vgl. auch *H. Huber:* Festgabe für *Max Gutzwiller* S. 559ff.

[18] Vgl. dazu *J. F. Aubert:* ZBGR 1962 S. 10; BGE 66 I 23ff.

[19] *J. F. Aubert:* ZBGR 1962 S. 6; BGE 88 I 176.

[20] BGE 74 I 45; 88 I 175 E 2 b; *A. Meier-Hayoz:* S. 104 N. 220.

[21] BGE 89 I 470; ZBL 1961 S. 73; vgl. auch *H. Huber:* Staat und Privateigentum S. 104.

[22] *H. Huber:* Staat und Privateigentum S. 103f.; *J. F. Aubert:* ZBGR 1962 S. 5ff.; *A. Meier-Hayoz:* a. a. O. S. 103f. N. 220f.; BGE 89 I 104, 468f.; 88 I 83f. E 3; 88 I 175f. E 2; 85 I 231; 84 I 172f. E 3; 82 I 106, E 2; 161ff. E 2; 81 I 29ff. E 2; 79 I 228f.; 78 I 427f. E 2; 77 I 218ff. E 2—8; 76 I 336f.; 74 I 153ff. E 5.

[23] ZBL 1961 S. 72ff. mit besonders differenzierter und ausführlicher Begründung; vgl. *M. Imboden:* Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung 2. Auflage S. 99.

[24] *J. F. Aubert:* ZBGR 1962 S. 6; BGE 89 I 98; 88 I 215; 87 I 453; 86 I 316.

[25] BGE 81 I 30; 76 I 335; 74 I 152; 30 I 59ff.; ZBL 1961 S. 74f.

[26] BGE 84 I 175ff.; 78 I 427ff.; 76 I 334ff.; 74 I 153ff.; 89 I 191f., und zwar nur, wenn die LZ in ein städtisches oder halbstädtisches Gebiet zu liegen kommt; eine Einschränkung ist bereits in BGE 89 I 468 schon wieder verlassen worden.

[27] ZBL 1961 S. 75ff.

[28] BGE 81 I 29ff. E 3.

[29] ZBL 1957 S. 265, nicht dagegen für den Ausschluss von Industrien aus Wohngebieten; BGE 74 I 152; vgl. auch ZBL 1961 S. 521ff.

[30] BGE 89 I 104.

[31] Derartige Bauverbote, jedoch nicht schlechthin, sondern unterschieden danach, ob sie einer überlieferten oder neuartigen Zweckbestimmung dienstbar sein sollen. BGE 88 I 83ff.; 84 I 175ff. E 4; ZBL 1962 S. 309f.; abweichend 82 I 162ff.; 77 I 218ff.; *H. Huber:* Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie, Festgabe für *Max Gutzwiller* S. 554f.; *J. F. Aubert:* ZBL 1962 S. 551.

[32] BGE 89 I 468 betreffend den Natur- und Heimatschutz als herkömmliche Eigentumsbeschränkung, nicht jedoch, wenn sie ein Bauverbot bedingt; BGE 81 I 30 betr. offene und geschlossene Bauweise, Grösse und Verteilung der Baukörper, Abstände, feuer- und verkehrspolizeiliche Gründe.

[33] In ZBL 1961 S. 75 spricht das Bundesgericht im Zusammenhang mit den Planungsmassnahmen neueren Gepräges von einer «gewandelten Konzeption des Eigentums». Hier spielt aber wieder die Frage hinein, ob sich die Verfassung überhaupt auf eine bestimmte Wirtschaftsordnung festgelegt hat oder nicht: *H. Deschenaux:* Wirtschaft und Recht 1961 S. 144ff.; indizierend für die Wandlungsfähigkeit BGE 89 I 191f.; bereits wieder aufgegeben in BGE 89 I 468.

[34] *L. Bagi:* La garantie constitutionnelle de la propriété S. 40ff., 51ff., 56ff., 63ff., 78ff. und 245.

[35] Vgl. auch *Franco Negro:* Das Eigentum, Geschichte und Zukunft S. 228ff.; *L. Bagi:* a. a. O. S. 50ff.

[36] *H. Huber:* Staat und Privateigentum S. 55f. und 81; *derselbe:* ZbJV 82 S. 173f.; *A. Meier-Hayoz:* Kommentar zum Sachenrecht Art. 641 N. 24.

[37] Vgl. dazu auch *Heinrich Barth:* ZSR 1962 S. 393ff.

---

[2] Manuskript, abgeschlossen am 30. Juni 1964. Die Referate *A. Kuttler* und *J. F. Aubert* in ZSR 1963 S. 1ff. «Ueber die Bodenverteuerung als Rechtsproblem» konnten nicht mehr berücksichtigt werden.

[38] Vgl. dazu *A. Meier-Hayoz:* Kommentar zum Sachenrecht, Systematischer Teil S. 82ff. N. 184—187; *H. Huber:* Staat und Privateigentum 55f.

[39] Vgl. dazu *A. Meier-Hayoz:* Kommentar zum Sachenrecht, Systematischer Teil S. 91 N. 197; Art. 641 N. 20 einerseits und Einleitungsband Art. 1 N. 112 anderseits; *H. Huber:* Berner Kommentar, Einleitungsband Art. 1 N. 112f.; *P. Schneider:* ZBL 1963 S. 324ff.

[40] *Günter Dürig:* Grundrechtsverwirklichung auf Kosten von Grundrechten, Summum ius, summa iniuria S. 87.

[41] *J. Niehans:* Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik 1962 S. 194ff.; *F. Böhm:* Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, ZbJV 85 S. 330.

[42] *E. R. Huber:* Wirtschafts- und Verwaltungsrecht 2. Aufl. I S. 32f.; *H. Huber:* Festgabe für *Max Gutzwiller*, S. 540f.; *derselbe:* Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR 1955 S. 182ff.; *L. Raiser:* Vertragsfreiheit heute (deutsche), Juristenzeitung 1958 S. 1ff.

[43] *A. Meier-Hayoz:* Zum Bodenproblem ZBGR 1964 S. 8f. und 22f.

[44] *E. Küng:* Grundeigentum und Planung; Wirtschaft und Recht 1963 S. 271ff.; vgl. *R. Stüdeli:* Städte-Erneuerung und Eigentumsordnung; ein europäischer Rechtsvergleich «NZZ» Nr. 4029 vom 7. Oktober 1963.

[45] *L. Raiser:* Der Stand der Lehre vom sujektiven Recht im deutschen Zivilrecht; ZbJV 97 (1961) S. 121ff., insbesondere S. 144ff.; vgl. auch *O. Bachof:* Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart; Staatsbürger und Staatsgewalt 1963 S. 13f., insbesondere N. 37 und dortige Hinweise.

[46] BGE 88 I 83; 87 I 359f.; 86 I 148f.; 85 I 89f.; 78 I 407f.; vgl. auch BGE 65 I 35f.; *Z. Giacometti:* Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts S. 343 N. 47.

[47] ZBL 1964 S. 217f.

[48] *M. Imboden* und *K. Obermayer:* Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut VVDStRL 18 S. 113ff., S. 144ff. und die Diskussionsvoten; *O. Bachof:* S. 193 und *J. Kaiser:* S. 194.

[49] ZBL 1964 S. 217f.; *M. Imboden:* a. a. O. S. 123f.; *K. Obermayer:* a. a. O. S. 148ff.; *F. Gygi:* Rechtsstaatsprobleme der heutigen Wirtschafts- und Sozialordnung, Journal der internationalen Juristen-Kommission 1962 S. 19f.

[50] BGE 86 I 316f. E 2; *Z. Giacometti:* Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts S. 5ff., 9ff., insbesondere 18ff.; Beurteilung des Planes im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren BGE 88 I 83; 87 I 359; 86 I 146; 78 I 407; ZBL 62 S. 77 E 5.

[51] *H. Huber:* Staat und Privateigentum S. 109; *H. J. Wolff:* Verwaltungsrecht I 5. Aufl. S. 202f.; vgl. auch *Walther Burckhardt:* Organisation der Rechtsgemeinschaft 2. Aufl. S. 23f.; *A. F. Utz:* Sozialethik I S. 222f.

[52] ZBL 1964 S. 218; *K. Obermayer:* a. a. O. S. 148ff.; *E. Friesenhahn; E. Forsthoff* und *O. Bachof:* eodem loco S. 190ff.

[53] *M. Imboden:* VDDTtRl 18 S. 133ff. und 142; *K. Obermayer; C. H. Uhle* und *E. Forsthoff:* eodem loco S. 164ff., 201ff.; *E. Fischli:* Basler Festgabe 1963 S. 27; *F. Gygi:* a. a. O. S. 19 und 31; BGE 85 I 89ff.

[54] *E. Forsthoff:* Lehrbuch des Verwaltungsrechts 8. Aufl. S. 186; *O. Bachof:* VVDStRL 18 S. 192f.; *F. Gygi:* a. a. O. S. 19f.; vgl. auch ZBL 1964 S. 217f.

[55] AA MBVR 62 S. 194f. 222; 60 S. 133.

[56] BGE 88 I 89f.

[57] ZBL 1964 S. 219f.

[58] *H. Huber:* ZbJV 98 S. 174.

[59] MBVR 60 S. 311; 53 S. 459; BGE 79 I 234f.; vgl. auch 81 II 442; Versickernlassen schädlicher Abwasser.

[60] Vgl. z. B. BGE 79 I 234ff.

[61] BGE 85 I 89f.

[62] *H. Aregger:* Ziel und Zweck der Planung; «NZZ» Nr. 3522 vom 6. September 1963.

[63] *H. Ryffel:* Wirtschaft und Recht 1962 S. 192; *H. Merz:* Rektoratsrede 1963.

[64] *W. Burckhardt:* Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl. S. 81 i. V. m. S. 20 und 24.

REZENSIONEN – CRITIQUE DE LIVRES

Stadtregion und Verkehr. Herausgegeben von der Landesgruppe Nordrhein-Westfalen der Deutschen Akademie für Städtebau und Landesplanung. Köln und Opladen. 1964. Westdeutscher Verlag. 176 Seiten, 55 Abbildungen. Kart. DM 18.50.

In dieser Schrift nehmen sieben prominente Fachleute Stellung zum Problem «Stadtregion», das je länger desto aktueller wird. K. H. Olsen umreisst einleitend «Begriff, Wesen und Entwicklung» dieses Gegenstandes, mit Recht der Sorge Ausdruck gebend, dass der Terminus zum Schlagwort zu werden droht. H. W. Draesel stellt die Grossstadtregion in den Rahmen der Stadt-Landschaft. Speziell am Beispiel Düsseldorf-Neuss zeigt er vor allem die Schwierigkeiten auf, denen solche Gebilde in wachsendem Masse unterliegen. Aehnliche Informationen bietet der instruktive Beitrag über die Regionalplanung Bonn von A. Lehmann. Von M. Neuffer wird sodann auf die «Verwaltungsformen für Stadtregionen» hingewiesen, wobei die Regionalverbände kritisch beleuchtet werden. Dem besonders heiklen Problem der Agrarräume in der Stadtregion geht G. Isbary nach und fordert eine «entschlossenere Boden- und Grünflächenpolitik». Mit dem Beitrag «Siedlung, Wohndichte und Verkehr» wird von F. Lehner ein Zusammenhang angepeilt, der besondere Aktualität besitzt. Er vertritt die Ansicht, dass die City aufzulockern sei, vor allem aber, dass Stadt- und Verkehrsplanung Hand in Hand gehen müssen. Bei der notwendigen Neuordnung des Verkehrs sei dem öffentlichen Massenverkehr der Vorrang zu geben. F. Tamms schliesslich, der mit dem Thema «Stadt, Region und Verkehrswesen» die Aufsatzreihe abschliesst, wägt nüchtern die verschiedenen Verkehrsträger gegeneinander ab und plädiert, damit alle Artikel zusammenfassend, für eine stadt- und regionalplanerische Lösung, welche die Stadt nicht mehr als «eine von Mauern umschlossene Insel», sondern als lebendiges *offenes* System, einen «Organismus», sieht. Die sehr lesenswerte, anschaulich illustrierte Schrift sei den Planern, auch des Auslandes, angelegentlich zum Studium empfohlen. E. M.