

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 95 (1976)

Artikel: Planungsrecht und Eigentum

Autor: Lendi, Martin

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895727>

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: 10.07.2025

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

Planungsrecht und Eigentum

Referat von Dr. iur. MARTIN LENDI

Professor an der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	7
Literaturverzeichnis	8

Aufgabe der Untersuchung	15
---	-----------

Einleitung

§ 1. Neue Fragestellungen	19
A. Veränderte Rechtslage	19
B. Dogmatische Grundfragen	25
§ 2. Übersicht über die traditionelle Betrachtungsweise	30
A. Vorwiegend zivilistische Betrachtungsweise des Eigentums	30
B. Raumplanung als polizeiliche und wohlfahrtspolitische Aufgabe	39

1. Kapitel

Begriff und Wesen der Raumplanung

§ 3. Die Planung	41
A. Der planende Staat	41
B. Planungsarten	45
C. Grenzen und Möglichkeiten der Planung	49
D. Normative Anforderungen an die Planung	52
§ 4. Die Raumplanung	55
A. Die Raumordnung als Aufgabe der Raumplanung	55
B. Die Raumplanung	59
C. Die Mittel der Raumplanung	62
D. Normative Anforderungen an die Raumplanung	65

§ 5. Raumplanung und Verfassungsrecht	68
A. Der Rechtsbegriff der Raumplanung	68
B. Die Raumplanung und die Kompetenznormen der Verfassung . . .	72
C. Raumplanung und Grundrechte	74
D. Raumplanung und Rechtsgleichheit	77
E. Raumplanung und Eigentumsgarantie (Problemübersicht)	79

2. Kapitel

Das Raumplanungsrecht

§ 6. Der Begriff des Raumplanungsrechtes	81
A. Der rechtsinhaltliche Begriff	81
B. Das Raumplanungsrecht im weiteren und engeren Sinne	85
C. Raumplanungsrecht und Bodenrecht	87
D. Raumplanungsrecht und Infrastrukturrecht	90
E. Raumplanungsrecht und Baupolizeirecht	92
§ 7. Koordinatives Raumplanungsrecht	95
A. Begriff und Funktion des koordinativen Raumplanungsrechtes . . .	95
B. Rechtssätze und Pläne im Rahmen des koordinativen Raumplanungs- rechtes	97
C. Verhältnis der Rechtssätze und Pläne des koordinativen Raumpla- nungsrechtes zum geltenden Verwaltungsrecht	100
§ 8. Nutzungsplanungsrecht	104
A. Begriff und Funktion des Nutzungsplanungsrechtes	104
B. Die Mittel der Nutzungsplanung	107
C. Die Rechtsnatur des Nutzungsplanes	110
D. Der mittelbar verbindliche Nutzungsrichtplan	115
E. Die Grenzen der Nutzungsplanung	116

3. Kapitel

Raumbedeutsame Aspekte des Grundeigentums

§ 9. Die Rechtsordnung des Grundeigentums	119
A. Die öffentlich- und privatrechtliche Regelung des Grundeigentums .	119
B. Die Eigentumsgarantie	123
C. Die Eigentumsfreiheit im besonderen	128
D. Die Lehre von den Schranken des Eigentums	138

§ 10. Die Befugnis zum Bauen	142
A. Die normative Frage nach der Befugnis zum Bauen	142
B. Eigentumsfreiheit und Baufreiheit	144
C. Baufreiheit und Grundeigentum	145
D. Baufreiheit und Baupolizeirecht	147
E. Baufreiheit und Erschließungsrecht	148
F. Baufreiheit und Nutzungsplanungsrecht	151
G. Die Befugnis zum Bauen	153

4. Kapitel

Das Raumplanungsrecht als Voraussetzung der raumbedeutsamen Nutzung des Grundeigentums

§ 11. Das Nutzungsplanungsrecht als Voraussetzung einer funktionsgerechten Bodennutzung	155
A. Normative Anforderungen an den Inhalt der Rahmennutzungsordnung	155
B. Die Rahmennutzungsplanung als inhaltliche Bestimmung des Grundeigentums	161
C. Differenzierter und objektivierter Inhalt des Grundeigentums	164
D. Die Bedeutung des Nutzungsplanungsrechtes	166
§ 12. Das Infrastrukturrecht als Voraussetzung der baulichen Nutzung des Grundeigentums	169
A. Die Aktualisierung der baulichen Nutzungsmöglichkeiten aufgrund der Infrastruktur	169
B. Die objektivierende Wirkung des Infrastrukturrechtes	173
§ 13. Die Ungleichheiten als Folge der Differenzierung des Grundeigentums und der Infrastrukturleistungen	175
A. Die öffentlichrechtlichen Vorteilsfolgen	175
B. Die öffentlichrechtlichen Minderwertfolgen	178
C. Die Bestimmungsfaktoren des Bodenwertes	180

5. Kapitel

Öffentlichrechtliche Vorteils- und Minderwertausgleichung

§ 14. Die öffentlichrechtliche Vorteilsabschöpfung	181
A. Typologie der Vorteilsfälle	181
B. Normative Voraussetzungen der Sondervorteilsabschöpfung	186
C. Die Rechtsnatur der Sondervorteilsabschöpfung	195

§ 15. Die öffentlichrechtliche Minderwertentschädigung	198
A. Typologie der Minderwertsfälle	198
B. Normative Voraussetzungen der Minderwertentschädigung	203

6. Kapitel

Anforderungen an die Raumplanung – Anforderungen an die Eigentumsgarantie

§ 16. Eigentumsgarantie und Raumplanung als Widerspruch und Einheit	215
A. Die Einheit der Rechtsordnung	215
B. Die Einordnung der Raumplanung in den Rechtsstaat	217
§ 17. Gedanken de lege ferenda	221
A. Thesen zur Weiterentwicklung des Raumplanungsrechtes	221
B. Thesen zur Neuordnung der Eigentumsgarantie	223

Abkürzungsverzeichnis

Bei Quellenangaben werden folgende Abkürzungen verwendet:

BBl	Bundesblatt (mit Angabe von Jahrgang, Band und Seitenzahl)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (mit Angabe von Band, Teil und Seitenzahl)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 mit seitherigen Änderungen
DISP	Dokumente und Informationen zur schweizerischen Orts-, Regional- und Landesplanung, Institut für Orts-, Regional- und Landesplanung der ETH Zürich (mit Angabe von Nummer, Erscheinungsjahr und Seitenzahl)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich (mit Angabe von Erscheinungsjahr und Seitenzahl)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
WuR	Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht, Zürich (mit Angabe von Erscheinungsjahr und Seitenzahl)
ZBGR	Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Wädenswil (mit Angabe von Erscheinungsjahr und Seitenzahl)
Zbl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zürich (mit Angabe von Erscheinungsjahr und Seitenzahl)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 mit seitherigen Änderungen
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern (mit Angabe von Erscheinungsjahr und Seitenzahl)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel (mit Angabe von Jahrgang und Seitenzahl)

Im übrigen werden nur allgemein gebräuchliche Abkürzungen verwendet.

Literaturverzeichnis

Die nachstehend aufgeführten Publikationen (selbständige wie unselbständige) werden mit dem Verfasseramen und dem Titel zitiert. Zahlreiche weitere Literaturhinweise finden sich in den Anmerkungen.

1. Schweizerische Bibliographien

Die Literatur zum schweizerischen Bau- und Planungsrecht ist zusammengestellt bei:

HESS, W.A. Bibliographie zum Bau-, Boden- und Planungsrecht der Schweiz, 1900–1967, Zürich 1969.

NEF, ROBERT. Bibliographie zum Bau-, Boden- und Planungsrecht der Schweiz, 1968–1975, Schriftenreihe zur Orts-, Regional- und Landesplanung Nr. 22 (ORL-Institut ETH Zürich), Zürich 1976.

2. Entscheidsammlung

SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR LANDESPLANUNG, Entscheidsammlung über das schweizerische Bau- und Planungsrecht, Kartei (Sachbearbeiter Robert Schindler).

3. Literatur

a) schweizerische (Auswahl)

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS. Traité de droit constitutionnel suisse, 2 vol., Neuchâtel/Paris 1967.

BAGI, LOUIS. La garantie constitutionnelle de la propriété, Lausanne 1956.

BALSCHWEIT, PETER. Die Rechtsnatur des Planes, Diss. Basel 1969.

BASCHUNG, MARIUS/STÜDELI, RUDOLF. Probleme des Rechtsschutzes im Planungsrecht, WuR 1971, S. 122 ff.

BASCHUNG, MARIUS. Die Ordnung der Nutzung von Grund und Boden im Lichte der Grundsätze über die materielle Enteignung, Zbl 1974, S. 159 ff.

BÉGUIN, GEORGES. Questions juridiques concernant le plan d'aménagement national et régional, ZSR 66, 1947, S. 349 a ff.

BLOCHER, CHRISTOPH. Die Funktion der Landwirtschaftszone und ihre Vereinbarkeit mit der schweizerischen Eigentumsgarantie, Diss. Zürich 1972.

BRIDEL, MARCEL. Précis de droit constitutionnel et public suisse, tome I, Lausanne 1975.

BRUHIN, URS. Planänderung im Raumplanungsrecht, Diss. Zürich 1975.

- BÜHLER, THEODOR. Zur Geschichte des Eigentumsbegriffs, SJZ 1974, S. 289 ff. und S. 305 ff.
- Zur Geschichte der Eigentumsgarantie und der Enteignung, Zbl 1974, S. 378 ff.
- ESTERMANN, Alois. Die Baufreiheit und ihre Schranken, Diss. St. Gallen 1965.
- FAVRE, ANTOINE. Droit constitutionnel suisse, 2^e éd., Fribourg 1970.
- FLEINER, FRITZ/GIACOMETTI, ZACCARIA. Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.
- FLEINER, FRITZ. Öffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung, in: Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Basel für Andreas Heusler, Basel 1904, S. 92 ff.
- FRIEDRICH, R./SPÜHLER, K./KREBS, E. Bauordnung der Stadt Winterthur, Winterthur 1970.
- GIACOMETTI, ZACCARIA. Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, Zürich 1955.
- Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960.
- GUENG, URS. Die allgemeine rechtsstaatliche Entschädigungspflicht, Diss. St. Gallen 1967.
- GUT, URS. Die materielle Enteignung, Diss. Zürich 1969.
- GYGI, Fritz. Eigentumsfreiheit und Landesplanung, WuR 1964, S. 285 ff.
- Expropriation, materielle Enteignung und Lastenausgleich, in: Rechtliche Probleme des Bauens, Bern 1969, S. 81 ff.
- HAAB, ROBERT. Kommentar zum Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich 1929 ff.
- HAFNER, ROLF. Erholungsgebiete im schweizerischen und zürcherischen Recht, Diss. Zürich 1972.
- HINTERMANN, ANDREAS. Die Freihaltezone im Rahmen der Bauzonenplanung, Diss. Zürich 1963.
- HOFMANN, MARKUS. Die Pflicht zur Nutzung des Bodens, Diss. Zürich 1974.
- HOLZACH, ROBERT. Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen und expropriationsähnlicher Tatbestand, Diss. Zürich 1951.
- HUBER, HANS. Das Gemeinwohl als Voraussetzung der Enteignung (1965), in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, S. 492 ff.
- Öffentlich-rechtliche Gewährleistung, Beschränkung und Inanspruchnahme privaten Eigentums in der Schweiz, Staat und Privateigentum (1960), in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, S. 197 ff.
- Die Zuständigkeit des Bundes, der Kantone und der Gemeinden auf dem Gebiet des Baurechts – Vom Baupolizeirecht zum Bauplanungsrecht, in: Rechtliche Probleme des Bauens, Bern 1969, S. 47 ff.
- IMBODEN, MAX. Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut (1960), in: Staat und Recht, Basel/Stuttgart 1971, S. 387 ff.
- Der Schutz der Eigentumsgarantie (1952), in: Staat und Recht, Basel/Stuttgart 1971, S. 387 ff.
- Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Privateigentums als Schranke der Besteuerung (1960), in: Staat und Recht, Basel/Stuttgart 1971, S. 537 ff.
- JAGMETTI, RICCARDO L. Raumplanung als Umweltgestaltung, in: Schweizerisches Umweltschutzrecht, Zürich 1973, S. 91 ff.

- KUTTLER, ALFRED. Die materiellen Grundsätze des Entwurfes zum BG über die Raumplanung, insbesondere der Begriff des Baulandes, WuR 1971, S. 88 ff.
- Raumordnung als Aufgabe des Rechtsstaates, in: Der Staat als Aufgabe., Gedenschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 211 ff.
 - Vom Bauplanungsrecht zum Raumordnungsrecht, WuR 1974, S. 145 ff.
 - Erschliessungsrecht und Erschliessungshilfe im Dienst der Raumordnung., Zbl 1974, S. 69 ff.
- KUTTLER, ALFRED/ZAUGG, ALDO. Rechtliche Grundfragen der Planungswertabschöpfung, WuR 1972, S. 251 ff.
- LENDI, MARTIN. Rechtswissenschaft und Raumplanung, Zbl 1971, S. 161 ff.
- Die Bedeutung der kommenden Raumplanungsgesetzgebung für den Umweltschutz, in: Schweizerisches Umweltschutzrecht, Zürich 1973, S. 125 ff.
 - Raumbedeutsame Pläne, ZSR 92 I, 1973, S. 105 ff.
 - Materielle Grundsätze, DISP Nr. 27, Zürich 1973, S. 1 ff. (ORL-Institut ETH Zürich).
 - Schweizerisches Planungsrecht, Berichte zur Orts-, Regional- und Landesplanung Nr. 29, Zürich 1974 (ORL-Institut ETH Zürich).
 - Das Raumplanungsgesetz, Konsequenzen für eine schweizerische Bodenpolitik, DISP Nr. 37, Zürich 1975, S. 13 ff. (ORL-Institut ETH Zürich).
 - Der Funktionswandel des Eigentums – Rechtliche Aspekte, DISP Nr. 40, Zürich 1976, S. 10 ff. (ORL-Institut ETH Zürich).
- LINDER, Wolf/VETTERLI, ROLF. Grenzen und Möglichkeiten politischer Planung in der Schweiz, Studienunterlage zur Orts-, Regional- und Landesplanung Nr. 22, Zürich 1974 (ORL-Institut ETH Zürich).
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR. Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, Sachenrecht, Bern 1966.
- Vom Wesen des Eigentums, in: Revolution der Technik – Evolution des Rechts, Festgabe für Karl Oftinger, Zürich 1969, S. 171 ff.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/ROSENSTOCK, PETER. Zum Problem der Grünzonen, Bern 1967.
- MERKER, RUDOLF. Der Grundsatz der «vollen Entschädigung» im Enteignungsrecht, Diss. Zürich 1975.
- MEYER, PIUS. Die Planungsmehrwertabschöpfung gemäß Art. 45 des Entwurfes zum Raumplanungsgesetz. Probleme der praktischen Durchführung, Zbl 1974, S. 1 ff.
- NATSCH, WALTER JOHANNES. Instrumente der Regionalplanung unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Diss. Zürich 1964.
- PETER, HANS. Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert, Diss. Zürich 1949.
- REICHLIN, PAUL. Rechtsfragen der Landesplanung, ZSR 66, 1947, S. 171 ff.
- ROSENSTOCK, PETER. Aktuelle Probleme der Fortbildung des schweizerischen Planungsrechts, ZSR 90 I, 1971, S. 171 ff.
- Die Aufgabe der Kantone auf dem Gebiet der Planung im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung zu den Bodenrechtsartikeln, WuR 1971, S. 106 ff.

- RUCK, ERWIN. Das Eigentum im schweizerischen Verwaltungsrecht, in: Festgabe für Paul Speiser, Basel 1926, S. 16 ff.
- SALADIN, PETER. Die Grundrechte im Wandel, Bern 1970 (2. Aufl. Bern 1975).
- SCHAUMANN, WILFRIED. Die Landesplanung im schweizerischen, englischen und französischen Recht, eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Studie, Diss. Zürich 1950.
- Gedanken zur Auslegung der neuen Verfassungsartikel über das Bodenrecht, SJZ 1970, S. 17 ff.
- SCHÜRMAN, LEO. Die Raumordnung als staatliche Aufgabe, in: Schutz unseres Lebensraumes, Symposium an der ETH Zürich, Frauenfeld 1971, S. 481 ff.
- Bodenrechtsdiskussion und -gesetzgebung: Der Stand 1974, Schweizerische Monatshefte 1974, S. 547 ff.
- STÜDELI, RUDOLF. Erschliessung von Boden als Bauland, WuR 1970, S. 21 ff.
- WEHINGER, URS. Raumplanung und Regionen, Diss. Zürich 1975.
- WERNER, DAVID. Probleme der Grundsatzgesetzgebung des Bundes auf dem Gebiete der Raumplanung, Diss. Zürich 1975.
- WIRTH, MARKUS. Die Ausgestaltung der Planungswertabschöpfung, WuR 1972, S. 223 ff.
- Grundlagen und Ausgestaltung der Mehrwertabschöpfung, Schriftenreihe zur Orts-, Regional- und Landesplanung (ORL-Institut ETH Zürich), im Erscheinen, Zürich 1976.
- ZAUGG, ALDO. Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 7. Juni 1970, Bern 1971.
- ZIMMERLIN, ERICH. Bauordnung der Stadt Aarau, Aarau 1970.
- ZUPPINGER, FERDINAND. Möglichkeiten der Mehrwertabschöpfung im Rahmen der Raumplanung, Zbl 1974, S. 196 ff.

b) Bundesrepublik Deutschland und Republik Österreich

- ANSCHÜTZ, GERHARD. Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Kommentar, 14. Aufl., Berlin 1933.
- BADURA, PETER. Eigentum im Verfassungsrecht der Gegenwart, Sitzungsbericht zum 49. Deutschen Juristentag, München 1972.
- BIELBERG, WALTER. Die Grundsätze der Raumordnung nach dem Raumordnungsgesetz des Bundes, in: Informationen des Institutes für Raumforschung, Bad Godesberg 1966, S. 295 ff.
- EVERS, HANS-ULRICH. Das Recht der Raumordnung, München 1973.
- FORSTHOFF, ERNST. Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allg. Teil, 10. Aufl., München/Berlin 1973.
- Über Mittel und Methoden moderner Planung, in: Planung, Bd. III, Baden-Baden 1968, S. 21 ff.
- FORSTHOFF, ERNST/BLÜMEL, WILLI. Raumordnungsrecht und Fachplanungsrecht, Planungsstudien Nr. 7, Frankfurt a.M. 1973.

- FRÖHLER, LUDWIG/OBERNDORFER, PETER. Österreichisches Raumordnungsrecht, Linz 1975.
- Bodenordnung und Eigentumsgarantie, Linz 1975.
- IPSEN, HANS PETER. Enteignung und Sozialisierung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 10, Berlin 1952, S. 74 ff.
- KAISER, JOSEPH (Herausgeber). Planung, Bd. I–VI, Baden-Baden 1965–1972.
- KAISER, JOSEPH. Exposé einer pragmatischen Theorie der Planung, in: Planung, Bd. I, Baden-Baden 1965, S. 11 ff.
- Der Plan als ein Institut des Rechtsstaates und der Marktwirtschaft – Umriss eines Aktionsmodells, in: Planung, Bd. II, Baden-Baden 1966, S. 11 ff.
- KÜHNE, JOSEF. Das Bodenrecht, die wirtschaftliche und gesellschaftliche Bedeutung des Bodens, Schriftenreihe der Österreichischen Gesellschaft für Raumforschung und Raumplanung, Bd. X, Wien/New York 1970.
- LEIBHOLZ, G./RINK, H. B. unter Mitwirkung von K. HELBERG. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2. Aufl., Köln 1966.
- LEISNER, WALTER. Sozialbildung des Eigentums, Berlin 1972.
- MAUNZ, THEODOR/DÜRING, GÜNTER/HERZOG, ROMAN. Grundgesetz, Kommentar, Lieferung 1–12, München 1971.
- MAYER-MALY, THEO. Rechtsfragen der Raumordnung, Schriftenreihe der Österreichischen Gesellschaft für Raumforschung und Raumplanung XVII, Wien 1972.
- OSSENBÜHL, FRITZ. Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung? Gutachten B zum 50. Deutschen Juristentag, München 1974.
- PERNTHALER, PETER. Raumordnung und Verfassung, Schriftenreihe der Österreichischen Gesellschaft für Raumforschung und Raumplanung, Bd. XVIII, Wien/New York 1975.
- REINHARDT, RUDOLF/SCHEUNER, ULRICH. Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954.
- RIDDER, HELMUT K. J. Enteignung und Sozialisierung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 10, Berlin 1952, S. 124 ff.
- RITTSTIEG, HELMUT. Eigentum als Verfassungsproblem, Darmstadt 1975.
- SCHARPF, FRITZ W. Planung als politischer Prozess, Aufsätze zur planender Demokratie, Frankfurt a.M. 1973.
- SCHMITT, CARL. Verfassungslehre, Berlin/Leipzig 1928.
- Verfassungsrechtliche Aufsätze, 9. Aufl., Berlin 1973.
- STRICKRODT, GEORG. Bau- und Planungsrecht, München 1974.
- WEBER, WERNER. Eigentum und Enteignung, in: Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954, S. 331 ff.
- ZINKAHN, WILLY/BIELBERG, WALTER. Raumordnungsgesetz des Bundes, Kommentar unter Berücksichtigung des Landesplanungsrechtes, Berlin 1965.

c) Übersicht über das westeuropäische Planungsrecht

GARNER, J. F. (Herausgeber). *Planning Law in Western Europe*, Amsterdam/Oxford/New York 1975.

4. Gutachten und Materialien

AKADEMIE FÜR RAUMFORSCHUNG UND LANDESPLANUNG, *Handwörterbuch der Raumforschung und Raumordnung*, Hannover 1970.

ARBEITSGRUPPE DES BUNDES FÜR DIE RAUMPLANUNG, *Raumplanung Schweiz, Hauptbericht*, Bern 1970.

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS/JAGMETTI, RICCARDO L. Die Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs vom 14. Oktober 1970 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung vom 28. Mai 1971, WuR 1971, S. 132ff.

– Ergänzungsgutachten zu Art. 34 (Erschließungspflicht und Beitragsleistungen) und Art. 45 (Mehrwertabschöpfung) des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über die Raumplanung vom 27. Oktober 1971, WuR 1972, S. 44ff.

BINSWANGER, HANS CHRISTOPH (Projektleiter). *Formen und Funktionen des Eigentums, Grundlagen für die Behandlung der Eigentumsfragen bei der Totalrevision der Bundesverfassung*, St. Gallen 1975 (vervielfältigt).

BOTSCHAFT DES BUNDESRATES an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22^{ter} und 22^{quater} vom 15. August 1967, BBl 1967 II, S. 133ff.

BOTSCHAFT DES BUNDESRATES an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die Raumplanung vom 31. Mai 1972, BBl 1972 I, S. 1435ff.

Eidgenössische EXPERTENKOMMISSION FÜR FRAGEN DER LANDESPLANUNG, *Bericht vom 6. Oktober 1966*, hrsg. vom Eidg. Departement des Innern, Bern 1967.

Eidgenössische EXPERTENKOMMISSION FÜR DIE AUSFÜHRUNGSGESETZGEBUNG ZU DEN BODENRECHTSARTIKELN, *Erläuternder Bericht zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 3. November 1970*, Bern 1970 (vervielfältigt).

HUBER, HANS. *Rechtsgutachten über die Verfassungsmäßigkeit des Vorentwurfes V vom März 1963 für die Revision des BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951, insbesondere über die Verfassungsmäßigkeit der vorgesehenen Schaffung einer Zonenordnung, vom 21. November 1964*, Bern 1964 (vervielfältigt).

KOMMISSION FÜR DIE REFORM DES ZÜRCHERISCHEN BODENRECHTS, *Schlußbericht*, Zürich 1972.

LENDI, MARTIN. *Verhältnis des Verkehrsrechtes zum zukünftigen Raumplanungsgesetz*, Zürich 1974 (vervielfältigt).

ORL-INSTITUT, *Landesplanerische Leitbilder, Bd. I–III und Plankassette, Schriftenreihe zur Orts-, Regional- und Landesplanung Nr. 10* (ORL-Institut ETH Zürich), Zürich 1971.

– *Richtlinien zur Orts-, Regional- und Landesplanung*, Zürich 1966ff.

– *Raumordnungskonzept Schweiz gemäß den Randbedingungen der Chefbeam-*

tenkonferenz, VCK-73, Studienunterlage zur Orts-, Regional- und Landesplanung Nr. 20 (ORL-Institut ETH Zürich), Zürich 1974.

SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR LANDESPLANUNG, Bericht über Grundeigentümerbeiträge und Gebühren an Erschließungsanlagen, Schriftenfolge Nr. 18, Bern 1975.

Aufgabe der Untersuchung

Zurückblickend sieht PETER SALADIN in der «modernen Orts-, Regional- und Landesplanung» den «entscheidenden Angriff» auf das private Grundeigentum¹. HANS HUBER hat bereits früher einen unlösbaren Widerspruch zwischen Planung und Eigentumsgarantie² festgestellt und ARTHUR MEYER-HAYOZ kündete vor Jahren die Aufgabe an, Sinn und Funktion des Privateigentums «im Spannungsfeld Planung–Freiheit» neu zu überdenken³. Selbst das Bundesgericht sprach einmal davon, die neuartigen Rechtsinstitute des modernen Planungsrechtes setzten eine «gewandelte Konzeption des Eigentums» voraus⁴. Der eidgenössische Verfassungsgesetzgeber hat das Spannungsverhältnis zwischen Eigentum und Raumplanung seinerseits gesehen. Er stellte sich mit der verfassungsrechtlichen Ordnung der Eigentumsgarantie und der Raumplanung die Aufgabe, die Grundlage für eine gesetzliche Regelung und damit für einen dem Wandel der Zeit folgenden Ausgleich im Spannungsfeld zwischen Planung und Eigentum zu schaffen. Auch auf kantonaler Ebene bemühen sich die Gesetzgeber, neue gesetzliche Grundlagen für die Raumplanung zu erlassen und dieser die unerläßlichen Instrumente zur Verfügung zu stellen, gleichzeitig aber das Maß der Eingriffe in das Eigentum ordnend zu bestimmen. In den eidgenössischen und kantonalen parlamentarischen Beratungen hat sich eindrücklich erwiesen, wie unsicher die Gesetzgeber in diesen Fragen sind. Auch die bundesgerichtliche Rechtspre-

¹ SALADIN, Grundrechte (1. Aufl. 1970), S. 113.

² HANS HUBER, Nutzungsplanung und Eigentumsgarantie, SJZ 1945, S. 314.

³ MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Bd. IV, 1. Abt., 1. Teilb. (Das Eigentum), S. 122 ff.

⁴ Zbl 1961, S. 75. Vgl. neuerdings BGE 99 Ia 617.

chung, die sich mit Umsicht und vorwärtsschreitend bemüht, eine Fortentwicklung des Planungsrechtes zu ermöglichen, ist nicht frei von Fragestellungen, die zeigen, wie sehr es an einer systematischen Übersicht und Durchdringung der Probleme mangelt, welche dem Gesetzgeber und der Rechtsprechung wie auch den Verwaltungsinstanzen erlauben würden, die immer wieder auftauchenden Einzelprobleme einzuordnen und von einer gesicherten Grundlage her anzugehen⁵. Daß die allgemeinen Lehren des gewordenen Verwaltungsrechtes nicht ohne weiteres ausreichen, um den Fragestellungen rund um das Verhältnis zwischen Raumplanung und Eigentum gerecht zu werden, versteht sich, da die allgemeinen Lehren wesentlich älter sind als das jüngste Kind unter den großen staatlichen Aufgaben, nämlich die Planung und die Raumplanung im besonderen⁶.

Der Rechtswissenschaft sind viele Aufgaben gestellt. Sie reichen von der Darstellung der Rechtsprechung über die systematische und kommentarmäßige Behandlung des geltenden Rechtes bis zur Erörterung der unzähligen Einzelfragen in Monographien. Erfreulicherweise wurden diese Aufgaben für den Problemkreis des Raumplanungsrechtes und der Eigentumsgarantie sowie ihr gegenseitiges Verhältnis in der Schweiz nicht vernachlässigt, auch wenn die Fülle der offenen Fragen noch eine laufende Weiterung

⁵ Eine Darstellung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung findet sich bei SALADIN, Grundrechte, S. 113, 159 ff., und ferner bei ALFRED KUTTLER, Der Beitrag des Bundesgerichts an die Entwicklung des Raumplanungsrechts, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, S. 177 ff. Die parlamentarischen Beratungen zum Bundesverfassungsartikel über die Raumplanung sind zusammengefaßt und gewürdigt bei AUBERT/JAGMETTI, Die Verfassungsmäßigkeit des Entwurfes vom 14. Oktober 1970 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, Gutachten vom 28. Mai 1971, S. 135 ff.

⁶ Die Raumplanung wurde in der Schweiz in den Jahren nach 1930 als staatliche Aufgabe postuliert. Aktuelle Bedeutung hat sie in den Jahren nach 1950 erlangt. Eine umfassende Nutzungsplanung kam erst in den Jahren nach 1960 auf. Daß staatliches Handeln geplantes Handeln ist, wurde demgegenüber bereits früher erkannt. Die Planung als Koordination von Staatstätigkeiten ist nicht neu (Straßenplanung usw.). Die allgemeinen Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechtes gehen auf den Beginn des 20. Jahrhunderts zurück. Für die Schweiz waren

der Literatur erwarten läßt. Das was aussteht, das ist eine systematisch-dogmatische Behandlung der Planung, der Raumplanung und insbesondere der Raumplanung in ihrem Verhältnis zur Eigentumsgarantie. In diesem Sinne ist der Jurisprudenz die umfassende Aufgabe gestellt, das Phänomen der Planung und die staatliche Tätigkeit der Raumplanung – vorweg ihr Verhältnis zur Eigentumsgarantie – bezüglich der normativen Aspekte zu erfassen und so zu durchdringen, daß ein Fundament gesicherter Kenntnisse (Erkenntnisse) geschaffen werden kann, das die Behandlung von Problemkreisen erleichtert. Einer so verstandenen systematischen und gleichzeitig dogmatischen Behandlung der Probleme möchten wir uns zuwenden, im Bewußtsein, daß es sich um einen Versuch handelt, ein Versuch aber, der unternommen werden muß, wollen wir nicht Gefahr laufen, mit den Kenntnissen von gestern die Probleme von morgen zu lösen. Dort, wo aus methodischen Gründen auf positives Recht abgestellt werden muß, wird auf das schweizerische Recht Bezug genommen. Um einen Versuch handelt es sich auch deshalb, weil wir noch nicht über hinreichende Erfahrungen mit der modernen Raumplanung verfügen⁷. Wir können aber einen Marschhalt einlegen, uns besinnen sowie Zeit und Raum für neue Fragestellungen schaffen.

FLEINERS Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts bestimmend. Siehe FRITZ FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 2. Neudruck, Aalen 1963.

⁷ Noch vor wenigen Jahren verfügten mehrere Kantone nicht über ein kantonales Raumplanungsrecht, das die Grundlage für eine den ganzen Raum erfassende Nutzungsplanung bildet.

Einleitung

§ 1. Neue Fragestellungen

A. Veränderte Rechtslage

1. Der schweizerische Juristenverein hat sich bereits im Jahre 1947 den Rechtsfragen der Landesplanung zugewandt⁸. Dies war gemessen am damaligen Stand der Lehre von der Raumplanung und der Gesetzgebung in Bund und Kantonen ein erfreulich frühzeitiger Gewissensaufruf, bei der Bewältigung der Probleme der Orts-, Regional- und Landesplanung die normativen Anforderungen zu beachten. Die Referate und die Diskussion haben ihre Wirkung auf die Rechtswissenschaft nicht verfehlt. Lange bevor größere Lehrbücher zur Raumplanung verfaßt wurden, erschienen zahlreiche juristische Abhandlungen, unter denen die Arbeit von SCHAUMANN über die Landesplanung vor allem deshalb herausragt, weil sie von den Raumplanern als grundlegendes Werk anerkannt wurde⁹. So kann den Juristen – mindestens für die Schweiz – nicht vorgeworfen werden, sie hätten sich verhältnismäßig spät in die Planungsdiskussion eingeschaltet. Im Gegenteil darf festgehalten werden, daß die Orts-, Regional- und Landesplanung in der Schweiz in den frühen fünfziger und bis hinein in die sechziger Jahre von den *Juristen* mindestens mitgetragen wurde¹⁰. Sodann hat sich die Rechtslehre

⁸ REICHLIN, Rechtsfragen der Landesplanung, ZSR 1947, S.171 aff.; BÉGUIN, Questions juridiques concernant le plan d'aménagement national et régional, S. 349 aff.

⁹ SCHAUMANN, Die Landesplanung im schweizerischen, englischen und französischen Recht.

¹⁰ Es waren vor allem die kantonalen Baujuristen, welche die Orts-, Regional- und

mit Nachdruck dem Problemkreis des Privateigentums zugewandt und von daher die Frage nach dem Verhältnis zwischen Raumplanung und Eigentum aufgeworfen.

2. Ein Rückblick auf die jüngere Geschichte zeigt eine lebhaft entwickelte Entwicklung¹¹. In den *fünfziger Jahren* war die Rechtslage auf dem Gebiet der Orts-, Regional- und Landesplanung durch zwei Bestimmungsfaktoren gekennzeichnet. Die Planung spielte sich weitgehend auf der kommunalen Ebene ab. Eine rechtlich erfaßbare Regionalplanung gab es kaum, was nicht heißt, daß nicht bereits zahlreiche Regionalplanungsstudien durchgeführt wurden. Von der Notwendigkeit einer Kantonalplanung war weder in der Literatur noch in den Gesetzen die Rede. Die Planung selbst begnügte sich im wesentlichen mit einer Ordnung des Baugebietes und war in diesem Sinne Bauplanung. Im Vordergrund der Planungsmittel stand der Zonenplan, welcher vorwiegend nach polizeilichen Kriterien der konkreten Gefahrenabwehr das Baugebiet in immisionsunterschiedliche Zonen unterteilte¹².

Landesplanung praktisch und theoretisch gefördert haben, wenn auch zu oft einengend unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses zur Eigentumsgarantie.

¹¹ Die neuere Entwicklung des schweizerischen Raumplanungsrechtes ist aufgezeigt bei: KUTTLER, Vom Bauplanungsrecht zum Raumordnungsrecht, S. 145 ff.; ROSENSTOCK, Aktuelle Aspekte der Fortbildung des schweizerischen Planungsrechts, S. 171 ff.; RICCARDO L. JAGMETTI, Neue Tendenzen im zürcherischen Bau- und Planungsrecht, Zbl 1965, S. 2 ff.; MAX HOFSTETTER, Geltendes und werdendes Baurecht von der Bauzonenplanung zur Flächennutzungsplanung, Zbl 1956, S. 52 ff. und 553 ff. – Zur früheren Geschichte siehe REICHLIN, S. 199 a. Die Geschichte der schweizerischen Raumplanung ist dargestellt bei ERNST WINKLER, Raumordnung und Landesplanung, in: Handwörterbuch der Raumforschung und Raumordnung, Hannover 1970, S. 2853 ff.

¹² Vgl. beispielsweise: Gesetz über das Bauwesen des Kantons Solothurn vom 10. Juni 1906, mit den Änderungen vom 10. Dezember 1911, 8. Juli 1959 und 24. Mai 1964; Baugesetz für den Kanton Glarus vom 4. Mai 1952; Loi sur les constructions du 12 février 1957, République et Canton de Neuchâtel, das einige kantonale Sachpläne kennt; Baugesetz des Kantons Nidwalden vom 30. April 1961; im ähnlichen Sinne Baugesetz für den Kanton Appenzell I. Rh. vom 28. April 1963, das weder die Kantonal- noch die Regionalplanung kennt, das jedoch eine Ausscheidung Siedlungsgebiet-Nichtsiedlungsgebiet vornimmt und somit zwischen den Zeiten steht.

3. In den *sechziger Jahren* und bis in die beginnenden *siebziger Jahre* wurde in vermehrtem Maße neben der Gemeinde die Region als Planungsträger in den Vordergrund gestellt. Diese wurde ermächtigt, regionale Richtpläne zu erlassen und/oder einzelne konkrete raumbedeutsame Aufgaben interkommunal zu lösen¹³. In den kommunalen Bauplanungen wurden auch Bauverbotszonen vorgesehen: Freihaltezonen, Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen, Schutzzonen, Grünzonen usw. Dazu kamen zahlreiche Spezialzonen wie Kurzonen, Skipistenzonen usw. Die öffentliche Zonenplanung sprengte damit den ursprünglichen Charakter der reinen Bauzonenplanung und begann – Schritt für Schritt – mit der zonenplanmäßigen Erfassung des ganzen Gemeindegebietes. Noch wurden aber weite Gebiete dem Rechtsstatus des «Übrigen Gebietes» unterstellt; darunter wurde dasjenige Gebiet verstanden, das der späteren Planung vorbehalten blieb und weder einer Bauzone noch einer Spezialzone zugeordnet war. In den *sechziger Jahren* wurden also die Beschränkungen einerseits auf die örtliche Planung und andererseits auf die reine Bauordnungsplanung im Sinne der polizeilich motivierten Planung durchbrochen und wohlfahrtspolitische Aspekte mitberücksichtigt.

4. Zu Beginn der *siebziger Jahre* ging die Entwicklung einen wesentlichen Schritt weiter. Die neueren kantonalen Planungsgesetze ordnen die Frage nach den Planungsträgern grundsätzlich neu und übertragen die Planungspflicht neben den Gemeinden und den Regionen zusätzlich dem Kanton¹⁴. Gleichzeitig versuchen sie, eine

¹³ Vgl. beispielsweise: Baugesetz des Kantons Freiburg vom 15. Mai 1962; Bau- und Planungsgesetz des Kantons Graubünden vom 26. April 1964 (in der Zwischenzeit ersetzt durch das Raumplanungsgesetz für den Kanton Graubünden vom 20. Mai 1973); Baugesetz des Kantons Schaffhausen vom 9. November 1964; Baugesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 15. Juni 1967, das allerdings die Regionalplanung zur Aufgabe des Kantons – in Zusammenarbeit mit den betroffenen Gemeinden – erklärt; Baugesetz des Kantons Schwyz vom 30. April 1970; Baugesetz des Kantons Uri vom 10. Mai 1970; Baugesetz des Kantons Obwalden vom 4. Juni 1972; Baugesetz des Kantons Zug vom 18. Mai 1974.

¹⁴ Baugesetz des Kantons Bern vom 7. Juni 1970; Baugesetz des Kantons Luzern vom 15. September 1970; Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971; Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz) des

gesetzliche Regelung der durchgehenden Planung im Verhältnis zwischen Kanton – Region – Gemeinden im Sinne der vertikalen Koordination zu finden. Hinsichtlich der materiellen Seite der Planung trat neben die für das Grundeigentum verbindliche Zonenplanung die kantonale und regionale Richtplanung. Gleichzeitig wurde die kommunale Zonenplanung zu einer das ganze Gemeindegebiet erfassenden Nutzungsplanung umgestaltet und der einseitige Zusammenhang zur Bauzonenplanung – bewußt oder unbewußt – weitgehend aufgehoben. Bei der Unterscheidung der Zonenarten verlor das Motiv der polizeilichen Gefahrenabwehr, das insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Immissionsproblems stand, an Bedeutung. Die Unterscheidung der Zonen sollte fortan anderen Kriterien folgen, vorweg solchen der Ausrichtung der Nutzung auf eine sparsame Verwendung des Bodens im ganzen Raum des Planungsträgers.

5. Die letzte Phase der kantonalen Entwicklung der Orts-, Regional- und Landesplanung und ihrer rechtlichen Regelung wurde auf Bundesebene durch den Erlaß der *Verfassungsartikel 22^{ter} und 22^{quater} BV* überlagert, durch welche einerseits die Gewährleistung der Eigentumsgarantie formaliter in die Bundesverfassung aufgenommen und andererseits der Bund zur Grundsatzgesetzgebung über die Raumplanung ermächtigt wurde¹⁵. Die Vorarbeiten zu einem

Kantons St. Gallen vom 6. Juni 1972; Raumplanungsgesetz für den Kanton Graubünden vom 20. Mai 1973; Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht des Kantons Zürich vom 7. September 1975.

¹⁵ Art. 22^{ter} BV:

«Das Eigentum ist gewährleistet.

Bund und Kantone können im Rahmen ihrer verfassungsmäßigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse die Enteignung und Eigentumsbeschränkungen vorsehen.

Bei Enteignung und bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, ist volle Entschädigung zu gewährleisten.»

Art. 22^{quater} BV:

«Der Bund stellt auf dem Wege der Gesetzgebung Grundsätze auf für eine durch die Kantone zu schaffende, der zweckmäßigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes dienende Raumplanung.

Er fördert und koordiniert die Bestrebungen der Kantone und arbeitet mit ihnen zusammen.

Bundesgesetz über die Raumplanung beeinflussten die laufende kantonale Rechtsentwicklung nachhaltig, wie umgekehrt in den Entwurf zum Bundesgesetz über die Raumplanung der Stand der neueren kantonalen Planungsgesetze einfloß¹⁶. Dieses Bundesgesetz verpflichtet die Kantone zur Durchführung der Kantonalplanung und verlangt die raumplanerische Erfassung des ganzen Raumes des Planungsbezugsgebietes und den Einbezug aller raumrelevanten Entscheidungen und Handlungen. Es löst die Aufgabe der Raumplanung von der einseitigen Verbindung zur Bauzonenplanung und stellt die zweckmässige Nutzung des Bodens in den Vordergrund. Mit der Schaffung der Verfassungsgrundlage für die Raumplanung wird die verfassungsmässige Voraussetzung für die Einführung der Landwirtschaftszone als gegeben erachtet. Außerdem wird der Bund zur Planung seiner raumbedeutsamen Aufgaben verpflichtet, so daß neben die Gemeinden, Regionen und Kantone auch der Bund als Planungsträger tritt.

6. Parallel zur Fortentwicklung des Planungsrechtes nahm der eidgenössische Gesetzgeber in zahlreichen weiteren Rechtsgebieten Regelungen vor, welche die räumlichen Auswirkungen staatlichen Handelns ordnen oder die Voraussetzungen privaten Verhaltens unter raumordnungspolitischen Anforderungen umschreiben. Von besonderer Bedeutung ist das *Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung* vom 8. Oktober 1971¹⁷. Danach dürfen Bewilligungen für Neu- und Umbau von Bauten und Anlagen aller Art nur innerhalb der Bauzonen, oder, wo solche fehlen, innerhalb des im generellen Kanalisationsprojekt abgegrenzten Gebietes erteilt werden – und zwar nur dann, wenn der Anschluß an die Kanalisation gewährleistet ist. Baubewilligungen für Gebäude

Er berücksichtigt in Erfüllung seiner Aufgaben die Erfordernisse der Landes-, Regional- und Ortsplanung.»

Vgl. ferner Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22^{ter} und 22^{quater} vom 15. August 1965, BBl 1967 II, S. 133ff.

¹⁶ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die Raumplanung vom 31. Mai 1972, BBl 1972 I, S. 1435ff.; Bundesgesetz über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974, BBl 1974 II, S. 816ff.

¹⁷ Art. 19 und 20; SR 814.20.

und Anlagen außerhalb des im generellen Kanalisationsprojektes abgegrenzten Gebietes dürfen nur erteilt werden, sofern der Gesuchsteller ein sachlich begründetes Interesse nachweist und wenn die Ableitung und Reinigung oder eine andere zweckmäßige Beseitigung der Abwässer festgelegt ist und die Zustimmung der kantonalen Fachstelle für Gewässerschutz vorliegt. Durch das *Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz* vom 4. Oktober 1974¹⁸ wird die Erschließung und Sicherung von Land für den Wohnungsbau geregelt, wobei die Grob- wie die Feinerschließung als öffentliche Aufgabe geregelt und die Beitragspflicht an die Groberschließung sowie die Überbindung der Kosten für die Feinerschließung auf die Grundeigentümer vorgeschrieben wird. Sodann wird die Pflicht zur Durchführung von Bauland- und Grenzregulierungen statuiert.

Diese beiden Gesetze stehen als Beispiele für zahlreiche weitere Gesetzgebungswerke, wie die Bundesgesetzgebung über den Natur- und Heimatschutz¹⁹, die Forstpolizei²⁰ und beispielsweise dereinst über den Umweltschutz²¹.

7. Das Planungsrecht selbst hat im *Bundesgesetz über Investitionshilfe für Berggebiete* vom 28. Juni 1974²² eine bedeutende Weiterung erfahren²³. Dieses Gesetz verlangt als vorbereitende Maßnahme für Investitionshilfen die Durchführung einer Regionalisierung und das Vorliegen eines Entwicklungskonzeptes. Dieses soll die durch die Investitionshilfe zu erreichenden Ziele angeben und einen Etappenplan zu ihrer Verwirklichung enthalten. Innerhalb

¹⁸ SR 843.

¹⁹ SR 451.

²⁰ SR 921.0.

²¹ Art. 24^{septies} BV; HANS-ULRICH MÜLLER (Herausgeber), Schweizerisches Umweltschutzrecht, Zürich 1973, S. 520 ff.; THOMAS FLEINER, Rechtsgutachten über die Verfassungsmäßigkeit des Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 18. Dezember 1973, WuR 1975, S. 201 ff.

²² SR 901.1.

²³ Das Investitionshilfegesetz führt neu die «Entwicklungsplanung» als staatliche Aufgabe ein. Es handelt sich um eine volkswirtschaftlich orientierte Planung. Das Besondere an der Art der Regelung ist die gesetzliche Festlegung der materiellen Planungsidee der Bildung von Regionalzentren. Diese einseitige Ausrichtung auf ein Planungsziel unter Vernachlässigung möglicher Zielkonflikte kann sich als Nachteil erweisen.

der Region sind durch die kantonale Behörde Orte zu bezeichnen, die sich als Wachstumskerne eignen und, soweit nötig, hiezu ausgebaut werden sollen. Das Entwicklungskonzept selbst dient der geordneten systematischen Erschließung der in der Region vorhandenen Entwicklungsreserven. Es hat die Übereinstimmung mit den kantonalen Gesamt- und Teilrichtplänen der Raumplanung nachzuweisen und die Finanzlage sowie die mittelfristige Finanzplanung der beteiligten Gemeinden aufzuzeigen. Damit hat sich das Planungsrecht über die traditionellen Gebiete der Finanz-, der Infrastruktur- und der Raumplanung ausgeweitet²⁴.

8. Überblickt man die neuere Rechtsentwicklung, so fallen zusammenfassend folgende Veränderungen auf:

- Die Bauzonenplanung hat sich zu einer den ganzen Raum erfassenden Nutzungsplanung entwickelt.
- Die Nutzungsplanung wird in einen engen Zusammenhang mit der Infrastrukturplanung (Erschließungsplanung) gebracht.
- Als Planungsträger erscheinen neben den Gemeinden und Regionen neu die Kantone und der Bund.
- Neben das Raumplanungsrecht tritt mit wachsender Bedeutung für die Nutzung des Bodens ein vielgestaltiges sektorales, raumbedeutsames Recht (z. B. Gewässerschutzrecht).
- Die staatliche Planung beschränkt sich nicht mehr auf die traditionellen Bereiche der Finanzplanung und der Infrastrukturplanung. Dazu kommen neuartige Planungsaufgaben wie die Entwicklungsplanung. Die zahlreichen Fachplanungen wie die Gesundheitsplanung, Bildungsplanung, Energieplanung, Verkehrsplanung erlangen erhöhte Bedeutung.

B. Dogmatische Grundfragen

1. Die Aufgabe einer rechtsdogmatischen Arbeit über die Raumplanung und das Eigentum kann sich nicht mit der Feststellung

²⁴ Die Planung als staatliche Tätigkeit ist auch andern Aufgabenbereichen nicht fremd. Die gesetzliche Regelung der Planung beschränkt sich aber weitgehend auf die Finanz-, die Erschließungs- und die Raumplanung.

begnügen, im Bereich des Planungsrechtes und in Auswirkung davon im Bereich der Einwirkungen auf das Eigentum sei alles im Fluß. Sie kann sich auch nicht darauf beschränken, Widersprüche und Widersinnigkeiten in der bisherigen gesetzgeberischen und rechtsanwendenden Praxis aufzuzeigen. Vielmehr besteht ihre Aufgabe darin, die sich stellenden Grundfragen anzusprechen und sie so zu ordnen, daß sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Rechtsanwendung Widersprüche, Lücken und Vernunftwidrigkeiten behoben werden können. Zu diesem Zweck müssen Grundfragen aufgeworfen werden. Von welchen Fragen und alsdann von welchen Begriffen hat der Gesetzgeber auszugehen? Auf welche Grundfragen und welche Begriffe hat der das geltende Recht Anwendende zurückzugehen, wenn er eben dieses geltende, sich aber oft widersprüchlich und unklar ausdrückende positive Recht zu verstehen und sinngemäß anzuwenden versucht? So besehen stellen sich für die Raumplanung und für das Verhältnis zwischen Raumplanung und Grundeigentum einige *Grundfragen*, die einer Klärung bedürfen. Das gegenwärtige Verständnis des Begriffes und des Wesens der Raumplanung wie auch des Eigentums ist wohl deshalb im gegenseitigen Verhältnis nicht überblickbar, weil die dahinterstehenden Vorfragen, die hier als Grundfragen angesprochen werden, nicht gestellt und für die Rechtsordnung bis heute nicht beantwortet worden sind. Damit stehen wir vor der Frage, welches die Grundfragen sind, die einer Klärung bedürfen.

2. Gehen wir von der Tatsache aus, daß die *Raumplanung* als eine Aufgabe des modernen Staates betrachtet wird, so fällt auf, daß die Raumplanung bis heute weitgehend isoliert behandelt, d. h. aus sich selbst heraus verstanden wurde²⁵. Ihre Besonderheiten, ihre Spezifika konnten deshalb nicht deutlich gesehen werden. Dies läßt

²⁵ Weder in der Lehre von der Raumplanung noch in der Lehre von der Planung wurde der Zusammenhang behandelt. Diese Feststellung gilt für die Schweiz. Die Berührungspunkte wurden erstmals systematisch im Bericht «Raumplanung Schweiz» behandelt; ARBEITSGRUPPE DES BUNDES FÜR DIE RAUMPLANUNG, Raumplanung Schweiz, Hauptbericht, Bern 1970, S. 43 ff. Gegenteilig stellt sich die Situation für die Bundesrepublik Deutschland dar, was die Behandlung der Planung durch KAISER belegt; JOSEPH H. KAISER (Herausgeber), Planung, Bd. I–VI, Baden-Baden 1965–1972.

es notwendig erscheinen, vorerst nach dem Begriff und dem Wesen der Planung als einer staatlichen Aufgabe zu fragen und alsdann die Raumplanung mit anderen staatlichen Planungsarten zu vergleichen und abzugrenzen. Von daher sollte es möglich werden, die Raumplanung unter dem Gesichtspunkt des *tertium comparationis* zu sehen und Begriff und Wesen zu bestimmen. Von diesem grundlegenden Begriff lassen sich dann die sekundären Begriffe durch Ableitung aus dem primären gewinnen. Eine andere Frage ist, ob und wie weit diese Begriffe vom geltenden Recht übernommen werden. Die Gegenüberstellung der allgemeinen Begriffe und der positivrechtlichen Ausformungen wird dazu beitragen, die dogmatische Klarheit resp. Unklarheit der geltenden Ordnung zu verdeutlichen und von daher deren Verständnis zu vertiefen, aber auch gleichzeitig Impulse für die künftige Gesetzgebung zu geben.

3. Auch hinsichtlich des *Eigentums* und seiner verfassungsmäßigen Gewährleistung stellen sich Grundfragen, die bis anhin mit dem Hinweis auf die Instituts-, die Bestandes- und die Vermögenswertgarantie als beantwortet erachtet wurden²⁶. Da nun aber die Hypothese im Raume steht, die Eigentumsgarantie befinde sich in einem unlösbaren Widerspruch zur Raumplanung, stellt sich die Grundfrage, ob das vorherrschende Verständnis des Eigentums und seiner Gewährleistung unter dem Gesichtspunkt neuer Staatsaufgaben, wie eben der Raumplanung, aussagekräftig genug

²⁶ Ausgehend von der Eigentumsgarantie wurde die Frage gestellt, welche Anforderungen sie an die Raumplanung stellt. Hingegen blieb die Frage offen, welche Anforderungen die Raumplanung an die Eigentumsgarantie stellt. Zum Verhältnis zwischen Raumplanung und Eigentumsgarantie: GYGI, Eigentumsfreiheit und Landesplanung, S. 273 ff.; ARTHUR JOST, Landesplanung und Eigentumsgarantie, Zbl 1960, S. 4 ff.; PETER LIVER, Landesplanung als rechtspolitisches Problem, in: ETH-Tagung für die Landesplanung, Zürich 1943, S. 138 ff.; HANS HUBER, Nutzungsplan und Eigentumsgarantie, SJZ 1945, S. 313 ff.; ALFRED KUTTLER, Ortsplanung und Eigentumsschutz, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, Basel 1963, S. 179 ff.; HANS SIGG, Planung und Eigentumsgarantie, Zbl 1947, S. 145 ff. – Im übrigen vgl. die grundlegenden Abhandlungen von MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 3), S. 114 f., 122 ff.; SCHAUMANN, Die Landesplanung, S. 197 ff.; REICHLIN, Rechtsfragen der Landesplanung, S. 233 ff.

ist. Es stellt sich die Grundfrage nach dem Begriff und dem Wesen des Eigentums und der Eigentumsgarantie. Gehen wir von der heute – in der schweizerischen Rechtslehre – üblichen Betrachtung aus, so kann die Raumplanung hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf das Eigentum nur als eine Schranke, als eine Eigentumsbeschränkung verstanden werden. Wird aber diese Betrachtungsweise, welche ein präexistentes, unbeschränktes Eigentum voraussetzt, der Frage nach dem Begriff und dem Wesen des Eigentums gerecht, nachdem die Nutzungsplanung als eine wesentliche Ausformung der Raumplanung den Inhalt des Eigentums (Grund Eigentums) und eben gerade nicht die Schranken zu bestimmen scheint²⁷? So besehen muß die Frage nach dem Begriff und dem Wesen des Eigentums und der Eigentumsgarantie neu aufgeworfen werden, auch wenn das geltende schweizerische Recht und die schweizerische Rechtspraxis der Lehre vom Eigentum und seinen Schranken verhaftet sind²⁸.

4. Im Verhältnis zwischen Raumplanung und Eigentum hat sich die herrschende Lehre vor allem des Problems der materiellen Enteignung, d. h. des Minderwertersatzes für rechtmäßige raumplanerische Handlungen angenommen²⁹. Die Grundfrage kann aber nicht sein, ob die Raumplanung unter Umständen Schaden stiftet. Die Grundfrage kann nur sein, welches – in diesem Zusammenhang – die *Einwirkungen auf das Eigentum* sind, und zwar die positiven und die negativen, also die vorteilsgewährenden und die schadenverursachenden. Gerade aber der erstere Aspekt hat bis heute kaum eine dogmatische Klärung erfahren. Die gesetzgeberischen Bestrebungen, das Institut der Mehrwertabschöpfung zu behandeln, sahen sich wohl deshalb unendlichen Schwierigkeiten

²⁷ Zum Eigentum als unbeschränkte Sachherrschaft neuerdings: PASCAL SIMONIUS, Eigentum und Raumplanung, NZZ (Berichterstattung), 25. März 1975, Nr. 70, S. 28.

²⁸ Vgl. im geltenden Recht insbesondere Art. 22^{ter} BV, Art. 641 und 702 ZGB. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist durchwegs vom Eigentum und seinen Schranken die Rede.

²⁹ MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 3), S. 157ff.; PETER HANSJAKOB MÜLLER, Die Eigentumsgarantie und die Enteignung, Diss. Zürich 1966; GUT, Die materielle Enteignung.

gegenüber, weil die Grundfrage nach den Einwirkungen der Raumplanung auf das Eigentum nicht allgemein gestellt und so das Problem der Vorteilsgewährung wie der Schadenverursachung nicht in seiner Grundproblematik gesehen wurde.

5. In allen diesen Fragen der Verhältnisse zwischen Raumplanung und Eigentum geht es selbstverständlich nicht nur um begriffliche und systematisierende Klärungen. Es geht um die *normative Einordnung*, um die verfassungsmäßigen Anforderungen des Rechtsstaates, wie sie an das Verständnis der Raumplanung und der Eigentumsgarantie gestellt werden müssen. Von daher stellen sich Probleme insbesondere der Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit von Eingriffen der Raumplanung in das Eigentum und der Rechtmäßigkeit von Vorteilsabschöpfungen und Minderwertenschädigungen.

6. Die rechtsdogmatischen Grundfragen lassen sich wie folgt zusammenstellen³⁰:

- Begriff und Wesen der Planung und von daher Begriff und Wesen der Raumplanung sowie des Raumplanungsrechtes.
- Begriff und Wesen des Eigentums und von daher Begriff und Wesen der Eigentumsgarantie.
- Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit der Einwirkungen der Raumplanung auf das Eigentum.
- Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit der Abschöpfung von Vorteilen und des Ersatzes von Minderwerten als Folge der Einwirkungen der Raumplanung.

³⁰ Eine nicht rechtsdogmatische Arbeit müßte das Verhältnis zwischen Raumplanung und Eigentumsgarantie vertieft problematisieren; insbesondere wären auch wirtschaftliche, gesellschaftliche und politische Gesichtspunkte zu erwägen. Wie verhalten sich private Sachherrschaft und öffentliche Raumherrschaft zueinander? Kann auch Nicht-Planung zu einer Verletzung des Eigentums führen? Vgl. dazu BINSWANGER, Formen und Funktionen des Eigentums.

§ 2. Übersicht über die traditionelle Betrachtungsweise

A. Vorwiegend zivilistische Betrachtungsweise des Eigentums

1. Die Analyse des Verhältnisses zwischen Raumplanung und Eigentum setzt in der schweizerischen Rechtslehre und Rechtsprechung nicht bei der Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Raumplanung ein, sondern beim Eigentum, wobei die entscheidende Grundfrage nach dem Begriff und dem Wesen des Eigentums unausgesprochen oder ausgesprochen auf das *privatrechtliche Institut des Eigentums* ausgerichtet wird³¹. Die Fragestellung innerhalb des Anknüpfungspunktes an das Eigentum ist also nicht, ob und welche Ausgestaltung das Eigentum durch das Rechtssystem als ganzes erfährt, sondern es wird vorausgesetzt, unter dem Eigentum sei das privatrechtliche Rechtsinstitut des Eigentums zu verstehen. Das Eigentum ist danach die umfassende, rechtlich geschützte Sachherrschaft, welche dem Eigentümer Verfügungsfreiheit verschafft. Von daher entwickelte sich alsdann die Lehre vom Eigentum und seinen Schranken, so daß durchwegs und nunmehr auch auf Verfassungsebene vom Eigentum und den Eigentumsbeschränkungen die Rede ist. Die Annahme eines präexistenten, freien Eigentums und die allgemeine Lehre vom Eigentum und seinen Schranken mußten zur Problemstellung führen, ob die Eigentumsbeschränkungen oder doch gewisse grundlegende Schranken dem Eigentum immanent seien oder nicht. Dort wo die Schrankenlosigkeit bejaht ist, wird die rechtsstaatlich zutreffende Schlußfolgerung gezogen, daß für alle Eigentumsbeschränkungen besondere Rechtsgrundlagen gegeben sein müssen, während diejenige Lehre, welche die Immanenz der Schranken des Eigentums betont, mindestens theoretisch nicht für alle Schranken eine zusätzliche, positivrechtliche Norm voraussetzen muß. Ohne auf die Lehre vom privaten Eigentum und seinen Schranken bereits näher einzutreten,

³¹ SIMONIUS, Eigentum und Raumplanung (oben Anm. 27); MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 3), S. 92ff.; ROBERT HAAB, Zürcher Kommentar, Das Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich 1929ff., Bd. IV, 1. Teil, Art. 641, S. 40, der die einseitig zivilistische Betrachtungsweise kritisiert.

ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, daß der Ansatz beider Lehren von der Immanenz und der Transzendenz der Schranken des Eigentums beim privatrechtlichen Institut des Eigentums, also bei der umfassenden, rechtlich geschützten Sachherrschaft liegt³².

2. Die *öffentlichrechtliche Betrachtung des Eigentums* beschränkt sich in der Regel auf die Frage nach der verfassungsmäßigen Gewährleistung des Eigentums, die wesensmäßig eine öffentlichrechtliche ist. Die Funktion des öffentlichen Rechts ist darauf ausgerichtet, das privatrechtliche Institut des Eigentums zu schützen, das heißt das privatrechtliche Institut des Eigentums zu gewährleisten³³. In einem zweiten Schritt erachtet es dann die Rechtslehre als gegeben, daß die im privatrechtlichen, vorgegebenen Rechtsinstitut des Eigentums liegende Verfügungs- und Nutzungsfreiheit durch das private und das öffentliche Recht beschränkt werden kann. Art. 641 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches formuliert diese Sicht, indem diese Bestimmung festhält, der Eigentümer einer Sache könne nur innerhalb der Schranken der Rechtsordnung über diese nach seinem Belieben verfügen³⁴. Gegenüber der privatautonom bestimmten Sachherrschaft gibt es also in der positivrechtlichen Ausgestaltung nicht nur privatrechtliche, sondern auch öffentlichrechtliche Schranken. Diese Schranken sind nach dieser Betrachtungsweise, auch wenn sie öffentlichrechtliche sind, immer als Beschränkungen zu verstehen, welche das privatrechtliche Institut des Eigentums nicht aufheben dürfen, sondern eben nur beschränken können. Damit stellt sich notwendigerweise die Frage, wie weit diese Beschränkungen gehen dürfen, ohne das privatrechtliche Institut des Eigentums aufzuheben oder im wesentlichen Kern auszuhöhlen.

Die Beurteilung dieser Frage kann einerseits aus dem Privatrecht heraus erfolgen, in Auslegung und Anwendung von Art. 641 ZGB, oder aber unter dem Gesichtspunkt der öffentlichrechtlichen

³² Zur Lehre vom Eigentum und seinen Schranken siehe unten S. 138 ff.

³³ GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 507 ff.; AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, S. 757 ff.; ANDRÉ GRISEL, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970, S. 357 ff.

³⁴ Noch deutlicher in Art. 702 ZGB.

Gewährleistung dieses privatrechtlichen Instituts. Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung haben sich zwar darauf ausgerichtet, das zulässige Maß der Beschränkungen des privatrechtlichen Institutes des Eigentums sub specie der Eigentumsgarantie zu betrachten, also unter dem Gesichtspunkt der öffentlichrechtlichen, verfassungsmäßigen Gewährleistung des privatrechtlichen Institutes des Eigentums. Bevor jedoch diese Fragestellung durch das Bundesgericht aufgenommen wurde, begnügten sich Lehre und Rechtsprechung mit dem allgemeinen, feststellenden Satz, daß der Bestand des Eigentums durch die Gesetzgebung bestimmt wird, was nichts anderes bedeutet, als daß der einfache Gesetzgeber durch beliebig viele und beliebig intensive positivrechtliche Schranken das Eigentum beschränken und von daher letztlich auch inhaltlich bestimmen kann. Das privatrechtliche Institut des Eigentums wurde unter den Vorbehalt der Gesetzgebung gestellt, der privatrechtlichen und der öffentlichrechtlichen. In diesem Sinne wurde die Eigentumsgarantie als *Bestandesgarantie* aufgefaßt, welche die einem privaten Rechtssubjekt zustehenden privaten und öffentlichrechtlichen Vermögensrechte nach Maßgabe der Ordnung des Eigentums und seiner Schranken durch Ausschluß staatlicher Eingriffe gewährleistet³⁵. Von daher sind solche Aussagen wie die folgenden zu verstehen:

«Die Eigentumsgarantie schützt das Eigentum nur nach Maßgabe des Gesetzes oder in den Schranken der Rechtsordnung.»
«Der Gesetzgeber ist ermächtigt, den Inhalt der subjektiven Rechte durch die Gesetzgebung zu ändern; er hat die umfassende Kompetenz, das Eigentum objektiv zu regeln.»³⁶ Von daher ist es auch verständlich, in welcher intensiver Art und Weise in der Lehre im-

³⁵ Zur Bestandesgarantie vgl. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 3), S. 134ff. Zur Entwicklung der Lehre von der Bestandesgarantie in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 116ff.; Eingriffe in das Eigentum sind mit der Bestandesgarantie vereinbar, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen, wenn dafür ein erhebliches öffentliches Interesse besteht und der Eingriff nicht weitergeht, als es dieses öffentliche Interesse gebietet (BGE 99 Ia 37).

³⁶ BGE 16, 693ff.; 17, 52ff.; 28 I 176ff.; 29 I 390ff.; 37 I 503ff.; 74 I 41ff.; 82 I 106; 96 I 126.

mer wieder der Vorzug der Rechtslage betont wird, das Eigentum den Anforderungen der Zeit anpassen und die privaten und öffentlichen Interessen bei wechselnden Anforderungen der tatsächlichen Entwicklung ausgleichen zu können³⁷.

3. Diese Auflösung des Eigentums in eine fließende Ordnung mußte Schranken finden. Von daher wurde bei der verfassungsmäßigen Interpretation der Eigentumsgarantie die Lehre von der *Institutsgarantie* entwickelt, welche verlangt, daß die Rechtsordnung eine Eigentumsordnung schafft und erhält, die qualitativ und quantitativ dem Privaten sein Eigentum in dem Ausmaße sichert, das für eine freiheitliche Ordnung erforderlich ist³⁸. Sie bedeutet in ihrem Kern eine Bindung des Gesetzgebers an das Institut des privaten Eigentums, der nicht ermächtigt ist, auf dem Wege der Gesetzgebung das Eigentum beliebig einzuschränken. Das Eigentum muß in seiner Substanz unberührt bleiben. Dem Wandel der Zeit ist nurmehr die konkrete Ausgestaltung des Eigentums unterworfen, nicht aber der eigentliche Wesensgehalt. Der Staat darf sich deshalb insbesondere nicht die wichtigsten Entscheidungsbefugnisse anmaßen. Dem Eigentümer muß ein Mindestmaß echter Verfügungsgewalt im Sinne der umfassenden Sachherrschaft verbleiben. Die Lehre von der Institutsgarantie ist aber nicht sehr wirksam geworden, weil es nicht gelungen ist, den Wesenskern des Eigentums zu umschreiben. Sie ist auch deshalb fragwürdig geblieben, weil der allgemeine Lehrsatz, wonach das Eigentum seine Ausgestaltung durch das positive Recht erfahre, nicht grundsätzlich in Frage gestellt wurde, sondern aufrechterhalten blieb. Immerhin wurde allgemein anerkannt, daß der Gesetzgeber in der

³⁷ Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang von der Elastizität des Eigentums, die nicht nur gegenüber privatrechtlichen, sondern auch gegenüber öffentlich-rechtlichen Schranken spielt; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 3), S. 102.

³⁸ Zur Entwicklung der Lehre von der Institutsgarantie vgl. SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 119f.; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 3), S. 128ff. BGE 99 Ia 37: «Vor der Institutsgarantie halten nur solche Eingriffe stand, die den Wesenskern des Privateigentums als fundamentale Einrichtung der schweizerischen Rechtsordnung unangetastet lassen.» Vgl. auch BGE 96 I 558ff. mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre.

Ausübung seiner Kompetenz, das Eigentum zu beschränken, an die Eigentumsgarantie im Sinne der Institutsgarantie gebunden ist³⁹.

4. Lehre und Rechtsprechung, die im wesentlichen vom privaten Eigentum und seinen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Schranken sowie der Gewährleistung des Eigentums im Sinne der Institutsgarantie, der Bestandes- und der Vermögenswertgarantie ausgingen, mußten sich in der Folge mit *zwei Grundfragen* auseinandersetzen, nämlich mit den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Eigentumsbeschränkungen und mit dem Problem der Entschädigungsgewährung bei rechtmäßigen Eingriffen in das Eigentum. Es versteht sich, daß eine Lehre, welche vom Eigentum und seiner Beschränkung ausgeht, das Problem der Wertschöpfung durch öffentlichrechtliche Maßnahmen in seiner vollen Tragweite nicht erkennen konnte.

Die Lehre und die Rechtsprechung betrachten die *Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen* unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie und sehen diese in den Erfordernissen der gesetzlichen Grundlage und des öffentlichen Interesses. Außerdem ist im Falle materieller Enteignung volle Entschädigung zu gewähren. Diese Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sind heute als verfassungsrechtliche positivrechtlich festgehalten (Art. 22^{ter} BV).

a) Die *Voraussetzung der gesetzlichen Grundlage* für Eigentumsbeschränkungen wird von der Lehre und der Rechtsprechung im materiellen Sinne verstanden⁴⁰. Demnach ist dieser Rechtmäßigkeitsvoraussetzung Genüge getan, wenn ein Gesetz im materiellen

³⁹ Wie weit der Gesetzgeber durch die Eigentumsgarantie als Institutsgarantie gebunden ist, ist nach wie vor zu wenig geklärt. Das Problem ist vertieft angesprochen bei IMBODEN, Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Privateigentums, in: Staat und Recht, S. 537ff. – BGE 96 I 126; 99 Ia 37.

⁴⁰ Zur Lehre von der gesetzlichen Grundlage SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 157ff.; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 3), S. 143ff. Zur Rechtsprechung vgl. BGE 88 I 173; 89 I 464ff. Die Formulierung in Art. 22^{ter} Abs. 2 BV, wonach Bund und Kantone die Enteignung und Eigentumsbeschränkungen auf dem «Wege der Gesetzgebung» vorsehen können, brachte keine Änderung gegenüber der bundesgerichtlichen Rechtsprechung; vgl. dazu Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22^{ter} und 22^{quater} vom 15. August 1967, BBl 1967 II, S. 144.

Sinne gegeben ist, wenn die Eigentumsbeschränkung auf einer generell-abstrakten Norm, einem Rechtssatz beruht. Dieses Erfordernis wurde zunächst ganz allgemein aus der Lehre vom Eigentum und seinen Schranken abgeleitet, welche durch die Rechtsordnung geschaffen werden können. Es darf aber darin der rechtsstaatliche Grundsatz des Legalitätsprinzipes gesehen werden, welcher die Bindung an das Gesetz im materiellen Sinne vorschreibt. Das Bundesgericht verlangte in der Folge für diejenigen Eigentumsbeschränkungen, die einen besonders schweren Eingriff darstellen, eine klare gesetzliche Grundlage⁴¹. Dadurch sollte verhindert werden, daß Kantone und Gemeinden schwerwiegende Eingriffe in das private Eigentum unter Berufung auf bereits ältere gesetzliche Grundlagen rechtfertigen. Die weitere, zusätzliche Voraussetzung der Neuartigkeit des Eingriffes wurde später in Frage gestellt und dann auch fallengelassen⁴². Die verbleibende Voraussetzung des schwerwiegenden Eingriffes wurde aus der Eigentumsgarantie abgeleitet, ohne daß aber der innere, logische Zusammenhang verdeutlicht wurde. Aus dem Legalitätsprinzip kann nur geschlossen werden, daß die Eigentumsbeschränkung auf gesetzlicher Grundlage beruhen muß, unabhängig davon, ob die Eigentumsbeschränkung eine schwerwiegende oder weniger schwerwiegende ist⁴³. Als ein besonderes Problem erwies sich die Frage, ob der Bau- und Raumplan als selbständige gesetzliche Grundlage genüge. Lehre und Rechtsprechung haben dies bejaht, wobei jedoch nicht hinreichend geklärt wurde, welches die Funktion des Planes ist, wie weit der Bau- und Raumplan nach seinem Inhalt einer materiell gesetzlichen Grundlage bedarf oder ob er allein aufgrund einer Kompetenznorm erlassen werden kann⁴⁴.

⁴¹ BGE 74 I 147 ff.; 76 I 329 ff.; 77 I 211 ff.; 81 I 26 ff.; 85 I 225 ff.; 88 I 173 ff.; 89 I 103 ff.; 89 I 461 ff.; 91 I 329 ff.

⁴² BGE 91 I 329 ff.; 93 I 247 ff.

⁴³ Die Voraussetzung der klaren gesetzlichen Grundlage ist kritisiert worden, insbesondere durch CLAUDE BONNARD, *La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de garantie de la propriété*, ZBJV 1965, S. 135 f.

⁴⁴ BGE 90 I 345; 94 I 336 ff. und 347 ff. Siehe dazu SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, S. 164 ff.

b) *Das öffentliche Interesse* als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen ist in Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt. Danach müssen Eingriffe in das Privateigentum spezifischen, konkreten öffentlichen Interessen dienen⁴⁵. Dies heißt aber nichts anderes, als daß die über die privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen hinausgehenden Eigentumsbeschränkungen, welche öffentlichrechtlicher Natur sind, einem qualifizierten Erfordernis genügen müssen, um vor der Eigentumsgarantie standhalten zu können. Nicht jede öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung liegt mithin im öffentlichen Interesse. So besehen muß das Rechtmäßigkeitserfordernis des öffentlichen Interesses als unbestimmter Rechtsbegriff sorgfältig erwogen werden. Negativ ausgeschlossen wurden die rein privaten und die fiskalischen Interessen. Positiv haben weder Lehre noch Rechtsprechung eine inhaltliche Umschreibung gefunden, die dem qualifizierenden Erfordernis genügen würde. Zu Recht wurde auf diesen Mangel aufmerksam gemacht⁴⁶. Man kann sich fragen, ob der Begriff glücklich gewählt ist, da er zu nahe bei den Begriffen des öffentlichen Rechts und der öffentlichen Aufgabe liegt, welche mit dem öffentlichen Interesse in Verbindung gebracht werden können. Zutreffender dürfte es sein, von einem qualifizierenden Erfordernis des Gemeinwohls zu sprechen. Damit würde verdeutlicht, daß nicht jede öffentliche Aufgabe aufgrund öffentlichen Rechts von vornherein, auch wenn sie im öffentlichen Interesse liegen mag, dem besonderen Erfordernis eines qualifizierten Gemeinwohls genügt.

c) Mit dem Begriff des öffentlichen Interesses verbindet sich das *Prinzip der Verhältnismäßigkeit*, das die Verhältnismäßigkeit zwischen Ziel und Mittel und das Überwiegen der öffentlichen gegen-

⁴⁵ MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 3), S. 149ff.; SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 146ff. Die Voraussetzung des öffentlichen Interesses ist nunmehr auch verfassungsrechtlich gefordert; Art. 22^{ter} Abs. 2 BV.

⁴⁶ HANS HUBER, Das Gemeinwohl als Voraussetzung der Enteignung (1964), in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, S. 492ff.; DERSELBE, Öffentlichrechtliche Gewährleistung, Beschränkung und Inanspruchnahme privaten Eigentums in der Schweiz (1960), ebenda, S. 254ff.

über privaten Interessen verlangt. Dieses Prinzip verdient als allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsatz selbständige Bedeutung und ist deshalb nicht nur im Zusammenhang der Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des öffentlichen Interesses für Beschränkungen des Eigentums zu erwägen⁴⁷.

5. Als eine weitere «Voraussetzung» erscheint in der Lehre und der Rechtsprechung die *Gewährung von Entschädigung im Falle materieller Enteignung*⁴⁸. Man kann sich fragen, ob es sich um eine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Eigentumsbeschränkungen handelt, da die Entschädigungsgewährung eine Folge eines an sich rechtmäßigen Eingriffes in das Eigentum darstellt. Gestützt auf Verfassungsartikel 22^{ter} BV ist positivrechtlich anerkannt, daß bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, volle Entschädigung zu gewähren ist. E contrario ist zu schließen, daß für andere Eigentumsbeschränkungen, auch wenn sie Vermögenswerte beeinträchtigen, keine Entschädigung zu gewähren ist. Mit Rücksicht auf diese Rechtslage ist fraglich, unter welchen Voraussetzungen eine materielle Enteignung vorliegt. Positivrechtlich entschieden ist, daß sich die Gewährung der Entschädigung

⁴⁷ GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 293, 513. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit richtet sich auch an den Gesetzgeber. Es ist sodann im gesetzesfreien Raum des Ermessens von Bedeutung. Nur wenn das Prinzip selbständig betrachtet wird, kann die Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Intensität des Eingriffes umfassend geprüft werden. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, S. 763.

⁴⁸ Die bundesgerichtliche Formel ist in dieser Hinsicht unklar: «Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen dürfen nach Art. 22^{ter} BV dem Eigentümer nur auferlegt werden, wenn für sie eine gesetzliche Grundlage besteht und sie im öffentlichen Interesse liegen. Sie müssen, falls sie in ihren Wirkungen einer Enteignung gleichkommen, gegen Entschädigung erfolgen» (BGE 98 Ia 46). Das schweizerische Recht kennt im Gegensatz zum deutschen Verfassungsrecht die sogenannte Junktimklausel nicht (Art. 14 Abs. 3 Grundgesetz). Der Erlaß, welcher die Beschränkung regelt, muß daher die Entschädigungspflicht nicht anordnen. Vgl. dazu: FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, S. 349; AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, S. 757 ff.; GRISEL, *Droit administratif suisse* (oben Anm. 33), S. 404 ff.; MAX IMBODEN, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, 3. Aufl., Basel 1968, S. 271 ff.; SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, S. 167 ff., 193 ff.

aus der Eigentumsgarantie und nicht aus Art. 4 BV herleitet, es sei denn, man betrachte die Eigentumsgarantie als einen Ausfluß aus Art. 4 BV. Die in der Doktrin zur materiellen Enteignung entwickelten Lehren haben in der Schweiz keine oder doch keine reine Aufnahme gefunden⁴⁹. Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung spricht dann von einer materiellen Enteignung, wenn der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil dem Eigentümer eine wesentliche aus dem Eigentum fließende Befugnis entzogen wird. Geht die Einschränkung weniger weit, so wird gleichwohl eine materielle Enteignung angenommen, falls ein einziger oder einzelne Grundeigentümer so betroffen werden, daß ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit als unzumutbar erschiene, wenn hierfür keine Entschädigung gewährt würde⁵⁰. Das Bundesgericht verbindet also eine objektivierende, sich der Analogie zur Enteignung anschließende Theorie mit der Sonderopfertheorie. Dieser Rechtsprechung steht im wesentlichen diejenige Auffassung entgegen, welche von der Größe der Vermögenswerteinbuße und damit ganz allgemein von der Vermögenswertgarantie ausgeht⁵¹. Das Fragwürdige an der bundesgerichtlichen Formel ist, daß nach dem Wortlaut eigentlich nur diejenigen Vermögenswerte geschützt sind, die Ausfluß einer wesentlichen Eigentumsbefugnis sind, während die andern Vermögenswerteinbußen in keinem Fall zu einer Entschädigung führen, es sei denn, es liege ein Sonderopfer vor. Die Problematik der materiellen Enteignung als Entschädigungsvoraussetzung liegt sogar noch tiefer, weil mit der Anknüpfung an das Privateigentum im Sinne einer umfassenden, rechtlich geschützten Sachherrschaft von einem alle Möglichkeiten des Verfügens in sich schließenden Eigen-

⁴⁹ Zusammenstellung bei ANDRÉ GRISEL, *Des restrictions de droit public à la propriété privée*, Zbl 1955, S. 133 ff.; SCHAUMANN, *Die Landesplanung*, S. 213 ff.

⁵⁰ BGE 98 Ia 384 f. und der grundlegende Entscheid BGE 91 I 338 f. Siehe auch BGE 96 I 357.

⁵¹ Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich. Siehe die Begründung des Verwaltungsgerichtes, wie sie in BGE 98 Ia 383 zum Ausdruck kommt. Sie ist eingehender wiedergegeben in Zbl 1972, S. 485 ff.

tum ausgegangen wird, das gleichsam nachträglich beschränkt wird. Damit bleibt der Ausgangspunkt unklar. Liegt dieser beim unbeschränkten Eigentum oder bei der konkreten Ausgestaltung durch das positive Recht? Mißt sich die wesentliche Eigentumsbefugnis am unbeschränkten Eigentum oder am beschränkten?

B. Raumplanung als polizeiliche und wohlfahrtspolitische Aufgabe

Die Lehre vom Eigentum und seinen Schranken ließ die Normen der Orts-, Regional- und Landesplanung, soweit sie sich auf das Eigentum auswirkten, als Eigentumsbeschränkungen verstehen. Da die Raumplanung in ihren ersten Phasen als polizeiliche Aufgabe der konkreten Gefahrenabwehr verstanden werden konnte, ergaben sich zunächst keine besonderen Rechtsprobleme. Polizeiliche Beschränkungen müssen nach den allgemeinen Lehren auf gesetzlicher Grundlage beruhen, sie müssen verhältnismäßig sein und sich gegen den Störer wenden. Diesen Anforderungen wurde genügt. Mit dem Wandel der Aufgaben der Orts-, Regional- und Landesplanung zur Nutzungsplanung des Baugebietes und nunmehr zu einer den ganzen Raum erfassenden Nutzungsplanung stellt sich die Frage der *Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer wohlfahrtspolitisch ausgerichteten Raumplanung*. Die Rechtsprechung und die Rechtslehre sahen den tatsächlichen Wandel von der polizeilich motivierten zur wohlfahrtspolitisch orientierten Planung und stellten sich die Frage, ob und wie weit die Voraussetzungen für nutzungsplanmäßige, wohlfahrtspolitische Einschränkungen des Eigentums gegeben sind⁵². Die bundesgerichtliche Rechtsprechung beschränkte sich darauf, die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen intensiver zu formulieren, indem sie für schwerwiegende (und unkonventionelle) Eigentumsbeschränkungen eine klare gesetzliche Grundlage verlangte und für den Fall materieller Enteignung die volle Entschädigungspflicht voraussetzte. Das öffentliche Interesse wurde in der Regel – weitgehend stillschweigend – bejaht. Die

⁵² MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 3), S. 123.

grundlegendere Frage, ob und wie weit eine Nutzungsplanung mit der Eigentumsgarantie überhaupt vereinbar sei und wie allenfalls das Eigentum im Verhältnis zur Raumplanung zu verstehen sei, blieb offen, auch wenn das Bundesgericht einmal andeutete, daß die Rechtsinstitute des modernen Planungsrechtes letztlich eine gewandelte Konzeption des Eigentums voraussetzen⁵³. Die Lehre ging einen wesentlichen Schritt weiter. Sie stellte fest, daß die «Eigentumsausübung von nun an unter dem Vorbehalt dieser Rahmenordnung», das heißt der Rahmenordnung der wohlfahrtspolitisch orientierten Nutzungsordnung, steht⁵⁴. Daran schloß sich der Hinweis auf die Notwendigkeit einer grundlegenden Neubesinnung an. Es war vor allem HANS HUBER, der in einem Gutachten hinsichtlich der Einführung der Landwirtschaftszone mit einem durchgängigen Bauverbot die Frage aufwarf, ob nicht eine soziale Umschichtung oder eine Sozialentwährung vorliege, deren Verhältnis zur Eigentumsgarantie erörtert werden müsse⁵⁵.

So ist im Rahmen einer Neubesinnung die grundsätzliche Frage aufzuwerfen, welches das Verhältnis der Nutzungsordnung zur Eigentumsgarantie ist und unter welchen Voraussetzungen sie mit der Eigentumsgarantie vereinbar ist.

⁵³ Zbl 1961, S. 75.

⁵⁴ MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 3), S. 123.

⁵⁵ HANS HUBER, Rechtsgutachten über die Verfassungsmäßigkeit des Vorentwurfes V vom März 1963 für die Revision des BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951, S. 26.

Erstes Kapitel

Begriff und Wesen der Raumplanung

§ 3. Die Planung

A. Der planende Staat

1. Ungeachtet der weit verbreiteten und teilweise auch begründeten Planungsskepsis kann an der Tatsache nicht vorbeigesehen werden: Der moderne Staat plant. Er plant dabei nicht nur einzelne Aufgabenbereiche, sondern zunehmend umfassend seine gesamte Tätigkeit¹. Die *Notwendigkeit der Planung* hat einen ihrer Gründe im Faktum des Ineinanderfließens von Staat und Gesellschaft und in der Dynamik der gegenseitig abhängigen Entwicklung. Die Interdependenz zwischen Staat, Gesellschaft und Wirtschaft war dem liberalen Staat des 19. Jahrhunderts fremd oder mindestens nicht bewußt, erschienen ihm doch Staat, Gesellschaft und Wirtschaft als getrennte Größen. Angesichts der Verflechtung und der Dynamik der öffentlichen und gesellschaftlichen Zustände in der heutigen Zeit hat der Staat Richtung, Mittel und Wege künftiger Entwicklung festzulegen und die staatlichen Mittel koordiniert unter sich und abgestimmt auf die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Vorgänge einzusetzen. Dazu kommt die zunehmende Verknappung der Güter und finanziellen Mittel (Ressourcen), welche ein planendes Haushalten bedingt².

¹ Einen Querschnitt durch das Planungswesen, wie es dem Juristen begegnet, vermittelt KAISER (Herausgeber), *Planung*, Bd. I–VI. Vgl. ferner FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, S. 302ff. und die dort zit. Literatur. Zum Verhältnis zwischen Planung und Verwaltung für die Schweiz siehe HANS RUDOLF SCHWARZENBACH, *Grundriß des allgemeinen Verwaltungsrechts*. 6. Aufl., Bern 1975, S. 144 und die auf S. 237 zit. Literatur.

² Zur theoretischen Erklärung des wachsenden Planungsbedarfes politisch-admini-

2. Ausdruck der Tatsache gewordenen staatlichen Verflechtung in die gesellschaftliche Entwicklung ist die heute in der Staats- und Verwaltungslehre übliche, feststellende Umschreibung des Wandels vom Ordnungs- und Eingriffsstaat zum *Leistungs-* und sogar *Lenkungsstaat*³. Die reine Ordnungs- und Eingriffsverwaltung konnte auf den Plan als Instrument der lenkenden Beeinflussung der laufenden und künftigen Entwicklung verzichten, da sie sich damit begnügte, der Gesellschaft einen staatsfreien Raum zu verschaffen und diesen gegen Mißbrauch und unter Abwendung von konkreten Gefahren aus Verstößen gegen die allgemeine Ordnung zu schützen. Die Eingriffe hatten – auch wenn sie generell-abstrakt vorgezeichnet wurden – zeitlich, sachlich und personell individuell-konkreten Charakter und wirkten sich deshalb im Rahmen der grundlegenden Ordnung der Trennung von Staat und Gesellschaft nur punktuell aus. Bereits die Leistungsverwaltung muß sich Rechenschaft geben, unter welchen Voraussetzungen sie in die Zukunft hinein welche Leistungen zu erbringen gedenkt und zu erbringen vermag⁴. Als erster Ausdruck dieser zukunftsorientierten Überlegungen erschien die Finanzplanung. Durch sie sollte mindestens von der finanziellen Seite her gewährleistet werden, die er-

nistrativer Systeme werden im wesentlichen zwei Hypothesen genannt: Erhöhte Komplexität der von Wirtschaft und Politik zu lösenden Probleme mit einem wachsenden Informationsbedarf gerichtet auf das Erkennen der Zusammenhänge zwischen verschiedenen Einzelproblemen und ihrer Verarbeitung in arbeitsteiligen Organisationsstrukturen; quantitative Ausweitung und qualitative Veränderung staatlicher Aufgaben. Dementsprechend erscheint die Planung als eine Strategie zur Lösung komplexer Probleme und zur Bewältigung neuer und neuartiger staatlicher Aufgaben.

³ Ob der Staat unserer Zeit bereits die Charakteristiken eines Lenkungsstaates aufweist, kann bezweifelt werden. Der Wandel vom Ordnungs- zum Ordnungs-/Leistungsstaat scheint nicht abgeschlossen. Die Verwaltung nimmt aber über die Leistungen der knappen Mittel wegen in steigendem Maße auch Lenkungsfunktionen wahr.

⁴ In diesem Sinne kann von einem planenden Leistungsstaat gesprochen werden. Der Leistungsstaat, der zugleich ein Rechtsstaat sein will, muß seine Leistungen nach rationalen und sachlichen Kriterien erbringen, d. h. er muß planen. Planung erscheint in diesem Zusammenhang nicht als Gegensatz zur Freiheit, sondern als Gegensatz zur Verteilungswillkür.

forderlichen Leistungen zeit- und sachgerecht erbringen zu können. Die Lenkungsverwaltung, also diejenige Verwaltung, welche die staatliche und gesellschaftliche Entwicklung ausgehend von der gegenseitigen Bedingtheit mit den staatlichen Mitteln beeinflusst, kommt wesensmäßig ohne globale und sektorale Planung nicht mehr aus, muß sie doch die laufende Entwicklung in Staat und Gesellschaft verfolgen, Ziele und Mittel bestimmen sowie die staatlichen Aktivitäten auf kurze, mittlere und lange Frist unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf das staatspolitische, gesellschaftliche und ökonomische System beurteilen und zielentsprechend einsetzen. Die Notwendigkeit der Planung als einer staatlichen Aufgabe findet in den Entwürfen zu einem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesverwaltung und zu einer neuen Bundesverfassung ihren Niederschlag⁵. Ob und wie weit sich allerdings die Planung auf eine Regierungs- und Verwaltungsobliegenheit – wie sich dies in der schweizerischen Gesetzgebung abzeichnet – beschränken läßt, ist eine offene Frage⁶.

3. Die Literatur zur Planung ist unüberblickbar geworden. Die Planung ist ja nicht nur eine Denk-, Entscheidungs- und Handlungsform der öffentlichen Hand, sondern ganz allgemein des menschlichen Handelns in Staat, Wirtschaft und Gesellschaftsgruppen⁷. Dementsprechend wird das Phänomen der Planung von

⁵ Bundesgesetz über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrats und der Bundesverwaltung (Verwaltungsorganisationsgesetz), Entwurf des Bundesrates vom 12. Februar 1975, Art. 3, BBl 1975 I, S. 1542ff.; EXPERTENKOMMISSION FÜR DIE VORBEREITUNG EINER TOTALREVISION DER BUNDESVERFASSUNG, Arbeitspapiere, Bd. I, Bern 1974, S. 67, 88, 132/133, 154.

⁶ Staatliche Planung hat immer politischen Gehalt. In diesem Sinne kann von einer politischen Planung oder sogar von einer geplanten Politik gesprochen werden. Wesentlich ist, daß die Planung wegen ihres politischen Gehaltes mindestens der politischen Kontrolle bedarf. Die Planung kann deshalb nicht als eine abschließende Aufgabe der Verwaltung oder der Regierung betrachtet werden. Die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Reorganisation der Bundesverwaltung vom 12. Februar 1975, BBl 1975 I, S. 1519, stellt die Planung in den Zusammenhang der Regierungsfunktion.

⁷ Vgl. beispielsweise die Aufsatzsammlung von KAISER, Planung; die für den Juristen erhebliche deutschsprachige Literatur ist zusammengestellt bei OSSENBÜHL, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokra-

unterschiedlichsten Seiten her angesprochen. Eine allgemeingültige Umschreibung des Begriffs und des Wesens der Planung ist zwar wiederholt versucht worden, doch hat sich kein Begriff als allgemein anerkannter durchgesetzt. In der schweizerischen Literatur ist der folgende *Begriff* geläufig geworden: «Planung ist die systematische Vorbereitung von Handlungen, um ein bestimmtes Ziel mit angemessenem Aufwand zu erreichen»⁸. Diese Definition erweist sich als zu eng. Die Planung erschöpft sich nicht in der Entscheidvorbereitung, sondern erfaßt auch den Vollzug und die Durchsetzung. Gerade im Bereich der öffentlichen Verwaltung kommt der Vollzugsplanung, beispielsweise in Straßenprogrammen, eine erhebliche Bedeutung zu. Des weitern ist der Begriff zu eng, weil er außer Acht läßt, daß sich die Planung nicht in einem einmaligen Akt der systematischen Vorbereitung einer Entscheidung oder von Entscheidungsvorgängen erschöpfen kann, ist es doch ein Kennzeichen der dynamischen Entwicklung in Staat und Gesellschaft, daß sich die Voraussetzungen laufend ändern und damit notwendigerweise auch die zielgerechten Maßnahmen, so wie sich früher oder später auch die Zielsetzungen ändern werden. Die Planung muß als dauernder Vorgang verstanden werden. In Anlehnung an die Umschreibung durch JOSEPH H. KAISER kann deshalb die Planung wie folgt beschrieben werden⁹: *Die Planung ist der systematische Entwurf einer rationalen Ordnung auf der Grundlage des verfügbaren einschlägigen Wissens, seine Durchsetzung durch zielgerechtes allseitig abgestimmtes Handeln, entwickelt und vollzogen in einem dauernden Prozeß der Beurteilung der Entwicklung, von Zielen und Maßnahmen*¹⁰. Diese begriffliche Um-

tischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, S. B 11 ff.; MICHAEL J. BUSE/DINA VON DEWITZ, Bibliographie der politischen Planung, Baden-Baden 1974; WILHELM HILL, Möglichkeiten künftiger Gestaltung der Planung beim Bund, Bern 1975, S. 78 ff.

⁸ ARBEITSGRUPPE DES BUNDES FÜR DIE RAUMPLANUNG, Raumplanung Schweiz, Hauptbericht, S. 29; ORL-INSTITUT, Landesplanerische Leitbilder, Schlußbericht, Bd. III, S. 11. Allgemein betrachtet ist Planung eine Technik der vorwegnehmenden Koordination einzelner Handlungsbeiträge und ihre Steuerung über längere Zeit.

⁹ KAISER, Vorwort, in: Planung, Bd. I (1965), S. 7.

¹⁰ Vgl. dazu MARTIN LENDI, Schweizerische Raumordnungspolitik, in: Werdende

schreibung soll verdeutlichen: a) die Planung ist sachaufgabenneutral; b) die Planung ist ein dauernder Vorgang der Entscheidungsfindung und des Vollzuges in einem ununterbrochenen Kreislauf hin zur immer wieder neuen Entscheidungsfindung¹¹. Nicht hervorgehoben, aber enthalten in der Begriffsbeschreibung ist die *Grundaufgabe der Planung*: Konflikte zwischen der Entwicklung, den Zielsetzungen und dem laufenden Handeln deutlich zu machen und durch ein rationales Handeln, das sich immer wieder in Frage stellen lassen muß, zu beheben. Nicht zuletzt muß sich die Planung selbst in Frage stellen.

B. Planungsarten

1. In diesem Zusammenhang müssen wir uns darauf beschränken, die Planungsarten im Bereich des Staates anzusprechen. FRITZ OSSENBÜHL hat in seinem Gutachten für den Deutschen Juristentag Ansätze zu einer Typologie der Planung vorgelegt¹². Sie kann für den praktischen Bedarf noch vereinfacht werden:

a) Unterscheidung nach dem Umfang

Die Planung kann sich auf ein bestimmtes Einzelprojekt beziehen, beispielsweise auf ein Bauprojekt. Sie erscheint dann als *Pro-*

Raumplanung, Schriftenreihe zur Orts-, Regional- und Landesplanung Nr. 19, Zürich 1974, S. 79ff.; DERSELBE, Planung und Politik, DISP Nr. 35, 1974, S. 10ff. Die Planung befindet sich in einem gewissen Sinne in einem gefährlichen *circulus vitiosus*. Einerseits ist sie Mittel der Komplexitätsreduktion, andererseits erhöht sie das Komplexitätsbewußtsein.

¹¹ Planung ist deshalb keine selbständige Staatsfunktion. Sie ist eine Methode (allgemeines Instrument) wie die modernen Staatsaufgaben im Sinne aktiver Politik am besten bewältigt werden können. Zum methodischen Aspekt vgl. CARL BÖHRET, Entscheidungshilfen für die Regierung, Opladen 1970.

¹² OSSENBÜHL, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, S. B 25ff. Zur Plansystematik raumbedeutsamer Pläne LENDI, Raumbedeutsame Pläne, S. 105ff. FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 304ff., beschränkt sich im wesentlichen auf die Unterscheidung zwischen Fachplanung und Gesamtplanung, doch erweist sich diese Unterscheidung als zu eng.

jektplanung. Plant eine Verwaltungsabteilung ihre Aufgaben, so kann diese Planung als *Ressortplanung* angesprochen werden, handle es sich nun um die Planung durch ein Amt, ein Departement oder eine andere Verwaltungseinheit. Begriffsbestimmend ist, daß eben diese Verwaltungseinheit ihren gesetzlich vorgezeichneten Aufgabenbereich plant. Als Beispiele können die Straßenplanung, die Schulhausplanung, die Spitalplanung usw. angesprochen werden. Wird nun aber von der gesetzlich vorgezeichneten Aufgabengliederung abgewichen und zum Gegenstand der Planung ein übergreifender Problembereich gemacht, so kann nicht mehr von einer Ressortplanung gesprochen werden. Es liegt eine *Bereichsplanung* (Fachplanung) vor. Als solche können beispielsweise die Verkehrsplanung, die Gesundheitsplanung, die Finanzplanung, die Raumplanung usw. erwähnt werden. Die einzelnen Bereichsplanungen stehen in einem gegenseitigen Zusammenhang, der mehr oder weniger intensiv sein kann. So kommt die Verkehrsplanung nicht ohne die Raumplanung aus und die Gesundheitsplanung nicht ohne die Finanzplanung. Nicht alle Bereichsplanungen haben einen gleich intensiven Querschnittsbezug. Es sind vor allem die Finanz- und die Raumplanung, welche auf die wechselseitigen Informationen aus den einzelnen Bereichsplanungen angewiesen sind und gerade von daher ihre Aufgabe erfüllen. Sie können als *Querschnittsplanungen* bezeichnet und müssen als solche hervorgehoben werden¹³.

b) Unterscheidung nach dem Inhalt

Dem Inhalt nach ist die öffentliche Planung vom Wesen der Planung her nicht zu systematisieren; dies ist nur von der öffentlichen Aufgabenstellung her möglich¹⁴. Ihre Gliederung kann deshalb nicht eine planungstheoretische sein.

¹³ Zum Begriff und zum Wesen der Querschnittsplanung vgl. LENDI, Koordination staatlicher Aufgabenplanungen, DISP Nr. 37, 1975, S. 37 ff.

¹⁴ Dies ergibt sich daraus, daß die Planung im wesentlichen eine Methode ist.

c) Unterscheidung nach dem Planungsträger

Als Planungsträger erscheinen im Staat die Hoheitsträger, weil nur diese Entscheidvorbereitung, Entscheidung und Vollzug in einem dauernden Vorgang sicherstellen können. In diesem Sinne kann zwischen *Kommunalplanung*, allenfalls *Regionalplanung*, *Kantonplanung* und *Bundesplanung* (Nationalplanung) unterschieden werden¹⁵. Die Region ist nur dann ein echter Planungsträger, wenn sie hoheitliche Aufgaben erfüllt.

d) Unterscheidung nach der Phase der Planung

Die Planung kann sich je nach der Phase im Planungsablauf auf eine Entscheidvorbereitung oder auf den Vollzug beziehen. In diesem Sinne kann von einer entscheidvorbereitenden und entscheidvollziehenden Planung gesprochen werden. Im Rahmen der entscheidvollziehenden Planung kommt der *Programmplanung*, die Ziele und Maßnahmen auf die finanziellen Möglichkeiten abstimmt und den Zeitfaktor berücksichtigt, besondere Bedeutung zu.

e) Unterscheidung nach der Verbindlichkeit

Der unverbindliche Plan wird in der Regel als *indikativer* (informierender Plan) angesprochen. Ihm gegenübergestellt wird der verbindliche Plan, der *imperative* Plan. Dieser ist entweder nur behördenverbindlich oder für alle Rechtsadressaten verbindlich. In diesem Sinne wird auch zwischen mittelbar verbindlichen und unmittelbar verbindlichen Plänen unterschieden, wobei die mittelbar verbindlichen Pläne den behördenverbindlichen gleichzusetzen sind.

¹⁵ Die Frage nach dem Planungsträger kann ausgeweitet werden auf die Planungsbeteiligten und Planungsbetroffenen. Insofern erscheint auch der Planungsbeteiligte als Planungsträger. In der Demokratie ist der Aktivbürger Planungsträger, sofern die Planung dem demokratischen Willensbildungsprozeß unterstellt wird.

f) Unterscheidung nach dem Zeitfaktor

Daß der Zeitfaktor in der Planung eine wesentliche Rolle spielt, muß nicht näher erläutert werden. Die Praxis unterscheidet zwischen kurzfristigen, mittelfristigen und langfristigen Plänen.

2. In der Literatur und in der Gesetzgebung werden noch weitere Planungsarten angesprochen. Es handelt sich aber im wesentlichen um Namengebungen, die charakterisierend gewählt wurden, nachdem eine grundlegende Planungstypologie für die öffentliche Planung fehlte. Vielfach handelt es sich um Begriffsbestimmungen, die Verbindungen verschiedener Planungsarten ansprechen, so etwa, wenn von *politischer Planung*¹⁶ oder von *Entwicklungsplanung*¹⁷ gesprochen wird, ohne daß aber der Sinngehalt dieser Begriffe eindeutig geklärt wäre. Soweit der Begriff der politischen Planung in der Schweiz Eingang gefunden hat, wird darunter die Planung innerhalb des politischen Systems zur Steigerung seiner Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit verstanden. Der Begriff Entwicklungsplanung wird in einem engeren und in einem weiteren Sinne verwendet. In einem weiteren Sinne steht der Begriff für die Gesamtplanung durch die öffentliche Hand unter Einbezug aller staatlichen Planungen. Im engeren Sinne handelt es sich um eine Planung der volkswirtschaftlichen Entwicklung, etwa im Hinblick auf eine geplante regionale Strukturpolitik¹⁸.

¹⁶ ULRICH SCHEUNER, Zur Entwicklung der politischen Planung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Im Dienst an Recht und Staat, Festschrift für Werner Weber, Berlin 1974, S. 369ff. und die dort zit. Lit. SCHARPE, Planung als politischer Prozeß, S. 33ff., spricht umgekehrt auch von geplanter Politik. In seinem Sinne kann die politische Planung verstanden werden als die zeitliche, sachliche und funktionale Koordination aller oder einzelner öffentlicher Aufgaben nach den Zielen als Ergebnisse des Prozesses politischer Willensbildung. Vgl. dazu WOLFGANG LINDER, Probleme geplanter Politik, DISP Nr. 32, S. 20ff. und die dort zit. Lit.

¹⁷ So etwa im Bundesgesetz über die Investitionshilfe für das Berggebiet vom 28. Juni 1974, SR 901.1, das die Ausarbeitung von Entwicklungskonzepten verlangt. Zum Begriff der Entwicklungsplanung siehe OSSENBÜHL, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, S. B 30ff.

¹⁸ Im weitem Sinne spricht man beispielsweise von kommunaler Entwicklungsplanung und versteht darunter die Planung aller Aufgaben einer Gemeinde.

C. Grenzen und Möglichkeiten der Planung

1. Die Planung hat grundsätzlich betrachtet *zwei Wege* zur Verfügung. Sie kann die Ziele festlegen, auf welche die gesellschaftliche Entwicklung auszurichten ist. In diesem Falle stellt sie einen Plan auf, der die Zielvorgaben enthält und die positiven Maßnahmen angibt, während er gleichzeitig unerwünschte Entwicklungen unterbindet. Diese Methode arbeitet mit positiven und restriktionsorientierten Maßnahmen. Charakteristisch ist die Zielvorgabe. Der andere Weg besteht darin, die tatsächlich zu erwartende Entwicklung zu prognostizieren und durch den Plan diejenigen Maßnahmen aufzuzeigen, die erlauben, den vorausgesagten Anforderungen gerecht zu werden. Diese zweite Methode kann als *Bedarfsplanung* der ersteren als *Zielplanung* gegenübergestellt werden. In der Praxis verwischen sich diese Wege und bisweilen muß sich die Planung in einer ersten Phase auf die Bedarfsbefriedigung ausrichten, um langfristig die Bedarfsplanung in eine zielorientierte Planung umzugestalten.

2. Die *positiven Möglichkeiten der Planung* sind, soweit sie hier dargestellt werden können, vielseitig, auch wenn einschränkend von vornherein zu sagen ist, daß die Planung im Staat das geltende Recht nicht aufhebt, und daß sie deshalb an das Recht gebunden ist. Dies heißt nicht, es könnten von der Planung nicht Impulse zur Fortentwicklung des Rechts ausgehen, doch sind ihr durch das Recht Grenzen gesetzt¹⁹.

Durch die Analyse der laufenden Entwicklung erlaubt die Pla-

Eine nationale Entwicklungsplanung würde eine Integration der eidgenössischen Sachplanungen anstreben und von daher die gesamte – gesellschaftliche, volkswirtschaftliche und politische – Entwicklung des Landes planen (Globalplanung). Die Entwicklungsplanung wird bisweilen mit der Raumplanung identifiziert, wobei diese als positive Planung der sogenannten Auffangplanung gegenübergestellt wird; KUTTLER, Vom Bauplanungsrecht zum Raumordnungsrecht, S. 174.

¹⁹ Zu den Grenzen und Möglichkeiten der Planung unter politischen Gesichtspunkten siehe PETER DÜRRENMATT, Möglichkeiten und Grenzen politischer Planung, Zeitfragen der schweizerischen Wirtschaft und Politik Nr. 89, Zürich 1966; LINDER/VETTERLI, Möglichkeiten und Grenzen politischer Planung in der Schweiz.

nung, das staatliche Denken und Handeln auf eine breitere Informationsbasis zu stellen. Des weiteren erhöht die Planung die Kenntnis bestehender Konfliktsituationen zwischen Staat, Gesellschaft und Wirtschaft sowie innerhalb des staatlichen Handelns. Ferner erlaubt die Planung staatliches Handeln zu koordinieren, und zwar innerhalb des politischen, und extern in der Einwirkung auf das gesellschaftliche und ökonomische System²⁰. Vor allem aber wird in das staatliche Entscheiden und Handeln ein Denken um die Auswirkungen, um die Konsequenzen eines bestimmten staatlichen Verhaltens einbezogen. Die rollende Planung trägt dazu bei, die Wirkung staatlichen Handelns nachzuprüfen, Korrekturen anzubringen und neue Fragestellungen aufzunehmen. Der Einbezug der Zukunft in das staatliche Denken und Handeln ist der Sinn der Planung. Ob die Zielvorgabe sich als richtig erweist, ob die prognostizierte Zukunft tatsächlich eintritt, ist weniger wichtig, als die Tatsache, daß staatliches Handeln nicht mehr allein von historischen Gegebenheiten ausgeht, sondern – zugleich – zukunftsgerichtet ist. So besehen kann die Planung die Effizienz staatlichen Handelns innerhalb des politischen und in der Interdependenz zum gesellschaftlichen und ökonomischen System erhöhen. Die Planung kann sogar ein Mittel sein, das dem Rechtsstaat positiv dient, indem sie zu einer besseren Verwirklichung der Rechtsordnung durch eine geplante Rechtsanwendung beiträgt. Auch materiell kann die Planung durch die rationale und rationelle Verteilung von öffentlichen Leistungen und knappen Gütern zu einer gerechten Ordnung beitragen.

3. Die *Grenzen der Planung* liegen zunächst in der Planung selbst. Für die Bedarfsplanung liegt die gegebene Grenze in der Prognostizierbarkeit, während sie für die Zielplanung in der Abschätzbarkeit der Realisationsfähigkeit der Zielsetzungen begründet ist.

²⁰ Die Planung kann von daher als Führungsinstrument angesprochen werden, und zwar als administratives und vor allem als politisches. Siehe dazu THOMAS ELLWEIN, Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre, Bd. I, Stuttgart 1966, S. 129 ff.; DERSELBE, Regierung und Verwaltung, Teil 1 (Regierung als politische Führung), Stuttgart 1970; NIKLAUS LUHMANN, Politische Planung, Opladen 1971; HOCHSCHULE SPEYER, Regierungsprogramme und Regierungspläne, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 51, Berlin 1973.

Diese Grenzen, auch wenn die Methoden der Prognose und der Zukunftsforschung noch so verbessert werden, kann die Planung nicht durchbrechen. Sie muß sich vielmehr darauf einstellen, Ziele und Prognosen ständig von sich aus in Frage zu stellen und zu überprüfen. Die entscheidenden Grenzen außerhalb der Planung liegen in der Aufnahmefähigkeit planerischer Fragestellungen und Ergebnisse durch das politische System und durch die Verwaltung im besonderen²¹. Weder das politische System noch die Verwaltung (mit Einschluß der Regierung) sind von ihrem Aufbau, ihrer Struktur und ihrem Selbstverständnis her auf die Aufgabe der Planung ausgerichtet. Der Staat des 19. Jahrhunderts, so wie er in seinen Grundstrukturen auf uns überkommen ist, war nicht auf die Planung ausgelegt, auch wenn ihm einzelne Planarten nicht fremd waren. Der liberale Staat ist eben – im Gegensatz zum Leistungs- und Lenkungsstaat – so angelegt, daß er eine sinnvolle Selbstregulierung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen sowie der individuellen Entwicklung und Entfaltung ermöglicht und voraussetzt. Durch den Sozialstaat im angesprochenen Sinne sind die wertmäßig ausgerichteten strukturellen Grundlagen des liberalen Rechtsstaates nicht in Frage gestellt, doch ist verdeutlicht, daß die Planung als Funktion der Bewältigung der verflochtenen Interdependenzen zwischen staatlichem, gesellschaftlichem und wirtschaftlichem Leben im liberalen Rechtsstaat vorgegebene strukturelle Bedingungen findet, welche der neuen Staatsaufgabe der Planung, auch wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, entgegenstehen.

Die *Gewaltentrennung* mit ihrer Zuordnung der drei Funktionen der Gesetzgebung, der Rechtsanwendung und der Rechtsprechung auf personell und organisatorisch getrennte Gewalten vermag die Planung als dauernden Prozeß von Entscheidung, Anwendung (Vollzug), Kontrolle und neuer Entscheidung nicht aufzufangen, setzt doch die Planung die kontinuierliche Beteiligung aller

²¹ Fraglich ist, ob der politische Willensbildungsprozeß so ausgestaltet werden kann, daß die Konfliktverarbeitung und die Konsensbildung ausreichend sichergestellt werden können. Aktive Zielplanung erfordert eine breite und tiefe Willensbildung. Fragen der Reform des Willensbildungsprozesses sind deshalb für die Wirksamkeit der Planung bedeutsam.

Organe am Planungsprozeß voraus. Das *Legalitätsprinzip* weist der Verwaltung eine begrenzte, rechtsanwendende Funktion zu, welche die Verwaltung als notwendiges Glied im Planungsprozeß mindestens hinsichtlich der impulsgebenden Planungsaufgaben ausklammert. Es läßt ferner die im Bereich des freien Ermessens sich abspielenden Plandispositionen außer Betracht. Die innerstaatliche föderative Gewaltenteilung durch eine starre *Kompetenzaufteilung* widerspricht sodann dem von der Planung her unerläßlichen Postulat der ineinanderfließenden Abstimmung der Planungen unter den innerstaatlichen Herrschaftsverbänden, da die Regeln der Kompetenzkonkurrenz einen Vorrang der Bundespläne gegenüber den kantonalen und dieser gegenüber den kommunalen Plänen erfordern würden. Auch die Regeln der *Normenkollision* lassen sich nicht auf die Plankollision übertragen, da im Bereich der Pläne Widersprüche durch inhaltliche Abstimmung zu beseitigen sind, während das Recht von der Widerspruchsfreiheit der Normen ausgehen muß, welche durch Auslegung zu gewinnen ist. Nicht zuletzt kann sich die Planung nicht auf die *Formtypik des Rechtsstaates*, die auf den generell-abstrakten Rechtssatz ausgerichtet ist, festlegen lassen, weil die Planung Interdependenzen zwischen Staat, Gesellschaft und Wirtschaft in ständiger Anpassung an wechselnde Situationen zum Gegenstand hat, welche in Abhängigkeit planerischer Zweckrationalität durch konkrete Maßnahmen auf Zeit beeinflusst werden müssen. Sie können nicht durch generell-abstrakte Normen nach den Werten der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit bewältigt und geregelt werden²².

D. Normative Anforderungen an die Planung

1. Die Hinweise auf die Planung und ihre Grenzen und Möglichkeiten dürften gezeigt haben, daß sie eine Erscheinung, wenn nicht sogar eine notwendige Folge der neueren sozialstaatlichen Aufgabenstellungen ist, die dem liberalen Rechtsstaat fremd waren. Da

²² Es sind hier nur formelle Aspekte des Rechtsstaates erwähnt. An ihnen werden die strukturellen Grenzen sichtbar.

aber auch der soziale Staat, der gleichzeitig ein liberaler ist, als *Rechtsstaat* verstanden werden muß, stellt sich die Frage nach den normativen Anforderungen des Rechtsstaates an die Planung, damit sich die Planung im Rechtsstaat als rechtsstaatliche Staatsaufgabe verwirklichen kann²³.

2. Die grundsätzlichsie der Anforderungen von Seiten des Rechtsstaates an die Planung besteht wohl darin: Die Ziele und Maßnahmen, welche die Planung entwickelt, sind an den *grundlegenden Werten des Rechtsstaates* zu messen. Diese aber sind die Würde und Freiheit der Person sowie das Postulat der Gerechtigkeit²⁴. Es geht mit andern Worten um das Maß des Verantwortbaren gemessen an den genannten Werten. Damit muß sich die Planung vom Postulat des Rechtsstaates her sagen lassen, daß sie zunächst und vor allem ihre Ziele und Maßnahmen bewerten lassen und selbst kritisch bewerten muß. Die Planung wird sich in diesem Sinne nicht willkürlich verhalten dürfen. Sie kann und darf nicht unbegründete Unterscheidungen treffen. Sie muß sich einer hohen Sachlichkeit befleißigen. Diese Forderungen stellen nicht eine Leerformel dar, sondern sie richten an die Planung das Postulat, ihre Aufgabe zu versachlichen. Noch zu oft trifft man die Auffassung an, den Planern sei uneingeschränktes Ermessen zuzubilligen; die Planung sei ein schöpferischer, nicht näher zu begründender Akt. Gerade dies aber ist von den normativen Anforderungen des Rechtsstaates her in Frage zu stellen. Selbst dort, wo die Planung nicht an Rechtssätze gebunden ist und wo sie rechtssatzungsgebundenes, freies Ermessen in Anspruch nimmt, müssen mindestens die Regeln der *lex artis* angewandt werden²⁵. So ergibt sich die kon-

²³ Die normativen Anforderungen hat eingehend untersucht OSSENBÜHL, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, S. B 142ff. Siehe ferner IMBODEN, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut (1960), in: Staat und Recht, S. 410ff.

²⁴ Der Rechtsstaat als solcher ist eine umfassende, materielle Ordnungsidee. Vgl. dazu WERNER KÄGI, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates (1945), Zürich 1971; HANS NEF, Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung, ZSR 69, 1950, S. 133a ff.

²⁵ Daß die Planung auch das ständige Suchen nach der *lex artis* zum Gegenstand hat, ergibt sich aus ihrem Wesen.

krete Forderung, daß die *Lehre von der Planung* sich verdichten muß. Die *Grundsätze*, nach denen geplant wird, sollten für den Planer vorgegeben und für die Planungsbetroffenen sichtbar gemacht werden. Es stellt sich die Frage an den Rechtsstaat, ob er nicht diese Lücke gesetzgeberisch schließen muß, indem er auf dem Wege der Gesetzgebung Grundsätze der Planung verbindlich erklärt, an welche die Planenden gebunden sind. Dabei wird nicht übersehen, daß solche Grundsätze nicht als widerspruchsfreie Verhaltensnormen erlassen werden können, da die Grundsätze der Ziel-, der Ziel/Maßnahmen- und der Maßnahmenkonflikte wegen vor ihrer Anwendung untereinander und gegeneinander abgewogen werden müssen. Sie sind finaler und nicht konditionaler Natur und können deshalb als finale Rechtssätze angesprochen werden. Die Planungsgrundsätze könnten dazu beitragen, das Planungsermessen zu versachlichen²⁶. Sofern der Erlaß von Planungsgrundsätzen von der Sache her nicht möglich oder aus rechtlichen und sachlichen Gründen ihr Anwendungsbereich begrenzt ist, kommt der Ausgestaltung von *Planungsrichtlinien*, welche die «Kunst der Planung» ordnen, besondere Bedeutung zu. Es handelt sich nicht um Rechtssätze. An ihnen aber kann gemessen werden, ob nach der *lex artis* oder willkürlich geplant wird²⁷.

²⁶ Zur Frage der Rechtsnatur der Planungsgrundsätze vgl. PETER NOLL, Gesetzgebungslehre, Hamburg 1973, S. 84 ff., 251 ff.; LENDI, Materielle Grundsätze. Die deutsche Rechtslehre behandelt die materiellen Grundsätze der Raumplanung als finale Rechtssätze, ohne sie ausdrücklich so zu bezeichnen. Siehe dazu EVERS, Das Recht der Raumordnung, S. 49 ff.; DERSELBE, Materielle Grundsätze der Raumordnung, Probleme bei der Formulierung und Durchsetzung, DISP Nr. 39, 1975, S. 5 ff.; ZINKAHN/BIELENBERG, Raumordnungsgesetz des Bundes, S. 43 ff. Das Bundesraumordnungsgesetz vom 8. April 1965 bestimmt in § 2 Abs. 2: «Die Grundsätze sind von den in § 3 genannten Stellen im Rahmen des ihnen zustehenden Ermessens gegeneinander und untereinander nach Maßgabe von § 1 abzuwägen.» § 3 Abs. 3 führt ergänzend aus: «Die Grundsätze des § 2 Abs. 1 und 3 haben dem Einzelnen gegenüber keine Rechtswirkung.» Vgl. ferner WERNER, Probleme der Grundsatzgesetzgebung des Bundes auf dem Gebiete der Raumplanung, S. 87 ff.

²⁷ Für die Raumplanung vgl. ORL-INSTITUT, Richtlinien zur Orts-, Regional- und Landesplanung, Zürich 1966 ff. Es muß dabei sorgfältig bedacht werden, die Planung über die «technischen» Richtlinien nicht zu einer technokratischen werden zu lassen.

3. Die zweite grundsätzliche Anforderung an die Planung betrifft die *Bindung an das Recht*. Durch die Planung kann geltendes Recht nicht aufgehoben werden, auch wenn die Planung die Änderung von geltendem Recht als noch so wünschbar erscheinen läßt. Die Planung kann Veranlassung zu einer Rechtsänderung sein, sie vermag aber die Verbindlichkeit des geltenden Rechts nicht von sich aus aufzuheben. Sie muß deshalb das geltende Recht als solches hinnehmen, vor allem in der Realisierungsphase.

4. Die Planung selbst, mögen ihre Ergebnisse auch noch so überzeugend sein, erlangt *Verbindlichkeit nur durch das Recht*. Die Planung, welche nicht in Gedankenarbeit enden, sondern Verbindlichkeit werden will, muß durch das Recht mit dieser Verbindlichkeit ausgestattet werden. Also ist es das Recht, welches darüber bestimmt, welche Planungsergebnisse durch welche Instanz in welchem Verfahren mit welchem Inhalt verbindlich werden. Die Planung vermag sich selbst nicht Rechtsverbindlichkeit zu geben. Diese muß aus einer Rechtsnorm höherer Stufe abgeleitet werden können. In diesem Sinne bedarf die Planung des Rechts²⁸.

§ 4. Die Raumplanung

A. Die Raumordnung als Aufgabe der Raumplanung

1. Die staatlichen Tätigkeiten haben einen Zeit-, Finanz- und Raumbezug. Dabei ist selbstverständlich der einzelne Bezugspunkt nicht immer gleich stark entwickelt. Sehr oft ist vor allem der Raumbezug ein Reflex einer bestimmten staatlichen Tätigkeit, doch ist dieser deswegen nicht wegzudenken. Da der Raum eines Staates begrenzt und nicht vermehrbar ist, hat der Staat die räumliche Auswirkung seiner Tätigkeit mitzubedenken und zu beachten. Sonst kommt es früher oder später zu einer Übernutzung des Raumes oder es ergeben sich räumliche Konflikte, weil derselbe Teil in der Regel nicht von zwei oder mehreren staatlichen Aktivitäten

²⁸ Vgl. dazu LENDI, Rechtswissenschaft und Raumplanung.

her beansprucht werden kann. Der gegebene Raum wird des Weiteren vom Einzelnen her beansprucht, der durch seine Sachherrschaft und durch sein Leben im Raum einen mehr oder weniger großen Teil des Raumes für seine Lebensgestaltung benötigt. Er verlangt also nicht nur nach Sachherrschaft, sondern auch nach Raumherrschaft. Zwischen den Raumherrschaftsansprüchen der Einzelnen können sich ebenfalls Konflikte ergeben, wenn mehrere aus ihrer Interessenlage heraus den gleichen Raumteil nutzen wollen. Im geltenden Recht erfolgt die Zuteilung der Sachherrschaft und der damit verbundenen Raumherrschaft nach den Regeln des Marktes und des Erbrechtes. Eine dritte Beanspruchung des Raumes ergibt sich aus gemeinschaftlichen Interessen am Raum, die so stark sein können, daß sie als öffentliche Interessen bewertet werden müssen, beispielsweise durch die gemeinschaftlichen Interessen an Freizeitanlagen, an Erholungslandschaften, am Wald usw.²⁹.

Der Raum wird also bei wachsenden Anforderungen von drei Seiten her in Anspruch genommen: Durch den Staat für die Erfüllung seiner eigenen Aufgaben, durch die Einzelnen und für die gemeinschaftlichen Interessen. Die dreifache Beanspruchung mit ihren Konflikten muß geordnet werden. Es liegt ein Knappheits- und der verschiedenen Interdependenzen der Raumnutzungsansprüche wegen ein Komplexitätsproblem vor, das rational nur durch Planung, durch Raumplanung gelöst werden kann. Es bedarf also geplanter Lenkungsmaßnahmen, die auf die sparsame Verwendung des Bodens und des Raumes unter Wahrung der Erfordernisse der Zukunft festzulegen sind. Das Ziel ist eine erstrebenswerte Raumordnung.

2. Unter dem *Begriff der Raumordnung* kann der gegenwärtige Zustand der räumlichen Ordnung, der zukünftige Zustand oder kann die Tätigkeit verstanden werden, die vom gegenwärtigen Zustand zum künftigen führt. Die Terminologie ist unterschiedlich.

²⁹ Eine eingehende Darstellung der räumlichen Konflikte (auf nationaler Ebene) findet sich bei ORL-INSTITUT, Landesplanerische Leitbilder der Schweiz, 1. Zwischenbericht, Schriftenreihe zur Orts-, Regional- und Landesplanung Nr. 2, Zürich 1969, S. 13 ff.

Mit Rücksicht auf den verfassungsrechtlichen Begriff der Raumplanung in Art. 22^{quater} BV kann die Raumordnung nicht als Tätigkeit verstanden werden³⁰. Sie ist deshalb entweder der gegenwärtige oder der zielorientierte (leitbildgerechte) zukünftige Zustand³¹. Demgegenüber ist die Raumplanung das Mittel, durch welches die Kräfte, welche auf die gegenwärtige Raumordnung einwirken, hin auf die zielgerechte Ordnung ausgerichtet werden. Die Raumordnung ist als Lebensraum der Menschen eines bestimmten Staates zu verstehen. Dieser deckt sich mit dem Staatsgebiet. Selbstredend gibt es auch eine Raumordnung internationaler Maßstäbe, bringt man aber die Raumordnung in die Beziehung zur Verantwortung des Staates, so kann es sich nur um die konkrete Raumordnung eines bestimmten Staates handeln. Innerhalb eines föderativen Staates kann es mehrere Raumordnungen geben, die Raumordnung des Bundes, der Kantone und der Gemeinden. Dabei ist zu beachten, daß die Raumordnung des ganzen Landes nicht gleich der Summe der Raumordnungen der Teilgebiete ist, weil sich die Raumordnung des ganzen Landes nicht durch eine Aufaddition partikularistischer Raumordnungen gewinnen läßt.

3. Das Mittel, mit dem der Staat seine Aufgabe der Gestaltung der Raumordnung wahrnimmt, ist die *Raumplanung*. Durch diese beeinflußt er lenkend die räumlichen Aspekte seiner eigenen als auch diejenigen der privatwirtschaftlichen und individuellen Aktivitäten. Zu seinen eigenen Belangen gehört dabei auch die Wahrung der öffentlichen Interessen an der Nutzung bestimmter Teile

³⁰ Die Raumplanung dient nach dieser Bestimmung der zweckmäßigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes und ist darum nicht nur entscheidungsvorbereitende Planung, sondern Vollzug und Realisierung zugleich.

³¹ Im gleichen Sinne ARBEITSGRUPPE DES BUNDES FÜR DIE RAUMPLANUNG, Raumplanung Schweiz, S. 28; Alfred KUTTLER, Raumordnung als Aufgabe des Rechtsstaates, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 211; ORL-INSTITUT, Landesplanerische Leitbilder, Schlußbericht, Bd. III, Schriftenreihe zur Orts-, Regional- und Landesplanung Nr. 10 C, S. 12. Nach dem Bundesraumordnungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 8. April 1965 ist Raumordnung eine Tätigkeit, für die das Gesetz Ziele und Grundsätze aufstellt und das Verfahren rahmenrechtlich regelt. Vgl. dazu EVERS, Das Recht der Raumordnung, S. 40 ff.; FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 307.

des Raumes durch die Allgemeinheit. Die Raumplanung hat damit immer eine dreifache Aufgabenstellung im Interesse eines einheitlichen Ganzen, nämlich die Aufgabe der Planung der räumlichen Nutzung durch die privatwirtschaftlichen und privatpersönlichen Tätigkeiten, der staatseigenen Aufgabenerfüllung und der Wahrung der gemeinschaftlichen, öffentlichen Interessen am Raum³².

4. *Anknüpfungspunkt der Raumplanung* ist die räumliche Ordnung. Diese wird äußerlich bestimmt durch die Lage, Quantität und Qualität physischer Elemente, wie Straßen, Siedlungen, Bauten, Landschaften, die in gegenseitiger Abhängigkeit untereinander bedingt sind³³. Diese die räumliche Ordnung bestimmenden Erscheinungen werden in ihrer Entstehung und ihrer gegenseitigen Beziehung mitbestimmt durch Merkmale der allgemeinen Wohlfahrt wie freie mitmenschliche Beziehungen, freie Wahl des Arbeits- und Konsumortes, des Wohnortes und somit durch die Werte der Niederlassungsfreiheit, der Handels- und Gewerbefreiheit, der Eigentumsgarantie, also durch Werte, wie sie dem Rechtsstaat eigen sind. Daß des weitem ökonomische und soziale Kräfte auf die räumlichen Erscheinungen, d. h. auf die Elemente der Raumordnung einwirken, versteht sich von selbst. Die Raumplanung darf deshalb politische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Gesichtspunkte nicht außer Acht lassen. Sie schließt solche Aspekte ein.

³² Zum Begriff der Raumplanung im Verhältnis zum Begriff der Raumordnung siehe Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die Raumplanung vom 31. Mai 1972, BBl 1972 I, S. 1479 ff.

³³ Von daher ist es gegeben, daß sich die Raumplanung vorweg mit der Siedlung, der Landschaft, dem Verkehr, der Versorgung (mit Einschluß der Entsorgung) und den öffentlichen Bauten und Anlagen befaßt. Sie wird aber zu einer einseitig technisch orientierten Planung, wenn sie die ideellen Werte sowie die politischen, gesellschaftlichen und ökonomischen Beziehungen außer Acht läßt. Die Ausrichtung auf die fünf Teilpläne der Siedlung, der Landschaft, des Verkehrs, der Versorgung und der öffentlichen Bauten und Anlagen, wie sie in die kantonale Gesetzgebung eingeflossen sind, birgt deshalb die Gefahr der Vernachlässigung wichtiger Aspekte in sich. Die entsprechenden Teilpläne sollen auch der künftigen Bundesgesetzgebung zugrundeliegen. Vgl. beispielsweise § 21 ff. Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht des Kantons Zürich vom 7. September 1975.

B. Die Raumplanung

1. Die Raumplanung dient der Schaffung einer zielgerechten Raumordnung. Sie stellt eine der Planungsaufgaben des Staates dar. Als solche entwirft sie eine rationale Ordnung des Raumes auf der Grundlage des verfügbaren einschlägigen Wissens, setzt diese durch zielgerechtes allseitig abgestimmtes Handeln durch und entwickelt und vollzieht diese Aufgabe in einem dauernden Prozeß. Gemessen an den im Staat üblichen Planungsarten handelt es sich um eine Planung, welche auf die zweckmäßige Nutzung des Raumes gerichtet ist. Sie wird vom Bund, den Kantonen, den Gemeinden und allenfalls den Regionen als Hoheitsträger wahrgenommen, wobei die Planungsaufgabe durch Gesetz auf private Verbände übertragen sein kann. Hinsichtlich des Umfanges steht zunächst eine *Bereichsplanung* in Frage, da sie den Charakter einer Ressortplanung sprengt. Gleichzeitig muß die Raumplanung als *Querschnittsplanung* angesprochen werden, behandelt sie doch integrierend und abstimmend die räumlichen Aspekte aller andern Bereichsplanungen, soweit diese räumliche Auswirkungen haben³⁴. Insofern steht die Raumplanung vergleichbar neben der Finanzplanung, die ihrerseits die typischen Merkmale einer Querschnittsplanung aufweist. Die Raumplanung kann sowohl eine *entscheidvorbereitende* als auch eine *entscheidvollziehende* Planung sein. Es geht bei der Raumplanung nicht darum, lediglich die raumplanerischen Aspekte der zu treffenden Entscheidungen zu beleuchten, sie dient vielmehr auch der Realisierung der Raumordnung durch den Vollzug raumrelevanter Maßnahmen. Unter dem Gesichtspunkt der Verbindlichkeit ist die Raumplanung sowohl *indikative* Planung als auch *imperative*. Zahlreiche Planungsarbeiten

³⁴ Als Querschnittsplanung kommt der Raumplanung im Rahmen der staatlichen Planungen eine sachlich zentrale Bedeutung zu. Sie läßt sich mit der Finanzplanung vergleichen, die ihrerseits eine Querschnittsplanung ist. Aus der Funktion als Querschnittsplanung darf nicht auf eine Identität zwischen Raumplanung und staatlicher Aufgabenplanung geschlossen werden. Die Raumplanung ist auch nicht die höchste unter den Planungen. Sie ist nicht Koordinationsgrundlage der Planungen. Vgl. dazu LENDI, Koordination staatlicher Aufgabenplanungen (oben Anm. 13), S. 37 ff.

beschränken sich auf die Wiedergabe informativer Daten. Von entscheidender Bedeutung ist aber, daß die Raumplanung nicht auf diese beschränkt ist; sie muß auch eine imperative sein. Zu diesem Zweck werden verbindliche Planungsmaßnahmen durch Gesetze, Verfügungen und durch Pläne getroffen. Die Pläne können dabei mittelbar oder unmittelbar verbindlich sein, d. h. sie können die Behörden oder die andern Rechtsadressaten, im Falle der Raumplanung vorweg die Grundeigentümer, binden.

2. Die Raumplanung wird oft mit der *Gesamtplanung* in Verbindung gebracht³⁵. Dies ist mißverständlich. Der Begriff der Gesamtplanung sollte, falls sich dies als notwendig erweist, für eine integrierende staatliche Aufgabenplanung vorbehalten sein, die eine Abstimmung der verschiedenen Bereichsplanungen anstrebt. Die Raumplanung ist nur eine neben vielen anderen Bereichsplanungen, welche aber als Querschnittsplanung einen wechselseitigen, bestimmenden Einfluß auf die andern Planungen beansprucht, ohne die höchste zu sein. Die zusammenfassende Planung kann auch als Entwicklungsplanung angesprochen werden. Sofern im Zusammenhang der Raumplanung von einer mehrere Teilplanungen umfassenden Gesamtplanung gesprochen werden muß, sollte sie als raumplanerische gekennzeichnet werden.

3. Der Zweck der Raumplanung besteht darin, diejenigen Vorgänge steuernd zu beeinflussen, welche die zukünftige räumliche Ordnung maßgebend bestimmen. Durch die Lenkung soll erreicht werden, daß die Wohlfahrt verbessert wird. Der Zweck der Raumplanung beschränkt sich also nicht auf eine ästhetische oder eine gefahrlose Ordnung der physischen Elemente des Raumes. Sie sieht ihre Aufgabe erst dann erfüllt, wenn durch die lenkende Beeinflussung der auf den Raum einwirkenden Aktivitäten des Staates und der Privaten die allgemein anerkannten Merkmale der Wohlfahrt verbessert und wohlfahrtshemmende Entwicklungen abgewendet werden. Die Raumplanung kann deshalb nur als eine *wohlfahrtspolitische* Aufgabe verstanden werden und keinesfalls als eine

³⁵ So FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 307. Er identifiziert Raumplanung und Gesamtplanung. Er läßt damit eine Gesamtplanung, welche gebietsbezogene und nicht gebietsbezogene Planungen einschließt, außer Betracht.

polizeiliche. Alle ihre Maßnahmen sind auf eine Mehrung der Wohlfahrt gerichtet und dienen mithin nicht oder nicht nur der Abwehr konkreter Gefahren, sondern stellen einen positiven Beitrag an die Mehrung der Wohlfahrt dar, und zwar selbst dort, wo durch restriktive Maßnahmen eine wohlfahrtshemmende Entwicklung abzuwenden versucht wird³⁶.

4. Die Raumplanung beschränkt sich nicht auf die Nutzungsplanung im Sinne einer Rahmenordnung für die Nutzung des Raumes durch die Grundeigentümer. Sie hat vielmehr alle staatlichen Aktivitäten mit in die Planung einzubeziehen, welche sich auf den Raum auswirken. Damit nimmt die Raumplanung eine zusätzliche Dimension an, welche in der Regel verkannt wird. Üblicherweise wird die Raumplanung mit der Nutzungsplanung identifiziert, doch ist diese Betrachtung zu eng, weil die räumliche Entwicklung mit den Mitteln der Nutzungsplanung allein nicht bestimmend beeinflusst werden kann. Sie muß ergänzend die raumbedeutsamen Aktivitäten der öffentlichen Hand lenkend und steuernd beeinflussen. Davon gehen der Verflechtung von Staat–Gesellschaft–Wirtschaft wegen auch Wirkungen auf die privatwirtschaftlichen und privatpersönlichen räumlich bedeutsamen Tätigkeiten aus, welche für die tatsächliche Nutzung des Raumes entscheidend werden können. Insofern hat die Raumplanung immer zwei Funktionen zu erfüllen, sie ist einerseits *Nutzungsplanung*, indem sie die Nutzung von Grund und Boden ordnet, und andererseits *koordinative Planung*³⁷ der raumbedeutsamen Staats-, insbesondere der Verwaltungstätigkeit.

³⁶ Die wohlfahrtsverbessernde Wirkung geht von der «gerechten» Verteilung öffentlicher Leistungen und der Zuordnung der Nutzungsmöglichkeiten aus. Statt von einer wohlfahrtspolitischen Raumplanung könnte auch von einer leistungs- und lenkungsstaatlichen – im Gegensatz zu einer polizeilichen – Raumplanung gesprochen werden. Wesentlich ist die Abgrenzung zur polizeilichen Aufgabe, die der konkreten Gefahrenabwehr dient.

³⁷ Die koordinative Raumplanung kann auch als programmatische Planung angesprochen werden. Sie bildet einen besonderen Aspekt der Raumplanung und ist nicht nur eine Phase eines zweistufigen Nutzungsplanungsverfahrens, obwohl sie auch diese Funktion erfüllen kann. Zum Begriff der programmatischen Planung siehe IMBODEN, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, S. 409f.

5. Die Aufgabe der Raumplanung kann nur *interdisziplinär* bewältigt werden, da sie sich, wie wir gezeigt haben, nicht auf eine Ordnung der äußeren physischen Elemente beschränkt, sondern diese in ihrem Zusammenhang zu sozialen, technischen, ökonomischen, ökologischen usw. Vorgängen sieht. Sie ist deshalb sowohl als wissenschaftliche Disziplin wie auch als Staatsaufgabe notwendigerweise interdisziplinär anzugehen. Die Raumplanung kann und darf von ihrem Selbstverständnis her nicht eine technokratische sein.

C. Die Mittel der Raumplanung

1. Da die Raumplanung als die Aufgabe erscheint, lenkend die räumliche Entwicklung dadurch auf eine zielgerechte Raumordnung auszurichten, daß sie die auf den Raum einwirkenden staatlichen und privaten Tätigkeiten beeinflußt, stellt sich die Frage, mit welchen *Mitteln* die Raumplanung dies tut. Entsprechend der Doppelfunktion der Raumplanung der Einwirkung auf die staatlichen Aktivitäten (koordinative Planung) und auf die Bodennutzung (Nutzungsplanung), können die Mittel unter diesem Gesichtspunkt gesondert betrachtet werden. Sie stehen jedoch in einem sachlichen Zusammenhang, weil sie beide auf dieselbe zielgerechte Raumordnung ausgerichtet sind.

2. Außerhalb einer rechtlichen Betrachtung scheinen diejenigen Mittel zu stehen, welche die Raumplanung *im unverbindlichen Bereich* ihrer Tätigkeit verwendet. Es handelt sich im Ergebnis um Pläne, die mit den unterschiedlichsten Methoden der verschiedenen an der Raumplanung beteiligten Wissenschaften interdisziplinär erarbeitet werden³⁸. Eine besondere Bedeutung kommt dabei den Methoden der Zukunftsforschung zu, die aber nicht für sich allein stehen, da neben der Bestimmung und Konkretisierung der Zukunftsziele und der Prognosen eine wesentliche Aufgabe in der Analyse der laufenden Entwicklung liegt, die sowohl den Istzu-

³⁸ Eine Übersicht über die raumbedeutsamen Pläne und deren Inhalt findet sich bei LENDI, Raumbedeutsame Pläne, S. 105ff.

stand als auch die trendmäßig einwirkenden Kräfte beobachtet und zu verstehen versucht. Die Analysen können sich sodann auf die Maßnahmen beziehen, welche notwendig sind, um Ziele zu erreichen oder den prognostizierten Bedarf zu decken. Der Plan, der als Ergebnis der raumplanerischen Arbeiten herauskommt und der – in diesem Zusammenhang – immer ein indikativer Plan ist, kann einen sehr unterschiedlichen Inhalt haben. Er kann sich auf den Istzustand, auf die trendmäßige Entwicklung, auf Zielvorgaben, auf prognostizierte Bedürfnisse, auf Maßnahmenkataloge und auf eigentliche Programme beziehen, welche die Maßnahmen für eine bestimmte Zeitperiode unter Berücksichtigung ihrer finanziellen und administrativen Bewältigung umschreiben. Der Plan hat somit selbst im Bereich der indikativen Planung keinen einheitlichen Inhalt. Es kann auch nicht gesagt werden, der Plan habe immer einen Sollcharakter, weil auch die Darstellung des Istzustandes und der trendmäßigen Entwicklung planmäßig erfolgt. Sodann kann und darf der Plan nicht mit einer kartographischen Darstellung des Raumes identifiziert werden, obwohl die Raumplanung vorwiegend mit Plänen arbeitet, welche die Wirkung im Raum darstellen und deshalb auf kartographischen Unterlagen aufbauen. Auch der Maßnahmenkatalog, das Programm und Angaben über Ziele und Prognosewerte haben Plancharakter. Der Plan kann verbale und statistische Darstellungsformen annehmen, wie er auch als kartographische Wiedergabe erscheint. Die indikativen Pläne sind unverbindlich. Allerdings kann nicht übersehen werden, daß von ihrer Aussagekraft eine Vorwirkung auf die verbindliche Planung ausgehen kann, und zwar sowohl auf die koordinative Planung der raumbedeutsamen staatlichen Aktivitäten als auch auf die Nutzungsplanung. Sie müssen deshalb den grundsätzlichen normativen Anforderungen staatlicher Planungstätigkeit genügen, sich insbesondere über eine hohe Sachlichkeit ausweisen und auf die grundlegenden Werte des Rechtsstaates ausgerichtet sein.

3. Im Rahmen der *verbindlichen Planung* steht für die *koordinative Planung* unter den in Frage kommenden Mitteln der Plan im Vordergrund, doch nicht allein. Neben den Plan tritt der Rechtssatz, durch welchen generell-abstrakt das Verhalten der Verwaltungsbehörden festgelegt wird, beispielsweise dadurch, daß durch den

Rechtssatz normiert wird, bei der Erteilung einer Eisenbahnkonzession seien die Erfordernisse der Raumplanung zu berücksichtigen. Die Informationen darüber, welches die Erfordernisse sind, sind aus Plänen ableitbar. Es muß sich immer um einen Plan handeln, da nur der Plan die Zusammenhänge darzustellen vermag, welche für die Raumordnung als Ganzes erheblich sind. Diese Aufgabe kann der Rechtssatz nicht erfüllen. Der Rechtssatz hat deshalb im wesentlichen einen Verweis auf indikative und/oder imperative Pläne zum Gegenstand. Daß der Verweis auf indikative Pläne nicht zu befriedigen vermag, versteht sich von selbst, weil dadurch – normativ betrachtet – auf freies Ermessen zurückverwiesen wird. Demzufolge muß es verbindliche Raumpläne geben, welche das freie Ermessen aufheben oder beschränken. Als solche stehen die mittelbar verbindlichen Raumpläne in Frage, welche behördenverbindlich sind. Diese werden auch als (verbindliche) Richtpläne bezeichnet. Inhaltlich beziehen sich diese Richtpläne als Raumpläne auf raumbedeutsame Ziele, entsprechende Prognosen sowie Maßnahmen gemäß der Ziel/Mittel- resp. Prognose/Maßnahmerelation. Auch diese mittelbar verbindlichen Pläne müssen sich nicht auf kartographische Darstellungen beschränken. Es kann sich um verbale und statistische Ziel- und Prognoseumschreibungen oder um programmmäßige Maßnahmenkataloge handeln³⁹.

4. Als Mittel der *Nutzungsplanung* stehen der Rechtssatz, die Verfügung und der Plan in Frage. Durch den Rechtssatz werden generell-abstrakte Verhaltensnormen aufgestellt, welche das Verhalten der Rechtsadressaten inhaltlich bestimmen. Durch die Verfügung werden individuell-konkrete Verhaltensbefehle im Sinne eines Tuns, des Unterlassens oder des Duldens erteilt. Eine besondere Bedeutung kommt dem unmittelbar verbindlichen Nutzungsplan zu, durch welchen über den ganzen Raum des Planbezugsgebietes eine Nutzungsordnung gelegt wird⁴⁰. Diese gilt gegenüber

³⁹ Koordinative Raumpläne haben einen wesentlich umfassenderen Inhalt als die Nutzungsrichtpläne.

⁴⁰ Neben den unmittelbar verbindlichen Nutzungsplänen gibt es auch mittelbar verbindliche Nutzungspläne. Diese bilden die erste Phase eines zweistufigen Nutzungsplanungsverfahrens und zugleich stellen sie denjenigen Teil der koordinativen Raumplanung dar, der sich auf die Nutzungsplanung bezieht.

allen potentiell in Frage kommenden Rechtsadressaten, gilt aber nicht für beliebig viele Tatbestände, sondern wirkt sich konkret auf das gegebene, parzellenscharf ausgeschiedene Grundeigentum aus. Für den betroffenen Rechtsadressaten bedeutet dies, daß er das Grundeigentum nur im Rahmen des unmittelbar verbindlichen Nutzungsplanes nutzen kann. Auf dieses Mittel kann die Raumplanung nicht verzichten, weil nur durch dieses eine im Interesse des ganzen Raumes liegende rationale Ordnung entwickelt, vollzogen und durchgesetzt werden kann. Der generell-abstrakte Rechtssatz vermag die zweckorientierte, rationale, konkrete Ordnung nicht herzustellen, schafft er doch eine allgemeine und nicht eine besondere, differenzierte Verhaltensordnung. Das Besondere am unmittelbar verbindlichen Nutzungsplan ist, daß er räumlich konkretisiert und differenziert nach der auf die Ziele der Raumordnung ausgerichteten Zweckrationalität.

5. Die inhaltliche und verbindliche *Abstimmung zwischen der koordinativen Planung und der Nutzungsplanung* wird dadurch sichergestellt, daß den behördenverbindlichen Raumplänen entsprechend der Doppelfunktion der Raumplanung ein zweifacher Inhalt gegeben wird⁴¹. Sie enthalten nämlich behördenverbindliche Aussagen sowohl bezüglich der Koordination der raumbedeutsamen Staatstätigkeit als auch der unmittelbar verbindlichen Nutzungsplanung. Insofern geht von ihnen eine Wirkung auf die raumbedeutsame Staatstätigkeit im allgemeinen und auf die Nutzungsplanung im besonderen aus.

D. Normative Anforderungen an die Raumplanung

1. Gegenüber der Raumplanung gelten zunächst dieselben normativen Anforderungen, wie sie für die Planung im allgemeinen ausge-

⁴¹ Vgl. beispielsweise Art. 5ff. BG über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974, BB1 1974 II, S. 816ff.; § 121 Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971. Der kantonale Gesamtplan nach der Raumplanungsgesetzgebung ist deshalb sowohl ein Instrument der koordinativen Raumplanung als auch ein Mittel der Nutzungsplanung.

wiesen wurden⁴². Die Raumplanung hat sich in all ihren Phasen an den Grundwerten der rechtsstaatlichen Verfassung zu orientieren und sich einer hohen Sachlichkeit zu befleißigen. Das Aufstellen von Plänen kann deshalb auch im Bereich der Raumplanung nicht der schöpferischen Intuition der Planer überlassen bleiben. Vielmehr ist das planerische Ermessen zu versachlichen und zu verobjektivieren. Nur so wird seine Handhabung überprüfbar, kritisierbar und widerlegbar. Der Gesetzgeber kann dazu beitragen, indem er über die Grundsätze, welche in der Raumplanung zu beachten sind, legiferiert⁴³. Andererseits hat die Lehre von der Raumplanung die gesicherten Kenntnisse der Raumplanung derart zu verdichten, daß die Raumplanung inhaltlich und formell nachvollziehbar und überprüfbar wird⁴⁴. Die Überprüfbarkeit muß sich insbesondere auf die innere Folgerichtigkeit beziehen können.

2. Die *Konflikte* zwischen den normativen Anforderungen des Rechtsstaates und der Raumplanung ergeben sich im wesentlichen aus dem Wesen der Raumplanung als Planung. Insofern sind die Probleme keine anderen als sie grundsätzlich zwischen der leistungs- und lenkungsstaatlichen Planung einerseits und dem liberalen Rechtsstaat andererseits bestehen. Vorweg läßt sich die Raumplanung weder der Gesetzgebungsfunktion, noch der Rechtsanwendungs- oder Rechtsdurchsetzungsfunktion unterstellen. Sie läßt sich auch nicht auf diese drei Funktionen gleichsam nach Phasen aufteilen, da es eben wesensmäßig zur Planung und damit auch

⁴² Siehe oben S. 52 ff.

⁴³ Zum Problem der materiellen Grundsätze in der Raumplanung LENDI, Materielle Grundsätze, DISP Nr. 27, S. 1 ff.; KUTTLER, Die materiellen Grundsätze des Entwurfes zum BG über die Raumplanung, insbesondere der Begriff des Baulandes, S. 86 ff. Als materielle Grundsätze können die «weiteren materiellen Grundsätze» gemäß Art. 23 BG über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974 bezeichnet werden, BBl 1974 II, S. 816 ff. Es handelt sich um finale Rechtssätze (oben Anm. 26). Eine Ideenskizze materieller Grundsätze findet sich bei ARBEITSGRUPPE DES BUNDES FÜR DIE RAUMPLANUNG, Raumplanung Schweiz, S. 75 ff.

⁴⁴ Die Lehre von der Raumplanung hat in der Schweiz noch keine derartige Dichte erfahren, daß zwischen bewährter und nicht bewährter Lehre unterschieden werden könnte. Die Justiziabilität ist nur dann gewährleistet, wenn sie sich auf gesicherte Kenntnisse und bewährte Lehre und Praxis verlassen kann.

zur Raumplanung gehört, daß sie in einem dauernden Prozeß über die Zielfindung, die Maßnahmenentscheidung und die Kontrolle zurück zur Zielfindung führt. Sie ist Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung zugleich⁴⁵. Sodann kommt es ihr weniger darauf an, eine allgemeine Verhaltensordnung zu schaffen, als vielmehr zur richtigen Zeit die richtigen Dispositionen zu treffen. Darum fügt sie den Plan neben Rechtssatz und Verfügung als Mittel ein, der ihr die Erfüllung der lenkenden, steuernden Aufgabe ermöglichen soll.

3. Die inhaltliche Ausgestaltung der *koordinativen Raumplanung*, die sich an die Behörden wendet, hat vom geltenden Recht auszugehen, da durch die koordinativen Pläne nicht neues Recht geschaffen oder Recht geändert wird, sondern die Anwendung des geltenden Rechts, soweit dabei freies Ermessen besteht, unter dem Gesichtspunkt der zielgerechten Raumordnung sichergestellt werden soll. Die mittelbar verbindlichen Pläne können deshalb nur Aussagen enthalten, welche sich auf ein nach Maßgabe der geltenden Rechtsordnung bestehendes freies Ermessen beziehen. Sie treten nicht in ein Kollisionsverhältnis zum geltenden Recht. Dies schließt aber nicht aus, daß aufgrund von mittelbar verbindlichen Plänen die Notwendigkeit zur Änderung des geltenden Rechts deutlich werden kann, doch vermag der Plan als solcher diese weder auszulösen noch zu erzwingen. Formell betrachtet müssen die Pläne von einer zuständigen Instanz im richtigen Verfahren erlassen werden, wobei der Frage nach der erlassenden Instanz insofern große Bedeutung zukommt, als sich die Pläne auf das freie Ermessen beziehen, wie es durch die Gesetzgebung vorbehalten wurde. Da die Pläne sodann eine Vorwirkung gegenüber dem Verwaltungshandeln entfalten, stellt sich das Problem des Rechtsschutzes. Nicht zuletzt ergeben sich Probleme der Rechtssicherheit, da die Pläne dem Wesen der Planung als einem Prozeß entsprechend änderbar sein müssen.

4. Die normativen Anforderungen an die *Nutzungsplanung* sind

⁴⁵ Die Raumplanung läßt sich deshalb nicht ohne weiteres mit den Stufen der Rechtsverwirklichung von der Rechtsetzung über die Rechtsanwendung zur Rechtsdurchsetzung in Einklang bringen.

materieller und formeller Natur. Formell verlangt die rechtsstaatliche Ordnung auch für diese Planung den Erlaß der Pläne durch eine zuständige Instanz in einem geordneten Verfahren. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich aus dem Umstand, daß Nutzungspläne revidierbar sein müssen und daß deshalb dem Erfordernis der Rechtssicherheit nur begrenzt genügt werden kann. Der Rechtsschutz bedarf der Aufmerksamkeit, da der Rechtsadressat durch die Nutzungsplanung ähnlich wie durch eine Verfügung betroffen wird, diese «Verfügung» aber weitgehend durch dem Planerlaß eigenes Planungsermessen bestimmt wird. Das Rechtsschutzproblem ist also ein zweifaches. Es stellt sich gegenüber dem Planerlaß und gegenüber der Planänderung⁴⁶.

§ 5. Raumplanung und Verfassungsrecht

A. Der Rechtsbegriff der Raumplanung

1. Die Lehre von der Raumplanung versteht unter der Raumplanung «Gruppen miteinander verbundener Tätigkeiten zur Steuerung von Vorgängen, die die Veränderung räumlicher Ordnung maßgebend beeinflussen. Die Zwecke der Raumplanung werden hergeleitet von Elementen der Wohlfahrt, deren gewollte Eigenschaften von Eigenschaften, Lage und zeitlichem Auftreten physischer Elemente der Umwelt abhängen»⁴⁷. Der in der Bundesverfassung verwendete Begriff der Raumplanung ist nicht der fachwissenschaftliche, sondern ein *Rechtsbegriff*, dessen Sinngehalt durch Auslegung geltenden Rechts gewonnen werden muß.

In den Vorarbeiten zu Art. 22^{quater} BV über die Raumplanung wurde der Begriff nicht verwendet⁴⁸. Der bundesrätliche Entwurf

⁴⁶ Zum Rechtsschutzproblem siehe BASCHUNG/STÜDELI, Probleme des Rechtsschutzes im Planungsrecht, S. 122 ff.

⁴⁷ JAKOB MAURER, Grundzüge einer Methodik der Raumplanung, Bd. I, Schriftenreihe zur Orts-, Regional- und Landesplanung Nr. 14, Zürich 1973, S. 27.

⁴⁸ Die Materialien zum Verfassungsartikel 22^{quater} BV sind zusammengestellt und gesichtet bei AUBERT/JAGMETTI, Die Verfassungsmäßigkeit des Entwurfes vom 14. Oktober 1970 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, S. 135 ff.

für einen neuen Verfassungsartikel 22^{quater} wollte den Bund ermächtigen, Grundsätze aufzustellen über die Erschließung und Besiedlung des Landes und die Nutzung des Bodens, insbesondere über die Schaffung von Zonenordnungen durch die Kantone⁴⁹. Damit stand die Absicht im Vordergrund, eine Grundsatzgesetzgebung über die Zonenordnung zu erlassen. Allein bereits im bundesrätlichen Vorschlag steht kumulativ neben der Nutzung des Bodens die allgemeinere Aufgabe, Grundsätze über die Erschließung und die Besiedlung des Landes aufzustellen, wodurch die oben angesprochene Doppelfunktion der Raumplanung (koordinative Raumplanung und Nutzungsplanung) angedeutet ist, da weder die Erschließung noch die Besiedlung des Landes allein mit den Mitteln der Nutzungsplanung lenkend beeinflußt werden kann. Der Begriff der Raumplanung kam erst in den parlamentarischen Beratungen in den Verfassungstext hinein⁵⁰. Aus den Materialien geht hervor, daß sich die Raumplanung nicht nur auf kleinere, sondern auf größere Gebiete bezieht. Es war vor allem der Sprecher der nationalrätlichen Kommissionmehrheit, der zu verdeutlichen wußte, daß unter der Raumplanung die *Gesamtheit der Planungsaufgaben* zu verstehen sei, die der zweckmäßigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes dienen. Raumplanung sei der Oberbegriff für alle planerischen Bestrebungen auf dem Gebiete des Bodens⁵¹. Der vorgeschlagene Abs.1 von Art. 22^{quater} BV ermögliche alles, was durch die Zonierung erfaßt werde, nämlich eine geordnete Überbauung des Bodens, die Erhaltung oder Schaffung von Erholungsräumen, die Ausscheidung von Landwirtschaftszonen und von Bauzonen. Darüber hinaus umfasse der Begriff der Raumplanung auch die Verkehrsplanung, die Planung bezüglich Wasserversorgung, die Abwasserreinigung usw. Diese Ausführungen wurden im wesentlichen zur Richtschnur

⁴⁹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22^{ter} und 22^{quater} vom 15. August 1967, BBl 1967 II, S. 133ff.

⁵⁰ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (StenBull), Verhandlungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Ständerat 1968, S. 290.

⁵¹ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (StenBull), Verhandlungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Nationalrat 1969, S. 23ff.

für die weiteren Beratungen und die Abstimmungen. Es darf deshalb in einer subjektiv-historischen Auslegung davon ausgegangen werden, daß der Rechtsbegriff der Raumplanung *weit gefaßt* ist und beide Funktionen der Koordination der raumbedeutsamen Verwaltungstätigkeit wie auch der Nutzungsplanung in sich schließt, wobei sich die Nutzungsordnung nicht nur auf das Baugebiet, sondern auf den *ganzen Raum* zu beziehen hat. Aus der Sinndeutung, die nach den Materialien dem Begriff der Raumplanung gegeben wurde, muß auch geschlossen werden, daß das Begriffselement der «Planung» nicht nur als entscheidungsvorbereitende Maßnahme, sondern auch als realisierende, vollziehende verstanden wurde, sind doch Maßnahmen der Erschließung und der unmittelbar verbindlichen Zonenplanung in den Begriff der Raumplanung involviert worden⁵².

2. Stellt man den verfassungsrechtlichen Begriff und damit den Rechtsbegriff der Raumplanung, welcher die zweifache Funktion der Lenkung der raumbedeutsamen Staatsaktivitäten und der Erfassung des ganzen Raumes durch die Nutzungsplanung einbezieht, dem fachwissenschaftlichen und demjenigen gegenüber, wie er aufgrund der allgemeinen Planungslehren entwickelt worden ist, so darf eine in den entscheidenden Fragen bestehende *Übereinstimmung* festgestellt werden. Allerdings ist zuzugeben, daß in den parlamentarischen Beratungen das Verhältnis zwischen Raumplanung und den übrigen Planungsaufgaben des Staates als systematische Überlegung außer Betracht blieb. Das damals verbreitete Mißverständnis, die Raumplanung umfasse die Gesamtheit der Planungsaufgaben des Staates, kam hingegen nicht auf, weil die Aufgabe der Raumplanung von vornherein auf die zweckmäßige Nutzung des Bodens und die geordnete Besiedlung des Landes beschränkt

⁵² Die Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Raumplanung vom 31. Mai 1972, BBl 1972 I, S. 1479f., nimmt den weiten Begriff auf und stellt ausdrücklich fest, daß die Raumplanung den ganzen Raum erfaßt und alle raumrelevanten Tätigkeiten umfaßt: «Die Raumplanung erfaßt den *ganzen Raum*». «Die Raumplanung umfaßt... *alle Entscheidungen und Handlungen*, welche die räumliche Ordnung beeinflussen.» Die Raumplanung wird ausserdem als eine dauernde und steuernde Tätigkeit beschrieben.

wurde. Ihr Anknüpfungspunkt ist nicht die Wirtschaft oder der Verkehr, die Gesundheit, die Energie usw., sondern die gegenwärtige und die zukünftige Raumordnung. Dadurch grenzt sich die Raumplanung gegenüber andern Planungsaufgaben des modernen Staates ab. Aus den Materialien kann sodann nicht geschlossen werden, die Raumplanung sei eine die andern Planungsaufgaben dominierende. Sie unterscheidet sich nach der gegenwärtigen Rechtslage von den andern vor allem dadurch, daß sie sich nicht auf eine indikative Planung beschränken muß, sondern Verbindlichkeit erlangen kann. Der sachliche Bereich der Raumplanung ist für Bund und Kantone derselbe, auch wenn die Bundeskompetenz formell auf den Erlaß von Grundsätzen begrenzt ist; er bezieht sich auf die Raumplanung im Sinne der entscheidungsvorbereitenden und realisierenden Planung der zweckmäßigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes.

3. Die Kompetenzen des Bundes beschränken sich auf eine *Grundsatzgesetzgebungskompetenz*, eine *Förderungs-* und eine *Koordinationskompetenz*⁵³. Die Grundsatzgesetzgebungskompetenz verlangt einen hohen Abstrahierungsgrad und schließt den Erlaß von Detailvorschriften aus. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, daß der Bund nicht ermächtigt ist, gestützt auf die Verfassungsbestimmung über die Raumplanung einen mittelbar oder unmittelbar verbindlichen Raumplan (Bundesplan, Nationalplan) zu erlassen, der alle raumbedeutsamen Aspekte in einer planmäßigen Ordnung zusammenfassen würde. Hingegen schließt die Grundsatzgesetzgebungskompetenz den Erlaß von direkt anwendbaren Verhaltensnormen nicht aus, sofern sie den Charakter eines Grundsatzes wahren. Es können auch sogenannte finale Rechtssätze im Sinne von Grundsätzen erlassen werden⁵⁴. Die Förderungskompetenz bezieht sich vornehmlich auf finanzielle Leistungen, wobei der sachliche Bereich auf Maßnahmen der Raumplanung be-

⁵³ Vgl. dazu AUBERT/JAGMETTI, Die Verfassungsmäßigkeit des Entwurfes zu einem Bundesgesetz über die Raumplanung, S.145ff. SCHAUMANN, Gedanken zur Auslegung der neuen Verfassungsartikel über das Bodenrecht, S.17ff., will die Bundeskompetenz auf eine Richtlinienkompetenz beschränkt wissen.

⁵⁴ Siehe oben Anm.26 und 43.

schränkt ist. Dasselbe ist hinsichtlich der Koordinationskompetenz festzuhalten. Durch die Verpflichtung des Bundes, in Erfüllung seiner Aufgaben die Erfordernisse der Orts-, Regional- und Landesplanung zu berücksichtigen, wird der Bund angehalten, den raumplanerischen Dispositionen der Kantone, der Regionen und Gemeinden nicht entgegenzutreten, ohne daß aber der Bund an diese gebunden ist. Die raumbedeutsamen Entscheidungen und Handlungen des Bundes sind im Sinne der vertikalen Koordination mit den kantonalen, regionalen und kommunalen Planungen abzustimmen.

B. Die Raumplanung und die Kompetenznormen der Verfassung

1. Das Verhältnis zwischen der Verfassungsbestimmung über die Raumplanung und den andern Kompetenzbestimmungen der Verfassung muß untersucht werden, weil sich die Aufgabe der Raumplanung nicht auf die Nutzungsplanung beschränkt, sondern sich auf die Koordination der raumbedeutsamen Verwaltungstätigkeit ausweitet⁵⁵. Am wirksamsten wäre die Koordination gewährleistet, wenn über alle raumrelevanten Sachaufgaben einheitliche Normen bestehen würden. Da dies nicht der Fall ist, drängt sich die Frage auf, ob die Raumplanungskompetenz eine übergeordnete Kompetenz sei, welche zur Gesetzgebung in allen raumrelevanten Belangen ermächtige. Diese Fragestellung erhält im Bundesstaat besondere Bedeutung. Geht man davon aus, die Raumplanungskompetenz sei eine übergeordnete Kompetenz, so kann daraus geschlossen werden, der Bund sei ermächtigt, auch in jenen Sachbereichen gesetzgeberisch tätig zu werden, in denen er aufgrund der übrigen Normen der Kompetenzausscheidung an sich nicht zuständig ist, vorausgesetzt, er behandle deren raumbedeutsamen Aspekte.

⁵⁵ Zu dieser Frage nehmen Stellung AUBERT/JAGMETTI, Die Verfassungsmäßigkeit des Entwurfes zu einem Bundesgesetz über die Raumplanung, S. 149; LENDI, Die Bedeutung der kommenden Raumplanungsgesetzgebung für den Umweltschutz, S. 146 ff.

2. Für die schweizerische Bundesverfassung gehen aus den Materialien keine Anhaltspunkte hervor, wonach die Kompetenzordnung Bund/Kantone durch die Raumplanungskompetenz eingeschränkt oder erweitert werden sollte⁵⁶. Dies heißt, daß die Raumplanungsgesetzgebungskompetenz *die Kompetenzordnung in andern Aufgabenbereichen weder aufgehoben noch geändert* hat, auch wenn diese raumbedeutsames Recht betreffen. Dies versteht sich aus allgemeinen Gründen der Kompetenzordnung. Mit der Annahme einer übergeordneten Kompetenz würde nämlich die besondere Ordnung der Kompetenzübertragung und -ausscheidung illusorisch. Die Raumplanungskompetenz schließt deshalb keine weitergehende Sachkompetenz ein als eben die Raumplanung, und zwar im Sinne der Nutzungsplanung und der koordinativen Raumplanung. Die Gesetzgebung über die koordinative Planung muß sich auf die Regelung der zuständigen Organe, die Mittel, das Verfahren und inhaltlich auf die raumplanerischen Ziele und die Rechtswirkung der Pläne beschränken. Über die Kompetenz zur koordinativen Raumplanung darf nicht eine weitergehende Sachkompetenz beansprucht werden, die der Bund durch besondere Kompetenznormen übertragen erhält. Sie enthält auch nicht eine allgemeine Planungskompetenz, sondern nur die Kompetenz zur planerischen Koordination der raumbedeutsamen Aspekte der verschiedenen Sachaufgaben. Die Kompetenz zur Planung einer Sachaufgabe, beispielsweise des Verkehrs, ist a maiore minus in der entsprechenden Sachkompetenz enthalten⁵⁷.

3. Die sich auf die Kompetenznorm der Raumplanung stützende Raumplanungsgesetzgebung – dies gilt sowohl auf Bundes- wie auf kantonaler Ebene – ist an das kompetenzgemäße, geltende Verwaltungsrecht gebunden, da sich die Raumplanungskompetenz auf

⁵⁶ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22^{ter} und 22^{quater} BV vom 15. August 1967, BBl 1967 II, S. 133ff.

⁵⁷ Auch von der Funktion der Raumplanung als einer Querschnittsplanung drängt sich die Annahme einer übergeordneten Planungskompetenz nicht auf. Im Gegenteil käme die Querschnittsfunktion nicht zum Ausdruck, wenn die Raumplanung eine übergeordnete Planung wäre. Das juristische Ergebnis ist deshalb auch von der Sache her begründet.

den Sachbereich der Raumplanung beschränkt und nicht weitere staatliche Aufgabenbereiche involviert. Insbesondere ist auch das koordinative Raumplanungsrecht an das übrige, raumbedeutsame Verwaltungsrecht gebunden. Die koordinative Raumplanung kann deshalb nur dort Wirkung entfalten, wo das übrige Verwaltungsrecht den Verwaltungsbehörden freies Ermessen einräumt. Zwischen dem kompetenzgemäßen Raumplanungsrecht und dem kompetenzgemäßen übrigen Verwaltungsrecht besteht *keine Normenkollision*, da sie sachlich verschiedene Gegenstände regeln. Das Raumplanungsrecht steht zum übrigen Verwaltungsrecht nicht im Verhältnis der *lex specialis* und der *lex generalis*. Es geht auch nicht als jüngeres Recht dem älteren Recht vor, es sei denn, sie regeln den gleichen Gegenstand⁵⁸.

C. Raumplanung und Grundrechte

1. Die Grundrechte des Staates bilden objektives Recht im Sinne von Verhaltensrecht für die Staatsgewalt. Der Gesetzgeber, der aufgrund der Verfassung in einer bestimmten Sache zur Gesetzgebung ermächtigt ist, ist deshalb an die Grundrechte gebunden, es sei denn, die Verfassung selbst sehe einen entsprechenden Vorbehalt vor. Allgemein vorbehalten sind nach bewährter Lehre und Praxis polizeiliche Schranken, die der konkreten Gefahrenabwehr dienen, da die Ausübung der Grundrechte nicht dazu ermächtigt, polizeiwidrige Zustände zu schaffen⁵⁹. Weitere Vorbehalte müssen in der Verfassung ausdrücklich vorgesehen sein. Als objektives Verhaltensrecht wenden sich die Grundrechte an den Gesetzgeber und an die Verwaltung. So besehen sind sowohl die eidgenössische Grundsatzgesetzgebung wie die kantonalen Gesetze über die Raumplanung als auch die Raumplanung als Staats-tätigkeit *an die Grundrechte gebunden*. Dies heißt im besonderen,

⁵⁸ Vgl. dazu die grundlegende Abhandlung von FORSTHOFF und BLÜMEL, Raumordnungsrecht und Fachplanungsrecht, S. 72ff.

⁵⁹ FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 246f.

daß die Raumplanung die Handels- und Gewerbefreiheit, die Niederlassungsfreiheit, die Eigentumsgarantie und die Rechtsgleichheit zu beachten hat, es sei denn, die Verfassung und insbesondere die Bestimmung über die Raumplanung sehe ausdrücklich Vorbehalte vor oder die Raumplanung werde als eine polizeiliche Aufgabe verstanden⁶⁰.

2. Ob die Raumplanungsbestimmung des Verfassungsartikels 22^{quater} einen Vorbehalt gegenüber einem oder mehreren Grundrechte beinhaltet, wird näher zu untersuchen sein. Vorweg muß aber festgestellt werden, daß die Raumplanung *nicht* als *eine polizeiliche Aufgabe* verstanden werden kann, da sie nicht der Abwehr konkreter Gefahren dient, sondern der Mehrung der Wohlfahrt. Es mag zwar im Raumplanungsrecht Bestimmungen und Maßnahmen geben, welche u. a. der Abwehr konkreter Gefahren dienen, doch ist die Aufgabe der Raumplanung weiter gefaßt⁶¹. Der allgemeine Vorbehalt polizeilicher Beschränkungen der Grundrechte ist deshalb nicht auf die Raumplanung übertragbar.

3. Bei den einzelnen Grundrechten, insbesondere bei der Handels- und Gewerbefreiheit und bei der Niederlassungsfreiheit, finden sich in der schweizerischen Bundesverfassung keine Vorbehalte, wonach die Gesetzgebung über die Raumplanung und insofern die Raumplanung nicht an die Grundrechte gebunden sind.

In Abweichung von der *Handels- und Gewerbefreiheit* dürfen die Kantone nur gestützt auf Art. 31 Abs. 2 Satz 2 – kantonale Regalrechte – und der Bund gestützt auf Art. 31^{bis} Abs. 3 BV legislieren. Diese Bestimmung ist zwar sehr weit gefaßt. Sie wurde aber zu einem Zeitpunkt erlassen, als niemand an umfassende Maßnahmen der Raumplanung dachte. Weder eine subjektiv-historische noch eine teleologische und auch nicht eine systematische Auslegung lassen den Schluß zu, in der entsprechenden Bestimmung liege ein Vorbehalt, wonach die Gesetzgebung über die Raumplanung von der Handels- und Gewerbefreiheit abweichen könnte. Auch bei der

⁶⁰ Zum Verhältnis Raumplanung/Individualrechte und Raumplanung/Eigentumsgarantie siehe AUBERT/JAGMETTI, Die Verfassungsmäßigkeit des Entwurfes für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, S. 149 und S. 180 ff.

⁶¹ Siehe oben S. 60 f.

Niederlassungsfreiheit finden sich keine entsprechenden Vorbehalte (Art. 45 BV).

Es stellt sich deshalb die Frage, ob in der Verfassungsbestimmung über die Raumplanung selbst ein solcher Vorbehalt zu finden sei. Dies trifft mindestens hinsichtlich der Handels- und Gewerbe-freiheit weder ausdrücklich noch stillschweigend zu, zumal weder aus den Materialien noch aus dem Wortlaut Anhaltspunkte dafür gegeben sind. Nicht zuletzt darf aufgrund einer teleologischen Auslegung nicht auf einen Vorbehalt geschlossen werden, weil der Zweck der Raumplanung nicht darin besteht, Handel und Gewerbe zu beschränken, sondern eine zielgerechte Raumordnung zu schaffen. Der Zweck der Raumplanung ist denn auch auf die zweckmäßige Nutzung des Bodens und die geordnete Besiedlung des Landes beschränkt, wodurch u. a. eine Wirtschaftsplanung ausgeschlossen wurde. Innerhalb einer zielgerechten Raumordnung sind deshalb positive Voraussetzungen für die Entfaltung von Handel und Gewerbe zu schaffen. Dies heißt nicht, daß nicht durch raumplanerische Maßnahmen Handel und Gewerbe beeinträchtigt werden könnten. Die Handels- und Gewerbe-freiheit als Verhaltensnorm verlangt aber, daß Handel und Gewerbe im Rahmen der Raumordnung ausgeübt werden können. Raumplanerische Maßnahmen sind deshalb – wenn sie auf ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft werden – auch *unter dem Gesichtspunkt der Handels- und Gewerbe-freiheit zu überprüfen*⁶². Da die Handels- und Gewerbe-freiheit als echtes Freiheitsrecht einen staatsfreien Raum schafft, kann aus der Raumplanung kein Rechtsanspruch auf eine bestimmte Nutzung an einem konkreten Ort zu einer bestimmten Zeit abgeleitet werden, doch wird die Handels- und Gewerbe-freiheit durch eine Raumplanung, welche Handel und Gewerbe ausschließt oder beeinträchtigt, zur Wirtschaftsplanung und ver-

⁶² Die bundesgerichtliche Rechtsprechung läßt dies außer Betracht (Zbl 1961, S. 256; BGE 99 Ia 35 ff., unveröffentlichte Erwägung), doch muß erkannt werden, daß sich mit der Nutzungsplanung auch wirtschaftliche Gesichtspunkte verbinden, weil die Raumplanung ökonomische Aspekte nicht unberücksichtigt lassen kann. Eine Verletzung der Handels- und Gewerbe-freiheit durch planerische Maßnahmen ist möglich. Richtig ist, daß die Handels- und Gewerbe-freiheit keine raumplanerischen Sonderrechte gewährt.

mag deshalb vor der Handels- und Gewerbefreiheit nicht standzuhalten. Analoge Überlegungen gelten hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit.

D. Raumplanung und Rechtsgleichheit

1. Es liegt im Wesen der Raumplanung begründet, daß sie *Ungleichheiten* setzt. Dies kommt nicht nur beim unmittelbar verbindlichen Plan zum Ausdruck. Sie setzt vielmehr ihrem Wesen entsprechend Ungleichheiten, die nicht aus der Stellung des Betroffenen oder aus der Sache zu begründen sind. Warum Uster und nicht Wetzikon resp. umgekehrt als Regionalzentrum zu bestimmen ist und warum die Abgrenzung zwischen Bauzone und übrigem Gebiet diese und nicht jene Parzelle einbezieht, wird nicht nach dem im Gleichheitsgebot eingeschlossenen Postulat der Gerechtigkeit beurteilt, sondern nach einer planerischen Zweckrationalität, die durch die Forderungen nach zweckmäßiger Nutzung des Bodens und geordneter Besiedlung des Landes bestimmt wird. Insofern besteht zwischen Raumplanung und Rechtsgleichheit eine *Antinomie*, die durch die beiden Postulate der Gerechtigkeit einerseits und der rationalen Ordnung des Raumes andererseits – die beide zu erfüllen sind, sich aber gegenseitig ausschließen – aufgebrochen ist. Diese Antinomie wird in der neueren Lehre und nunmehr auch in der Rechtsprechung anerkannt⁶³. In der Bundesverfassung fin-

⁶³ IMBODEN, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, S. 401 ff.; HANS HUBER, Rechtsgutachten über die Verfassungsmäßigkeit des Vorentwurfes V vom März 1963 für die Revision des BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (vorn Lit. Verz.), S. 30 f.; DERSELBE, Votum am Schweizerischen Juristentag, ZSR 1947, S. 508 aff.; IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung (oben Einltg. Anm. 48), S. 236. Über die verschiedenen Theorien zum Verhältnis zwischen Rechtsgleichheit und planerischer Folgerichtigkeit siehe BALSCHERT, Die Rechtsnatur des Planes, S. 55 ff. Das Bundesgericht spricht von einer abgeschwächten Wirkung der Rechtsgleichheit: BGE 99 Ia 715, 95 I 550. Bedauerlicherweise wird der Problembereich des Verhältnisses zwischen Nicht-Planung und Rechtsgleichheit in der Regel übersehen. Könnte nicht in der Nicht-Planung ein Verstoß gegen die Rechtsgleichheit liegen?

det sich aber kein ausdrücklicher Vorbehalt, wonach die Raumplanungsgesetzgebung und die Raumplanung nicht auf das Gleichheitsgebot verpflichtet sind. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Raumplanung als Gesetzgebung und Rechtsanwendung, aber auch bei der Handhabung des planenden Ermessens, von der Beachtung des verfassungsmäßigen Gleichheitsgebotes entbunden ist. Dies muß bejaht werden, da mit der Kompetenz der Grundsatzzesetzgebung über die Raumplanung, die als solche nicht dem Gleichheitsgebot zu folgen vermag, auch der Vorbehalt der Abweichung von der Rechtsgleichheit angebracht wurde, auch wenn dies nicht ausdrücklich gesagt ist⁶⁴.

2. Der in der Kompetenz zur Raumplanung liegende *Vorbehalt gegenüber der Rechtsgleichheit* bezieht sich ausschließlich auf die Verpflichtung, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Hingegen ist die Raumplanung dessen ungeachtet auf die ausnahmslose und richtige Anwendung des Rechts, auf das Verbot willkürlicher Rechtsanwendung, auf das Verbot des Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze und das Verbot einer in hohem Maße ungerechten Rechtsanwendung, das Verbot eines überspitzten Formalismus und die Gewährung des rechtlichen Gehörs verpflichtet. Auch von der Verpflichtung, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, ist sie nur soweit entbunden, als sie bei der Handhabung freien Ermessens sich statt vom Gleichheitsgebot im absoluten und relativen Sinne von sachlichen planerischen Überlegungen leiten lassen kann, wobei an diese hohe Anforderungen zu stellen sind. Das *Willkürverbot* bleibt als normative Anforderung an die Raumplanung aufgrund des geltenden Rechts bestehen⁶⁵.

⁶⁴ Daß die Raumplanung der Rechtsgleichheit nicht oder nur in abgeschwächter Form zu folgen vermag, war beim Erlaß des Verfassungsartikels 22^{quater} dem Verfassungsgesetzgeber aufgrund des Gutachtens HUBER bewußt (siehe Anm.63).

⁶⁵ IMBODEN, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, S.411.

E. Raumplanung und Eigentumsgarantie

1. Die Einwirkungen der Raumplanung auf das Eigentum und deren rechtlichen Würdigung werden noch eingehender zu erörtern sein. Im Folgenden wird nur die rechtliche Grundsituation aufgezeigt, wie sie sich nach der verfassungsmäßigen Regelung der Eigentumsgarantie und der Raumplanung für das schweizerische Verfassungsrecht nach den allgemeinen Lehren darstellt⁶⁶.

Art. 22^{ter} BV über die Eigentumsgarantie stellt eine Grundrechtsnorm dar. Sie begründet als solche keine Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung über das Eigentum. Durch die Einführung der bis anhin ungeschriebenen Eigentumsgarantie in die Verfassung sollte dem Bund *nicht eine neue, zusätzliche Kompetenz* übertragen werden⁶⁷. Die gesetzgeberische Kompetenz, das Institut des Privateigentums auszugestalten, liegt in Art. 64 BV über die Gesetzgebungskompetenzen im Bereich des Zivilrechtes. Gestützt auf Art. 22^{quater} BV und weiterer Kompetenznormen kann der Bund als Gesetzgeber öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen vorsehen, sofern sie im öffentlichen Interesse liegen und auf dem Wege der Gesetzgebung erlassen werden, wobei er an die Eigentumsgarantie als Grundrecht (Institutsgarantie) gebunden ist, d. h. durch die Raumplanungsgesetzgebung des Bundes darf das Institut des Eigentums nicht aufgehoben oder ausgehöhlt werden. Wesentlich dabei ist, daß die besonderen mit der Raumplanung verbundenen Eigentumsbeschränkungen ihre verfassungsmäßige Grundlage in Art. 22^{quater} BV und – für das raumbedeutsame Recht – in andern Verfassungsnormen haben, aber nicht in Art. 22^{ter} über die Eigentumsgarantie. Diese stellt lediglich fest, daß Eigentumsbeschränkungen, wenn sie im öffentlichen Interesse liegen und auf

⁶⁶ Eine nicht normative Betrachtungsweise müßte hier zahlreiche Fragen planungs-politischer und soziologischer Natur aufwerfen. Die großen Veränderungen im Verhältnis zum Eigentum haben sich im tatsächlichen Bereich abgespielt. Vgl. dazu LENDI, Der Funktionswandel des Eigentums – Rechtliche Aspekte, und die dort zit. Lit.

⁶⁷ So AUBERT/JAGMETTI, Die Verfassungsmäßigkeit des Entwurfes für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, S. 175 ff.

einer gesetzlichen Grundlage beruhen, der Eigentumsgarantie nicht widersprechen. Ob der Staat (Bund, Kantone und Gemeinden) über die verfassungsmäßigen Befugnisse zum Erlaß von Eigentumsbeschränkungen verfügen, leitet sich aus den entsprechenden Kompetenznormen ab.

2. Nachdem Art. 22^{ter} BV über die Eigentumsgarantie lediglich feststellt, daß auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse Eigentumsbeschränkungen vorgesehen werden können, bestimmt sich die Art und das Maß der Eigentumsbeschränkungen, wie sie mit der Raumplanung verbunden sind, nach den verfassungsmäßigen Befugnissen bezüglich der Raumplanung. Danach könnten nun an sich beliebige raumplanerische Eigentumsbeschränkungen vorgesehen werden, sofern sie die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen erfüllen. Die Voraussetzung des öffentlichen Interesses wird dabei in der Regel gegeben sein, weil die Raumplanung als eine öffentliche Aufgabe anerkannt ist. Die Art und das Maß der Eigentumsbeschränkung findet deshalb nach der traditionellen Lehre lediglich noch eine Schranke an der Institutsgarantie. Dieses Verständnis *vermag nicht zu befriedigen*, weil erst am Schluß der Gedankenfolge über die Institutsgarantie die Frage nach dem Wesensgehalt des Eigentums aufgeworfen wird und durch die übliche singuläre Betrachtung einzelner Eigentumsbeschränkungen keine Gewähr besteht, daß nicht durch die Summe von raumplanerischen Beschränkungen der Kern des Eigentums ausgehöhlt wird, obwohl die einzelne Eigentumsbeschränkung als solche tragbar erscheinen mag. Es muß deshalb nach einer grundsätzlicheren Überlegung und Ableitung gesucht werden, die beim *Wesensgehalt des Eigentums* ansetzt und von daher nach der Rechtmäßigkeit von Art und Maß der Eigentumsbeschränkung fragt.

Zweites Kapitel

Das Raumplanungsrecht

§ 6. Der Begriff des Raumplanungsrechtes

A. Der rechtsinhaltliche Begriff

1. Eine Begriffsbestimmung des Raumplanungsrechtes muß schwer fallen, weil es *keine überlieferten Definitionen* gibt und weil das Raumplanungsrecht kein in sich geschlossener Rechtszweig des traditionellen Rechtssystems ist¹. Es kann deshalb für die Begriffsbestimmung, die unerlässlich ist, um das Raumplanungsrecht systematisch erfassen zu können, nicht von den allgemeinen Lehren und dem gewordenen Rechtssystem ausgegangen werden. Dazu kommt, daß der Begriff der Planung und derjenige der Raumplanung nicht in sich gefestigt ist.

2. Die Frage nach dem Raumplanungsrecht ist eine Frage nach den für die Raumplanung geltenden Rechtsnormen. Die Aufgabe der Raumplanung als Mittel zur Verwirklichung einer zielgerechten Raumordnung ist eine an den Staat und damit an das Rechtsgebäude nachträglich herangetragene Aufgabe. Das Raumplanungsrecht umfaßt demnach alle Rechtsnormen – quer durch das ganze Rechtssystem –, welche sich auf die Raumplanung beziehen, d. h. deren Anwendung sich auf die räumliche Ordnung auswirken. Da der Begriff der Raumplanung in Art. 22^{quater} Abs. 1 BV ein sehr weiter ist – er erfaßt die entscheidungsvorbereitende, die vollziehende sowie die realisierende Raumplanung und bezieht sich auf alle raumrelevanten Entscheidungen und Handlungen – muß auch der

¹ Die verschiedenen Rechtszweige sind u. a. dargestellt bei OSCAR ADOLF GERMANN, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Bern 1968, S. 133ff.

Begriff des Raumplanungsrechtes weit gefaßt werden. *Das Raumplanungsrecht ist gleich der Summe aller Normen, welche in ihrer Wirkung der Herbeiführung einer gewollten räumlichen Ordnung dienen oder welche die organisatorischen und verfahrensmäßigen Voraussetzungen dafür schaffen*².

Zum Raumplanungsrecht gehören alle direkt oder indirekt raumbedeutsamen Vorschriften. Neben formellen Rechtsnormen über die Organisation und das Verfahren der Raumplanung stehen die materiellen Rechtsvorschriften in Frage, wann immer sie räumliche Elemente betreffen wie den Wald, die Landschaft, die Siedlung, den Verkehr, die Versorgung, die Erschließung usw. Ob dieser Begriff praktikabel ist, kann offenbleiben. Wesentlich ist die damit verbundene Erkenntnis, daß das Raumplanungsrecht nicht einfach das Recht eines so bezeichneten Gesetzes ist, weil die räumliche Ordnung durch die Anwendung der raumwirksamen Rechtsvorschriften beeinflußt wird, ob diese in einem Raumplanungsgesetz aufgeführt sind oder nicht. So besehen kann man sagen, daß der Begriff des Raumplanungsrechtes nicht ein formaler, sondern ein *rechtsinhaltlicher* ist. Es findet sich in den meisten der klassischen Rechtsgebiete. Im besonderen ist das Raumplanungsrecht nicht auf das öffentliche Recht beschränkt und insbesondere nicht auf das Verwaltungsrecht, obwohl es sich vorwiegend um Verwaltungsrecht handelt. Das Raumplanungsrecht als Summe des raumbedeutsamen Rechtes ist nicht kodifizierbar, weil die Kodifizierung die Umgrenzbarkeit eines Rechtsgebietes voraussetzt.

3. Der Begriff des Raumplanungsrechtes hebt sich von demjenigen des *Planungsrechtes* ab³. Dieses bezieht sich auf die Normen über die Planung in Staat, Gesellschaft und Wirtschaft, wird aber in

² Vgl. dazu LENDI, Die Bedeutung der kommenden Raumplanungsgesetzgebung für den Umweltschutz, S. 137ff.; DERSELBE, Das Raumplanungsgesetz, Konsequenzen für eine schweizerische Bodenpolitik, DISP Nr. 37, 1975, S. 16ff. Der Begriff des Raumplanungsrechtes wird in der Regel enger gefaßt, so bei EVERS, Das Recht der Raumordnung, S. 15ff.; STRICKRODT, Bau- und Planungsrecht, S. 54ff.

³ Der Begriff des Planungsrechtes ist im Verhältnis zum Begriff des Raumplanungsrechtes ein Oberbegriff. Die «differentia specifica» liegt im Raumbezug.

der Regel auf die staatliche Planung begrenzt. Der Begriff des Planungsrechtes ist ein Oberbegriff für das Finanzplanungsrecht, das Verkehrsplanungsrecht, das Gesundheitsplanungsrecht und eben auch für das Raumplanungsrecht. Ein allgemeines Planungsrecht gibt es positivrechtlich nicht und das besondere ist nur rudimentär ausgestaltet. Es ist aber damit zu rechnen, daß in einer zukünftigen Bundesverfassung und in einem neuen Bundesgesetz über die Organisation der Bundesverwaltung der Planung und gestützt darauf dem Planungsrecht vermehrt Beachtung geschenkt wird⁴.

Es ist hier nicht der Ort, zur Frage Stellung zu nehmen, ob es angezeigt ist, ein allgemeines Planungsrecht herauszubilden. Die Notwendigkeit einer Integration der verschiedenen Aufgabenplanungen wird aber voraussichtlich zur Erkenntnis führen, daß das sektorielle Planungsrecht ohne ein allgemeines die Desintegration der Planung statt deren Integration fördert. Forschung und Lehre sollten sich deshalb des Planungsrechtes annehmen und mindestens allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Planungsrechtes entwickeln⁵.

4. Dem umschriebenen weiten Begriff des Raumplanungsrechtes kann ein *Begriff im engeren Sinne* gegenübergestellt werden. Es handelt sich dabei um die Summe jener Vorschriften, welche sich auf die Raumplanungsträger, die Mittel, die Verfahren und auf dieje-

⁴ Vgl. dazu die Arbeitspapiere mit formulierten Verfassungsentwürfen der EXPERTENKOMMISSION FÜR DIE VORBEREITUNG EINER TOTALREVISION DER BUNDESVERFASSUNG, Bd. I, Bern 1974, S. 67, 88, 132/133, 154; Bundesgesetz über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrats und der Bundesverwaltung (Verwaltungsorganisationsgesetz), Entwurf des Bundesrates vom 12. Februar 1975, Art. 3, BBl 1975 I, S. 1542ff.

⁵ Die rechtspolitische Behandlung der Planung ist gegenüber der politologischen Erfassung und Deutung der Planung erheblich in Rückstand geraten. Die Bilanz zwischen der effektiven Bedeutung der Planung und ihrer normativen Durchdringung zeigt ein erhebliches Defizit zulasten des Planungsrechtes.

Mit der wachsenden Bedeutung der Handhabung der Planung durch die Verwaltung wird der Entscheidungsspielraum des Parlamentes kleiner. Die Planung beschleunigt die Entwicklung vom Gesetzgebungs- zum Verwaltungsstaat. Diese zwei Thesen wollen lediglich belegen, wie notwendig es ist, sich beispielsweise von der staatsrechtlichen Seite her des Phänomens der Planung anzunehmen.

nigen Realisierungsmaßnahmen beziehen, welche in einem zwecknotwendigen Zusammenhang stehen, beispielsweise Grundsätze über die Erschließung und die Parzellarordnung⁶. Dies ist der Begriff des Raumplanungsrechtes, wie er praxisnah verwendet wird. In diesem engeren Sinne bilden die Gewässerschutzvorschriften, die Natur- und Heimatschutzbestimmungen, das Verkehrsrecht, das Bodenrecht und das besondere Erschließungsrecht nicht einen Teil des Raumplanungsrechtes. Vereinfacht kann man sagen, das Raumplanungsrecht im engeren Sinn umfasse die Normen, wie sie beispielsweise im BG über die Raumplanung enthalten sind⁷. Demgegenüber gehen die kantonalen Bau- und Planungsgesetze in der Regel über diesen Begriff des Raumplanungsrechtes hinaus, indem sie das Baupolizeirecht, das Parzellarordnungsrecht und das Erschließungsrecht, allenfalls sogar das Straßenrecht, das Natur- und Heimatschutzrecht und weitere Rechtsgebiete miterfassen⁸.

5. Der Begriff des Raumplanungsrechtes wäre unvollständig umschrieben, wenn nicht noch der *engste Begriff* erwähnt würde. Im engsten Sinne erfaßt nämlich das Raumplanungsrecht nur diejenigen Vorschriften, die sich auf die Vorbereitung von raumplanerischen Entscheiden beziehen. Hier wird also der Begriff der Planung im Sinne der Entscheidvorbereitung verwendet. Dieser Begriff des Raumplanungsrechtes mag theoretischen Ansprüchen genügen, ist aber aussagelos für die Raumplanungsaufgabe, weil der rechtliche

⁶ Der Begriff des Raumplanungsrechtes im engeren Sinne ist nicht scharf umgrenzbar, weil die Raumplanung auch realisierende Aufgaben im Bereich der Bodennutzungsordnung einbezieht. Zum Begriff des Raumplanungsrechtes im engeren Sinne LENDI, Die Bedeutung der kommenden Raumplanungsgesetzgebung für den Umweltschutz, S. 137ff. In diesem Sinne wird der Begriff des Raumplanungsrechtes verwendet bei JAGMETTI/BAUD/FISCHER/KUTTLER/VIERNE, Vereinheitlichung der Baugesetzgebung, Schriftenreihe Wohnungsbau Nr.07, Bern 1970, S. 11.

⁷ BBl 1974 II, S. 816ff.

⁸ Gegenständlich am umfassendsten ist das Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, welches das Straßenrecht, das Wasserbau- und Wassernutzungsrecht, das Recht der öffentlichen Gebäude des Staates, das Raumplanungsrecht, das Baupolizeirecht, das Parzellarordnungsrecht und das Enteignungsrecht ordnet. Es faßt diese Gegenstände unter dem Titel des Baugesetzes zusammen. Das Raumplanungsrecht wird begrifflich im engeren Sinne verstanden.

Begriff der Raumplanung umfassender ist und auch Realisierungsaufgaben einschließt.

6. Die Begriffsunterscheidungen sind von Bedeutung, machen sie doch bewußt, daß das Raumplanungsrecht von der Aufgabe der Raumplanung her, eine zielgerechte Raumordnung zu schaffen, in einem sehr weiten Sinne angesprochen werden muß. Nur in Betracht des Raumplanungsrechtes im weiteren Sinne kann eine Raumordnungspolitik entfaltet werden, die alle raumwirksamen Maßnahmen sachlich und normativ erfaßt⁹.

B. Das Raumplanungsrecht im weitern und engeren Sinne

1. Die *Rechtsquellen* des Raumplanungsrechtes im engeren und weiteren Sinne decken sich nicht. Das Raumplanungsrecht im engeren Sinne ist auf kantonaler Ebene in der Regel in einem Gesetz zusammengefaßt, wobei ihm aber auch Raumplanungsrecht im weiteren Sinne beigegeben sein kann, vor allem das Baupolizeirecht und das detaillierte Erschließungsrecht. Dies hat einen historischen Grund, da sich das Raumplanungsrecht aus der baulichen Nutzungsplanung heraus entwickelt hat. Der Zusammenhang zwischen Raumplanungsrecht und Baupolizeirecht war damit gegeben. Auf eidgenössischer Ebene beschränkt sich die Bundesgesetzgebung über die Raumplanung im wesentlichen auf das Raumplanungsrecht im engern Sinne. Art. 22^{quater} BV zeichnet dies vor. Die Ablösung des Baupolizeirechtes vom Raumplanungsrecht ist verfassungsrechtlich gegeben, weil der Bund über keine Kompetenzen verfügt, baupolizeiliche Vorschriften zu erlassen. Die Rechtsquellen des Raumplanungsrechtes im weitern Sinne sind die Verfassungsbestimmungen, die Gesetze und Verordnungen, soweit ihre Anwendung sich auf die räumliche Ordnung auswirkt. Im Vordergrund steht dabei das raumbedeutsame Verwaltungsrecht. Eine Darstellung des Raumplanungsrechtes im weiteren Sinne ist in

⁹ Von daher wird verständlich, warum das Raumplanungsrecht nicht nur Nutzungsplanungsrecht sein kann, sondern auch koordinatives Raumplanungsrecht sein muß. Siehe oben S. 61 und S. 95 ff.

diesem Zusammenhang nicht möglich, doch ist wesentlich, daß es erfaßt wird, weil es unter anderem zur Aufgabe der Raumplanung gehört, die Anwendung dieses raumbedeutsamen Rechtes so zu lenken, daß seine Auswirkungen die Entwicklung der Raumordnung günstig beeinflussen¹⁰.

2. Das Raumplanungsrecht im engeren Sinne hat der Doppelfunktion der Raumplanung entsprechend einen zweifachen Gegenstand. Einerseits regelt es die Koordination der raumrelevanten Staatstätigkeiten, wie sie aus der Anwendung des raumbedeutsamen Rechtes gemäß dem Raumplanungsrecht im weiteren Sinne hervorgehen, und andererseits legt es die rechtlichen Grundlagen der Nutzungsplanung und damit der Nutzungsordnung fest. Zu diesem Zweck muß das Raumplanungsrecht im engeren Sinne notwendigerweise Vorschriften enthalten über die Planungsträger, die Planungsmittel und die Planungsverfahren (mit Einschluß des Rechtsschutzverfahrens), und zwar sowohl bezüglich der Koordinationsfunktion der raumbedeutsamen staatlichen Tätigkeiten als auch bezüglich der Nutzungsplanung. Dies ist gleichsam das notwendige formelle Raumplanungsrecht im engeren Sinne. Das Raumplanungsrecht im weitern Sinne, sofern das Raumplanungsrecht im engeren Sinne ausgeklammert wird, erweist sich als materielles Raumplanungsrecht, das inhaltliche Festlegungen für das raumwirksame staatliche Handeln enthält. Auch das Raumplanungsrecht im engeren Sinne kann materielles Recht enthalten. Soweit keine materiellen Vorschriften aufgestellt werden, gilt in die-

¹⁰ Das Raumplanungsrecht im weitern Sinne ist dargestellt in: EIDGENÖSSISCHE EXPERTENKOMMISSION FÜR FRAGEN DER LANDESPLANUNG, Bericht vom 6. Oktober 1966, S. 34 ff.; ARBEITSGRUPPE DES BUNDES FÜR DIE RAUMPLANUNG, Raumplanung Schweiz, Hauptbericht, S. 59 ff.; REICHLIN, Rechtsfragen der Landesplanung, ZSR 1947, S. 238 aff. Im wesentlichen stehen folgende Rechtsgebiete in Frage: Wohnbauförderung, Erschließung, Investitionshilfe für Berggebiete, Natur- und Heimatschutz, Verkehr, Gewässerschutz, Wasserwirtschaft, Energieversorgung, Baurecht, Finanzrecht usw. Vgl. auch die umfassende Zusammenstellung für Österreich bei HEINZ PETER RILL/HEINZ SCHÄFER, Die Rechtsnormen für die Planungskoordination seitens der öffentlichen Hand auf dem Gebiete der Raumordnung, Österreichische Raumordnungskonferenz, Schriftenreihe Nr. 6, Wien 1975.

sem Bereich nach Maßgabe entsprechender Kompetenznormen das raumplanerische, freie Ermessen.

3. Innerhalb des Raumplanungsrechtes im engeren Sinne kommt dem *freien Ermessen* besondere Bedeutung zu, beschränkt sich doch jenes – *de lege lata* – weitgehend auf formelle Vorschriften. Diese gesetzgeberische Lösung wird gewählt, weil es sich als nicht machbar erwiesen hat, in abschließender Art und Weise materielles Raumplanungsrecht im engeren Sinne zu erlassen. Der Grund dafür liegt darin, daß in der Raumplanung zweckrationale Ziele festzulegen und tatsächliche Konflikte zu entscheiden sind, und zwar räumliche Konflikte, die nicht nach generell-abstrakten Verhaltensnormen entschieden werden können, sondern nur von Zielvorgaben her und in Würdigung der konkreten Umstände, wobei die Ziele unter sich in Konflikt geraten können¹¹. Auf den Erlaß von generell-abstrakten Verhaltensnormen muß deshalb weitgehend verzichtet werden, doch bedeutet dies nicht den Verzicht auf die gesetzgeberische Einflußnahme überhaupt. Der Gesetzgeber muß unter Umständen davon absehen, konditionale Rechtssätze zu erlassen. Er kann hingegen finale aufstellen, die bei der Anwendung im Rahmen des planerischen Ermessens untereinander und gegeneinander abzuwägen sind¹².

C. Raumplanungsrecht und Bodenrecht

1. Der *Begriff des Bodenrechtes* ist dem traditionellen Rechtssystem genau so fremd wie derjenige des Raumplanungsrechtes. Auch dieser Begriff läßt sich nicht aus dem Rechtssystem deduzieren. Würde dies versucht, so kommt man zu Vereinfachungen, wie beispielsweise der Identifizierung des Bodenrechtes mit der sachen-

¹¹ Insbesondere kann die Lokalisierung und Dimensionierung von Nutzungszonen nicht durch generell-abstrakte Normen abschließend geordnet werden. Die entsprechenden Anordnungen beruhen weitgehend auf planendem Ermessen. Vgl. dazu IMBODEN, *Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut* (1960), in: *Staat und Recht*, S. 396ff.

¹² Siehe oben S. 54f.

rechtlichen Ordnung des Grundeigentums, die der Problemstellung nicht gerecht werden. Soll das Sachproblem Boden von der juristischen Seite her angegangen werden, so sind alle Normen anzusprechen, welche sich auf den Boden beziehen, wo immer sie sich in der traditionellen Rechtssystematik finden. Es geht um die Frage nach dem Recht, das sich auf den Boden bezieht. Zum Bodenrecht gehören deshalb sowohl Normen des Völkerrechtes, des Verfassungsrechtes, des Verwaltungsrechtes, des Strafrechtes und des Privatrechtes usw. Inhaltlich verbinden sich mit dem Boden zwei grundsätzliche Fragestellungen, nämlich die Frage nach der rechtlichen Ordnung der Nutzung des Bodens und diejenige nach der Verfügung über den Boden. So läßt sich der Begriff des Bodenrechts wie folgt festhalten: *Das Bodenrecht umfaßt alle Rechtsnormen, welche das Verfügungs- und Nutzungsrecht am Boden ordnen. Es ist also gleich der Summe der sich in den verschiedensten Rechtsgebieten findenden Normen, welche sich auf die Verfügung und die Nutzung des Bodens beziehen*¹³.

2. Aus dieser Begriffsbestimmung folgt, daß das geltende Bodenrecht kaum in seiner Vollständigkeit erfaßt werden kann. Sehr oft wird es schwer halten, einen Entscheid über die bodenrechtliche Qualität einer Norm zu treffen, beispielsweise im Steuer- und Kausalabgaberecht. Das Bodenrecht ist intensiv mit dem Rechtssystem verbunden. Partielle Änderungen am Bodenrecht stellen deshalb in der Regel keine grundlegende Änderung des geltenden Bodenrechts dar. In der rechtspolitischen Diskussion ist deshalb nur eine *ganzheitliche Betrachtung* des Bodenrechts sinnvoll.

3. Das Bodenrecht ist weder mit der Behandlung der Eigentumsgarantie noch mit dem Raumplanungsrecht erfaßt. Mit dem Erlaß der Verfassungsartikel 22^{ter} und 22^{quater} über die Eigentumsgarantie und die Raumplanung wurde deshalb kein umfassend und ab-

¹³ Zum Begriff des Bodenrechts siehe KÜHNE, Das Bodenrecht, die wirtschaftliche und gesellschaftliche Bedeutung des Bodens, S.47ff.; LENDI, Das Raumplanungsgesetz, Konsequenzen für eine schweizerische Bodenpolitik, S.13ff.; KUTTLER, Die Bodenverteuerung als Rechtsproblem, ZSR 1964, S.139ff. Das schweizerische Bodenrecht ist dargestellt bei PETER ROSENSTOCK, Das gegenwärtige Bodenrecht in Bund und Kanton Zürich (vervielfältigt), Zürich 1967.

schließlich neues Bodenrecht geschaffen¹⁴. Das Raumplanungsrecht bezieht sich auf die Lenkung der raumwirksamen staatlichen Aktivitäten und – unter dem Gesichtspunkt des Bodenrechtes – auf die Ordnung der Nutzung des Bodens, läßt aber alle andern Aspekte des Bodenrechtes außer Betracht. Die Eigentumsgarantie erfaßt ihrerseits mehr als das Eigentum an Grund und Boden. Ihr Schutzobjekt sind die vermögenswerten Rechte. Auf der andern Seite stellt sie lediglich die grundrechtliche Regelung des Eigentums sicher, ohne Kompetenznorm für ein Bodenrecht zu sein. Weder die Eigentumsgarantie noch das Raumplanungsrecht dürfen mit dem Bodenrecht identifiziert werden, obwohl sie von bodenrechtlicher Bedeutung sind.

4. Im *Verhältnis zwischen Bodenrecht und Raumplanungsrecht* ist davon auszugehen, daß sich die beiden Rechtsgebiete überschneiden. Das Raumplanungsrecht im weitern Sinne beinhaltet auch das Bodenrecht, weil dieses raumbedeutsam ist, wie umgekehrt ein weit verstandener Begriff des Bodenrechtes das Raumplanungsrecht einschließt, allerdings nur insofern, als das Raumplanungsrecht auf die Bodennutzung Bezug hat.

5. Die *Rechtsquellen* des Bodenrechtes sind in der ganzen Rechtsordnung verstreut¹⁵. So wie eine öffentlichrechtliche, so genügt auch eine einseitig privatrechtliche Betrachtungsweise des Bodenrechtes nicht. Materiell versucht das Bodenrecht, das Bodenproblem von verschiedenen Seiten angehend zu lösen. Vorweg strebt es einen Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessenansprüchen an. In diesem Sinne ist es immer als ein vorläufiges zu verstehen.

6. Für die dogmatische Bearbeitung des Bodenrechtes ermangelt

¹⁴ Die bundesrätliche Beifügung «Verfassungsrechtliche Ordnung des Bodenrechtes» zum Titel der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22^{ter} und 22^{quater} vom 15. August 1967, ist mindestens mißverständlich, BBl 1967 II, S. 133; die gleiche Formel wurde auch dem Bundesbeschluß über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22^{ter} und 22^{quater} vom 21. März 1969 beigegeben, BBl 1969 I, S. 568.

¹⁵ Eine Zusammenstellung – übersichtsweise – findet sich bei LENDI, Das Raumplanungsgesetz, Konsequenzen für eine schweizerische Bodenpolitik, S. 14ff.

es einer *Systematik*, nach welcher das Bodenrecht dargestellt werden kann¹⁶. Im wesentlichen wird zwischen privatrechtlichem und öffentlichrechtlichem Bodenrecht zu unterscheiden sein. Das privatrechtliche läßt sich in dasjenige der Sachherrschaft und des rechtsgeschäftlichen Bodenverkehrs unterteilen. Das öffentlichrechtliche Bodenrecht hat demgegenüber die Vorschriften über die Bodennutzung, den Bodenerwerb und den Boden als öffentliche Sache zu behandeln¹⁷.

D. Raumplanungsrecht und Infrastrukturrecht

1. Im Zusammenhang mit der Bodennutzung und den raumplanerischen Dispositionen ausgerichtet auf eine zielgerechte Raumordnung kommt der Planung, dem Bau und Betrieb der Infrastrukturanlagen besondere Bedeutung zu. Es handelt sich dabei um Maßnahmen der *Siedlungsinfrastruktur*. Diese bezieht sich auf die Erschließung, die Ausstattung und die Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs¹⁸.

¹⁶ Der Entwurf einer Systematik findet sich bei JOSEF KÜHNE, Das Bodenrecht, S.127ff.

¹⁷ Das Bodenproblem ist nicht allein ein *Bodenrechts*problem. Es ist möglicherweise nicht einmal ein *Boden*problem. An ihm manifestieren sich die sozioökonomischen Veränderungen wie Bevölkerungszunahme, Landflucht, Konzentrationsprozesse usw. Das Bodenproblem kann deshalb nur begrenzt durch eine Fortentwicklung des Bodenrechts einer Lösung entgegengeführt werden.

¹⁸ Das Siedlungsinfrastrukturrecht hat in der Schweiz weder eine geschlossene gesetzliche Regelung noch eine umfassende Darstellung erfahren. Die Gesetzgebung bezieht sich auf das Erschließungsrecht. Vgl. dazu KUTTLER, Erschließungsrecht und Erschließungshilfe im Dienste der Raumordnung, S.69ff.; RUDOLF STÜDELI, Gedanken zur Raumplanung und zum Erschließungsrecht, in: Festgabe für Franz Jeger, Solothurn 1973, S.461ff.; KOMMISSION FÜR DIE REFORM DES ZÜRCHERISCHEN BODENRECHTS, Schlußbericht, Zürich 1972, S.143ff.; JAGMETTI/BAUD/FISCHER/KUTTLER/VIERNE, Vereinheitlichung der Baugesetzgebung (oben Anm.6), S.16ff. Zum Begriff der Infrastruktur RENÉ L. FREY, Infrastruktur, Tübingen/Zürich 1970, S.1ff. Der Begriff der Siedlungsinfrastruktur ist enger als derjenige der Infrastruktur. Zur Infrastruktur werden gezählt: Verkehr, Energie, Ausbildung, Forschung, Gesundheitswesen,

Die Erschließung des Siedlungsgebietes erfolgt durch die Grunderschließung, die Grob- sowie die Feinerschließung und bezieht sich auf die Zu- und Wegfahrt, die Versorgung mit Wasser und Energie sowie auf die Entsorgung. Die Grunderschließung dient der Aufschließung des zusammenhängenden Baugebietes mit Straßen und Versorgungs- resp. Entsorgungsleitungen, durch die Groberschließung wird die Versorgung eines zu überbauenden Gebietes mit Leitungen und Straßen sichergestellt und die Feinerschließung umfaßt den Anschluß einzelner Grundstücke an die Hauptstränge der Erschließungsanlagen mit Einschluß von öffentlich zugänglichen Quartierstraßen und öffentlichen Leitungen¹⁹. Zur Ausstattung zählen örtliche und überörtliche bauliche Anlagen der Leistungsverwaltung, insbesondere Schulen, Heime, Spitäler usw.²⁰. Die Siedlungsinfrastruktur ist ferner erst dann vollständig, wenn Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs mit örtlichen und überörtlichen Anlagen zur Verfügung stehen²¹.

2. Die Rechtsnormen, die sich auf die Infrastruktur sowie die Beziehungen zwischen dem Einzelnen, vorab dem Grundeigentümer und den Rechtsträgern der Infrastrukturanlagen beziehen, bilden kein einheitliches Ganzes und wurden auch nicht als solches erfaßt. Dies widerspricht der faktischen Lage, wonach eine bauliche Nutzung nach den Maßstäben der rationalen Ordnung der Raumplanung nur dann zweckmäßig ist, wenn die Voraussetzungen der Siedlungsinfrastruktur erfüllt sind. Es wäre deshalb vorteilhaft, wenn das *Siedlungsinfrastrukturrecht* einer einheitlichen Regelung entgegengeführt würde. Das Siedlungsinfrastrukturrecht ist Raum-

Wasserbau und Wasserwirtschaft, Anlagen für Kultur, Erholung, Sport sowie öffentliche Verwaltung.

¹⁹ Gestützt auf Art. 34^{sexies} BV hat das Erschließungsrecht für die Erschließung von Land für den Wohnungsbau (Wohnzonen) auf Bundesebene eine umfassende Regelung erfahren, Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974, Art. 4ff., SR 843.

²⁰ Der Begriff der Ausstattung erscheint auf Bundesebene im BG über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974, Art. 43, BBl 1974 II, S. 816ff.

²¹ Die Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs werden nach dem geltenden Recht nicht zur Siedlungsinfrastruktur gezählt; dies ist jedoch sachlich nicht haltbar, weil ein Siedlungsgebiet, das nicht über Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs verfügt, nicht allen Bevölkerungsschichten zugänglich ist.

planungsrecht im weitern Sinne, wobei einzelne Teile auch zum Raumplanungsrecht im engeren Sinne gehören, wie die Vorschriften über die Erschließung als Bauvoraussetzung und die Grundsätze über die Erschließungspflicht zu Lasten des Gemeinwesens²².

E. Raumplanungsrecht und Baupolizeirecht

1. Das Baupolizeirecht dient als *Polizeirecht* der Abwehr konkreter Gefahren bei der Errichtung, Veränderung und dem Abbruch von Bauten und Anlagen sowie aus deren Bestand²³. Die polizeilichen Anforderungen, die im Baupolizeirecht tatbestandsmäßig umschrieben werden, können sich auf die Sicherheit, aber auch auf die Ordnung der Bauten hinsichtlich Lage, Größe und Nutzung des Grundstückes beziehen. Vorschriften über die Gestaltung von Bauten und Anlagen lassen sich nur insofern als polizeiliche verstehen, als sie – negativ – eine Verunstaltung im Sinne einer Störung der öffentlichen Ordnung verhindern. Das Baupolizeirecht kann auch Vorschriften der positiven Gestaltung zum Gegenstand haben,

²² Vgl. dazu Art. 27, 28 und 33 BG über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974, a.a.O.; Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, § 158; Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht des Kantons Zürich vom 7. September 1975, § 90 ff.

²³ Dem Baupolizeirecht kann das *Bauordnungsrecht* gegenübergestellt werden. Dieses ist gleich der Summe aller Vorschriften, die sich auf das Bauen und die Bauten sowie die baulichen Anlagen beziehen. Dieser Begriff ist also weiter als derjenige des Baupolizeirechtes. Er schließt u. a. auch die raumplanungsrechtlichen und erschließungsrechtlichen Bestimmungen ein, soweit sich diese auf das Bauen beziehen. Eine Übersicht über das Bauordnungsrecht vermitteln JAGMETTI/BAUD/FISCHER/KUTTLER/VIERNE, Vereinheitlichung der Baugesetzgebung (oben Anm. 6), S. 6 ff.; KOMMISSION FÜR DIE REFORM DES ZÜRCHERISCHEN BODENRECHTS, Schlußbericht, S. 153 ff. Vgl. ferner HANS HUBER, Die Zuständigkeit des Bundes, der Kantone und der Gemeinden auf dem Gebiet des Baurechts – Vom Baupolizeirecht zum Bauplanungsrecht; PETER LIVER, Privates und öffentliches Baurecht, in: Rechtliche Probleme des Bauens, Bern 1969, S. 9 ff.; FRIEDRICH/SPÜHLER/KREBS, Bauordnung der Stadt Winterthur; ZIMMERLIN, Bauordnung der Stadt Aarau; ALDO ZAUGG, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern; PAUL B. LEUTENEGGER, Das formelle Baurecht der Schweiz, Bern 1973, S. 53 ff., stellt eine detaillierte Gliederung des Begriffs des Baurechts auf.

doch läßt sich dies nur rechtfertigen, wenn es sich um Vorschriften handelt, welche die ästhetische Seite der baulichen Gesamtordnung und in diesem Sinn die öffentliche Ordnung betreffen. Die weitergehenden Vorschriften sind Teil des Raumplanungsrechtes im weiteren Sinne, etwa des Natur- und Heimatschutz- sowie des Umweltschutzrechtes. Das Baupolizeirecht wird in der kantonalen Gesetzgebung in der Regel in einen engen Zusammenhang zum Raumplanungsrecht gebracht, ohne daß aber die Unterschiede deutlich gemacht werden. Während das Baupolizeirecht der Abwehr von Gefahren dient, stellt das Raumplanungsrecht wohlfahrtspolitisches Recht dar, das positiv eine «bessere» Raumordnung anstrebt und gestaltend auf die künftige Entwicklung einwirkt. Es richtet sich dementsprechend nicht auf den Störer aus und wendet sich nicht gegen diesen, sondern basiert auf Zielvorstellungen einer rationalen Ordnung.

2. Die grundlegende Frage im *Verhältnis zwischen Baupolizei- und Raumplanungsrecht* ist, wie weit diese sachlich notwendigerweise verbunden sind. Der Zusammenhang muß als gegeben erachtet werden, und zwar von der Raumplanung her – und nicht, wie aus der Geschichte des Bau- und Planungsrechtes gefolgert werden könnte, vom Baupolizeirecht her –, weil die bauliche Nutzung eines Grundstückes zu einer der wichtigen räumlichen Auswirkungen führt, die gerade durch die Raumplanung lenkend beeinflusst werden soll. Die Bauten und Anlagen stellen physische Elemente der Raumordnung dar. Im Raumplanungsrecht müssen deshalb Vorschriften enthalten sein, welche die Anwendbarkeit des Baupolizeirechtes von der Erfüllung der raumplanungsrechtlichen Bedingungen abhängig machen²⁴. Die entsprechenden Vorschrif-

²⁴ Die Erschließung wird zur Bauvoraussetzung. Nach den neueren kantonalen Bau- und Planungsgesetzen dürfen Gebäude nur auf baureifen Grundstücken erstellt werden. Baureif ist ein Grundstück, a) wenn es nach Lage, Form und Beschaffenheit für die Überbauung geeignet ist, und b) wenn es erschlossen ist, d. h. wenn eine genügende Zufahrt, die nötigen Anlagen für Wasser- und Energieversorgung sowie eine der Gewässerschutzgesetzgebung entsprechende Abwasserbeseitigung vorhanden sind oder mit dem Gebäude erstellt werden. Vgl. beispielsweise Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, § 156; Bundesgesetz über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974, a. a. O., Art. 27, geht von der Erschließung als Bauvoraussetzung aus.

ten gehören zum Raumplanungsrecht. Die baupolizeilichen Vorschriften, auch wenn sie nach Nutzungszonen differenziert sind und wenn sie als Sondervorschriften zu einem Nutzungsplan erlassen werden, sind hingegen nicht zum Raumplanungsrecht zu zählen. Sie müssen den polizeilichen Charakter der konkreten Gefahrenabwehr wahren.

3. Das *Erschließungsrecht* wird in der Regel als Polizeirecht angesprochen und damit in die Nähe des Baupolizeirechtes gerückt²⁵. Dabei wird aber übersehen, daß das Erschließungsrecht als Teil des Siedlungsinfrastrukturrechtes zwar auch die Abwehr von konkreten Gefahren zum Ziel hat, im wesentlichen aber doch von seiner Funktion her der Schaffung von positiven Voraussetzungen für eine bauliche Nutzung dient. Tatsächlich betrachtet ist die Erschließung zu einem Instrument der Leistungs- und Lenkungsverwaltung geworden und dient vorweg der Verteilungsrationalität öffentlicher Leistungen. Die polizeilichen Aspekte sind von untergeordneter Bedeutung. Das Erschließungsrecht darf aber nicht die Funktion einer Ordnung der räumlichen Nutzung übernehmen, weil es sonst in Kollision mit dem Nutzungsplanungsrecht tritt.

²⁵ Das Erschließungsrecht umfaßt diejenigen Normen des Siedlungsinfrastrukturrechtes, welche sich auf die Grund-, Grob- und Feinerschließung hinsichtlich Zufahrt, Versorgung und Entsorgung beziehen. Zur Rechtsnatur des Erschließungsrechtes siehe KOMMISSION FÜR DIE REFORM DES ZÜRCHERISCHEN BODENRECHTS, Schlußbericht, S. 145, welche die Funktion der Erschließung über polizeiliche Aufgaben hinaus ausweitet. Es stellt sich das Abgrenzungsproblem Erschließungsrecht/Nutzungsplanungsrecht. Dahinter steht das materielle Problem Erschließung/Nutzung. Präjudiziert die Nutzung die Erschließung oder die Erschließung die Nutzung? M.E. ist die Nutzungsordnung die primäre. Das Erschließungsrecht ist gleichsam subsidiär dem Nutzungsplanungsrecht.

§ 7. Koordinatives Raumplanungsrecht

A. Begriff und Funktion des koordinativen Raumplanungsrechtes

1. Entsprechend der doppelten Funktion der Raumplanung gliedert sich das Raumplanungsrecht in das Raumplanungsrecht, welches die auf die Anforderungen der Raumordnung abgestimmte Anwendung des raumbedeutsamen Rechts (materielles Raumplanungsrecht im weitern Sinne) sicherstellt, und in dasjenige, welches die unmittelbar verbindliche Nutzungsordnung konstituiert. Das erstere kann als *koordinatives Raumplanungsrecht* bezeichnet werden, besteht doch seine Aufgabe darin, von den Ziel- und Zweckbestimmungen der anzustrebenden Raumordnung her für eine ziel- und zweckgerechte Anwendung des Raumplanungsrechtes im weitern Sinne zu sorgen. Durch das koordinative Raumplanungsrecht soll beispielsweise das Entscheiden und Handeln der rechtsanwendenden Organe im Bereich des Landwirtschaftsrechtes, des Siedlungsinfrastrukturrechtes, des Natur- und Heimatschutzrechtes, des Umweltschutzrechtes usw. ausgerichtet auf die Ziele und Zwecke der Raumordnung gewährleistet werden. Es kann sich in einem zweistufigen Planungsverfahren auch auf den Erlaß von verbindlichen Nutzungsplänen beziehen, indem es den Erlaß und die Ausgestaltung der Nutzungspläne inhaltlich vorzeichnet und koordiniert.

Die *Aufgabe* des koordinativen Raumplanungsrechtes deckt sich nicht mit der Funktion der koordinativen Raumplanung. Diese kann auch Impulse auf die Gesetzgebung über raumbedeutsames Recht auslösen und darin eine zusätzliche Funktion haben. Im Rahmen der Betrachtung des koordinativen Raumplanungsrechtes steht lediglich die Beeinflussung des Entscheidens und Handelns der rechtsanwendenden Organe bezüglich des geltenden Rechts in Frage. Adressaten sind die Organe der Rechtsanwendung, vorweg die Verwaltungsorgane. In der Regel wird denn auch davon gesprochen, durch die Raumplanung sei ein auf die Raumordnung ausgerichtetes Verwaltungshandeln zu verwirklichen.

Aufgrund dieser funktionellen Umschreibung kann das koordinative Raumplanungsrecht als *dasjenige Raumplanungsrecht im en-*

geren Sinne angesprochen werden, das sich an die rechtsanwendenden Organe richtet und von diesen die Anwendung des raumbedeutsamen Rechts (*materielles Raumplanungsrecht im weitern Sinne*) ausgerichtet auf die Anforderungen der Raumordnung verlangt²⁶.

2. Das koordinative Raumplanungsrecht hat seine *Rechtsquelle* entsprechend der Tatsache, daß es sich um Raumplanungsrecht im engeren Sinne handelt, in der Regel in einem Gesetz über die Raumplanung, sei es in einem entsprechenden Bundesgesetz, sei es in einem kantonalen Gesetz oder sogar in einer kommunalen Satzung²⁷. Im föderativen Staat wirkt sich das koordinative Raumplanungsrecht zunächst auf der gleichen Ebene aus, auf der es erlassen wird. Das geltende Recht kann aber auch vorsehen, daß es auf die Anwendung des geltenden Rechts der nachgeordneten Ebenen einwirken soll, indem festgestellt wird, daß einerseits die Mittel der koordinativen Raumplanung der unteren auf diejenigen der höheren Ebene abgestimmt werden sollen, und andererseits, daß die Anwendung des raumbedeutsamen Verwaltungsrechtes der nachgeordneten Ebene auf die inhaltlichen Anforderungen der koordinativen Raumplanung der übergeordneten Ebene ausgerichtet werden soll.

3. Das koordinative Raumplanungsrecht entfaltet *keine unmittelbare Wirkung auf das Eigentum*. Von seiner Funktion her ist es auf die Anwendung geltenden, raumbedeutsamen Verwaltungsrechtes gerichtet. Dieses aber wirkt sich als raumbedeutsames

²⁶ Das koordinative Raumplanungsrecht wird weder in der Lehre noch in der Gesetzgebung in seiner besonderen Funktion deutlich genug hervorgehoben. Daß die Raumplanung neben der Nutzungsplanung auch alle weiteren Entscheidungen und Handlungen einbeziehen muß, die die räumliche Ordnung beeinflussen, ist in der bundesrätlichen Botschaft zum Bundesgesetz über die Raumplanung deutlich herausgestellt, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die Raumplanung vom 31. Mai 1972, BBl 1972 I, S. 1480; Art. 2 Abs. 2 leg. cit. bestimmt denn auch: «Bund und Kantone tragen in ihrer gesamten Gesetzgebungs- und Verwaltungstätigkeit den Anforderungen der Raumplanung Rechnung.»

²⁷ Es handelt sich im wesentlichen um die Bestimmungen über die Richtplanung (Gesamtrichtpläne), soweit sich diese an die für die Anwendung des raumbedeutsamen Rechts zuständigen Behörden wenden.

Recht auf die räumliche Ordnung aus, beispielsweise durch die raumordnungsgerechte Anwendung des Natur- und Heimatschutzrechtes. So wie sich dieses dann direkt oder indirekt auf das Eigentum auswirkt – beispielsweise indirekt als Subventionsbestimmung oder direkt als Waldabstands- oder Bauverbotsvorschrift –, kann von einer mittelbaren Einwirkung des koordinativen Raumplanungsrechtes auf das Eigentum gesprochen werden²⁸. Die unmittelbaren Wirkungen bestimmen sich als direkte oder indirekte Einwirkungen nach dem Inhalt des raumbedeutsamen Rechts und nicht nach dem koordinativen Raumplanungsrecht.

B. Rechtssätze und Pläne im Rahmen des koordinativen Raumplanungsrechtes

1. Der koordinativen Raumplanung stehen als Mittel der Koordination der raumbedeutsamen Verwaltungstätigkeiten der Rechtsatz und der Plan zur Verfügung. Die *Rechtssätze* beziehen sich als formelle vorweg auf Vorschriften über die Planung der raumbedeutsamen Verwaltungsaufgaben. Sie sind Teil des Raumplanungsrechtes im engeren Sinne, sofern und soweit sie sich auf die Planung der raumbedeutsamen Aspekte der entsprechenden Verwaltungsaufgaben beziehen und damit die Voraussetzung dafür schaffen, daß die Planungen (Bereichs- und Ressortplanungen) nach den Anforderungen der Raumordnung aufeinander abgestimmt werden können. Außerdem beziehen sich die formellen Rechtssätze des koordinativen Raumplanungsrechtes auf die Organisation und das Verfahren der koordinativen Raumplanung. Eine direkte Wirkung auf die materielle Koordination geht von ihnen nicht aus. Diejenigen Rechtssätze des koordinativen Raumplanungsrechtes, welche als materielle ausgestaltet sind und Ziele der Raumordnung ansprechen, sind in der Regel finaler Natur und als solche nicht widerspruchsfrei. Sie führen nicht zu einem determinierten Wenn-Dann-

²⁸ Diese mittelbare Einwirkung ist für den Grundeigentümer nicht verbindlich.

Verhalten²⁹. Sie sind im Bereich des freien Ermessens untereinander abzuwägen und in diesem Sinne anzuwenden. Die Rechtssätze der koordinativen Raumplanung ersetzen die Vorschriften über die Planung in den verschiedenen Aufgabenbereichen und Verwaltungsressorts nicht, doch stellen sie die raumplanerischen Anforderungen auf.

2. Das zweite, bedeutsamere Mittel ist der koordinative *Raumplan*³⁰. Dieser unterscheidet sich zunächst vom Nutzungsplan, welcher unmittelbare Wirkungen gegenüber dem Eigentum (Grundeigentum) entfaltet. Der koordinative Raumplan ist auf die den Erfordernissen der Raumordnung angepaßte Anwendung des geltenden Verwaltungsrechtes gerichtet. Als Plan der Raumplanung bezieht er sich immer auf deren Gegenstand, die Raumordnung, gekennzeichnet im geltenden Verfassungsrecht durch die Ausrichtung auf die zweckmäßige Nutzung des Bodens und die geordnete Besiedlung des Landes. Im Vordergrund stehen Ziele und davon abgeleitet Maßnahmen, welche zur Erreichung der Ziele notwendig erscheinen. Ob der Plan lediglich die Ziele umschreibt und darstellt, oder ob er auch oder sogar nur die Maßnahmen anführt, ist nicht wesentlich; es sind verschiedene Methoden möglich. Im ersteren Fall müssen die Maßnahmen aus den Zielen durch die rechtsanwendenden Organe abgeleitet werden, im letzteren läßt sich von den Maßnahmen auf die Ziele schließen. Der koordinative Plan ist immer ein *entscheidvorbereitender Plan*,

²⁹ Zum Problem finaler Rechtssätze siehe oben S. 54.

³⁰ IMBODEN, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, S. 409, spricht vom programmatischen Leitplan, doch sieht er diesen nur im Verhältnis zum unmittelbar verbindlichen Plan als Vorphase mit im wesentlichen gleichem Inhalt. Dabei wird aber übersehen, daß beispielsweise der kommunale Erschließungsplan als behördenverbindlicher Plan nicht nur die Vorstufe zum unmittelbar verbindlichen Baulinienplan ist, sondern gleichzeitig ein koordinativer Raumplan mit behördenverbindlicher Anweisung an die zuständigen Behörden (Anstalten/Korporationen) der Wasserversorgung, der Elektrizitätsversorgung, des Gewässerschutzes und der Kehrlichtbeseitigung. Das Gleiche gilt für die kantonalen Gesamtpläne, die nicht nur eine behördenverbindliche Vorphase für die Nutzungsplanung darstellen, sondern gleichzeitig der auf die Raumordnung abgestimmten Anwendung des raumbedeutsamen Rechts dienen.

da er den Vollzug nicht einschließt. In zeitlicher Hinsicht kann es sich um einen langfristigen, kurz- oder mittelfristigen Plan handeln. Ist er maßnahmeorientiert mit ausgedrückten Relationen zur Zeit und zu den Finanzen, so wird in der Regel von einem Raumordnungsprogramm gesprochen, das ein langfristiges, kurz- oder mittelfristiges sein kann. Wesentlich aber ist, daß auch das Raumordnungsprogramm ein Plan ist, und zwar ein Plan im Sinne eines Instrumentes oder Mittels des koordinativen Raumplanungsrechtes.

Adressaten des koordinativen Raumplanes sind die rechtsanwendenden Organe. Er richtet sich an Behörden. Seine Aussage geht dahin, das geltende Recht sei nach Maßgabe der im Plan ausgewiesenen raumplanerischen Ziele oder der entsprechenden Maßnahmenumschreibung anzuwenden, und zwar unter Berücksichtigung des Faktors Zeit und der Wirkung, welche der zu verfügende Verwaltungsakt auf die räumliche Ordnung hat. So wird beispielsweise von einem solchen Plan die Aussage ausgehen, zwischen den Ortschaften A und B sei auf das Jahr X eine Hauptverkehrsstraße zu errichten mit einer Leistungsfähigkeit von 3000 Personenkraftwagen/h. Die raumplanerische Zweckmäßigkeit der Errichtung der Straße ergibt sich aus den durch den Plan ausgewiesenen Anforderungen der Raumordnung, der Bau der Straße aber erfolgt in Anwendung und nach dem Verfahren des Straßenrechts durch die zuständige Behörde.

3. Die koordinativen Raumpläne werden in der Regel *rechtlich* als allgemeine Verwaltungsverordnungen qualifiziert³¹. Richtig daran ist, daß sie sich an die rechtsanwendenden Organe richten und daß sie weder Rechte noch Pflichten des Bürgers und auch keine Belastungen des Grundeigentums begründen. Es sind keine Rechtsverordnungen, weil sie keine Rechtssätze im Sinne von Verhaltensrecht für die Bürger enthalten. Als Verwaltungsverordnung müßte der koordinative Raumplan generell-abstrakte Anordnungen enthalten. Dies ist denkbar, wenn er lediglich Aussagen enthält, die den Verwaltungsdienst im Verhältnis zur Raumplanung ord-

³¹ IMBODEN, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, S. 409.

nen. Beim koordinativen Raumplan trifft dies in der Regel nicht zu und ist für ihn nicht typisch. Er enthält seiner Funktion entsprechend konkrete Anweisungen zu einem der Zielsetzung des Planes entsprechenden Verhalten der rechtsanwendenden Organe. In diesem Sinne hat er Anweisungen auf ein bestimmtes Verhalten einer bestimmten Behörde zum Gegenstand, wobei er eine nicht von vornherein begrenzte Zahl von Anweisungen unterschiedlichen Inhalts an verschiedene Behörden zusammenfaßt nach der durch die Raumplanung gegebenen Gesamtschau der Raumordnung. Er enthält also eine Summe von individuell-konkreten Anordnungen als Ausdruck einer zweckrationalen, planerischen Ordnung. Der koordinative Raumplan kann deshalb nicht mit der allgemeinen Verwaltungsverordnung gleichgestellt werden, sondern erscheint als ein *Novum in der Formtypik* des Rechtsstaates.

Soll der koordinative Raumplan eine Wirkung entfalten, so muß er *verbindlich* sein; von seiner Funktion her kann er nur behördenverbindlich sein. Ohne Verbindlichkeit würde das raumadäquate Verhalten der rechtsanwendenden Organe allein von der Sachüberzeugung der in der Sache zuständigen Instanzen abhängen. Es ist jedoch nicht der Sinn dieses Planungsmittels, ausschließlich die Sachüberzeugung zu fördern. Durch den koordinativen Raumplan sollen verbindliche Anweisungen gegeben werden, vom Ermessen einen raumordnungsgerechten Gebrauch zu machen.

C. Verhältnis der Rechtssätze und Pläne des koordinativen Raumplanungsrechtes zum geltenden Verwaltungsrecht

1. Da sich der koordinative Raumplan als verbindlicher Plan an die rechtsanwendenden Organe wendet, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem behördenverbindlichen Plan und dem raumbedeutsamen Verwaltungsrecht. Die gleiche Frage stellt sich bezüglich der Rechtssätze, welche die Koordination der raumbedeutsamen Verwaltungstätigkeit zum Gegenstand haben. Dabei ist das Verhältnis nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Normenkonkurrenz zu betrachten. In einer allgemeinen Feststellung hat sich bereits ergeben, daß das koordinative Raumplanungsrecht an

das kompetenzgemäße Verwaltungsrecht – in Frage steht in diesem Zusammenhang das raumbedeutsame – gebunden ist. Es wendet sich nur an den Ermessensbereich. Diese Feststellung soll noch näher beleuchtet werden³².

2. Der *koordinative Raumplan* könnte nur dann in ein Verhältnis der «Normenkonkurrenz» zu Rechtssätzen treten, wenn er von der gleichen Rechtsstufe ist. Dies trifft aber in der Regel nicht zu, weil die Rechtssätze des Verwaltungsrechts auf dem Wege der formellen Gesetzgebung erlassen werden, während der koordinative Raumplan meistens von einer Verwaltungsinstanz (Regierung) ausgeht. Selbst wenn er vom Parlament genehmigt wird, handelt es sich nicht um einen Akt der materiellen Gesetzgebung. Aber auch dann, wenn er auf dem Wege der formellen Gesetzgebung erlassen würde, vermag er das geltende Verwaltungsrecht weder aufzuheben noch zu ändern, da seine Funktion nicht darin liegt, geltendes Recht aufzuheben oder zu ändern, sondern dessen Anwendung auf die Erfordernisse der Raumordnung auszurichten³³. Er beschränkt sich – auch als verbindlicher Plan – auf den Bereich des freien Ermessens, wie dieser im geltenden Recht den zuständigen Behörden eingeräumt ist. Der koordinative Raumplan tritt also nicht in ein Verhältnis der Kollision zum geltenden Verwaltungsrecht der gleichen Staatsebene. Weil sich der koordinative Raumplan an den Ermessensbereich hält und die Handhabung des freien Ermessens be-

³² Siehe oben S. 67; eingehend zu diesem Problemkreis FORSTHOFF/BLÜMEL, Raumordnungsrecht und Fachplanungsrecht, S. 17ff.; LENDI, Verhältnis des geltenden Verkehrsrechtes zum zukünftigen Raumplanungsgesetz, Gutachten vom 23. August 1974 (vervielfältigt), S. 38ff. FORSTHOFF und BLÜMEL untersuchen vor allem die Auswirkungen des Raumordnungs- und Landesplanungsrechts auf die sog. Raumordnungsklauseln im Raumplanungsrecht im weitern Sinne.

³³ Da die koordinative Raumplanung für die rechtsanwendenden Organe des raumbedeutsamen Rechts, wenn auch nur im Bereich des freien Ermessens, eine bestimmende Bedeutung hat – die Pläne sind behördenverbindlich – sollte der koordinative Raumplan nicht von einer Verwaltungsstelle erlassen werden, sondern mindestens vom Parlament, allenfalls sogar vom Gesetzgeber. Gegen die letztere Lösung sprechen Gründe der laufenden Nachführung und damit der erforderlichen Änderbarkeit von koordinativen Plänen. Das Problem der politischen Kontrolle stellt sich aber auf alle Fälle.

einflussen will, ist seine *Verbindlichkeit keine unbedingte*³⁴. Das freie Ermessen wurde im geltenden Verwaltungsrecht den Behörden eingeräumt, damit sie verschiedene Gesichtspunkte gegeneinander abwägen. Die raumplanerischen Aspekte, wie sie im koordinativen Raumplan zum Ausdruck kommen, sind durch die zuständigen Behörden zu würdigen. Sie müssen in deren Entscheidungsfindung einfließen. Hingegen tritt die raumplanerische Aussage gemäß dem koordinativen Raumplan nicht an die Stelle des freien Ermessens. Wäre dies der Fall, so würde durch den koordinativen Raumplan das geltende Verwaltungsrecht insofern geändert, als das eingeräumte freie Ermessen aufgehoben und durch die raumplanerische Disposition ersetzt würde. Dann würde aber eine Rechtsänderung vorliegen.

Auch im Verhältnis der Kompetenzkonkurrenz bezieht sich der koordinative Raumplan nur auf den Bereich des freien Ermessens. Er ist dann verbindlich für die Organe der nachgeordneten Staatsebene, wenn die Verbindlichkeit kompetenzgemäß durch das koordinative Raumplanungsrecht der höheren Ebene vorgeschrieben ist. Auch diese Verbindlichkeit ist eine bedingte, weil es nicht die Funktion des koordinativen Raumplanes ist, geltendes Recht zu ändern. Seine Aussagen sind neben anderen Aspekten zu würdigen; sie müssen aber in die Entscheidungsfindung einfließen. Soll der koordinative Raumplan der höheren Staatsebene eine derogatorische Kraft gegenüber Rechtssätzen, koordinativen Raumplänen und Nutzungsplänen der nachgeordneten Ebene haben, so muß die bedingte Verbindlichkeit zu einer *unbedingten* umformuliert werden. Dies kann beispielsweise im Verhältnis zwischen dem Nutzungsrichtplan als Teil der koordinativen Raumplanung höherer Ebene und dem Nutzungsplan der nachgeordneten Ebene der Fall sein. Das positive Recht muß klarstellen, ob und bezüglich welcher Aussagen ein koordinativer Raumplan unbedingte Verbindlichkeit erlangt. Von der Sache her sind die Pläne primär inhaltlich aufeinander abzustimmen³⁵.

³⁴ Der koordinative Plan ist Ermessensdirektive für die rechtsanwendenden Organe.

³⁵ Eine Ordnung, wonach die kantonalen Richtpläne den kommunalen vorgehen,

3. Die *Rechtsvorschriften* über die Planung der Verwaltungsaufgaben, so wie sie vom Raumplanungsrecht ausgehen, beziehen sich auf die Planung der raumbedeutsamen Aspekte des entsprechenden Sachbereiches. Dies bedeutet, daß in der Regel eine Normenkollision beispielsweise von raumplanerischen Vorschriften über die Verkehrsplanung mit solchen über die Verkehrsplanung im allgemeinen, die Straßenplanung, die Eisenbahnplanung usw. nicht anzuhängen ist, weil sie verschiedene Gegenstände behandeln, auch wenn sie mangels sprachlicher Differenzierung den gleichen Tatbestand zu betreffen scheinen. Die materiellen Normen über die raumplanerischen Zielsetzungen, wie sie bei der Anwendung raumbedeutsamen Rechts zu betrachten sind, vermögen ihrerseits das geltende Verwaltungsrecht nicht aufzuheben oder zu ändern, es sei denn, sie seien nicht raumplanerischer, sondern beispielsweise verkehrsrechtlicher Natur. Die finalen Rechtssätze im besonderen, welche raumplanerische Ziele ansprechen, sind nicht widerspruchsfreie Verhaltensnormen; sie wenden sich von vornherein nur an den Bereich des freien Ermessens und sind untereinander und gegeneinander abzuwägen. Insofern tritt zwischen den Rechtssätzen des koordinativen Raumplanungsrechtes und denjenigen des raumbedeutsamen Verwaltungsrechtes keine Normenkollision ein, es sei denn, sie beziehen sich auf den gleichen Gegenstand und regeln diesen unter dem gleichen Gesichtspunkt. Rechtssätze des koordinativen Raumplanungsrechtes können im Verhältnis der Kompetenzkonkurrenz Rechtssätze des koordinativen Raumplanungsrechtes der nachgeordneten Ebene derogieren; hingegen vermögen Rechtssätze des koordinativen Raumplanungsrechtes kompetenzgemäßes übriges Verwaltungsrecht der nachgeordneten Ebene nicht zu derogieren. Die materiellen Rechtssätze sind durch die Behörden der nachgeordneten Ebene im Bereich des freien Ermessens bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.

entspricht nicht dem Erfordernis der durchgehenden Planung, welche eine inhaltliche Abstimmung verlangt. Erst nach der Abstimmung kann der kantonale Plan im vertikalen Verhältnis verbindlich erklärt und allenfalls mit derogatorischer Kraft ausgestaltet werden, sofern dies als notwendig erachtet wird.

§ 8. Nutzungsplanungsrecht

A. Begriff und Funktion des Nutzungsplanungsrechtes

1. Neben das koordinative Raumplanungsrecht tritt das *Nutzungsplanungsrecht*³⁶. Durch dieses soll eine raumordnungsadäquate Ordnung der Nutzung des Raumes durch die Grundeigentümer sichergestellt werden. Es geht also bei der Nutzungsplanung nicht darum, staatliche Aufgabenerfüllungen auf die Erfordernisse der Raumordnung abzustimmen, sondern die tatsächliche Nutzung des Raumes durch die Grundeigentümer unter Wahrung der öffentlichen Interessen einer Ordnung zu unterstellen, die den Zielsetzungen der Raumordnung genügt. Die Nutzungsplanung unterscheidet sich grundsätzlich von der koordinativen Raumplanung, weil sie nicht mittelbar über die raumordnungsadäquate Anwendung des geltenden raumbedeutsamen Verwaltungsrechts handelt, sondern eine unmittelbare Ordnung der Nutzung des Bodens sicherstellt. Dementsprechend umfaßt das Nutzungsplanungsrecht alle Vorschriften, welche diese Nutzungsordnung konstituieren und realisieren. Es handelt sich um Raumplanungsrecht, und zwar um Raumplanungsrecht im engeren Sinne. Wohl können sich auch im Raumplanungsrecht im weiteren Sinne Vorschriften finden – beispielsweise im Forstpolizeirecht –, welche sich unmittelbar auf die Nutzung des Grundeigentums auswirken, doch betreffen diese Vorschriften nicht die Gesamtordnung des nutzungsmäßig zu planenden Raumes. Sie beziehen sich vielmehr auf einzelne Teile des Raumes oder auf einzelne Aspekte der Nutzung des Bodens. Demgegenüber ist es Aufgabe der Vorschriften über die Nutzungs-

³⁶ Das Nutzungsplanungsrecht bildet den bekannten Teil des Raumplanungsrechtes. Oft werden Nutzungsplanungsrecht und Raumplanungsrecht identifiziert. Obwohl der Anknüpfungspunkt für die Raumplanung bei der zweckmäßigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes liegt, beschränkt sich ihre Aufgabe nicht auf die Regelung der Nutzungsordnung. Ihre Aufgabe ist die Raumordnung; im vorerwähnten engen Sinne beispielsweise JAGMETTI/BAUD/FISCHER/KUTTLER/VIERNE, Vereinheitlichung der Baugesetzgebung (oben Anm. 6), S. 11. In der kantonalen Raumplanungsgesetzgebung liegt der Akzent heute noch auf dem Nutzungsplanungsrecht.

planung des Raumplanungsrechts im engeren Sinne, eine Gesamtordnung der Nutzung des Raumes zu begründen, die den Grundeigentümer unmittelbar bindet. Gegenstand des Nutzungsplanungsrechtes ist mithin die unmittelbar verbindliche Nutzungsordnung des Raumes. Adressaten des Nutzungsplanungsrechtes sind immer die Grundeigentümer, unabhängig davon, ob die Grundeigentümer juristische oder natürliche Personen des Privatrechts oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind. So besehen kann das *Nutzungsplanungsrecht* als *dasjenige Raumplanungsrecht im engeren Sinne* verstanden werden, *das eine unmittelbar verbindliche Ordnung der Nutzung des Grundeigentums konstituiert, ausgerichtet auf die Anforderungen der Raumordnung*³⁷.

2. Das Nutzungsplanungsrecht hat seine *Rechtsquellen* entsprechend der Tatsache, daß es sich um Raumplanungsrecht im engeren Sinne handelt, in der Regel in einem Gesetz über die Raumplanung, sei es in einem entsprechenden Bundesgesetz, in einem kantonalen Raumplanungsgesetz oder sogar in einer kommunalen Satzung, je nach der Ausgestaltung der Kompetenzordnung³⁸.

3. Das Nutzungsplanungsrecht entfaltet eine *unmittelbare Wirkung gegenüber dem Grundeigentum*, da es von seiner Funktion her eine Ordnung der Nutzung des Grundeigentums begründet. Die entscheidende Frage ist, wie intensiv diese unmittelbare Wirkung auf das Grundeigentum sein darf. Diese Frage kann nicht von der Funktion der Nutzungsplanung her beantwortet werden. Die Beantwortung setzt vielmehr eine Beurteilung aufgrund der verfassungsmäßig gewährleisteten Eigentumsgarantie voraus³⁹.

Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, daß die Nutzungsordnung als solche zu einem Tun, einem Unterlassen oder einem

³⁷ Nicht zum Nutzungsplanungsrecht gehören Vorschriften über die Nutzungsrichtplanung. Diese entfaltet keine unmittelbare Wirkung gegenüber dem Grundeigentum. Sie sind Teil des koordinativen Raumplanungsrechtes mit der Ausrichtung auf die Nutzungsplanung.

³⁸ Vgl. beispielsweise Baugesetz des Kantons Bern vom 7. Juni 1970, Art. 20ff.; Baugesetz des Kantons Luzern vom 15. September 1970, § 14ff.; Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, § 126ff.

³⁹ Siehe unten S. 157ff.

Dulden des Grundeigentümers führen kann, indem durch diese Nutzungsordnung sein raumordnungsadäquates Verhalten vorgezeichnet wird. Steht ein Tun in Frage, so kann von einer Nutzungspflicht als Ausfluß einer *Gebotsplanung*⁴⁰ gesprochen werden. Handelt es sich um ein Unterlassen, so wird die Nutzungsplanung in der Regel als *Verbotsplanung*⁴¹ umschrieben und richtet sie sich auf ein Dulden, so kann die entsprechende Planung als eine *Auflagenplanung* behandelt werden. Eine Nutzungspflicht liegt beispielsweise vor, wenn ein Grundeigentümer durch die Nutzungsplanung angehalten wird, ein Grundstück in einer bestimmten Art und Weise, allenfalls sogar hinsichtlich der Intensität und der Gestaltung, zu nutzen, indem ihm vorgeschrieben wird, eine 4stöckige Wohnbaute zu errichten und diesem Zweck zu erhalten⁴². Eine Verbotsplanung verbietet – ebenfalls im Sinne eines Beispiels – die Nutzung eines Grundstückes für Bauzwecke und eine Auflagenplanung überbindet dem Grundeigentümer die Verpflichtung, bei der Nutzung des Grundeigentums die öffentlichen Interessen am allgemeinen Erholungswert dieser Parzelle mitzubersichtigen⁴³. In der Regel begnügt sich die Nutzungsplanung und damit auch

⁴⁰ Nutzungspflichten sind der Zielsetzung der Raumordnung nur ausnahmsweise verhältnismäßig. In der Regel steht die Verbotsplanung im Vordergrund, welche auf ein Unterlassen gerichtet ist. Nutzungspflichten stellen eine Eigentumsbeeinträchtigung dar. Als solche sind sie nur verfassungsmäßig, wenn für sie ein verfassungsmäßiger Vorbehalt gegenüber der Eigentumsgarantie besteht. Sie müssen im übrigen auf gesetzlicher Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und als Mittel der Raumplanung der Zielsetzung der Raumordnung verhältnismäßig sein. Zur Nutzungspflicht vgl. HOFMANN, Die Pflicht zur Nutzung des Bodens; IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung (zit. Einltg. Anm. 48), Bd. II, S. 549; JAGMETTI, Die Raumplanung als Umweltgestaltung, S. 115.

⁴¹ Die Verbotsplanung stellt die Regel dar, da die Ziele der Raumordnung keine weitergehenden Maßnahmen erfordern. Die weitgehende Beschränkung auf die Verbotsplanung ist ein Ausfluß des rechtsstaatlichen Erfordernisses der Verhältnismäßigkeit.

⁴² Das bekannte Beispiel ist die Pflicht zur Erstellung privater Parkplätze, BGE 97 I 792ff.

⁴³ Dies trifft beispielsweise bei Erholungszonen, die Landwirtschaftszonen überlagern, zu. Der Begriff der Auflage ist derjenige der Umgangssprache.

das Nutzungsplanungsrecht mit einer Ordnung der Gebots- und Verbotsplanung, wobei nach der allgemeinen Praxis der Nutzungsplanung die Verbotsplanung im Vordergrund steht.

B. Die Mittel der Nutzungsplanung

1. Der Nutzungsplanung dienen als Mittel für die Begründung der Nutzungsordnung der Rechtssatz, die Verfügung und der Plan, wobei der Rechtssatz und die Verfügung in einem rechtslogischen Zusammenhang stehen, indem die Verfügung ein individuell-konkreter Rechtsanwendungsakt des Rechtssatzes ist.

2. Der *Rechtssatz* kann als konditionaler generell-abstrakte Verhaltensvorschriften enthalten, welche eine allgemeine Verhaltensordnung der Grundeigentümer bezüglich der Nutzung des Bodens beinhalten. Er betrifft alle Grundeigentümer in gleicher Art und Weise. In diesem Sinne kann beispielsweise durch Wenn-Dann-Verhaltensnormen festgelegt werden, daß gegenüber dem Wald ein Bauabstand von 50 m einzuhalten sei⁴⁴. Der Rechtssatz vermag hingegen keine differenzierte Nutzungsordnung aufzustellen, welche örtlich und zugleich sachlich die Nutzungsmöglichkeiten im Interesse einer Gesamtordnung gliedert. Die materiellen Verhaltensnormen können sich sodann an die Behörden wenden, welche eine Nutzungsordnung aufzustellen haben. In diesem Sinne enthalten die Verhaltensnormen allgemeine Voraussetzungen, welche bei der Nutzungsplanung zu beachten sind, indem beispielsweise die zulässigen Nutzungsmöglichkeiten nach Art und Intensität der Nutzung umschrieben werden. Neben die konditionalen Rechtssätze können finale treten, welche die Ziele ansprechen, die bei der Nutzungsplanung durch die Behörden zu erwägen sind⁴⁵. Da die

⁴⁴ Es handelt sich um eine unmittelbare, gesetzliche Eigentumsbeschränkung.

⁴⁵ Im Bundesgesetz über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974, a.a.O., S. 816ff. finden sich keine finalen Rechtssätze. Ihr Erlaß ist gemäß Art. 23 vorbehalten. Auch die Zweckbestimmung des eidg. Raumplanungsgesetzes enthält keine finalen Rechtssätze, Art. 1 Abs. 2 leg. cit. Hingegen können in den Grundanforderungen gemäß § 18 des Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Bau-

Ziele aber nicht in ein System der widerspruchsfreien Ordnung zu bringen sind – die Ziele können sich gegenseitig ausschließen oder sie kollidieren mindestens in der Übertragung auf den begrenzten Raum –, können solche finalen Rechtssätze keine direkte Wirkung gegenüber dem Grundeigentum entfalten. Sie wenden sich ausschließlich an die Behörden und sind durch diese bei der Bearbeitung der Nutzungsplanung gegeneinander und untereinander abzuwägen. Im geltenden Recht ist von der Möglichkeit des Erlasses finaler Rechtssätze im Zusammenhang der Nutzungsplanung bis heute noch kaum Gebrauch gemacht worden. Neben die materiellen Rechtssätze treten organisatorische oder formelle, welche festlegen, wer, in welchem Verfahren und unter welchen Voraussetzungen des Rechtsschutzes eine Nutzungsplanung aufstellen kann oder muß. Diese organisatorischen Vorschriften wirken sich jedoch nicht auf das Grundeigentum aus.

3. Die *Verfügung* ist der individuell-konkrete Anwendungsakt aufgrund eines generell-abstrakten Rechtssatzes. Sie hat für die Nutzungsplanung nur eine beschränkte Bedeutung, weil bereits die Bedeutung des generell-abstrakten Rechtssatzes begrenzt ist. In der Regel wird in diesem Zusammenhang auf die Baubewilligung verwiesen. Diese ist zunächst ein Ausfluß des Baupolizeirechtes, dann aber auch des Nutzungsplanungsrechtes, indem durch sie festgestellt wird, daß einer konkreten baulichen Nutzung aus polizeilichen *und* nutzungsplanungsrechtlichen Gründen nichts entgegensteht. Insofern kann sie als Bestandteil des Baupolizeirechtes und des Raumplanungsrechtes im engern Sinne verstanden werden, jedoch nicht als Maßnahme der Konstituierung der Nutzungsordnung im allgemeinen⁴⁶.

4. Als weiteres Mittel steht der *Plan* zur Verfügung. Diesem

recht des Kantons Zürich vom 7. September 1975 finale Rechtssätze gesehen werden. Im deutschen Raumordnungsrecht bilden die finalen Rechtssätze einen integrierenden Bestandteil. Siehe oben S. 54f. und die dort zit. Lit.

⁴⁶ Eine konstitutive Funktion für die Nutzungsordnung hätte die Verfügung dann, wenn durch sie räumliche Nutzungsmöglichkeiten konzessionsweise verliehen würden. Dies ist nach dem geltenden Recht ausgeschlossen, weil die Nutzungsrechte nicht beim Staat, sondern beim Eigentümer liegen.

kommt für die Nutzungsplanung besondere Bedeutung zu, weil nur er eine unterscheidende und lokalisierende Umschreibung der raumbezogenen Nutzungsmöglichkeiten erlaubt und deshalb eine differenzierte Nutzungsordnung zu konstituieren vermag, was dem generell-abstrakten Rechtssatz rechtslogisch verwehrt ist. Der Inhalt des Planes ist auf die Konstituierung einer Ordnung der Nutzungsmöglichkeiten des Grundeigentums gerichtet, und zwar nach Lage, Art und Intensität. Die Funktion der *Lokalisierung der Nutzungsmöglichkeiten* bedingt, daß der Plan auf einer parzellenscharfen kartographischen Darstellung des Raumes aufbaut. Die *Art der Nutzungsmöglichkeiten* kann an sich nach beliebigen Kriterien differenziert werden, vorausgesetzt allerdings, daß es sich um Kriterien handelt, welche sich aus den Erfordernissen der Raumordnung ergeben, was positivrechtlich die Ausrichtung auf die zweckmäßige Nutzung des Bodens und die geordnete Besiedlung des Landes bedeutet. Damit sind Nutzungsarten, welche wirtschaftspolitisch begründet sind, ausgeschlossen. Nicht notwendig ist, daß sich die Differenzierung der Nutzungsarten polizeilich begründen läßt, beispielsweise nach der konkreten Immissionsgefahr, da die Raumplanung nicht eine polizeiliche Aufgabe ist, sondern eine wohlfahrtspolitische der nutzungsmäßigen Ordnung des Raumes. Es sind also grundsätzlich alle Nutzungsarten möglich, welche sich aus der wohlfahrtspolitischen Aufgabe der Raumordnung ableiten lassen. Die Frage ist offen, wie weit die Differenzierung unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gehen darf, wie auch – unter dem gleichen Gesichtspunkt betrachtet – noch offen ist, ob die Nutzungsmöglichkeiten als Gebote oder Verbote zu formulieren sind. Die *Intensität der Nutzungsmöglichkeiten* kann unter der Voraussetzung der Beachtung der Eigentumsgarantie und des Verhältnismäßigkeitsprinzipes nach beliebigen Kriterien differenziert werden. In der geltenden Gesetzgebung steht die Ausnützungsziffer im Vordergrund.

Von seiner Funktion her, eine Nutzungsordnung zu konstituieren, hat der Nutzungsplan grundsätzlich den *ganzen Raum* des Planbezugsgebietes zu erfassen. Er kann sich also nicht auf eine Ordnung der Nutzung beispielsweise des Baugebietes beschrän-

ken. Hingegen kann es geboten sein, innerhalb der allgemeinen Nutzungsordnung eine weitergehende Differenzierung der Nutzungsmöglichkeiten nach Lage, Art und Intensität vorzunehmen. Es steht dann eine Sondernutzungsordnung für ein begrenztes Gebiet in Frage. In diesem Sinne kann zwischen dem allgemeinen Nutzungsplan oder dem *Rahmennutzungsplan* einerseits und den *Sondernutzungsplänen* andererseits unterschieden werden⁴⁷. Im geltenden Recht wird der Rahmennutzungsplan in der Regel als Zonenplan angesprochen, während die Sondernutzungspläne als Teilzonenpläne, Überbauungs- und Gestaltungspläne erscheinen.

Der Nutzungsplan, der eine Nutzungsordnung konstituieren soll, ist notwendigerweise ein *unmittelbar verbindlicher Plan, der sich auf das Grundeigentum auswirkt*. Dies schließt nicht aus, daß im Raumplanungsrecht im engeren Sinne auch behördenverbindliche Pläne aufgestellt werden, welche inhaltlich die Nutzungsplanung vorzeichnen. Diese behördenverbindlichen Pläne vermögen aber die Nutzungsordnung nicht als solche zu begründen. Sie werden in der Regel als Richtpläne angesprochen. Um die sachliche Übereinstimmung der koordinativen Raumpläne mit den Nutzungsplänen zu erreichen, ist es unerlässlich, die koordinativen Raumpläne und die die Nutzungsplanung vorzeichnenden Pläne in einer raumplanerischen Gesamtplanung aufeinander abzustimmen und zusammenzufassen.

C. Die Rechtsnatur des Nutzungsplanes

1. Der unmittelbar verbindliche Nutzungsplan, welcher die Nutzungsordnung konstituiert, ist wesensmäßig weder als Rechtssatz noch als Verfügung zu qualifizieren. Es handelt sich, wie in der Literatur und in der Rechtsprechung wiederholt festgestellt wur-

⁴⁷ Dieser Unterschied wurde in der Zonenplanung, die sich auf das Baugebiet beschränkte, nicht deutlich. Wird aber der ganze Raum des Planungsträgers einer Nutzungsordnung unterstellt, so kann ein und derselbe Plan nicht beide Aufgaben einer umfassenden Ordnung und einer Spezialordnung der Nutzung zugleich übernehmen.

de, um ein *Institut sui generis*, das der Formtypik des rechtsstaatlichen Staats- und Verwaltungsrechtes lange Zeit unbekannt war⁴⁸. Er ist generell-konkret. Dies heißt aber nicht, daß der Nutzungsplan deswegen die rechtsstaatlichen Anforderungen sprengt. Im Gegenteil, die Rechtswissenschaft ist vor die Aufgabe gestellt, ihn entsprechend einzuordnen.

Von der Aufgabenstellung her erweist es sich als wesentlich, daß der Nutzungsplan als *Rahmennutzungsplan* eine *Ordnung der Nutzung* des Raumes konstituiert, welche – funktional betrachtet – der rechtssatzmäßigen Ordnung gleichzustellen ist, ist es doch eine Aufgabe des Rechtssatzes, eine allgemeine Ordnung zu begründen. Demgegenüber ist es nicht mehr eine Aufgabe der *Sondernutzungspläne*, eine allgemeine Ordnung aufzustellen. Sie begründen vielmehr im Rahmen der allgemeinen Nutzungsordnung eine *besondere*. Ihre Funktion kann nicht mit derjenigen des Rechtssatzes verglichen werden. Sie sind deshalb analog den Verwaltungsakten zu behandeln. Daraus folgt, daß die Rahmennutzungspläne aus sachlichen Gründen der Analogie auf dem Wege der Gesetzgebung zu erlassen sind, während die Sondernutzungspläne wie Verwaltungsakte zu behandeln sind. Für die unterschiedliche Zuordnung ist also nicht entscheidend, ob der Nutzungsplan größere oder kleinere Gebiete betrifft. Wesentlich ist vielmehr die Funktion der entsprechenden Art des Nutzungsplanes⁴⁹.

⁴⁸ Statt vieler: IMBODEN, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut (1960), S. 396ff.; BALSCHKEIT, Die Rechtsnatur des Planes, S. 17ff. Zur Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes SALADIN, Die Grundrechte im Wandel, S. 160f.; BGE 94 I 342/343; 78 I 407/408; 87 I 511/512; 88 I 147; 96 I 712; 98 Ia 31.

⁴⁹ IMBODEN, will Nutzungspläne (im Sinne von unmittelbar verbindlichen Plänen) stets als Summe von Einzelverfügungen verstanden wissen, während das Bundesgericht für Pläne, die sich auf ein großes Gebiet beziehen, annimmt, sie nähern sich dem verordnungsmäßigen Rechtssatz. Betreffen sie «einige wenige Grundstücke oder nur ein einziges», so lassen sie «sich von einer Einzelverfügung kaum mehr unterscheiden» (BGE 94 I 336ff., 347ff.). Zur Kritik von IMBODEN siehe IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung (zit. Einlgt. Anm. 48), Bd. I, S. 55, der das vom Bundesgericht angewandte Kriterium der räumlichen Ausdehnung in Frage stellt.

2. Die Einleitung des Planfestsetzungsverfahrens für Rahmen- und Sondernutzungspläne obliegt den Behörden. Da der Erlaß von Rahmennutzungsplänen auf dem Wege der Gesetzgebung zu erfolgen hat, können die Bürger entsprechende Maßnahmen bewirken, soweit ihnen ein entsprechendes Initiativrecht zusteht. Ein Recht, vor dem Erlaß von Rahmennutzungsplänen angehört zu werden, besteht grundsätzlich betrachtet nicht, da dieses dem Rechtsetzungsverfahren fremd ist⁵⁰. Hingegen steht dem betroffenen Bürger beim Erlaß eines Sondernutzungsplanes ein Recht auf Anhörung unter Eröffnung eines Einspracheverfahrens zu, wie dies im Verwaltungsverfahren üblich ist. Sofern beim Erlaß eines Rahmennutzungsplanes keine Einsprachemöglichkeit besteht, muß dessen Recht- und insbesondere seine Verfassungsmäßigkeit vorfrageweise, beispielsweise bei Verweigerung einer Baubewilligung gestützt auf den Rahmennutzungsplan, überprüft werden können⁵¹.

3. Die Rahmennutzungspläne als rechtssatzähnliche Institute müssen jederzeit *geändert* werden können. Es besteht denn auch kein Rechtsanspruch darauf, daß Rechtssätze und analog die Rahmennutzungspläne unverändert in Kraft bleiben. Man muß damit rechnen, daß sie in dem vom Gesetz vorgesehenen Verfahren geändert werden können. Eine Zurückhaltung drängt sich im Hinblick auf das *Postulat der Rechtssicherheit* auf, in gleichem Maße wie dies bei Rechtssätzen der Fall ist. Das positive Recht kann vorsehen, daß ein Rahmennutzungsplan nicht früher als nach Ablauf einer bestimmten Frist geändert werden soll. Auf der andern Seite können die Erfordernisse der Raumplanung verlangen, daß die Zweckmäßigkeit der nutzungsplanmäßigen Dispositionen regelmäßig überprüft wird. Auch darüber können positivrechtliche Regelungen aufgestellt werden. Die entsprechenden Vorschriften än-

⁵⁰ Diese klare Schlußfolgerung ergibt sich nur deshalb, weil der Rahmennutzungsplan dem Rechtsetzungsverfahren unterstellt wurde. Wird diese Frage als offen betrachtet, so ist auch die Frage offen, ob der Rahmennutzungsplan wie ein Verwaltungsakt dem Einspracheverfahren unterstellt werden muß.

⁵¹ So die bundesgerichtliche Rechtsprechung, BGE 90 I 353ff. Damit wird der Plan in dieser Beziehung dem Rechtssatz gleichgestellt. Dies ist aber nur bei Rahmennutzungsplänen sinnvoll.

dem aber nichts an der Forderung, den Rahmennutzungsplan analog dem Rechtssatz zu behandeln⁵².

Die Sondernutzungspläne, die im Gegensatz zu den Rahmennutzungsplänen wie Verwaltungsakte zu behandeln sind, erwachsen nicht in materielle Rechtskraft und sind darum inhaltlich abänderbar. Im Fall einer Abänderung sind die Erfordernisse der Rechtssicherheit und diejenigen des öffentlichen Interesses an einer Weiterentwicklung der Nutzungsplanung untereinander und gegeneinander gemäß den allgemeinen Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts abzuwägen⁵³.

4. Die Ausgestaltung des *Rechtsschutzes* gegenüber dem unmittelbar verbindlichen Nutzungsplan, sei es als Rahmennutzungsplan, sei es als Sondernutzungsplan, bereitet besondere Schwierigkeiten, weil der Inhalt des Nutzungsplanes nicht allein aus einer Norm höherer Stufe abgeleitet wird, sondern weitgehend aus einem Akt des planenden Ermessens hervorgeht, der durch konditionale und finale Rechtssätze eingeschränkt sein mag. Die Ordnung des Rechtsschutzes darf deshalb nicht allein nach den rechtslogischen Folgerungen aus dem Unterschied von Rechtssatz und Verfügung getroffen werden. Dieses planende Ermessen kann durch eine auch noch so weitgehende Regelung der generell-abstrakt in Rechtssätzen festgehaltenen Voraussetzungen nicht eliminiert werden, weil es im Wesen des Plans und damit der Planfestsetzung liegt, ist doch der Plan die durch die planerische Zweckrationalität zusammengehaltene Summe von Einzelverfügungen, d. h. er wird letztlich immer erheblich durch das planende Ermessen bestimmt. Die Nachprüfung dieses in der Planfestsetzung wesensmäßig eingeschlossenen Ermessens ist in einer nachträglichen Rechts- und Ermessensüberprüfung sinnvoll nicht möglich, weil das planende

⁵² Das Bundesgesetz über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974, BBl 1974 II, S. 816 ff., kennt keine solchen Fristen. Sie sind lediglich für Richtpläne bekannt (Art. 9). Zum Problem der Plangewährleistung vgl. MARTIN OLDIGES, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1970; BRUHIN, Planänderung im Raumplanungsrecht.

⁵³ IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung (zit. Einl. Anm. 48), S. 172; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 398 ff.

Ermessen nicht einzelne Aspekte des Plans betrifft, sondern seine Gesamtheit. Der Rechtsschutz ist deshalb nur dann zweckmäßig und auf das Wesen des Plans abgestimmt, wenn er als präventiver ausgestaltet ist. Es drängt sich deshalb auf, den Rechtsschutz so zu regeln, daß vor Eintritt der formellen Rechtskraft des Plans Rechtsbehelfe ergriffen werden können, wobei mindestens in der ersten Instanz die Ermessensüberprüfung notwendig ist. Mit dem Rechtsschutzverfahren kann die aufsichtsmäßige Überprüfung verbunden werden⁵⁴. Die postulierte Gestaltung des Rechtsschutzes im Sinne eines präventiven bezieht sich dabei sowohl auf den Rahmennutzungsplan wie auch auf die Sondernutzungspläne, also ungeachtet der analogen Behandlung als Rechtssatz oder als Verfügung.

5. Unter den unmittelbar verbindlichen Plänen kommt dem *Rahmennutzungsplan* besondere Bedeutung zu. Es handelt sich um denjenigen *unmittelbar verbindlichen Plan, der für den ganzen Raum des Hoheitsgebietes eines Planungsträgers die Nutzungsordnung nach Lage, Art und Intensität der Nutzungen differenziert konstituiert*. Seine besondere Aufgabe liegt in der konkretisierenden Übertragung der generell-abstrakt vorgezeichneten Nutzungsmöglichkeiten auf den Raum, ausgerichtet auf die Anforderungen der Zielsetzungen der Raumordnung. Insofern erfüllt er eine Verteilfunktion. Er beinhaltet eine Summe von Verfügungen, welche die Nutzungsmöglichkeit für jede Parzelle im Raum festlegen. Diese Verfügungen stehen aber nicht beziehungslos nebeneinander, sondern werden zusammengehalten durch die dem Plan eigene zweckrationale Ordnung, die geplante Raumordnung.

D. Der mittelbar verbindliche Nutzungsrichtplan

1. Im Gegensatz zum unmittelbar verbindlichen Nutzungsplan entfaltet der mittelbar verbindliche (behördenverbindliche) Nutzungs-

⁵⁴ Zum Problem des Rechtsschutzes im Planungsrecht grundlegend IMBODEN, *Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut*, S. 408; siehe ferner BASCHUNG/STÜDELI, *Probleme des Rechtsschutzes im Planungsrecht*, S. 122ff.; KUTTLER, *Vom Bauplanungsrecht zum Raumordnungsrecht*, S. 152ff.

richtplan *keine Einwirkungen auf das Grundeigentum*. In der Regel ist dieser Nutzungsrichtplan ein Teilplan (Teilplan der Siedlung und Landschaft) der raumplanerischen Gesamtrichtplanung. Als solcher weist er die Merkmale der Rechtsnatur der koordinativen Raumpläne auf. Tatsächlich ist denn auch der Nutzungsrichtplan nichts anderes als ein *koordinativer Raumplan* bezüglich der unmittelbar verbindlichen Nutzungsplanung. Die Vorschriften über die Nutzungsrichtplanung gehören deshalb zum koordinativen Raumplanungsrecht⁵⁵.

2. Besondere Probleme ergeben sich hinsichtlich des *Rechtsschutzes* gegenüber mittelbar verbindlichen Nutzungsplänen, weil der Nutzungsrichtplan eine Vorwirkung gegenüber dem Grundeigentum entfaltet; seine raumplanerischen Dispositionen fließen der Behördenverbindlichkeit wegen in den unmittelbar verbindlichen Nutzungsplan notwendigerweise ein. Es stellt sich deshalb die Frage, ob nicht bereits gegen die Nutzungsrichtpläne ein Rechtsbehelf vorgesehen werden muß, wobei insbesondere die Unangemessenheit des planenden Ermessens anfechtbar sein müßte. Wird dies aus Gründen der Praktikabilität als unmöglich erachtet, so muß aus rechtsstaatlichen sichergestellt sein, daß in einem Rechtsschutzverfahren gegen einen unmittelbar verbindlichen Plan vorfrageweise auch die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Nutzungsrichtplanes in Frage gestellt werden kann. Sodann ist bei der Gestaltung des Nutzungsrichtplanes darauf zu achten, daß dieser nicht die unmittelbar verbindliche Nutzungsplanung faktisch vorwegnimmt, d. h. er darf keine parzellenbezogenen Aussagen enthalten, sondern muß sich darauf beschränken, Hinweise auf die gesamtplanerischen Aspekte der zu treffenden unmittelbar verbindlichen Nutzungsplanung zu geben, ohne die unmittelbar verbindliche Nutzungsplanung abschließend festzulegen⁵⁶.

⁵⁵ Siehe oben S. 95 ff.

⁵⁶ Dieses rechtsstaatliche Erfordernis wird in der Nutzungsrichtplanung nicht oder zu wenig beachtet. Nutzungsrichtpläne sollen wenn immer möglich nicht kartographische Unterlagen verwenden oder doch einen Maßstab wählen, der parzellenscharfe Interpretationen ausschließt.

E. Die Grenzen der Nutzungsplanung

1. Die Frage nach den normativen Schranken der Nutzungsplanung kann erst beantwortet werden, wenn das Verhältnis zur Eigentumsgarantie geklärt ist. In diesem Zusammenhang ist jedoch die Frage nach den Grenzen der Nutzungsplanung aufzuwerfen, die sich *aus der Funktion der Raumplanung* und der Nutzungsplanung im besonderen ergeben. Die Nutzungsplanung führt notwendigerweise zu einer Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten des Grundeigentümers, und zwar zu einer unmittelbar verbindlichen. Nicht betroffen wird hingegen die Verfügung über das Grundeigentum im Sinne der Veräußerung, des Erwerbes und der Belastung mit beschränkt dinglichen Rechten. Die Raumplanung als solche ist also *nicht auf eine Beschränkung der Verfügungsfreiheit gerichtet, sondern der Nutzungsfreiheit*, indem sie die Nutzung einer Ordnung unterstellt. Von daher ergibt sich die sachbezogene Grenze der Nutzungsplanung auf die Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten. Dies heißt nicht, daß nicht auch Verfügungsbeschränkungen unterstützend die Verwirklichung der raumplanerischen Zielsetzungen erleichtern, doch sind diese nicht ein Ausfluß der Nutzungsplanung, sondern des entsprechenden Sachrechtes, beispielsweise des bäuerlichen Erbrechtes. Im Zusammenhang mit der Nutzungsplanung muß deshalb zwischen der Verfügungs- und Nutzungsfreiheit am Eigentum unterschieden werden, weil die Nutzungsplanung nur auf die letztere Bezug nimmt⁵⁷.

2. Die Nutzungsplanung befaßt sich mit der Ordnung der Nutzung des Grundeigentums und nicht mit der Ordnung des Eigentums schlechthin. Die Betrachtung des Eigentums an Fahrnis fällt dahin. Da aber das Eigentum an Fahrnis und an Grundeigentum sachenrechtlich einer grundsätzlich *einheitlichen Regelung* unterstellt ist, muß bei der Betrachtung des Verhältnisses zwischen Nutzungsplanung und Grundeigentum immer davon ausgegangen werden, daß es nicht ein besonderes Eigentum an Grund und Boden

⁵⁷ Die Verfügungs- und die Nutzungsfreiheit werden in der Regel unter dem Oberbegriff der Verfügungsfreiheit zusammengefaßt.

gibt, sondern nur ein Eigentum an Sachen. Die Nutzungsplanung und ihre rechtliche Regelung betreffen sodann nur einen Teilaspekt des Grundeigentums; sie bezieht sich auf die Wahrung der öffentlichen Interessen an der Nutzung des Raumes durch eine raumbeanspruchende Nutzung des Grundeigentums. Sie bezieht sich mit andern Worten ausgedrückt auf die räumlichen Aspekte der Nutzung des Grundeigentums.

Drittes Kapitel

Raumbedeutsame Aspekte des Grundeigentums

§ 9. Die rechtliche Ordnung des Grundeigentums

A. Die öffentlichrechtliche und die privatrechtliche Regelung des Grundeigentums

1. Das Raumplanungsrecht – und zwar sowohl das koordinative als auch das Nutzungsplanungsrecht – ist öffentliches Recht. Hinsichtlich der Einwirkung auf das Eigentum kann das koordinative Raumplanungsrecht in den folgenden Betrachtungen zurückgestellt werden, da es keine unmittelbaren Einwirkungen auf das Grundeigentum zeitigt. Hingegen ist neben dem Nutzungsplanungsrecht das raumbedeutsame Recht, das Raumplanungsrecht im weitern Sinne einzubeziehen, soweit es sich auf die Nutzung des Grundeigentums auswirkt¹. Im Vordergrund aber steht das Nutzungsplanungsrecht. Als Raumplanungsrecht im engeren Sinne konstituiert es eine Ordnung der Nutzung des Bodens des ganzen Raumes und *wirkt als unmittelbar verbindliche Ordnung direkt auf das Eigentum* ein. Diese Einwirkung und ihre Bedeutung gilt es zu erfassen. Zuvor müssen die Grundfragen nach dem Verständnis des Eigentums im Rahmen der Rechtsordnung geklärt werden.

2. Die Behandlung des Verhältnisses zwischen dem Raumpla-

¹ Siehe oben S. 81 ff.; so wirken sich beispielsweise die Forstpolizeigesetzgebung und das Gewässerschutzrecht auf die mit dem Grundeigentum verbundene Nutzungsfreiheit aus. Sie enthalten gesetzliche Eigentumsbeschränkungen. Vgl. Art. 31 BG betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei vom 11. Oktober 1902, SR 921.0; Art. 19 und 20 BG über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom 8. Oktober 1961, SR 814.20.

nungsrecht im umschriebenen Sinne und dem Eigentum setzt der vorwiegend zivilistischen Betrachtungsweise des Eigentums folgend beim Privateigentum als zivilrechtliche, sachenrechtliche Ordnung der Sachherrschaft ein². Das Privatrecht sieht dabei im Privateigentum die umfassendste Sachherrschaft im Sinne eines dinglichen Rechtes, welches dem Berechtigten alle Befugnisse darüber zuweist, die nicht durch die Rechtsordnung oder durch Rechtsgeschäft ausgenommen sind³. In diesem privatrechtlichen Begriff liegt eine privatrechtlich verstandene Eigentumsfreiheit eingeschlossen. Diese Freiheit der Sachherrschaft besteht in der Verfügungsfreiheit über die Sache, welche in eine Verfügungs- und in eine Nutzungsfreiheit unterteilt werden kann⁴. Aus der privatrechtlichen Sicht des Eigentums, vorweg des Grundeigentums, ergeben sich für die Lehre vom Eigentum im wesentlichen drei Folgerungen: a) Die im Privateigentum liegende Verfügungs- und Nutzungsfreiheit wird aus dem privatrechtlichen Institut und damit aus dem Begriff des Eigentums abgeleitet; b) Dem Privateigentum liegt begrifflich die Vorstellung einer unbeschränkten Verfügungs- und Nutzungsfreiheit zugrunde; c) In seiner positivrechtlichen Ausgestaltung wird das Eigentum als eine Ordnung der Verfügungs- und Nutzungsfreiheit sowie der gesetzlichen und gewillkürten Schranken verstanden. Mit dem Wegfall einer Beschränkung wird der Freiheitsbereich größer, mit einer zusätzlichen Beschränkung kleiner. Immer aber wird vom Wesen und Begriff des Eigentums her letztlich ein *freies Eigentum im Sinne einer unbegrenzten Verfügungs- und Nutzungsfreiheit* vorausgesetzt, die ihren Grund im Begriff des Eigentums hat. Die Beschränkungen sind gleichsam nachträgliche, die Freiheit aber ist eine ursprüngliche. In diesem Sinne kann von einer privatrechtlichen «präexistenten» Verfügungs- und Nutzungsfreiheit gesprochen werden, welche

² Siehe oben S. 30 ff.

³ Zum Begriff des Eigentums MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Bd. IV, 1. Abt., 1. Teilb. (Das Eigentum), Bern 1966, S. 92.

⁴ Die Verfügungsfreiheit besteht in der rechtlichen Befugnis des Veräußerns, die Nutzungsfreiheit in der rechtlichen Befugnis des Gebrauchs und allenfalls des Verbrauchs einer Sache. Der Boden kann nicht «verbraucht» werden.

durch die wechselnde Rechtsordnung mehr oder minder beschränkt wird⁵.

Es ist nicht die Aufgabe dieser Untersuchung festzustellen, ob die privatrechtliche Betrachtungsweise des Eigentums in sich sinnvoll ist oder überdacht werden muß⁶. Es wird auch nicht übersehen, daß die Lehre vom Privateigentum nicht bei der pandektistischen Lehre vom Eigentum und seinen Beschränkungen stehen geblieben ist, sondern dem Problem der «immanenten Eigentumsbindungen» und der Beschränkung individueller Eigentumsmacht nachgegangen ist. Eine andere Frage ist aber, ob das *öffentliche Recht* und insbesondere das Raumplanungsrecht – und vorab das Nutzungsplanungsrecht – lediglich als *Schranke des privatrechtlichen Eigentums* verstanden werden kann. Die Problemstellung ist also in der einseitigen Ausrichtung auf das privatrechtliche Institut des Eigentums und in der Lehre von seiner Beschränkung durch das öffentliche Recht zu sehen. Diese Problemstellung ist von grundsätzlicher Bedeutung, weil nämlich von der Ausrichtung auf die präexistente Verfügungs- und Nutzungsfreiheit her angenommen werden muß, daß im Grundeigentum jede beliebige – auch raumrelevante – Nutzungsmöglichkeit als Ausfluß der privatrechtlichen Eigentumsfreiheit eingeschlossen ist, was nichts anderes heißt, als daß beispielsweise die bauliche Nutzungsmöglichkeit dem Grundeigentum eingegeben und daß jede Parzelle potentiell Bauland ist, wobei die Baufreiheit durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft eingeschränkt oder aufgehoben sein kann. Fällt aber die Schranke dahin, so entsteht nach den Regeln der Elastizität des Eigentums wieder die ursprüngliche, präexistente Nutzungsfreiheit, beispielsweise im Sinne der Baufreiheit⁷.

⁵ Das Eigentum hat die Tendenz in sich, unbeschränkt zu sein.

⁶ Vgl. dazu die Kritik von ROBERT HAAB, Züricher Kommentar, Das Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich 1929 ff., Bd. IV, 1. Teil, Bem. zu Art. 641, S. 391 ff.; MEIER-HAYOZ, Vom Wesen des Eigentums, in: Revolution der Technik – Evolution des Rechts, S. 171 ff.; BÜHLER, Zur Geschichte des Eigentumsbegriffs, S. 289 ff., 305 ff.

⁷ Der Begriff des potentiellen Baulandes wird hier nicht erschließungsrechtlich betrachtet, sondern aus dem Wesen des Eigentums heraus. Nicht nur rechtlich, sondern vor allem wirtschaftlich gesehen herrscht die Auffassung vor, daß letzt-

3. Geht man in der Betrachtung des Eigentums davon aus, daß das Institut des Privatrechts seinen normativen Geltungsgrund nicht im Privatrecht, sondern in der höchsten Normstufe, in der *Verfassung* hat, so kann und darf die Betrachtung des Eigentums nicht beim privatrechtlichen Begriff des Eigentums einsetzen, sondern muß bei der Ordnung des Eigentums auf Verfassungsstufe anheben. Am Anfang der Betrachtungsweise darf also nicht eine privatrechtliche, sondern nur eine verfassungsrechtliche und damit eine öffentlichrechtliche stehen. Von daher ist die rechtsstaatliche Verfassung zu befragen, welche Ordnung sie für das Eigentum trifft. Sieht man von der Verfassungsbestimmung über das Grundrecht der Eigentumsgarantie ab, so kann nicht übersehen werden, daß eben diese Verfassung den Gesetzgeber *sowohl* zu einer privatrechtlichen Gesetzgebung über das Eigentum *als auch* zu einer öffentlichrechtlichen ermächtigt, indem einerseits der Gesetzgeber ermächtigt ist, privatrechtliche Normen aufzustellen und damit die privatrechtlichen Aspekte des Eigentums und insbesondere des Grundeigentums zu regeln, während andererseits der Gesetzgeber gleichzeitig ermächtigt ist, öffentlichrechtliche Vorschriften mit Auswirkungen auf das Eigentum aufzustellen⁸. Die privatrechtliche Ordnung des Eigentums, die von ihrer Aufgabenstellung her auf die Ordnung des Eigentums als dem umfassendsten dinglichen Recht ausgerichtet sein muß, steht also – normativ betrachtet – gleichwertig neben der öffentlichrechtlichen, welche die öffentlichen Interessen und die hoheitlichen Belange gegenüber der Sachherrschaft regelt. *Das öffentliche Recht bildet also nicht eine nachträgliche Schranke* des privatrechtlichen Instituts des Eigentums, sondern stellt seinerseits eine geltende Ordnung dar. Das Bild vom ursprünglichen privatrechtlichen Institut des Eigentums und den

lich auf jedem Grundstück gebaut werden kann, weil diese Nutzungsmöglichkeit im Eigentum eingeschlossen ist.

⁸ Die Kompetenz zur privatrechtlichen Ordnung des Eigentums liegt in Art. 64 Abs. 2 BV, diejenige zur öffentlichrechtlichen in zahlreichen kantonalen und bundesrechtlichen Verfassungsbestimmungen über die Raumplanung, den Gewässerschutz, die Forstpolizei, die Landwirtschaft usw. Die öffentlichrechtlichen Bestimmungen sind nur deshalb schwerer zu erfassen, weil sie nicht aus einer einzigen Kompetenznorm hervorgehen und nicht kodifiziert sind.

nachträglichen öffentlichen Schranken ist normativ gesehen unzutreffend, weil sowohl die privatrechtliche Gesetzgebung zum Eigentum als auch die öffentlichrechtliche ihren normativen Geltungsgrund in der Verfassung haben⁹. Das Bild könnte nur dann aufrechterhalten werden, wenn sich die Verfassung darauf beschränken würde, das privatrechtliche Institut des Eigentums zu gewährleisten. Dies aber ist, wie noch zu zeigen sein wird, nicht der Fall. Daß in der positivrechtlichen Ordnung sowohl des Zivilrechtes als auch der Verfassung das Bild vom Eigentum und seinen nachträglichen Schranken verwendet wird, läßt sich historisch erklären, weil das privatrechtliche Institut des Eigentums von zentraler sachlicher Bedeutung war, während die öffentlichrechtlichen Vorschriften über das Eigentum bis weit ins 20. Jahrhundert hinein nicht in gleicher Art und Weise hervortraten. Sie sind ein Ausfluß des Wandels zum Sozialstaat¹⁰.

B. Die Eigentumsgarantie

1. Befragt man die rechtsstaatliche Verfassung nach der Ordnung, welche sie dem Eigentum gibt, so sind nicht nur die Kompetenznormen zur öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Gesetzgebung zu betrachten, sondern auch die materiellen Aussagen, wie sie mit der Eigentumsgarantie verbunden sind.

2. Die verfassungsmäßig gewährleistete *Eigentumsgarantie* bildet die Grundlage für die Staatstätigkeit auf dem Gebiet der Sachherrschaft. Sie wird ausgehend von den Darlegungen von CARL

⁹ Zu Recht wird deshalb der in Art. 641 Abs. 1 und Art. 702 ZGB enthaltene Vorbehalt der öffentlichrechtlichen Beschränkungen als ein unechter betrachtet, da sich die Kompetenz zur öffentlichrechtlichen Ordnung des Eigentums nicht aus der Kompetenz zur Privatrechtsgesetzgebung ableitet. Bedauerlicherweise ist in Art. 22^{ter} BV über die Eigentumsgarantie das Bild vom unbeschränkten Eigentum und seinen Schranken aufgenommen worden.

¹⁰ Der Sozialstaat hat unter anderem die Aufgabe, die gemeinschaftlichen Interessen am Boden zu wahren. Eine Folge davon ist die wohlfahrtspolitisch motivierte Raumplanung. Neben die Sachherrschaft und deren Ordnung tritt die Ordnung der Raumherrschaft.

SCHMITT in der Regel nicht als ein echtes Freiheitsrecht verstanden, sondern als eine *Institutsgarantie*¹¹. Sie hebt sich als solche vom echten Freiheitsrecht und den institutionellen Garantien ab. Als echtes Freiheitsrecht erscheint beispielsweise die Glaubens- und Gewissensfreiheit, als Institutsgarantie die Freiheit der Ehe, das Erbrecht und das Eigentum, als institutionelle Garantie die Gewaltentrennung. Zur Begründung, warum die Eigentumsgarantie nicht als echtes Freiheitsrecht verstanden werden könne, sondern als Institutsgarantie gesehen werden müsse, macht CARL SCHMITT im wesentlichen geltend: Darüber, was Freiheit ist, kann nicht der Gesetzgeber bestimmen, sondern nur derjenige, welcher die Freiheit ausübt. Als echte Freiheitsrechte können deshalb nur diejenigen Grundrechte angesprochen werden, welche dem Bürger die Freiheit darüber, was sie als Freiheit verstehen, überlassen. Diese Freiheit aber steht – nach CARL SCHMITT – dem Eigentümer nicht zu, weil es der Gesetzgeber ist, welcher durch die positivrechtliche Ausgestaltung des Eigentums die Eigentumsfreiheit festlegt¹². Trifft dies aber wirklich zu? *Liegt die Grundidee der Eigentumsgarantie* nicht gerade darin, dem Bürger eine staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft zu geben, in welcher er frei – nach seiner Freiheit – über die Sachherrschaft entscheiden kann? Die Eigentumsgarantie ist also dann als echtes Freiheitsrecht zu verstehen, wenn sie eine staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft gewährleistet, in der der Bürger sein Verständnis der Freiheit bezüglich der Sachherrschaft verwirklichen kann. Auf der andern Seite ist sie nicht als ein echtes Freiheitsrecht zu verstehen, wenn ihr Gegenstand nicht die rechtlich geschützte staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft ist, sondern das gesetzlich auszuförmende Institut.

3. Verfassungsgeschichtlich betrachtet bildete die Eigentums-

¹¹ CARL SCHMITT, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, S. 160ff. CARL SCHMITT weist seinerseits zurück auf MARTIN WOLFF und zur Bestätigung auf ANSCHÜTZ, NIPPERDEY und weitere, die für die Weimarer Verfassung die Eigentumsgarantie sinngemäß als Institutsgarantie verstanden wissen wollten.

¹² CARL SCHMITT, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, a.a.O., S. 167.

garantie ursprünglich einen festen Bestandteil der Freiheitsrechte¹³. Ideell wurde die Eigentumsgarantie nach den naturrechtlichen Freiheitsrechtskatalogen in den Zusammenhang der persönlichen Freiheit gestellt, die zu ihrer realen Verwirklichung des Erwerbs und der Nutzung von Sachgütern bedarf. Insofern bildete die Eigentumsgarantie ein echtes Freiheitsrecht, weil dem Bürger eine staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft gewährleistet sein sollte, in der er unabhängig vom Staat nach seinem Verständnis der Freiheit über Sachgüter verfügen und diese nutzen kann. Die Abschwächung des Freiheitsrechtes zu einer reinen Institutsgarantie erfolgte relativ spät, weitgehend im Zusammenhang mit der positivrechtlichen Ordnung der Weimarer Verfassung durch die deutsche Rechtslehre¹⁴. Betrachtet man aber den Freiheitsrechtskatalog der rechtsstaatlichen Verfassung in seiner ideellen Geschlossenheit, so ist die aufgeworfene Frage, ob die Eigentumsgarantie dem Bürger eine staatsunabhängige Sphäre der freien Entscheidung über seine Sachherrschaft gewährt, positiv zu beantworten, weil die durch das freiheitliche Wertesystem angestrebte persönliche Selbstentfaltung auch eine Sphäre freiheitlicher Entscheidung in der Sachherrschaft bedingt. Die Entscheidung darüber, was Freiheit in der Sachherrschaft ist, kann deshalb nicht allein dem Gesetzgeber überlassen

¹³ Vgl. dazu *Virginia Bill of Rights* vom 12. Juni 1776, Section 1,6; *Menschenrechtserklärung* vom 26. August 1789: «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.»; *Constitution de la République française* vom 24. Juni 1793, Art. 16: «Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie.»

Die Geschichte der Eigentumsgarantie ist neuerdings dargestellt bei BÜHLER, *Zur Geschichte der Eigentumsgarantie und der Enteignung*, S. 378 ff.; SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, S. 109 ff. Daß mit dem negativen Freiheitsrecht eine Drittwirkung verbunden gewesen sein soll, kann in diesem Zusammenhang außer Betracht fallen. Wesentlich ist, daß die Eigentumsgarantie den Charakter eines negativen Freiheitsrechtes hatte.

¹⁴ Der Wandel der Eigentumsgarantie von einem echten Freiheitsrecht zur bloßen Institutsgarantie ist dargestellt bei PETER, *Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert*, S. 77 f.

bleiben. Es bedarf vielmehr eines gewissen Raumes staatsunabhängiger Entscheidungsfreiheit. In diesem Sinne gewährleistet die Eigentumsgarantie nicht nur das Institut des privatrechtlichen Eigentums, sondern in seinem wesentlichen Gehalt eine *staatsfreie Sphäre der Sach- und Vermögensrechtsherrschaft* des Bürgers in seinem Verhältnis zum Staat¹⁵. Dies aber bedeutet, daß der Staat durch die Eigentumsgarantie dem Bürger eine staatsfreie Sphäre gewährt, innerhalb derer er unbeeinträchtigt durch den Staat und durch dessen Organe eine Sachherrschaft ausüben kann, die ihm die für das Eigenleben unentbehrliche Selbstentfaltungsmöglichkeit sichert. Insofern ist die Eigentumsgarantie zunächst ein *echtes Freiheitsrecht*, welches dem Bürger die Freiheit der Entscheidung darüber beläßt, wie er Sachherrschaft erlangen, vergeben und wie er die Sachherrschaft tatsächlich ausüben will¹⁶. Dies besagt mit andern Worten, daß die Verfügungs- und Nutzungsfreiheit, welche mit dem Privateigentum verbunden ist, in Bezug auf die Verhältnisordnung Staat–Bürger nicht durch das Privatrecht begründet wird, sondern durch die Verfassung. Somit kann auch gesagt werden, daß der Inhalt des Eigentums seinen wesentlichen Kern in den staatsfreien Sphären der Sachherrschaft bezogen auf seine persönliche (höchstpersönliche, familiäre und wirtschaftliche) Selbstentfaltung hat¹⁷. *Die Eigentumsfreiheit wird dann berührt oder sogar*

¹⁵ Die staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft kann selbstverständlich nur aktualisiert werden, wenn das privatrechtliche Institut des Eigentums zur Verfügung steht. Das Gleiche gilt für die Privatautonomie. Vgl. dazu KARL OFTINGER, Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, SJZ 1941, S. 225 ff., 241 ff.

¹⁶ Damit kann die Lehre von der Institutsgarantie fallen gelassen werden. Ihre Funktion, dem Gesetzgeber eine Schranke entgegenzustellen, übernimmt das Freiheitsrecht selbst, da echte Freiheitsrechte eine Schranke für den Gesetzgeber bilden. Sie sind Verhaltensnormen.

¹⁷ Die Eigentumsgarantie als Eigentumsfreiheit hat aus der Verhältnisordnung Staat–Bürger einen personenbezogenen Sinngehalt. Sie steht im Dienst der persönlichen Selbstentfaltung. Man kann sich deshalb fragen, ob eine diesen Bereich überschreitende Beanspruchung von Eigentum den Schutz der Verfassung genießt. Wenn dies negativ beantwortet wird, dann wäre es nicht verfassungswidrig, für den Erwerb von Grund und Boden, der nicht personenbedingt ist, eine Bewilligungspflicht vorzusehen. Zur Frage des personenbezogenen Eigen-

*verletzt, wenn in die staatsfreie Sphäre der verfassungsmäßig gewährleisteten Verfügungs- und Nutzungsfreiheit durch den Staat eingegriffen wird*¹⁸.

4. Die verfassungsrechtliche Eigentumsfreiheit deckt sich nicht mit der Verfügungs- und Nutzungsfreiheit im Sinne des privatrechtlichen Eigentums, obwohl ein ideeller, ein sachlicher und ein rechtlicher Zusammenhang besteht. Diese legt lediglich fest, daß derjenige, welcher Eigentümer einer Sache ist, über diese frei verfügen und diese frei nutzen kann, unter Ausschluß von Drittpersonen, zumal er mit dem Eigentum ein dingliches, ein absolutes Recht hat. Die verfassungsrechtliche Eigentumsfreiheit gewährleistet demgegenüber die Freiheit gegenüber dem Staat auf eine staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft. Der ideelle und sachliche Zusammenhang zwischen der verfassungsrechtlichen Eigentumsfreiheit und der privatrechtlichen Verfügungs- und Nutzungsfreiheit ist gegeben, weil die verfassungsrechtliche Eigentumsfreiheit eine privatrechtliche Ordnung des Eigentums bedingt, welche die Ausübung der Eigentumsrechte im Sinne der verfassungsrechtlichen Eigentumsfreiheit ermöglicht. Rechtlich ist der Zusammenhang gegeben, weil die Eigentumsgarantie als Freiheitsrecht gleichzeitig eine Verhaltensnorm ist, welche den Privatrechtsgesetzgeber auf eine freiheitliche Ordnung des Eigentums verpflichtet. Ungeachtet der verwobenen ideellen, sachlichen und rechtlichen Zusammenhänge muß aber zwischen dem *Begriff der Eigentumsfrei-*

tums siehe MEIER-HAYOZ, Vom Wesen des Eigentums, S.171 ff.; DERSELBE, Zum Bodenproblem, ZBGR 1964, S. 8 f. und 22 ff. SCHÜRMAN regt die Einführung eines Nachweisverfahrens über den Bedarf für den Erwerb von Grundeigentum an, siehe SCHÜRMAN, Bodenrechtsdiskussion und -gesetzgebung: der Stand 1974, Schweizer Monatshefte, Zürich 1974, S.553; PETER WIPFLI, Die Genehmigungspflicht beim Grundstückerwerb, Diss. Zürich 1966, S.90 ff.

¹⁸ Die Eigentumsfreiheit ist nicht nur durch den Staat gefährdet, sondern auch durch Dritte. Sie ist aber in zunehmendem Maße auch durch den Staat gefährdet, der als Leistungs- und Lenkungsstaat in die Eigentumsfreiheit eingreift. Die Eigentumsfreiheit bedarf deshalb eines erhöhten Schutzes. Vgl. dazu LEISNER, Sozialbindung des Eigentums, S.239f.; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 3), S.124f.

*heit im Sinne des echten Freiheitsrechtes und dem Begriff des Eigentums als dem umfassendsten dinglichen Recht des Privatrechts unterschieden werden*¹⁹.

5. Die Hervorhebung der Eigentumsgarantie als ein echtes Freiheitsrecht berührt lediglich einen, wenn auch den wesentlichen Aspekt der Eigentumsgarantie. Sie ist im übrigen als Bestandes- und als Vermögenswertgarantie zu verstehen, während von der Herausarbeitung der Eigentumsgarantie als Institutsgarantie abgesehen werden kann²⁰.

C. Die Eigentumsfreiheit im besonderen

1. Wird die Eigentumsfreiheit als echtes Freiheitsrecht verstanden, so verbindet sich damit nicht nur die Aussage des Grundrechtscharakters der Eigentumsgarantie, sondern auch diejenige der *Verhaltensnorm für die Organe des Staates*, die Eigentumsfreiheit zu beachten²¹. Die Eigentumsgarantie als Verhaltensnorm wendet sich insbesondere an den Gesetzgeber; seine Gesetze sind nur dann verfassungsmäßig, wenn sie die staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft nicht beeinträchtigen. Der Gesetzgeber ist also in der Ausgestaltung aller Gesetze, die auf das Eigentum Bezug haben, nicht frei. Vielmehr ist er an die Eigentumsfreiheit als einer staatsfreien Sphäre der persönlichen Sachherrschaft gebunden. Für die *Privat-*

¹⁹ Vermengt wird hauptsächlich die öffentlichrechtliche Verfügungs- und Nutzungsfreiheit gegenüber dem Staat als Ausfluß der Eigentumsgarantie (Art. 22^{ter} BV) und die privatrechtliche Verfügungs- und Nutzungsfreiheit als Ausfluß des privatrechtlichen Instituts des Eigentums (Art. 641 ZGB).

²⁰ Zur Bestandes- und Vermögenswertgarantie SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 109ff.; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 3), S. 214ff., 225ff.; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 511ff. Die Notwendigkeit, den verfassungsrechtlichen Sinngehalt der Eigentumsgarantie evident zu halten, betonen: WERNER WEBER, Das Eigentum und seine Garantie in der Krise, in: Festschrift für Karl Michaelis, Göttingen 1972, S. 316ff.; LEISNER, Sozialbindung des Eigentums, S. 239f.

²¹ Zu den Freiheitsrechten als Verhaltensnormen siehe FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 242ff.

rechtsgesetzgebung bedeutet dies beispielsweise, daß die Möglichkeit des Erwerbs und der Veräußerung des Eigentums an Sachen vorgesehen und daß auch die Freiheit des Gebrauchs von Sachen durch die privatrechtliche Ordnung sichergestellt sein muß. In diesem Sinne verlangt die Eigentumsfreiheit die privatrechtliche Vertragsfreiheit und das Institut des Eigentums mit einer Verfügungs- und Nutzungsfreiheit. Der Gesetzgeber muß also im Rahmen der Privatrechtsgesetzgebung das Institut des Privateigentums schaffen und erhalten. In diesem Sinne kann von der Eigentumsgarantie als einer «Institutsgarantie» gesprochen werden, doch enthält die Verfassung die primäre, grundsätzliche Aussage, nämlich die Gewährleistung der Eigentumsfreiheit. Die Verpflichtung zur Schaffung und Erhaltung des Instituts des Privateigentums ist eine Folge der Eigentumsfreiheit als einer Verhaltensnorm. Diese wendet sich im übrigen nicht nur an den Privatrechtsgesetzgeber, sondern auch an den Gesetzgeber über die Forstpolizei, den Gewässerschutz, den Natur- und Heimatschutz, die Baupolizei, die Raumplanung und somit an den Gesetzgeber *des raumbedeutsamen Rechts* – oder anders ausgedrückt – des Raumplanungsrechtes im weitern wie im engeren Sinne, soweit dessen Vorschriften auf das Eigentum einwirken. Der Gesetzgeber ist beim Erlaß solcher Vorschriften an die Eigentumsfreiheit gebunden, es sei denn, es bestehen gegenüber der Eigentumsfreiheit verfassungsmäßige Vorbehalte.

2. Die Ausübung der durch die Verfassung begründeten Eigentumsfreiheit ist *nicht vorbehaltlos* gewährleistet. Der Einzelne genießt den Schutz der Eigentumsfreiheit, wie denjenigen anderer Freiheitsrechte, nur unter dem *Vorbehalt der polizeilichen Beschränkungen*, wobei dieser Vorbehalt keiner ausdrücklichen verfassungsmäßigen Regelung bedarf, da er sich von selbst versteht²². Durch die Ausübung der Freiheitsrechte dürfen weder die Möglichkeiten der Wahrnehmung derselben Freiheit durch die anderen Berechtigten verletzt noch die unmittelbaren staatlichen Interessen beeinträchtigt werden. Durch die Ausübung der Eigentumsfreiheit dürfen mit andern Worten keine polizeilichen Güter im Sinne der öffentlichen Ordnung, Ruhe und Sicherheit verletzt werden. Damit

²² FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 246 ff.

ist beispielsweise die verfassungsmäßige Grundlage für baupolizeiliche Vorschriften aller Art gegenüber der Eigentumsfreiheit gegeben, allerdings muß es sich dabei um echte polizeiliche Rechtsnormen handeln, welche der Abwehr konkreter Gefahren dienen und die sich gegen den Störer der geschützten Polizeigüter wenden. Die polizeilichen Eingriffe der Verwaltung in das Freiheitsrecht bedürfen – den allgemeinen Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechtes folgend – der materiell gesetzlichen Grundlage, sie müssen verhältnismäßig sein und haben sich – vorbehaltlich des polizeilichen Notstandes – gegen den Störer zu richten²³. Da die Raumplanung als solche eine wohlfahrtspolitische Aufgabe und nicht eine polizeiliche ist, was insbesondere auf die Nutzungsplanung zutrifft, läßt sich die Gesetzgebung über das Raumplanungsrecht im engeren Sinne, soweit es in das Eigentum eingreift, nicht auf den allgemeinen verfassungsmäßigen Vorbehalt polizeilicher Beschränkungen stützen. Hingegen ist dies für diejenigen Teile des Raumplanungsrechtes im weiteren Sinne der Fall, die polizeilicher Natur sind²⁴.

3. *Andere als polizeiliche Eingriffe* in die staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft sind gemessen an der Eigentumsfreiheit nur dann verfassungsmäßig, wenn sie sich auf einen entsprechenden, ausdrücklichen Vorbehalt zurückführen lassen. Damit stellt sich die Frage, ob und wie weit die Verfassung dem Gesetzgeber erlaubt, von der verfassungsmäßig gewährleisteten Eigentumsfreiheit abzuweichen. Das Rechtmäßigkeitserfordernis der gesetzlichen Grundlage weitet sich damit zu einem solchen der *verfassungsmäßigen Grundlage* aus. Andere als polizeiliche Eingriffe in die Eigentumsfreiheit sind also nur dann verfassungsmäßig, wenn sie auf einer verfassungsmäßigen Grundlage im Sinne eines *besonderen Vorbehaltes* gegenüber der Eigentumsfreiheit beruhen²⁵.

²³ FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 247f.

²⁴ Beispielsweise für das Baupolizeirecht.

²⁵ Diese Fragestellung ist der Lehre von der Eigentumsgarantie als einer Instituts-
garantie fremd. Sie kann lediglich danach fragen, ob durch Eigentumsbeschrän-
kungen der Wesenskern des Institutes des Eigentums berührt wird. Dies ist zwar
eine verfassungsrechtliche Fragestellung, wenn auch gleichsam eine nachträg-

Nach der geltenden Verfassung bestehen solche Vorbehalte zugunsten der *Expropriation* und der *Eigentumsbeschränkungen*. Gemäß Art. 22^{ter} BV über die Eigentumsgarantie können Bund und Kantone im Rahmen ihrer verfassungsmäßigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse die Enteignung und Eigentumsbeschränkungen vorsehen, d. h. die Eigentumsfreiheit steht unter dem Vorbehalt der Expropriation und der Eigentumsbeschränkungen. Während der Begriff der Enteignung in diesem Zusammenhange keine Auslegungsschwierigkeiten bereitet – es handelt sich bei der Enteignung um einen rechtmäßigen, zielgerichteten und auf Übereignung (Abtretung) ausgerichteten Eingriff in vermögenswerte Rechte²⁶ –, ist derjenige der Eigentumsbeschränkung schwerer zu fassen, weil das Wort der Vorstellungswelt der Lehre vom Privateigentum und seinen Schranken verhaftet ist und damit eine Auslegung nahelegt, welche die Eigentumsbeschränkung als Schranke des privatrechtlichen Instituts des Eigentums betrachtet. Wird nun aber der Begriff der Eigentumsbeschränkung entsprechend seinem Vorbehaltscharakter gegenüber der Eigentumsfreiheit in den Zusammenhang einer staatsfreien Sphäre der Sachherrschaft gebracht, welche dem Rechtsadressaten gestattet, unabhängig vom Staat über das Eigentum zu verfügen und dieses zu nutzen, so verdeutlicht sich, daß Eigentumsbeschränkungen zwei unterschiedliche Ausformungen annehmen. Es kann sich entweder um Beschränkungen handeln, welche die Ausübung der bestehenden Eigentumsfreiheit *binden*, oder aber um solche, welche die in der Eigentumsfreiheit liegende Verfügungs- und Nutzungsfreiheit *ganz oder teilweise aufheben*. In beiden Fällen handelt es sich um Eingriffe des Staates in die staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft, doch wird im ersten Fall die Ausübung des Freiheitsrechtes durch öffentlichrechtliche Normen gebunden, während im zweiten Fall das Freiheitsrecht ganz oder teilweise aufgehoben wird, ohne die

liche. Wird die Eigentumsgarantie nur als Bestandesgarantie verstanden, so fällt diese verfassungsrechtliche Fragestellung außer Betracht.

²⁶ Dies ist der klassische Begriff der Enteignung. In der Gesetzgebung ist der Begriff oft weiter gefaßt. Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 3), S. 164ff.

Sachherrschaft auf den Staat zu übertragen. Ungeachtet der ganzen oder teilweisen Aufhebung der Eigentumsfreiheit findet keine formelle Expropriation statt. Eine Bindung der Ausübung der Eigentumsfreiheit liegt beispielsweise in allen polizeirechtlichen «Eigentumsbeschränkungen», eine Aufhebung der Nutzungsfreiheit in einer «Eigentumsbeschränkung» im Sinne eines Nutzungszwanges und eine Aufhebung der Verfügungsfreiheit in einem Veräußerungsverbot. Die Eigentumsbeschränkungen sollten deshalb einerseits als *Eigentumsbindungen* und andererseits, – weil mit der ganzen oder teilweisen Aufhebung der Eigentumsfreiheit eine Eigentumsfreiheitsbeeinträchtigung verbunden ist, – als *Eigentumsbeeinträchtigungen*²⁷ angesprochen werden.

Durch die Unterscheidung von Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen läßt sich klarer hervorheben, wie sehr Eigentumsbeschränkungen ein unterschiedliches Maß der Intensität des Eingriffes in die Eigentumsfreiheit mit sich bringen. Die Eingriffe sind zwei qualitativ unterschiedlichen Kategorien zuzuordnen. Daß sich der verfassungsrechtliche Begriff der Eigentumsbeschränkung sowohl auf Eigentumsbindungen als auch auf Eigentumsbeeinträchtigungen bezieht, läßt sich aus den Materialien nur indirekt belegen, weil beim Erlaß des Verfassungsartikels 22^{ter} BV über die Eigentumsgarantie die qualitativ unterschiedlichen Ausformungen der Eigentumsbeschränkungen nicht verdeutlicht wurden. Hingegen war unbestritten, daß Art. 22^{ter} BV keine Änderung gegenüber der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie bringen sollte, welche sogenannte schwere Eingriffe zuließ und in diesem Sinne auch Eigentumsbeeinträchtigungen als verfassungsmäßig anerkannte²⁸. Der Begriff der Eigen-

²⁷ Der Begriff der Eigentumsbeeinträchtigung wird von GIACOMETTI verwendet (GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 513 und 530), doch stellt er ihn nicht der Eigentumsbindung gegenüber. Er bringt ihn in Zusammenhang mit der Vermögenswertgarantie (Vermögensbeeinträchtigungen).

²⁸ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22^{ter} und 22^{quater} BV vom 15. August 1967, BBl 1967 II, S. 133ff. Insbesondere wurde die Einführung der Landwirtschaftszone gestützt auf Art. 22^{quater} BV über die Raumplanung als zulässig erachtet und

tumsbeschränkung, welcher aus der Lehre vom Privateigentum und seinen Schranken hervorgegangen ist, steht in Art. 22^{ter} BV als Oberbegriff für Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen. Die in der deutschen Literatur verwendeten Begriffspaare der Eigentumsbindung und der sozialen Umschichtung resp. der Eigentumsbindung und der Sozialentwährung sind beschreibende Begriffe, welche die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Folgen unterschiedlich intensiver Eingriffe in die Eigentumsfreiheit angeben, ohne klarzustellen, daß zwischen Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen auch ein rechtlich erheblicher Unterschied besteht²⁹.

4. Die Befugnis, *Eigentumsbindungen* vorzusehen, steht dem Gesetzgeber nicht deshalb zu, weil das Eigentum nur nach Maßgabe des geltenden Rechts gewährleistet wäre, sondern aufgrund des ausdrücklichen Vorbehaltes des Art. 22^{ter} Abs. 2 BV³⁰. Bund und

damit als eine mögliche Eigentumsbeschränkung anerkannt. Daß die Einführung der Landwirtschaftszone eine Eigentumsbeeinträchtigung mit sich bringt, hat vor allem HANS HUBER aufgezeigt, dessen nachstehend zit. Gutachten u. a. Anlaß zum Erlaß von Art. 22^{ter} und 22^{quater} BV war; HANS HUBER, Rechtsgutachten über die Verfassungsmäßigkeit des Vorentwurfes V vom März 1963 für die Revision des BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (vorn, Lit. Verz.).

²⁹ HANS HUBER hat auf die Problematik des Begriffs der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung und auf die Ansätze zu einer neuen Terminologie in der deutschen Literatur aufmerksam gemacht; HANS HUBER, Vom Baupolizeirecht zum Bauplanungsrecht, in: Rechtliche Probleme des Bauens, Bern 1969, S. 59. WEBER unterscheidet zwischen Eigentumsbindung, sozialer Umschichtung und Enteignung (sowie Konfiskation). RIDDER spricht von Sozialentwährung, die er im Gegensatz zur Enteignung dann Platz greifen sieht, wenn nicht ein Rechtsinstitut vorliegt, sondern eine Reform im Sinne einer Sozialisierung. Er stellt die Sozialentwährung zwischen Enteignung und Konfiskation und faßt die drei Formen unter dem Begriff der Enteignung zusammen. WERNER WEBER, Eigentum und Enteignung, in: Die Grundrechte, Bd. II, S. 353; RIDDER, Enteignung und Sozialisierung, S. 124ff., 138ff. Vgl. ferner IPSEN, Enteignung und Sozialisierung, S. 74ff.

³⁰ Dabei ist nun aber zu beachten, daß Art. 22^{ter} BV keine Kompetenznorm zur Gesetzgebung darstellt. Er hat das Freiheitsrecht mit seinen Vorbehalten zum Gegenstand. Die sachliche Kompetenz muß sich aus den verfassungsmäßigen Befugnissen des Bundes und der Kantone ergeben. Dies ist klargestellt bei

Kantone können demnach im Rahmen ihrer verfassungsmäßigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse «Eigentumsbeschränkungen» und damit Eigentumsbindungen erlassen. Hinsichtlich des sachlichen Bereiches können Eigentumsbindungen aus allen verfassungsmäßigen Befugnissen des Bundes und der Kantone hervorgehen. Es kann sich somit um Eigentumsbindungen der Forstpolizei, des Gewässerschutzes, der Baupolizei, der Raumplanung, des Umweltschutzes, des Eisenbahnwesens, des Nationalstraßenbaues, des kantonalen Straßenbaues usw. handeln. Immer aber muß es sich um Eigentumsbindungen handeln, die im Rahmen einer verfassungsmäßigen Befugnis erlassen werden.

Die Eigentumsbindungen dürfen nicht mit andern Freiheitsrechten kollidieren, beruhen sie doch lediglich auf einem Vorbehalt gegenüber der Eigentumsfreiheit. Wirtschaftspolitische Eigentumsbindungen sind deshalb nur dann verfassungsmäßig, wenn sie sich außerdem auf einen Vorbehalt gegenüber der Handels- und Gewerbefreiheit stützen lassen. Die Eigentumsbindungen können polizeilicher Natur sein. Nach der allgemeinen verfassungsrechtlichen Praxis wäre dafür an sich kein ausdrücklicher Vorbehalt notwendig, doch ist dieser in der geltenden Verfassung mit dem Vorbehalt, wonach Eigentumsbeschränkungen vorgesehen werden können, gegeben.

Die Eigentumsbindungen können, nachdem Bund und Kantone über die entsprechenden verfassungsmäßigen Befugnisse verfügen, auch solche der Raumplanung sein; sie müssen sich auf die entsprechende Verfassungskompetenz des Bundes (Art. 22^{quater} BV) und der Kantone stützen. Soll es sich um raumplanerische Eigentumsbindungen handeln, so steht eine Bindung der Ausübung der Nutzungsfreiheit in Frage, da die Raumplanung ihrem Wesen nach auf eine Ordnung der Nutzung ausgerichtet ist. Als Eigentumsbindungen dürfen sie die Nutzungsfreiheit weder ganz noch teilweise aufheben, betreffen sie doch definitionsgemäß lediglich deren Ausübung. Neben den Rechtmäßigkeitserfordernissen der gesetz-

lichen Grundlage und des öffentlichen Interesses, wie sie in Art. 22^{ter} Abs. 2 BV vorgeschrieben sind, ist außerdem der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, wonach Eigentumsbindungen nicht weiter gehen dürfen, als Zweck und Ziel der Raumplanung resp. Raumordnung erfordern. *Raumplanerische Eigentumsbindungen* sind also dann verfassungsmäßig, wenn sie sich auf den verfassungsmäßigen Vorbehalt gegenüber der Eigentumsfreiheit beziehen, wenn sie sich auf die verfassungsmäßige Befugnis der Raumplanung stützen lassen, wenn sie auf dem Wege der Gesetzgebung erlassen werden, wenn sie im öffentlichen Interesse liegen und wenn sie dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit genügen³¹.

5. Nachdem in Art. 22^{ter} Abs. 2 BV allgemein der Vorbehalt von Eigentumsbeschränkungen und damit von Eigentumsbeeinträchtigungen enthalten ist, ist die Frage offen, ob die verfassungsmäßige Befugnis zur Raumplanung einen zulässigen Rahmen bildet, innerhalb dessen *Eigentumsbeeinträchtigungen* vorgesehen werden können. Gemäß Art. 22^{quater} BV ist die Aufgabe der Raumplanung auf eine zweckmäßige Nutzung des Bodens und eine geordnete Besiedlung des Landes ausgerichtet. Dieser sachliche Aufgabenbereich der Raumplanung gilt sowohl für den Bund als auch die Kantone. Bereits vor dem Erlaß des Art. 22^{quater} BV hat sich in der kantonalen Gesetzgebung zur Raumplanung gezeigt, daß eine zweckmäßige Nutzung des Bodens nicht allein mit den Mitteln der Eigentumsbindung erreicht werden kann. In den kantonalen Bau- und Planungsgesetzen mußten deshalb Eingriffe in die Eigentumsfreiheit vorgesehen werden, welche die Nutzungsfreiheit ganz oder teilweise aufheben. In diesem Sinne wurden die gesetzlichen Grundlagen für Freihaltezonen, Grünzonen, Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen, Skipistenzonen usw. geschaffen, welche die Nutzungsfreiheit beeinträchtigen, indem dem Grundeigentümer die Freiheit der Nutzung durch staatlichen Eingriff ganz oder teilweise entzogen wird. Der historische Gesetzgeber des Verfassungsartikels 22^{quater} BV hat die umfassende Nutzungsplanung, die notwendigerweise zu eigentumsbeeinträchtigenden Zonierungen führt,

³¹ Der Vorbehalt gegenüber der Eigentumsfreiheit ist durch Art. 22^{ter} Abs. 2 BV gegeben.

zum Gegenstand der Raumplanung erklärt und daher der bisherigen kantonalen Gesetzgebung nicht widersprochen³². Zudem hat er die Absicht verfolgt, mit der Verfassungsbestimmung über die Raumplanung die verfassungsmäßige Grundlage für die landesweite Einführung der Landwirtschaftszone zu schaffen, welche für die betroffenen Gebiete ein Bauverbot für andere als landwirtschaftliche und standortgebundene Bauten mit sich bringt³³. Die Landwirtschaftszone im umschriebenen Sinne führt nun aber nicht zu einer Eigentumsbindung, sondern zu einer Eigentumsbeeinträchtigung, da dem Grundeigentümer in der Landwirtschaftszone die Nutzungsfreiheit mindestens hinsichtlich der baulichen Nutzung entzogen wird. Durch Umkehrschluß darf angenommen werden, daß der Verfassungsgesetzgeber die Möglichkeit raumplanerischer Eigentumsbeeinträchtigungen als Teil der verfassungsmäßigen Befugnisse der Raumplanung anerkannte. Gestützt auf die Art. 22^{ter} Abs. 2 und 22^{quater} Abs. 1 BV können deshalb im Rahmen der verfassungsmäßigen Befugnisse der Raumplanung nicht nur Eigentumsbindungen, sondern auch Eigentumsbeeinträchtigungen vorgesehen werden. Die raumplanerischen Eigentumsbeeinträchtigungen müssen sich dabei wie die Eigentumsbindungen auf die Nutzungsfreiheit beziehen. Beeinträchtigungen der Verfügungsfreiheit lassen sich nicht auf die verfassungsmäßige Befugnis zur Raumplanung stützen, weil die Raumplanung auf eine räumliche Nutzungsordnung ausgerichtet ist. Eigentumsbeeinträchtigungen dürfen wie Eigentumsbindungen nicht mit andern Freiheitsrechten kollidieren. Sie sind nie polizeirechtlicher Natur, weil polizeirechtliche Normen die Ausübung einer Freiheit betreffen. Somit sind *raumplanerische Eigentumsbeeinträchtigungen verfassungsmäßig, wenn sie sich auf den verfassungsmäßigen Vorbehalt gegenüber der Eigentumsfreiheit beziehen, wenn sie sich auf die verfassungsmäßige Befugnis der Raumplanung stützen lassen, wenn sie auf dem Wege*

³² Vgl. dazu Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22^{ter} und 22^{quater} BV vom 15. August 1967, BBl 1967 II, S. 133ff.

³³ Siehe oben Anm. 28.

*der Gesetzgebung erlassen werden, wenn sie im öffentlichen Interesse liegen und wenn sie dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit genügen*³⁴.

6. Zusammengefaßt ergibt sich, daß die Verfassung mit der Eigentumsgarantie vorweg die Eigentumsfreiheit im Sinne einer staatsfreien Sphäre der Sachherrschaft gewährleistet, daß aber diese Eigentumsfreiheit unter dem allgemeinen Vorbehalt polizeilicher Beschränkungen und den besonderen Vorbehalten der Expropriation und der Eigentumsbeschränkungen steht. Der Gesetzgeber kann Eigentumsbeschränkungen im Sinne von Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen vorsehen. Im Rahmen der verfassungsmäßigen Befugnis der Raumplanung kann der Gesetzgeber abgesehen von der Expropriation Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen gesetzlich normieren, wobei *Nutzungsbindungen* und *Nutzungsbeeinträchtigungen* in Frage stehen³⁵. Sie sind nur verfassungsmäßig, wenn sie sich auf den verfassungsmäßigen Vorbehalt gegenüber der Eigentumsfreiheit beziehen, Eigentumsbeschränkungen vorzusehen, wenn sie sich auf die verfassungsmäßige Befugnis der Raumplanung stützen lassen, wenn sie auf dem Wege der Gesetzgebung erlassen werden, wenn sie im öffentlichen Interesse liegen und wenn sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit von raumplanerischen Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen müssen alle Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Besondere Bedeutung kommt dem Erfordernis der *Verhältnismäßigkeit* zu, das zwischen der Maßnahme der Eigentumsbindung resp. der Eigentumsbeeinträchtigung und den verfolgten Zielen und Zwecken der Raumplanung ein abgestimmtes Verhältnis verlangt. Es stellt das wesentliche materielle Kriterium

³⁴ Der Vorbehalt gegenüber der Eigentumsfreiheit ist mit Art. 22^{ter} Abs. 2 BV gegeben.

³⁵ Beschränkungen der Veräußerungsfreiheit (Verfügungsfreiheit) lassen sich nicht auf die verfassungsmäßige Befugnis der Raumplanung stützen.

Ein Abbruchverbot für Häuser kann raumplanerisch begründet werden, doch muß im Einzelfall untersucht werden, ob damit nicht eine wirtschafts- oder sozialpolitische Maßnahme verfolgt wird. Vor allem aber muß geklärt werden, ob das Abbruchverbot den Zielsetzungen der Raumordnung verhältnismäßig ist. Ähnliche Überlegungen gelten für Wohnschutzzonen.

dar, nachdem das Rechtmäßigkeitserfordernis des öffentlichen Interesses unbestimmt gehalten ist und die Funktion einer qualifizierten Voraussetzung in der Praxis nicht zu erfüllen vermag.

D. Die Lehre von den Schranken des Eigentums

1. Bestimmend für die Lehre vom Eigentum ist – mindestens in der Schweiz – die Doktrin vom Eigentum und seinen Schranken. Sie besagt im wesentlichen, daß das Eigentum inhaltlich unbeschränkt ist und durch die Rechtsordnung nachträglich beschränkt wird. Selbst dort, wo die Lehre die Frage nach immanenten Schranken des Eigentums aufnimmt und die Beschränkungen zum Eigentum zählt, wird das Bild vom Eigentum und seinen Schranken nicht aufgegeben³⁶. Die damit verbundene Vorstellung eines zunächst unbeschränkten Eigentums bricht immer wieder durch. Die Lehre vom Eigentum und seinen Schranken war ursprünglich auf das Privatrecht ausgerichtet, welches das Eigentum als das dingliche Recht erfaßt und welches dem Berechtigten alle Befugnisse darüber zuweist, die nicht durch die Rechtsordnung oder Rechtsgeschäft ausgenommen sind. Ungeachtet des privatrechtlichen Anknüpfungs-

³⁶ In der privatrechtlichen Doktrin ist umstritten, ob das Eigentum als unbeschränkte Macht des Eigentümers zu bezeichnen ist. In Deutschland ist im Anschluß an die Lehre von GIERKE die Ansicht vorherrschend, die Beschränkungen seien zum Eigentum zu zählen. In der Schweiz überwog während längerer Zeit die gegenteilige Auffassung, mindestens bis ARTHUR MEIER-HAYOZ seine ursprüngliche Stellungnahme widerrief. Die Immanenz der Schranken bejahen u. a.: OTTO VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. II, Leipzig 1905, S. 347 ff.; HAAB, Zürcher Kommentar, Das Sachenrecht (oben Anm. 6), S. 39 ff.; HANS-PETER IPSEN, Das Bundesverfassungsgericht und das Privateigentum, Archiv des öffentlichen Rechts, 1966, S. 93 ff.; MEIER-HAYOZ, Vom Wesen des Eigentums, S. 171 ff. Die Immanenz der Schranken lehnen u. a. ab: PETER LIVER, Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung, Privatrechtliche Abhandlungen, Bern 1972, S. 170 ff.; HANS-PETER FRIEDRICH, Grundbuch und öffentliches Recht, ZGBR 1970, S. 194; PETER, Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert, S. 103 ff.; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 3), S. 91 ff. Eine Übersicht gibt BÜHLER, Zur Geschichte des Eigentumsbegriffes, S. 289 ff.

punktes wurde die Lehre in der Folge in das öffentliche Recht übertragen. Beispielsweise handelt der neue Verfassungsartikel 22^{ter} BV über die Eigentumsgarantie vom Eigentum, das gewährleistet ist, und von den Kompetenzen des Gesetzgebers, im Rahmen der verfassungsmäßigen Befugnisse Eigentumsbeschränkungen vorzusehen. Durch die Übernahme des Bildes vom Eigentum und seinen Schranken hat sich auch im öffentlichen Recht die Vorstellung eines zunächst unbeschränkten und später durch die Rechtsordnung durch besondere Gesetze beschränkten Eigentums durchgesetzt³⁷.

2. So zutreffend es sein mag, im Privatrecht vom umfassendsten dinglichen Recht auszugehen, welches dem Berechtigten alle Befugnisse zuweist, die nicht durch die Rechtsordnung oder Rechtsgeschäft ausgenommen sind, so fragwürdig ist der Gedanke, die *Rechtsordnung als Ganzes* setze ein unbeschränktes Eigentum voraus. Während die privatrechtliche Doktrin das Eigentum als das umfassendste dingliche Recht in Abgrenzung zu anderen Rechten begrifflich hervorheben muß, besteht dieses Abgrenzungsproblem für die Rechtsordnung als solche nicht. Von ihr aus betrachtet ist das Eigentum so zu erfassen, *wie es durch die Summe der Normen der ganzen Rechtsordnung konstituiert wird*. Die Ordnung des Eigentums besteht danach aus einer Summe von Vorschriften des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, beispielsweise über die staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft und in diesem Sinne über die Eigentumsfreiheit, über die verwaltungsrechtlichen Eigentumsbin-

³⁷ Beim Erlaß des Verfassungsartikels 22^{ter} wurde darauf geachtet, keine Änderung der bisherigen Auffassung über die Eigentumsgarantie in die Verfassungsnovelle einfließen zu lassen. Die Frage drängt sich auf, ob nicht eine differenziertere Sicht angezeigt gewesen wäre, welche die Bedeutung der öffentlichrechtlichen Normen über das Eigentum in einem sachgerechten Licht aufgezeigt hätte. Immerhin ist beachtenswert, daß mit dem Verfassungsartikel über die Eigentumsgarantie der Verfassungsartikel über die Raumplanung erlassen wurde, in der Erkenntnis, daß von daher das Grundeigentum erheblichen Beschränkungen unterstellt wird; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22^{ter} und 22^{quater} vom 15. August 1967, BBl 1967 II, S. 133 ff. Siehe auch die Kritik von SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 399 ff.

dungen und Eigentumsbeeinträchtigungen, über die Enteignung und auch über die privatrechtliche Sachherrschaft. So besehen hat das Eigentum seine Ausgestaltung nicht nur durch das Privatrecht und durch öffentlichrechtliche Beschränkungen des privatrechtlichen Instituts des Privateigentums erfahren, sondern durch die Rechtsordnung als solche, wobei das Privatrecht die privatrechtliche Seite der Sachherrschaft ordnet und damit einen wesentlichen Teil der Eigentumsordnung behandelt, aber eben nur einen Teil. Die Lehre von der Immanenz der Schranken anerkennt richtigerweise, daß das Privateigentum im Sinne des privatrechtlichen Instituts nicht isoliert betrachtet werden darf, sondern daß es durch die andern das Eigentum betreffenden Rechtsnormen mitbegründet wird, doch geht auch diese Doktrin letztlich davon aus, daß die Lehre vom Eigentum ihren Ausgangspunkt beim Privateigentum des Privatrechts hat und daß deshalb das öffentliche Recht als Schranke, wenn auch teilweise als immanente zu betrachten sei.

3. Die Lehre vom Eigentum und seinen Schranken führt, auch wenn man sie dogmatisch als haltbar erachten würde, zu unzutreffenden Vorstellungen, die ein *vertieftes Verständnis der rechtlichen Ordnung des Eigentums* mindestens erschweren. So kommt, wie bereits erwähnt, immer wieder die Vorstellung eines unbeschränkten Eigentums auf, die aber nicht nur der tatsächlichen, sondern auch der rechtlichen Wirklichkeit widerspricht. Richtig ist, daß die zahlenmäßige Vermehrung der «Eigentumsbeschränkungen» und ihre erhöhte sachliche Bedeutung im Rahmen des Ordnungs-, Leistungs- und Lenkungsstaates keine Änderung des privatrechtlichen Begriffs des Eigentums³⁸ gebracht hat, wohl aber eine andere Wertung des Eigentums in seiner Stellung im Rahmen der gesamten Rechtsordnung. Diese Rechtsordnung als Ganzes verneint durch die öffentlichrechtlichen Vorschriften über die Eigentumsbindungen und die Eigentumsbeeinträchtigungen die Vorstellung eines unbeschränkten Eigentums und gibt diesem Eigentum durch die Rechtsordnung einen gewollten Inhalt. Wegen der verfassungs-

³⁸ So m. E. zutreffend PETER, Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert, S. 35.

rechtlich gewährleisteten Eigentumsfreiheit muß es sich aber bei der Ordnung des Eigentums im Kern immer um eine Ordnung der Freiheit handeln, da der Gesetzgeber, wann immer er Normen erläßt, die sich auf das Eigentum auswirken – unter dem Vorbehalt der Expropriation und der Eigentumsbindungen sowie der Eigentumsbeeinträchtigungen – eine freiheitliche Regelung treffen muß, die dem Bürger eine staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft beläßt. Diese materielle Ausrichtung auf die Eigentumsfreiheit im Sinne eines echten Freiheitsrechtes darf nicht mit einem unbeschränkten Eigentum verwechselt werden.

4. Die ganzheitliche Betrachtung der rechtlichen Ordnung des Eigentums geht nicht von einem besonderen Vorbehalt über die Sozialbindung des Eigentums aus, beispielsweise von einem geschriebenen oder ungeschriebenen Hinweis, wonach «das Eigentum verpflichtet»³⁹. Sie versucht vielmehr, die rechtliche Regelung des Eigentums in der Gesamtheit der öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Normen als *widerspruchsfreie Ordnung* zu verstehen, welche das Eigentum einer Regelung unterstellt, die auf die Eigentumsfreiheit ausgerichtet ist, die aber gleichzeitig die sozialen Aspekte aufgrund der öffentlichrechtlichen Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen aufnimmt. Gibt man die Vorstellung von einem unbeschränkten Eigentum auf, so kann auch auf eine Sozialpflichtigkeitsklausel auf Verfassungsebene verzichtet werden, da die Sozialpflichtigkeit durch die materiellen Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen eine konkrete Ausgestaltung erfährt⁴⁰.

5. Durch das Infragestellen der Lehre vom Privateigentum und seinen Schranken und durch die ganzheitliche Sicht der rechtlichen Ordnung des Eigentums ergibt sich – materiell betrachtet – vorweg ein vertieftes Verständnis des Grundeigentums. Die privat- und öffentlichrechtlichen Vorschriften, die auf das Grundeigentum Bezug nehmen, werden nicht mehr nur als Schranken gedeutet und

³⁹ Vgl. Bonner Grundgesetz vom 23. Mai 1949, Art. 14 Abs. 2: «Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen.»

⁴⁰ Die Sozialpflichtigkeit ist gemäß dem geltenden öffentlichen Recht eine wesentlich umfassendere und differenziertere als sie aus einer Sozialpflichtigkeitsklausel abgeleitet werden kann.

gewichtet. Vielmehr werden die das Grundeigentum betreffenden Normen in ihrer Gesamtheit und in ihrer inhaltlichen, konstitutiven Funktion verstanden.

Damit löst sich die Behandlung des Eigentums aus der Einseitigkeit zivilistischer Betrachtung und führt hinüber zu einer Sicht des Eigentums in seiner Ausgestaltung durch die Rechtsordnung als Ganzes. Die umfassende Würdigung aller das Grundeigentum betreffenden Normen – der öffentlichrechtlichen und der privatrechtlichen – erlaubt eine sachgerechte Darstellung der rechtlichen Ordnung des Grundeigentums und wirkt dem Mißverständnis eines sozialungebundenen Eigentums entgegen.

§ 10. Die Befugnis zum Bauen

A. Die normative Frage nach der Befugnis zum Bauen

1. Von praktischer Relevanz ist die Frage nach der Befugnis zum Bauen. Besteht eine der Eigentumsfreiheit entsprechende Baufreiheit⁴¹?

In der neueren planungs- und baurechtlichen Literatur wird der Begriff der Baufreiheit wenn immer möglich vermieden oder doch die Annahme einer *Baufreiheit mindestens in Frage gestellt*⁴². Zur

⁴¹ Grundlegend dazu HARRY WESTERMANN, Die Befugnis zum Bauen nach der Rechtsprechung und nach dem Bundesbaugesetz als Frage der Inhaltsbestimmung des Grundeigentums im Rahmen von Art. 14 GG, in: Festschrift für Carl Nipperdey, Bd. I, München/Berlin 1965, S. 765 ff.

⁴² ALOIS ESTERMANN, Die Baufreiheit und ihre Schranken, Diss. St. Gallen/Winterthur 1965, setzt die Baufreiheit voraus. Der Schlußbericht der Kommission für die Reform des zürcherischen Bodenrechts vermeidet den Begriff der Baufreiheit, spricht aber doch beispielsweise bei den Ausführungen über die Erschließungsordnung von der Ausübung der Baufreiheit, «sowie diese im Rahmen der Ziele der Bodenordnung gewährleistet bleibt»; KOMMISSION FÜR DIE REFORM DES ZÜRCHERISCHEN BODENRECHTS, Schlußbericht, Zürich 1972, S. 145. WALTER VOLLENWEIDER, Das kantonale Bau- und Planungsrecht als Grundlage des Bauens, Plan Nr. 3, Solothurn 1973, S. 19, stellt die Baufreiheit in Frage mit der Begründung: «Bauland entsteht effektiv erst durch planende und realisierende Rechts- und Tathandlungen des Gemeinwesens.» Vgl. ferner MARTIN LENDI, Grenzen

Begründung wird vorweg auf die geltende Rechtslage verwiesen; aufgrund der Summe der dem Eigentum beigegebenen Schranken könne von einer Baufreiheit rechtlich und faktisch nicht mehr gesprochen werden. Durch die baupolizeilichen, die nutzungsmäßigen und erschließungsrechtlichen Vorschriften sei das Bauen von zahlreichen, rechtserheblichen Voraussetzungen abhängig. Auch faktisch könne das Bauen nicht mehr als die Nutzung eines Grundstückes betrachtet werden, sondern sei gleichzeitig als Nutzung der Siedlungsinfrastruktur zu betrachten, weil mit dem Bauen die öffentlichen Erschließungsanlagen benutzt und die Ausstattung eines Siedlungsgebietes mit lebensnotwendigen Anlagen sowie mit öffentlichen Verkehrseinrichtungen als unerlässlich vorausgesetzt würden. Des weitern werde durch das Bauen das knappe Gut des Bodens überbeansprucht. Das Bauen sei die intensivste Art der Nutzung des Bodens. Wenn alle Grundeigentümer über die Baufreiheit verfügen würden, so könnten die öffentlichen Interessen an der sparsamen und zweckmäßigen Verwendung des knappen Gutes nicht mehr gewahrt werden. Nicht zuletzt wird geltend gemacht, nach anerkannter Lehre und Rechtsprechung bestehe kein Anspruch auf Erschließung. Weil aber nur auf erschlossenem Land gebaut werden könne, dürfe nicht mehr angenommen werden, die Baufreiheit sei aufgrund der Eigentumsfreiheit gegeben⁴³.

2. Die Gründe, die gegen die Annahme einer im Grundeigentum einbeschlossenen Baufreiheit sprechen, sind in ihrer Kumulation sachlich überzeugend; eine *normative Aussage* darüber, ob die Baufreiheit als subjektives öffentliches Recht oder – anders ausgedrückt – als Reflex des objektiven Rechts von Rechts wegen besteht, ist aber durch eine beschreibende Aufzählung von Tatbeständen und Gründen nicht gewonnen. Es muß untersucht werden, wie die Rechtsordnung die Befugnis zum Bauen ordnet und

der Baufreiheit, Plan Nr. 3, Solothurn 1973, S. 12ff. Das Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht des Kantons St. Gallen vom 6. Juni 1972 spricht in Art. 123 ausdrücklich von der Gewährleistung der Baufreiheit.

⁴³ ROBERT NEF, Raumplanungsgesetz und Baufreiheit, NZZ Nr. 82 vom 19. Februar 1974; KURT KIM/ERICH ZIMMERLIN, Das neue aargauische Baugesetz, Aarau 1965, S. 17.

ob sie Baufreiheit gewährt. Dies bedingt eine differenzierte Analyse, da die Befugnis zum Bauen von mehreren Seiten her geregelt wird.

B. Eigentumsfreiheit und Baufreiheit

1. Die durch die Verfassung gewährleistete Eigentumsgarantie begründet als echtes Freiheitsrecht eine staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft. Diese Freiheit der Sachherrschaft verschafft den Rechtsadressaten – unter Vorbehalt der Eigentumsbindungen, der Eigentumsbeeinträchtigungen und der Expropriation – einen staatsunabhängigen Spielraum des Verfügens und der Nutzung ihrer Sachen, also auch des Grundeigentums. Da das Bauen als eine Nutzung einer durch die Eigentumsgarantie geschützten Sachherrschaft zu betrachten ist, wenn auch als eine sehr intensive, so muß davon ausgegangen werden, daß die Eigentumsfreiheit dem Grundeigentümer – unter Vorbehalt der erwähnten Ausnahmen, auf die noch einzugehen ist – rechtlich eine *Baufreiheit* zuerkennt. Es handelt sich dabei um eine *staatsfreie Sphäre der Nutzung des Eigentums hinsichtlich des Bauens*⁴⁴.

2. Die grundsätzlich gewährleistete Baufreiheit steht unter dem *Vorbehalt der Abweichungen von der Eigentumsfreiheit*, welche die Verfassung selbst vorsieht. Als solche Vorbehalte haben sich die Eigentumsbindungen, die Eigentumsbeeinträchtigungen und die Expropriation erwiesen. Die Baufreiheit steht demnach vorweg unter dem Vorbehalt der baupolizeilichen Vorschriften aller Art, welche der Abwendung konkreter Gefahren dienen. Die Baufreiheit ist in diesem Sinne nicht vor polizeilichen Eingriffen geschützt. Ebenso wichtig sind die weitem Eigentumsbindungen, welche die Ausübung der Baufreiheit als eine Nutzungsfreiheit binden und die aus allen raumrelevanten Gesetzen nach Maßgabe der verfassungsmäßigen Befugnisse hervorgehen können, beispielsweise aus dem

⁴⁴ Damit ist noch nichts darüber ausgesagt, wie sich die Befugnis zum Bauen in concreto darstellt.

Verkehrsrecht, dem Gewässerschutzrecht, dem Infrastrukturrecht – und aus dem Nutzungsplanungsrecht. Die entsprechenden Eigentumsbindungen bringen es mit sich, daß die Baufreiheit nicht beliebig wahrgenommen werden kann, sondern nur nach Maßgabe dieser die Nutzungsfreiheit bindenden öffentlichrechtlichen Vorschriften. Des weitern steht die Baufreiheit unter dem Vorbehalt der Eigentumsbeeinträchtigungen, welche die Baufreiheit als Nutzungsfreiheit ganz oder teilweise aufheben. So kann aufgrund dieses Überblickes gesagt werden: *Die Baufreiheit als ein Teil der Eigentumsfreiheit* im Sinne einer staatsunabhängigen freien Sphäre der Sachherrschaft ist *verfassungsrechtlich gewährleistet*. Sie steht aber unter dem *Vorbehalt* der Eigentumsbindungen, der Eigentumsbeeinträchtigungen und der Expropriation, wobei die Eigentumsbindungen die Baufreiheit voraussetzen, die Eigentumsbeeinträchtigungen und die Expropriation die Baufreiheit aufheben⁴⁵.

C. Baufreiheit und Grundeigentum

1. Die Baufreiheit wird in der Regel als ein Ausfluß des Eigentums, insbesondere des Grundeigentums erachtet. Diese Auffassung stützt sich auf die privatrechtliche Ordnung des Eigentums, welche den Eigentümer einer Sache ermächtigt, in den Schranken der Rechtsordnung nach seinem Belieben über sie zu verfügen⁴⁶. Diese Betrachtung enthält insofern einen zutreffenden Gedanken, als die bauliche Nutzung eines Grundstückes gegenüber Dritten eine im Grundeigentum einbeschlossene Nutzungsmöglichkeit ist. *Zivilistisch kann deshalb von einer Baufreiheit als Teil der (privatrechtlichen) Nutzungsfreiheit gesprochen werden*. Allerdings ist damit nichts darüber ausgesagt, ob diese Freiheit auch gegenüber dem Staat besteht, eine Ordnung, welche durch das öffentliche Recht getroffen wird. Die privatrechtliche Baufreiheit, die ein Spiegelbild der verfassungsrechtlichen Baufreiheit ist, steht ihrerseits unter

⁴⁵ Siehe oben S. 128 ff.

⁴⁶ Art. 641 ZGB.

dem Vorbehalt der öffentlichrechtlichen Vorschriften über Eigentumsbindungen, Eigentumsbeeinträchtigungen und die Expropriation. Die privatrechtliche Baufreiheit kann deshalb nur dort aktuell werden, wo nicht eine öffentlichrechtliche Ordnung der Eigentumsbeeinträchtigungen und der Expropriation besteht, welche die bauliche Nutzungsfreiheit ganz oder teilweise aufheben.

2. Rechtsdogmatisch ist gegen eine Lehre, welche die Baufreiheit ausschließlich aus dem Grundeigentum ableiten will, *einzuwenden*, daß die Freiheit der staatsunabhängigen Sachherrschaft im Sinne der Verfügungs- und Nutzungsfreiheit nicht durch das Privatrecht begründet wird, sondern durch die verfassungsmäßige Ordnung der Eigentumsgarantie im Sinne der Eigentumsfreiheit. Die privatrechtliche Regelung ist lediglich die durch den Privatrechtsgesetzgeber aufgestellte privatrechtliche Ordnung des Eigentums, welche die verfassungsmäßig gewährleistete Eigentumsfreiheit beachtet. Es kann deshalb nicht gesagt werden, die Baufreiheit leite sich aus der privatrechtlichen Ordnung des Grundeigentums ab und sie sei in ihr begründet. Es handelt sich um die privatrechtliche Ausformung der durch die Verfassung gewährleisteten Eigentumsfreiheit. Weil aber diese unter dem Vorbehalt der Vorschriften über Eigentumsbindungen, Eigentumsbeeinträchtigungen und die Expropriation steht, kann sich die privatrechtliche Regelung nur auf dasjenige Eigentum beziehen, wie es durch die Gesamtrechtsordnung konstituiert ist, also insbesondere unter Berücksichtigung der öffentlichrechtlichen Vorschriften der Nutzungsplanung und der Nutzungsordnung (Nutzungsplanungsrecht). Die Baufreiheit leitet sich also *nur mittelbar aus dem Privateigentum* ab; sie ist aber mit diesem verbunden, soweit die Gesamtrechtsordnung nicht durch die Vorschriften über die Expropriation und die Eigentumsbeeinträchtigungen die Baufreiheit ausschließt⁴⁷.

⁴⁷ Siehe oben S. 128 ff.

D. Baufreiheit und Baupolizeirecht

1. Das Baupolizeirecht, soweit es wirklich als Polizeirecht gestaltet und verstanden wird, betrifft die *Ausübung der Baufreiheit* im Sinne der baulichen Nutzungsfreiheit unter dem Gesichtspunkt polizeigemäßer resp. polizeiwidriger Verhältnisse⁴⁸. Das Baupolizeirecht konstituiert also nicht die Baufreiheit, sondern schränkt die Ausübung derselben ein. Dementsprechend kann nicht gesagt werden, die Baufreiheit leite sich aus dem Baupolizeirecht ab. Seine Funktion ist darauf beschränkt, das Entstehen polizeiwidriger Zustände durch eine Ordnung der Art und Weise der Ausübung der Nutzungsfreiheit zu verhindern. Es sind eigentumsbindende Normen.

2. In der geltenden Baugesetzgebung wird der Begriff der Polizei oft ausgeweitet; es werden nicht nur Vorschriften erfaßt, welche der Abwehr konkreter Gefahren dienen, sondern auch solche, welche die Gestaltung betreffen. Bei diesen Vorschriften handelt es sich nicht mehr um polizeirechtliche, die sich auf den allgemeinen Vorbehalt polizeilicher Schranken gegenüber der Eigentumsfreiheit und damit der Baufreiheit stützen lassen, sondern um eigentumsbindende Rechtsnormen, welche aufgrund anderer verfassungsmäßiger Befugnisse, beispielsweise des Natur- und Heimatschutzes, des Landschaftsschutzes oder der Raumplanung und des Umweltschutzes erlassen werden. Es wird im Einzelfall untersucht werden müssen, wie weit beispielsweise Vorschriften über die Ausnutzungsziffer polizeilich begründet sind und wie weit sie sich auf eine andere verfassungsmäßige Befugnis stützen lassen. Auch ästhetische Vorschriften über die Gestaltung der Bauten müssen sich, sofern sie nicht der Abwendung einer konkreten Gefahr dienen, was selten der Fall sein dürfte, auf eine andere verfassungsmäßige Befugnis als die Kompetenz zur Polizeigesetzgebung zurückführen lassen. Dies ändert aber nichts daran, daß auch das Baupolizeirecht im weitern Sinne die Baufreiheit voraussetzt, da das Baupolizeirecht eigentumsbindender Natur ist.

3. Der baupolizeiliche Verwaltungsakt, der die Befugnis zum

⁴⁸ Zum Begriff des Baupolizeirechtes siehe oben S. 92 ff.

Bauen feststellt, wird richtigerweise als eine *Polizeibewilligung* verstanden, weil von der Baufreiheit ausgehend festzustellen ist, ob ein Bauvorhaben polizeiwidrige Zustände schafft oder nicht. Die Bewilligung aufgrund des Baupolizeirechtes kann nicht als Konzession ausgestaltet werden, weil diese das Bestehen einer Baufreiheit verneint, das Baupolizeirecht die Baufreiheit aber voraussetzt.

E. Baufreiheit und Erschließungsrecht

1. Die Baufreiheit ist nach dem geltenden Recht u. a. weitgehend dadurch eingeschränkt, daß nur auf einem erschlossenen Grundstück gebaut werden darf. Ein Grundstück gilt dann als erschlossen, wenn es über eine hinreichende Zufahrt, über die notwendigen Wasser-, Energie- und Abwasserleitungen verfügt und der Anschluß zulässig und ohne besonderen Aufwand möglich ist⁴⁹. Die Ausübung der Baufreiheit wird also *von der tatsächlichen Erschließung abhängig* gemacht, wobei im allgemeinen angenommen wird, daß kein Rechtsanspruch auf Erschließung zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort bestehe. Zur Begründung der Ablehnung eines Rechtsanspruches wird geltend gemacht, daß die Baufreiheit als negatives Freiheitsrecht keinen Anspruch auf positive Leistung beinhalte. Damit wird aber die Ausübung der Baufreiheit faktisch von den Erschließungsmaßnahmen, welche als eine öffentliche Aufgabe zu betrachten sind, und rechtlich von der Anschluß- resp. Zufahrts- und Zutrittsbewilligung abhängig gemacht.

2. Das Erschließungsrecht mit seinen Vorschriften über die Grunderschließung, die Grob- und die Feinerschließung erweist sich als eigentumsbindendes Recht, weil das Erschließungsrecht die Ausübung der Baufreiheit einschränkt, ohne aber die Baufreiheit als solche aufzuheben. Das Erschließungsrecht hat keine Eigentumsbeeinträchtigungen zum Gegenstand, da es nicht der Sinn des

⁴⁹ Vgl. beispielsweise § 156 Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971; Art. 27 Bundesgesetz über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974, BBl 1974 II, S. 816ff.

Erschließungsrecht ist, die Verfügungs- und Nutzungsfreiheit zu beeinträchtigen. Der Zweck der Erschließungsgesetzgebung liegt in der Erschließung und nicht in der Nutzungsordnung, welche durch das Nutzungsplanungsrecht begründet wird. Wird dem Erschließungsrecht eine weitergehende Aufgabe zuerkannt, die zu einer Nutzungsplanung führt, so wird es zum Nutzungsplanungsrecht⁵⁰. Das Erschließungsrecht stellt kein Polizeirecht dar, auch wenn eine technisch einwandfreie Erschließung der Abwehr der Gefahr fehlender Hygiene dienen mag. Dem Wesen der Sache nach ist die Erschließung eine Leistung der öffentlichen Hand. Sie ist gleichzeitig ein Lenkungsinstrument der zeitlichen und örtlichen Folge des Bauens in den Bauzonen geworden. Dies ändert nichts daran, daß das Erschließungsrecht nicht die Funktion der Nutzungsplanung übernehmen und darüber entscheiden kann, wo und wo nicht gebaut werden darf. Das Erschließungsrecht kann deshalb nur als ein eigentumsbindendes Recht, nicht polizeilicher Natur, verstanden werden. Die verfassungsmäßige Befugnis zur eigentumsbindenden Erschließungsgesetzgebung ergibt sich aus dem Vorbehalt gegenüber der Eigentumsgarantie und den besonderen verfassungsmäßigen Befugnissen des Bundes und der Kantone⁵¹.

3. Die grundlegende Frage ist, ob ein *Recht auf Erschließung* besteht. Die Rechtsprechung verneint dies⁵². Sie übersieht aber, daß

⁵⁰ Zum Erschließungsrecht vgl. KUTTLER, Erschließungsrecht und Erschließungshilfe im Dienste der Raumordnung, S. 69ff.; KOMMISSION FÜR DIE REFORM DES ZÜRCHERISCHEN BODENRECHTS, S. 143ff. Die Abgrenzung zwischen der Aufgabe der Erschließung und derjenigen der Nutzungsordnung wird in der Praxis und teilweise auch in der Gesetzgebung verwischt. So wird über die Gewässerschutzgesetzgebung und deren Anwendung Siedlungspolitik betrieben, was insofern fragwürdig ist, als dadurch dem Gewässerschutzrecht eigentumsbeeinträchtigende Wirkung zugemessen wird. Vgl. dazu Art. 19 und 20 BG über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom 8. Oktober 1971, SR 814.10, sowie Art. 15ff. Allgemeine Gewässerschutzverordnung vom 19. Juni 1972, SR 814.201. Es ist hier ausdrücklich anzumerken, daß statt auf die Nutzungs- primär auf die Erschließungsordnung abgestellt werden kann. In diesem Fall wird die Nutzungsordnung durch die Erschließung dominiert. Das Nutzungsplanungsrecht würde im Erschließungsrecht aufgehen. Dies ist jedoch m.E. unzutreffend.

⁵¹ Art. 22^{ter} Abs. 2 BV; Art. 34^{sexies} Abs. 3 BV.

⁵² BGE 92 I 377; 92 I 510; 96 I 375; Zbl 1969, S. 322. Das deutsche Bundesbau-

auch der Gesetzgeber über das *Erschließungsrecht an die Eigentumsfreiheit und darum an die Baufreiheit gebunden* ist, soweit nicht ein verfassungsmäßiger Vorbehalt im Sinne einer Aufhebung der Eigentumsfreiheit gegeben ist. Ein solcher besteht hinsichtlich der raumplanerischen Eigentumsbeeinträchtigungen und der Expropriation. Der letztere Vorbehalt fällt hier außer Betracht. Hingegen kann durch nutzungsmäßige Eigentumsbeeinträchtigungen die Baufreiheit als eine Nutzungsfreiheit aufgehoben werden, beispielsweise in Bauverbotszonen, Landwirtschaftszonen usw. Der Gesetzgeber über das Erschließungsrecht ist demnach nur nach Maßgabe der Nutzungsordnung an die Baufreiheit gebunden. Er kann also eine Regelung vornehmen, welche für die Bauzonen die Erschließung anordnet, für das Nichtbaugebiet aber verweigert. In den Bauzonen ist er an die Baufreiheit gebunden. Er muß deshalb dafür besorgt sein, daß diese Baufreiheit auch tatsächlich wahrgenommen werden kann. Diese ist nur gewährleistet, wenn ein Recht auf Erschließung besteht⁵³. In den Zonen mit Baufreiheit ist deshalb ein Recht auf Erschließung vorzusehen. Damit ist nicht gesagt, daß es sich um einen Anspruch auf Erschließung einer bestimmten Parzelle zu einer bestimmten Zeit handelt. *Hingegen muß dem Grundeigentümer in der Bauzone grundsätzlich ein Recht auf Erschließung innert nützlicher Frist* offenstehen. Die positivrechtlichen Regelungen, welche vorsehen, daß Bauzonen innert einer bestimmten Frist erschlossen werden müssen, sind deshalb die korrespondierende Regelung der verfassungsmäßig gewährleisteten Eigentumsfreiheit im Sinne der Baufreiheit in Bauzonen.

4. Die Anschlußbewilligung an eine Erschließungsanlage ist nach dem Gesagten eine *Bewilligung*, auf deren Erteilen nach Maßgabe der positivrechtlichen Voraussetzungen über den spätesten Zeitpunkt der Erschließung ein Rechtsanspruch besteht. Sie ist in diesem Sinne eine Bewilligung und keine Konzession, welche nach

gesetz vom 23. Juni 1960 bestimmt in § 123 Abs. 4 ausdrücklich: «Ein Rechtsanspruch auf Erschließung besteht nicht.» Vgl. dazu HANS SCHMIDT, Handbuch des Erschließungsrechts, 3. Aufl., Köln 1972, S. 33; ERNST/ZINKAHN/BIELENBERG, Bundesbaugesetz, Kommentar, Bd. II, München 1974, S. 17f.

⁵³ Eingehender dazu unten S. 169 ff.

freiem Ermessen erteilt oder verweigert werden kann. Die Befugnis zum Bauen leitet sich dementsprechend nicht aus dem Erschließungsrecht ab, sondern aus der Baufreiheit, welche verfassungsmäßig für die nicht unter dem Vorbehalt einer Eigentumsbeeinträchtigung im Sinne einer Nutzungsbeeinträchtigung stehenden Bauzonen als gewährleistet zu betrachten ist.

F. Baufreiheit und Nutzungsplanungsrecht

1. Das Nutzungsplanungsrecht führt zu einer Ordnung der Nutzung des Raumes, vorweg durch den Rahmennutzungsplan, dessen rechtlich möglicher Inhalt durch die Rechtssätze des Nutzungsplanungsrechtes festgelegt wird. Daß das Nutzungsplanungsrecht nicht polizeilicher, sondern wohlfahrtspolitischer Natur ist, wurde bereits dargelegt. Das Nutzungsplanungsrecht wirkt sich über die Vorschriften und Pläne auf das Eigentum und mithin auch auf die Eigentumsfreiheit, resp. die Baufreiheit aus. Diese Wirkung kann in Eigentumsbindungen oder in Eigentumsbeeinträchtigungen bestehen⁵⁴. Nutzungsplanungsrechtliche Eigentumsbindungen sind dort gegeben, wo die Ausübung der Nutzungsfreiheit gebunden wird, nutzungsmäßige Eigentumsbeeinträchtigungen dort, wo die Nutzungsfreiheit ganz oder teilweise aufgehoben wird, ohne daß es sich dabei aber um einen eigentlichen Nutzungszwang handeln muß. Eine öffentlichrechtliche *Nutzungsfreiheit* und mithin auch eine Baufreiheit gibt es *im Rahmen des Nutzungsplanungsrechtes insofern, als dieses nur eigentumsbindende und nicht eigentumsbeeinträchtigende Wirkung hat*.

2. Es stellt sich somit die Frage, *welche nutzungsplanungsrechtlichen Bestimmungen eigentumsbindend, welche eigentumsbeeinträchtigend sind*. Eine Eigentumsbeeinträchtigung muß angenommen werden, wenn die Freiheit der Wahl der Nutzungsart nicht mehr gegeben ist. Es geht dabei nicht um irgend eine Art der Nutzung, sondern um die nutzungsplanungsrechtlich relevante. Dies

⁵⁴ Zur Unterscheidung von Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen siehe oben S. 130ff.

aber ist die bauliche Nutzung. Eine solche Wahl der Nutzungsmöglichkeit ist in der Landwirtschaftszone nicht gegeben, auch wenn durchaus offen bleibt, ob der Eigentümer Ackerbau oder Milchwirtschaft betreibt. Ebenso besteht keine raumrelevante Nutzungsfreiheit mehr in Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen, Freihaltezonen, Kur- und Skipistenzonen. Hingegen liegt keine raumplanerische Nutzungsbestimmung ohne Wahlfreiheit vor, wenn Wohnzonen und Gewerbezone oder entsprechende Mischzonen ausgeschieden werden, sofern nicht ein entsprechender Nutzungszwang damit verbunden wird. In diesen Zonen besteht die Wahlfreiheit zu bauen oder nicht zu bauen, und es besteht auch die Wahl zwischen verschiedenen Arten von Bauten und deren Nutzung⁵⁵. Die Übergänge sind allerdings fließend. *Es kommt wesentlich darauf an, wie der Zonenzweck umschrieben wird.* Es muß aber, damit nur eine eigentumsbindende nutzungsplanungsrechtliche Vorschrift resp. ein entsprechender Plan vorliegt, immer eine Wahlmöglichkeit im Sinne der nutzungsplanungsrechtlich relevanten Nutzungsmöglichkeiten gegeben sein. Der positivrechtlichen Ausgestaltung der materiellen Voraussetzungen der Nutzungsplanung kommt unter diesem Gesichtspunkt bestimmende Bedeutung zu. Für nutzungsplanungsrechtliche Vorschriften über die Zonenarten muß deshalb eine gesetzliche Grundlage verlangt werden, welche klarstellt, ob eine Zonenart eigentumsbindende oder eigentumsbeeinträchtigende Wirkung hat⁵⁶. Nur so ist Gewißheit gegeben, ob die

⁵⁵ Die Differenzierung deckt sich im Ergebnis weitgehend mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche zwischen Zonen mit schweren Eingriffen in die Rechte des Eigentümers und anderen unterscheidet: BGE 94 I 132 (Zone für öffentliche Bauten und Anlagen); BGE 93 I 250 (Freihaltezone/Grünzone); BGE 81 I 31 (Landwirtschaftszone); BGE 81 I 26 (Hotelzone); BGE 91 I 124 (Skipistenzone).

⁵⁶ Eine eindeutige, klare gesetzliche Grundlage ist notwendig, damit die Wirkung des Eingriffes in das Eigentum erkennbar ist. Der verfassungsmäßige Vorbehalt ist hingegen sowohl für eigentumsbindende als auch für eigentumsbeeinträchtigende nutzungsplanungsrechtliche (Zonen) Vorschriften gegeben; Art. 22^{ter} Abs. 2 BV. Die verfassungsmäßige Befugnis der Raumplanung schließt ihrerseits die Kompetenz zum Erlaß sowohl von eigentumsbindenden als auch von eigentumsbeeinträchtigenden Vorschriften ein; Art. 22^{quater} Abs. 1 BV.

Eigentumsfreiheit besteht oder aufgehoben ist. Die Vorschriften über die Bauzonen sind als eigentumsbindende auszugestalten, da ihr Zweck darin besteht, das Bauen, wenn auch geordnet, zu ermöglichen. Es wäre deshalb widersprüchlich, durch eigentumsbeeinträchtigende Vorschriften die Baufreiheit in Bauzonen aufzuheben.

3. Die Baumöglichkeit wird durch die nutzungsplanungsrechtlichen Vorschriften mitbestimmt. Als *Baufreiheit* ist sie nach Maßgabe der eigentumsbindenden nutzungsplanungsrechtlichen Vorschriften und Plänen *innerhalb des Baugebietes für Bauzonen* gegeben, außerhalb des Baugebietes und in Bauverbotszonen hingegen nicht.

4. Die *Bewilligung* zum Bauen als Ausfluß des Nutzungsplanungsrechtes ist für die eigentlichen Bauzonen – soweit es sich nicht um Baugebotszonen handelt, welche sich in der Regel nicht auf die verfassungsmäßige Befugnis der Raumplanung stützen lassen, da das Baugebot nur ausnahmsweise dem Zweck der Raumplanung verhältnismäßig ist – eine Bewilligung, durch welche überprüft wird, ob die Voraussetzungen der Eigentumsbindung im Sinne der Ausübung der Baufreiheit beachtet werden. Demgegenüber erscheint die Bewilligung für eine Baute in einem Gebiet der nutzungsplanmäßigen Eigentumsbeeinträchtigung als eine Ausnahmebewilligung, durch welche ein Recht verliehen wird. Die genannten Bewilligungen können formell mit der Baupolizeibewilligung zusammenfallen. Sie sind aber nicht baupolizeirechtlicher, sondern wohlfahrtspolitischer Natur. Die beiden Bewilligungsarten sind deshalb zu unterscheiden⁵⁷.

G. Die Befugnis zum Bauen

Das Recht zum Bauen kann angesichts dieser differenzierten Rechtslage nicht als ein uneingeschränktes subjektives öffentliches Recht betrachtet und von daher als ein Recht auf das Bauen formuliert werden. Vielmehr muß nach der *Befugnis zum Bauen* gefragt werden, die durch Normen des Privatrechtes und des öffentlichen

⁵⁷ In der Praxis werden sie hingegen nicht unterschieden.

Rechtes, vorweg durch die Nutzungsplanung bestimmt wird⁵⁸. Dies heißt nicht, daß es normativ betrachtet keine Baufreiheit mehr geben würde. Sie ist räumlich betrachtet auf Bauzonen beschränkt. Außerhalb der Bauzonen besteht keine Baufreiheit, da sie durch eigentumsbeeinträchtigende Normen des Nutzungsplanungsrechtes aufgehoben ist.

⁵⁸ Dazu kommen die Vorschriften des Erschließungsrechtes, welche aber nur eigentumsbindende Wirkung haben. GYGI spricht zutreffend von der Baufreiheit als einer «realisierungsbedürftigen Chance, die zu verwirklichen in näherer oder weiterer Sicht nicht in der alleinigen Kraft des Grundeigentümers liegt». Siehe GYGI, Expropriation, materielle Enteignung und Lastenausgleich, S. 101.

Viertes Kapitel

Das Raumplanungsrecht als Voraussetzung der raumbedeutsamen Nutzung des Grundeigentums

§ 11. Das Nutzungsplanungsrecht als Voraussetzung einer funktionsgerechten Bodennutzung

A. Normative Anforderungen an den Inhalt der Rahmennutzungsordnung

1. Die Notwendigkeit einer funktionsgerechten Ordnung der Bodennutzung ist aufgrund der Enge des Raumes und der Knappheit des Gutes «Boden» ausgewiesen und ist nicht näher zu begründen. Ihre Sicherstellung ist eine Aufgabe der Raumplanung. Als solche stellt sie durch die Nutzungsplanung eine *Rahmenordnung* für die Bodennutzung durch die Grundeigentümer auf¹.

Eine funktionsgerechte Ordnung der Bodennutzung kann auch *auf anderen Wegen* als demjenigen der Raumplanung erreicht werden, beispielsweise dadurch, daß der Staat die *Zuteilung des Bodens* an diejenigen Grundeigentümer vornimmt, die bereit sind, den Boden nach den Anforderungen der Raumordnung zu nutzen. Dieses System ist nicht marktwirtschaftlich und setzt eine Verstaatlichung des Bodens voraus. Ein weiterer Weg geht über die *Konzedierung der Bodennutzung* durch den Staat, welche ihrerseits mit raumordnungsadäquaten Auflagen verbunden wird². Diese beiden Wege unterscheiden sich grundsätzlich von der Nutzungsplanung, welche die Verfügungsfreiheit dem Grundeigentümer be-

¹ Zum Begriff der Rahmennutzungsordnung siehe oben S. 110ff.

² Die Vorschläge zur Neuordnung des Bodenrechtes, wie sie in der Schweiz vorgebracht wurden, sind zusammengestellt bei SCHÜRMAN, Bodenrechtsdiskussion und -gesetzgebung: der Stand 1974, S. 547ff.

läßt und die Aufgabe des Staates darauf beschränkt, eine Nutzungsordnung aufzustellen, innerhalb derer der Grundeigentümer über sein Grundeigentum frei verfügen und es nach seinem Belieben nutzen kann. Der unmittelbar verbindliche Nutzungsplan hat in diesem Modell, wie es der Raumplanung zugrundeliegt, die Funktion, eine rechtsverbindliche Ordnung der Nutzung des Bodens aufzustellen, *ohne in die Verfügungsfreiheit* – die Zuteilungsmechanismen des Marktes und des Erbrechtes bleiben unberührt – *einzugreifen* und *ohne die Nutzungsfreiheit mehr zu beschränken*, als es sachlich notwendig und der Zielsetzung der Raumplanung verhältnismäßig ist³.

2. Aus Gründen des normativen Erfordernisses der Verhältnismäßigkeit zwischen Ziel und Mittel, darf die *raumplanerische Nutzungsordnung nicht weitergehen, als es die Aufgabe der Raumplanung und damit die Zielsetzungen der Raumordnung erfordern*. Von daher betrachtet muß es sich bei der Nutzungsordnung immer um eine Rahmennutzungsordnung handeln, welche auf den Zweck der Raumordnung abgestimmt eine Nutzungsordnung anstrebt, die keine weitergehenden Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen vorsieht, als sie der Zielsetzung verhältnismäßig sind⁴. Daß es sich immer um eine raumplanerische Aufgabenstellung der zweckmäßigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes handeln muß, ergibt sich aus der verfassungsrechtlichen Aufgabenumschreibung.

Wichtigstes Erfordernis an die inhaltliche Ausgestaltung der Rahmennutzungsordnung aufgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist, daß sich diese auf eine *geringe Zahl von möglichst abstrakt*

³ Vgl. dazu LENDI, Das Raumplanungsgesetz, Konsequenzen für eine schweizerische Bodenpolitik, DISP Nr. 37, 1975, S. 13ff. Für das deutsche Recht siehe HERBERT KRÖNER, Zur Bedeutung der Eigentumsgarantie, in: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger, Tübingen 1974, S. 147ff.

⁴ Der Rahmennutzungsplan kann ausnahmsweise durch Sondernutzungspläne ergänzt werden, welche für ein eng umgrenztes Gebiet besondere Nutzungsvorschriften bringen. Der den ganzen Raum als Planbezugsgebiet des Planungsträgers umfassende Nutzungsplan ist aber immer als ein Rahmennutzungsplan auszugestalten.

umschriebenen Zonenarten beschränkt, damit eine Rahmennutzungsordnung erreicht wird, welche dem Grundeigentümer einen angemessenen Spielraum in der Ausübung der Nutzungsfreiheit beläßt und welche die Verfügungsfreiheit nicht von der faktischen Seite her auf übermäßig kleine Markträume einschränkt. In den neueren Planungsgesetzen ist eine gegenteilige Entwicklung festzustellen⁵. Sie sind auf eine möglichst differenzierte Nutzungsordnung ausgerichtet. Der Grund liegt in der Vermengung von baupolizeilichen Differenzierungen mit raumplanerischen Zielsetzungen und in der planerischen Intention, alle denkbaren Nutzungsmöglichkeiten zu erfassen und planmäßig zu lokalisieren und zu dimensionieren.

Dadurch wird aber eine Nutzungsordnung im Sinne einer differenzierten Ordnung des faktischen Nutzungszwanges aufgestellt, welche von der Aufgabe der Raumplanung her nur schwer zu begründen, dieser aber sicherlich nicht verhältnismäßig ist. Die Rahmennutzungsordnung sollte sich beispielsweise *auf folgende Zonenarten beschränken*:

a) Außerhalb des Siedlungsgebietes:

- Landwirtschaftszone
- Forstwirtschaftszone
- Zone des übrigen Gebietes

b) Innerhalb des Siedlungsgebietes:

- Bauentwicklungszone
- Bauzonen
- Freihaltezonen
- Industriezonen.

⁵ Vgl. beispielsweise Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz) des Kantons St.Gallen vom 18. April, 1972, Art. 10ff. Vorteilhaft hebt sich demgegenüber das Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht des Kantons Zürich vom 7. September 1975, § 47ff., ab. In den konkreten Zonenplänen, wie sie heute ausgearbeitet werden, ist zudem eine äußerst kleinlich wirkende Festlegung der verschiedenen Zonenarten festzustellen. Dadurch verliert der Rahmennutzungsplan (Zonenplan) weitgehend seine Funktion, eine Ordnung der Nutzung des Raumes sicherzustellen. Er wirkt sich als Nutzungsfestlegung aus und führt damit – faktisch – zu einem Nutzungszwang.

Die Lokalisierung und Dimensionierung dieser Zonen erfolgt durch den Rahmennutzungsplan. Innerhalb der einzelnen Zonenarten können nötigenfalls *Sondernutzungszonen* ausgeschieden werden, beispielsweise für Kernüberbauungen, doch müssen sich diese aus der Aufgabe der Raumplanung ergeben und dem Zweck der Raumordnung verhältnismäßig sein. Baupolizeiliche «Zonen» sind nicht mehr ein Ausfluß der Raumplanung und sollten deshalb auch nicht als solche behandelt werden. Sie können als Bauklassengebiete innerhalb der Zonen angesprochen werden⁶.

3. Der Rahmennutzungsplan und die Sondernutzungspläne, welche die raumplanerische Nutzungsordnung konstituieren, sind von *anderen unmittelbar verbindlichen Plänen* abgrenzend zu unterscheiden:

a) Baulinienplan

Der Baulinienplan ist kein Plan der Nutzungsordnung. Er ordnet vielmehr das Verhältnis zwischen einem öffentlichen Werk und dem benachbarten Eigentum. Seine Aufgabe ist primär eine polizeiliche. Selbst dort, wo die Baulinie der Abgrenzung von Lärmimmissionsquellen dient, ist er ein Ausfluß der polizeilichen Aufgabe. Er kann außerdem raumplanerische und gestaltende Funktionen erfüllen. Als unmittelbar verbindlicher Plan hat der Baulinienplan die Rechtsnatur eines Nutzungsplanes; er ist aber kein Plan der Nutzungsordnung.

b) Der Überbauungsplan

Der Überbauungsplan hat im kantonalen Recht eine unterschiedliche Ausgestaltung erfahren⁷. In der Regel ist er dem Baulinien-

⁶ Der Rahmennutzungsplan hat die Funktion der «Flächennutzungswidmung». Die Zonenarten sollten auf *diese* Aufgabe ausgerichtet sein. Die Festlegung der räumlichen Geltung unterschiedlicher Bauvorschriften sollte nicht überlagernd den Zonen zugewiesen werden.

⁷ Zum Baulinienplan und seiner Rechtsnatur ZAUGG, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 7. Juni 1970, S. 165ff. Vgl. auch die gesetzliche Regelung

plan ähnlich und bei minimalem Inhalt sogar gleich⁸. Es kann sich aber auch um eine Teilbauordnung für ein begrenztes Gebiet handeln⁹. Sein Gegenstand ist im ersten wie im zweiten Fall ein polizeilicher. Wenn durch den Überbauungsplan die Rahmennutzungsordnung geändert oder differenziert werden kann, dann liegt ein raumplanerischer Sondernutzungsplan vor, mit dem in der Regel Sonderbauvorschriften verbunden sein werden¹⁰. Als solcher ist er Bestandteil der Nutzungsordnung.

c) Der Gestaltungsplan

Durch den Gestaltungsplan werden nicht nur polizeiliche Vorschriften für ein begrenztes Gebiet aufgestellt, sondern auch gestalterische¹¹. Da dieser Plan mit seinen gestalterischen Vorschriften über die polizeiliche Funktion der Gefahrenabwehr hin-

in § 137ff. des Baugesetzes des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971. Die Ausgestaltung der Regelung der Baulinie ist im kantonalen Recht unterschiedlich getroffen. Sie erscheint als baupolizeiliches Ordnungsinstrument, dient der Freihaltung von Land von Überbauungen und übernimmt auch gestaltende Funktionen.

⁸ Vgl. § 136 Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971.

⁹ Art. 23 Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz) des Kantons St. Gallen vom 6. Juni 1972. Mit dieser Aufgabenstellung führt der Überbauungsplan bereits zum Gestaltungsplan über. DIETRICH VON SCHULTHESS, Gesetzliche Regelung der Gesamtüberbauung, Diss. Zürich 1963.

¹⁰ Unter Beibehaltung der Zweckbestimmung der Zone sollte ein Abweichen von den zur Zone gehörenden Bauvorschriften ermöglicht werden, damit nicht der Rahmennutzungsplan zu differenziert ausgestaltet werden muß und auf seine Hauptfunktion der Flächenwidmung ausgerichtet werden kann.

¹¹ Der Gestaltungsplan ist ein neues Instrument der kantonalen Planungsgesetzgebung. Vgl. dazu Baugesetz des Kantons Bern vom 7. Juni 1970, Art. 36ff., Art. 42ff.; Baugesetz des Kantons Luzern vom 15. September 1970, § 49ff.; Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, § 141f. sowie § 145ff.; Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht des Kantons St. Gallen vom 6. Juni 1972, Art. 28; Raumplanungsgesetz des Kantons Graubünden vom 20. Mai 1973, Art. 35; Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht des Kantons Zürich vom 7. September 1975, § 73ff. Siehe ferner ANDRÉ SUTER, Der Gestaltungsplan des bernischen Baurechts, Diss. Bern 1973; ZAUGG, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, S. 186ff.

ausgeht, müssen sich die mit dem Plan und den dazugehörigen Vorschriften verbundenen Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen auf besondere verfassungsmäßige Befugnisse stützen lassen. In Betracht fallen die Kompetenzen zur Raumplanungsgesetzgebung, zur Natur- und Heimatschutzgesetzgebung sowie zur Umweltschutzgesetzgebung. Die weite, raumplanerische Zielsetzung der zweckmäßigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes erlaubt nicht, dem Gestaltungsplan als Instrument der Raumplanung ein konkretes Bauprojekt zugrunde zu legen. Die Gestaltungsvorschriften müssen sich, um rechtmäßig und der Aufgabe der Raumplanung verhältnismäßig zu sein, auf die Einordnung möglicher Bauten in den Siedlungszusammenhang beschränken oder einer unzulässigen Bodennutzung entgegenwirken. Kann durch den Gestaltungsplan von der Rahmennutzungsordnung abgewichen werden, so liegt ein Sondernutzungsplan mit qualifizierten Bauvorschriften vor¹².

Die erwähnten verschiedenen Planarten der unmittelbar verbindlichen Planung heben sich – sofern sie in der gesetzlichen Ausgestaltung nicht die Bedeutung eines Sondernutzungsplanes annehmen – vom Rahmennutzungs- und Sondernutzungsplan ab, welche für das Plangebiet eines Planungsträgers die Nutzungsordnung aufstellen, soweit sie von den Anforderungen der Raumplanung her normativ zu rechtfertigen ist. Demgegenüber sind die andern unmittelbar verbindlichen Pläne nicht auf die Konstituierung der Nutzungsordnung gerichtet. Die Unterscheidung ist also eine funktionelle. In diesem Sinne können die unmittelbar verbindlichen Pläne unter dem mißverständlichen Oberbegriff der *Nutzungspläne* in *Pläne der Nutzungsordnung* (Rahmennutzungsplan, Sondernutzungsplan) und in *solche der polizeilichen Gefahrenabwehr und der Gestaltung* eingeteilt werden¹³.

¹² Dies ist in der Regel der Fall, vgl. beispielsweise § 84 Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht des Kantons Zürich vom 7. September 1975.

¹³ Eine sorgfältige Ausgestaltung der Instrumente des Baulinienplanes, des Überbauungsplanes und des Gestaltungsplanes ist nur möglich, wenn das Verhältnis untereinander und gegenüber dem Rahmennutzungsplan und zu den Sonder-

B. Die Rahmennutzungsplanung als inhaltliche Bestimmung des Grundeigentums

1. Der Rahmennutzungsplan wirkt sich als unmittelbar verbindlicher Plan auf das Eigentum aus, indem der Eigentümer einer verbindlichen Nutzungsordnung unterstellt wird, wenn auch einer Rahmennutzungsordnung, welche zwar nicht die Verfügungsfreiheit, wohl aber die Nutzungsfreiheit bindet oder aufhebt¹⁴. In welcher Art und Weise dies zutrifft, ist nun näher zu untersuchen.

2. Der Rahmennutzungsplan stellt nicht einfach eine Beschränkung des vorrechtlichen Institutes des privaten Eigentums dar. Er geht aus der öffentlichrechtlichen, verfassungsmäßigen Gesetzgebung aufgrund der Eigentumsgarantie und der Raumplanung hervor. Als solcher bringt er eine öffentlichrechtliche Ordnung der Sachherrschaft im Verhältnis zwischen Staat und Bürger im Hinblick auf die Aufgabe der Raumplanung mit sich. Das Nutzungsplanungsrecht regelt dabei die Voraussetzungen und den Inhalt der Rahmennutzungsplanung, wobei es an die Eigentumsfreiheit gebunden ist, aber im öffentlichen Interesse auf dem Wege der Gesetzgebung Eigentumsbindungen, Eigentumsbeeinträchtigungen und nötigenfalls sogar die Expropriation vorsehen kann. Aufgrund des Nutzungsplanungsrechtes werden durch den Rahmennutzungsplan die verschiedenen verfassungsrechtlich zulässigen, nutzungsmäßigen Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen auf das Grundeigentum übertragen und für den jeweiligen Grundeigentümer wird durch den Plan festgelegt, welchen Eigentumsbindungen er unterstellt ist und allenfalls welche raumplanerischen, nutzungsmäßigen Eigentumsbeeinträchtigungen ihm auferlegt sind. Die Lokalisierung und räumliche Dimensionierung der Nutzungszonen erfolgt dabei unter Vorbehalt materieller Rechtssätze weitgehend aufgrund des planenden Ermessens. Der Rahmennutzungsplan stellt deshalb *keine selbständige gesetzliche*

nutzungsplänen geklärt wird. Von daher sollte eine Vereinheitlichung dieser Instrumente im kantonalen Recht möglich werden.

¹⁴ Die gleiche Wirkung kommt den Sondernutzungsplänen für eng umgrenzte Gebiete innerhalb des Rahmennutzungsplanes zu.

Grundlage für Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen dar¹⁵. Diese müssen in einem Gesetz im materiellen Sinne enthalten sein. Der Rahmennutzungsplan stellt lediglich die verbindliche Übertragung der generell-abstrakt formulierten Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen auf den Raum her und läßt deshalb diese zu konkreten werden.

3. Da das Raumplanungsrecht nicht nur eine Nutzungsordnung für das Baugebiet aufstellt, sondern für das ganze Planbezugsgebiet (Hoheitsgebiet) des Planungsträgers – die Raumplanung bezieht sich auf den Raum und nicht einfach auf das Baugebiet –, so bedeutet dies, daß der Raumplanungsträger eine Nutzungsordnung aufstellt, welche *den ganzen Raum erfaßt*, das Siedlungs- und das Nichtsiedlungsgebiet einbeschlossen¹⁶. Es gibt mithin kein Gebiet, das nicht einer durch die Rahmennutzungsplanung bestimmten und von der Aufgabe der Raumplanung her «gewollten Nutzungsordnung» unterstehen würde. Alles Grundeigentum, oder einfacher ausgedrückt, das Grundeigentum wird von der Rahmennutzungsordnung erfaßt und dieser unterstellt. Dies aber bedeutet: Das Grundeigentum hat nicht einen beliebigen Inhalt, *sondern der*

¹⁵ Anderer Auffassung SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 160f., unter Berufung auf die bundesgerichtliche Praxis. Der Plan enthält eben eine Summe von Verfügungen, die aufgrund generell-abstrakter Normen ergehen und welche durch die dem Plan eigene Zweckrationalität zusammengehalten werden. Das planende Ermessen bezieht sich weitgehend auf die Lokalisierung und Dimensionierung in der Übertragung der Eigentumsbindungen und Eigentumsbeschränkungen auf das konkrete Grundeigentum. In diesem Sinne IMBODEN, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut (1960), in: Staat und Recht, S. 397.

¹⁶ Darin liegt ein wesentliches Element des Wandels von der Bauzonenplanung zur Nutzungsplanung. Die Erfassung des ganzen Raumes kommt in den neueren kantonalen Bau- und Planungsgesetzen dadurch zum Ausdruck, daß der räumliche Geltungsbereich des Zonenplanes auf den Gemeindebann, das Gemeindegebiet ausgedehnt und nicht auf das Baugebiet beschränkt ist. Die Notwendigkeit der Erfassung des ganzen Raumes kommt deutlich zum Ausdruck in der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die Raumplanung vom 31. Mai 1972, BBl 1972 II, S. 1480; LENDI, Das Raumplanungsgesetz, Konsequenzen für eine schweizerische Bodenpolitik, S. 18f., mit einer eingehenderen Darstellung des Grundsatzes der raumplanerischen Ordnung des ganzen Raumes.

*Inhalt jeglichen Grundeigentums wird durch die Rahmennutzungsordnung als einer öffentlich-rechtlichen Ordnung festgelegt, wenn auch nicht abschließend bestimmt*¹⁷. Die privatrechtliche Aussage vom Eigentum als der umfassendsten Sachherrschaft wird damit nicht aufgehoben, da im Verhältnis zu Dritten – abgesehen vom Staat – der Grundeigentümer nach wie vor ein Ausschließungsrecht hat und in diesem Sinne über die privatrechtliche Verfügungs- und Nutzungsfreiheit verfügt. Zieht man aber die öffentlichrechtlichen Festlegungen der Rahmennutzungsordnung in Betracht, so untersteht das Grundeigentum einer öffentlichrechtlichen, inhaltlichen Ordnung. Sein Inhalt ist durch die Nutzungsordnung mitbestimmt. Daß es sich um eine *Rahmennutzungsordnung* handelt und nicht um eine inhaltlich abschließende Nutzungsordnung, ist bereits aufgezeigt worden. Dem Grundeigentum verbleibt immer noch ein erhebliches Maß an Nutzungsfreiheit, lediglich hinsichtlich der raumrelevanten Nutzung ist die Nutzungsfreiheit nach Maßgabe der Eigentumsbindungen und -beeinträchtigungen gebunden resp. ganz oder teilweise aufgehoben.

4. *Inhaltlich* führt die Rahmennutzungsordnung entweder zu einer Eigentumsbindung im Sinne der Bindung der Ausübung der Nutzungsfreiheit, zu einer nutzungsmäßigen Eigentumsbeeinträchtigung oder zu einer Expropriation. Eine nutzungsmäßige Eigentumsbeeinträchtigung ist – von positivrechtlichen Differenzierungen abgesehen – mit der Landwirtschaftszone, der Forstwirtschaftszone, der Zone des übrigen Gebietes verbunden, weil hier die raumplanerisch relevante Nutzung des Bauens aufgehoben ist¹⁸. Eine bauliche Nutzungsfreiheit besteht in diesen Zonen nicht

¹⁷ Dieser Gedanke ist vorgezeichnet bei MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Bd. IV, 1. Abt., 1. Teilbd. (Das Eigentum), S. 123: «Die Eigentumsausübung steht von nun an unter dem Vorbehalt dieser Rahmenordnung. Ihrer Verwirklichung dient das Instrument des Nutzungsplanes.» Der Gedanke klingt auch an bei der KOMMISSION FÜR DIE REFORM DES ZÜRCHERISCHEN BODENRECHTS, Schlußbericht, S. 192 ff.

¹⁸ Ob dies für das übrige Gebiet zutrifft, hängt von der Umschreibung des Zonenzweckes ab. Gehört das übrige Gebiet nicht zum Siedlungsgebiet, so ist es nur dann sachgerecht geregelt, wenn es zum Bauverbotsgebiet gezählt wird.

durch die uneingeschränkte Nutzungsfreiheit charakterisiert ist. Die verfassungsmäßige Rahmennutzungsordnung bestimmt den Inhalt. Es gibt deshalb – in einer öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise – *kein präexistentes Grundeigentum der unbegrenzten Nutzungsfreiheit*, es gibt nur ein *Grundeigentum mit den Nutzungsmöglichkeiten nach Maßgabe der Rahmennutzungsordnung*. Vor Einführung einer den ganzen Raum erfassenden Rahmennutzungsplanung mag eine gegenteilige Auffassung begründet gewesen sein, unter der Herrschaft der Rahmennutzungsplanung aber kann sie nicht mehr aufrechterhalten werden. Insofern kann gesagt werden, daß die *Rahmennutzungsplanung zu einer gewandelten Auffassung des Grundeigentums führt*, welche das Grundeigentum nicht mehr als grundsätzlich unbeschränktes Recht der Sachherrschaft sieht, sondern als das einer objektiven, differenzierenden Rahmennutzungsordnung unterstelltes. Die im Grundeigentum liegende Nutzungsfreiheit ist entweder eine gebundene oder sogar eine beeinträchtigte.

D. Die Bedeutung des Nutzungsplanungsrechtes

1. Die Rahmennutzungsplanung erhält durch ihre den Inhalt des Grundeigentums mitbestimmende Funktion eine erhebliche Bedeutung. Die Ausgestaltung und der Erlaß von Nutzungsplänen muß deshalb, soll nicht eine Ordnung der planerischen Willkür entstehen, erheblichen rechtsstaatlichen Anforderungen genügen. Da sich bei der Behandlung der Rechtsnatur des Nutzungsplanes gezeigt hat, daß dieser in der Formtypik des Rechtsstaates ein Institut sui generis darstellt, besteht die Versuchung, den Rahmennutzungsplan (mit Einschluß der Sondernutzungspläne) von den normativen Anforderungen des Rechtsstaates zu entbinden. Dies darf aber nicht der Fall sein. Gerade weil der Rahmennutzungsplan erheblich auf das Eigentum einwirkt und die Eigentumsfreiheit bindet oder beeinträchtigt, hat er rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen. Es geht um die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, das Planerlaßverfahren, die Plangewährleistung und den Rechtsschutz. Weil aber der Rahmennutzungsplan keine selbstän-

dige Rechtsgrundlage für Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen darstellt, ist in diesem Zusammenhang besonders auf die sachliche Notwendigkeit der Ausgestaltung des Nutzungsplanungsrechtes als Voraussetzung der Rahmennutzungsplanung hinzuweisen²².

2. Bei der *Ausgestaltung des Nutzungsplanungsrechtes* dürfen mit Rücksicht auf die für den Inhalt des Grundeigentums konstituierende Funktion der Rahmennutzungsplanung nicht organisatorische und verfahrensrechtliche Gesichtspunkte im Vordergrund stehen, welche den Erlaß von Rahmennutzungsplänen und Sondernutzungsplänen erleichtern sollen. Dieses formelle Nutzungsplanungsrecht ist selbstverständlich notwendig. Hingegen würde ein Nutzungsplanungsrecht, das sich auf organisatorische und verfahrensmäßige Vorschriften beschränkt, die mit der Nutzungsplanung verbundenen Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen in ihrer Ausgestaltung dem planenden Ermessen überlassen. Aus Gründen der normativen Anforderungen des Rechtsstaates und positivrechtlich gestützt auf Art. 22^{ter} Abs. 2 BV bedürfen Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen einer gesetzlichen Grundlage, d.h. sie sind auf dem Wege der Gesetzgebung vorzusehen. Eine Delegation an die planenden Instanzen ist damit ausgeschlossen. Der Gesetzgeber hat deshalb das Nutzungsplanungsrecht zu einem materiellen auszugestalten, in dem die in Frage kommenden Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen abschließend und in ihrer sachlichen Bedeutung und Tragweite umfassend geregelt sind. Daß dabei insbesondere klar zum Ausdruck kommen muß, ob eine Eigentumsbindung oder eine Eigentumsbeeinträchtigung vorliegt, wurde bereits begründet²³. Das materielle Nutzungsplanungsrecht muß mit andern Worten so durchnormiert sein, daß die Funktion des Planes auf die räumliche Lokalisierung und Dimensionierung der Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen begrenzt bleibt. Nur so wird dem Legalitätsprinzip und dem positivrechtlichen, verfassungsmäßigen Erfordernis genügt, welches verlangt,

²² Siehe oben S. 155 ff.

²³ Siehe oben S. 151 ff.

durch die uneingeschränkte Nutzungsfreiheit charakterisiert ist. Die verfassungsmäßige Rahmennutzungsordnung bestimmt den Inhalt. Es gibt deshalb – in einer öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise – *kein präexistentes Grundeigentum der unbegrenzten Nutzungsfreiheit*, es gibt nur ein *Grundeigentum mit den Nutzungsmöglichkeiten nach Maßgabe der Rahmennutzungsordnung*. Vor Einführung einer den ganzen Raum erfassenden Rahmennutzungsplanung mag eine gegenteilige Auffassung begründet gewesen sein, unter der Herrschaft der Rahmennutzungsplanung aber kann sie nicht mehr aufrechterhalten werden. Insofern kann gesagt werden, daß die *Rahmennutzungsplanung zu einer gewandelten Auffassung des Grundeigentums führt*, welche das Grundeigentum nicht mehr als grundsätzlich unbeschränktes Recht der Sachherrschaft sieht, sondern als das einer objektiven, differenzierenden Rahmennutzungsordnung unterstelltes. Die im Grundeigentum liegende Nutzungsfreiheit ist entweder eine gebundene oder sogar eine beeinträchtigte.

D. Die Bedeutung des Nutzungsplanungsrechtes

1. Die Rahmennutzungsplanung erhält durch ihre den Inhalt des Grundeigentums mitbestimmende Funktion eine erhebliche Bedeutung. Die Ausgestaltung und der Erlaß von Nutzungsplänen muß deshalb, soll nicht eine Ordnung der planerischen Willkür entstehen, erheblichen rechtsstaatlichen Anforderungen genügen. Da sich bei der Behandlung der Rechtsnatur des Nutzungsplanes gezeigt hat, daß dieser in der Formtypik des Rechtsstaates ein Institut sui generis darstellt, besteht die Versuchung, den Rahmennutzungsplan (mit Einschluß der Sondernutzungspläne) von den normativen Anforderungen des Rechtsstaates zu entbinden. Dies darf aber nicht der Fall sein. Gerade weil der Rahmennutzungsplan erheblich auf das Eigentum einwirkt und die Eigentumsfreiheit bindet oder beeinträchtigt, hat er rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen. Es geht um die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, das Planerlaßverfahren, die Plangewährleistung und den Rechtsschutz. Weil aber der Rahmennutzungsplan keine selbstän-

dige Rechtsgrundlage für Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen darstellt, ist in diesem Zusammenhang besonders auf die sachliche Notwendigkeit der Ausgestaltung des Nutzungsplanungsrechtes als Voraussetzung der Rahmennutzungsplanung hinzuweisen²².

2. Bei der *Ausgestaltung des Nutzungsplanungsrechtes* dürfen mit Rücksicht auf die für den Inhalt des Grundeigentums konstituierende Funktion der Rahmennutzungsplanung nicht organisatorische und verfahrensrechtliche Gesichtspunkte im Vordergrund stehen, welche den Erlaß von Rahmennutzungsplänen und Sondernutzungsplänen erleichtern sollen. Dieses formelle Nutzungsplanungsrecht ist selbstverständlich notwendig. Hingegen würde ein Nutzungsplanungsrecht, das sich auf organisatorische und verfahrensmäßige Vorschriften beschränkt, die mit der Nutzungsplanung verbundenen Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen in ihrer Ausgestaltung dem planenden Ermessen überlassen. Aus Gründen der normativen Anforderungen des Rechtsstaates und positivrechtlich gestützt auf Art. 22^{ter} Abs. 2 BV bedürfen Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen einer gesetzlichen Grundlage, d.h. sie sind auf dem Wege der Gesetzgebung vorzusehen. Eine Delegation an die planenden Instanzen ist damit ausgeschlossen. Der Gesetzgeber hat deshalb das Nutzungsplanungsrecht zu einem materiellen auszugestalten, in dem die in Frage kommenden Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen abschließend und in ihrer sachlichen Bedeutung und Tragweite umfassend geregelt sind. Daß dabei insbesondere klar zum Ausdruck kommen muß, ob eine Eigentumsbindung oder eine Eigentumsbeeinträchtigung vorliegt, wurde bereits begründet²³. Das materielle Nutzungsplanungsrecht muß mit andern Worten so durchnormiert sein, daß die Funktion des Planes auf die räumliche Lokalisierung und Dimensionierung der Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen begrenzt bleibt. Nur so wird dem Legalitätsprinzip und dem positivrechtlichen, verfassungsmäßigen Erfordernis genügt, welches verlangt,

²² Siehe oben S. 155 ff.

²³ Siehe oben S. 151 ff.

daß die Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen auf dem Wege der Gesetzgebung vorzusehen sind²⁴. Mit andern Worten geht es bei dem *Postulat einer abschließenden und umfassenden Normierung des materiellen Nutzungsplanungsrechtes* darum, keinen Raum für freies Ermessen offen zu lassen, welcher der planenden Behörde erlauben würde, aufgrund des freien Ermessens Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen vorzusehen. Der Bereich des planenden Ermessens muß auf die Aufgabe der räumlichen Lokalisierung und Dimensionierung der Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen begrenzt bleiben. Das materielle Nutzungsplanungsrecht ist also so auszugestalten, daß es seiner Aufgabe, eine differenzierte und objektivierte Ordnung des Inhaltes des Grundeigentums zu schaffen, gerecht wird. Das geltende schweizerische Raumplanungsrecht ist auf diese Aufgabe noch zu wenig ausgerichtet²⁵.

3. Für den Gesetzgeber besteht eine zweite wesentliche Aufgabe darin, das *planende Ermessen*, das bei der Übertragung der gesetzlich vorgesehenen Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen auf den Raum bestimmend ist, zu *beschränken*, indem die Grundsätze, nach denen der Plan die abstrakten Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen konkretisierend auf das konkrete Eigentum anwendet, gesetzlich festgelegt werden. Da dies durch konditionale Rechtssätze der Konflikte der Ziele und der unterschiedlichen Nutzungsansprüche an den Raum wegen nicht oder doch nur sehr beschränkt möglich ist, sind finale Rechtssätze zu erlassen, welche Ziele und Zweck der Nutzungsplanung festhalten²⁶. Außerdem ist das planende Ermessen durch Richtlinien und durch eine dichte Aussagekraft der Lehre von der Raumplanung zu versachlichen und von daher nachvollziehbar und überprüfbar zu machen, so daß die Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der Willkür eine substantielle sein kann.

²⁴ Art. 22^{ter} Abs. 2 BV.

²⁵ Im geltenden Planungsrecht steht die Ordnung der Überbauung im Vordergrund und nicht die Nutzungsordnung als solche.

²⁶ Zum Begriff und zur Rechtsnatur der finalen Rechtssätze siehe oben S. 54.

§ 12. Das Infrastrukturrecht als Voraussetzung der baulichen Nutzung des Grundeigentums

A. Die Aktualisierung der baulichen Nutzungsmöglichkeiten aufgrund der Infrastruktur

1. Die durch die Rahmennutzungsordnung konstituierte rechtliche Qualität einer Parzelle als Bauzonenland stellt nicht sicher, daß der Grundeigentümer tatsächlich bauen kann. Die gemäß der Rahmennutzungsordnung bestehende bauliche Nutzungsmöglichkeit kann nämlich erst aktualisiert werden, wenn die weiteren Voraussetzungen der Erschließung, resp. der Baureife erfüllt sind. Die *Baufreiheit* (Nutzungsfreiheit des Bauens) in den Bauzonen ist mit andern Worten eine *virtuelle*.

2. Der Grund, warum die Rahmennutzungsordnung nur eine virtuelle bauliche Nutzungsmöglichkeit begründen kann, liegt zunächst in den *tatsächlichen Umständen*. Das Bauen schließt eine Wirkung ein, die über die Parzelle hinausgeht. Vereinfacht kann man sagen, daß derjenige welcher baut, nicht nur das Grundstück nutzt, sondern gleichzeitig die Siedlungsinfrastruktur, vorweg die Erschließungsanlagen belastet. Wegen des Bauens und der Benützung der Bauten werden Straßen benötigt, Abwasserleitungen beansprucht und Energie gebraucht. Die Belastung der Siedlungsinfrastruktur geht noch weiter, mindestens dort wo Wohnbauten errichtet werden. Die Benutzung der Wohnbauten setzt die Ausstattung des Siedlungsgebietes mit öffentlichen und teilweise auch mit privaten Einrichtungen voraus, wie Schulen, öffentliche Verwaltungen, Friedhöfe, Spitäler, Einkaufsmöglichkeiten, Zahnarzt usw. Bei einem einzelnen Bauvorhaben mag dies nicht oder wenig in Betracht fallen, durch die Summierung oder größere Überbauungen entsteht aber für das Gemeinwesen ein faktischer Zwang, die lebensnotwendige Ausstattung bereitzustellen. Das Gleiche gilt hinsichtlich der öffentlichen Verkehrseinrichtungen, wenn auch nicht in ähnlich intensivem Maße²⁷.

²⁷ Das Bestehen dieser faktischen Zusammenhänge ist eine Erfahrungstatsache.

3. Der tatsächliche Zusammenhang zwischen der baulichen Nutzung und den Maßnahmen der Siedlungsinfrastruktur, die als öffentliche Aufgabe verstanden werden, hat nur begrenzt eine entsprechende *rechtliche Regelung* erfahren. Diese bezieht sich auf das Erschließungsrecht²⁸, während das Verhältnis zur Ausstattung des Siedlungsgebietes mit lebensnotwendigen Anlagen und Institutionen sowie zu Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs rechtlich nicht erfaßt wird. Dementsprechend wird der Bau und Betrieb von Ausstattungsanlagen sowie von Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs als eine Folgeaufgabe der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft angesehen, die allenfalls durch das koordinative Raumplanungsrecht als Vorausleistung oder wenigstens als abgestimmte Planungsaufgabe beeinflußt wird. Über das koordinative Raumplanungsrecht kann allerdings nur erreicht werden, daß von der Raumplanung her auf das Ermessen in der Anwendung des entsprechenden besonderen Verwaltungsrechts (Verkehrsrecht, Spitalbaurecht usw.) eingewirkt wird²⁹. Nötigenfalls kann der Staat mit finanziellen Beihilfen und privatrechtlichen Maßnahmen die Verwirklichung von Ausstattungsmaßnahmen und Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs erleichtern und von daher fördern³⁰.

²⁸ Das Erschließungsrecht wird hier in einem weiten Sinne verstanden. Es umfaßt auch das Parzellarordnungsrecht. Bauvoraussetzung ist denn auch nicht nur die Erschließung, sondern die Baureife. Baureif ist ein Grundstück, a) wenn es nach Lage, Form und Beschaffenheit für die Überbauung geeignet ist, und b) wenn es erschlossen ist, d.h. wenn eine genügende Zufahrt, die nötigen Anlagen für die Wasser- und Energieversorgung sowie der Gewässerschutzgesetzgebung entsprechende Abwasserbeseitigung vorhanden sind oder mit dem Gebäude erstellt werden. Vgl. beispielsweise Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, § 156.

²⁹ Auf der andern Seite wird von diesem Gesichtspunkt aus deutlich, daß ein Raumplanungsrecht, das sich auf das Nutzungsplanungsrecht beschränkt, keine sinnvolle Raumordnung anstreben kann. Das koordinative Raumplanungsrecht ist eine notwendige Ergänzung; siehe dazu oben S. 95 ff.

³⁰ Diesen Weg versucht das Bundesgesetz über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974, BBl 1974 II, S. 816 ff., Art. 43 zu beschreiten. Noch deutlicher liegt dieser Gedanke dem Bundesgesetz über Investitionshilfe für Berggebiete vom 28. Juni 1974 zugrunde, SR 901.1. Sinnvollerweise müßte das Investitionshilfegesetz nicht nur für Berggebiete gelten.

4. Nach dem geltenden Recht ist die Befugnis zum Bauen weitgehend ein Ausfluß des Nutzungsplanungs- und des Erschließungsrechtes. Um aber zu einer rechtlichen Ordnung zu gelangen, welche die ausgewiesenen faktischen Zusammenhänge auch rechtlich erfaßt, müßte die Befugnis zum Bauen zusätzlich vom Vorhandensein der lebensnotwendigen Ausstattungsmaßnahmen und sogar vom Vorhandensein der öffentlichen Verkehrseinrichtungen abhängig gemacht werden, soweit sie in den Aufgabenbereich des Gemeinwesens fallen. Dies würde bedeuten, daß das Siedlungsinfrastrukturecht als Erschließungsrecht, als Recht der Ausstattungsmaßnahmen und des Baues und des Betriebes öffentlicher Verkehrseinrichtungen als Ganzes die Befugnis zum Bauen mitbestimmt. Die Aktualisierung der durch die Rahmennutzungsplanung konstituierten virtuellen Baufreiheit wäre somit vom Siedlungsinfrastrukturecht abhängig und müßte durch dieses bestimmt werden.

5. Werden Erschließung, Ausstattung und Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs zu Bauvoraussetzungen erhoben, was von der faktischen Seite her nicht unbegründet wäre, so sind die rechtlichen Folgerungen zu bedenken. Ist die entsprechende Bauvoraussetzung eine absolute, so bestimmt sich die Baumöglichkeit letztlich nicht mehr nach dem Nutzungsplanungsrecht, sondern nach dem Siedlungsinfrastrukturecht. Dieses hebt alsdann die Baufreiheit und in diesem Sinne die Eigentumsfreiheit auf. Seine Wirkung ist eine eigentumsbeeinträchtigende, und nicht nur eine eigentumsbindende. Dies aber würde bedeuten, daß es das Siedlungsinfrastrukturecht ist, welches darüber befindet, ob, wo, was und wann gebaut werden kann.

Zur Begründung der Zweckmäßigkeit einer solchen Ordnung, sieht man von den bereits erwähnten faktischen Zusammenhängen zwischen Bauen und Siedlungsinfrastruktur ab, kann geltend gemacht werden, das Gemeinwesen müsse in der Verwendung finanzieller Mittel für die Errichtung und den Betrieb von Infrastrukturanlagen frei bleiben, was nur sichergestellt sei, wenn dem Gemeinwesen nicht eine Pflicht zur Erstellung von Infrastrukturanlagen überbunden und dem Grundeigentümer kein entsprechender Rechtsanspruch zuerkannt werde. Da nun aber dem Gesetzgeber keine verfassungsmäßige Befugnis zusteht, eigentumsbeeinträchti-

gendes Infrastrukturrecht zu erlassen – weder Bund noch Kantone verfügen nach dem bisherigen Verständnis der Kompetenz zur Infrastrukturgesetzgebung über eine solche verfassungsmäßige Ermächtigung³¹ – darf das Infrastrukturrecht nur eigentumsbindende Wirkung haben. Es muß also die Eigentumsfreiheit und damit die Baufreiheit nach Maßgabe der Rahmennutzungsordnung für Bauzonenland voraussetzen. Somit darf das *Siedlungsinfrastrukturrecht nicht derart ausgestaltet werden, daß von ihm darüber entschieden wird, wo und was gebaut werden kann. Dies ist die Aufgabe des Nutzungsplanungsrechtes*. Hingegen kann es die Ausübung der Baufreiheit binden, indem es Anforderungen umschreibt und das Wann des Bauens vom Vorhandensein der Infrastrukturanlagen abhängig macht, jedoch nicht im Sinne einer absoluten Bauvoraussetzung, sondern einer relativen, indem es eine Frist für die Durchführung der Infrastrukturmaßnahmen vorsieht, innert welcher diese erstellt und dem Betrieb übergeben werden sollen. Durch eine solche Regelung wird die Baufreiheit nicht aufgehoben, sondern nur gebunden und zwar hinsichtlich der zeitlichen Ausübung der bestehenden Baufreiheit.

6. Wird es ungeachtet dieser Überlegungen nach geltendem Recht oder von der Sache her *de lege ferenda* notwendig, Erschließung, Ausstattung und Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs dennoch zu absoluten Bauvoraussetzungen zu erheben, so kann die eigentumsbeeinträchtigende Wirkung des Infrastrukturrechtes nur dadurch aufgehoben werden, daß dem Eigentümer von Bauzonenland, dem Baufreiheit zusteht, ein Rechtsanspruch auf Durchführung der Siedlungsinfrastrukturmaßnahmen innert nützlicher, gesetzlicher Frist zuerkannt wird. Dieser ist für die Erschließung

³¹ Dies kommt allerdings weder in der Bundesverfassung noch in den Kantonsverfassungen deutlich zum Ausdruck. Hingegen wird dem Siedlungsinfrastrukturrecht eine dienende Funktion zugeschrieben, was nichts anderes heißen kann, als daß von ihm keine eigentumsbeeinträchtigende Wirkung ausgehen darf. Vgl. dazu KOMMISSION FÜR DIE REFORM DES ZÜRCHERISCHEN BODENRECHTS, Schlußbericht, S.145. Dort wird beispielsweise ausgeführt, daß die Erschließungsordnung der Bereitstellung eines genügenden Baulandangebotes dienen soll. Es habe die Voraussetzungen für die Ausübung der Baufreiheit zu schaffen, sowie diese im Rahmen der Ziele der Bodenordnung gewährleistet bleibt.

nach dem geltenden Recht ausgewiesen worden³². Hingegen läßt sich ein solcher Rechtsanspruch auf Ausstattungsmaßnahmen und Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs aus praktischen Gründen nicht verwirklichen, weil durch ihn die öffentliche Hand als Trägerin der Infrastrukturaufgabe zu einer finanziell unter Umständen kaum zu bewältigenden Investitionstätigkeit rechtlich verpflichtet wäre. Nachdem normativ betrachtet nur die zwei Wege offen sind, entweder die Siedlungsinfrastruktur als Bauvoraussetzung unter Anerkennung eines Rechtsanspruchs auf deren Durchführung zu betrachten, oder aber von der Siedlungsinfrastruktur als Bauvoraussetzung abzusehen, muß in der gesetzgeberischen Praxis wohl ein *Mittelweg* gefunden werden. Insofern erweist sich die geltende Ordnung, wonach nur die Erschließung eine Bauvoraussetzung ist, als nicht unzweckmäßig. Sie hat aber den Nachteil, daß die Ausstattungsmaßnahmen und die Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs als Folgemaßnahmen früher oder später der öffentlichen Hand dennoch anfallen und daß im Bauzonenland allenfalls gebaut wird, ohne daß die lebensnotwendigen Ausstattungsmaßnahmen vorhanden sind³³.

B. Die objektivierende Wirkung des Infrastrukturrechtes

1. Wie das Nutzungsplanungsrecht durch die Rahmennutzungsordnung dem Grundeigentum einen differenzierten und objektivierten Inhalt gibt, so geht vom Siedlungsinfrastrukturrecht seinerseits eine objektivierende Wirkung aus. Allerdings vermag das Infrastrukturrecht nur insofern eine rechtlich bedeutsame objektivierende Wirkung zu erzielen, als es ein subjektives öffentliches Recht resp. eine Pflicht des Gemeinwesens auf Durchführung der Infrastrukturmaßnahmen begründet. Nach dem geltenden Sied-

³² Siehe oben S. 149ff.

³³ Um der Unabsehbarkeit der Folgeleistungen zu entgehen, ist die Ausscheidung des Baugebietes und mithin die Raumplanung unbedingt mit einer Finanzplanung zu verbinden, welche u. a. Aufschluß über die zu verkraftenden Folgeleistungen gibt.

lungsinfrastrukturrecht und dem Raumplanungsrecht trifft dies nur auf das Erschließungsrecht zu. Das Infrastrukturrecht bestimmt hingegen nicht den Inhalt des Grundeigentums. Dieser wird durch das Nutzungsplanungsrecht konstituiert. Das Erschließungsrecht umschreibt die Voraussetzungen, unter welchen die virtuelle Baufreiheit aktualisiert werden kann. Diese Voraussetzungen bilden die objektiven Merkmale, welche eine Parzelle als aktuelles oder potentielles Bauland innerhalb der Bauzone erscheinen lassen. Ob aktuelles oder potentielles Bauland vorliegt, hängt mithin nicht von einer subjektiven Einschätzung durch den Grundeigentümer oder den Bodenmarkt, sondern ausschließlich von den gesetzlichen Voraussetzungen des Erschließungsrechtes und des Nutzungsplanungsrechtes ab³⁴. *Es ist das geltende Recht, welches bestimmt, ob virtuelle Baufreiheit im Sinne der Rahmennutzungsordnung vorliegt und unter welchen Anforderungen sowie wann die Baufreiheit nach Maßgabe des Erschließungsrechtes aktualisiert werden kann.*

2. Neben die rechtlich ausgestaltete objektivierende Wirkung des Infrastrukturrechtes tritt eine *faktische*. Diese geht nicht nur vom Erschließungsrecht aus, sondern vom Siedlungsinfrastrukturrecht als solchem und vor allem aufgrund der dem Infrastrukturrecht folgenden, tatsächlich ergriffenen Realakte der Erschließung, der Ausstattung und der Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs. Je nachdem ob die Erschließung vorliegt, ob Ausstattungsmaßnahmen vorhanden sind und öffentliche Verkehrseinrichtungen betrieben werden, kann von einer Parzelle umschreibend gesagt werden, sie sei mit der notwendigen Infrastruktur umgeben. Diese Tatsachen lassen sich feststellen, so daß es nicht von einer subjektiven Einschätzung allein abhängen kann, ob von einer voll erschlossenen, d. h. mit allen Infrastruktureinrichtungen umgebenen Parzelle gesprochen werden kann oder nicht. Insofern sind objek-

³⁴ Der üblicherweise verwendete Begriff des potentiellen Baulandes hat zwei Bedeutungen: a) potentielles Bauland ist das nicht einer Bauzone zugeordnete Land, das aber in naher Zukunft sehr wahrscheinlich einer Bauzone zugewiesen werden soll; b) potentielles Bauland ist das Land in der Bauzone, für das die Erschließungsvoraussetzungen noch nicht erfüllt sind. Das potentielle Bauland gemäß lit. b könnte als virtuelles Bauland bezeichnet werden.

tive Merkmale der Erschließung, der Ausstattung und der öffentlichen Verkehrseinrichtungen entweder gegeben, nicht gegeben oder in absehbarer Zukunft realisiert. Bei einer entsprechenden, weitergehenden rechtlichen Durchnormierung des Siedlungsinfrastrukturrechtes, ausgerichtet auf das Nutzungsplanungsrecht, wird allenfalls sogar ausgesagt werden können, ob und wie weit diese objektiven Merkmale rechtlich erheblich sind, insbesondere bei der Ermittlung eines allfälligen Sondervorteils oder eines Minderwertes³⁵.

§ 13. Die Ungleichheiten als Folge der Differenzierung des Grundeigentums und der Infrastrukturleistungen

A. Die öffentlich-rechtlichen Vorteilsfolgen

I. Dadurch, daß das öffentliche Recht, insbesondere über das Nutzungsplanungsrecht, auf den Inhalt des Grundeigentums einwirkt und für dieses ein konstitutives Element darstellt, können die öffentlichrechtlichen Vorschriften der Nutzungsplanung nicht mehr – wie wir gezeigt haben – als Eigentumsbeschränkungen eines an sich unbeschränkten Eigentums verstanden werden. Es ist davon auszugehen, daß es die Rechtsordnung ist, welche den Inhalt des Eigentums bestimmt, unter Anerkennung der verfassungsmäßig gewährleisteten Eigentumsgarantie im Sinne der Eigentumsfreiheit. Es ist also nicht das Privatrecht allein, sondern auch das öffentliche Recht, welches den Inhalt des Eigentums bestimmt. Als solches stellt das öffentliche Recht über die Nutzungsplanung fest, welche Nutzungsmöglichkeiten für eine bestimmte Parzelle offenstehen und welche verwehrt sind. In diesem Sinne verschafft das Nutzungsplanungsrecht intensivere oder weniger intensive Nutzungsmöglichkeiten und das Siedlungsinfrastrukturrecht befindet über die Aktualisierungsmöglichkeiten. Im Vordergrund steht deshalb nicht die *Frage*, ob und in welchem Maße das öffentliche Recht das Eigentum beschränkt und allenfalls – rechtmäßig oder rechtswidrig – dem Grundeigentümer durch entsprechende Maß-

³⁵ Siehe unten S. 181 ff. und 198 ff.

nahmen Schaden beifügt, sondern die umfassendere, *ob und in welchem Maße das öffentliche Recht intensivere oder weniger weitgehende Nutzungsmöglichkeiten eröffnet*. In diesem Sinne wird zum Beispiel dem Grundeigentümer einer Parzelle in der Landwirtschaftszone eine – wirtschaftlich betrachtet – weniger weitgehende Nutzung ermöglicht als dem Eigentümer einer Parzelle in der Bauzone, da nach der marktmäßigen Bewertung der baulichen Nutzung größerer Wert beigemessen wird. Ohne die öffentlichrechtliche Ordnung der Rahmennutzungsordnung, welche verfassungsmäßig gegenüber der Eigentumsfreiheit vorbehalten ist, könnte überhaupt nicht von Bauzonenland oder Landwirtschaftszonenland gesprochen werden, da die rechtliche Qualität dem Boden durch die Nutzungsordnung zuerkannt werden muß. Also muß zuerst eine Ordnung getroffen sein, welche den Bereich bezeichnet, innerhalb welchem eine bestimmte rechtliche Bodenqualität gilt. Es ist deshalb davon auszugehen, daß das öffentliche Recht durch die *Rahmennutzungsordnung* grundsätzlich betrachtet nicht Beschränkungen bringt, sondern rechtlich begründete Nutzungsmöglichkeiten schafft, welche sich wirtschaftlich als *Vorteile* erweisen. Die Rahmennutzungsordnung verschafft deshalb als solche Vorteile und nicht Nachteile³⁶.

2. Neben der Nutzungsplanung bringen sodann die *Erschließungsmaßnahmen Vorteile*, da die virtuelle Baufreiheit, wie sie in der Bauzone besteht, nur aktualisiert werden kann, wenn die Bau-parzelle erschlossen ist. Auch hier handelt es sich um einen wirtschaftlichen Vorteil, weil der Bodenmarkt den Wert des erschlossenen Landes – aufgrund der öffentlichen Leistung – höher bewertet. Weitere wirtschaftliche Vorteile als Folge der durch den

³⁶ SCHAUMANN, Die Landesplanung im schweizerischen, englischen und französischen Recht, S. 271, hat auf die Werterhöhungen durch die Landesplanung aufmerksam gemacht und schon früh eine Darstellung der möglichen rechtlichen Ordnung des Wertausgleichs gegeben. SCHAUMANN hat aber die volle Bedeutung der Vorteilsvermittlung durch die Nutzungsplanung nicht erkennen können, weil die konstituierende Funktion der Rahmennutzungsordnung einer den ganzen Raum erfassenden Planung nicht bekannt war. Eine Übersicht über die Entstehung von Vorteilen gibt WIRTH, Grundlagen und Ausgestaltung der Mehrwertabschöpfung, § 2. Siehe auch die dort zit. Lit.

Bodenmarkt erfolgenden Höherbewertung ergeben sich sodann aufgrund von *Ausstattungsmaßnahmen* der öffentlichen Hand wie auch der privaten Wirtschaft, wobei als öffentliche Leistungen selbstredend nur die öffentlichen Ausstattungsmaßnahmen in Betracht fallen. Auch der Bestand und die Leistungsfähigkeit *öffentlicher Verkehrseinrichtungen* können zu einem zusätzlichen wirtschaftlichen Vorteil des Grundeigentümers führen, selbst wenn kein Rechtsanspruch auf den Bestand dieser Einrichtung besteht. Weitere wirtschaftliche Vorteile können sich ferner im Nachgang zu *Ausnahmebestimmungen* für erhöhte Nutzungen usw. einstellen, wobei auch hier eine öffentlichrechtliche Maßnahme von seiten des Gemeinwesens in Frage steht.

3. Durch die öffentlichrechtliche Ordnung des Nutzungsplanungsrechtes, des Infrastrukturrechtes werden *Ungleichheiten* gesetzt, weil die Vorteile den Grundeigentümern nicht jederzeit und überall in gleichem Maße zukommen. Daß der Bodenmarkt diese Ungleichheiten entsprechend der maximal möglichen Nutzung abgestuft bewertet, versteht sich³⁷. Die Rechtsfrage, welche sich stellt, ist diejenige, ob und in welchem Maße die wirtschaftlichen Vorteile, welche der Bodenmarkt dem Grundeigentümer bringt und die aufgrund einer öffentlichrechtlichen Ordnung der Rahmennutzungsplanung und/oder einer öffentlichen Leistung als Ausfluß des Siedlungsinfrastrukturrechtes dem Grundeigentümer zufließen, diesem zu belassen oder abzuschöpfen sind. Es stellt sich das Problem der Vorteilsabschöpfung, allenfalls der Vorteilsausgleichung, zumal der Staat diese unterschiedlichen Vorteile durch die Ungleichheiten, welche er gegenüber dem Grundeigentum setzt, mitverursacht. Die Vorteilsfolgen können als öffentlichrechtliche bezeichnet werden, weil sie im Zusammenhang mit Leistungen der öffentlichen Hand in Anwendung von öffentlichem Recht entstehen. *Die Rechtsfrage ist, ob und unter welchen Voraussetzungen die Vorteile rechtserheblich sind und durch die öffentliche Hand abgeschöpft werden können resp. müssen.*

³⁷ Der Bodenmarkt geht letztlich davon aus, daß der Boden potentielles Bauland ist. Vgl. beispielsweise WOLFGANG NAEGELI, Handbuch des Liegenschaftsschätzers, Zürich 1975, S. 128f.

B. Die öffentlich-rechtlichen Minderwertfolgen

1. Die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts messen der Problematik der Minderwertentschädigung höhere Bedeutung zu als der Vorteilsabschöpfung³⁸. Dies ist begründet, wenn man den Überlegungen die Annahme zugrundelegt, das Grundeigentum lasse dem Grundsatz nach eine maximale Nutzung zu, so daß der Bodenmarkt bei der Bewertung von der maximalen Nutzung ausgehen dürfe und daß sich dementsprechend für den Grundeigentümer rechtliche und faktische Einschränkungen als Minderwerte auswirken. Daß dieser Gedankengang nicht aufrecht erhalten werden kann, weil das Grundeigentum nicht einen undifferenzierten Inhalt im Sinne der maximalen Verfügungs- und Nutzungsfreiheit hat, sondern einen durch das öffentliche Recht differenzierten und objektivierten, welcher sich als Folge des Nutzungsplanungsrechtes vor allem auf die Nutzungsfreiheit auswirkt, haben wir dargetan. Minderwerte treten, nachdem die Vorteile als Folge der unterschiedlichen Ausgestaltung des Grundeigentums und als Folge des unterschiedlichen Standes der Infrastrukturmaßnahmen im Vordergrund stehen, deshalb nur dort auf, wo bestehende Vorteile, wie sie aufgrund des Nutzungsplanungs- und des Infrastrukturechtes durch den Markt begründet werden, durch eine Änderung der Rechtslage, durch das Nichteintreffen einer erwarteten Änderung der Rechtslage und durch faktisches Verwaltungshandeln herabgemindert werden, beispielsweise dadurch, daß die Rahmennutzungsordnung für eine bestimmte Parzelle einschränkend geändert wird, Infrastrukturleistungen dahinfallen, eine Ausnahmegewilligung zurückgenommen wird oder eine erwartete Aufzoning ausbleibt und der Markt der Änderungen wegen den Wert des Bodens

³⁸ Dies stellt auch SCHAUMANN, Die Landesplanung im schweizerischen, englischen und französischen Recht, S. 271 fest. Bei GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, finden sich keine Ausführungen über die Vorteilsabschöpfung. FRITZ FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Aalen 1963, S. 417, widmet dem Problem der Vorteilsausgleichung eine Übersicht; eingehender DERSELBE, Öffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung, in: Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Basel zum siebenzigsten Geburtstag von Andreas Heusler, S. 92 ff.

minder bemißt. *Die Minderwertsfälle erscheinen deshalb nicht als Regel, sondern als Ausnahme.* Die grundsätzliche Ordnung ist eine solche der ungleichen Vorteile.

2. Dem Grundeigentümer erwachsen Minderwerte vor allem durch eine Änderung der Rahmennutzungsordnung, sofern diese Änderung zu einer geringeren Nutzung führt als die Rahmennutzungsordnung ursprünglich vorsah, und sofern der Bodenmarkt diese entsprechend geringer bewertet. Bekannte Fälle sind die sogenannte Herabzonung durch nachträgliche Herabsetzung der Ausnutzungsziffer und die Auszonung, durch eine Herausnahme von Parzellen aus einer Zone intensiverer Nutzungsmöglichkeiten in eine Zone geringerer Nutzungsintensität, beispielsweise die Herausnahme einer oder mehrerer Parzellen aus der Bauzone in die Landwirtschaftszone oder in die Zone des übrigen Gebietes oder in die Bauentwicklungszone. Minderwerte können sich auch auf Grund des Wegfalles von Maßnahmen der Infrastruktur ergeben. Dies ist jedoch erfahrungsgemäß nicht im gleichen Ausmaß wie bei Änderungen der Rahmennutzungsordnung der Fall, weil ein Rechtsanspruch auf Erschließung nur innerhalb der Bauzone besteht und weil auf die übrigen Maßnahmen der Siedlungsinfrastruktur nach dem geltenden Recht kein Rechtsanspruch besteht, so daß der Markt bei der Bewertung entsprechend vorsichtig ist.

3. Minderwerte werden in den dargestellten Fällen dadurch verursacht, daß die ungleichen Vorteile, welche die Rahmennutzungsordnung und die Infrastrukturmaßnahmen sowie das Baupolizeirecht setzen, durch nachträgliche Maßnahmen herabgemindert werden. Die Ungleichheiten werden gleichsam verstärkt, weil die vorteilsgewährenden Ungleichheiten durch weitere Ungleichheiten überlagert werden. Daß der Bodenmarkt diese zusätzlichen Ungleichheiten mindestens am ursprünglichen Vorteil mißt – oder sogar an der maximalen Nutzungsmöglichkeit eines unbegrenzten Verfügungs- und Nutzungsrechtes – ist eine Erfahrungstatsache. Die *Rechtsfrage*, die sich stellt, ist diejenige, *in welchen Fällen der Minderwert ein rechtserheblicher ist und durch die öffentliche Hand entschädigt werden muß.* Die Minderwertfolgen sind insofern als öffentlichrechtliche anzusprechen, als sie eine Folge öffentlichrechtlicher Maßnahmen sind.

C. Die Bestimmungsfaktoren des Bodenwertes

1. Die Betrachtung der Vorteils- und Minderwertsfolgen am Bodenmarkt als Folge von Maßnahmen der Nutzungsplanung und der Infrastruktur darf nicht zum Fehlschluß verleiten, der Wert des Bodens bestimme sich ausschließlich aufgrund der öffentlichrechtlichen Maßnahmen. Auf den Bodenwert haben nach der Beurteilung des Bodenmarktes auch *andere Faktoren* einen bestimmenden Einfluß, insbesondere solche der natürlichen Bodenqualität, der lokalen, örtlichen und regionalen sowie nationalen geographischen Lage, dann aber auch Faktoren bezüglich der steuerlichen Belastung, des privatwirtschaftlichen Leistungsangebotes usw. Vor allem spielen Angebot und Nachfrage eine bedeutende Rolle. In diesem Zusammenhang ist lediglich wesentlich, daß der Bodenpreis das Ergebnis einer bodenmarktpolitischen Einschätzung aufgrund einer Vielzahl von Faktoren ist, welche in dieser oder jener Situation eine unterschiedliche Bewertung erfahren, so daß eine Herausnahme jenes Bodenpreisannteiles, welcher auf Vorteile aus öffentlichrechtlichen Maßnahmen der Nutzungsplanung und der Siedlungsinfrastruktur zurückzuführen ist, nicht oder nicht ohne weiteres möglich ist. Eine Bezifferung der Vorteile resp. Minderwerte als Folge der genannten Maßnahmen ist deshalb nur aufgrund eines Vergleiches des Verkehrswertes vor und nach der Maßnahme möglich, wobei mindestens der zweite Wert ein hypothetischer ist, weil alle andern Faktoren, die auf den Bodenpreis einwirken und zu einer Verzerrung des Vorteiles resp. des Minderwertes führen können, ausgeklammert werden müssen.

2. Mit dem Hinweis auf die Vorteile und die Minderwerte als Folge ist nicht die Aussage verbunden, daß jede der entsprechenden Maßnahmen der Nutzungsplanung resp. der Infrastrukturleistungen einen Mehrwert resp. einen Minderwert zur Folge haben muß. Es ist lediglich festgestellt, daß erfahrungsgemäß der *Bodenmarkt* entsprechende Maßnahmen als Anlaß zu einer höheren oder minderen Bewertung des Bodenwertes nimmt.

Fünftes Kapitel

Öffentlichrechtliche Vorteils- und Minderwertausgleichung

§ 14. Die öffentlichrechtliche Vorteilsabschöpfung

A. Typologie der Vorteilsfälle

1. Der liberale Staat mit seiner Ausrichtung auf die Ordnungsfunktion schuf durch seine generell-abstrakten Normen eine Ordnung der Gleichheit, die für den Rechtsadressaten keine ungleichen Vorteile und keine ungleichen Belastungen mit sich brachte. Im Ordnungsstaat verwirklicht sich die Vorteils- und Lastengleichheit – die mit ein Element des Gerechtigkeitspostulates ist, wie es durch die Rechtsordnung verwirklicht werden soll – über den generell-abstrakten Rechtssatz. Der moderne Staat mit seiner Leistungsverwaltung brachte eine Änderung mit sich. Wohl versucht er in erster Linie seine vorteilsgewährenden Maßnahmen allen Rechtsadressaten gegenüber in gleichem Maße zu ergreifen, doch kommt er nicht umhin, gezielte und ungezielte *Leistungen* zu erbringen, welche nicht allen Rechtsadressaten und nicht allen in gleichem Maße Vorteile bringen¹. Durch bestimmte Einrichtungen und Tätigkeiten des Staates werden private Interessen, auch wenn dies durchaus im allgemeinen öffentlichen Interesse liegt, in einer das Gleichheitsmaß übersteigenden Weise begünstigt und dadurch *Sondervorteile* geschaffen. Das rechtsstaatliche Verwaltungsrecht hat ausgehend von den bekannten Sondervorteilen Institute ge-

¹ FRITZ FLEINER, Öffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung (zit. Kap. 4, Anm. 38), S. 92, hat diese Abweichungen gegenüber der Lasten- und Vorteilsgleichheit schon früh erkannt.

schaffen, welche erlauben, diese ganz oder teilweise abzuschöpfen². Es handelt sich um die Kausalabgabe, ausgeformt als Vorzugslast, als Verwaltungs- und Benutzungsgebühr sowie als Monopol- und Ersatzabgabe. Die Steuer, ihrerseits eine Abgabe, erscheint demgegenüber nicht als eine Vergütung für die vom Staat gewährten Sondervorteile, sondern als eine Abgabe, welche voraussetzungslos geschuldet wird zur Deckung der allgemeinen Aufwendungen des Staates für Ordnungs- und Leistungsaufgaben, die mindestens potentiell allen Rechtsadressaten zukommen.

2. Es hat sich gezeigt, daß nicht nur durch Erschließungsmaßnahmen, sondern auch durch Maßnahmen der Nutzungsordnung und der erweiterten Siedlungsinfrastruktur dem Rechtsadressaten Vorteile zufließen, welche aufgrund einer entsprechenden Bewertung des Bodenmarktes einen erheblichen Umfang annehmen können. Die allgemeinen Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechtes haben sich zwar eingehend mit der Erfassung der Sondervorteile befaßt, welche durch Erschließungsmaßnahmen bewirkt werden, doch wurde die grundsätzliche Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ganz allgemein *Sondervorteile* aufgrund staatlicher Begünstigungen abgeschöpft werden können, nicht angegangen³. Es gibt zwar zahlreiche politische Postulate, welche neben der Erfassung der Erschließungsvorteile eine Abschöpfung von sogenannten Planungsmehrwerten fordern⁴. Es gibt auch An-

² Der erste Versuch einer Systematisierung der verwaltungsrechtlichen Erscheinungen findet sich in dem in Anm. 1 oben zit. Aufsatz von FRITZ FLEINER. Siehe ferner FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Aalen 1963, S. 417 ff.; HANS RUDOLF SCHWARZENBACH, Grundriß des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 6. Aufl., Bern 1975, S. 185 ff.

³ Eine umfassende Betrachtungsweise wurde u. a. dadurch erschwert, daß nach Maßgabe des Legalitätsprinzipes von vornherein erklärt wurde, eine Vorteilsabschöpfung (-ausgleichung) finde nur statt, wenn eine besondere Vorschrift sie anordnet. Die Vorteilsabschöpfung konnte sich von daher nicht zu einem allgemeinen Institut entwickeln. Sie hat sich nur in ganz bestimmten Rechtsinstituten entfaltet. So herrscht auch heute noch die Frage vor, ob für neue Tatbestände ein neues Institut, beispielsweise die raumplanerische Mehrwertabschöpfung, zu schaffen sei.

⁴ Vgl. dazu die Übersicht bei WIRTH, Grundlagen und Ausgestaltung der Mehrwertabschöpfung, § 4.

sätze zu einer entsprechenden gesetzlichen Regelung, doch blieb die grundsätzliche Frage nach der Erfassung von Raumplanungs-sondervorteilen als Teilproblem der öffentlichrechtlichen Abschöpfung von Sondervorteilen offen⁵.

3. Voraussetzung zu einer rechtlichen Klärung der Abschöpfung von Sondervorteilen ist vorweg die Erfassung der Tatbestände. Die Entwicklung einer allgemeinen Typologie der Sondervorteile, bewirkt durch den Leistungsstaat, würde die vorliegende Arbeit übersteigen⁶. Hingegen muß der Versuch unternommen werden, die Sondervorteilstatbestände der Raumplanung zu ordnen und zu erfassen. Der Sinn dieser *Typologie* ist nicht, eine abschließende Ordnung aufzustellen. Ihr Sinn liegt ausschließlich darin, eine Systematisierung und von daher eine erleichterte Erfassung der Sachverhalte zu erreichen, welche die normative Behandlung ermöglichen⁷.

Um eine Typologie der Sondervorteilsfälle aufzustellen, bedarf

⁵ Für die Schweiz Art. 37 Bundesgesetz über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974, BBl 1974 II, S. 816 ff. Zum Problem der Abschöpfung von raumplanerischen Mehrwerten: AUBERT/JAGMETTI, Ergänzungsgutachten zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des (bereinigten) Entwurfes vom 27. Oktober 1971 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung vom 15. Januar 1972, WuR 1972, S. 44 ff.; KUTTLER/ZAUGG, Rechtliche Grundfragen der Planungswertabschöpfung, S. 251 ff.; WIRTH, Die Ausgestaltung der Planungswertabschöpfung, S. 223 ff.; DERSELBE, Grundlagen und Ausgestaltung der Mehrwertabschöpfung, Einleitung, nimmt die im Text erwähnte Fragestellung auf. ALDO ZAUGG, Die Mehrwertabschöpfung nach dem Entwurf des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Raumplanung, ZBJV 1973, S. 217 ff.; KOMMISSION FÜR DIE REFORM DES ZÜRCHERISCHEN BODENRECHTS, Schlußbericht, S. 189 ff.; ZUPPINGER, Möglichkeiten der Mehrwertabschöpfung im Rahmen der Raumplanung, S. 196 ff. Eine Übersicht über ältere Literatur gibt SCHAUMANN, Die Landesplanung im schweizerischen, englischen und französischen Recht, S. 271 ff.

⁶ Im Zusammenhang dieser Arbeit geht es auch nicht um das Problem der Abschöpfung von Bodenmehrwerten, wie sie aus dem Wertzuwachs unabhängig von staatlichen Leistungen entstehen. Zu diesem Problem JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Du renchérissement foncier et de certaines questions qu'il pose au justice, ZSR 83 II, 1964, S. 3 ff.; ALFRED KUTTLER, Die Bodenverteuerung als Rechtsproblem, ZSR 83 II, 1964, S. 139 ff.

⁷ Eine Typologie der Vorteilstatbestände fehlt. Sie fehlt, nebenbei bemerkt, auch für die Tatbestände der materiellen Enteignung; siehe unten S. 201 ff.

es *vergleichender Kriterien*. Diese können in der Art der Maßnahme (Leistung) des Staates oder in der Art und dem Maß des Sondervorteiles gesehen werden. Um wesentliche Aussagen für die normative Behandlung zu ermitteln, müssen beide Kriterien in Betracht gezogen werden, weil auf die Berechtigung einer Sonderabgabe, die neben die allgemeinen Steuerabgaben treten soll, nur geschlossen werden kann, wenn sich der Vorteil als in erheblichem Maße begünstigend erweist und wenn er auf eine Maßnahme zurückgeführt werden kann, die über die allgemeinen Aufgaben des Staates hinausgeht, den Rechtsadressaten Vorteile zu gewähren. Es muß deshalb auf die Kriterien der Art der Leistung und der Art resp. des Maßes des Vorteils abgestellt werden. Von der Art der Leistung des Staates her sind im Zusammenhang der Raumplanung diejenigen Sondervorteile hervorzuheben, welche durch die Rahmennutzungsordnung, durch die Infrastrukturmaßnahmen und durch begünstigende Ausnahmegewilligungen aufgrund des Raumplanungsrechtes hervorgerufen werden.

Die Rahmennutzungsordnung schafft zunächst dadurch Sonder Vorteile, daß sie generell-konkret die Parzellen einer bestimmten *Nutzungszone* zuordnet und von daher dem Grundeigentum einen differenzierten Inhalt gibt. In diesem Sinne kann zwischen Sonder Vorteilen unterschieden werden, welche den Bauzonen im Vergleich zu den Bauverbotszonen zukommen. Dadurch, daß für die einzelnen Bauzonen unterschiedliche Nutzungsintensitäten zugelassen werden, entstehen durch deren differenzierte Ausgestaltung weitere unterschiedliche Vorteile, welche ebenfalls als Sondervorteile angesprochen werden können. Eine zweite Kategorie von Sonder Vorteilsfällen entsteht durch die Maßnahmen der *Siedlungsinfrastruktur*. Es sind dies Vorteile, bedingt durch die Erschließung, mit Einschluß von Parzellarordnungsmaßnahmen (Landumlegung), sodann aufgrund von Ausstattungsmaßnahmen und ferner durch öffentliche Verkehrseinrichtungen. Eine dritte Kategorie von Vorteilsfällen geht auf *Ausnahmegewilligungen* zurück, die innerhalb von Bauverbotszonen oder innerhalb von Bauzonen im Einzelfall eine höhere Nutzung erlauben. Eine vierte Kategorie bezieht sich auf Sondervorteile, bedingt durch *Änderungen der Rahmennutzungsordnung* im Sinne der Zuweisung einer Parzelle zu

einer Zonenart höherer Nutzung, beispielsweise durch Umzonung einer Parzelle aus einer Bauverbotszone in eine Bauzone oder innerhalb der Bauzone in eine Zone höherer Nutzungsintensität⁸. In diesen Zusammenhang gehören auch Zuweisungen von Parzellen zu Sondernutzungszonen durch Sondernutzungspläne; besonders fallen auch Abweichungen gegenüber der Rahmennutzungsordnung aufgrund von Überbauungs- und Gestaltungsplänen in Betracht. Die *raumplanerischen Sondervorteilsfälle* können in diesem Sinne übersichtsweise wie folgt zusammengestellt werden:

Maßnahme	Tatbestände
1. <i>Rahmennutzungsordnung</i>	a) Zuordnung zu einer Zone, insbesondere in <ul style="list-style-type: none"> – Bauerwartungszone – Bauzone mit Nutzungsintensitätsstufen <div style="text-align: right; margin-left: 100px;"> 1 2 3 4 usw. </div> b) Lagevorteile, beispielsweise Bauparzelle angrenzend an eine Bauverbotszone (Grünzone)
2. <i>Siedlungsinfrastruktur</i>	
– Erschließung	a) Erschließung durch Straßen, Einrichtungen der Versorgung und Entsorgung
– Ausstattung	b) Parzellarordnung (Baueignung einer Parzelle) Bau und Betrieb lebensnotwendiger Einrichtungen der öffentlichen Hand wie Schulen, Spitäler usw.
– öffentliche Verkehrseinrichtungen	Bau und Betrieb von Bus, Eisenbahn, U-Bahn usw.
3. <i>Ausnahmebewilligungen</i>	a) Höhere als zonengemäße Nutzung aufgrund einer Ausnahmebewilligung b) Bewilligung von Bauten in Bauverbotszonen
4. <i>Änderung der Rahmennutzungsordnung</i>	a) Zuordnung einer Parzelle in eine Zonenart anderer Nutzungsart und/oder höherer Nutzungsintensität b) Sondernutzungsordnung

⁸ Die Begriffe der Aufzonung, Rückzonung, Umzonung sind unpräzise, weil sie auf der veralteten Vorstellungswelt der Zonierung des Baugebietes aufbauen. Im Rahmen einer den ganzen Raum erfassenden Planung muß ihnen ein abgestimmter Sinngehalt gegeben werden.

In dieser Typologie der Sondervorteilsfälle der Raumplanung werden nur solche Vorteile erfaßt, welche dem Einzelnen auf dem Markt zufließen, weil der Markt gleichsam als Reflex aufgrund der behördlichen Maßnahmen den Boden höher bewertet. Es handelt sich also um *wirtschaftliche* Sondervorteile, die im staatlichen Handeln ein auslösendes Moment haben. In diesem Sinne kann von Mehrwerten und dementsprechend vom Problem der Mehrwertabschöpfung gesprochen werden. Das Charakteristische ist aber nicht der Mehrwert, sondern der Vorteil, und zwar der *Sondervorteil*, welcher aufgrund einer staatlichen Maßnahme einem Kreis Begünstigter zukommt⁹. Diejenigen Sondervorteile, welche durch die direkte Inanspruchnahme einer öffentlichen Leistung entstehen, beispielsweise durch die konkrete Benützung einer Abwasserleitung oder den Gebrauch von Wasser, fallen hier außer Betracht¹⁰.

B. Normative Voraussetzungen der Sondervorteilsabschöpfung

1. Da es zu den Aufgaben des Leistungsstaates gehört, den Bürgern Vorteile zu gewähren, die allen Bürgern aktuell oder potentiell in gleichem Maße zukommen, fällt eine Abschöpfung dieser allgemeinen Vorteile außer Betracht¹¹. Ihre Rücknahme durch Abschöpfung würde der angestrebten Zielsetzung widersprechen. Hingegen ist die Frage offen, ob und unter welchen Voraussetzungen Sondervorteile abzuschöpfen sind, die nicht allen Bürgern (aktuell oder potentiell) zuteil werden, sondern die einzelnen oder

⁹ Ideelle Sondervorteile fallen außer Betracht. Daß nur Sondervorteile erfaßt werden sollen, ergibt sich aufgrund der Gegebenheit, daß es zu den Aufgaben des Leistungsstaates gehört, den Bürgern Vorteile zu verschaffen.

¹⁰ Ihre Behandlung durch Verwaltungs- und Benutzungsgebühren bereitet keine besonderen Schwierigkeiten.

¹¹ Ob die Vorteile tatsächlich beansprucht werden, ist nicht erheblich. So verschafft die öffentliche Schule Vorteile, die allen Bürgern offenstehen, auch wenn sie diese nicht beanspruchen. Die Finanzierung der Aufwendungen für die allgemeinen Vorteile erfolgt über die Steuern.

vielen aufgrund von Leistungen und Maßnahmen der öffentlichen Hand zufließen, *ohne* daß die Entstehung des Sondervorteils ein Ausfluß des Gleichheitsgebotes im Sinne der relativen Gleichheit ist und damit dem Gebot der Vorteilsgleichheit entsprechen würde. Es steht deshalb immer ein *Sondervorteil* in Frage und zwar ein Sondervorteil, welcher aufgrund einer staatlichen Leistung oder Maßnahme entstand, ohne daß dessen Entstehen Ziel und Zweck der staatlichen Maßnahme bildete¹². Es handelt sich beim Sondervorteil gleichsam um eine nicht beabsichtigte *Nebenwirkung* einer staatlichen Maßnahme. Der aufgrund der öffentlichen Leistung bewirkte Sondervorteil ist ein Vermögenswert, welchen der Begünstigte als wirtschaftlichen Wert auf dem Markt realisiert. In diesem Sinne ist vorausgesetzt, daß der Markt der entsprechenden Maßnahme eine wertbestimmende Bedeutung beimißt. Trifft dies nicht zu, so liegt kein wirtschaftlicher Sondervorteil vor. Ob ein wirtschaftlicher Sondervorteil gegeben ist, ist mithin eine *Tatfrage*. Ob und wie weit ein Sondervorteil abgeschöpft werden kann, ist demgegenüber eine *Rechtsfrage*.

2. Die Abschöpfung von Sondervorteilen wird nach der herrschenden Lehre nur als zulässig erachtet, wenn ein Rechtssatz sie vorsieht¹³. Dieser Hinweis auf das Legalitätsprinzip versteht sich im Rechtsstaat von selbst. Als normative Begründung reicht der Hinweis aber nicht aus, da die Frage offen ist, ob nicht durch die Sondervorteilsabschöpfung die Eigentumsgarantie verletzt wird. Die Grundfrage, die es demnach zu behandeln gilt, ist diejenige nach dem *verfassungsrechtlichen Schutz der wirtschaftlichen Sondervorteile durch die Eigentumsgarantie*¹⁴. Wird die Gewährleistung

¹² Der Mehrwert einer Liegenschaft aufgrund einer Erschließungsleistung ist nicht Inhalt und Gegenstand der staatlichen Maßnahme. Diese besteht in der Erschließung. Dies gilt auch für Zonierungsmehrwerte, Ausstattungsmehrwerte, Lagemehrwerte usw.

¹³ Dies verlangt das Legalitätsprinzip.

¹⁴ Die Frage des Verhältnisses zwischen Mehrwertabschöpfung und Eigentumsgarantie behandeln KUTTLER/ZAUGG, Rechtliche Grundfragen der Planungsrechtabschöpfung, a.a.O., S. 259ff. Sie gehen davon aus, daß die Mehrwertabschöpfung einen öffentlichrechtlichen Eingriff in das Vermögen der Grundwertabschöpfung, S. 259ff. Sie gehen davon aus, daß die Mehrwertabschöpfung einen öffentlichrechtlichen Eingriff in das Vermögen der Grundeigentümer

der dem Sondervorteil immanenten Vermögensrechte durch die Bestandesgarantie und durch die Vermögenswertgarantie bejaht, so können die Sondervorteile nur abgeschöpft werden, wenn die Verfassung einen entsprechenden Vorbehalt gegenüber der Bestandes- und der Vermögenswertgarantie kennt. Wird die Gewährleistung verneint, so läßt sich die Abschöpfung unter Hinweis auf die Rechtsgleichheit im Sinne einer allgemeinen Verhaltensnorm mit dem besonderen Inhalt der Vorteils- und Lastengleichheit begründen, da die Gewährung von Sondervorteilen die allgemeine Vorteilsgleichheit verletzt.

a) *Für den verfassungsrechtlichen Schutz der Vermögensrechte des Sondervorteils* spricht die Tatsache, daß die Vermögenswerte letztlich durch den Markt gebildet werden, indem der Markt in Kenntnis der Maßnahmen und Leistungen des Staates eine Höherbewertung vornimmt. Die Vermögenswerte bauen sich also im Rahmen des Marktes auf und «gehören» in diesem Sinne dem von der staatlichen Maßnahme Begünstigten. Sie bilden einen Bestandteil seines Vermögens. Die Rechtsfolge ist, daß die Sondervorteile nur abgeschöpft werden können, wenn die Verfassung einen entsprechenden Vorbehalt gegenüber der Eigentumsgarantie als Bestandes- und Vermögenswertgarantie kennt. Insbesondere muß ein Vorbehalt gegenüber der Vermögenswertgarantie gegeben sein, weil sonst die mit der Sondervorteilsabschöpfung verbundene Vermögenswerteinbuße entschädigt werden müßte, was gerade nicht der Sinn der Sondervorteilsabschöpfung ist. Die geltende, schwei-

darstelle. Dementsprechend müssen sie die Frage nach den Schranken der Institutsgarantie aufwerfen und das Verbot der konfiskatorischen Abgabe in Rechnung stellen. AUBERT/JAGMETTI, Ergänzungsgutachten, a.a.O., berühren diese Frage nicht. Da sie aber die Symmetrie zur materiellen Enteignung suchen, muß angenommen werden, daß sie ihrerseits davon ausgehen, die Mehrwertabschöpfung stelle einen Eingriff in die Eigentumsgarantie dar. Auch FRITZ FLEINER, Öffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung (zit. Kap. 4, Anm. 38), S. 93 Anm. 4, spricht von der Vorteilsabschöpfung als dem juristischen Gegenstück zur Schadenersatzpflicht des Staates. Vgl. ferner ZAUGG, Die Mehrwertabschöpfung nach dem Entwurf des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Raumplanung (oben Anm. 5), S. 230 ff.

zerische Verfassung enthält nun keine ausdrückliche Bestimmung über die Zulässigkeit von Sondervorteilsabschöpfungen im Sinne eines Vorbehaltes. Hingegen kann die Sondervorteilsabschöpfung als Eingriff in vermögenswerte Rechte und in diesem Sinne als Eigentumsbeschränkung verstanden werden, wenn auch mit Einschränkungen, weil mindestens die typischen Eigentumsbeschränkungen nicht auf die Übertragung von Vermögensrechten gerichtet sind¹⁵. Nimmt man aber an, es handle sich um eine Eigentumsbeeinträchtigung, so ist diese nur dann rechtmäßig, wenn sie – abgesehen vom gegebenen Vorbehalt gegenüber der Eigentumsgarantie – auf einer verfassungsmäßigen Befugnis beruht, wenn sie eine gesetzliche Grundlage besitzt, wenn sie im öffentlichen Interesse liegt und wenn sie der angestrebten Zielsetzung verhältnismäßig ist. Von besonderem Interesse ist die Voraussetzung der verfassungsmäßigen Befugnis. Im Rahmen der kantonalen verfassungsmäßigen Befugnisse beschränkte sich die Sondervorteilsabschöpfung im wesentlichen auf Tatbestände im Zusammenhang der Erschließung¹⁶. Die Erschließung stellt eine gezielte Leistung der öffentlichen Hand dar, welche einem beschränkten Kreis von Begünstigten Sondervorteile bringt. Demgegenüber wurde das Institut der Sondervorteilsabschöpfung nicht auf Maßnahmen ausgedehnt, die nicht gezielten Charakter haben, sondern allgemeiner Natur sind. Diese Rechtslage hat sich mit der Übertragung von Erschließungs- und Raumplanungsgesetzgebungskompetenzen auf den Bund grundsätzlich nicht geändert, zumal aus den Materialien keine Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, die Tatbestände der Sondervorteilsabschöpfung auf andere als gezielte Leistungen auszudehnen¹⁷. Damit ist die verfassungsmäßige Befugnis zur Ge-

¹⁵ Zum Begriff der Eigentumsbeschränkung siehe oben S. 131 ff.

¹⁶ Das kantonale Recht kennt die Sondervorteilsabschöpfung – sieht man von den Gebühren ab – nur als Vorzugslast (Beitrag).

¹⁷ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22^{ter} und 22^{quater} BV vom 15. August 1967, BBl 1967 II, S. 133 ff.; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 34^{sexies} BV über die Wohnbauförderung und einen Artikel 34^{septies} über die Allgemeinverbindlich-

setzung über die Sondervorteilsabschöpfung für die Tatbestände gezielter Leistungen – im Zusammenhang der Raumplanung und der Erschließung – auf Bundes- wie auch auf kantonaler Ebene gegeben. Es stehen gezielte Leistungen der Siedlungsinfrastruktur, der Ausnahmegewilligung und der Änderung der Rahmennutzungsordnung in Frage, wobei hinsichtlich der Ausstattungsmaßnahmen und der öffentlichen Verkehrseinrichtungen der Vorbehalt anzubringen ist, daß nur die wenigsten dieser Maßnahmen gezielte Leistungen darstellen. Sie sollen der Allgemeinheit zugute kommen¹⁸.

Die entscheidende Frage ist nun, ob das Aufstellen der Rahmennutzungsordnung eine gezielte Leistung darstellt gleich der Errichtung einer Straße, eines Kanals usw. Geht man auf ihre Funktion zurück, eine allgemeine Ordnung des Inhaltes des Grundeigentums im Bezugsgebiet des Planungsträgers herzustellen, so kann sie nicht als gezielte Leistung verstanden werden. Es handelt sich vielmehr um eine allgemeine Maßnahme, welche Sondervorteile verschafft. Damit sind die verfassungsmäßigen Grundlagen für die Sondervorteilsabschöpfung *de constitutione lata* für die Tatbestände der Rahmennutzungsordnung und ungezielter Maßnahmen der Ausstattung und öffentlicher Verkehrseinrichtungen nicht gegeben. Umgekehrt ist die verfassungsmäßige Befugnis zur Gesetzgebung über die Sondervorteilsabschöpfung für Sondervorteile als Folge gezielter raumplanerischer Maßnahmen und der Erschließung ausgewiesen und zwar als kostenabhängige Kausalabgabe.

erklärung von Verbandsvereinbarungen auf dem Gebiet des Wohnungswesens vom 30. Juni 1971, BBl 1971 II, S. 1657ff. – AUBERT/JAGMETTI, Ergänzungsgutachten, a.a.O., S. 52f., untersuchen die Frage nach der verfassungsmäßigen Befugnis zur Gesetzgebung über die Planungswertabschöpfung und bejahen diese, wenn die Wertsteigerung auf eine rechtliche oder tatsächliche Maßnahme des Gemeinwesens im Rahmen der Raumplanung zurückgeführt werden könne. Sie lassen aber den Vorteilstatbestand aufgrund der Rahmennutzungsordnung außer Betracht.

¹⁸ Im Ergebnis übereinstimmend mit AUBERT/JAGMETTI, Ergänzungsgutachten, a.a.O., S. 52f.

b) *Gegen den verfassungsrechtlichen Schutz der Vermögenswerte* und der entsprechenden Vermögensrechte als Ausfluß von Sonder-
vorteilen spricht die Tatsache, daß die Sondervorteile eine nicht
beabsichtigte Nebenwirkung einer öffentlichen Leistung darstellen,
welche insofern nicht dem Begünstigten zukommen sollen, als sie
nicht Gegenstand des Rechtsanwendungsaktes sind. Die Vermö-
gensewerte, die im Sondervorteil liegen, werden auf dem Markt
realisiert; ihre Entstehung geht wirtschaftlich betrachtet auf die
Leistung des Staates zurück. Diese Sicht kann ökonomisch noch
differenzierter analysiert werden, indem auf die Leistung des Staa-
tes auf der einen Seite und die wirtschaftliche Realisierung ohne
eigene Leistung auf der andern Seite aufmerksam gemacht wird.
So besehen entstehen die auf dem Markt realisierbaren Vermögen-
rechte des Sondervorteils, soweit sie auf die Leistung des Staates
zurückgeführt werden können, nicht im Vermögen des Begünstig-
ten und bilden deshalb nicht Vermögensrechte, die den Schutz der
Eigentumsgarantie genießen. Sie entstehen gleichsam außerhalb
des Eigentums und gehen nicht in das Eigentum des Begünstigten
über. Ihre Abschöpfung ist vorbehaltlich der gesetzlichen Grund-
lage gestützt auf das Gleichheitsgebot, das die Vorteilsgleichheit
verlangt, ein Postulat der Rechtsgleichheit und damit der Gerech-
tigkeit, liegt doch in den *Sondervorteilen* ein Verstoß gegen den
Grundsatz der Vorteils- und Lastengleichheit. Die materielle
Rechtsgrundlage für die Sondervorteilsabschöpfung liegt mithin in
Art. 4 BV über die Rechtsgleichheit und nicht in den Umschreibun-
gen der materiellen Aufgabenbereiche des Staates durch die Ver-
fassung, beispielsweise in den Verfassungsbestimmungen über die
Raumplanung, die Erschließung und den öffentlichen Verkehr.
Damit entfällt die Beschränkung auf gezielte Leistungen, wie sie
dem bisherigen Verständnis der materiellen Rechtmäßigkeitsvor-
aussetzungen der Sondervorteilsabschöpfung zugrundelag. Es kön-
nen und müssen demnach auch Sondervorteile abgeschöpft wer-
den, welche auf allgemeine Maßnahmen des Staates zurückgeführt
werden, wenn immer es sich um Sondervorteile im Sinne nicht
beabsichtigter Nebenwirkungen staatlicher Leistungen handelt,
deren vermögenswerte Rechte nicht Bestandteil des Schutzobjektes
der Eigentumsgarantie bilden. Hinsichtlich der Kompetenzzus-

scheidung Bund/Kantone kann der Bund die Sondervorteilsabschöpfung für den Bereich der Raumplanung entsprechend seiner Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Art. 22^{quater} Abs. 1 BV nur als Grundsatz regeln¹⁹. Bezüglich der Erschließungsgesetzgebungskompetenz kann die Sondervorteilsabschöpfung umfassend und abschließend geordnet werden²⁰. Im Rahmen der raumplanerischen Sondervorteilsabschöpfung fällt die Beschränkung auf gezielte Leistungen, wie sie oben erwähnt wurde, dahin, da sich die materielle Rechtmäßigkeit der Sondervorteilsabschöpfung nicht aus der materiellen Aufgabenumschreibung der Raumplanung ableitet, sondern direkt aus dem Grundsatz der Vorteilsgleichheit als Teil der Vorteils- und Lastgleichheit.

3. Die Entscheidung darüber, ob die im Sondervorteil liegenden Vermögensrechte den Schutz der Eigentumsgarantie genießen oder nicht, kann nicht sorgfältig genug getroffen werden, da er grundsätzlicher Natur ist. Zieht man aber in Erwägung, daß der Sondervorteil eine nicht beabsichtigte Wirkung des eine Leistung erbringenden oder eine Ordnung setzenden Staates ist, die nicht dem Begünstigten zukommen soll, so dürfte *der zweite Überlegungsgang* der folgerichtiger sein.

4. Daraus ergeben sich nun gewisse *Schlußfolgerungen*. Die Höhe der Abschöpfung ist grundsätzlich durch die Höhe des wirtschaftlichen Sondervorteils bestimmt. Das Vorteilsgleichheitsgebot und damit die Rechtsgleichheit ist nur gewahrt, wenn der ganze Sondervorteil abgeschöpft wird. Eine Überprüfung, ob durch die vollumfängliche Abschöpfung des Sondervorteils die Institutsgarantie, resp. die Eigentumsfreiheit als Grundrecht verletzt wird, ist nicht notwendig, da die Eigentumsgarantie nicht in Frage steht²¹. Hin-

¹⁹ Die Ausgestaltung der rechtlichen Regelung der Planungsmehrwertabschöpfung ist den Kantonen vorbehalten.

²⁰ Gemäß Art. 34^{sexies} Abs. 3 BV besitzt der Bund eine umfassende und abschließende Gesetzgebungskompetenz über das Erschließungsrecht bezüglich des Landes für den Wohnungsbau. Im übrigen liegt die verfassungsmäßige Befugnis bei den Kantonen.

²¹ Geht man umgekehrt davon aus, die Sondervorteilsabschöpfung stelle eine Eigentumsbeeinträchtigung dar, so ist das Verbot konfiskatorischer Abgaben zu

gegen dürfte es aus rechtsstaatlicher Vorsicht geboten sein, nur offensichtliche und erhebliche Sondervorteile abzuschöpfen, damit keinesfalls Vermögensrechte betroffen werden, die unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehen. Dafür sprechen auch Zweckmäßigungsgründe der Festlegung der Höhe des Sondervorteils, die sich praktischen Schwierigkeiten gegenüber sieht, zumal auf den Wert einer Liegenschaft nicht nur die ursächliche Leistung einwirkt, sondern auch andere Faktoren bestimmend sein können, welche die Ermittlung des verursachten, effektiven Sondervorteils erschweren²². Der Zeitpunkt des Entstehens des Rechts auf Abschöpfung fällt mit dem Zeitpunkt der erbrachten staatlichen Leistung resp. der vollendeten Maßnahme zusammen. Der Zeitpunkt der tatsächlichen Realisierung des Sondervorteils auf dem Markt ist nicht maßgebend, weil der Unrechtstatbestand, der in einem Verstoß gegen den Grundsatz der Vorteilsgleichheit besteht, bereits im Zeitpunkt der getätigten staatlichen Maßnahme (Leistung) erfüllt ist²³. Ob und wie weit die Fälligkeit der Abschöpfungsleistung des Begünstigten an den Staat hinausgeschoben wird, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit²⁴. Die Verwendung des abge-

beachten: IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II, 3. Aufl., Basel/Stuttgart 1968, S. 506; DERSELBE, Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Privateigentums als Schranke der Besteuerung (1960), in: Staat und Recht, S. 537ff.; KUTTLER/ZAUGG, Rechtliche Grundlagen der Planungswertabschöpfung, S. 260ff.

²² Bei der Berechnung des Sondervorteils ist vom Verkehrswert vor und nach der sich begünstigend auswirkenden Maßnahmen auszugehen, wobei die in Rechnung gestellten Verkehrswerte insofern hypothetische sind, als andere Faktoren, die gleichzeitig auf die Verkehrswertbildung eingewirkt haben, auszuklammern sind. Die Verkehrswerte sind also kritisch zu würdigen. Zur Berechnung der Verkehrswerte durch den Liegenschaftsschätzer WOLFGANG NÄGELI, Handbuch des Liegenschaftsschätzers, Zürich 1975, S. 104ff.

²³ Geht man umgekehrt davon aus, die Sondervorteilsabschöpfung stelle eine Eigentumsbeschränkung dar, so entsteht das Abschöpfungsrecht frühestens im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Eigentumsbeschränkung. Das Inkrafttreten vollzieht sich nicht ipso iure, es sei denn das positive Recht treffe eine entsprechende Regelung. Andernfalls muß die Eigentumsbeschränkung rechtskräftig verfügt sein.

²⁴ Als spätestester zweckmäßiger Zeitpunkt erscheint das Datum der Realisierung auf dem Markt.

schöpften Betrages für einen bestimmten Zweck ist eine Möglichkeit, doch kein Rechtmäßigkeitserfordernis²⁵. Die Sondervorteilsabschöpfung ist nicht ein Korrelat zur Minderwertentschädigung bei materieller Enteignung, weil eine Sondervorteilsabschöpfung die Eigentumsgarantie nicht berührt²⁶. Die Sondervorteilsabschöpfung ist eine kostenunabhängige Abgabe, da der Tatbestand des vor der Rechtsgleichheit nicht haltbaren Sachverhaltes des Sondervorteils erfüllt ist, unbeschrieben ob die den Sondervorteil auslösende Maßnahme kostenaufwendig ist oder nicht.

5. Da der moderne Staat mit seiner Leistungs- und Lenkungsverwaltung in zunehmendem Maße Ungleichheiten der Lasten und Vorteile setzt und setzen muß, kann das Problem der Sondervorteilsabschöpfung nicht ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Raumplanung und der Erschließung behandelt werden. Es drängt sich deshalb auf, die Sondervorteilsabschöpfung einer allgemeingültigen Regelung entgegenzuführen. Ohne die Fragwürdigkeit eines Vergleiches zu übersehen, kann auf die Ähnlichkeit zum privatrechtlichen Institut der ungerechtfertigten Bereicherung hingewiesen werden²⁷. Es gilt das Problem der Sondervorteile, die nicht dem Gebot der relativen Rechtsgleichheit entsprechen und darum einen Verstoß gegen die Vorteilsgleichheit darstellen, öffentlichrechtlich zu erfassen und die Sondervorteilsabschöpfung gesetzlich zu normieren²⁸.

²⁵ Wird die Sondervorteilsabschöpfung als Vorzugslast (Beitrag) behandelt, so ist die Zweckbindung der abgeschöpften Mittel gegeben.

²⁶ Die Entschädigungsgewährung im Falle materieller Enteignung stellt einen Ausfluß der Vermögenswertgarantie dar (Art. 22^{ter} Abs. 3 BV), während die Sondervorteilsabschöpfung die Eigentumsgarantie nicht betrifft, sondern ein Ausfluß von Art. 4 BV ist und die Eigentumsgarantie – auch als Vermögenswertgarantie – nicht berührt. Eine Symmetrie der rechtlichen Regelungen der Tatbestände der materiellen Enteignung und der Sondervorteilsabschöpfung kann deshalb mindestens in der rechtlichen Begründung nicht erreicht werden. Hingegen kann sie allenfalls im Ergebnis gefunden werden; auf alle Fälle scheint eine symmetrische Lösung dem Postulat der Gerechtigkeit nahe zu kommen. Anderer Auffassung AUBERT/JAGMETTI, *Ergänzungsgutachten*, a.a.O., S. 50ff., insofern als sie die Symmetrie auch in der rechtlichen Begründung suchen.

²⁷ Art. 62ff. OR.

²⁸ Die Sondervorteilsabschöpfung kann zum Gegenstand einer besonderen Ge-

C. Die Rechtsnatur der Sondervorteilsabschöpfung

1. Solange die Sondervorteilsabschöpfung keine allgemeine rechtliche Regelung erfahren hat, können besondere Rechtsinstitute des allgemeinen Verwaltungsrechts die Funktion der Sondervorteilsabschöpfung *substitutionsweise* übernehmen. Eine Milderung des nicht gerechtfertigten Ungleichheitstatbestandes kann mit der vertraglichen *Sondervorteilsausgleichung* verbunden sein, welche privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur sein kann. Der Mangel der Sondervorteilsausgleichung liegt darin, daß der Sondervorteil nicht auf den Staat zurückgeführt wird, sondern auf eine größere Zahl von Begünstigten verteilt wird. Eine hoheitliche Vorteilsabschöpfung kann in der *Vorzugslast* (Beitrag) liegen²⁹. Die Voraussetzungen sind aber nur dann gegeben, wenn der Sondervorteil auf eine gezielte Leistung zurückgeführt werden kann, die kostenaufwendig ist und die Kostenbeteiligung der Begünstigten sinnvoll und verhältnismäßig ist³⁰. Die Vorzugslast führt nicht notwendigerweise zu einer vollständigen Abschöpfung des Sondervorteils, da sie an das Kostendeckungsprinzip gebunden ist und weil bei der Kostenregulierung in der Regel auch andere Gesichtspunkte als diejenigen des Sondervorteils ins Gewicht fallen. Die *Gebühr* ist das öffentlichrechtliche Entgelt für die Inanspruchnahme der Verwaltung oder für die Benützung einer öffentlichen Anstalt. Sie vermag eine Substitutionsfunktion für die Abschöpfung von Sondervorteilen nur zu erfüllen, soweit die Inanspruch-

setzung gemacht werden. Eine Regelung im Zusammenhang mit der Enteignung ist nicht sinnvoll, da die Sondervorteilsabschöpfung die Eigentums-garantie nicht betrifft und deshalb mit der Enteignung im Ansatzpunkt nichts gemeinsam hat.

²⁹ Vorzugslasten (Beiträge) sind Abgaben, die vom Pflichtigen (Begünstigten) für die aus einer öffentlichen Leistung erwachsenden wirtschaftlichen Sondervorteile erhoben und einerseits nach den zu deckenden Kosten der Einrichtung, andererseits nach Maßgabe des dem Pflichtigen daraus erwachsenden Sondervorteils bemessen werden; BGE 90 I 81; 92 I 455; 93 I 103; 93 I 113; 97 I 334; 98 Ia 171.

³⁰ Zum Wesen der Vorzugslast IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung (oben Anm. 21), S. 514ff.

nahme der Verwaltung resp. der Anstalt als ein Sondervorteil betrachtet wird. Der Sondervorteil ist aber in diesem Fall keine ungewollte Nebenwirkung einer öffentlichen Leistung oder Maßnahme und deshalb kein Sondervorteil im Sinne dieser Ausführungen. Keine Substitutionsfunktion der Sondervorteilsabschöpfung kann die *Steuer* übernehmen, da diese voraussetzungslos geschuldet ist und nicht an eine Leistung oder Maßnahme des Staates anknüpft³¹.

Aus dieser Übersicht ergibt sich, daß keines der Substitute das allgemeine Problem der Sondervorteilsabschöpfung zu lösen vermag. Selbst die *Annahme eines neuen, ergänzenden Institutes sui generis*, das die Sondervorteilsabschöpfung auch für nicht gezielte und nicht kostenabhängige Maßnahmen und Leistungen des Staates zuläßt und das neben die Vorzugslast und die Gebühr tritt, vermag letztlich nicht zu befriedigen, weil auch für dieses Institut vom Abgabecharakter ausgegangen wird³². Es ist zu überlegen, ob überhaupt eine Abgabe in Frage steht; die Abgabe ist eine öffentliche Geldleistung, die zur Deckung des öffentlichen Finanzbedarfes dient³³. Das was aber bei der Sondervorteilsabschöpfung in Frage steht, das ist eine Rückforderung eines Vermögenswertes, der einem ungerechtfertigt Begünstigten in Verletzung der absoluten und relativen Vorteilsgleichheit als nicht beabsichtigte Nebenwirkung zugeflossen ist. Die Sondervorteilsabschöpfung ist nicht fiskalisch zu begründen, sondern nur gerechtigkeitsmäßig. Bei der

³¹ Steuern sind Abgaben, die nicht als Äquivalent für die staatliche Leistung oder eines besonderen Vorteils, sondern nach Maßgabe eines in der Person des Pflichtigen erfüllten wirtschaftlichen Tatbestandes erhoben werden: BGE 90 I 95; FRITZ FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts (oben Anm. 2), S. 421; IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung (oben Anm. 21), S. 101; ANDRÉ GRISEL, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970, S. 101.

³² Die Annahme eines Institutes sui generis vertreten KUTTLER/ZAUGG, Rechtliche Grundlagen der Planungswertabschöpfung, S. 257; AUBERT/JAGMETTI, Ergänzungsgutachten, a.a.O., S. 54.

³³ Zum Begriff der Abgabe vgl. FRITZ FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts (oben Anm. 2), S. 419f.: «Öffentliche Abgaben sind Geldleistungen, die der Staat oder ein anderer öffentlich-rechtlicher Verband den Bürgern zur Deckung des Finanzbedarfs einseitig auferlegt.»

Sondervorteilsabschöpfung geht es nicht darum, den Fiskus zu begünstigen, sondern die Vorteilsgleichheit wieder herzustellen. Es müßte deshalb ein allgemeines Institut geschaffen werden, das dem Staat die Abschöpfung von Sondervorteilen erlaubt, welche dem Grundsatz der Vorteilsgleichheit widersprechen³⁴. «Denn das Reichwerden am Staat ist seit den Tagen der Griechen bei jedem Bürgertum das Zeichen des Niederganges gewesen» (FRITZ FLEINER)³⁵.

2. Eine positivrechtliche Regelung der Sondervorteilsabschöpfung im Zusammenhang der Raumplanungsgesetzgebung behandelt nach dem Gesagten nur einen besonderen Ausschnitt aus der Problematik der Sondervorteilsabschöpfung. Sie betrifft das Institut der Sondervorteilsabschöpfung im Sachbereich der Raumplanung. Dieses müßte, um praktikabel zu sein, verdeutlichen, welche Tatbestände im Sinne der aufgezeigten Typologie sie erfassen will³⁶. Außerdem müßte klar erkennbar sein, ob die Substitute der Vorzugslast und der Vorteilsausgleichung sowie allenfalls eines Institutes sui generis zur Anwendung gelangen sollen, und auf welche Tatbestände. Als Vorzugslast kann die raumplanerische Sondervorteilsabschöpfung nur dort behandelt werden, wo der Sondervorteil durch eine gezielte Leistung verursacht wird, wo die Leistung kostenaufwendig ist und wo die Sondervorteilsabgabe zur Kostendeckung beitragen soll. Im wesentlichen können deshalb über die Vorzugslast nur die Sondervorteile gezielter Erschließungsmaßnahmen erfaßt werden. Weder die Maßnahme der Rahmennutzungsordnung, noch die ungezielten Maßnahmen der Ausstattung und der öffentlichen Verkehrseinrichtungen, noch die

³⁴ Dieses Institut kann allenfalls als subsidiäres ausgestaltet werden, das dann Platz greift, wenn die Institute der Vorzugslast und der Gebühr die Funktion der Sondervorteilsabschöpfung nicht zu erfüllen vermögen. Fiskalische Gesichtspunkte stellen in den Vordergrund KUTTLER/ZAUGG, Rechtliche Grundlagen der Planungswertschöpfung, S. 267.

³⁵ FRITZ FLEINER, Öffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung (zit. Kap. 4, Anm. 38), S. 123.

³⁶ Die Formulierung in Art. 37 BG über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974, BBl 1974 II, S. 816ff., vermag unter diesem Gesichtspunkt nicht zu befriedigen.

Ausnahmebewilligungen und auch nicht die Änderungen der Rahmennutzungsordnung erfüllen die Voraussetzungen der Vorzugslast. Es muß deshalb ergänzend auf ein Institut *sui generis* zurückgegriffen werden, das als kostenunabhängige Kausalabgabe verstanden werden kann. Dem Tatbestand des Verstoßes gegen die Vorteilsgleichheit dürfte hingegen nur ein allgemeines Institut gerecht werden, das auf die Rückerstattung eines ungerechtfertigten Sondervorteils gerichtet ist.

§ 15. Die öffentlichrechtliche Minderwertentschädigung

A. Typologie der Minderwertsfälle

1. Es liegt im Wesen des primär auf die Ordnungsfunktion ausgerichteten liberalen Rechtsstaates, daß er dem Problem der durch staatliches Handeln verursachten Minderwerte nicht von Anfang an grundsätzliche Bedeutung beimessen mußte, geht er doch davon aus, daß durch die Herrschaft des Rechtssatzes gleiche Tatbestände gleich und ungleiche ungleich behandelt werden. Im Gegensatz zur Problematik der Sondervorteile, die außerhalb ihrer Betrachtung blieb, erkannte jedoch die Lehre die Minderwertsfälle aufgrund von Eingriffen in vermögenswerte und nicht vermögenswerte Rechte. Diese entstehen zunächst durch *rechtswidrige Eingriffe* in vermögenswerte Rechte und nicht vermögenswerte Rechte, wie Leben, Gesundheit und Freiheit. Für die Behandlung dieser Minderwertsfälle wurde die Lehre und die entsprechende gesetzliche Ordnung der Amtshaftung, die als Staats- und/oder Beamtenhaftung ausgestaltet ist, entwickelt³⁷. Größere Probleme stellten sich für die Behandlung der Minderwertsfälle als Folge *rechtmäßiger Eingriffe*. Als ein solcher Tatbestand wird vorweg die formelle Enteignung erkannt, die einen auf Übereignung gerichteten Eingriff in vermögenswerte Rechte zum Gegenstand hat. Dazu kommen rechtmäßige Eingriffe in vermögenswerte Rechte, die nicht auf

³⁷ Vgl. dazu GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 520 ff.

Übereignung gerichtet sind. Ferner gehören zu den rechtmäßigen Eingriffen mit Minderwertsfolgen solche, die in nicht vermögenswerte Rechte vorgenommen werden³⁸.

2. Im modernen Leistungs- und Lenkungsstaat haben die rechtmäßigen Eingriffe in vermögenswerte Rechte durch nicht auf Übereignung gerichtete Maßnahmen erheblich an Bedeutung zugenommen. Es handelt sich vor allem um die wohlfahrtspolitischen Eingriffe der Nutzungsplanung, welche vermögenswerte Rechte betreffen, rechtmäßig sind und nicht eine Enteignung darstellen. Auch mit polizeilichen, rechtmäßigen Maßnahmen kann ein Eingriff in vermögenswerte Rechte verbunden sein und zwar nicht nur beim Störer, gegen den sich die polizeiliche Maßnahme wendet, sondern als Reflexwirkung auch beim Nichtstörer. So wirkt sich die Ziehung einer Baulinie, die aus Gründen des polizeilich motivierten Immissionsschutzes festgelegt wird und der Abwehr der konkreten Gefahr der Gesundheitsschädigung dient, als Eigentumsbindung oder sogar als Eigentumsbeeinträchtigung gegenüber den betroffenen Grundeigentümern aus, ohne daß sie Störer sind. Störer ist nämlich der Verkehr. Während der Störer keinen Anspruch auf Ersatzpflicht hat, weil er bei der Ausübung seiner Rechte die Polizeigüter zu schützen hat, können die Minderwerts-

³⁸ Die Unterscheidung zwischen rechtswidrigen und rechtmäßigen Eingriffen verliert immer mehr an Bedeutung, indem die Eigentumsgarantie als allgemeiner Rechtsgrund für Entschädigungen infolge hoheitlicher Eingriffe in vermögenswerte Rechte betrachtet wird, unabhängig davon, ob der Eingriff ein rechtmäßiger oder rechtswidriger ist; so die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes. Vgl. dazu FRIEDRICH KREFT, *Aufopferung und Enteignung, Begriffe und Grundsätzliches in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, Schriftenreihe Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 84/85, Karlsruhe 1968, S. 5 ff. Der Rechtsgrund für die Schadenersatzpflicht bei Eingriffen in nicht vermögenswerte Rechte wird in der Aufopferung gesehen. Diese bildet einen Satz des Gewohnheitsrechts mit Verfassungsrang. Die deutsche Lehre ist dargestellt bei HANS J. WOLFF/OTTO BACHHOF, *Verwaltungsrecht*, Bd. I, 9. Aufl., München 1974, S. 524 ff. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung ist auf die Schweiz nicht übertragbar, da sich die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen grundsätzlich unterscheiden. Der Unterschied bezieht sich vor allem auf die sog. Junktin-Klausel. Siehe dazu unten Anmerkung 41.

fälle der von der polizeilichen Maßnahme Betroffenen nicht unbeachtet bleiben³⁹.

3. Die *rechtliche Begründung der Ersatzpflicht* hoheitlicher, rechtmäßiger Schadenszufügungen wird sehr unterschiedlich behandelt⁴⁰. Die deutsche Lehre sieht sich besonderen Schwierigkeiten gegenüber, weil die Bestimmung des Grundgesetzes über die Eigentumsgarantie die sogenannte «Junktim-Klausel» setzt, welche verlangt, daß die Entschädigung im entsprechenden Gesetz angemessen geregelt wird⁴¹. Es stellt sich für sie die Frage, woher sich die Entschädigungsansprüche in jenen Fällen herleiten, in denen eine gesetzliche Regelung fehlt. Nach der schweizerischen Bundesverfassung ist von Verfassungs wegen bei Enteignung und bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen (materielle Enteignung) volle Entschädigung zu gewährleisten⁴². Die Ersatzpflicht für Minderwerte als Folge von rechtmäßigen Eingriffen in vermögenswerte Rechte kann mithin unmittelbar aus der Eigentumsgarantie abgeleitet werden. Dieser Rechtsgrund ist auch dann beachtlich, wenn eine entsprechende gesetzliche Regelung fehlt⁴³. Die Eigentumsgarantie bildet hingegen keinen Rechts-

³⁹ Der allgemeine Satz, wonach polizeiliche Eingriffe in vermögenswerte Rechte nicht zu einer materiellen Enteignung führen, kann in dieser absoluten Formulierung nicht aufrechterhalten werden. Er gilt bezüglich des Störers. Entschädigungslos sind also nur polizeiliche Maßnahmen, die sich gegen den Störer wenden und die konkrete Gefahren für ein polizeilich geschütztes Gut abwenden. Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtes und zur Kritik vgl. ULRICH ZIMMERLI, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur materiellen Enteignung, Zbl 1974, S. 152 f.; SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 187 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu die Darstellungen der verschiedenen Lehrmeinungen bei HOLZACH, Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen und expropriationsähnlicher Tatbestand, S. 94 ff.; GUENG, Die allgemeine rechtsstaatliche Entschädigungspflicht, S. 133 ff.; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Bd. IV, 1. Abt., 1. Teilb. (Das Eigentum), S. 163 f.; SCHAUMANN, Die Landesplanung im schweizerischen, englischen und französischen Recht, S. 213 ff. Siehe ferner unten S. 203 ff.

⁴¹ Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Art. 14 Abs. 3. Zur Junktim-Klausel vgl. FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, S. 349; WOLFF/BACHOF, Verwaltungsrecht (oben Anm. 38), Bd. I, S. 550 ff.

⁴² Art. 22^{ter} Abs. 3 BV.

⁴³ Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Entschädigung im Sinne der Junktim-Klausel fällt deshalb für das schweizerische Recht außer Betracht. Bereits vor

grund für die Ersatzpflicht bei Eingriffen in nicht vermögenswerte Rechte, da Schutzobjekt der Eigentumsgarantie nur vermögenswerte Rechte sind. Die Ersatzpflicht für diese Minderwerte kann ihren Rechtsgrund in der *Rechtsgleichheit* finden, die das Rechtspostulat der Lastengleichheit in sich schließt. So besehen kann auch die Rechtsgleichheit einen Rechtsgrund für die Ersatzpflicht bilden⁴⁴.

4. Um die rechtliche Behandlung der Minderwertsfälle der Raumplanung eingehender beleuchten zu können, ist es unerlässlich, sie tatbestandsmäßig festzuhalten. Wie bei den Vorteilsfällen ist es notwendig, eine *Typologie der Minderwertstatbestände* zusammenzustellen, welche die Anwendungsfälle aufzeigt und welche die Überprüfung der zweckmäßigen Erfassung der erheblichen Tatbestände erlaubt.

Gleich wie bei der Typologie der Vorteilsfälle ist auf die *vergleichenden Kriterien* der Art der Maßnahme des Staates und der Art der Schädigung abzustellen, weil nur aufgrund beider Kriterien auf die Rechtmäßigkeit einer Schadloshaltung geschlossen werden kann⁴⁵. Im Zusammenhang der Raumplanung sind diejenigen Maßnahmen hervorzuheben, welche durch die Rahmennutzungsordnung, durch Infrastrukturmaßnahmen und durch Ausnahmegewilligungen verursacht werden.

Die Rahmennutzungsordnung stellt, wie wir gezeigt haben, an sich nicht einen Eingriff in vermögenswerte Rechte dar. Sie gibt vielmehr dem Grundeigentum einen differenzierten Inhalt und führt zu einer unterschiedlichen Begünstigung. Damit kommt dem Problem der Minderwertentschädigung grundsätzlich betrachtet nicht die Bedeutung zu, wie gemeinhin angenommen wird. Eingriffe in das Vermögen entstehen vor allem durch *Änderungen der Rahmennutzungsordnung*. Diese haben im Zusammenhang mit der

der Aufnahme der Regelung der materiellen Enteignung in die Bundesverfassung äußerte sich GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 526ff., in diesem Sinne. Vgl. ferner MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (oben Anm. 40), S. 162f.

⁴⁴ Art. 4 BV.

⁴⁵ Siehe oben S. 183ff. Das Fehlen einer Typologie beklagt die KOMMISSION FÜR DIE REFORM DES ZÜRCHERISCHEN BODENRECHTS, Schlußbericht, S. 199.

Einführung der Raumplanung, welche für den ganzen Raum und nicht nur für das Baugebiet eine Nutzungsordnung aufstellt, erhebliche Bedeutung. Sie spielen aber auch eine gewichtige Rolle bei Abzonungen, durch welche die Nutzungsintensität hinsichtlich der baulichen Nutzungsfreiheit gemindert wird, sodann bei Rückzonungen, durch welche eine oder mehrere Parzellen aus den Bauzonen einer Bauverbotszone zugeordnet werden. Im Zusammenhang der *Infrastrukturmaßnahmen* – als raumplanerische und nicht als bauliche Maßnahme – sind rechtmäßige Eingriffe nur dort vorstellbar, wo durch eine Änderung entsprechender Verpflichtungen zulasten des Gemeinwesens Infrastrukturmaßnahmen nicht erstellt werden, obwohl sie hätten erstellt werden müssen. Die Rücknahme einer *Ausnahmebewilligung* kann ihrerseits rechtmäßig sein und einen Minderwert verursachen.

Zusätzlich ist zu beachten, daß der Markt, welcher dem Eigentümer einer Sache ausgehend von den öffentlichen Maßnahmen einen höheren oder kleineren Verkehrswert zuerkennt, auch bereits auf Maßnahmen reagiert, welche noch nicht ergriffen sind, von denen aber angenommen wird, daß sie ergriffen werden. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob der aus dem *Nichteintreffen einer erwarteten Maßnahme* entstandene Minderwert am Verkehrswert erheblich ist. Diese Minderwertfälle sind der zukunftsgerichteten Orientierung des Bodenmarktes wegen erfahrungsgemäß eine Tatsache.

Die raumplanerischen Minderwertfälle können im Sinne der vorstehenden Ausführungen wie folgt zusammengestellt werden:

Maßnahme	Tatbestände
1. <i>Rahmennutzungsordnung</i>	a) Änderung der Rahmennutzungsordnung durch – Zuordnung einer Parzelle zu einer Zone geringerer Nutzungsintensität – Zuordnung einer Parzelle in eine Bauverbotszone oder in die Bauerwartungszone b) Nichtvornahme einer erwarteten Zuordnung einer Parzelle in eine Bauzone oder in eine Zone höherer Nutzungsintensität

Maßnahme	Tatbestände
<i>2. Siedlungsinfrastruktur</i>	
– Erschließung	a) Nichtbetreiben einer Erschließungsanlage b) Nichterstellen einer erwarteten Erschließungsanlage
– Ausstattung	a) Nichtbetreiben einer Ausstattungseinrichtung b) Nichterstellen einer erwarteten Ausstattungseinrichtung
– öffentliche Verkehrseinrichtungen	a) Nichtbetreiben einer öffentlichen Verkehrseinrichtung b) Nichterstellen einer erwarteten öffentlichen Verkehrseinrichtung
<i>3. Ausnahmegewilligung</i>	
	a) Rücknahme einer erteilten Ausnahmegewilligung oder einer Sondernutzungsordnung b) Nichterteilen einer erwarteten Ausnahmegewilligung oder Nichtzuordnung einer Parzelle zu einer Sondernutzungsordnung

B. Normative Voraussetzungen der Minderwertentschädigung

1. Durch das Aufzeigen der raumplanerisch relevanten Minderwertfälle ist noch keineswegs ausgedrückt, daß sie einen rechtserheblichen Minderwerttatbestand darstellen. Es ist lediglich dargetan, bei welchen raumplanerisch relevanten Sachverhalten der Markt erfahrungsgemäß mit einer negativen Anpassung des Verkehrswertes reagiert. Geht es aber um die Frage nach dem *rechtserheblichen* Minderwerttatbestand, so ist die Frage nach dem normativen Grund gestellt, welcher über die Rechtserheblichkeit befindet. Dieser normative Grund kann nicht ein rechtstheoretischer sein, beispielsweise die Sonderopfertheorie⁴⁶, die Übereignungs-

⁴⁶ OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl., München/Leipzig 1917, S. 516 ff., insbesondere S. 547 ff. (1. Aufl., Leipzig 1896, S. 345 ff.).

theorie⁴⁷, die Unternehmenstheorie⁴⁸, die Einzelakttheorie⁴⁹ usw., sondern nur ein in einer rechtlichen Norm liegender. Diese Norm aber ist in einer geltenden Verfassung zu suchen.

2. Die Übersicht über die Tatbestände der raumplanerischen Minderwerttatbestände hat gezeigt, daß durchwegs *Eingriffe in vermögenswerte Rechte* in Frage stehen⁵⁰. Sie macht des weitern deutlich, daß die Minderwerttatbestände *Ausnahmetatbestände* gemessen an einer raumplanerischen Ordnung sind, die grundsätzlich begünstigender Natur ist. Der erste Sachverhalt legt es nahe, die normative Begründung für die Ersatzpflicht und damit für die Rechtserheblichkeit der Tatbestände in der Eigentumsgarantie zu suchen, welche die vermögenswerten Rechte schützt. Die zweite Feststellung weist eher auf eine Abweichung gegenüber der Rechtsgleichheit im Sinne der Lastengleichheit hin, so daß der normative Grund der Ersatzpflicht in der Rechtsgleichheit liegen könnte.

Die Berufung auf die Rechtsgleichheit erweist sich nun aber als nicht haltbar, nachdem zwischen Raumplanung und Rechtsgleichheit ein Antinomieverhältnis ausgewiesen wurde und die Bedeutung der Rechtsgleichheit im Zusammenhang der Raumplanung im wesentlichen auf das Willkürverbot beschränkt wurde⁵¹. Sind die Minderwerte aber eine Folge der Verletzung des Willkürverbotes,

⁴⁷ MARTIN WOLF, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe für Wilhelm Kahl, Tübingen 1923, S. 24ff.

⁴⁸ WALTER JELLINEK, Gutachten über die Frage: Empfiehlt es sich, die dem Artikel 153 der Reichsverfassung zugrundeliegende Unterscheidung zwischen dem Begriff der ohne Entschädigung zulässigen Eigentumsbeschränkung und der zur Entschädigung des Betroffenen verpflichtenden Enteignung durch ein Reichsgesetz zu klären und für die Rechtsanwendung maßgebend festzustellen?, Verhandlungen des 36. deutschen Juristentages, Bd. I, Berlin/Leipzig 1931, S. 292ff.

⁴⁹ GERHARD ANSCHÜTZ, Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919, Kommentar, 14. Aufl., Berlin 1933, S. 711ff.

⁵⁰ Die Behandlung der Eingriffe in nicht vermögenswerte Rechte kann deshalb unter dem Gesichtspunkt der Raumplanung außer Betracht fallen. Da die Eigentumsgarantie als Rechtsgrund für die Entschädigung für die Tatbestände der Eingriffe in nicht vermögenswerte Rechte außer Betracht fällt, kommt nur die Rechtsgleichheit – Art. 4 BV in der Ausgestaltung als Lastengleichheit – als Rechtsgrund in Frage.

⁵¹ Siehe oben S. 77ff.

so steht nicht mehr ein rechtmäßiger Eingriff in Frage, sondern ein rechtswidriger; die Entschädigungspflicht ist alsdann nach den Rechtsnormen der Staats- und Beamtenhaftung zu behandeln⁵². Somit kann der normative Grund für eine Entschädigung im Falle rechtmäßiger Eingriffe in vermögenswerte Rechte bezüglich raumplanerischer Tatbestände nicht in der Rechtsgleichheit, sondern nur in der *Eigentumsgarantie* selbst liegen. Diese Feststellung drängt sich um so mehr auf, als die positivrechtliche Regelung der Eigentumsgarantie eine ausdrückliche Ordnung der Behandlung von Minderwertsfällen aufgrund von rechtmäßigen Eingriffen in vermögenswerte Rechte enthält⁵³. Diese Regelung *de lege lata* bringt es mit sich, daß für alle Fälle – und nicht nur bezüglich der Raumplanung – rechtmäßiger Eingriffe in vermögenswerte Rechte der normative Grund der Ersatzpflicht in der Eigentumsgarantie liegt. Der Hinweis auf die Rechtsgleichheit kann deshalb außer Betracht fallen⁵⁴.

Die Eigentumsgarantie hat nicht nur die Eigentumsfreiheit, son-

⁵² Der materielle verfassungsrechtliche Geltungsgrund für die Normen über die Staats- und Beamtenhaftung kann, sofern es sich um Eingriffe in vermögenswerte Rechte handelt, in der Eigentumsgarantie gesehen werden. Die Beschränkung der Ersatzpflicht gemäß Art. 22^{ter} Abs. 3 BV auf die materielle Enteignung erweist sich aber als fragwürdig, es sei denn, das Verständnis des Begriffs der materiellen Enteignung werde aus der Analogie zur formellen Enteignung herausgelöst. Bezüglich der Eingriffe in nicht vermögenswerte Rechte kommt nur Art. 4 BV als materieller Geltungsgrund in Frage.

⁵³ Art. 22^{ter} Abs. 3 BV.

⁵⁴ Im gleichen Sinne SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 186; AUBERT/JAGMETTI, Die Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs vom 14. Oktober 1970 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, Gutachten vom 28. Mai 1971, WuR 1971, S. 181. Diejenigen Lehren, welche ausschließlich auf die Rechtsgleichheit abstellten, sind vor der positivrechtlichen Ordnung des Art. 22^{ter} BV formuliert worden. Die Rechtsgleichheit als normativen materiell-verfassungsrechtlichen Geltungsgrund bejahen: GUENG, Die allgemeine rechtsstaatliche Entschädigungspflicht, S. 223; SCHAUMANN, Die Landesplanung im schweizerischen, englischen und französischen Recht, S. 223 ff. Die Rechtsgleichheit im Sinne der Lastengleichheit muß hingegen als materiell-verfassungsrechtlicher Geltungsgrund für die Ersatzpflicht im Falle rechtswidriger und rechtmäßiger Eingriffe in nicht vermögenswerte Rechte angesprochen werden.

dern auch die Bestandesgarantie und die Vermögenswertgarantie zum Inhalt. Nach der Bestandesgarantie sind die vermögenswerten Rechte, die auf dem Markt und insbesondere auf dem Bodenmarkt gebildet werden, in ihrem Bestehen geschützt. Eingriffe in diese Vermögensrechte sind – grundsätzlich betrachtet – nach der *Vermögenswertgarantie* zu entschädigen und zwar unabhängig davon, ob der Eingriff ein schwerer oder minder schwerer ist, und unabhängig davon, ob das Maß der Vermögenseinbuße ein bedeutendes oder weniger bedeutendes ist. Dieser grundsätzlichen Idee folgend – wenn sie vorbehaltlos verwirklicht wäre – würde jeder Eingriff, welcher eine Minderung der vermögenswerten Rechte bewirkt, einen rechtserheblichen Tatbestand darstellen, welcher zur Entschädigungspflicht führt. Gegenüber einer so umfassend verstandenen Vermögenswertgarantie enthält nun aber die geltende Verfassung einen *Vorbehalt*, der die Entschädigungspflicht einschränkt und zwar auf die Tatbestände der Enteignung und der Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen⁵⁵. Mithin sind nur jene Sachverhalte rechtserhebliche Minderwertstatbestände, die als Eigentumsbeschränkungen (Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen) einer Enteignung gleichkommen, sieht man von der formellen Enteignung ab, die als entschädigungspflichtiger Tatbestand unbestritten ist.

3. *Ein enteignungsähnlicher Eingriff* in vermögenswerte Rechte liegt strictu sensu nur dann vor, wenn ein gezielter Eingriff gegeben ist, ist doch die Ausrichtung auf ein bestimmtes Ziel neben der Übereignung, welche als Vergleichsmoment hier außer Betracht fällt, das hervortretende Charakteristikum der formellen Enteignung. Damit würden alle ungezielten Eingriffe der Raumplanung von vornherein als rechtserhebliche Tatbestände der Ersatzpflicht ausscheiden. Dies war aber nicht die Meinung des historischen Verfassungsgesetzgebers, der die Entschädigungspflicht in Anlehnung an die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung begrün-

⁵⁵ Art. 22^{ter} Abs. 3 BV. Der Begriff «Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen» (materielle Enteignung) ist nicht mehr ein Begriff der Theorie und der Rechtsprechung, sondern ein Rechtsbegriff, der auszulegen ist.

det wissen wollte, welche sachlich und sprachlich eine Analogie zur formellen Enteignung suchte, tatsächlich aber auch ungezielte Eingriffe einbezog⁵⁶. Weil aber im Verfassungstext vom Wortlaut her dennoch die Analogie zur formellen Enteignung anklingt, kann dies nur bedeuten, daß sich diese auf die *Intensität, die Schwere des Eingriffs* bezieht. Sie könnte sich außerdem auf das Maß der Vermögenseinbuße beziehen, wie sie üblicherweise mit einer Enteignung verbunden ist. Ein enteignungsgleicher Eingriff liegt von daher betrachtet dann vor, wenn es sich um einen schweren Eingriff in vermögenswerte Rechte handelt. Die Schwere des Eingriffs kann nun aber entweder am unbeschränkten Eigentum oder an der Abweichung von der besonderen Ordnung des Inhaltes des Eigentums gemessen werden. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht von den Befugnissen aus, wie sie aus dem Eigentum fließen und sieht einen schweren Eingriff dann als gegeben, wenn der bisherige oder voraussehbare Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil dem Eigentümer eine wesentliche aus dem Eigentum fließende Befugnis entzogen wird⁵⁷. Mit dieser Anknüpfung involviert das Bundesgericht die Annahme eines unbeschränkten Eigentums, das es als Grundeigentum nicht gibt, weil dieses durch die Rahmennutzungsordnung einen differenzierten und objektivierten Inhalt erhält⁵⁸. Wenn die bundesgerichtliche Rechtsprechung annimmt, eine enteignungsähnliche Eigentumsbeschränkung liege auch dort vor, wo der Eingriff zwar weniger weit gehe, ein einziger oder einzelne Grundeigentümer jedoch so betroffen werden, daß ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit als unzumutbar erschiene, wenn hier-

⁵⁶ In diesem Sinne AUBERT/JAGMETTI, Die Verfassungsmäßigkeit des Entwurfes vom 14. Oktober 1970 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, a.a.O., S. 181; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22^{ter} und 22^{quater} BV vom 15. August 1967, BBl 1967 II, S. 133 ff.

⁵⁷ BGE 91 I 329 ff.; 96 I 357; 98 Ia 384 f.

⁵⁸ Immerhin ist zu beachten, daß das Bundesgericht das Ausmaß an Beschränkung der Rechte des Eigentümers über die Sache zum Kriterium der Entschädigungspflicht erhebt und nicht die Vermögenswerteinbuße.

für keine Entschädigung geleistet würde, geht sie über die Analogie zur Enteignung hinaus. Dieser weitergehende Tatbestand entspricht Billigkeitserwägungen und nicht der Analogie zur Enteignung. Hingegen läßt sich die Beschränkung der Entschädigungspflicht auf Tatbestände, die sich in naher Zukunft sehr wahrscheinlich verwirklicht hätten, aus der Analogie zur formellen Enteignung heraus begründen, da auch bei der formellen Enteignung nicht auf Vermögensrechte abgestellt werden kann, die ihre Begründung in Maßnahmen haben, die sich erst in absehbarer oder nicht absehbarer Zukunft verwirklichen⁵⁹.

4. Die Ausrichtung des Tatbestandes der materiellen Enteignung auf die Analogie zur formellen ist durch den Verfassungstext gegeben⁶⁰. Hingegen ist die Frage als offen zu betrachten, ob die *Schwere des Eingriffes* statt an den unbeschränkten Eigentumsrechten nicht *am objektivierten und differenzierten Inhalt des Eigentums* gemessen werden muß, wie er durch die Rechtsordnung und insbesondere durch die Rahmennutzungsordnung konstituiert wird. Nachdem dargelegt wurde, daß das Grundeigentum einen objektivierten und differenzierten Inhalt hat, wird der Begriff der Schwere des Eingriffes notwendigerweise ein relativer, nämlich relativ der konkreten Ordnung, von der durch zusätzliche Eigentumsbindungen resp. Eigentumsbeeinträchtigungen abgewichen wird. Überblickt man die Typologie der Minderwertfälle, so kann nicht übersehen werden, daß sich diese als Folge von Ausnahmehandlungen ergeben. Sie entstehen durch ein Abweichen von der begünstigenden Ordnung. Es kommt also nicht darauf an, ob der Eingriff wesentliche Befugnisse eines abstrakt verstandenen Eigentums berührt, sondern darauf, ob der Eingriff – gemessen an der objektivierten, differenzierten Ordnung – im Einzelfall ein schwerer ist. Vereinfacht kann man sagen, den Eigentümer müsse gemessen an der objektivierten und differenzierten Ordnung des Eigentums ein Sondernachteil treffen, der sich jedoch nicht an der Zahl der Be-

⁵⁹ BGE 91 I 338/339; 98 Ia 384, welcher den Entscheid *Barret* bestätigt; vgl. ferner BGE 93 I 342; 93 I 711; 95 I 460; 96 I 355; 97 I 634.

⁶⁰ Der Wortlaut des Artikels 22^{ter} Abs. 3 BV legt diese Analogie nahe.

troffenen als solcher erweist, sondern gemessen an der bisherigen geltenden oder an der voraussehbar in naher Zukunft sehr wahrscheinlichen geltenden. In diesem Sinne liegt gemäß Art. 22^{ter} Abs. 3 BV ein *enteignungsähnlicher Eingriff* dann vor, wenn die gegenwärtigen oder in naher Zukunft sehr wahrscheinlichen Verfügungs- und/oder Nutzungsmöglichkeiten gemäß der bisherigen oder voraussehbar geltenden Ordnung der Rechte des Eigentümers durch (zusätzliche) Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen in schwerer Weise eingeschränkt oder aufgehoben werden. Raumplanerisch relevante enteignungsähnliche Eingriffe liegen dann vor, wenn die gegenwärtigen oder in naher Zukunft sehr wahrscheinlichen Nutzungsmöglichkeiten gemäß der bisherigen oder voraussehbar geltenden Ordnung der Rechte des Eigentümers durch (zusätzliche) Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen in schwerer Weise eingeschränkt oder aufgehoben werden.

Diese Begriffsbeschreibung führt zu *keiner* grundlegenden Änderung der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁶¹. Verdeutlicht ist hingegen, daß von den konkreten Verfügungs- und Nutzungsmöglichkeiten gemäß der geltenden resp. der voraussehbar geltenden Ordnung insbesondere des Nutzungsplanungs- und des Siedlungsinfrastrukturrechtes auszugehen ist und nicht von einem unbeschränkten Eigentum. Diese Ausrichtung gilt es sowohl bei der Würdigung der Schwere des Eingriffes als auch bei der Festsetzung des Verkehrswertes, wie er vor und nach dem schweren Eingriff anzunehmen ist, zu beachten. Für die Beurteilung der Vermögenseinbuße können demnach nur die Verkehrswerte bezüglich der konkreten Verfügungs- und Nutzungsmöglichkeiten vor und nach der den Minderwert verursachenden Maßnahme erheblich

⁶¹ Zumal das Bundesgericht nicht von der Vermögenswerteinbuße als solcher ausgeht, sondern vom Ausmaß der Beschränkung der Rechte des Eigentümers über die Sache; immer ist aber zu beachten, daß sich das Ausmaß der Beschränkung nicht am uneingeschränkten Eigentum mißt, sondern an der Ordnung der Verfügungs- und Nutzungsmöglichkeit. Eine Entschädigungsregelung, die im Falle der materiellen Enteignung von einem unbeschränkten Eigentum ausgeht, privilegiert den materiell Enteigneten und diskriminiert alle, welche die Eingriffe entschädigungslos tragen müssen.

sein⁶². Eine allgemeine Aussage, wonach Eigentumsbindungen nicht zu einer materiellen Enteignung führen, kann nicht gemacht werden. Da die Schwere des Eingriffes ein relativer Begriff ist, muß in jedem Einzelfall einer Eigentumsbindung untersucht werden, ob der Eingriff nicht doch ein schwerer ist. So kann mit einer Abzonung einer Parzelle im Wohngebiet aus der Nutzungsintensitätsstufe 4 auf die Stufe 1 durchaus ein relativ schwerer Eingriff verbunden sein.

5. Ob die Voraussetzungen der materiellen Enteignung erfüllt sind, muß im *Einzelfall* geklärt werden und zwar unter Berücksichtigung der konkreten Verfügungs- und Nutzungsmöglichkeiten. Keine materielle Enteignung kann mit Maßnahmen der Ausstattung und der öffentlichen Verkehrseinrichtungen verbunden sein, solange diese keine rechtliche Voraussetzungen der Nutzungsmöglichkeiten bilden. In allen andern Sachverhalten, wie sie gemäß der Typologie aufgezeigt wurden⁶³, kann ein rechtserheblicher Tatbestand der Ersatzpflicht liegen. Insbesondere kann auch das Nichterstellen oder Nichtbetreiben einer Erschließungsanlage in der Bauzone zu einer materiellen Enteignung führen, zumal die Erschließung in der Bauzone nicht nur voraussehbar ist, sondern auf sie sogar ein Rechtsanspruch besteht. Dasjenige Land, das in einer Zeit der Bauzone zugeteilt wurde, in der davon ausgegangen

⁶² Es kann deshalb nicht auf die effektiven Verkehrswerte vor und nach der Eigentumsbeschränkung abgestellt werden, um die Vermögenswerteinbuße festzustellen. Es muß vielmehr ein Verkehrswert ermittelt werden, wie er gemessen an den konkreten Verfügungs- und Nutzungsmöglichkeiten bestehen würde. Wird nicht auf diesen hypothetischen Verkehrswert abgestellt, so wird die Annahme involviert, der Markt bestimme über die Verfügungs- und Nutzungsmöglichkeiten und mithin beispielsweise über die Baulandqualität. Bei der Festsetzung der Verkehrswerte sind deshalb auch diejenigen Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen in Rechnung zu stellen, welche unentgeltlich hingenommen werden müssen. Dieser Auffassung widerspricht die Rechtsprechung des zürcherischen Verwaltungsgerichtes, welche nicht auf das Ausmaß an Beschränkung der Verfügungs- und Nutzungsmöglichkeiten – auch nicht im Sinne des Bundesgerichtes –, sondern auf die Vermögenswerteinbuße abstellt. Vgl. dazu KOMMISSION FÜR DIE REFORM DES ZÜRCHERISCHEN BODENRECHTS, Schlußbericht, S. 198.

⁶³ Siehe oben S. 202 ff.

wurde, es bestehe kein Rechtsanspruch auf Erschließung, und das in naher Zukunft nicht erschlossen worden wäre, kann ohne materielle Enteignungsentschädigung sogar in die Landwirtschaftszone zurückgezont werden, da eine bauliche Nutzungsmöglichkeit weder gegeben noch in naher Zukunft sehr wahrscheinlich war. Eine positivrechtliche Regelung, welche die entschädigungslose Rückzonung aus der Bauzone vorsieht, muß als Übergangsbestimmung verstanden werden, weil in der Bauzone nach dem neueren Raumplanungsrecht einer den ganzen Raum umfassenden Raumplanung Baufreiheit und mithin ein Rechtsanspruch auf Erschließung besteht⁶⁴. Die Zuweisung einer Bauzonenlandparzelle in das Bauentwicklungsgebiet, das in absehbarer Zeit wieder der Bauzone zugeteilt werden soll, stellt keine materielle Enteignung dar, weil dies kein schwerer Eingriff ist, zumal die bauliche Nutzungsmöglichkeit nicht aufgehoben, sondern nur aufgeschoben wird. Ob diese generelle Aussage im Einzelfall wirklich haltbar ist, hängt unter anderem von der Zweckumschreibung der Bauentwicklungszone ab.

6. Die Beschränkung der Entschädigungspflicht auf enteignungsähnliche Eingriffe ist als positivrechtliche Ordnung auf Verfassungsebene eine mögliche. Die Ausrichtung auf eine Analogie zur formellen Enteignung ist aber fragwürdig, weil es sich gezeigt hat, daß das Vergleichskriterium der Schwere des Eingriffes im Tatbestand der materiellen Enteignung relativiert werden muß und keinen absoluten Maßstab bildet. Es stellt sich deshalb die *Frage, ob es sich bei «der Eigentumsbeschränkung, die einer Enteignung gleichkommt»*⁶⁵ um einen sachgerechten Vorbehalt handelt und ob

⁶⁴ Das Bundesgesetz über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974, BBl 1974 II, S. 816ff., läßt diese Frage offen. Aus Art. 48 Abs. 2 kann zwar durch Umkehrschluß geschlossen werden, daß Bauzonenland, das in absehbarer Zukunft nicht erschlossen worden wäre, entschädigungslos mit einem Bauverbot belegt werden kann. Dieser Umkehrschluß ist aber nach rechtskräftiger Einführung einer den ganzen Raum erfassenden Raumplanung nicht zulässig, weil in der Bauzone ein Rechtsanspruch auf Erschließung besteht und weil deshalb mit der Erschließung nicht nur gerechnet, sondern sie sogar gefordert werden kann.

⁶⁵ Art. 22^{ter} Abs. 2 BV.

*überhaupt ein Vorbehalt gegenüber der Vermögenswertgarantie vorgesehen werden muß. Die letztere Frage ist eine rechtspolitische*⁶⁶. Bei den Einwirkungen, welche die Raumplanung auf das Eigentum bewirkt, geht es darum, für die ausnahmsweise zugefügten Nachteile eine Entschädigung vorzusehen. Weil nicht alle Nachteile entschädigt werden können – aus praktischen Gründen – muß man sich darauf beschränken, die mit Sondernachteilen verbundenen Vermögenswerteinbußen zu entschädigen. *Ein Sondernachteil liegt dann vor, wenn durch rechtmäßige (zusätzliche) Eigentumsbindungen oder Eigentumsbeeinträchtigungen gemessen an der gegenwärtigen oder in naher Zukunft sehr wahrscheinlichen Nutzungsmöglichkeit diese erheblich eingeschränkt wird.* In der Frage, ob ein Sondernachteil vorliegt, kommt es also nicht darauf an, wie der Markt die Nutzungsmöglichkeit einschätzt, sondern ausschließlich darauf, wie sich diese aufgrund des Nutzungsplanungsrechtes und des Siedlungsinfrastrukturrechtes (Erschließungsrecht) darstellt oder in naher Zukunft sehr wahrscheinlich darstellen würde. Nicht maßgebend ist die am uneingeschränkten Eigentum gemessene absolute Schwere des Eingriffes. Ebenso kommt nichts darauf an, ob sich der Sondernachteil auf eine größere oder kleinere Zahl von Grundeigentümern bezieht. Maßgebend ist allein die erhebliche Abweichung von der allgemeinen, aber an sich schon differenzierten Ordnung⁶⁷.

⁶⁶ Wird auf einen Vorbehalt verzichtet, so sind alle Vermögenswerteinbußen zu entschädigen.

⁶⁷ In Frage steht auch nicht die Schadensintensität im Sinne einer hohen Vermögenswerteinbuße; bestimmend ist hingegen die Intensität des Eingriffes, jedoch nicht gemessen an einer wirtschaftlich tragbaren Nutzung des Eigentumsobjektes, sondern an der allgemeinen Ordnung. Andere Ansicht PETER HANSJAKOB MÜLLER, Die Eigentumsgarantie und die Enteignung, Diss. Zürich 1966, S. 134. Vgl. dazu GYGI, Expropriation, materielle Enteignung und Lastenausgleich, in: Rechtliche Probleme des Bauens, S. 95f., der sich mit der Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich auseinandersetzt, und die Schadensintensität bezüglich der wirtschaftlich tragbaren Nutzung in Frage stellt. BASCHUNG wirft der heutigen Entschädigungspraxis vor, sie lasse das «Baulanddenken» nicht zur Ruhe kommen und regt ein Verständnis der Entschädigungspflicht im Sinne der Sonderopfertheorie an; BASCHUNG, Die Ordnung der Nutzung von Grund

7. Die Theorie der Entschädigung des Sondernachteilens, wie sie aus dem Verständnis der Ersatzpflicht bei der Raumplanung heraus entwickelt worden ist, ordnet sich in die Lehre von der allgemeinen rechtsstaatlichen Entschädigungspflicht ein. Bei den Tatbeständen der Raumplanung handelt es sich um Bindungen und Beeinträchtigungen der Nutzungsfreiheit durch rechtmäßige Eingriffe in das Eigentum. Weitet man nun die Theorie vom Sondernachteil auf alle rechtmäßigen Eingriffe in vermögenswerte Rechte aus, so liegt ein *Sondernachteil*, der zu entschädigen wäre, dann vor, wenn durch *rechtmäßige Eigentumsbindungen oder Eigentumsbeeinträchtigungen gemessen an den gegenwärtigen oder in naher Zukunft sehr wahrscheinlichen Verfügungs- und Nutzungsmöglichkeiten diese erheblich eingeschränkt werden und eine Vermögenswerteinbuße verursacht wird*. Diese Regelung knüpft an die Eigentumsgarantie an, korrespondiert aber mit dem aus der Rechtsgleichheit fließenden Postulat der Lastengleichheit, welches die Rechtsgrundlage der Entschädigungspflicht im Falle rechtmäßiger und rechtswidriger Eingriffe in nicht vermögenswerte Rechte bildet. Die Theorie vom Sondernachteil ist nicht mit der Sonderopfertheorie identisch. Diese stellt auf den zahlenmäßigen Vergleich der Betroffenen ab und wird aus Billigkeitsgründen postuliert, jene mißt das Sonderopfer am Abweichen von der allgemeinen Regelung der Rechtsordnung und stützt sich bezüglich vermögenswerter Rechte auf die Eigentumsgarantie und bezüglich nicht vermögenswerter Rechte auf die Rechtsgleichheit. Ein entsprechender verfassungsmäßiger Vorbehalt gegenüber der Vermögenswertgarantie könnte lauten: *Bei Enteignungen sowie bei Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen, die einen Sondernachteil bewirken, ist volle Entschädigung zu gewährleisten*⁶⁸.

und Boden im Lichte der Grundsätze über die materielle Enteignung, Zbl 1974, S. 159ff., insbesondere S. 168.

⁶⁸ Der Leistungs- und Lenkungsstaat bringt Vor- und Nachteile mit sich, die in ihrer Vielgestaltigkeit nicht mehr überblickt werden können. Die Vor- und Nachteile können deshalb nicht mehr ausgeglichen werden. Die Aufgabe, Sondervor- und Sondernachteile gerecht zu behandeln, bleibt aber bestehen.

Sechstes Kapitel

Anforderungen an die Raumplanung – Anforderungen an die Eigentumsgarantie

§ 16. Eigentumsgarantie und Raumplanung als Widerspruch und Einheit

A. Die Einheit der Rechtsordnung

1. Die rechtsdogmatische Behandlung der Planung, der Raumplanung und des Verhältnisses zwischen Raumplanung und Eigentumsgarantie hat zu einigen Grundfragen Anlaß gegeben, welche Probleme und Widersprüche aufzeigten. Bei deren Behandlung wurde rechtstheoretisch vorausgesetzt, daß die Rechtsordnung eine in sich *widerspruchsfreie Ordnung* von Organisations- und Verhaltensnormen ist und daß diese Ordnung ihren Geltungsgrund in den positivrechtlichen Normen der Verfassung hat. Es entspricht dem Postulat einer auf die *Gerechtigkeit* bezogenen Rechtslehre, daß sie die Verfassung ungeachtet des Wandels der Zeit und der zunehmenden Hervorhebung der wohlfahrtspolitischen Aspekte der Leistungs- und Lenkungsverwaltung als eine *rechtsstaatliche* versteht.

2. Die Einheit der Rechtsordnung wird durch die Planung und durch die Raumplanung als Ausdruck der wohlfahrtspolitischen Komponente des Rechtsstaates, welche die raumbedeutsamen Interdependenzen zwischen Staat und Gesellschaft sowie Wirtschaft lenkend beeinflussen muß, zunächst in Frage stellt. Planung und Raumplanung stellen spezifische Anforderungen an die Rechtsordnung, welchen mit den klassischen Mitteln des Rechtsstaates, welcher u. a. über die Mittel des Rechtssatzes und der Verfügung verfügt, nicht genügt werden kann. Die Planung und die Raumplanung verlangen nach dem zusätzlichen *Mittel des Planes*, durch den

konkrete Anweisungen, die aber unter sich durch eine dem Plan zugrundegelegte Zweckrationalität abgestimmt sind, an die Rechtsadressaten erteilt werden können. Charakteristisch für den Plan ist die Verbindung von Verfügungen mit einer rationalen Ordnung, welche sich aus der Planungsaufgabe herleitet. Im Falle der Raumplanung ist diese Aufgabe in der zweckmäßigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes, oder einfacher ausgedrückt, in der zielgerechten Raumordnung zu sehen. Die Zweckrationalität des Planes kann nicht abschließend aus generell-abstrakten Rechtssätzen hervorgehen, weil sie einen schöpferischen Akt des Abwägens von Zielen und Maßnahmen im Sinne der Konfliktbereinigung widersprechender Ziele und Maßnahmen, die sich im begrenzten Raum gegenseitig bedrängen, voraussetzt. Dieser schöpferische Akt muß im Rechtsstaat, der u. a. durch das Legalitätsprinzip formell konstituiert wird, als ein Akt des freien Ermessens verstanden werden. Dieses *planende Ermessen* stellt seinerseits die Einheit der Rechtsordnung in Frage, schließt doch das Wesen des Ermessens die Möglichkeit eines nicht auf die Einheit gerichteten Handelns in sich. Wie die Raumplanung nun von ihrer eigenen Zweckrationalität her konkrete Anweisungen an die Rechtsadressaten erteilt, folgt sie nicht mehr dem Gebot der Rechtsgleichheit, sondern setzt ihrer Aufgabe folgend *Ungleichheiten*.

3. Im Verhältnis zwischen Raumplanung und Eigentumsgarantie wird die Einheit der Rechtsordnung durch die *Summe und die Intensität der Eingriffe in das Eigentum* in Frage gestellt, zumal sie durch die Nutzungsplanung nicht nur polizeiliche Eigentumsbindungen mit sich bringt, sondern *wohlfahrtspolitische Eigentumsbindungen* und sogar für große Teile des Landes erhebliche *Eigentumsbeeinträchtigungen*, welche die Nutzungsfreiheit, wenn auch nicht die Verfügungsfreiheit, ganz oder teilweise aufheben. Das Raumplanungsrecht kann unter diesen Voraussetzungen nicht mehr als eine neben andern möglichen Beschränkungen des Privateigentums gesehen werden. Der Umfang und die Intensität dieser Eigentumsbeeinträchtigungen, aber auch der wohlfahrtspolitischen Eigentumsbindungen, stellen deshalb die Einheit der Rechtsordnung, welche durch die Lehre vom Privateigentum und seinen Schranken zusammengehalten wurde, in Frage.

4. Da die Einheit der Rechtsordnung gewahrt werden muß, weil sie sich sonst selbst in Frage stellt, ist die rechtsdogmatische Aufgabe gestellt, die Stellung der Planung und der Raumplanung sowie ihr Verhältnis zur Eigentumsgarantie *unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten und dem Erfordernis der Einheit der Rechtsordnung* zu überdenken. Dies kann nicht dadurch geschehen, daß die Aufgabe der Planung und der Raumplanung im besonderen in Frage gestellt werden – dies wäre eine rechtspolitische Fragestellung –, sondern nur dadurch, daß an die Raumplanung und an das Raumplanungsrecht dieselben normativen Anforderungen gerichtet werden, wie sie der Rechtsstaat und mit ihm die Einheit der Rechtsordnung gegenüber allen staatlichen Aufgaben verlangt. So grundlegend der allgemeine Hinweis ist, die Raumplanung und insbesondere die Nutzungsplanung hätten mindestens das Willkürverbot zu beachten, so wenig genügt dieser Vorbehalt – sofern er als einziger verstanden wird –, weil dies erlauben würde, beliebige Ausformungen staatlicher Tätigkeiten an die Hand zu nehmen, wenn immer sie wenigstens das Willkürverbot beachten. Die Aufgabe ist deshalb umfassender, gilt es doch die Einheit der Rechtsordnung auch dort zu gewährleisten, wo sie – mindestens in einer ersten Betrachtungsphase – in Frage gestellt ist.

B. Die Einordnung der Raumplanung in den Rechtsstaat

1. Die Integration der Raumplanung in die Einheit der rechtsstaatlichen Rechtsordnung verlangt im wesentlichen die Behandlung der vier Problemkreise des planenden Ermessens, des Planes, des Antinomieverhältnisses zur Rechtsgleichheit und der Beeinträchtigung des Privateigentums.

2. Das *planende Ermessen* stellt gleich dem «freien Ermessen» einen Einbruch in das Legalitätsprinzip dar. In diesem Sinne ist es kein Sonderfall. Die Problematik liegt im Ausmaß, welches die Raumplanung beansprucht. Die rechtsstaatliche Aufgabe besteht darin, dieses planende Ermessen *einzuschränken*. Vorweg sind die inhaltlichen Anforderungen an die Raumplanung, soweit dies ge-

nerell-abstrakt irgendwie möglich ist, gesetzlich in *konditionalen Rechtssätzen* festzulegen. Raumplanungsgesetze dürfen sich nicht auf formelle Normen beschränken. Die in der Planungslehre vertretene Meinung, Planungsgesetze seien instrumentelle Gesetze, kann nicht aufrechterhalten bleiben. Die generell-abstrakte Ordnung durch Rechtssätze findet erst dort ihre Grenze, wo durch die Raumplanung Ziele entworfen werden, welche sich unter sich oder bei der Übertragung auf den Raum als widerspruchsvoll erweisen. Wie sich die Behörden und allenfalls die privaten Rechtsadressaten gegenüber raumplanerischen Zielen verhalten sollen, kann in diesem Fall nicht mehr durch konditionale Rechtsnormen vorgezeichnet werden. Dies heißt aber nicht, daß auf das gesetzliche Festhalten von Zielen verzichtet werden muß. Neben die konditionalen müssen *finale Rechtssätze* treten, welche die Ziele angeben, wohl wissend, daß bei konkurrierenden Zielen und Maßnahmen ein Abwägen notwendig werden kann. Dieses ist aber insofern begrenzt, als die Ziele durch den Gesetzgeber festgelegt sind und ihre Rechtserheblichkeit bestimmt ist. Durch das neue Institut finaler Rechtssätze kann das planende Ermessen wenn auch nicht aufgehoben, so doch eingeschränkt und überprüfbar gemacht werden.

3. Der *Plan* ist ein Rechtsinstitut sui generis, da es sich weder um einen Rechtssatz noch um eine Verfügung handelt. Es muß sich aber aus diesem Grunde nicht dem Gesetzgebungs- und dem Rechtsanwendungsverfahren entziehen. Dabei ist nun wesentlich, daß es Pläne gibt, welche eine dem Rechtssatz analoge, und solche, welche eine der Verfügung analoge Funktion haben. Die sogenannten koordinativen Pläne und die Rahmennutzungspläne wollen gleich dem Rechtssatz eine *allgemeine Ordnung* begründen, während die Sondernutzungspläne ein *besonderes Verhältnis* zwischen staatlicher Verwaltung und den Rechtsadressaten aufstellen. In diesem Sinne weisen die koordinativen Pläne und die Rahmennutzungspläne gesetzesähnlichen Charakter auf, die Sondernutzungspläne aber einen verwaltungsaktähnlichen. Entscheidend ist also nicht, daß der Plan ein Institut sui generis ist, sondern seine Funktion innerhalb der Rechtsordnung. Als koordinativer Plan und als Rahmennutzungsplan ist er wie ein Rechtssatz zu erlassen,

in der Regel auf dem Weg der formellen Gesetzgebung. Als Sonder-nutzungsplan hingegen ist der Plan analog dem Verwaltungsakt zu verfügen.

4. Der Widerspruch zwischen Raumplanung und *Rechtsgleichheit* kann nicht behoben werden. Der Rechtsstaat muß diesen zur Kenntnis nehmen. Verfassungsrechtlich sauber geregelt ist dieser Widerspruch, wenn in der Verfassung ein entsprechender Vorbehalt gegenüber der Verhaltensnorm der Rechtsgleichheit angebracht ist, wobei klargestellt sein muß, daß das Willkürverbot auch die Raumplanung und die Raumplanungsgesetzgebung bindet.

5. Der Umfang und die Intensität der mit der Raumplanung verbundenen *Eigentumsbindungen* und *Eigentumsbeeinträchtigungen* stellt nicht die Eigentumsgarantie in Frage, sondern zeigt auf, daß die Lehre von der Eigentumsgarantie als einer Institutsgarantie und die Lehre vom Privateigentum und seinen Schranken dieser Gegebenheit nicht gewachsen sind, weil weder die Frage, unter welchen Bedingungen die nutzungsmäßigen Eigentumsbeeinträchtigungen das Eigentum aushöhlen, noch diejenige nach der Bedeutung solcher Schranken für das Eigentum so beantwortet werden kann, daß eine Klärung der damit verbundenen Probleme möglich ist. Geht man auf den Wesenskern der Eigentumsgarantie als ein *echtes Freiheitsrecht* zurück, welches dem Rechtsadressaten eine staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft gewährleistet, so erkennt man, daß Eigentumsbindungen und vor allem Eigentumsbeeinträchtigungen, welche die Verfügungs- und/oder Nutzungsfreiheit ganz oder teilweise aufheben, nur zulässig sind, wenn die Verfassung selbst einen entsprechenden *Vorbehalt* begründet. Wohlfahrtspolitische Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen, wie sie mit der Raumplanung verbunden sind, dürfen deshalb nur dann als verfassungsmäßig betrachtet werden, wenn sich der Vorbehalt in der Verfassung findet. Für die geltende schweizerische Verfassung trifft dies zu, ermächtigt doch die Verfassung den Gesetzgeber, mit der Raumplanung verbundene «Eigentumsbeschränkungen» im Sinne von Eigentumsbindungen und nutzungsmäßigen Eigentumsbeeinträchtigungen vorzusehen, sofern sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse der Auf-

gabe der Raumplanung liegen und den Zielsetzungen der Raumordnung verhältnismäßig sind. So besehen stellt die Raumplanung mit ihren Eingriffen in die Eigentumsfreiheit einen Widerspruch zur Eigentumsgarantie her, ohne aber deswegen die Einheit der Rechtsordnung, welche die Möglichkeit von Vorbehalten gegenüber Freiheitsrechten kennt, in Frage zu stellen.

Da die raumplanungsrechtlichen, insbesondere die nutzungsplanungsrechtlichen Vorschriften bezüglich ihrer Einwirkung auf das Eigentum auf einem echten verfassungsmäßigen Vorbehalt beruhen, sind diese Vorschriften nicht als Schranken des Privateigentums zu verstehen, sondern sie stellen einen *öffentlich-rechtlichen Beitrag an die Normierung des Eigentums*, insbesondere des Grundeigentums dar. Es ist der Rahmennutzungsplan, welcher die generell-abstrakten Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen auf den Raum überträgt und dem *Grundeigentum* einen *differenzierten und objektivierten Inhalt* gibt. Die raumplanungsrechtlichen Vorschriften heben deshalb auch unter diesem Gesichtspunkt die Einheit der Rechtsordnung nicht auf; sie müssen aber in ihrer konstitutiven Funktion für das Grundeigentum erkannt werden.

Dadurch, daß das Raumplanungsrecht als Nutzungsplanungsrecht über den Rahmennutzungsplan eine inhaltlich differenzierte Ordnung des Grundeigentums aufstellt, verschafft es den Grundeigentümern ungleiche Vorteile, die sich vom Bodenmarkt her betrachtet als wirtschaftliche und gemessen an den üblichen Vorteilen, welche die Rechtsordnung vermittelt, als *Sondervorteile* erweisen. Solche entstehen auch aufgrund von Maßnahmen der Siedlungsinfrastruktur und der Sondernutzungsordnung. Damit ist für die Rechtsordnung die Aufgabe gestellt, dem Rechtsproblem der Sondervorteilsabschöpfung neu volle Aufmerksamkeit zu schenken. Demgegenüber sind die Minderwertsfälle, als Folge der Raumplanung, eher die Ausnahme. Die Abschöpfung der Sondervorteile ist gemäß dem Rechtspostulat der Vorteilsgleichheit notwendig. Auf der andern Seite sind Minderwerte nach Maßgabe der Vermögenswertgarantie voll zu entschädigen. Die Bundesverfassung sieht mit dem einschränkenden Vorbehalt auf den Tatbestand der materiellen Enteignung eine Einschränkung der Entschädi-

gungspflicht vor. Sachgerecht ist eine Beschränkung, sofern sie rechtspolitisch als notwendig erachtet wird, wenn sie sich auf *Sondernachteile bezieht*.

So grundlegend die Modifikationen im Verständnis der Eigentumsgarantie sind, so darf doch festgestellt werden, daß die Raumplanung mit ihrer wohlfahrtspolitischen Nutzungsordnung kein gewandeltes Verständnis des Eigentums bedingt, sondern ein *ursprüngliches*. Die Eigentumsgarantie muß wieder als Grundrecht und zwar als echtes Freiheitsrecht gesehen werden, das einen staatsunabhängigen Bereich der Sachherrschaft begründet. Dieses Freiheitsrecht ist heute gefährdet und darum ist es dieses Freiheitsrecht, welches besonders aktuell ist. «Jede Freiheit ist soviel wert, wie sie dem Staat unbequem ist. Deshalb ist heute die Eigentumsgarantie die wertvollste Freiheit.»¹

§ 17. Gedanken de lege ferenda

A. Thesen zur Weiterentwicklung des Raumplanungsrechtes

1. Aufgrund der dogmatischen Behandlung der Fragen der Planung, der Raumplanung und des Verhältnisses zwischen Raumplanung und Eigentumsgarantie ergeben sich einige rechtspolitische Hinweise.

2. Für die *Verfassungsebene* lassen sich folgende Thesen festhalten:

- a) Die Planung ist nicht nur eine Regierungs- und/oder Verwaltungsaufgabe, sondern eine staatliche Aufgabe, die alle Aufgabenbereiche und Organe des Staates berührt. Sie ist in einem dauernden Prozeß der Zielfindung, der Entscheidung, des Vollzuges, der Nachkontrolle und neu der Zielfindung zu vollziehen. Sie hat politischen Gehalt und ist deshalb in den Prozeß der staatlichen Willensbildung zu integrieren.
- b) Die Raumplanung stellt eine neben mehreren Bereichsplanun-

¹ LEISNER, Sozialbindung des Eigentums, S. 239.

gen dar, wobei ihr als Querschnittsplanung besondere Bedeutung zukommt.

- c) Die Raumplanung umfaßt eine Doppelfunktion im Sinne der koordinativen Raumplanung und der Nutzungsplanung.
- d) Im Verhältnis zu den Grundrechten sind die mit der Raumplanung verbundenen einschränkenden Vorbehalte gegenüber der Rechtsgleichheit und der Eigentumsgarantie ausdrücklich zu regeln.
- e) Im Verhältnis zu den übrigen Kompetenznormen der Verfassung stellt die Kompetenznorm über die Raumplanung nicht eine Norm höherer Stufe dar.

3. Für die *Gesetzesstufe* lassen sich (für Bund und Kantone) folgende Thesen festhalten:

- a) Das Raumplanungsrecht darf sich nicht auf formelles Recht beschränken. Das materielle Raumplanungsrecht bedarf einer erheblichen Ausweitung und Präzisierung, nötigenfalls durch den Erlaß von finalen Rechtssätzen. Im besonderen sind die Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen generell-abstrakt auf dem Wege der Gesetzgebung vorzusehen.
- b) Das koordinative Raumplanungsrecht ist vom Nutzungsplanungsrecht zu unterscheiden.
- c) Die Einwirkung des koordinativen Raumplanungsrechtes auf das geltende Verwaltungsrecht ist auf das durch das geltende Recht gewährte freie Ermessen beschränkt.
- d) Koordinative Raumpläne begründen eine Ordnung. Sie sind deshalb auf dem Wege der Gesetzgebung zu erlassen.
- e) Koordinative Raumpläne sind behördenverbindlich und dürfen keine Wirkung auf das Grundeigentum ausüben. Sie dürfen deshalb keine parzellenscharfen Aussagen enthalten.
- f) Innerhalb des Nutzungsplanungsrechtes kommt dem Rahmennutzungsplan, welcher für das Grundeigentum des Planungsbezugsgebietes eine differenzierte inhaltliche Ordnung begründet, besondere Bedeutung zu. Er ist als solcher hervorzuheben. Er überträgt die generell-abstrakt vorgesehenen Eigentumsbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen auf den Raum.
- g) Rahmennutzungspläne begründen eine Ordnung. Sie sind des-

- halb auf dem Wege der Gesetzgebung zu erlassen. Sondernutzungspläne begründen ein besonderes Verwaltungsverhältnis. Sie sind deshalb analog den Verwaltungsakten zu behandeln.
- h) Die Zahl und die Arten der Nutzungszonen ist klein zu halten, damit die Verfügungsfreiheit und die verbleibende Nutzungsfreiheit nicht von der faktischen Seite eines begrenzten Zonengebietes her zusätzlich in Frage gestellt wird.
 - i) Das Rechtsschutzverfahren ist sowohl gegenüber den Rahmenutzungsplänen als auch gegenüber den Sondernutzungsplänen zu einem präventiven auszugestalten.

B. Thesen zur Neuordnung der Eigentumsgarantie

1. Es geht im Zusammenhang dieser Arbeit nicht darum, rechtspolitische Vorschläge für die Neugestaltung des Eigentums an Grund und Boden zu machen. Die folgenden Thesen beschränken sich darauf, rechtsdogmatische Erkenntnisse für die Rechtspolitik festzuhalten.

2. Es lassen sich folgende Thesen festhalten:

- a) Das Eigentum ist durch den Leistungs- und Lenkungsstaat sowie von der faktischen Seite her gefährdet. Sein rechtsstaatlicher Schutz ist deshalb dringend.
- b) Die Eigentumsgarantie ist als echtes Freiheitsrecht im Sinne einer staatsfreien Sphäre der Sachherrschaft zu verstehen.
- c) Neben dem echten Freiheitsrecht hat die Eigentumsgarantie die Bestandes- und Vermögenswertgarantie zum Inhalt.
- d) Als verhaltensrechtliche Norm wendet sich die Eigentumsfreiheit an alle Organe der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung.
- e) Vorbehalte gegenüber der Eigentumsfreiheit im Sinne von Eigentumsbindungen – sofern es sich nicht um polizeiliche handelt – und von Eigentumsbeeinträchtigungen sowie Vorbehalte gegenüber der Vermögenswertgarantie im Sinne der Begrenzung der Tatbestände der Minderwertentschädigung bedürfen einer ausdrücklichen Regelung.

- f) Vermögenswerte Sondervorteile sind nicht Schutzobjekt der Eigentumsgarantie und müssen deshalb aus Gründen der Rechtsgleichheit zurückgefordert werden.
- g) Vermögenswerte Sondernachteile müssen sich gemessen an den differenzierten und objektivierten Verfügungs- und Nutzungsmöglichkeiten als solche erweisen. Sie sind voll zu entschädigen.