

# Konsens statt Konfrontation: Instrumente der Projektentwicklung und Baurechtspflege

Autor(en): **Hubmann Trächsel, Michèle**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Schweizer Ingenieur und Architekt**

Band (Jahr): **118 (2000)**

Heft 4

PDF erstellt am: **20.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-79871>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Michèle Hubmann Trächsel, Schaffhausen

## Konsens statt Konfrontation

### Instrumente der Projektentwicklung und Baurechtspflege

**Die Bauverwaltung tritt heute fast ausschliesslich hoheitlich auf und greift überwiegend autoritativ in die Rechtsstellung der Bauherrschaft ein. Ihre traditionellen Befehlsinstrumente sind die Verfügung und der Plan<sup>1</sup>. Allzu häufig stossen schon geringfügig komplexe Vorhaben auf derart erbitterten Widerstand, dass sie nur mit riesigem Aufwand durchgesetzt werden können. Als Konsequenz solcher Projekte voller Interessenkollisionen wurden in den letzten Jahren die hoheitliche Aufgabenerfüllung und die Befehlsinstrumentarien der Bauverwaltung hinterfragt. Insbesondere Verhandlungslösungen (z.B. Verträge), kooperatives Verwaltungshandeln (z.B. Mediation), aber auch informelles Verwaltungsverhalten stossen vermehrt auf Beachtung<sup>2</sup>.**

#### Verhandlungslösungen

##### Ausgangslage

Verhandlungsspielraum entsteht immer dort, wo der Gesetzgeber nicht für alle möglichen Sachverhalte Lösungen bereithält. Solche sogenannte offene Normen<sup>3</sup> räumen Ermessen ein, oder sie enthalten unbestimmte Rechtsbegriffe<sup>4</sup>. Damit entstehen Entscheidungsspielräume; Richli nennt sie «eigentliche Einfallstore für Verhandlungslösungen»<sup>5</sup>.

Offensichtlich erarbeitet die Bauverwaltung ihre Bewilligungsentscheide mit dem Bauherrn aber regelmässig nicht kooperativ. Richli sieht den Grund, weshalb keine Verhandlungswege eingeschlagen werden, im behördlichen Selbstverständnis einer rein hoheitlichen Aufgabenerfüllung. Ich gehe hier bewusst weit und behaupte, dass die Verwaltung ihre Aufgabenerfüllung auch nicht als Dienstleistung gegenüber dem Bauherrn sieht, um so mehr als sie vom Gesetzgeber keinen Anreiz für ein partnerschaftlich-kooperatives Zusammenwirken mit dem Gesuchsteller bekommt. Dies ist bedauerlich. Damit wird die Chance auf ein definitives Aushandeln der unterschiedlichen Interessen versäumt. Vielleicht vermag der ökonomische Ansatz des New Public Managements hier neue Wege eröffnen<sup>6</sup>. Ausserdem ist daran zu erinnern, dass die Ver-

waltungsentscheide einer sehr spezialisierten Fachverwaltung – abgesehen von der oftmals verfahrenstechnisch beschränkten Kognition – in aller Regel von fachlich nicht derart spezialisierten Gerichten überprüft werden. Überdies kommt hinzu, dass die gerichtliche Überprüfungsbefugnis erst noch beschränkt ist.

#### Voraussetzungen und Grenzen von Verhandlungslösungen

Jede Verwaltungstätigkeit hat sich nach den Grundsätzen der Gesetzmässigkeit, der rechtsgleichen Behandlung, des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und des Vertrauensschutzes zu orientieren.

##### Gesetzmässigkeit

Inhalt und Form müssen gesetzmässig sein<sup>7</sup>. Ausdrückliche Vorschriften finden sich eigentlich keine. Lehre wie Rechtsprechung schliessen die Zulässigkeit vertraglicher Regelung jedoch nicht aus. Nach heutiger Auffassung sind verwaltungsrechtliche Verträge zulässig<sup>8</sup>, wenn der Staat im fraglichen Bereich zur öffentlichen Aufgabenerfüllung befugt und die Vertragsform nicht ausgeschlossen ist<sup>9</sup>. Diese Anforderungen gelten nicht nur für individuelle vertragliche Verhandlungslösungen, sondern auch für kollektive. Es sei in diesem Zusammenhang an das Normenwerk des SIA erinnert.

##### Rechtsgleichheit

Für Verhandlungslösungen ist das Gebot der Rechtsgleichheit wie beim Erlass von Verfügungen zu beachten. Insofern ergeben sich keine neuen formellen Anforderungen. Materiell sind in ähnlich gelagerten Fällen vergleichbare Lösungen auszuhandeln. Auf sachverhaltsbedingte Besonderheiten muss aber dennoch gebührend Rücksicht genommen werden. Insofern beeinflusst die Rechtsgleichheit die Entscheidungsfindung innerhalb des Spielraumes.

Die Schwierigkeiten in der Durchsetzung der Rechtsgleichheit liegen beim Verhandeln nicht wesentlich anders als bei einem traditionellen Verwaltungsverfahren. Auch hier können schematisierte und die Rechtsgleichheit gewährleistende Verhandlungsabläufe für die privaten, um Bewilligung nachsuchenden Partner erarbeitet werden.

Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um ein leicht überarbeitetes Referat, gehalten an einer Fachtagung zum Thema Baurecht in Schaffhausen am 5.11.1999.

##### Interessenabwägung

Öffentliche Interessen, die sich verwaltungsintern übrigens nicht selten als gegensätzlich erweisen, können den privaten Interessen des Bauherrn gegenüberstehen. Eine wichtige Rolle spielen aber auch Drittinteressen, die der einen oder anderen Partei zuzurechnen sind oder aber eine eigene Position ausmachen. Für die Berücksichtigung im Rahmen des Interessenclearings müssen sämtliche Parteihaltungen innerhalb des gesetzlich eingeräumten Ermessensspielraumes liegen. Je gleichwertiger die Interessen sind, desto freier kann eine vertretbare Lösung ausgehandelt werden. Überwiegt jedoch eine Interessenlage, so muss die Bauverwaltung die weitestmögliche Durchsetzung sicherstellen<sup>10</sup>.

##### Verhältnismässigkeit

Im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit stellt sich die Frage, ob Verhandlungslösungen methodisch geeigneter, erforderlicher und im Hinblick auf die Interessenabwägung zweckmässiger sind<sup>11</sup>. Damit stellt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit vor allem formelle Anforderungen an die Form der Entscheidung. Kurz gesagt: Für die Erreichung des Gesetzeszweckes ist die verhältnismässigste Handlungsform zu ermitteln. Je nach der Schwere und Intensität des Grundrechtseingriffes rückt für die Entscheidungsfindung die den verhältnismässigeren Eingriff gewährleistende Form in den Vordergrund.

##### Vertrauensschutz

Der öffentlichrechtliche Vertrauensschutz<sup>12</sup> gewährleistet dem Bürger Schutz in seinem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in ein anderes bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Verhandlungslösungen in Form von verwaltungsrechtlichen Verträgen sind heute als rechtsgenügende Vertrauensgrundlage anerkannt<sup>13</sup>. Beim fehlerhaften öffentlichrechtlichen Vertrag greift der Vertrauensschutz, wenn der Bürger aufgrund berechtigten Vertrauens Dispositionen getroffen hat und das entgegenstehende öffentliche Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts gegenüber dem privaten am Vertrauensschutz nicht überwiegt. Überwiegt das öffentliche Interesse, so ist ein befristetes Weiterlaufen des Vertrages im Sinne einer Übergangsordnung zu prüfen. Vertrauensschaden ist allenfalls zu ent-

schädigen. Umstritten ist die Frage, welchen Einfluss Änderungen der Sach- und Rechtslage auf bestehende verwaltungsrechtliche Verträge haben. Auch in diesem Zusammenhang ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, bei welcher dem Vertrauensschutzinteresse des Bürgers gebührend, in der Regel stärker, Rechnung zu tragen ist<sup>14</sup>. Aus dieser Interessenabwägung ergibt sich, ob der Vertrag während der ganzen Vertragsdauer weiterzuführen, während einer Übergangsfrist einzuhalten oder ex nunc aufzuheben ist. Auch in diesen Fällen ist allfälliger Vertrauensschaden zu ersetzen<sup>15</sup>.

### Verhältnis zwischen Verfügung und Verwaltungsvertrag

Lehre und Praxis erkennen hinsichtlich der Handlungsformen Verfügung und Vertrag ein alternativ-ausschliessliches Verhältnis<sup>16</sup>. Dabei sticht bei der Verfügung nicht etwa ihr Befehlscharakter hervor, vielmehr ihre Einseitigkeit gegenüber dem Konsenserfordernis beim Vertrag<sup>17</sup>. Aufgrund der vorhin beschriebenen Voraussetzungen und Grenzen von Verhandlungslösungen fragt sich jedoch, ob die tatsächliche Verwendung der einen oder der anderen Handlungsform letzten Endes nicht davon abhängt, ob sie für die Erreichung des öffentlichen Zweckes die verhältnismässiger ist. In diesem Sinne ist nicht nur die geeignetere, sondern auch die zweckmässiger Handlungsform zu verwenden. Zudem muss sie auch den milderen Grundrechtseingriff zur Folge haben. Erst unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit besteht demnach keine Wahlfreiheit zwischen Verfügung und Vertrag<sup>18</sup>.

Dennoch sei nicht verhehlt, dass sich zwischen Verfügung und Verwaltungsvertrag im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz erhebliche Unterschiede ergeben<sup>19</sup>. Während für Verfügungen ein ausgebauter Instanzenzug und Rechtsmittelwege bestehen, sind Streitigkeiten aus öffentlichrechtlichen Verträgen mit verwaltungsrechtlicher Klage rüggbar<sup>20</sup>.

### Zu einzelnen Verhandlungsinstrumenten im Baugesetz

Nachfolgend zeige ich einige Instrumentarien des Schaffhauser Baugesetzes, welche durchaus vermehrt im Sinne einer konsensgetragenen Projektentwicklung genutzt werden können.

### Planungen aus privater Initiative gemäss Art. 24 BauG

Im planungsrechtlichen Bereich erscheint mir das neue Schaffhauser Recht mit Bezug auf Verhandlungslösungen re-

gelrecht Brachland zu sein. Zwar existieren mit Bezug auf die Baulinien- (Art. 12 ff. BauG), Quartier- (Art. 17 ff. BauG) und Landumlegungsplanung (Art. 19 ff. BauG) die sogenannten Planungen aus privater Initiative gemäss Art. 24 BauG. Die Mehrheit der Grundeigentümer eines Planungsgebietes bzw. Grundeigentümer, denen mehr als die Hälfte des in Betracht fallenden Planungsgebietes gehört, können die Durchführung oder Änderung der genannten Planungsarten verlangen. Im Vergleich zur zürcherischen Quartierplanausarbeitung durch die Grundeigentümer gemäss § 160a PBG ZH oder etwa dem privaten Gestaltungsplan gemäss §§ 85 ff. PBG ZH handelt es sich bei den Schaffhauser Planungen aus eigener Initiative aber nicht um private Planungsinstrumente; die Verfahrenshoheit bleibt ausdrücklich bei der Gemeinde, womit ein eigentlicher Verhandlungsansatz fehlt.

### Vorentscheid gemäss Art. 68 BauG

Die Bedeutung des Vorentscheides liegt in der Möglichkeit, die Risiken eines Bewilligungsentscheides für Bauten und Anlagen besser einschätzen zu können, um damit das Detailprojekt mit seinem umfangreichen Ausarbeitungsaufwand unbehinderter planen zu können. Das Vorentscheidverfahren ermöglicht den zuständigen Bewilligungsbehörden und dem Bauherrn von Anfang an eine enge Zusammenarbeit. Projektbezogene Probleme können in einem frühen Verfahrensstadium erkannt werden. Zudem lassen sich allfällige Interessengegensätze noch in einem Zeitpunkt ermitteln, in dem ein Konsens allenfalls leichter zu finden ist, als wenn bereits ein fertig ausgearbeitetes Projekt vorliegt, für welches allseits bestimmte Vorstellungen und Erwartungshaltungen bestehen. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die Rechtsstellung Dritter. Auch in koordinationsrechtlicher Hinsicht können Vorentscheide hilfreich sein<sup>21</sup>. Verfahrensrechtlich handelt es sich beim Vorentscheid demnach um einen verbindlichen Feststellungsentscheid<sup>22</sup>. Im Bereich des von den Kantonen zu vollziehenden Bundesverwaltungsrechts besteht ein solcher Anspruch gestützt auf Bundesrecht<sup>23</sup>.

### Formelle Voraussetzungen

Art. 68 Abs. 2 BauG statuiert das Vorentscheidmodell mit Wirkung gegenüber Dritten<sup>24</sup>. Demnach verschafft ein Vorentscheid Dritten die gleiche Rechtsstellung wie ein im ordentlichen Bewilligungsverfahren ergangener baurechtlicher Entscheid: Die vorgebrachten Fragen sind gemäss Art. 61 BauG öffentlich bekannt zu machen, und Dritte müssen den Vorentscheid gestützt auf Art. 62 f. BauG anfor-

dern, um ihre Rechte wahrnehmen zu können. Die Einleitung eines Vorentscheidverfahrens liegt ganz in der Verfahrensherrschaft des Bauherrn. Es bedarf weder der Zustimmung der angefragten Behörde zur Einholung eines Vorentscheides<sup>25</sup>, noch ist für ein Vorentscheidverfahren für bestimmte Vorhaben wie beispielsweise komplexe Projekte eine allgemeine Pflicht zwingend vorgesehen<sup>26</sup>.

Das Vorentscheidgesuch ist - wie das eigentliche Baugesuch - von der zuständigen Behörde zu beurteilen (Art. 64 und 65 BauG)<sup>27</sup>. Demnach sind Vorentscheidgesuche ohne Rücksicht auf die sachliche Zuständigkeit stets bei der kommunalen Baubehörde einzureichen (Art. 58 Abs. 3 BauG). Sind gleichzeitig mehrere Instanzen zuständig, so besteht für das Baudepartement die Pflicht, das Vorentscheidgesuch nach der Vorprüfung und nach der Bekanntmachung an die zuständige Koordinationsstelle weiterzuleiten (Art. 66 BauG). Demnach sind die Baubehörden dazu verpflichtet, Anfragen der zuständigen Behörde zur Kenntnis zu geben. Unterlassen diese die Beantwortung des nachgesuchten Vorentscheides, so hat der Gesuchsteller die rechtsgenügende Behandlung der gestellten Vorentscheidfrage zu erwirken. Dem Gesuchsteller steht in diesem Fall die Rechtsverweigerungsbeschwerde an die Aufsichtsbehörde der untätigen Instanz zu<sup>28</sup>.

### Materielle Voraussetzungen

Die Schaffhauser Regelung beschränkt den Anspruch des Bauherrn auf einen Vorentscheid nur soweit, als es sich bei den Vorentscheidfragen um solche zu handeln hat, «die im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben grundlegend sind» (Art. 68 Abs. 1 BauG). Um die Eignung des Vorentscheidverfahrens als Früherkennungs- und Verständigungsverfahren nicht übermässig einzuengen, sind neben eigentlichen Grundsatzfragen wie z.B. die Überbaubarkeit des Grundstückes, die Zonenkonformität und die Erschliessung auch weitere Fragen zuzulassen<sup>29</sup>. Vertiefende Einzelfragen können unter Umständen zur Klärung beitragen. Es können einzelne oder mehrere formell- wie materiellrechtliche Fragen vorgebracht werden. Auch interdisziplinäre Probleme sollten aufgeworfen werden können, was sich vor allem bei grösseren raum- und umweltrelevanten Vorhaben bezahlt macht. Entsprechend der Funktion des Vorentscheidverfahrens, dem Bauherrn die Detailprojektierung zu erleichtern und mit ausgewogenen Vorentscheiderwägungen auch beratend zu wirken, wird erfahrungsgemäss gerne die Möglichkeit wahrgenommen, Alternativfragen zu stellen<sup>30</sup>.

Im Hinblick auf die effiziente Erteilung der erforderlichen Bewilligungen wirkt der Vorentscheid nur dann verfahrensrationisierend, wenn die gestellten Rechtsfragen präzise genug sind. Dann nämlich kann der Bauherr ohne weitere Verzögerung planen und die Behörden die vorentscheidweise in Aussicht gestellten Bewilligungen lediglich noch bestätigen. Das bedeutet mit andern Worten: Je genauer die Frageliste die projektbezogenen Rechtsfragen auf den Punkt bringt, um so genauer ist die behördliche Antwort darauf zu erwarten und entsprechend eng ist die Bindung der Verfahrensbeteiligten an den Vorentscheid. Das Risiko der Effizienz eines Vorentscheidverfahrens trägt grundsätzlich der Bauherr<sup>31</sup>. Neben der Sorgfalt bei der Fragestellung muss der Bauherr überdies auch dem Umstand Rechnung tragen, dass die zuständigen Behörden Vorentscheide erfahrungsgemäss mit gewisser Vorsicht treffen, zumal der massgebliche Sachverhalt noch nicht definitiv feststeht. Folglich werden Bewilligungsbehörden im Interesse aller Verfahrensbeteiligten darauf achten, durch einen positiven Vorentscheid nicht zu früh eine das eigentliche Bewilligungsverfahren vorbestimmende Bindungswirkung herzustellen. In verstärktem Masse gilt dies bei Ausnahmegewilligungen<sup>32</sup>.

#### Wirkungen des Vorentscheides

Sofern sich die tatsächlichen Verhältnisse und die Rechtslage nicht verändern, ist ein Vorentscheid gestützt auf Art. 68 Abs. 3 BauG öffentlichrechtlich grundsätzlich anfechtbar wie ein baurechtlicher Entscheid,<sup>33</sup> wenn eine wesentliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nachgewiesen werden kann (vgl. die bundesgerichtliche Praxis<sup>34</sup>).

Die Bewilligungsbehörde darf bei der Prüfung eines Baugesuches von einem Vorentscheid, solange dieser gültig ist, nur dann abweichen, wenn er an einem Revisionsgrund leidet<sup>35</sup>.

#### Einwendungsmöglichkeit während der Auflagefrist gemäss Art. 62 f. BauG

Wer sein Rekursrecht nicht verwirken will, der kann seine Einwendungen gegenüber der kommunalen Baubehörde anbringen oder hat innert der Auflagefrist ein Zustellungsbegehren zu stellen.

An sich könnte in diesem Ansatz ein Verhandlungsinstrument verborgen liegen. Meines Erachtens verkauft dies der Gesetzgeber aber höchst ungeschickt: Zum einen setzt er die Einwendungsmöglichkeit mit dem Zustellungsbegehren auf die gleiche Ebene. Damit wird mit dieser Regelung der besorgte Einwender zwar

gehört. Aber wie steht es mit Interessenclaring zwischen dem Einwender und dem Bauherrn? - Gerade die Auseinandersetzung mit dem zugänglich gemachten Einwand ist die entscheidende Hürde. Die Bauverwaltung kann in dieser Lage autoritativ anordnen, oder aber sie kann - mit entsprechender Eigeninitiative - über Verhandlungslösungen einen Ausgleich zu schaffen versuchen. So betrachtet, wird diese Regelung als Verhandlungsinstrument nur dann eine Bedeutung erlangen, wenn die Baubehörden die Einwendungsphase gegebenenfalls mit einem Vermittlungsversuch verknüpfen; dieser findet seine Berechtigung im informellen Verwaltungshandeln (vgl. nachfolgendes Kapitel «Informelles Verwaltungshandeln»).

#### Wiedererwägung

Die Einsprache in Bausachen im Sinne eines ordentlichen, vollkommenen und nicht devolutiven Rechtsmittels existiert im Schaffhauser Baugesetz nicht<sup>36</sup>. Im Rechtsalltag schlage ich mangels der Einsprachemöglichkeit vor, vermehrt von der Wiedererwägung Gebrauch zu machen. Im Kanton Zürich operiert die Bauanwaltschaft standardmässig mit der Wiedererwägung in Verbindung mit gleichzeitiger Rekurshebung mit Sistierungsantrag. Dabei handelt es sich um einen Rechtsbehelf, der während laufender Rechtsmittelfrist an die verfügende Instanz gerichtet wird<sup>37</sup>. Da das Rechtsmittelverfahren solange sistiert werden kann, bleibt ohne Rechtsverlust die Möglichkeit für Einigungsverhandlungen zwischen den Parteien.

#### Schutzvertrag

Interdisziplinär kann ein Bauvorhaben auch natur- und heimatwärtische Belange betreffen. In Schaffhausen wird die autoritative Anordnung gestützt auf Art. 8 ff. NHG grundsätzlich favorisiert; der Schutzvertrag ist ausdrücklich nicht vorgesehen. In diesem Zusammenhang ist noch einmal auf die zürcherische Regelung zu verweisen, wonach der Schutz gestützt auf § 205 PBG ZH neben planungsrechtlichen Massnahmen, Verordnung und Verfügung, auch durch Vertrag erfolgen kann. Hinsichtlich der individuell-konkreten Anordnung von Schutzmassnahmen tendiert die Zürcher Praxis zu einvernehmlich erarbeiteten Vertragslösungen<sup>38</sup>. Rechtlich handelt es sich um klassische subordinationsrechtliche Verwaltungsverträge<sup>39</sup>.

Im Hinblick darauf, dass im Bereich des Natur- und Heimatschutzes das Verbandsbeschwerderecht verankert ist, fragt sich ernsthaft, ob nicht mit einer frühen beratenden Einbindung der berechtigten Organisationen im Rahmen von Ver-

handlungen die Interessenlagen ausgehandelt werden könnten.

#### Nachbarliche Vereinbarung eines Näherbaurechts gemäss Art. 32 Abs. 1 BauG

Durch nachbarliche Vereinbarung kann für abstandspflichtige Gebäude ein Näherbaurecht begründet werden. Neben den kantonalen können auch die kommunalen Abstände unterschritten werden<sup>40</sup>. Praxis und Lehre gehen davon aus, dass auch der aus den beidseitigen Grenzabständen resultierende Gebäudeabstand reduziert werden dürfe. Dies gilt überdies - und zwar ohne besondere Vereinbarung oder Erklärung - auch für grundstücksinterne Abstandsunterschreitungen<sup>41</sup>. Fixe statische Abstandsmasse können somit zwischen Nachbarn westipuliert werden. Objektiv müssen einwandfreie wohnhygienische und feuerpolizeiliche Verhältnisse vorliegen.

#### Mediation

Unter Konfliktmittlung (Mediation) wird die Einschaltung eines neutralen Dritten in ein Aushandlungsprozedere (Negotiation) verstanden, das die konfliktbeteiligten Parteien in eigener Regie führen. Methodisch wird der aktive und der passive Konfliktmittler unterschieden. Der passive Konfliktmittler leitet nur das Verfahren zwischen den Beteiligten; der aktive Konfliktmittler trägt den ausgehandelten Kompromiss auch inhaltlich mit<sup>42</sup>.

Dem beigezogenen Konfliktmittler kommt keine eigenständige Entscheidungsmacht zu. Im Gegenteil: Nach einhelliger Meinung setzt die deutsche Lehre beim Einsatz eines Konfliktmittlers voraus, dass die Letztentscheidungsbefugnis nicht angetastet wird<sup>43</sup>. Im Aushandlungsverfahren wird versucht, im Rahmen der Rechtsordnung eine Übereinkunft zu erarbeiten und dabei entgegengesetzte Interessen auszugleichen.

Als Vermittlungs- und Aushandlungskonzept soll die Mediation einerseits gewährleisten, dass getroffene Entscheide nicht an (legalem) Widerstand scheitern; andererseits soll es dazu beitragen, Widerstand gegen Bauvorhaben im Ansatz zu erkennen und diesen abbauen zu helfen<sup>44</sup>. In diesem Sinn steht die Formalisierung der Konfliktbewältigung soweit im Zentrum der Bemühungen, dass die im Interesse aller Betroffenen ermittelte Entscheidung unabweisbar ist. Kompromisslösungen sollen demnach die Interessen der Beteiligten besser befriedigen als der einseitige Entscheid. Dabei ist jedoch grösstmög-

che Informalität zu bewahren bzw. den Beteiligten unter Einsatz des Konfliktmittlers der Entscheid über das gewünschte Ausmass von Formalität zu belassen<sup>45</sup>. Eine Konfliktbewältigung wird unter Berücksichtigung aller Betroffenen erreicht.

Gegen das Institut der Konfliktmittlung wurde Kritik laut<sup>46</sup>: Besonders hervorzuheben ist als das wohl schwierigste Problem im Zusammenhang mit der Konfliktmittlung die umfassende Beteiligung der Betroffenen. Der im Frühstadium erwünschte Einbezug von Dritten stellt deshalb Probleme, weil die Konfliktträchtigkeit eines Vorhabens noch gar nicht genau erkennbar ist. Bei vielen Bewilligungsverfahren ist der Kreis der Betroffenen unbestimmt oder gar nicht bestimmbar<sup>47</sup>. Der Betroffenenkreis auf der Ebene des Bewilligungsverfahrens könnte einzig durch die Bildung von Zwangsverbänden in genügendem Ausmass gesichert werden. Auf öffentliche Bekanntgabe hin hätten sich diese am Verwaltungsverfahren zu beteiligen; im Unterlassungsfall müsste Rechtsverwirkung angenommen werden<sup>48</sup>.

### Informelles Verwaltungsverhalten

Auf der Suche nach pragmatischen Lösungen mit möglichst breitgetragener Akzeptanz gilt es auch den zunehmend praktizierten Ansätzen zu informellem Verwaltungsverhalten Beachtung zu schenken. Auch sie zielen auf eine Akzeptanzoptimierung ab: Die spätere Anrufung der Gerichte soll vermieden und die effiziente Umsetzung von Verwaltungsentscheiden erleichtert werden.

Kooperative Ergebnisse werden nicht immer formell verbindlich festgesetzt. Liegt deren Einhaltung jedoch im wechselseitigen Interesse, so entsteht eine sogenannte faktische Bindungskraft: Die Verwaltung ihrerseits ist an der Einhaltung einer informellen Absprache etwa interessiert, wenn deren zwangsweise Durchsetzung aufwendig und aufgrund rechtlicher Unsicherheiten risikoreich ist. Die Adressaten von Verwaltungsmassnahmen wiederum sind daran interessiert, eine informelle Absprache einzuhalten, wenn die Verwaltungsmassnahmen sie härter trafen oder sie gar Sanktionen zu erwarten haben. Durch intensive kooperative Beziehungen können «Netzwerke der Kommunikation und Interaktion» entstehen, die auf Dauer sehr vorteilhaft sein können und die durch Nichteinhalten informeller Absprachen aufs Spiel gesetzt werden<sup>49</sup>. Faktische Bindungen entstehen beim einseitig informellen Verwaltungshandeln etwa durch Information, Beratung bzw. Auskunft<sup>50</sup>, Empfehlung, Warnung und al-

lenfalls Duldung sowie bei den informellen Absprachen durch Vorverhandlungen, Vorabzustellung von Entscheidungswürfen, Sanierungsabsprachen und allenfalls durch Duldung<sup>51</sup>.

Die Befürworter sehen das informelle Verwaltungsverhalten als unbürokratischen und wirtschaftlichen Ansatz zu einer fruchtbaren Zusammenarbeit zwischen Bürger und Staat. Die Skeptiker bezeichnen es als «Dunkelkammer des Rechtsstaates»<sup>52</sup>:

Die Vorteile liegen im Abbau wechselseitiger Ungewissheiten in bezug auf die Sach- und die Rechtslage sowie in der Erhöhung der Erwartungs- und Verhaltenssicherheit der Beteiligten. Mit informellen Absprachen lässt sich die Planungs- und Investitionssicherheit für den Bauherrn verbessern. Der Bauherr ist im Interesse einer zeitlich raschen Verwirklichung seines Projektes und um Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden oftmals bereit, z.B. erhöhten Umweltschutzanforderungen nachzukommen. Den Verwaltungsbehörden wird im Rahmen informeller Erörterungen bereits in einem sehr frühen Verfahrensstadium ermöglicht, die Belange der Allgemeinheit und betroffener Dritter einzubringen, womit einem Aufbau eines Konfliktpotentials vorzeitig entgegengesteuert werden kann. Gemeinsam haben der Bauherr und die Verwaltungsbehörden überdies ein nicht zu unterschätzendes Interesse an der Pflege guter dauerhafter Beziehungen: So stehen für den Bauherrn immer wieder Bewilligungsentscheide an, während das Gemeinwesen an der Arbeitsplatzsicherung und am Steueraufkommen interessiert ist. Schliesslich ist auch die Befriedigungswirkung informellen Verwaltungsverhaltens erwähnenswert<sup>53</sup>.

Unverkennbar steht den genannten Vorteilen das Risiko der Relativierung normativer Vorgaben und die Gefährdung von Drittinteressen aufgrund erschwelter Kontrolle und fehlendem Rechtsschutz gegenüber. Insbesondere normvertretende Absprachen dürfen keine Kapitulation des Gesetzgebers gegenüber komplizierten Regelungssachverhalten darstellen. Vielmehr hat der Gesetzgeber darüber zu entscheiden, ob und inwieweit er auf eine Normierung verzichtet. Hat er einmal einen Tatbestand normiert, so dürfen die getroffenen Wertungen im Rahmen der Rechtsanwendung nicht unterlaufen werden. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit rechtfertigt weder einen ökonomischen Verzicht auf die Durchsetzung klarer rechtlicher Anforderungen noch den Ersatz einseitig hoheitlichen Handelns durch informelle Absprachen<sup>54</sup>. Die

Hauptgefahren des informellen Verwaltungshandelns liegen in einem undurchschaubaren Verwaltungsverfahren und in der Förderung bzw. Auslösung sozialer Machtungleichgewichte (Korruption).

### Fazit

Die erwähnten Verhandlungsinstitute wie auch das informelle Verwaltungsverhalten sind ebenso relative Instrumentarien wie das autoritative Anordnen. Ohne Zweifel müssen diese Konsensinstrumente sehr bewusst und gezielt eingesetzt werden. Scheitern sie nämlich, so steht den Betroffenen der Rechtsweg offen, wodurch sie sich im schlechtesten Fall äusserst kostspielig auswirken können. Unter guten Voraussetzungen – und darunter versteht sich eine Bauverwaltung, die ihre Arbeit gegenüber dem Bürger als Dienstleistung versteht – können Konsenslösungen echte Alternativen darstellen. Sie können bürgernah sein, einfach und möglicherweise sogar schnell.

Adresse der Verfasserin

Michèle Hubmann Trüchsel, Dr. iur., Rechtsanwältin, Vordergasse 18, 8200 Schaffhausen

### Literatur

Ein Literaturverzeichnis ist bei der Redaktion SI+A, Tel. 01 288 90 60, Fax 01 288 90 70, E-Mail [si\\_a@swissonline.ch](mailto:si_a@swissonline.ch), erhältlich.

## Anmerkungen

<sup>1</sup>Häfelin/Müller, N. 745 ff.; Haller/Karlen, N. 134 ff.; Jaag, Abgrenzung zwischen Rechtsatz und Einzelakt, S. 204 f. zur Rechtsnatur des Nutzungsplanes im speziellen

<sup>2</sup>Siehe Ricbli, ZBI 92/1991, 382 ff. mit Hinweisen auf die amerikanische und deutsche Literatur

<sup>3</sup>Züch Roger, S. 271 ff.

<sup>4</sup>Häfelin/Müller, N. 344 ff.

<sup>5</sup>Ricbli, ZBI 92/1991, 396

<sup>6</sup>Schedler Kuno, Anreizsysteme in der öffentlichen Verwaltung, Diss. St. Gallen 1993; Schedler, Ansätze einer wirkungsorientierten Verwaltungsführung, Bern 1995; Hablützel/Haldemann/Schedler/Schwaar, Umbruch in Politik und Verwaltung, Bern 1995.

<sup>7</sup>Häfelin/Müller, N. 296 ff., auch zu den folgenden Ausführungen; Maegli, URP 4/1990, 291

<sup>8</sup>BGE 103 Ia 207 ff.; 105 Ia 505 ff.; Schwarzenbach, S. 41. Für *Zwahlen* (S. 623a ff.) genügt ein inhaltlicher Ansatz für die Zulässigkeit der Vertragsform. So spiele es denn keine Rolle, ob die Verwaltung einen an sich zulässigen Inhalt in Vertrags- oder in Verfügungsform behandle, solange das Gesetz nicht selber eine bestimmte rechtliche Form vorschreibe und mit dem Vertrag der Staat und das öffentliche Interesse nicht stärker gebunden werden als durch die Anordnung einer Verfügung.

<sup>9</sup>Häfelin/Müller, N. 854; Ricbli, ZBI 92/1991, 395, mit weiteren Hinweisen auf die Lehre

<sup>10</sup>Müller Georg, ZBI 73/1972, 352, auch zum Folgenden

<sup>11</sup>Häfelin/Müller, N. 486 ff.; Ricbli, ZBI 92/1991, 396 f.

<sup>12</sup>Häfelin/Müller, N. 532 ff.; Weber-Dürler, Vertrauensschutz, S. 79 ff., detailliert zu den Voraussetzungen des Vertrauensschutzes

<sup>13</sup>BGE 103 Ia 505 ff., 514; Häfelin/Müller, N. 536; Weber-Dürler, Vertrauensschutz, S. 219 ff.

<sup>14</sup>Häfelin/Müller, N. 537; Weber-Dürler, Vertrauensschutz, S. 225 ff. (insbesondere S. 226 unten)

<sup>15</sup>Weber-Dürler, Vertrauensschutz, S. 227

<sup>16</sup>Rhinow, Festgabe 1985, S. 308; Brühwiler-Frésey, S. 199 und 231

<sup>17</sup>Brühwiler-Frésey, S. 231 und S. 197 ff. Kölz/Häner (N. 218 f.) kommen diesbezüglich zum selben Ergebnis, indem sie als massgebliches Unterscheidungskriterium zwischen Verfügung und Vertrag die Einseitigkeit der Verfügung hervorheben. Diesbezüglich geht Rhinow (Festgabe 1985, S. 321) noch einen Schritt weiter: «Nur ist dieser Verfügung nicht ein Befehlscharakter wesentlich, sondern ihre Einseitigkeit in der Anordnung rechtlicher Folgen, ihr mangelnder Konsensbedarf.»

<sup>18</sup>Bullinger, S. 679 ff.; Rhinow, Festgabe 1985, S. 308 f.

<sup>19</sup>Vgl. auch Fleiner-Gerster, ZBI 90/1989, 185 ff.

<sup>20</sup>Für den Kanton Schaffhausen vgl. Marti, S. 145 und 147 f. Für den Kanton Zürich vgl. § 82 lit. k VRG und Rotach Tomschin, ZBI 98/1997, S. 453. Soweit Verwaltungsverträge bundesrechtliche Verhältnisse betreffen, ist für deren Anfechtung mit der Revision des OG vom 4. Oktober 1991 neuerdings von einem zweistufigen Verfahren auszugehen. In erster Instanz entscheidet ein Schiedsgericht gemäss Art. 98 lit. e OG; gegen deren Verfügung steht gemäss Art. 117 lit. c OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht offen. Die verwaltungs-

rechtliche Klage an das Bundesgericht als einzige Instanz ist mit dem Inkrafttreten der Änderung (vgl. SchlB OG Ziff. 1 Abs. 3 lit. a) in Streitigkeiten aus dem Bundesverwaltungsrecht gemäss Art. 116 lit. b OG nunmehr eingeschränkt möglich (Kölz/Häner, N. 346). Vgl. auch Häfelin/Müller, N. 892 ff., zum fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrag

<sup>21</sup>BGE 112 Ib 295 f. E. 8.b (Rothenturm); Kuttler, ZBI 89/1988, 246; Weber-Dürler, Vertrauensschutz, S. 148 f.

<sup>22</sup>Gueng, SJZ 67/1971, 369 ff.; Kölz, Kommentar VRG, § 19 N. 24; vgl. auch Kölz/Häner, N. 91. Beim Vorentscheid handelt es sich andersseits aber auch um einen spezialgesetzlich geregelten Fall des Vertrauensschutzes; vgl. Haller/Karlen, N. 837; Mäder Christian, N. 504 mit Verweisungen

<sup>23</sup>Vgl. implizit Art. 25 VwVG betreffend Feststellungsverfügung

<sup>24</sup>Die zürcherische Regelung gestützt auf §§ 323 f. PBG unterscheidet den Vorentscheid mit und ohne Wirkung gegenüber Dritten. Der Vorentscheid ohne Drittwirkung bindet lediglich die Behörde im Umfang der beantworteten Anfrage.

<sup>25</sup>Mit derart bedingten Vorentscheidansprüchen kann der Gesetzgeber die Vorentscheidgesuche quantitativ im Rahmen behalten; vgl. Leutenegger, 1. Aufl., S. 209. Eine solche Einschränkung ist im Hinblick auf koordinationsbedürftige Vorhaben nicht ratsam.

<sup>26</sup>Vgl. Mäder Christian, N. 511 i.V.m. Fussnote 22

<sup>27</sup>Vgl. BRKE I Nr. 195/1992 betreffend eine Geflügelmasthalle als Anlage im Sinne des Umweltschutzrechts. Vgl. auch Imboden/Rhinow, Bd. I, Nr. 36 B.IV

<sup>28</sup>Kölz, Kommentar VRG, § 20 N. 80 ff.

<sup>29</sup>Vgl. die von Mäder Christian (N. 514) zusammengestellte Kasuistik der zugelassenen Vorentscheidfragen im Kanton Zürich

<sup>30</sup>Mäder Christian, N. 512

<sup>31</sup>Vgl. Zürcher Verwaltungsgericht VB 91/0048

<sup>32</sup>Mäder Christian, N. 525

<sup>33</sup>Mäder Christian, N. 528 f.; kritisch bereits zur zweijährigen Bestandesdauer in N. 530

<sup>34</sup>vgl. ZBI 89/1988, 46 ff.: Gemäss einem Entscheid vom 6. Januar 1987 trat es auf eine von Dritten erhobene staatsrechtliche Beschwerde gegen einen positiven Vorentscheid nicht ein, handle es sich beim Anfechtungsgegenstand nämlich nicht um einen Endentscheid i.S.v. Art. 87 OG, sondern um einen Zwischenentscheid. Beim Vorentscheidverfahren, das einen fakultativen Teil des Baubewilligungsverfahrens bilde und dieses nicht abschliesse, könne ein Vorentscheid gemäss § 323 f. PBG mit staatsrechtlicher Beschwerde demnach nur angefochten werden, wenn für die Betroffenen ein nicht wiedergutzumachender Nachteil entstehe. Damit weicht das Bundesgericht von der selbständigen Anfechtbarkeit von Vorentscheiden ab. Die Redaktion des Zentralblattes weist darauf hin, dass dieser Entscheid das Institut des Vorentscheides teilweise seines Sinnes beraube. Ein Vorentscheidverfahren bezwecke nämlich die abschliessende Klärung grundlegender Fragen in einem frühen Projektstadium. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Da die Bindung eines positiven Vorentscheides mit Drittwirkung zudem im Umfang der verbindlich beantworteten Fra-

gen gegebenenfalls nicht nur eine tatsächliche, vielmehr auch eine nicht mehr korrigierbare Benachteiligung von Dritten zur Folge haben kann, ist der fragliche Entscheid realitätsfremd.

Bezüglich negative Vorentscheide hielt das Bundesgericht mit Entscheid I.P.224/1991 vom 9. September 1992 fest: Eine andere Rechtslage bestehe, wenn ein negativer Vorentscheid vorliege. Nach dem Wortlaut von § 324 Abs. 1 PBG und gemäss der Praxis handle es sich hierbei um eine rechtsverbindliche Ablehnung einer baurechtlichen Bewilligung. Der negative Vorentscheid schliesse das Verfahren ab. Unerheblich sei für den Bauherrn, ob das Vorentscheidgesuch öffentlich bekannt und aufgelegt worden sei, da der Vorentscheid für den Bauherrn in jedem Fall rechtskräftig und verbindlich werde. Der Vorentscheid im Zürcher Bewilligungsverfahren sei somit immer dann ein Entscheid, wenn das Baugesuch endgültig abgewiesen werde. Entsprechend sei die staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht zulässig. Ergänzend sei auf die zürcherische Meinung bezüglich abschlägige Vorentscheide hingewiesen: Demnach zeitigt eine Abweisung nur insofern Rechtsfolgen, als auf ein gleichlautendes zweites Vorentscheidgesuch nicht eingetreten werden muss, sofern sich die Sach- bzw. Rechtslage nicht wesentlich verändert hat (Mäder Christian, N. 531; RB 1983 Nr. 108 = VB 30/1983; vgl. auch Kappeler, ZBI 95/1994, 72 ff.).

<sup>35</sup>Für den Kanton Zürich: VB 45/1982 = RB 1982 Nr. 156 = BEZ 1982 Nr. 38 = ZBI 84/1983, 140 ff.

<sup>36</sup>Kölz, Kommentar VRG, § 20 N. 34 f. zur Rechtsnatur der Einsprache; Ricbli, ZBI 92/1991, 400 ff.

<sup>37</sup>Kölz, Kommentar VRG, § 20 N. 44.

<sup>38</sup>vgl. Stadt Zürich: BRKE I Nr. 565/1992 E.1.d)

<sup>39</sup>Häfelin/Müller, N. 860

<sup>40</sup>Für den Kanton Zürich: BKRE II Nrn. 155 und 156/1992 = BEZ Nr. 34/1992

<sup>41</sup>Für den Kanton Zürich: VB 92/0117 = BEZ Nr. 5/1993

<sup>42</sup>Hoffmann-Riem, S. 35; Kägi-Diener, S. 673 ff.

<sup>43</sup>Hoffmann-Riem, S. 57; Hoffmann-Riem, Verhandlungen, S. 31 f. und 35

<sup>44</sup>Treiber, S. 267 f.; Hoffmann-Riem, Verhandlungen, S. 21 ff., und ausführlich in der Abhandlung: Konfliktmittler in Verhandlungen; Schmidt-Assmann, S. 18 ff.; Renn, URP 6/1992, 286 f. und 292 ff.

<sup>45</sup>Hoffmann-Riem, Verhandlungen, S. 26

<sup>46</sup>Vgl. im Zusammenhang mit den systembedingten und den verfassungsrechtlichen Grenzen von Verhandlungslösungen Kunig, S. 55 ff., und Steinberg, S. 295 ff.

<sup>47</sup>Kunig, S. 59

<sup>48</sup>Steinberg, S. 305

<sup>49</sup>Hoffmann-Riem, Verhandlungen, S. 19

<sup>50</sup>Dabei dürfte künftig das Internet ein gewichtiges Potential bergen. Vgl. NZZ vom 21. September 1999, Nr. 219, Beilage Orbit B11: Das Internet bringt uns die neue Gesellschaft.

<sup>51</sup>Henneke, NuR 13/1991, 270 f.; Plattner-Steinmann, S. 165 ff.

<sup>52</sup>Henneke, NuR 13/1991, 269

<sup>53</sup>Henneke, NuR 13/1991, 272 f.

<sup>54</sup>Henneke, NuR 13/1991, 272 und 273 f.; Hoffmann-Riem, Verhandlungen, S. 26 ff.; Ricbli, ZBI 92/1991, 394 ff.