



## Report

# **Bauvorhaben zwischen Visionen und Beschwerden Vortrag gehalten am 26. März 2004, Rahmenveranstaltung der Immo-Messe 2004, St. Gallen**

**Author(s):**

Lendi, Martin

**Publication Date:**

2004

**Permanent Link:**

<https://doi.org/10.3929/ethz-a-004696372> →

**Rights / License:**

[In Copyright - Non-Commercial Use Permitted](#) →

This page was generated automatically upon download from the [ETH Zurich Research Collection](#). For more information please consult the [Terms of use](#).

# Bauvorhaben zwischen Visionen und Beschwerden

*Martin Lendi<sup>1</sup>*

Vortrag, gehalten am 26. März 2004, Rahmenveranstaltung der Immo-Messe 2004, St. Gallen (ausführliche, bereinigte Fassung)

Bauherren und Investoren haben Visionen – sie laufen aber am Recht und an Beschwerden auf. Dies ist ihr subjektiver Eindruck. Viele beklagen sich denn auch über das Recht. Dieses wird angeprangert, starr, wenig flexibel und Selbstzweck zu sein. Es belaste. Wird aus staatspolitischen Gründen Deregulierung postuliert, dann dominiert das Beispiel des Baurechts.

Dennoch ist das Recht nicht wegzudisputieren. Als Planungs- und Baurecht dient es dem Bauen zu, bettet die Bauten und Anlagen in das Stadt- und Dorfbild ein und erlaubt das Nutzen der kostspieligen Infrastruktur. Objektiv bewegt sich das Bauen zwischen der Projektidee und der rechtskräftigen Baubewilligung. Es bedarf also visionärer Projektideen *und* des Baurechts.<sup>2</sup> Und es bedarf in Anwendung des Baurechts einer Baubewilligung, gegen die, wie dies einem Rechtsstaat ziemt, Rechtsmittel ergriffen werden können. Die Erlaubnis zum Bauen tritt also erst in Rechtskraft, wenn keine Rechtsmittel ergriffen werden oder der Instanzenzug erschöpft ist. Das Baurecht wird, was die Problematik erhöht, von andern Rechtsgebieten (Raumplanungs-, Umweltschutzrecht usw.) umrankt.<sup>3</sup>

## Visionen

Nicht nur ein Hundertwasser-Haus lebt von kühnen Vorstellungen. Das Bad in Vals von Peter Zumthor, die Hochschulbauten in St. Gallen, auch das hiesige Stadttheater drücken mehr als Zweckmässigkeit aus. Sie schliessen Visionen ein. Einkaufszentren mit Eventcharakter, aber auch Fussballstadien, Freizeitanlagen mit tropischen Wäldern, Badewelten – es sind dies die modernen Kathedralen des objektorientierten Städtebaus – beanspruchen Anerkennung und kühne Umsetzung. Selbst einer alltäglichen Wohnüberbauung oder einem Fertigeinfamilienhaus liegt eine Wunschvorstellung zugrunde. Weil sich, vor allem bei grösseren Vorhaben, Zweifel zur Anbindung an den öffentlichen Verkehr, zur Zahl der Parkplätze, zu den Öffnungszeiten und zum zulässigen Angebot beim ausserordentlichen

---

<sup>1</sup> Prof. Dr. iur. Dr.h.c., Rechtsanwalt, (em.) o. Professor für Rechtswissenschaft der ETH Zürich, von 1961 bis 1969 Departementssekretär (heute Generalsekretär genannt) des Baudepartementes des Kantons St. Gallen.

<sup>2</sup> Zum Begriff des Baurechts ist zu bemerken, dass dieses sowohl materielles wie auch formelles Recht umfasst. Als materielles handelt es von den Anforderungen an Bauten und Anlagen, als formelles bringt es die zuständigen Behörden (Baubewilligungs-, Einsprache- Rekurs- Gerichtsinstanzen), die Instrumente (Baubewilligung, Pläne usw.) und Verfahren (nicht streitiges Verwaltungsverfahren, Verwaltungsprozess für streitige Verfahren) zur Sprache.

<sup>3</sup> In einem unmittelbaren Zusammenhang steht das Bau- mit dem Raumplanungsrecht. Es wird zusätzlich durch andere Rechtsgebiete überlagert, nämlich vom Umwelt-, Gewässerschutz-, Wald-, Natur- und Heimatschutz-, Denkmalschutzrecht usw.

Offenhalten (beispielsweise in Bahnhöfen) usw. einstellen sowie Verzögerungen im Rechtsmittelstreit drohen, fragt sich für Bauherren und Projektierende, ob Visionen zu begraben, das üblicherweise tolerierte Mittelmass anzusteuern oder ob die Rechtswege zugunsten der Realisierung des Angestrebten durchzustehen seien.

Illusionsloses Bauen als Produkt computergestützter gesetzesökonomischer Effizienz? Nein. Visionen zu Bauten und ihren Wirkungen auf die Umwelt sind zu pflegen. Ohne Phantasie, ohne Kreativitätsanspruch werden Bauten monoton. Plattenbauten und machtorientierte Zuckerbäckerpaläste sind nicht unser Anliegen. Es sind die Visionen, die dem kulturellen Element im Gestaltungsanspruch Leben einhauchen. Sogar Planer müssen Visionen in Vielfalt hegen. Diese beleben. Sie bewahren vor Schematischen, vom Üblichen. Die einstigen Landesplanerischen Leitbilder des ORL-Instituts? – ein grossartiger Versuch (1971)!<sup>4</sup> Ob es Stararchitekten aus Basel mit ETH-Geldern gelingen wird, noch in diesem Jahr (2004), wie angekündigt, für die ganze Schweiz siedlungsstarke Visionen zu entfachen? Wir warten gespannt. Auffallend ist: Die Visionen verlagern sich aktuell vom Raum auf Bauten. Stadien, Museen, Bahnhöfe, Messebauten, ein Wohnturm über Davos (gleich einem zweiten Tinzenhorn) usw. dominieren die Debatte um das Bauen. Erlebniszentren sind wichtiger als Stadt- und Landschaftsbilder. Städtebau ist gewichtiger als Stadtplanung, auch als Landesplanung. Zu recht?

Die Frage, auf die hier und jetzt eine Antwort erwartet wird, dürfte sein, ob das Recht – das Bau-, Raumplanungs- und das Umweltrecht – sich leisten könne, Visionen von Bauherren und Investoren im Keim zu ersticken oder an drohenden langwierigen Beschwerdeverfahren auflaufen zu lassen. Das Suchen nach einer Antwort bedingt ein Nachdenken über die Funktionen des materiellen und formellen Planungs- und Baurechts. Allerdings, es ist zu kurz gegriffen, lediglich die Rechtsmittelverfahren ins Auge zu fassen, so sehr prozessökonomische Erwägungen angezeigt sind. Die echten Probleme liegen in den inhaltlichen Anliegen und überlappenden Strukturen des geltenden Rechts, die in jüngerer Zeit unklar geworden sind. Zusätzlich wären Spannungsfelder zwischen Demokratie und Rechtsschutz zu bedenken, beispielsweise dort, wo der Souverän durch zwei Voten über einen Gestaltungsplan grünes Licht für ein Bauvorhaben erteilt hat, die Investoren aber wegen erneuter Beschwerden in Entscheidungsgengässe gerieten.<sup>5</sup>

Fatal wäre es, sich Illusionen hinzugeben, beispielsweise zu glauben, das Baurecht habe keine andere Aufgabe, als die Baufreiheit zu gewährleisten und ein Überborden staatlicher, verbandsseitiger und nachbarlicher Ansprüche zurückzubinden. Das Baurecht zeichnet mit dem Raumplanungsrecht zusammen verantwortlich für eine geordnete bauliche Entwicklung, für die Abstimmung mit der Infrastruktur, die Gestaltung der einzelnen Bauten im Kontext mit der Umgebung und ganz allgemein für die Landschafts- und Siedlungsqualität, welche die ökologische Komponente einschliessen. Dass es dabei von der Eigentumsgarantie auszugehen hat und das Baurecht unter dem Gesichtspunkt der Schranken eben dieser Freiheit zu

---

<sup>4</sup> ORL-Institut (ETH Zürich), Landesplanerische Leitbilder, 3 Bde., 1 Plankassette, Zürich 1971; sodann *Eidg. Justiz- und Polizeidepartement/Delegierter für Raumplanung (Hrsg.)*, Raumplanerisches Leitbild der Schweiz, CK 73, Bern 1973

<sup>5</sup> Auf das Spannungsfeld Demokratie/Rechtsschutz kann im Rahmen diesem Vortrag nicht näher eingetreten werden. Als neuestes Beispiel darf der Stadionbau in Zürich erwähnt werden, dem das Volk zugestimmt hat, der nun aber aufgrund von Beschwerden den Zeitpunkt für den gegebenen Baubeginn im Hinblick auf die Fussball-Europameister verpassen könnte. Zu dieser Problematik NZZ (sir.), Private Bauherrschaft unerwünscht, Nr. 54 vom 5. März 2004, S. 51. Das im Text erwähnte Beispiel betrifft den HB-Südwest, ebenfalls in Zürich. Nähere Angaben dazu finden sich bei *Rentsch Hans/Avenir Suisse*, Umweltschutz auf Abwegen, Zürich 2003, S. 78 ff.

würdigen hat, dies verlangt die Verfassung mit Wirkung für den Bundes- wie auch für die kantonalen Gesetzgeber.<sup>6</sup>

### **Nostalgiker des Baurechts schwärmen**

Von der Baufreiheit zu den guten alten Zeiten zu träumen, ist nicht verboten. Waren das noch Zeiten, so hört man klagen, als Neubauten nach Gutdünken auf der grünen Wiese errichtet werden konnten, als Türmchen und Herkulesse die Gestaltung von Fassaden beliebig zu steigern vermochten, als Kirchen und Denkmäler das Stadtbild prägen durften und als bestehende Bauten ohne grosses Nachfragen nach innen und nach aussen umgenutzt werden konnten. Ja, das waren noch Zeiten, so mag mancher denken, als es keine Landwirtschaftszonen mit inhärenten Bauverbote gab, als das Gebiet abseits der Siedlungen schlicht als übriges Gebiet angesprochen wurde, gleichsam als Gebiet, das der späteren Planung zwar vorbehalten blieb, in dem aber bei Übernahme der Erschliessungskosten dennoch gebaut werden konnte – mit Waldesruh oder Säntisblick, nebelfrei, ohne störende Nachbarn, höchstens belastet mit Kuh- und fernem Kirchengeläute.<sup>7</sup> Nur, Konflikte gab es zu allen Zeiten, Ordnungen waren immer nötig. Darum gab es keine Zeit ohne Baurecht.

Ein Blick in die mittelalterlichen Städte widerspricht der Vermutung der totalen Baufreiheit. Die Stadt Bern und selbst St. Gallen's Gassen illustrieren gelebtes Baurecht. Die Fassadenfluchten folgten den Strassenzügen, bei höchster Dichte, Haus an Haus, düstere Gassen. Lediglich auf Plätzen, wo Gespräche geführt, gewaschen wurde, Pferdeverkehr herrschte, atmeten die Bürger freiere Luft. Und die gwundrigen Erker, man schaue genau hin, ragten zwar in die Strassen hinein, doch massvoll gedrosselt, wahrscheinlich allenthalben cm-genau auskragend. Und wie war dies mit dem Abwasser? Der freie Plumpsens ins Zwischengässchen und die offenen Rinnsale entsprachen auflagegerecht dem damaligen hygienischen Minimum. Selbst die Bauästhetik folgte Grundregeln. Die Baumaterialien unterschieden sich kaum, mindestens dort, wo sie nahegelegenen Steinbrüchen entnommen wurden. Selbst in Bergdörfern der Walser bestimmte das Baumaterial – Holz – Bauweise und Gestaltung. Der Zwang, sich einzufügen, war gross, bis (sachlich und gesellschaftlich) unerbittlich.

Erst als die Stadtmauern geschliffen wurden und die Begüterten auf die Höhenzüge über der Stadt auswichen, eröffneten sich Baufreiheiten, die dann allerdings kräftig in Anspruch genommen wurden. Die Industrialisierung des 19. Jahrhunderts fand ihrerseits für ihre Bauten, Sägereien, Fabriken, Spinnereien, Webereien und Färbereien usw. keinen Raum in der Stadt. Die Wasserläufe bestimmten die Standorte von Mühlen, Textilunternehmungen. Erste Maschinenfabriken hämmerten in abseits liegenden Quartieren. Arbeitersiedlungen schlossen sich an. Der Fabrikherr durfte sich sogar die Freiheit nehmen, sein Haus auf einen markanten Punkt zu setzen. Das Glarnerland illustriert. Nebenher setzten geographische, technische und ökonomische Faktoren Standortbedingungen. Sie befahlen auf ihre Weise, wann, wo und was gebaut werden konnte oder wo was zu weichen hatte. Naturgewalten

---

<sup>6</sup> Art. 26 BV in Verbindung mit Art. 36 BV. Diese verfassungsrechtliche Grundaussage gilt auch dort, wo der Gesetzgeber unter anderen Titeln Baurecht setzt, beispielsweise in Raumplanungs-, Umwelt-, Energie- und andern Bereichen.

<sup>7</sup> Ausdruck dieser baurechtlichen Grundsituation ist das Verständnis des öffentlichen Baurechts als Baupolizeirecht, also abseits von räumlicher Planung, ohne wohlfahrtspolitische Komponenten und in gestalterischer Hinsicht als Abwehr von Verunstaltungen. Siehe dazu *Elser J.*, St. Gallisches Baupolizeirecht, St. Gallen 1915.

setzten Grenzen. Lawinenzügen und Überschwemmungsgebieten wurde ausgewichen. Das Rheintal zeugt noch heute davon.

## Rudimentäres Baurecht

Das geschriebene Baurecht blieb, ungeachtet der tiefgreifenden Entwicklungsschübe bis über die Mitte des 20. Jahrhundert hinaus, knapp. Es gewährte in hohem Masse privat- und öffentlichrechtliche Baufreiheit. Das Privatrecht regelte die nachbarlichen Belange, das öffentliche die polizeilichen. Kaum zu glauben, im Jahre 1961, als ich die Stelle eines Departementssekretärs auf dem Baudepartement des Kantons St. Gallen antrat, da konzentrierte sich das kantonale öffentliche Baurecht auf einige wenige Bestimmungen im Einführungsgesetz zum ZGB, kurz vorher durch ein Nachtragsgesetz leicht ausgeweitet, verbunden mit Ermächtigungen an die Gemeinden zum Erlass von Baureglementen, Zonen- und Überbauungsplänen. Ein kantonales Baugesetz fand sich nicht. Viele Gemeinden waren erst auf dem Weg, von ihren limitierten Kompetenzen Gebrauch zu machen. Hätte das Bundesgericht im Jahre 1957 der Gemeinde Wil nicht vorgehalten, es bedürfe für Zonen mit schweren Eingriffen einer besonderen kantonalen gesetzlichen Grundlage, so wäre es wohl noch über längere bei rein polizeilichen Zonierungen nach Immissionsbelastungen geblieben.<sup>8</sup> So aber kam es Schritt für Schritt zu eigentlichen Nutzungsplanungen, in hohem Masse ausgerichtet auf Bauzonen und einige wenige Bauverbotszonen. Die freie Landschaft blieb jedoch als übriges Gebiet ausgeklammert. Aussenwachen, Bauernhöfe in Streusiedlungen, Gasthöfe auf Aussichtsterrassen und die Güterstrassen zu Wiesen und Wälder unterstrichen den Landschaftscharakter.<sup>9</sup> Gleichzeitig wandelte sich der Baupolizeibegriff, indem neu auch ästhetische Aspekte als zum Baurecht gehörig anerkannt wurden.<sup>10</sup>

Ab dem zweiten Weltkrieg, um 1950, bauten sich Sorgen auf, Sorgen um den Schutz der offenen Landschaft, um die Kosten des unkontrollierten Siedlungswachstums und um die knappe Ressource Boden, alles bedingt durch die aufkeimende Hochkonjunktur, die rasch wachsende Mobilität und die beschleunigte Bodenverteuerung. Vorboten des Natur- und Heimatschutzes kündigten sich an, die eidgenössische Gesetzgebung zum Gewässerschutz verlangte nach einer Begrenzung des Baugebietes auf die Ausdehnung der generellen Kanalisationsprojekte und die Wohnbauförderungsgesetzgebung des Bundes zögerte nicht, die Fein- und Groberschliessung als Bauvoraussetzungen mit landesweiter Geltung zu definieren. Gleichzeitig wurde von der Politik her die Bodenfrage traktandiert. Als knappes Gut und Lebensvoraussetzung für alle Menschen sei der Boden für alle Menschen bedeutsam, unabhängig davon, ob sie Grundeigentümer seien oder nicht.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Der Entscheid betraf die gesetzlichen Anforderungen an die Industriezone: Urteil der staatsrechtlichen Kammer vom 13. März 1957 i.S. Nadag AG gegen Einwohnergemeinde Will und Regierungsrat des Kantons St.Gallen.

<sup>9</sup> Auf dieser Rechtslage basierte die Darstellung des st. gallischen Baurechts von *Kunz Heinrich*, Das öffentliche Baurecht im Kanton St. Gallen, Zürich/St. Gallen 1958. Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Gutachten, das Hans Huber im Jahre 1958 der Gemeinde Herisau Kt. Appenzell A.Rh.) erstattet hatte. Er erläutert dort, unter welchen Voraussetzungen eine Gemeinde Zonenplanung betreiben kann. Er forderte gesetzliche Grundlagen, gerade auch für die Industriezone. Die Rechtssituation bis zum Erlass der Verfassungsartikel über die Raumplanung und die Eigentumsgarantie ist zusammengefasst bei *Rechts- und wirtschaftliche Fakultät der Universität Bern*, Rechtliche Probleme des Bauens, Berner Tage für die juristische Praxis 1968, Bern 1969. Dort kündigte sich der Wandel vom Baupolizeirecht zum Bauplanungsrecht an, bald schon die Verknüpfung von Bau- und Raumplanungsrecht.

<sup>10</sup> BGE 81 I 26 ff.

<sup>11</sup> Es waren vor allem das (einstige) ORL-Institut der ETH Zürich, die Schweizerische Vereinigung für Landesplanung (VLP) und der Schweizerische Juristenverein, die sich ab dem 2. Weltkrieg mit Fragen der Orts-, Regional- und Landesplanung auseinander zu setzen begannen. Voraus gegangen waren ausholende Studien von Architekten mit landesplanerischen Visionen (Hans Bernhard, Heinrich Peter, Armin Meili, Fritz Lodewig, Hans

## Wende zum Bau- und Planungsrecht

Die ab Mitte der sechziger Jahre eingeleitete Wende zu einer intensiveren und strukturierten Regelung des Bauens im Verbund mit der Bebauungs- und Raumplanung, wie wir sie heute in der Grundsubstanz kennen, brachten zwei Faktoren.

Der erste lag, wie angedeutet, in den Fakten. Die Bevölkerung wuchs weiterhin, deren Ansprüche an das Wohnen, an die Arbeitsplätze, an die Verkehrsanlagen sowie die Versorgungs- und Entsorgungseinrichtungen doppelten nach. Es war die Zeit als Autobahnen, Hochhäuser, Treppenhaussiedlungen, Subzentren, Zweitwohnungen und Freizeiteinrichtungen forciert wurden, alles von heute aus gesehen in Grenzen, doch für die damalige Zeit bereits ein Strom. Der Ruf nach Städten, nach neuen Städten ertönte – Max Frisch stimmte ein.<sup>12</sup> Gleichzeitig befürchtete die Landwirtschaft, die Aufgabe der Eigenernährung des Landes, was ihr während der Anbauschlacht mit dem „Plan Wahlen“<sup>13</sup> einigermassen geglückt war, nicht mehr erfüllen zu können.

Der zweite Grund war politischer Art. Die Politik sah sich vor die Frage gestellt, wie sie der Entwicklung Herr werden könne. Sachlich-konzeptionelle Grundlagen fehlten. Politische Standortbestimmungen schwankten. Die Sozialdemokratische Partei lancierte bald einmal Bodenrechtsinitiativen in Richtung der staatlichen Verleihung von baulichen Bodennutzungsrechten, die Freisinnig-demokratische Partei rang mit sich, wie sie der Bodenfrage genügen, das Bauen ordnen und darüber die Markkräfte dennoch spielen lassen könnte. Die damalige Bürger- und Bauernpartei tat alles, die Landwirtschaft zu stärken.<sup>14</sup>

---

Bernoulli, usw.). Landesplanung als Massnahme zur Arbeitsbeschaffung förderte Karl Kobelt (Baudepartement Kt. St. Gallen, Bundesrat; siehe dazu *Müller Hans (Hrsg.)*, Karl Kobelt, Gedenkschrift, Bern 1975). Einen grossen Einfluss übte der „Plan Wahlen“ aus, geboren in den Kriegsjahren diente er der Landesversorgung und wurde zum gedanklichen Vorläufer der „Landwirtschaftszone“. Zur Geschichte der Raumplanung siehe u.a. *Winkler Ernst/Winkler Gabriela/Lendi Martin*, Dokumente zur Geschichte der schweizerischen Landesplanung, Zürich 1979. Auffallend ist dabei, dass dem Baurecht nur am Rande Aufmerksamkeit geschenkt wurde.

Hingegen waren Bodenrechtsfragen stets virulent. Erst im Jahre 1968 fragte sich – im Auftrag der Forschungskommission Wohnungsbau – eine von Riccardo Jagmetti geleitete Arbeitsgruppe, ob eine Vereinheitlichung der Bauvorschriften angezeigt sei. Sie blieb ohne Wirkung auf den Verfassungsgesetzgeber und die Gesetzgeber des Bundes und der Kantone. Das Baurecht wurde im übrigen im Artikel 22quater aBV über die Raumplanung weitgehend ausgeklammert. Es blieb ein Kernstück kantonaler Hoheit (Art. 75 BV).

<sup>12</sup> *Burckhardt Lucius/Frisch Max/Kutter Markus*, Achtung – die Schweiz!, Basel 1955. Nicht zu verkennen ist die Bedeutung des Grundlagenwerkes von *Carol Hans/Werner Max*, Städte wie wir sie wünschen, Zürich 1949 (Max Werner, ein engagierter Architekt und Planer, war übrigens von 1961 bis 1971 st. gallischer Kantonsbaumeister!). Viel zu wenig bekannt ist, dass die sog. Regionalplanung Mittelrheintal eine der ersten grösseren Regionalplanungen war. Die Grundlagenstudie dazu datiert von 1950. Siehe dazu: *Orts- und Regionalplanung Mittelrheintal* (Gemeinden Au, Balgach, Berneck, Diepoldsau, Rebstein und Widnau) (Hrsg.), Bericht über die Durchführung der Planung sowie Grundlagen über die Region Mittelrheintal, erstattet vom Institut für Landesplanung der ETH Zürich und vom Zentralbüro für Landesplanung, Zürich 1950.

<sup>13</sup> Plan eines grösstmöglichen Eigenernährungsgrade durch die einheimische Landwirtschaft, notwendig geworden durch den 2. Weltkrieg mit der Isolierung der Schweiz, erarbeitet durch den ETH-Professor F.T. Wahlen.

<sup>14</sup> Grundlegende Einsichten und die wesentlichen Verweise aus der politisch virulenten Zeit des Bodenrechts vermittelt *Binswanger Hans Christoph*, Eigentum und Eigentumspolitik, Zürich 1978; siehe auch *Lendi Martin*, Entwicklungstendenzen im schweizerischen Bodenrecht, Wirtschaft und Recht, Heft 3 Zürich 1986, S. 301 ff- (enthalten auch in: *Lendi Martin*, Lebensraum, Technik, Recht, 2. A., Zürich 1997, S. 339 ff.), sodann *idem*, Bewahrung des Rechts, Aufsatzsammlung, Zürich 1992, mit mehreren Abhandlungen zum Bodenrecht, S. 347 ff. sowie S. 499 ff. Markiert wird der Widerstreit der Interessen – am Beispiel des Bodenrechts.

Überdies wurden katholische und protestantische Soziallehren bemüht, die sich im Postulat der Sozialpflichtigkeit des Eigentums berührten.<sup>15</sup>

Aus dieser Konfrontation von Fakten und politischen Optionen resultierten vier bis heute nachwirkende Erkenntnisse:

- a) Notwendigkeit einer raumplanerischen Grundordnung mit der Trennung der Märkte für das vorwiegend landwirtschaftlich genutzte Land einerseits und für das Bauland andererseits,
- b) Notwendigkeit einer Begrenzung des Siedlungsgebietes mit dem Ziel des haushälterischen Umganges mit dem Boden und zur Reduktion der Erschliessungskosten, alles aber zugunsten einer offenen Landschaft und ökologischer Ausgleichsräume,
- c) Notwendigkeit einer planungs- und baurechtlichen Erfassung des Bauens, verbunden mit dem Ziel einer zweckmässigen, haushälterischen Bodennutzung und einer geordneten, ästhetisch befriedigenden Besiedlung des Landes,
- d) Notwendigkeit der Gewährleistung des Eigentums, nicht ohne dem Gesetzgeber die Möglichkeit einzuräumen, das Eigentum zu beschränken und die Baufreiheit in Teilen sogar intensiv zu belasten, allerdings unter Gewährung voller Entschädigung, falls die Wirkung einer Enteignung gleichkommt.

Auf dieser konzeptionellen Basis erliessen Volk und Stände im Jahre 1969 Verfassungsbestimmungen über die Raumplanung und die Eigentumsgarantie<sup>16</sup>, ergingen vorher und nachher Gesetze zum bäuerlichen Bodenrecht, dringliche Massnahmen zum Schutze der Landschaft und bald einmal das Bundesgesetz über die Raumplanung von 1979 mit inhärenten, minimalen Grundanforderungen an die Baugesetzgebung, so bezüglich Baubewilligung und Erschliessungsvoraussetzungen.<sup>17</sup> Parallel dazu wurden die Gewässerschutz-, die Natur- und Heimatschutz- und die Verkehrsgesetzgebung usw. konsequenter gefasst. Mit der Problematik und den steigenden bundesrechtlichen Anforderungen konfrontiert liessen es sich die aufgeweckteren Kantone, unter ihnen der Kanton St. Gallen, nicht nehmen, von sich aus frühzeitig Planungs- und Baugesetze zu

---

<sup>15</sup> Siehe beispielsweise *Studienkommission des Schweizerischen Evangelischen Kirchenbundes*, Neues Recht für unsern Boden, Polis 39, Zürich 1969, sodann *Locher Gottfried W.*, Der Eigentumsbegriff als Problem evangelischer Theologie, Zürich 1962, mit umfassenden Hinweisen auf die röm.kath. Lehre vom Eigentum

<sup>16</sup> Es ging um die Verfassungsartikel 22ter (Eigentumsgarantie) und 22quater (Raumplanung) aBV (Bundesverfassung von 1874 mit Novellierungen). In der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 sind dies die Art.26 und 75 BV. Vgl. dazu *Lendi Martin*, Kommentar zu Art. 75 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Lachen SZ 2002. Den Verfassungsartikel 22quater im BV-Kommentar von 1987 ff. erläuterte Riccardo Jagmetti, Art. 22ter über die Eigentumsgarantie daselbst Georg Müller. Siehe sodann *Aemisegger/Kuttler/Moor/Ruch (Hrsg.)*, Kommentar zum BG über die Raumplanung, Zürich 1999. Beigefügt sei, dass der erste Schritt zunächst an der Verfassung vorbei führte; beabsichtigt war der Erlass einer Verordnung, welche die Einführung der Landwirtschaftszone vorgesehen hätte. Es war der damalige Sekretär des Baudepartementes der Kantons St. Gallen (der Autor dieser Zeilen), der mit Zustimmung des st. gallischen Regierungsrates Dr. S. Frick an einer Tagung der Schweizerischen Ortsbürgergemeinden unter dem Vorsitz von Kurt Buchmann (St. Gallen) in Stans, die Verfassungsmässigkeit in Frage stellte. Der Bundesrat beauftragte alsdann Prof. Dr. Hans Huber in Bern mit einem Gutachten, das, wenn auch mit anderer Begründung, zum gleichen Schluss kam und den Bundesrat zum Entwurf der erwähnten Verfassungsartikel veranlasste. Sie wurden im Jahre 1969 durch Volk und Stände angenommen, allerdings in der Fassung des Parlamentes und nicht des Bundesrates. Der Unterschied lag in der Akzentsetzung auf der Raumplanung und nicht einseitig auf der Zonenplanung.

<sup>17</sup> Siehe dazu vor allem das BG über die Raumplanung (RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700). Siehe vor allem Art. 22 RPG betr. Baubewilligung und Bauvoraussetzungen sowie Art. 19 RPG hinsichtlich der Erschliessung. Bei Art. 24 RPG geht es um eine Ordnung der Nutzung innerhalb der Landwirtschaftszone resp. ausserhalb der Bauzonen und mithin nicht um Baurecht im engeren Sinne, auch wenn die Aussagen baurechtsrelevant sind.

erlassen, nicht zuletzt in der Befürchtung, ihre Kompetenzen könnten durch den Bund beschnitten werden.<sup>18</sup> So kam es, dass neben der breiter werdenden Bundesgesetzgebung das kantonale Planungs- und Baurecht sich ausdehnte.

Ungeachtet der wachsenden Zahl ergänzender Eigentumsbeschränkungen blieb es bis in die achtziger Jahre hinein sowohl auf Bundes- als auch kantonaler Ebene bei einer insgesamt eigentumsfreundlichen Ordnung. Sie ging auch inmitten des stringenter gewordenen Baurechts von der Verfügungs- und von der Nutzungsfreiheit – von der Baufreiheit – aus. Die Anforderungen der Verfassung an das Bauen und die Bauten, sub specie der Eigentumsgarantie und ihrer Schranken (Art. 22ter aBV, Art. 26 BV) empfunden wurden das faktische Verbot des Bauens ausserhalb der Bauzonen<sup>19</sup>, die (zu) eng gefassten Zonierungen sowie die erschliessungsrechtlichen Voraussetzungen für das Erteilen einer Baubewilligung, anfänglich da und dort – wider alle Vernunft – sogar innerhalb der Bauzonen ohne Rechtsanspruch auf Erschliessung.<sup>20</sup> Im übrigen wurde aber das Raumplanungsrecht sukzessive verstanden und bald einmal akzeptiert.<sup>21</sup>

In dieser Phase wurde seitens der Wissenschaft vor allem das Raumplanungsrecht kritisch bedacht und rechtsstaatlich ausgelegt, während das Baurecht eher stiefmütterlich behandelt blieb.<sup>22</sup> Es ist deshalb an der Zeit, es zu durchleuchten – nach allen Seiten.<sup>23</sup> Die Vielfalt der kantonalen Gesetze wirkt sich erschwerend aus, doch darf dies kein Hinderungsgrund sein.

---

<sup>18</sup> Das st. gallische Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz) datiert vom 6. Juni 1972. Entstanden ist es in der Regierungszeit von Dr. S. Frick (Siehe dazu *Frick Simon*, Eine Pionierzeit im Kanton St. Gallen und in der Ostschweiz, St. Gallen 1994). Es wurde also vor dem RPG erlassen, sogar vor dem Vorliegen des BG-Entwurfes vom 4. Oktober 1974, der in der Volksabstimmung von 1976 dann abgelehnt worden ist. Die ersten Entwürfe zum st. gallischen Gesetz gehen sogar auf die späten sechziger Jahre zurück. Die Kantone Graubünden (1973) und Thurgau (1977) folgten dicht auf, Appenzell I.Rh. und A.Rh. nahmen sich etwas mehr Zeit (1985), wobei allerdings Appenzell I.Rh. bereits 1963 den Schritt zu einem Baugesetz gewagt hatte – Landammann Dr. Raymond Broger war der Vater. Der Kanton Zürich gab sich 1975 ein neues Baugesetz, das allerdings weitgehend auf das 1976 abgelehnte BG über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974 ausgerichtet war. In diese Zeit fielen auch der Erlass von zeitgemässen Baugesetzen beispielsweise in den Kantonen Bern, Aargau und Luzern.

<sup>19</sup> Art. 24 RPG in der ursprünglichen Fassung, neuerdings mit mehreren Ergänzungen (Art. 24a-d RPG, eingefügt durch BG vom 20. März 1998)

<sup>20</sup> Zum Bau- und Planungsrecht siehe *Haller Walter/Karlen Peter*, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Bd. 1, 3. A., Zürich 1999; *Kuttler Alfred*, Beiträge zur Raumordnung als Weg und Ziel, Zürich, 2003; *Münch Peter/Karlen Peter/Geiser Thomas (Hrsg.)*, Beraten und Prozessieren in Bausachen, Basel/Genf/München 1998; *Ruch Alexander*, Das Recht in der Raumordnung, Basel/Frankfurt am Main 1997; *Schürmann Leo/Hänni Peter*, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 3.A., Bern 1995. Die weiterführende Literatur ist in diesen Werken angezeigt. Planungs- und baurechtliche Fragen sind sodann festgehalten bei *Lendi Martin*, Recht und Politik der Raumplanung, 2.A., Zürich 1997; *idem*, Lebensraum-Technik-Recht, 2.A., 1997; *idem*, Bewährung des Rechts, Zürich 1992.

<sup>21</sup> So kritisch sich die Politik zur Planung äussert, so legitimiert und akzeptiert darf das Raumplanungsrecht betrachtet werden. Es wird nicht grundsätzlich bestritten. Darüber darf nicht verkannt werden, dass auch die Raumplanung und das Raumplanungsrecht immer wieder neu zu bedenken sind. Beispielsweise antwortet das Raumplanungsrecht zu wenig deutlich auf die Agglomerations- und Städtefragen. Dem Nicht-Siedlungsgebiet ist es nicht in allen Teilen gewachsen, übrigens auch nicht für alle Belange zuständig. Die ökologischen Anliegen kommen in ihm zu wenig prononciert zum Ausdruck. Siehe dazu *Lendi Martin*, Raumplanung im Umbruch. Auf dem Weg zu einer politisch, sachlich und ethisch indizierten Raumplanung, Zbl 1999 (100. Jg.), Heft 4, S. 193 ff.

<sup>22</sup> Allein schon aus diesem Grunde wäre es an der Zeit, Ziele, Instrumente, Strukturen usw. des öffentlichen Baurechts zu bedenken und wissenschaftlich zu durchleuchten. Zu diskutieren wären insbesondere das Verhältnis von materiellem Baurecht und Bebauungsplanung sowie im formellen Bereich der Rechtsschutz, wobei Effizienzfragen einzubeziehen sind. U.a. müsste überlegt werden, ob das Städtebaurecht besonders hervorzuheben, wie weit das Nutzungsplanungsrecht bezüglich der Bauzonen in das Baurecht zu transferieren und wie die Bauvoraussetzungen hinsichtlich Baureife zu fassen wären. Der offenen Fragen sind unendliche viele.



## Überlagerungen

Hätte sich auf dieser Basis der Jahre bis 1980 eine Konsolidierung des Baurechts und mit ihm des Raumplanungsrechts eingestellt, so könnte man sagen, so weit so gut. Aber es blieb nicht bei der weitgehend durch das Raumplanungsrecht bestimmten Grundordnung. Ab den achtziger Jahren begann die Gesetzesmaschinerie auf allen Stufen und in zusätzlichen Bereichen zu laufen – im wesentlichen zulasten der kantonalen Hoheit in Bausachen.

Auf Bundesebene trat die Umweltschutzgesetzgebung von 1983 an die Seite der Raumplanung.<sup>24</sup> Sie liess es sich nicht nehmen, unter ökologischen Gesichtspunkten – ungeachtet ihrer Objekt- und Ressourcenorientierung wider lästige und schädliche Einwirkungen – auf das räumliche Geschehen und damit auf das Bauen Einfluss zu nehmen. Zum Beispiel: In lärmbelasteten Gebieten dürfen Baubewilligung für neue Gebäude, die dem längeren Aufenthalt für Personen dienen, nur erteilt werden, wenn die Immissionsgrenzwerte nicht überschritten werden.<sup>25</sup> Zusätzliche Instrumente, wie der „Massnahmenplan Luftreinhaltung“ und die Prüfung der „Umweltverträglichkeit“, wurden eingeführt und das „Verbandsbeschwerderecht“ wurde vorangetrieben.<sup>26</sup> Dies alles wäre möglicherweise verkraftbar geblieben, hätte der Bund nicht auf dem Gebiete des Umweltschutzes – im Gegensatz zur Raumplanung – über eine umfassende Gesetzgebungskompetenz verfügt, die ihn verleitete, nach vielen Seiten mit unzähligen Verordnungen aktiv zu werden.<sup>27</sup> Bald einmal wird es so weit sein, dass kantonale Richtpläne, kommunale Bebauungs- und Überbauungspläne einer ökologischen Vorprüfung unterliegen werden, beeinflusst vom EG-Recht, das ebenfalls keine Baurechts- und Raumplanungskompetenz kennt und deshalb unter dem Titel des Umweltschutzes zu dieser Materie Richtlinien erlässt. Aus Gründen der Kompatibilität wird die Schweiz, so vermute ich, mithalten.

Mit der Wald-, der Wasserrechts-, der Natur- und Heimatschutz-, der Energie- und der Gewässerschutzgesetzgebung trägt der Bund ebenfalls zu dichteren Regelungen bei.<sup>28</sup> Zu markieren ist: Die eidgenössisch harmonisierte Steuer- und die bundesrechtliche Mietgesetzgebung setzen dem baulichen Investieren ihrerseits Randbedingungen – mit erheblichen Auswirkungen auf die Bau- und Immobilienwirtschaft und damit auf die Volkswirtschaft. Zu Sicherheitsaspekten fügt sodann die „Nebengesetzgebung“ einiges an, beispielsweise unter dem Titel der Unfallverhütung. Dass die Verkehrsbauten des privaten

---

<sup>23</sup> Eine umfassende wissenschaftliche, vor allem auch kritische Darstellung des öffentlichen Baurechts fehlt.

<sup>24</sup> BG über den Umweltschutz (USG) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01). Den neusten Stand der Rechtsprechung fasst zusammen: *VLP, Raumplanung und Umweltschutz – die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2003*, Bern 2004.

<sup>25</sup> Art. 22 ff. USG; siehe auch Art. 29 ff. Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986, wo deutlich wird, wie das Planungs-Baurecht vom Umweltschutzrecht überlagert wird. Entsprechende Vorschriften über das Ausscheiden neuer Bauzonen, die Erschliessung von Bauzonen und das Erteilen von Baubewilligungen belegen dies.

<sup>26</sup> Art. 9 USG, Art. 55 USG

<sup>27</sup> Die Koordination zwischen Raumplanung und Umweltschutz muss mühsam angestrebt werden. Siehe dazu: *BUWAL/Amt für Raumentwicklung*, Publikumsintensive Einrichtungen. Verbesserte Koordination zwischen Luftreinhaltung und Raumplanung, Schriftenreihe Umwelt, Nr. 346, Bern 2002. Grundlegend sodann: *Karlen Peter*, Raumplanung und Umweltschutz, Zur Harmonisierung zweier komplexer Staatsaufgaben, Zbl 1998, S.145 ff. Bereits früher *Kuttler Alfred*, Umweltschutz und Raumplanung, neuerdings greifbar in: *Kuttler Alfred*, Beiträge zur Raumordnung als Weg und Ziel, Zürich 2003, S. 125 ff. Die allgemeine Übersicht vermitteln *Haller Walter/Karlen Peter*, Raumplanungs- Bau- und Umweltrecht, 3.A. Bd. 1, a.a.O. Siehe sodann *Lendi Martin*, Die Raumplanung als Vorsorge im Umweltschutz, in: idem, Gesellschaftlich vernetztes Recht, Zürich 1999, S. 111 ff. (Dieser Aufsatz erschien ursprünglich in Deutschland und stammt aus dem Jahre 1992).

<sup>28</sup> Die Abstimmung mit dem Raumplanungs- und dem Baurecht bleibt eher marginal. Dies hängt u.a. damit zusammen, dass die Raumplanung und das Baurecht Sache der Kantone sind.

und des öffentlichen Verkehrs die Siedlungsstruktur nachhaltig beeinflussen und Bautätigkeiten in deren Einzugsbereich begünstigen, ist an der Agglomerationsentwicklung ablesbar.<sup>29</sup> Die kurzen Reisezeiten mit den S-Bahnen von der Stadt an den Agglomerationsrand und umgekehrt begünstigen für einen Teil der Bevölkerung den Auszug aus der Stadt. Dazu kommt, dass die privatrechtliche Seite des Bauens ohnehin Bundesrecht ist – vom Sachenrecht bis zum Werkvertragsrecht samt den dazugehörigen stufengerecht entwickelten technischen Normen und allgemeinen Geschäftsbedingungen des SIA.<sup>30</sup>

Mit dem Nachzeichnen der bundesseitigen „Sünden“ darf es nicht sein Bewenden haben. Die Kantone haben ihrerseits innert relativ kurzer Zeit ihre Baugesetzgebung strapaziert – sicherlich vom Ansatz her zweckmässig und sinnvoll, aber nicht in allen Teilen zugunsten der Baufreiheit. Die Kontrollfrage, ob Novellierungen längerfristig der Sache der zweckmässigen, haushälterischen und ökologisch vertretbaren Nutzung des Bodens und den Bedürfnissen der Bevölkerung mit Einschluss des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Geschehens zudienen, wurde nicht immer tief genug gestellt. Zum Beispiel wurde schon früh durch die Kantone eine eigentliche Zonitis mit Variationen der Bauzonen zugelassen, die innerhalb des Baulandmarktes Verengungen bewirkt. Heikel sodann jene kantonalen Regelungen, welche die Erschliessung durch den öffentlichen Verkehr zur Bauvoraussetzung resp. Baureife resp. Planungsreife erhoben, während es doch systematisch angezeigt wäre, die sog. Basiserschliessung, zu der die Anbindung an den öffentlichen Verkehr zählt, durch das Gemeinwesen zu verantworten und nicht dem Grundeigentümer resp. Bauherrn anzulasten, weil er sie nicht in der Hand hat.<sup>31</sup> (Im Gegensatz dazu ist die Grob- und Feinerschliessung eine Voraussetzung der Baureife und damit der Baubewilligungserteilung, wobei allerdings eine Bauzone ex lege erschlossen werden muss.<sup>32</sup>)

## Verlust an Gesetzesautorität

Dass mit den Überlagerungen und Verschachtelungen die Rechtsklarheit Schaden nahm und darunter leidet, erstaunt nicht. Dass die damit einhergehenden Rechtsunsicherheiten die Rechtsanwendung, sei es in der nicht streitigen oder streitigen, sei es im Verwaltungsverfahren, im Verwaltungs- oder Zivilprozess, stören, versteht sich.<sup>33</sup> Die Probleme werden in besonderem Ausmass sichtbar bei Grossbauten wie Einkaufszentren,

---

<sup>29</sup> Dass nur der Strassenverkehr die Agglomerationsbildung begünstige ist eine vorgefasste Meinung. Der öffentliche Verkehr trägt das Seine dazu bei. Der entscheidende Punkt liegt in der Relation Reisezeiten/Immobilienpreise, was mindestens für jüngere Familien nicht irrelevant ist.

<sup>30</sup> vgl. dazu *Lendi Martin/Nef Urs/Trümpy Daniel (Hrsg.)*, Das private Baurecht der Schweiz, 2. A., Zürich 1995, vor allem aber die umfangreichen Publikationen von *Peter Gauch* zum Recht der Architekten, zum Werkvertrag usw., beispielsweise *Gauch Peter*, Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996. Die (schweizerische) Ordnung des Bauens ist nachgezeichnet bei *Lendi Martin*, Raumplanungs- und Baurecht, in: Münch Peter/Karlen Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Beraten und Prozessieren in Bausuchen, Basel/Genf/München 1998, S. 3 ff., *idem*, Die Ordnung des Bauens nach schweizerischem Recht, in: Festschrift für Wolfgang Heiermann zum sechzigsten Geburtstag, Wiesbaden/Berlin 1995, S. 229 ff.

<sup>31</sup> § 237 Abs. 1 Satz 2 Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht des Kantons Zürich (PBG) vom 7. September: „Bei grösseren Überbauungen muss überdies die Erreichbarkeit mit dem öffentlichen Verkehr gewährleistet sein.“

<sup>32</sup> Art. 19 Abs. 2 und 3 RPG

<sup>33</sup> Der Begriff der nichtstreitigen Rechtsanwendung steht für die ordentliche Rechtsanwendung, ohne Auseinandersetzung zur Frage des relevanten Rechts und dessen Verständnis. Bei der streitigen ist offen, welche Rechtssätze und/oder welches Verständnis des Rechts massgebend ist und dies alles auch bei möglicher Auseinandersetzung über die rechtserheblichen Tatsachen, also über den Sachverhalt.

Kino- und Vergnügungsparks usw., wo die Umweltverträglichkeitsprüfung greift. Die Probleme bestehen aber unabhängig von der Grösse, zumal sie grundsätzlicher Art sind.<sup>34</sup>

Allein schon die Frage nach den für ein konkretes Bauvorhaben *massgebenden Gesetzen* erzeugt Verlegenheit. Kantonales und Bundesrecht prallen aufeinander, materielles Recht unterschiedlicher Ausrichtung ruft nach Beachtung. Die Behörden sehen sich im Bereich des öffentlichen Rechts vor die heikle Thematik gestellt, wie mehrere Gesetze mit unterschiedlichen Stossrichtungen und Interessenakzentuierungen auf ein einziges Projekt anzuwenden sind. Das Legalitätsprinzip gebietet die durchgehend rechtsgleiche Anwendung aller Gesetze. Doch was geschieht bei Widersprüchen sektoral konzipierter Erlasse? Das Bundesgericht hat sich dieser Frage nach der formell und materiell koordinierten Rechtsanwendung gestellt, bewundernswürdig.<sup>35</sup> Es riet und rät zu einer abgestimmten Rechtsanwendung in einem den bestmöglichen Rechtsschutz gewährleistenden Verfahren bei hoher Bürgernähe. Der Raumplanung mit ihren partizipativen und demokratischen, rechtsschutzstarken Verfahren fällt die Erst-Verantwortung zu. Ihre Verfahren wurden denn auch in vielen Fällen zu Leitverfahren. Im übrigen ist die Raumplanung allein schon deshalb zu materiellen Abwägungskompetenzen prädestiniert, weil sie von ihrer Aufgabenstellung her gewohnt ist, die Probleme von verschiedensten Seiten und nach Massgabe einer Vielzahl von Gesetzen auf die konkrete Lebensraumsituation auszurichten.<sup>36</sup>

In einer konkreten Situation sind mit diesen Vorgaben noch nicht alle Schwierigkeiten aus dem Weg geräumt. Die Zeiten, in denen bei einem Rekursaugenschein für den Bauherrn, die Nachbarn, die Gemeinde und den Kanton das Interesse an der bestmöglichen, allseits zustimmungsfähigen Lösung dominierte, sind vorbei. In früheren Jahrzehnten genügte seitens des Vertreters des fachkompetenten kantonalen Baudepartementes ein sachkundiger Hinweis auf Gesetz und Praxis. Das Gesetz wies den Weg. Demgegenüber verleitet heute der Blick auf Rekurskommissionen, Verwaltungs- und Bundesgericht sowie auf eine Vielzahl schwer durchschaubarer materielle Rechtsnormen zum Insistieren und dem Ausschöpfen der Rechtsmittel. Die Beschwerdehäufigkeit steigt.

Doch dies ist nur der Nebengrund. Die wahre Ursache ist ein anderer. Schaden genommen hat in erster Linie die *Autorität der Gesetze*. Sie setzen sich nicht durch. An ihre Stelle sind Einzelentscheidungen getreten. Erst Verwaltungsentscheide, Gerichtsurteile, vor allem Urteile der Verwaltungsgerichte, klären die Rechtslage. Massgebend ist also für Rechtsuchende nicht mehr die generelle abstrakte Norm, sondern der individuell-konkrete Entscheid. Demgegenüber ist ein Elementarsatz in Erinnerung zu rufen: Je einfacher und nachvollziehbarer das Recht ist, um so geringer sind Beschwerdewahrscheinlichkeiten. Das Gesetz muss herrschen. Es müsste sich aus sich heraus behaupten. Voraussetzung ist allerdings, dass es klar, einfach, für alle verständlich ist. Der Verlust an einstiger Rechtssetzungskompetenz belastet die Rechtsanwendung.<sup>37</sup> Vor allem das öffentliche Recht

---

<sup>34</sup> Es gibt im geltenden Recht in zentralen Punkten keine Unterscheidung nach der Grösse öffentlicher oder private Bauten, doch greift die förmliche Umweltverträglichkeitsprüfung nur dann, wenn es sich um eine pflichtige Anlage handelt – und dies sind in der Regel nur grössere (Art. 1 und 2 sowie Anhang Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) vom 19. Oktober 1988 (SR 814. 011). Zu den Grossbauten siehe *Heer Peter*, Grossbauten, in: *Münch Peter/Karlen Peter/Geiser Thomas (Hrsg.)*, *Beraten und Prozessieren in Bausachen*, Basel/Genf/München 1998, S. 847 ff.

<sup>35</sup> Leading case BGE 116 Ib 50

<sup>36</sup> Dem RPG wurde im Jahre 1995 ein Artikel 25a über Grundsätze der Koordination beigefügt. Darnach muss eine Behörde bezeichnet werden, die für ausreichende Koordination sorgt.

<sup>37</sup> Das RPG darf in seiner Fassung von 1979 als verständliches Gesetz bezeichnet werden. Allerdings ist es aufgrund der neuen Regelungen des Bauens resp. der Bauten ausserhalb der Bauzonen schwerer nachvollziehbar geworden. Es geht hier um die ergänzenden Bestimmungen zu Art. 24 RPG. An die ursprüngliche Fassung des

ist vom Autoritätsverlust betroffen – und damit auch das Baurecht. Eine erste Ursache liegt im politischen und sozialen Umfeld des Verlustes an Souveränität, politisch inspirierte Gegensätze durch starke Gesetzgebung zu überwinden. Eine zweite ist in der forciert differenzierenden Rechtsprechung zur Auslegung von Gesetzen zu suchen, vor allem der Grundrechte samt deren Schranken. Damit richten sich die Bedenken auch an die Rechtswissenschaft. Am rechtstheoretischen Problem der Überakzentuierung des Einzelentscheidendes ist die Lehre vom Recht ursächlich beteiligt, seit sie selbst der elementaren Aussagekraft der Grundrechte Flexibilitäten zumutet.<sup>38</sup> Es bleibt wichtig: Wir müssen zur Rechtsautorität der materiellen Gesetze, beispielsweise zu den Bau- und Planungsgesetzen, zurückkehren. Dies allerdings bedingt Vertrauen ausstrahlende, überzeugende Gesetze, die klarstellen, was gilt.

## Prozessökonomie

Nichts liegt dem Bauherrn näher als der Wunsch, so schnell und kostengünstig wie möglich eine rechtskräftige Baubewilligung zu erlangen. Dies ist legitim. Unter den schwierigen Verhältnissen, wie sie im Bauwesen herrschen, muss alles getan werden, die Verfahren nicht auf Pendenzenbergen enden zu lassen. Prozessökonomie heisst das verheissungsvolle Schlüsselwort. Zwei Grundsatzfragen dominieren. Kann auf den Rechtsschutz verzichtet werden? Welches sind die typischen Konflikte, die zu Bauprozessen auf der Grundlage des öffentlichen Baurechts führen?<sup>39</sup>

Angesichts der Prozesshäufigkeiten möchten breite Kreise den Rechtsschutz relativiert wissen, vor allem wenn es um Gegner ihrer Projekte geht. Aber – der Rechtsschutz spielt nun einmal eine grosse Rolle – und er muss es auch.<sup>40</sup> Er kann nicht wegdisputiert werden.

---

ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzgebung vom 10. Dezember 1907), um das naheliegendste Beispiel luzider Gesetzgebung hervorzuheben, darf mit Wehmut erinnert werden. Die Umweltschutzgesetzgebung wurde durch ein Gesetz im Verbund mit einer Ermächtigungsgesetzgebung zu Regelungen auf der Verordnungsstufe insgesamt eher unübersichtlich.

<sup>38</sup> Seit ungefähr 30 Jahren dominiert im öffentlichen Recht die Lehre von den Grundrechten, von denen erwartet wird, dass sie in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen (Art. 35 Abs. 1 BV) – an sich mit guten Gründen, weil es diese sind, welche dem Recht und damit der Rechtsordnung inhaltlich Struktur geben. Auch der Gesetzgeber hat zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV). Wer immer staatliche Aufgaben wahrnimmt, wie dies auf die Baubehörden bezüglich der öffentlichen Aspekte des Bauwesens zutrifft, ist an die Grundrechte gebunden. (Art. 35 Abs. 2 BV). Die Beachtung resp. Nicht-Beachtung der Grundrechte kommt über den Rechtsschutz ans Tageslicht und im Einzelfall (resp. bei der Normenkontrolle gegenüber einem Erlass) zum Tragen. Auf der andern Seite sind Bau- und Planungsgesetze als Gesetze Ausdruck des Willens des demokratischen Gesetzgebers. Diese Spannweite impliziert Konflikte zwischen dem Gesetz/Gesetzgeber einerseits und dem Grundrechtsschutz durch Gerichte andererseits, wobei den Grundrechten über die Wesenskerngarantie (Art. 36 Abs. 3 BV) ein hoher Stellenwert zukommt. Sie dominieren deshalb die Rechtslehre. Darüber darf aber die Aufgabe des Gesetzgebers, durch seine Anordnungen Rechtsfrieden zu ermöglichen, nicht zu kurz kommen. Das Denken in Grundrechten geht auf Zaccaria Giacometti (siehe dazu vor allem die Rektoratsreden in *Giacometti Zaccaria*, Ausgewählte Schriften, hrsg. von Alfred Kölz, S. 5 und S. 23 ff., Zürich 1994) zurück, der allerdings gleichzeitig die Funktionen des demokratischen Gesetzgebers und der Gesetze zu orten wusste. Hans Huber und Jörg Paul Müller setzten den Akzent eine nicht unwesentliche Nuance deutlicher auf die Grundrechte, wie dies übrigens auch Peter Saladin getan hatte. Siehe dazu u.a. *Müller Jörg Paul*, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3.A., Bern 1999.

<sup>39</sup> Im thematischen Zusammenhang geht es hier um das öffentliche Verfahrens- und Verwaltungsprozessrecht. Der Zivilprozess wird nicht näher beleuchtet, obwohl in Bausachen auch privatrechtliche Streitigkeiten relevant werden können.

<sup>40</sup> Zu den Rechtsmitteln im Planungs-, Aemisegger/Kuttler/Moor/Ruch Bau- und Umweltrecht siehe *Haller Walter*, Rechtsmittel, in: Münch Peter/Karlen Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Beraten und Prozessieren in Bausachen, a.a.O., S. 393 ff. Dasselbst finden sich auch Bemerkungen zur Verbandsbeschwerde.

Zivilprozessuale und öffentlichrechtliche Auseinandersetzungen spiegeln eben tatsächlich vorhandene Konflikte. Sie sind Teil eines lebhaften politischen, wirtschaftlichen und sozialen Lebens. Klärungen der Rechtslagen dienen nicht irgendwelchen Ansinnen, sondern letztlich dem Rechtsfrieden. Dieser ist ein derart kostbares Gut, dass er Auseinandersetzungen in fairen Verfahren vor kompetenten Instanzen rechtfertigt. Der Rechtsschutz ist deshalb zu akzeptieren. Folglich ist auch das Ergreifen von Rechtsmitteln nicht unstatthaft. Ein solches einzulegen, ist in der Regel nicht missbräuchlich, wenn überhaupt, dann nur in seltenen Fällen.

Im Bauwesen reflektieren die Rekurse und Klagen neben tatsächlichen Konflikten, wonach der eine etwas will, was der andere genau nicht will, das Aufeinanderprallen von öffentlichen und privaten Interessen, welche nicht der Beliebigkeit zuzuordnen sind, sondern häufig objektiven Gründen der Dichte der Besiedlung, der Knappheit des Bodens und der Enge des Raumes entspringen. Die Baubeschwerden sind deshalb nicht nur subjektiven Ursprungs, sondern basieren in aller Regel auf objektiven Gegebenheiten. Das Beispiel erklärt sich selbst: Der Denkmalschutz verfolgt das öffentliche Interesse der Erhaltung eines Zeitzeugen des Industriezeitalters, der Grundeigentümer sucht die bestmögliche Nutzung derselben Parzellen. Prozessbegünstigend sind, und dies ist nun bedeutsam, nicht nur öffentliche Interessen, die privaten gegenüberstehen, es sind auch öffentliche, die untereinander konkurrieren, etwa Landschaftsschutz gegen Stromleitungen, Umweltschutz gegen Autobahnen, Denkmalschutz gegen Stadtbahnen. Insofern ist die Beschwerdeflut ein Folge veränderter tatsächlicher Verhältnisse, unterschiedlicher privater Interessen wie auch des Auseinanderdriftens unterschiedlicher öffentlicher Zielsetzungen in materiellen Gesetzen. (Solche können, dies wird in Umrissen bereits sichtbar, nicht allein mit Retouchen am Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht eingedämmt werden, doch sind sie zu diskutieren.)

Herauszugreifen sind drei Sonderfragen:

- a) Ein naheliegender Schritt wäre der Aufbau eines auf wenige Stufen konzentrierten Rechtsschutzes. Dabei gilt es aber zu bedenken, dass im Bauprozess auf eine Instanz, welche Ermessensfragen beurteilen darf, nicht verzichtet werden kann. Sie sind im Planungs- und Baurecht von grösster Bedeutung; ein Rechtsschutz ohne Ermessenskontrolle bei mindestens einer Instanz wäre kein sachdienlicher Rechtsschutz, während umgekehrt der Rechtsschutz ohne Überprüfung der Kernfragen des Rechts – Beachtung der Eigentumsgarantie, der Wirtschaftsfreiheit usw. – sinnlos ist. Es bedarf deshalb der Spannweite von einem kantonalen Rekurs bis zu einer Beschwerde an das Bundesgericht. Sie spiegelt gleichsam die umfassende innere Tragweite des Verwaltungsprozessrechts.
- b) Lässt sich die Legitimation einschränken? Die heute übliche Formulierung, wonach die Legitimation von einem Berührt-Sein durch eine Verfügung (Entscheidung) und an einem schutzwürdigen Interesse an deren Aufhebung oder Änderung abhängig zu machen ist, taugt.<sup>41</sup> Popularbeschwerden müssen ausgeschlossen bleiben, zumal hinter ihnen keine Rechtsschutzanliegen auszumachen sind. Mit der Formulierung der Legitimation können auch sog. rechtsmissbräuchlich ergriffene Beschwerden aus dem

---

<sup>41</sup> Vgl. beispielsweise Art. 48 BG über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021): „Zur Beschwerde ist berechtigt: a) wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat; b) jede andere Person oder Behörde, die das Bundesrecht zur Beschwerde ermächtigt.“ Diese Formulierung kann dem Sinn nach als allgemein verbreitet gelten, bis in das kantonale Recht hinein. Dass die Legitimationsüberprüfung strikte gehandhabt werden muss, versteht sich, doch dürfen damit keine überhöhten Erwartungen auf Reduktion der Beschwerdezahlen verbunden werden. Der Entscheid über die Legitimation kann und darf nämlich nicht den Entscheid in der Sache ersetzen.

Recht gewiesen werden. Wenn aber die Legitimation gegeben ist, dann ist eine behauptete Rechtsmissbräuchlichkeit, die bekanntlich gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB nur bei Offensichtlichkeit keinen Rechtsschutz findet, kaum zu belegen. Allerdings gilt überdies das allgemeine Gebot von Treu und Glauben.<sup>42</sup> Es hält Beschwerdeberechtigte sinngemäss an, die Verhältnismässigkeit des Ergreifens eines Rechtsmittels bezüglich Zielsetzungen und Wirkungen zu bedenken. Eine Verletzung, die als Rechtswidrigkeit zu verstehen wäre, müsste zudem von einem Verschulden begleitet sein, sollte gar an Haftungstatbestände gedacht sein.<sup>43</sup>

- c) Bekanntlich bemüht sich der Bund um eine Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts<sup>44</sup>, am Rande und über Umwege auch des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts.<sup>45</sup> Eine gewichtige Möglichkeit der Beschleunigung der Auseinandersetzungen im Bauwesen ist, dass das Doppel der Staatsrechtlichen Beschwerde (gegen kantonale Erlasse und Verfügungen, wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte) und der Bundesverwaltungsgerichtsbeschwerde (zur sachgerechten und einheitlichen Anwendung des Bundesverwaltungsrechts) endlich fällt. Die Einheitsbeschwerde an das Bundesgericht, wie sie geplant ist, würde dies bewirken.<sup>46</sup>

Dies alles ändert aber nichts an der Notwendigkeit inhaltlich abgestimmter Regelungen der für das Bauwesen relevanten Gesetze.<sup>47</sup> Das beste Verfahrens- und Prozessrecht nützt nichts, wenn das materielle auseinander klafft. Nach dem, was über die konfligierenden Interessen aufgrund divergierender Gesetze gesagt wurde, liegen die wahren Problemursachen für Unsicherheiten und Unklarheiten in den materiellen Gesetzen und deren Überlappungen sowie Verstrickungen, also nicht in den Erlassen zum Verwaltungsprozess resp. Verwaltungsverfahren, so bedeutsam sie sind. Das schweizerische Baurecht ist im materiellen Bereich defizitär und zwar durch Überlastung und Fremdbestimmung. Dazu kommt die föderale Heterogenität aufgrund des Sitzes der Materie im kantonalen Hoheitsbereich. Der Mahnruf nach einem Bundesbaugesetz wird schon hier unüberhörbar. Der Zugang zum formellen ist leichter zu finden, weil es gleichsam fassbar ist, übrigens dank der Bundesverfassung mit ihren Hinweisen auf die allgemeinen Verfahrensgarantien und die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns.<sup>48</sup>

---

<sup>42</sup> Art. 2 Abs. 1 ZGB sowie, adressiert an die staatlichen Organe, Art. 5 Abs. 3 BV.

<sup>43</sup> Art. 41 ff. OR

<sup>44</sup> Dies ergibt sich aufgrund der Justizreform. Gemäss Art. 122 BV ist die Gesetzgebung neu auch auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts Sache des Bundes; gemäss Art. 123 BV gilt dies auch für den Strafprozess. Hingegen ist keine Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts beabsichtigt, wobei aber die Vorgaben der Bundesverfassung (Art. 5, 29, 29a BV) und der Bundesgesetzgebung zum Verwaltungsverfahren (BG über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021) faktisch zu einer Synchronisierung des kantonalen Verwaltungsverfahrensrechts beitragen. Dies gilt auch für die EMRK und den UNO-Pakt II. Auf Verfassungsebene handelt es sich um die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns, um die allgemeinen Verfahrensgrundsätze und die Rechtswegegarantie.

<sup>45</sup> Bei diesen „Umwegen“ handelt es sich vorweg um die Berufung auf die Allgemeinen Verfahrensgrundsätze gemäss Art. 29 BV und deren Tragweite gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Weil die Kantone Bundesrecht anwenden resp. umsetzen kann das kantonale Verfahrensrecht wie auch das Verwaltungsprozessrecht vom Bundesverwaltungsverfahren nicht erheblich abweichen.

<sup>46</sup> Vgl. dazu die bundesrätliche Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 S. 4207 ff., daselbst den Entwurf zu einem Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz), für das die Einführung der Einheitsbeschwerde prägend ist – siehe Art. 77 leg. cit. (a.a.O., S. 4499).

<sup>47</sup> Massgebend ist Art. 75 BV, der sich auf die Raumplanung bezieht. Das Baurecht ist in dieser Bestimmung nur insofern inbegriffen als es (a maiore minus) in der Aufgabe Raumplanung mitenthalten ist, zum Beispiel hinsichtlich des Erfordernisses einer Baubewilligung, der Voraussetzungen der Erschliessung usw.

<sup>48</sup> Art. 29 und Art. 5 BV

## Zur Problematik des Verbandsbeschwerderechts

Vorerst aber zur heiklen Frage, wie es um das *Verbandsbeschwerderecht* steht.<sup>49</sup> Bekanntlich spielt es unter den zwei Titeln des Natur- und Heimatschutzrechtes und des Umweltschutzes<sup>50</sup> vor allem bei grösseren Bauten und Anlagen eine erhebliche Rolle – mit Vorwirkungen und Auswirkungen auf die Bauherren.<sup>51</sup> Das Verbandsbeschwerderecht der Bundes- und kantonalen Ebene erkennt ideellen Vereinigungen Parteistellung zu.<sup>52</sup> Ihre Befugnis, eine Verfügung anzufechten, gründet nicht wie beim Nachbarn auf einer persönlichen Betroffenheit, sondern auf dem von der fraglichen Organisation verfolgten Zweck, Anliegen des Umweltschutzes, des Natur- und Heimatschutzes, des Denkmalschutzes oder verwandten, rein ideellen Zielen zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>53</sup>

Negative Bewertungen des Verbandsbeschwerderechts, meist basierend auf kritischen Erfahrungen in Einzelfällen, liegen auf der Hand. Mit einem Wegwischen ist das Problem allerdings nicht zu lösen, weil sich mit Bauwerken nicht nur private, sondern immer auch öffentliche Interessen verbinden, so zum Energieverbrauch, zum Anschluss an den öffentlichen Verkehr, an die Immissionsbelastungen aus An- und Wegfahrten, zu Denkmalschutzanliegen usw. Dass diese, so rechtserheblich, zum Tragen kommen müssen, ist unbestritten. Ob dies mittels der Verbandsbeschwerde zu geschehen hat, ist eine ganz andere Frage.<sup>54</sup> Es handelt sich bei ihr von der Anlage des Instituts her um ein Hilfsmittel zur Durchsetzung (scheinbar sonst zu schwach vertretener) öffentlicher Interessen. Doch, welcher Stellenwert kommt einem Hilfsmittel zu? Wer hat die öffentlichen Interessen zu wahren?

Für die Bauherren belastend sind die Umstände des Verbandsbeschwerderechts. Allein schon die potenziellen Möglichkeiten des Ergreifens oder des Durchziehens einer Verbandsbeschwerde mit ihren sachlichen und zeitlichen Implikationen bewirken, dass auf die Intentionen der Rechtsmittelberechtigten seitens der Bauherren eingetreten werden muss und erfahrungsgemäss auch eingetreten wird, sollen „Unkosten“ vermieden werden. Ein Abwägen zwischen Mehrkosten aus Zeitverzug und Festhalten am Vorhaben wird für die

---

<sup>49</sup> Vgl. dazu *Rentsch Hans/Avenir suisse*, Umweltschutz auf Abwegen, wie Verbände ihr Beschwerderecht einsetzen, Zürich 2003. Aufschlussreich ist das dort vorfindbare Literaturverzeichnis, das Unbehagen seitens grösserer Bauherren und Rechtfertigungstendenzen seitens der Verbände und des BUWAL ausdrückt. Rechtlich orientierte Aussagen dazu von *Lendi Martin*, Besprechung in der Form rechtlicher Grundsatzfragen zum eben zit. Buch, Schweizerische Monatshefte 2003 (83. Jg.) Heft 10, S. 50. Zum Verbandsbeschwerderecht siehe neuerdings Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates auf der Grundlage einer Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolstelle, Wirkungen des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN), BBl 2004, S. 777 ff., insbesondere S. 830 f. Zu den Rechtsmitteln im Bau-, Planungs- und Umweltrecht siehe *Haller Walter*, Rechtsmittel, in: Münch Peter/Karlen Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Beraten und Prozessieren in Bausachen, a.a.O., S. 393 ff. Vgl. auch *Vallender Klaus A./Morell Reto*, Umweltrecht, Bern 1997, S. 376 ff., S 421 ff.

<sup>50</sup> Art. 12 BG über den Natur- und Heimatschutz (NHG) vom 1. Juli 1966 (SR 451); Art. 55 USG

<sup>51</sup> Die allerdings stets mit den Behörden zu treffen sind und nicht mit den Beschwerde führenden Verbänden. Die Behörden tragen letztlich die Verantwortung für die Wahrung der öffentlichen Interessen. Im übrigen ist daran zu erinnern, dass öffentliche Interessen letztlich nicht negotiabel sind, auch wenn sie im Rahmen des geltenden Rechts über extrem unbestimmte, kaum mehr auslegungszugängliche Rechtsbegriffe, Kann-Vorschriften usw. oft in behördliches Ermessen münden.

<sup>52</sup> Das Verbandsbeschwerderecht spielt nur dort, wo es gesetzlich vorgesehen ist. Auf Bundesebene geht es um die Art. 12/12a NHG und Art. 55 USG.

<sup>53</sup> Die Legitimation der Verbände ist aktuell weitgehend an die formale Berechtigung geknüpft. Geprüft werden müsste, ob sie nicht auch nach ihrem Aufgabenbereich – sachlich und territorial – kompetent sind, vor Ort in Kenntnis der Gegebenheiten öffentliche Interessen zu wahren. Beizufügen ist: Die Verbände müssen sich, so ein Einspracheverfahren vorgesehen ist, bereits an diesem beteiligen. Dies verlangen die Art. 12a NHG und 55 USG.

<sup>54</sup> Die Umweltverträglichkeitsprüfung ist hier nicht zu diskutieren (Art. 9 USG). An sich müsste die Umweltverträglichkeit, wie dies für die Raumverträglichkeit ohne besondere Hervorhebung zutrifft, nach Massgabe des geltenden Rechts ex lege geprüft werden.

meisten Bauherren zur Notwendigkeit. Auf der andern Seite muss akzeptiert werden, dass die beschwerdeberechtigten Verbände über spezifische Kenntnisse verfügen, die ihre Kompetenz ausweisen. Allerdings wäre es, dies kann nicht genügend unterstrichen werden, an den Behörden, die öffentlichen Interessen zu wahren. Deshalb sollten die Bauherren die offenen Fragen nach Parkplätzen, Verwendung alternativer Energien, Zu- und Wegfahrten, usw. mit den Behörden und nicht mit den Beschwerde führenden Verbänden verhandeln.

Einige kritische, grundsätzliche Fragen sind deshalb angezeigt:

- a) Wer hat in Umwelt-, und Natur- und Heimatschutzbelangen die öffentlichen Interessen zu vertreten? Sind es die Behörden, sind es ideelle Organisationen?
- b) Können öffentliche Interessen, die sich rund um Bauvorhaben auf tun, entflochten, auf Einzelaspekte reduziert und ohne Blick auf konkurrierende öffentliche und private Interessen zum Gegenstand eines Beschwerde- resp. eines Gerichtsbeschwerdeverfahrens gemacht werden mit dem Risiko, dass nur über ein Element der öffentlichen Interessen durch die Beschwerde- resp. Gerichtsinstanzen entschieden wird?
- c) Ist es statthaft, dass auf eher sektorale öffentliche Interessen spezialisierte Verbände, ohne Einspruch seitens jener Verbände, die gegenteilige, aber ebenfalls rechtserhebliche Interessen vertreten, Beschwerde führen können?
- d) Welchen sachlichen und organisatorischen Anforderungen müssen Verbände genügen, damit sie als Vertreter öffentlicher Interessen auftreten können? Genügen Erfahrung und behördliche Bezeichnung?
- e) Welches sind die Legitimationsanforderungen an beschwerdeberechtigte Verbände?
- f) Kann über öffentliche Belange zwischen Beschwerdeführer und Baugesuchsteller verhandelt und ein Vertrag mit Auflagen zulasten des Baugesuchstellers und dem Rückzug der Beschwerde durch die involvierten Verbände abgeschlossen werden?<sup>55</sup>

Die Kernantworten sind die folgenden:

- a) Es sind die Behörden selbst, welche die öffentlichen Interessen zu vertreten haben und zwar alle gesetzlich unterlegten. In Abwägung dazu haben sie – mindestens im Hinblick auf die Eigentumsgarante – zu prüfen, ob und in welchem Masse diese die privaten überwiegen.<sup>56</sup>
- b) Öffentliche Interessen können nicht beliebig entflochten werden, zum Beispiel ist der Nationalstrassenbau sub specie constitutionis genau so von öffentlichem Interesse getragen wie der Umweltschutz.
- c) Es ist dem dialektisch angelegten Prozess der Wahrheitsfindung fremd, dass eine Partei Beschwerde führen kann, ohne dass eine gleichgewichtige Gegenpartei, die ebenfalls öffentliche Interessen vertritt, widersprechen kann. Warum verfügen Economiesuisse, der TCS, der ACS über kein Verbandsbeschwerderecht?

---

<sup>55</sup> Diese Frage stellt sich deshalb, weil häufig über den Beschwerderückzug zwischen Beschwerde führenden Verbänden aus Gründen des Zeitgewinns verhandelt wird. Es kommt zu einem sog. Vergleich, u.a. mit Aussagen über die Leistungen des öffentlichen Verkehrs, wobei die Behörden eingeladen werden, die Vereinbarung zum Gegenstand der Baubewilligung zu machen. Es wird gleichsam zwischen einem vertraglichen öffentlichen Baurecht und einem zwingenden gesetzlichen unterschieden, was rechtlich mehr als fragwürdig ist.

<sup>56</sup> Dass privatrechtlich organisierte Nicht-Regierungsorganisationen (Vereine, Stiftungen) durch Gesetz anerkannt im eigenen Namen öffentliche, gesetzlich unterlegte Interessen vertreten, ist staatsrechtlich und staatspolitisch nicht hinreichend erörtert. Die Debatte um das Verbandsbeschwerderecht muss klären, welche Stellung solche Verbände im Staat einnehmen und welche Funktionen sie unter Berufung auf öffentliche Interessen versehen können. Dass die Wahrung öffentlicher Interessen vorweg und vor allem eine staatliche Aufgabe ist, dies dürfte unbestritten sein.



- d) Es genügt nicht, dass ein Verband die Verfolgung öffentlicher Interessen als sein Anliegen deklariert. Er muss, abgesehen von der gesetzlich verlangten Erfahrung in der Materie, (mindestens) über interne Strukturen verfügen, die ihm sachgerechte Beurteilungen aller relevanten öffentlichen Interessen erlauben, auch das Abwägen gegenüber privaten. Ausserdem müssen die im Namen des Verbandes Beschwerde führende Organe über eine rechtlich ausreichende Ermächtigung verfügen.
- e) Da nicht die Zielsetzungen des beschwerdeführenden Verbandes und sein subjektiv/objektives Berührt-Sein massgebend sein können, ist die Legitimation, in Abgrenzung zur Primärverpflichtung der Behörden zu Wahrung öffentlicher Interessen, (mindestens) an die qualifizierte Verletzung gewichtiger öffentlicher Interessen zu knüpfen, also nur anzuerkennen, wenn erhebliche Verstösse gegen gesetzlich umschriebene öffentliche Interesse vorliegen könnten.
- f) Ob ein „Vergleichsvertrag“ zwischen Beschwerdeführer und Beschwerdebetroffenen abgeschlossen werden kann, mag unter dem Titel der Vertragsfreiheit<sup>57</sup> positiv beantwortet werden. hingegen ist es unstatthaft, zwingendes öffentliches Recht zu berühren und unter dem Titel des Rückzuges der Beschwerde „Auflagen“ und „Bedingungen“ abzuhandeln, welche ex lege nicht Gegenstand der Beschwerde sein können.

Allein schon aufgrund dieser grundsätzlichen Überlegungen ist es an der Zeit, das ideelle Verbandsbeschwerderecht von Grund auf zu überdenken. Aktuell prüft das Parlament Massnahmen der Straffung und gegen den Missbrauch, die allerdings die Grundsatzfragen nur am Rande berühren.<sup>58</sup> Der Missbrauch, dies wird oft übersehen, kann sich theoretisch betrachtet auf zwei Sachverhalte beziehen, nämlich einerseits auf das Ergreifen eines Rechtsmittels und andererseits auf den Inhalt eines Vertrags zwischen den Beschwerde führenden Verbänden und dem Bauherrn über den Rückzug der Beschwerde. Allerdings dürfen die Möglichkeiten der Geltendmachung eines Missbrauches nicht überschätzt werden. Die Anforderungen an den gesetzlichen Tatbestand des Missbrauches sind erheblich.<sup>59</sup> Mit in die Überlegungen einbezogen werden müsste das Spannungsverhältnis zwischen Demokratie und Rechtsschutz, das vor allem dort heikel ist, wo sich der Souverän als demokratisches Organ über den Planerlass zu einem Bauvorhaben äussert, gleichzeitig aber erleben muss, dass mittels Rechtsschutzverfahren die Realisierung gänzlich, in Teilen oder auf Zeit in Frage gestellt wird.<sup>60</sup> Dabei wird auch zu bedenken sein, ob sich das Verbandsbeschwerderecht sowohl auf den Plan als auch auf die Baubewilligung beziehen kann und darf. Der zweifache Beschwerdeweg ist zwar logisch, aber prozessökonomisch und psychologisch wenig vorteilhaft.

Im übrigen genügt es nicht, zur Rechtfertigung des Verbandsbeschwerderechts Erfolgswahlen auszuweisen, wie dies mit bundesseitig eingeholten Gutachten und vielfältigen Äusserungen

---

<sup>57</sup> Es geht hier um die Vertragsinhaltsfreiheit gemäss Art. 19 OR. Der Inhalt darf „innerhalb der Schranken des Gesetzes“ beliebig gewählt werden. Im übrigen handelt es sich um einen sog. Innominatvertrag.

<sup>58</sup> im Zusammenhang mit einer parlamentarischen Initiative des Ständerates Hofmann (ZH)

<sup>59</sup> Art. 2 Abs. 2 ZGB. Nur der offenbare Missbrauch findet keinen Rechtsschutz.

<sup>60</sup> Bereits zu Beginn wurde darauf hingewiesen, dass dieses Spannungsfeld Probleme grundsätzlicher Art aufwirft, wobei die Demokratie in der Regel für die generell-abstrakten Regelungen zuständig ist, während im Rechtsschutzverfahren die Rechte der Einzelnen dominieren. Die kritische Rechtsfrage ist das Auseinanderhalten jener öffentlichen Interessen, über die demokratisch entschieden wird, von jenen, die Gegenstand des Rechtsschutzes sind. Das Beispiel der HB-Süd-West in Zürich (Eurogate), wo das Volk zweimal einen Gestaltungsplan genehmigt hat, deren Realisierung aber durch Beschwerden in Engpässe hinein getrieben worden ist. Siehe dazu *Rentsch Hans/Avenir Suisse*, Umweltschutz auf Abwegen, a.a.O., S. 78 ff.

seitens der Beschwerdeberechtigten gewagt wird.<sup>61</sup> Sie beweisen letztlich, wenn schon, nicht ein Versagen der Bauherren, sondern der Behörden, den Verlust an Gesetzesautorität und vor allem die schwer entwirrbare Gesetzesfülle. Es geht somit – gemessen an der Rechtsordnung – um elementare Aspekte, insbesondere staatsrechtlicher und staatspolitischer Natur, nämlich in Richtung der behördenseitigen und der demokratienahen Verantwortung für das Wahren der öffentlichen Interessen. Diese kann nicht an Dritte delegiert oder diesen überlassen werden. Die Erst-Verantwortung bleibt bei den staatlichen Behörden – integral.<sup>62</sup> Zudem ist es heikel, die Auseinandersetzung über die Frage, welche öffentliche Interessen welche Massnahmen resp. Auflagen und Bedingungen gebieten, auf dem Buckel des Baugesuchsstellers in dessen Baubewilligungsverfahren auszutragen. Wir haben es, genau überlegt, mit einem Streit zwischen Verbänden und staatlichen Behörden zu tun, nämlich um die adäquate Berücksichtigung gesetzlich festgehaltener öffentlicher Interessen. Der Bauherr ist nur insoweit involviert, als er beim Erarbeiten des Bauvorhabens die gesetzlichen zu beachten hat und vom Abwägen zwischen öffentlichen und privaten betroffen wird. Weil aber das zentrale Thema der Verbandsbeschwerde den öffentlichen Interessen gilt, die durch die Behörden zu wahren sind, müsste nach einem adäquaten Streitverfahren zwischen Verbänden und staatlichen Behörden gesucht werden, beispielsweise in Richtung einer verbandsseitigen „Einsprache“ resp. „Aufsichtsbeschwerde“ gegen die Behörden mit dem Vorwurf, diese würden die öffentlichen Interessen nicht hinreichend wahren, gleichzeitig mit dem Rechtsbegehren, die bei den Behörden liegenden Defizite der Beachtung der gesetzlich erfassten öffentlichen Interessen zu beheben, die Interessenabwägung zwischen den in mehreren Gesetzen unterschiedlich artikulierten öffentlichen Interessen neu vorzunehmen und das Abwägen gegenüber den privaten zu verbessern.<sup>63</sup>

Wenn die hier entwickelte These richtig ist, dann müssten auch die nach geltendem Recht beschwerdeberechtigten Verbände die Hand zu einer substanziellen Überprüfung des Verbandsbeschwerderechts reichen. Es kann nicht in ihrem Interesse liegen, rechtsstaatlichen Fragezeichen ausgesetzt zu sein. An Lösungsvarianten fehlt es nicht. Sie hier im Detail auszubreiten ist verfrüht, da zuerst die Einsicht in die Notwendigkeit einer Überprüfung gedeihen muss. Dennoch werden, wenigstens in der Fussnote, solche skizziert, um dem Nachweis der Realisierbarkeit zu genügen.<sup>64</sup> Unbestritten dürfte bleiben, dass das

---

<sup>61</sup> *Flückiger Alexandre/Morand Charles Albert/Tanquerel Thierry*, Evaluation du droit de recours des organisations de protection de l'environnement, Cahier de l'Environnement No 314, BUWAL, Bern 2000

<sup>62</sup> Das Legalitätsprinzip gebietet dies (Art. 5 Abs. 1 BV).

<sup>63</sup> Diese müssten alsdann entscheiden, ob sie ihre Auffassung ändern müssen oder ob die Beschwerde im Prozess um die Baubewilligung zuzulassen ist.

<sup>64</sup> Das Verbandsbeschwerderecht wird vom Gesetzgeber, so müssen wir wohl annehmen, voraussichtlich so belassen, wie es sich ergeben hat. Allenfalls könnte eine Lösung erwogen werden, welche die Behörden nachdrücklich anweist, die öffentlichen Interessen ex officio besser zu wahren. Eine entsprechende Beschwerde würde funktional zu einer Aufsichtsbeschwerde, die Behörde komme ihrer Pflicht nicht nach. Allenfalls könnte der Gegenstand auf die Anfechtung der Umweltverträglichkeitsprüfung und deren Nachbesserung beschränkt werden. Sinnvoll könnte es sein, die Legitimationsanforderungen bei der Verbandsbeschwerde zu erhöhen, gleichsam wäre sie nur zur Wahrung erheblicher öffentlicher Interessen bei gravierenden Verletzungen gegeben. Dies müsste vor allem dort qualifiziert der Fall sein, wo über eine Planvorgabe (Teilzonen-, Bebauungs-/Überbauungs-/Gestaltungsplan) bereits demokratisch entschieden worden ist, was nichts anderes heisst, dass eine Bewertung der öffentlichen Interessen im Volksvotum zum Ausdruck kommt. Weitere Modifikationen sind denkbar. Ein Kompromiss wäre es, die Behörden über die Zulassung der Verbandsbeschwerde – für den Fall offensichtlich unklarer Aspekte der öffentlichen Interessen – entscheiden zu lassen. Sodann wäre zu prüfen, ob innerhalb der Behörden ein unabhängiger Anwalt besonders gefährdeter öffentlicher Interessen zu bestellen wäre (Tier-, Boden-, Umweltschutz usw.). Missbrauchverbote, wie sie wiederkehrend angedacht werden, werden es schwer haben, weil der Missbrauch des Ergreifens eines Rechtsmittels nicht vermutet werden darf und kaum zu bewiesen ist. Differenziert zu betrachten sind die Inhalte der Verträge zwischen Beschwerde führendem Verband und Bauherr über den Rückzug von Verbandsbeschwerden, weil nicht auszuschliessen ist, dass in einen solchen

Einbeziehen von Verbänden, die sich öffentlichen Interessen zuwenden, mindestens in einem Punkt Sinn macht: Einbezug in das Recht. Sie aus dem Recht zu weisen, kann nicht der Weisheit letzter Schluss sein.<sup>65</sup> Sie sind in rechtsstaatliche Verfahren einzubinden und nicht auf den Weg der ausserparlamentarischen Opposition zu verdrängen.<sup>66</sup> Allerdings muss die Intradierung der Verbandsbeschwerde ausgerichtet auf die Problemlage der Wahrung öffentlicher Interessen neu konzipiert werden.

## Ein Bundesbaugesetz?

Die Auseinandersetzung mit dem proklamierten Bundesbaugesetz<sup>67</sup> kann knapp gehalten werden. Die Kantone verwahren sich dagegen. Sie befürchten, der Bundesgesetzgeber lasse es an der Weisheit, zurückhaltend zu legiferieren, fehlen. Die Hürde der notwendigen Verfassungsänderung ist deshalb auf absehbare Zeit nicht zunehmen.<sup>68</sup> Dessen sind wir uns bewusst. Dennoch: Die Fehlsteuerung der Fortentwicklung des Baurechts in sachfremden Rechtsgebieten der Bundesebene muss gestoppt werden. Sie liegt weder im Interesse der Rechtsklarheit für Bauherren noch der Kantone. Dass sodann aus den tatsächlichen Umständen heraus die schweizerische Volkswirtschaft ein investitionsfreundliches Baurecht einfordert, dass die moderne „Stadt Schweiz“ nach einem zeitgemässen städtebaulich orientierten Planungs-/Baurecht verlangt und dass in einer schnelllebigen Zeit die Entscheid- und Rechtsmittelverfahren zu beschleunigen sind, das versteht sich. Just der letzte Punkt aber verlangt in erster Linie nach einem klaren, landesweit greifbaren materiellen Baurecht, dem das formelle der Verfahren und des Rechtsschutzes zudient. Das Befassen mit einer bundesrechtlichen Regelung schliesse zudem den Vorteil des zeitgemässen Bedenkens der essentiellen Funktionen (und Grenzen) des Baurechts im Kontext der Raumordnung, des Umweltschutzes usw. ein, ein Sachanliegen, das seitens der Wissenschaft und der Gesetzgeber zu lange aufgeschoben worden ist. Es ist das bessere materielle Recht, das der Sache des gekonnten Bauens am richtigen Ort zur richtigen Zeit am besten genügt. Leider: Die Kantone flüchten sich in die Vereinheitlichung von Begriffen, Messgrössen und Messweisen sowie der Verfahren.<sup>69</sup> Es ist aber, so befürchte ich, wie mit andern

---

Vertrag Sachanliegen einfließen, die gesetzlich nicht gefordert sind. Es kann nicht Aufgabe sein von Verbänden, die öffentliche Interessen wahren, den Gesetzgeber zu substituieren.

<sup>65</sup> Allerdings bleibt die Grundsatzfrage, ob private Vereinigungen öffentliche Interessen wahren können und dürfen. Wenn sie in Verfahren involviert sind, dann muss sich damit ein respektvolles Verhalten verbinden, das der Würde eines Rechtsschutzverfahrens angemessen ist. Begleitende spektakuläre Auftritte und Verlautbarungen sind zu zügeln.

<sup>66</sup> Dass den Verbänden vor dem Erlass von Gesetzen das Vernehmlassungsverfahren offen stehen muss, dürfte unbestritten sein.

<sup>67</sup> Vgl. dazu *Lendi Martin*, Bundesbaugesetz – eine Notwendigkeit, SJZ 97 (2001) Nr.9, S. 189 ff., sodann *Lendi Martin*, Gesetzgebung für den Lebensraum, in: Forum, Raumentwicklung, Informationsheft des Bundesamtes für Raumentwicklung, Bern 2003, Heft 3, S. 5 ff. Ein Baugesetz gehört sachlich in den Kontext des Rechts des Lebensraumes, wie es durch die Bundesverfassung vorgezeichnet ist. Ein Bundesrahmengesetz für das formelle und materielle Baurecht hatte bereits im Jahre 1998 die Parlamentarische Initiative Hegetschwiler verlangt, doch folgte der Nationalrat dieser Initiative nicht. Der Autor hatte seinerseits bereits 1993 und früher den Erlass eines Bundesbaugesetzes angemahnt, wobei das Nachdenken über das Baurecht im Vordergrund stand. Siehe dazu *Lendi Martin*, Zum künftigen Instrumentarium der Raumordnungspolitik, in: VLP, Raumplanung vor neuen Herausforderungen, Referate zum 50jährigen Jubiläum der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung, Bern 1994, S. 42 ff.

<sup>68</sup> In Frage stehen würde ein neuer Art. 75 BV mit dem sachlichen Geltungsbereich Raumplanung und Baurecht.

<sup>69</sup> Diskutiert werden ein Musterbaugesetz, sodann der Schritt zu einem Konkordat. Vorbedacht ist auch eine reduzierte bundesgesetzliche Regelung in Beachtung des geltenden Verfassungsrechts zur Raumplanung. Vgl. zu diesen Bestrebungen vor allem *Spiess Hans-Rudolf*, Übersicht über den Stand der Harmonisierungsbestrebungen auf Bundesstufe, in: Raumplanungsgruppe Nordostschweiz, Informationsblatt 2/03, S. 14 ff. Die Frage der Vereinheitlichung des Baurechts wurde bereits am Ende der sechziger Jahre diskutiert – siehe dazu *Jagmetti*

Harmonisierungen.<sup>70</sup> Am Schluss resultieren in vielen Bereichen Halbpatzigkeiten in der Sache, weil sich formelle von materielle Fragen letztlich nicht trennen lassen. Wer wahrnimmt, dass heute nach CAD projiziert wird, wer erahnt, dass im automatisierten Grundbuch bald einmal, wenn auch ohne Verbindlichkeit, öffentlichrechtliche Baubeschränkungen angedeutet sein werden, der muss beinahe zwingend von einem Bundesbaugesetz ausgehen. Wie dieses im Detail auszugestaltet sein wird, das kann diskutiert werden.<sup>71</sup> Selbstverständlich dürfte es sein, den Kantonen und den Gemeinden gestalterische und erschliessungsorientierte Freiräume zu belassen, beispielsweise in der Art eines Überbauungs(Bebauungs-)planes, der örtliche, definierte Abweichungen gegenüber dem Normalbaurecht erlaubt.

Neben den Rechtssuchenden (und sogar den Kantonen) müsste auch die Wirtschaft ein Interesse an einem Bundesbaugesetz haben. Investitionen werden angelockt oder abgestossen. Standortfragen, wie sie mit Neuansiedlungen von Unternehmungen verbunden sind, berühren nun einmal Planungs- und Bauprobleme. Abklärungen dazu dürfen nicht zu aufwendig sein. 26 kantonale Baugesetze sowie unzählige Bundesgesetze erleichtern den Zugang nicht. Ausserdem geht es für die Wirtschaft darum, den Bau- und Immobilienmarkt als Einheit und den Standort Schweiz als international bemerkenswerte Plattform anzubieten. Die Bau- und Immobilienwirtschaft macht bekanntlich einen wesentlichen Teil der schweizerischen Volkswirtschaft aus. Die Schweiz als Standort für national und weltweit tätige Unternehmungen soll zu allen Zeiten und allenthalben auf der Basis eines geordneten Baurechts Lebensqualität ausstrahlen. Die Stadt Schweiz, wir unterstreichen dies nochmals, ist im Mittelland eine Realität. Die grosse Mehrheit der Bevölkerung wohnt und lebt urban. Um so grösser ist die Verantwortung, den bebauten und nicht bebauten Gebieten Aufmerksamkeit zu schenken – verbunden mit Qualitätsansprüchen nach beiden Seiten!

## **Ausblick**

Der Weg zum visionsstarken und doch realitätsbezogenem Bauen ist noch lang. Wir stehen vor einem Neuanfang, nicht auf der Zielgeraden.

Bewusst bleiben muss Bauchfachleuten und der Wirtschaft, aber auch der Bürgerschaft, der hohe Stellenwert des Baurechts. Es zu bagatellisieren genügt nicht. Auch reicht der allgemeine Ruf nach Deregulierung nicht. Es bedarf intelligenter, besserer Regelungen, auch hinsichtlich der Durchsetzung öffentlicher Interessen und des Abwägens gegenüber privaten. Kernanliegen sollte die Selbstdurchsetzung eines klaren Baurechts sein, das aus sich heraus überzeugt. Folglich muss das Baurecht – unter Einschluss der Fremdeinwirkungen durch das Umweltrecht usw. – neu bedacht werden und zwar nach seinen materiellen und formellen Seiten hin. Darin einzuschliessen ist auch der Rechtsschutz. Die Kantone müssen lernen: Ohne den Anspruch der Federführung in der Summe der durch das Bauen berührten öffentlichen Anliegen verliert das Baurecht an Durchsetzungskraft.

---

*Riccardo et al.*, Vereinheitlichung des Baurechts, Bern 1970. Der damalige Ansatz bildete die Produktivitätssteigerung im Wohnungsbau. Auftraggeber der Studie war denn auch das Eidg. Büro für Wohnungsbau.

<sup>70</sup> Art. 129 BV zur Steuerharmonisierung liegt insofern etwas anders, als sich diese Bestimmung nicht nur auf formelle, sondern auch auf materielle Grundsätze bezieht, wobei Steuerpflicht und Gegenstand als materielle Tatbestände hervortreten.

<sup>71</sup> Anregungen dazu vermittelt die Rechtsvergleichung. Siehe beispielsweise das deutsche Baugesetzbuch vom 27. August 1997. Eine eindruckliche Darstellung vermittelt *Brohm Winfried*, Öffentliches Baurecht, München 1997.

Wir betonen es nochmals: Ob in Bauten investiert wird, hängt nicht einseitig vom Baurecht ab, steht und fällt aber mit den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Randbedingungen – und dazu zählt auch das Baurecht. Das Steuerklima, die Ausgestaltung des Mietrechts, die Leistungsfähigkeit der Banken, die Hypothekarzinsfüsse, die Entwicklungen im zweiten und dritten Wirtschaftssektor, die gesellschaftliche Veränderungen mit Überalterung, Migration sowie dem Trend zum Single-Haushalt, das Anschwellen oder Absinken des Agglomerationswachstums usw. sind letztlich, mindestens unmittelbar, von grösserer Bedeutung als das Bau- und Raumplanungsrecht, doch darf dieses nicht zur Hemmschwelle werden. Es muss seine Funktion der Ordnung des Bauens und der Bauten/Anlagen im Raum im Kontext der Summe der öffentlichen Interessen erfüllen, jederzeit sachgerecht erfüllen können. Menschen- und lebensraumnahe Bauvisionen dürfen darunter nicht leiden.

Zürich/Küsnacht, 26. März 2004