

sui generis

G: FORMEN EN

Kooperative Raumplanung:
Handlungsformen und Verfahren

Kristin Hoffmann

Kristin Hoffmann

Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren

Vorwort

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Alain Griffel, für die intensive fachliche Betreuung und persönliche Unterstützung, die ich während der Realisierung der vorliegenden Dissertation von ihm erfahren durfte. Die Assistenzjahre an seinem Lehrstuhl waren eine grosse Bereicherung und sind für meine berufliche Tätigkeit als Juristin überaus wertvoll.

Herzlich bedanken möchte ich mich zudem bei Prof. Dr. Daniela Thurnherr Keller LL.M. für ihre Bereitschaft, die Dissertation als Zweitgutachterin zu prüfen.

Dank gebührt auch der Universität Zürich, die mein Projekt mit Beiträgen aus dem Forschungskredit «Candoc» während 16 Monaten unterstützt hat und mir damit die einmalige Möglichkeit eröffnet hat, mich in dieser Zeit ganz meiner wissenschaftlichen Arbeit zu widmen; zudem dem Schweizerischen Nationalfonds, der die Publikation dieser Dissertation finanziert hat.

Für diverse anregende Diskussionen des Manuskripts bin ich Dr. Kaspar Plüss sehr dankbar.

Mein Dank gilt nicht zuletzt meiner Familie und meinen FreundInnen für ihre stete Ermunterung bei der Realisierung dieses Dissertationsprojekts.

Zürich, im Dezember 2020

Kristin Hoffmann

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
Literaturverzeichnis	XLI
Materialienverzeichnis	LV
Verzeichnis der amtlichen Publikationen	LVII

Einleitung	1
I. Gegenstand der Arbeit	1
II. Forschungsfragen	1
III. Methode	2
IV. Aufbau der Arbeit	2

Teil 1: Grundlagen	5
---------------------------------	----------

Kapitel 1: Begriff, Entwicklung, rechtsdogmatische Einordnung	5
I. Begriff	5
II. Kooperative Planungen im Wandel der Zeit	6
III. Rechtsdogmatische Einordnung	12

Kapitel 2: Verortung kooperativer Planungen im Raumplanungsrecht	13
I. Begriff der Raumplanung	13
II. Planungsträger	14
III. Planungspflicht	14
IV. Instrumente der Raumplanung	15
V. Prozessorientierung des Raumplanungsrechts	17

Kapitel 3: Das kooperative Element kooperativer Planungen	18
I. Kooperation, Koordination, Konsens: begriffliche Auslegeordnung	18
II. Kooperation als Kommunikationsprozess	18
III. Kooperatives Staatshandeln	19

Kapitel 4: Abgrenzung	21
I. Mitwirkung der Bevölkerung	21
II. Partizipation der Bevölkerung	23
III. Gehörsanspruch Betroffener	24
<hr/>	
Kapitel 5: Gründe für die Integration kooperativer Elemente in die Raumplanung	25
I. Steuerungsdefizit hoheitlicher Raumplanung	25
II. Steigende Anforderung an die Raumplanung	26
III. Kooperative Ansätze als neue Problemlösungsmechanismen	28
IV. ... im Kontext veränderter Staatlichkeit	31
<hr/>	
Kapitel 6: Kooperative Planungen in der Praxis	32
I. Erwartungen an kooperative Planungen	32
II. Typische Stationen kooperativer Planungen	32
III. Erfolgs- und Risikofaktoren	35
<hr/>	
Teil 2: Handlungsformen	39
<hr/>	
Kapitel 7: Überblick	39
I. Sondernutzungspläne	39
II. Verwaltungsrechtliche Verträge	46
III. Informelle Absprachen	75
<hr/>	
Kapitel 8: Kooperative Sondernutzungspläne	81
I. Rechtsnatur	81
II. Charakteristika der Kooperation	82
III. Zulässigkeit kooperativer Planinhalte	84
<hr/>	
Kapitel 9: Städtebauliche Verträge	97
I. Grundlagen	97
II. Städtebauliche Rahmenverträge	112
III. Vertragliche Baupflichten	120
IV. Mehrwertausgleichsverträge	134
V. Erschließungsverträge	158
VI. Spezielle Vertragsklauseln	168

Kapitel 10: Zum Verhältnis von Plan und Vertrag	176
I. Wahl der Handlungsform	176
II. Gesetzliche Fundierung kooperativer Inhalte	178
III. Der Mehrwertausgleich im Besonderen	179

Teil 3: Verfahren	181
--------------------------------	-----

Kapitel 11: Akteure	181
I. Einführung	181
II. Staatliche Akteure	181
III. Private Kooperationspartei	185
IV. Externe Konfliktmittler	189

Kapitel 12: Planerlass- und Vertragsabschlussverfahren	192
I. Kapitelübersicht	192
II. Grundlagen	192
III. Planerlassverfahren	206
IV. Vertragsabschlussverfahren	272
V. Verhältnis von Planerlass- und Vertragsabschlussverfahren	285

Kapitel 13: Fehlerfolgenregime und Rechtsschutz	286
I. Nutzungspläne	286
II. Städtebauliche Verträge	299

Zusammenfassung	318
------------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
Literaturverzeichnis	XLI
Materialienverzeichnis	LV
Verzeichnis der amtlichen Publikationen	LVII
<hr/>	
Einleitung	1
I. Gegenstand der Arbeit	1
II. Forschungsfragen	1
III. Methode	2
IV. Aufbau der Arbeit	2
<hr/>	
Teil 1: Grundlagen	5
<hr/>	
Kapitel 1: Begriff, Entwicklung, rechtsdogmatische Einordnung	5
I. Begriff	5
II. Kooperative Planungen im Wandel der Zeit	6
1. Kurzer historischer Rückblick	6
2. Zur neuen Qualität kooperativer Planungen heutiger Zeit	6
3. Pionierprojekte	7
3.1 Städtebauliche Entwicklung der Industriebranche Zürich-West	7
3.2 Ersatzneubau «Hauptsitz Swiss Re» in Zürich	9
3.3 Quartierentwicklung «Erlenmatt» in Basel	9
3.4 Umnutzung des Sulzerareals in Winterthur: Lokstadt	10
4. Entwicklungsstand und Perspektiven	11
III. Rechtsdogmatische Einordnung	12
<hr/>	
Kapitel 2: Verortung kooperativer Planungen im Raumplanungsrecht	13
I. Begriff der Raumplanung	13

II. Planungsträger	14
III. Planungspflicht	14
IV. Instrumente der Raumplanung	15
1. Rechtlicher Ordnungsrahmen	15
2. Planerischer Stufenbau	15
V. Prozessorientierung des Raumplanungsrechts	17
<hr/>	
Kapitel 3: Das kooperative Element kooperativer Planungen	18
I. Kooperation, Koordination, Konsens: begriffliche Auslegeordnung	18
II. Kooperation als Kommunikationsprozess	18
III. Kooperatives Staatshandeln	19
1. Charakteristika	19
2. Formen	20
<hr/>	
Kapitel 4: Abgrenzung	21
I. Mitwirkung der Bevölkerung	21
II. Partizipation der Bevölkerung	23
III. Gehörsanspruch Betroffener	24
<hr/>	
Kapitel 5: Gründe für die Integration kooperativer Elemente in die Raumplanung	25
I. Steuerungsdefizit hoheitlicher Raumplanung	25
II. Steigende Anforderung an die Raumplanung	26
III. Kooperative Ansätze als neue Problemlösungsmechanismen	28
1. Zur Bedeutung qualitätsvoller Siedlungsstrukturen	28
2. Siedlungsqualität als öffentliches Gut	29
3. Kooperation als Methode zur Bereitstellung hoher Siedlungsqualitäten	29
IV. ... im Kontext veränderter Staatlichkeit	31
<hr/>	
Kapitel 6: Kooperative Planungen in der Praxis	32
I. Erwartungen an kooperative Planungen	32
II. Typische Stationen kooperativer Planungen	32
III. Erfolgs- und Risikofaktoren	35

Teil 2: Handlungsformen 39

Kapitel 7: Überblick 39

I. Sondernutzungspläne 39

1. Begriff, Funktion und Stellung im planerischen Stufenbau .. 39

1.1 Begriff und Funktionen 39

1.2 Verhältnis zur Grundordnung 40

1.3 Verhältnis zur Baubewilligung 41

2. Rechtsnatur und Rechtswirkungen 41

2.1 Rechtsnatur 41

2.2 Rechtswirkungen 43

a Schranken- versus Konkretisierungstheorie 43

b «Negative» Rechtswirkungen im Grundsatz 44

3. Planerlass 45

II. Verwaltungsrechtliche Verträge 46

1. Begriff und Begriffselemente 46

1.1 Begriff 46

1.2 Begriffselemente 46

a Begriffselement «öffentlichrechtlich» 46

b Begriffselement «wechselseitig» 46

c Begriffselement «subordinationsrechtlich» 47

2. Abgrenzung 47

2.1 Abgrenzung zur Verfügung 47

2.2 Abgrenzung zum zivilrechtlichen Vertrag 49

2.3 Abgrenzung zur informellen Absprache 50

3. Zulässigkeit der Vertragsform 51

3.1 Überblick über die Voraussetzungen 51

3.2 Zulässigkeit der Vertragsform im Grundsatz 51

3.3 Sachliche Gründe für die Wahl der Vertragsform 52

a Kriterium der «besseren Geeignetheit» 52

b Kritik durch Teile der Lehre 54

c Würdigung 55

4. Zulässigkeit des Vertragsinhalts 55

4.1 Grundsätze 55

4.2 Gesetzliche Grundlage 57

a Zum Stand von Rechtsprechung und Lehre 57

(i) Stand der Rechtsprechung 57

(ii) Stand der Lehre 58

(iii) Zwischenfazit 59

<i>b</i>	<i>Funktionen des Legalitätsprinzips und der Einwilligung; eine Gegenüberstellung</i>	59
(i)	<i>Rechtsstaatliche Funktion des Legalitätsprinzips: Berechenbarkeit staatlichen Handelns</i>	59
(ii)	<i>Rechtsstaatliche Funktion des Legalitätsprinzips: Herstellung von Rechtsgleichheit</i>	60
(iii)	<i>Demokratische Funktion des Legalitätsprinzips</i>	62
(iv)	<i>Zwischenfazit</i>	63
<i>c</i>	<i>Freiwilligkeit der Einwilligung</i>	63
(i)	<i>Freiwilligkeit der Einwilligung als Bedingung für deren Funktion als Surrogat der individualrechtsschützenden Funktion von Normen</i>	63
(ii)	<i>Freiwilligkeit als Abwesenheit von rechtlichem und rechtlich relevantem faktischem Zwang – zur Theorie Spannowskys</i>	64
(iii)	<i>Vertragsverhältnisse als «Verhältnisse spezifisch gearteter Subordination» – zur Theorie Thurnherrs</i>	66
(iv)	<i>Zwischenfazit</i>	67
<i>d</i>	<i>Besonderheiten des Kausalabgaberechts</i>	69
<i>e</i>	<i>Fazit</i>	70
4.3	<i>Öffentliches Interesse</i>	71
4.4	<i>Verhältnismässigkeit</i>	71
<i>a</i>	<i>Teilgehalte: Überblick</i>	71
<i>b</i>	<i>Ausgewogenheit der Leistungen</i>	72
<i>c</i>	<i>Koppelungsverbot</i>	73
5.	<i>Entstehung, Auslegung, Beendigung</i>	74
III.	Informelle Absprachen	75
1.	<i>Begriff und Begriffselemente</i>	75
1.1	<i>Begriff</i>	75
1.2	<i>Begriffselemente</i>	75
<i>a</i>	<i>Begriffselement «Verwaltungsangelegenheit»</i>	75
<i>b</i>	<i>Begriffselement «formlos»</i>	75
<i>c</i>	<i>Begriffselement «einvernehmlich»</i>	76
<i>d</i>	<i>Begriffselement «faktische Bindungswirkung»</i>	76
2.	<i>Abgrenzung</i>	78
2.1	<i>Abgrenzung zur Verfügung</i>	78
2.2	<i>Abgrenzung zum verwaltungsrechtlichen Vertrag</i>	78
3.	<i>Funktionen</i>	78
4.	<i>Zulässigkeit</i>	79

4.1 Zulässigkeit der Abspracheform 79
 4.2 Zulässigkeit des Abspracheinhalts 80

Kapitel 8: Kooperative Sondernutzungspläne 81

I. Rechtsnatur 81

1. Widerspruch zwischen Form und Inhalt 81

2. Planentwürfe als informelle Absprachen 81

II. Charakteristika der Kooperation 82

1. Erzeugung und Ausgleich planerischer Mehrwerte 82

 1.1 Tauschprinzip als Kern der Kooperation 82

 1.2 Mehrwertausgleich als Merkmal kooperativer Planungen 82

 1.3 «Antizipierter» Mehrwertausgleich als Variante des Ausgleichs 83

2. Verhältnis spezifisch gearteter Subordination 83

III. Zulässigkeit kooperativer Planinhalte 84

1. Grundsätzliche Offenheit der Nutzungsplanung für kooperative Inhalte 84

2. Inhaltsbestimmung: Grundsätze 84

 2.1 Inhaltsbestimmung durch Interessenabwägung 84

 2.2 Bedeutung der Einwilligung für die Inhaltskonkretisierung 85

3. Detaillierungsgrad kooperativer Nutzungspläne und Bedeutung der Einwilligung 86

 3.1 Detaillierungsgrad einseitig-hoheitlicher Pläne 86

 3.2 Detaillierungsgrad kooperativ erarbeiteter Pläne 87

a Projektbezug kooperativ erarbeiteter Pläne 87

b Interessenkonvergenz und Freiwilligkeit der Einwilligung 87

c Erfordernis sanktionsbewehrter Baupflichten 88

4. «Antizipierter» Mehrwertausgleich und Bedeutung der Einwilligung 89

 4.1 Ausgangspunkt 89

a Anforderungen an Sondernutzungspläne 89

b Zweck dieser Anforderungen 89

 4.2 Gestaltungsspielraum für Massnahmen des «antizipierten» Mehrwertausgleichs 90

a Nutzungs- und Bauvorschriften als Grenze 90

b Kantonaler Mehrwertausgleich gemäss Art. 5 RPG als Grenze 91

c Zwischenfazit 92

4.3	Umfang des «antizipierten» Mehrwertausgleichs	92
	<i>a Ausgangspunkt: Zulässigkeit des «antizipierten» Mehrwertausgleichs im Grundsatz</i>	92
	<i>b Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Zulässigkeitsgrenze</i>	92
	<i>c Das Gleichheitsgebot als Zulässigkeitsgrenze</i>	93
	<i>(i) Bedeutung des Gleichheitsgebots für den «antizipierten» Mehrwertausgleich</i>	93
	<i>(ii) Bedeutung der Einwilligung in Bezug auf das Gleichheitsgebot</i>	94
	<i>(iii) Erfordernis gesetzlicher Normierung</i>	94
	<i>d Das Erfordernis demokratischer Legitimation als Zulässigkeitsgrenze</i>	95
	<i>e Zwischenfazit</i>	95
5.	Fazit	96
<hr/>		
Kapitel 9:	Städtebauliche Verträge	97
I.	Grundlagen	97
1.	Begriff	97
1.1	Definition	97
1.2	Begriffsursprung	97
1.3	Verwendung in der Schweiz	98
1.4	Exkurs: Begriff der Vertragsraumordnung	98
2.	Zulässigkeit der Vertragsform	99
2.1	Zulässigkeit der Vertragsform nach Massgabe des Raumplanungsrechts des Bundes	99
	<i>a Ausdrücklicher Ausschluss planerischer Inhalte</i>	99
	<i>b Raum für ergänzende vertragliche Lösungen</i>	101
2.2	Zulässigkeit nach Massgabe des kantonalen Rechts am Beispiel der Kantone Bern, St. Gallen und Zürich	103
	<i>a Gesetzesvorbehalt in Bezug auf konkrete Vertragstypen: das Berner Regelungsmodell</i>	103
	<i>b Ausdrückliche Zulässigkeit städtebaulicher Verträge im Grundsatz: das St. Galler Regelungsmodell</i>	104
	<i>c Bloss punktuelle Regelung städtebaulicher Verträge: das Zürcher Regelungsmodell</i>	105
2.3	Bessere Eignung	106
3.	Zulässige Vertragsinhalte	107
4.	Funktion städtebaulicher Verträge im Planungsprozess	108

4.1	Stellung im Planungsprozess	108
	<i>a Vorbereitung und Ordnung der Planungen</i>	108
	<i>b Sicherung und Ergänzung der Nutzungspläne</i>	108
	<i>c Schaffung der notwendigen Voraussetzungen für die Realisierung der Nutzungspläne</i>	109
	<i>d Durchführung der planerischen Massnahmen</i>	109
4.2	Vertragstypen in der Praxis	110
5.	Charakteristika städtebaulicher Verträge	110
5.1	Städtebauliche Verträge als verwaltungsrechtliche Verträge	110
5.2	Städtebauliche Verträge als unvollkommen zweiseitige Verträge	110
5.3	Städtebauliche Verträge als bedingte Verträge	111
II.	Städtebauliche Rahmenverträge	112
1.	Definition, Funktion, Gegenstand	112
1.1	Definition	112
1.2	Funktion	112
1.3	Gegenstand	112
2.	Zulässigkeit	113
2.1	Planungsziele	113
2.2	Verfahrensfragen	114
	<i>a Verfahrensablauf, Regeln der Zusammenarbeit, Beizug Dritter</i>	114
	<i>b Wettbewerbsverfahren</i>	114
2.3	Kostenteiler	115
	<i>a Gegenstand; bestehende Regelungen</i>	115
	<i>b Abgaberechtliche Einordnung</i>	116
	<i>c Zulässigkeit vertraglicher Absprachen</i>	117
	<i>d Kostentragung im Fall des Scheiterns der Kooperation</i>	118
	<i>e Exkurs: Übertragung planerischer Aufgaben auf Private</i>	119
III.	Vertragliche Baupflichten	120
1.	Definition, Funktion und Gegenstand	120
1.1	Definition	120
1.2	Funktion	120
1.3	Gegenstand	120
2.	Baupflichten gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. d sowie Art. 15a Abs. 2 RPG	121
3.	Baupflichten und kooperative Planungen	121
4.	Zulässigkeit	122

4.1	Baupflichten bei der Einzonung von Bauland	122
	<i>a Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG: Regelungsgegenstand</i>	122
	<i>b Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG: gesetzliche Grundlage für Verträge?</i>	122
	<i>c Regelungsbedarf bezüglich Sanktionen</i>	123
	<i>(i) Erfordernis kantonalen Ausführungsrechts</i>	123
	<i>(ii) Vertraglicher Gestaltungsspielraum</i>	124
	<i>d Exkurs: Erfordernis ausgearbeiteter Projekte</i>	125
4.2	Baupflichten bei unbebautem Bauland	126
	<i>a Art. 15a Abs. 2 RPG: Regelungsgegenstand</i>	126
	<i>b Art. 15a Abs. 2 RPG: gesetzliche Grundlage für Verträge?</i>	126
	<i>c Verhältnis von Art. 15a Abs. 2 und Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG</i>	127
	<i>d Art. 9 Abs. 1 WEG: gesetzliche Grundlage für Verträge?</i>	128
4.3	Vertragliche Baupflichten bei überbautem Bauland ..	128
5.	Gesetzgebung der Kantone	130
5.1	Vertragliche Baupflichten bei der Einzonung von Bauland	130
5.2	Vertragliche Baupflichten bei unbebautem Bauland ..	131
5.3	Vertragliche Baupflichten bei überbautem Bauland ..	131
5.4	Kritische Würdigung	132
IV.	Mehrwertausgleichsverträge	134
1.	Definition, Funktionen, Gegenstand und Abgrenzung	134
1.1	Definition	134
1.2	Funktionen des Mehrwertausgleichs	134
	<i>a Gerechtigkeitsfunktion</i>	134
	<i>b Städtebauliche Funktion</i>	134
1.3	Typische Regelungsinhalte	135
	<i>a (Zweckgebundene) Geldleistungen</i>	135
	<i>b Sach- und Dienstleistungen</i>	135
1.4	Abgrenzung zum Infrastrukturvertrag	136
2.	Der Mehrwertausgleich gemäss Art. 5 RPG	137
2.1	Regelung von 1979 und kantonale Umsetzung	137
2.2	Revision von 2012 und kantonale Umsetzung	137
	<i>a Parlamentarischer Prozess</i>	137
	<i>b Gegenstand der Revision</i>	138
	<i>c Umsetzung in den Kantonen</i>	139
	<i>d Regelungsmodelle</i>	140
3.	Zulässigkeit	140

3.1	Stand der Rechtsprechung	140
3.2	Stand der Lehre	142
	<i>a</i> Einleitende Bemerkungen	142
	<i>b</i> Meinung 1: Art. 5 RPG als mittelbare gesetzliche Grundlage	142
	<i>c</i> Meinung 2: Erfordernis eines kantonalen Gesetzes ...	144
3.3	Kritische Würdigung	145
	<i>a</i> Rechtsstaatliche Funktion des Legalitätsprinzips: Berechenbarkeit staatlichen Handelns	145
	<i>b</i> Rechtsstaatliche Funktion des Legalitätsprinzips: Herstellung von Rechtsgleichheit	146
	(i) Pro memoria 1: Geltung des Gleichheitsgebots ...	146
	(ii) Pro memoria 2: formale Gleichheit versus Einzelfallgerechtigkeit	147
	(iii) Mehrwertausgleich als Fallgruppe formaler Rechtsgleichheit	147
	(iv) Bedeutung der Einwilligung in Bezug auf das Gleichheitsgebot	148
	(v) Spielraum für vertragliche Flexibilisierung	148
	<i>c</i> Demokratische Funktion des Legalitätsprinzips	148
	<i>d</i> Entlastung des Verhandlungsprozesses	149
	<i>e</i> Fazit	150
4.	Regelungsvorschlag: Zwei-Schichten-Modell	151
5.	Gesetzgebung der Kantone im Überblick und kritische Würdigung	151
5.1	Kantonale Regelungsmodelle bis zur RPG-Revision 2012	151
5.2	Kantonale Regelungsmodelle seit der RPG-Revision 2012	153
	<i>a</i> Überblick	153
	<i>b</i> Regelungsmodell 1: Zulässigkeit von Verträgen im Rahmen der Abgabelösung	154
	<i>c</i> Regelungsmodell 2: Abgabelösung als Ausgangspunkt; Abweichungen durch Vertrag zulässig	155
	<i>d</i> Regelungsmodell 3: Mehrwertabschöpfung durch Abgabe oder Vertrag	156
	<i>e</i> Regelungsmodell 4: Ausdrückliches Verbot vertraglicher Lösungen	157
	<i>f</i> Weiterhin bestehende Praxis: Art. 5 Abs. 1 RPG als mittelbare Gesetzesgrundlage	157
5.3	Fazit	157

V. Erschliessungsverträge	158
1. Definition, Funktionen und Gegenstand	158
1.1 Definition	158
<i>a Der Erschliessungsvertrag</i>	158
<i>b Die Erschliessung gemäss Art. 19 RPG</i>	158
1.2 Funktionen	159
1.3 Gegenstand	160
2. Zulässigkeit	161
2.1 Privaterschliessung	161
2.2 Erschliessung «Plus»	161
2.3 Erschliessungsbeiträge	163
<i>a Abgaberechtliche Grundlagen</i>	163
<i>b Verbot der Abgabevergünstigung</i>	163
<i>c Zulässigkeit von Abgabeaufschlägen</i>	164
(i) <i>Kritische Würdigung des Bundesgerichtsentscheids Samnaun (GR)</i>	164
(ii) <i>Kritische Würdigung des Bundesgerichtsentscheids SGI vs. Stadt Solothurn</i>	165
<i>d Fazit</i>	167
VI. Spezielle Vertragsklauseln	168
1. Konventionalstrafen	168
1.1 Ausgangspunkt	168
1.2 Gegenstand	168
1.3 Zulässigkeit	169
<i>a Stand der Lehre</i>	169
<i>b Stand der Rechtsprechung</i>	170
<i>c Kritische Würdigung</i>	171
1.4 Ausgestaltung	172
<i>a Überblick</i>	172
<i>b Verhältnis der Konventionalstrafe zur Hauptschuld</i>	172
<i>c Bemessung der Konventionalstrafe</i>	173
<i>d Zweckbindung der Erträge</i>	173
2. Schiedsklauseln	174
3. Überbindungsklausel und Grundbucheintrag	175
3.1 Überbindungsklausel	175
3.2 Exkurs: Grundbucheintrag	175

Kapitel 10: Zum Verhältnis von Plan und Vertrag	176
I. Wahl der Handlungsform	176
1. Art. 2 Abs. 1 RPG als Zuordnungskriterium	176
2. Spezielle kantonalesgesetzliche Bestimmungen	176
3. Bedeutung informeller Absprachen	178
II. Gesetzliche Fundierung kooperativer Inhalte	178
III. Der Mehrwertausgleich im Besonderen	179
1. Pro memoria: Methoden und Praxis des Ausgleichs	179
2. Zum Verhältnis von planerischem, abgaberechtlichem und vertraglichem Ausgleich	179

Teil 3: Verfahren	181
--------------------------	-----

Kapitel 11: Akteure	181
I. Einführung	181
II. Staatliche Akteure	181
1. Typische Kompetenzordnungen: Überblick	181
2. Verfahrensleitung und Verhandlungsführung	183
3. Festsetzungsorgan	184
3.1 Nutzungspläne	184
3.2 Städtebauliche Verträge	184
4. Genehmigungsorgan	184
III. Private Kooperationspartei	185
1. Erscheinungsformen	185
2. Typische Organisationsmodelle	186
3. Anforderungen an die Personen	188
3.1 Verfügungsbefugnis über Grundstück(e)	188
3.2 ... bei Baurechtsdienstbarkeiten im Besonderen	188
IV. Externe Konfliktmittler	189
1. Funktionen	189
2. Methodisches Vorgehen	190
3. Anforderungen an die Personen	190

Kapitel 12: Planerlass- und Vertragsabschlussverfahren	192
I. Kapitelübersicht	192
II. Grundlagen	192
1. Begriff, Funktion, Abgrenzung	192
1.1 Begriff des Verfahrens	192
1.2 Funktion des Verfahrensrechts	192

1.3	Abgrenzung Rechtsanwendungs- und Gesetzgebungsverfahren	193
2.	Verfassungsrechtliche Anforderungen an Rechtsanwendungsverfahren: zum Gegenstand und Geltungsbereich der Verfahrensgarantien gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 BV	193
2.1	Rechtliche Grundlagen	193
2.2	Funktionen der Verfahrensgarantien	193
2.3	Persönlicher Schutzbereich	194
2.4	Sachlicher Schutzbereich	194
	<i>a Geltung im Verfahren einseitig-hoheitlicher Rechtsanwendung</i>	194
	<i>b Geltung im Gesetzgebungsverfahren</i>	195
	<i>c Geltung im Verfahren kooperativer Rechtsanwendung</i>	196
2.5	Teilgehalte von Art. 29 BV und deren Wirkungen	196
	<i>a Fairnessgebot gemäss Art. 29 Abs. 1 BV</i>	196
	<i>b Gehörsanspruch gemäss Art. 29 Abs. 2 BV</i>	197
	<i>c Formelle Natur der Verfahrensgarantien</i>	197
3.	Verfahrensrechtliche Einordnung von Nutzungsplänen und städtebaulichen Verträgen	198
3.1	Nutzungspläne	198
3.2	Städtebauliche Verträge	199
4.	Das Verfahren als Katalysator «richtiger» Entscheide	199
4.1	Zur Bedeutung des Verfahrens als Surrogat normativer Unbestimmtheit	199
4.2	Zur Stellung des Verfahrens in der Nutzungsplanung	200
4.3	Zur Stellung des Verfahrens beim verwaltungsvertraglichen Staatshandeln	201
4.4	Zur Bedeutung des nichtstreitigen im Vergleich zum streitigen Verfahren	201
5.	Besonderheiten kooperativer Planungen	203
5.1	Kooperation als Ursache für Stufung des Planerlassverfahrens	203
5.2	Kooperation als Ursache ungleicher Möglichkeiten zur rechtlichen und politischen Einflussnahme	203
5.3	Verfahrensrechtliches Schutzbedürfnis der privaten Kooperationspartei	204
5.4	Verfahrensrechtliche Herausforderungen	206

III. Planerlassverfahren	206
1. Einleitung des Verfahrens	206
2. Ermittlung des Akteurskreises	206
2.1 Ausgangspunkt:	
Geltung des Opportunitätsprinzips	206
2.2 Problemstellung: kooperative Planungen als knappes «Gut»	207
<i>a Gründe der Knappheit</i>	207
<i>b Folge: Verteilungsproblem</i>	208
2.3 Lösung im Grundsatz: Definition eines Verteilungsmechanismus	209
<i>a Einleitung</i>	209
<i>b Beispiel Submissionsrecht</i>	209
<i>c Beispiel Konzessionsvergabe</i>	210
<i>d Beispiel Ermessensbewilligung</i>	211
<i>e Parallelen zur Verteilungsproblematik bei kooperativen Planungen</i>	212
2.4 Auswahlverfahren bei kooperativen Top-down-Planungen	212
<i>a Das Modell «Adank»</i>	212
<i>b Kritische Würdigung</i>	213
2.5 Auswahlverfahren bei kooperativen Bottom-up-Planungen	215
<i>a Charakterisierung der Entscheidungssituation</i>	215
<i>b Auswahlkriterien: Funktion und Typen</i>	216
<i>c Auswahlkriterien: Praxisbeispiel</i>	217
<i>d Auswahlkriterien: gesetzliche Grundlage</i>	218
3. Informell-kooperatives Vorverfahren	219
3.1 Gegenstand und Charakter	219
3.2 Verfahrensrechtliche Stellung der privaten Kooperationspartei	219
3.3 Verfahrensrechtliche Stellung Dritter	220
4. Mitwirkungsverfahren gemäss Art. 4 RPG	222
4.1 Gegenstand und Funktionen	222
<i>a Gegenstand</i>	222
<i>b Funktionen</i>	223
4.2 Gefahren durch die kooperative Methode	223
<i>a Reduktion von Dichte und Verständlichkeit von Informationen</i>	223
<i>b Späte Terminierung der Mitwirkung im Verfahren</i> ..	224

4.3	Massnahmen zur Gegensteuerung und	
	Kompensation	224
	<i>a Gebot der Transparenz als Leitmotiv</i>	224
	<i>b Publikation der Planentwürfe;</i> <i>ergänzende Massnahmen</i>	225
	<i>c Öffentliche Auflage des Planungsberichts</i> <i>im Entwurf</i>	226
	<i>d Ausgestaltung der Mitwirkung als</i> <i>mehrstufiges Verfahren</i>	227
5.	Interessenabwägung gemäss Art. 3 RPV	227
5.1	Gegenstand und Funktionen	227
5.2	Fallgruppen der Fehlerhaftigkeit	228
5.3	Gefahren durch die kooperative Methode	229
	<i>a Gefahr des Capture</i>	229
	<i>b Gefahr des asymmetrischen Distanzabbaus</i>	230
	<i>c Gefahr der asymmetrischen Interessenvertretung</i> ..	231
	<i>d Gefahr durch faktische Bindungswirkung</i> <i>informeller Absprachen</i>	231
5.4	Auswirkungen auf die Interessenabwägung	231
5.5	Massnahmen zur Gegensteuerung	232
6.	Einwendungsverfahren	234
6.1	Einführung und Kapitelübersicht	234
6.2	Gehörgewährung in der Nutzungsplanung	235
	<i>a Stand der Rechtsprechung</i>	235
	<i>b Stand der Lehre</i>	236
	<i>(i) Ausgangspunkt: Kritik an der Rechtsprechung</i> .	236
	<i>(ii) Forderung: Gehörgewährung im</i> <i>Einwendungsverfahren</i>	237
	<i>c Rechtspraxis der Kantone</i>	238
6.3	Gehörgewährung in kooperativen Planungen: zur Stellung der privaten Kooperationspartei	239
	<i>a Anspruch auf Gehörgewährung</i>	239
	<i>b Funktionale Äquivalenz verfahrensinhärenter</i> <i>Kommunikation</i>	239
	<i>(i) Gehörsanspruch als Kommunikationsrecht</i>	239
	<i>(ii) Anspruch auf individuelle Anhörung</i>	239
	<i>(iii) Anspruch auf Teilhabe am Beweisverfahren</i>	240
	<i>(iv) Anspruch auf Begründung</i>	240
	<i>c Grenzen verfahrensinhärenter Kommunikation</i>	241

- 6.4 Gehörs-gewährung in kooperativen Planungen:
 - zur Stellung schutzwürdig berührter Dritter 241
 - a Schutzwürdig berührte Dritte: Definition* 241
 - b Begründung des Gehörsanspruchs Dritter im
erstinstanzlichen Verfahren* 242
 - (i) *Kooperation als Einbruch in den Grundsatz
prozessualer Chancengleichheit* 242
 - (ii) *Einwendungsverfahren als kompensatorische
Massnahme* 243
 - c Auswirkung der Gehörs-gewährung auf
die behördliche Meinungsbildung* 243
- 6.5 Ausgestaltung des Einwendungsverfahrens 244
 - a Grundzüge des Verfahrens* 244
 - (i) *Mitteilung des Einwendungsverfahrens* 244
 - (ii) *Aufzulegende Dokumente und
Begründungspflicht* 244
 - (iii) *Anspruch Dritter auf Stellungnahme zur
rechtlichen Würdigung* 245
 - b Einwendungsverhandlungen als besondere Form* ... 246
 - c Verhältnis von Mitwirkungs- und
Einwendungsverfahren* 247
- 7. Planfestsetzung 247
 - 7.1 Zuständigkeiten 247
 - a Problemstellung* 247
 - b Festsetzung durch Legislative* 248
 - (i) *Festsetzung durch Gemeindeparlament
oder -versammlung* 248
 - (ii) *Vorbehalt des fakultativen oder obligatorischen
Referendums* 250
 - c Festsetzung durch Exekutivbehörde* 250
 - d Gestufte Zuständigkeiten als vermittelnde Lösung* .. 250
 - 7.2 Mehrfachbefassung von Behörden 251
 - a Problemstellung* 251
 - b Anspruch auf Unvoreingenommenheit der Behörde:
Grundsätze* 252
 - c Anspruch auf Unvoreingenommenheit der Behörde:
Entwicklung* 253
 - (i) *Vorbefassung von Gerichtsbehörden* 253
 - (ii) *Vorbefassung von Verwaltungsbehörden* 254

<i>d</i>	<i>Aktuelle Rechtsprechung im Raumplanungs- und Baurecht</i>	256
	(i) <i>Gesetzliche Mehrfachbefassung zweier Behördenmitglieder im Baubewilligungsverfahren (BGer, Urteil 1A.11/2007 vom 16.5.2007)</i>	256
	(ii) <i>Unzulässige Mehrfachbefassung einer Baukommission im Voranfrage- und Baubewilligungsverfahren (BGer, Urteil 1C_150/2009 vom 8.9.2009)</i>	256
	(iii) <i>Unzulässige Mehrfachbefassung zweier Mitglieder einer Planerlassbehörde aufgrund ihrer Rolle als Juroren eines Architekturwettbewerbs (BGE 140 I 326)</i>	258
	(iv) <i>Zulässige Mehrfachbefassung einer kommunalen Einsprache- und kantonalen Genehmigungsbehörde (BGer, Urteil 1C_903/2013 vom 10.8.2015)</i>	261
	(v) <i>Zusammenfassung</i>	262
<i>e</i>	<i>Rezeption in der Lehre</i>	263
<i>f</i>	<i>Konsequenzen für kooperative Planungen</i>	265
	(i) <i>Kooperative Planungen als Herausforderung für das Unbefangenheitsgebot</i>	265
	(ii) <i>Massnahmen zur Gewährleistung der Unbefangenheit der entscheidungsvorbereitenden Behörde</i>	266
	(iii) <i>Massnahmen zur Gewährleistung der Unbefangenheit des Erlassorgans</i>	267
7.3	<i>Begründungspflicht</i>	268
	<i>a Erhöhte Anforderungen bei kooperativen Planungen</i>	268
	<i>b Kein Anspruch auf Begründung bei Verzicht auf Festsetzung</i>	268
8.	<i>Planaufgabe und Genehmigungsverfahren</i>	268
	8.1 <i>Planaufgabe</i>	268
	8.2 <i>Genehmigungsverfahren</i>	268
	<i>a Grundsätze</i>	268
	<i>b Anpassung kooperativ erarbeiteter Pläne?</i>	270
	<i>c Empfehlung zur Vorprüfung</i>	270
9.	<i>Änderung von Plänen</i>	271

IV. Vertragsabschlussverfahren	272
1. Formfreiheit des Vertragsabschlussverfahren	272
2. Prozedurale Fairness als Ausdruck von Rechtsstaatlichkeit	273
2.1 Dogmatische Fundierung in Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV	273
2.2 Dogmatische Fundierung in Art. 29 BV	273
3. Geltung der allgemeinen Verfahrensgarantien im Kontext städtebaulicher Verträge	274
3.1 Verfahrensrechtliches Schutzbedürfnis	274
3.2 Diskursideal als Massstab der Verhandlungen	274
3.3 Verhältnis zu vorvertraglichen Pflichten aus culpa in contrahendo	275
4. Verfahrensrechte der privaten Vertragsparteien	275
4.1 Funktionale Äquivalenz verfahrensinhärenter Kommunikation	275
4.2 Zum Recht auf Akteneinsicht im Besonderen	276
<i>a Materieller Gehalt des Akteneinsichtsrechts</i>	276
<i>b Anspruch auf Akteneinsicht bei Vertragsverhandlungen: Stand der Lehre</i>	276
<i>c Schlussfolgerungen für städtebauliche Verträge</i>	277
5. Verfahrensrechte schutzwürdig berührter Dritter	278
5.1 Anspruch; fehlende funktionale Äquivalenz	278
5.2 Möglichkeiten zur Integration von Drittinteressen in den Aushandlungsprozess	279
<i>a Variante 1: Zwei-Stufen-Theorie</i>	279
<i>b Variante 2: Zustimmungserfordernis Dritter</i>	280
<i>c Variante 3: Anhörung Dritter im Aushandlungsprozess</i>	281
5.3 Relevanz für städtebauliche Verträge	282
<i>a Pro memoria: Verhältnis von Plan und Vertrag</i>	282
<i>b Drittrechtsschutz im Kontext vertraglicher Baupflichten</i>	283
<i>c Drittrechtsschutz im Kontext von Mehrwertausgleichsverträgen</i>	283
<i>d Drittrechtsschutz im Kontext von Erschliessungsverträgen</i>	284
<i>e Fazit</i>	284
V. Verhältnis von Planerlass- und Vertragsabschlussverfahren	285

Kapitel 13: Fehlerfolgenregime und Rechtsschutz	286
I. Nutzungspläne	286
1. Grundlagen	286
1.1 Fehlerfolgen	286
1.2 Rechtsschutz	286
<i>a Bundesrechtliche Mindestanforderungen an den Rechtsschutz</i>	286
<i>b Anfechtung und akzessorische Überprüfung von Nutzungsplänen durch Private</i>	287
<i>c Anfechtung durch Gemeinden und Kantone, Behördenbeschwerde und ideelle Verbandsbeschwerde</i>	288
<i>d Anforderungen an die Kognition</i>	288
<i>(i) Kantonale Rechtsmittelinstanz</i>	288
<i>(ii) Bundesgericht</i>	289
2. Besonderheiten bei kooperativen Planungen	289
3. Materielle Fehlerhaftigkeit	290
3.1 Geltendmachung durch private Kooperationsparteien	290
<i>a Fehler wird vor Planfestsetzung erkannt</i>	290
<i>b Fehler wird nach Planfestsetzung erkannt</i>	292
3.2 Geltendmachung durch Dritte, Verbände und Behörden	292
<i>a Anforderungen an das Gerichtsverfahren</i>	292
<i>(i) Verfahrensrechtliche Erleichterungen bei unzureichender Dokumentation des informellen Vorverfahrens</i>	292
<i>(ii) Prüfung der Verarbeitung widerstreitender Interessen im informellen Vorverfahren</i>	294
<i>(iii) Prüfung der Unabhängigkeit der Behörden</i>	294
<i>b Ideelle Verbandsbeschwerde</i>	294
<i>c Behördenbeschwerde</i>	295
4. Verfahrensrechtliche Fehlerhaftigkeit	296
4.1 Geltendmachung durch private Kooperationsparteien	296
<i>a Fälle verfahrensrechtlicher Fehlerhaftigkeit: Überblick</i>	296
<i>b Verletzung der Verfahrensgarantien im Vorverhandlungsstadium; Fehler wird im Vorverhandlungsstadium erkannt</i>	296

<i>c</i> Verletzung der Verfahrensgarantien im Vorverhandlungsstadium; Fehler wird im förmlichen Planerlassverfahren erkannt	297
<i>d</i> Verletzung der Verfahrensgarantien im Vorverhandlungsstadium oder förmlichen Verfahren; Fehler wird nach Planerlass erkannt	297
4.2 Geltendmachung durch Dritte	298
II. Städtebauliche Verträge	299
1. Überblick	299
1.1 Fehlerfolgen	299
1.2 Rechtsschutz	300
1.3 Besonderheiten städtebaulicher Verträge	300
2. Materielle Fehlerhaftigkeit	301
2.1 Ursprüngliche Fehlerhaftigkeit	301
<i>a</i> Definition und Formen	301
<i>b</i> Rechtsfolgen	301
(i) (Teil-)Nichtigkeit	301
(ii) Anfechtbarkeit	302
(iii) Widerruf	303
<i>c</i> Ursprüngliche Fehlerhaftigkeit mangels Freiwilligkeit der Einwilligung	304
(i) Fehlerhaftigkeit der Einwilligung als Form der Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts	304
(ii) Rechtswidrigkeit vertraglicher Inhalte mangels gesetzlicher Grundlage; Stand der Rechtsprechung	305
(iii) Rechtswidrigkeit vertraglicher Inhalte mangels gesetzlicher Grundlage; Stand der Lehre	305
(iv) Einordnung in den Kontext städtebaulicher Verträge	306
(v) Sachverhaltsvariante 1: Fehler wird vor Vertragsschluss erkannt	307
(vi) Sachverhaltsvariante 2: Fehler wird nach Vertragsschluss erkannt	308
2.2 Nachträgliche Fehlerhaftigkeit	308
<i>a</i> Definition und Formen	308
<i>b</i> Anpassung an veränderte tatsächliche Verhältnisse (i) Grundlagen	309
(ii) Bedeutung für städtebauliche Verträge	309
<i>c</i> Anpassung an veränderte rechtliche Verhältnisse	310

(i) Grundlagen	310
(ii) Bedeutung für städtebauliche Verträge	311
2.3 Geltendmachung durch Dritte	311
a Grundlagen	311
b Bedeutung für städtebauliche Verträge	312
3. Verfahrensrechtliche Fehlerhaftigkeit	312
3.1 Geltendmachung durch private Vertragspartei	312
a Vor Vertragsabschluss	312
b Nach Vertragsabschluss	313
3.2 Geltendmachung durch Dritte	314
a Vor Vertragsabschluss	314
b Nach Vertragsabschluss	314
4. Leistungsstörungen	315
4.1 Grundlagen	315
4.2 Grenzen des privatrechtlichen Leistungsstörungsrechts	316
4.3 Bedeutung für städtebauliche Verträge	317
<hr/>	
Zusammenfassung	318

Abkürzungsverzeichnis

Allgemein gebräuchliche Abkürzungen (wie Kantonsnamen, bzw. oder Nr.) werden als bekannt vorausgesetzt.

a	alt (frühere Fassung der betreffenden Bestimmung)
a.A.	anderer Ansicht
aBauV/AG	(alte Aargauer) Allgemeine Verordnung zum Baugesetz vom 23. Februar 1994 (aufgehoben)
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl	Amtsblatt des Kantons Zürich/Amtsblatt des Kantons St. Gallen
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
aBV	(alte) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aufgehoben)
AfS	Amt für Städtebau der Stadt Zürich/Amt für Städtebau der Stadt Winterthur
AG	Aktiengesellschaft
AGR/BE	Amt für Gemeinden und Raumordnung, Kanton Bern
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AHOP	Arbeitshilfen für die Ortsplanung
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Periodikum)
Amtl. Bull. NR/SR	– Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Nationalrat/Ständerat)
ARE	Bundesamt für Raumentwicklung/Amt für Raumentwicklung, Kanton Zürich
ARP	Amt für Raumplanung, Kanton Basel-Landschaft
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts/Amtliche Sammlung der Stadt Zürich
Aufl.	Auflage
BauG/AG	(Aargauer) Gesetz über Raumentwicklung und Bauwesen (Baugesetz) vom 19. Januar 1993 (SAR 713.100)
BauG/AR	(Appenzell-Ausserrhodisches) Gesetz über die Raumplanung und das Baurecht vom 12. Mai 2003 (bGS 721.1)
BauG/BE	(Bernern) Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BSG 721.0)
BauG/OW	(Obwaldner) Baugesetz vom 12. Juni 1994 (GDB 710.1)

BauG/SH	Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht im Kanton Schaffhausen (Baugesetz) vom 1. Dezember 1997 (SHR 700.100)
BauGB/DE	(Deutsches) Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. November 2017 (BGBl. IS. 3634)
BauV/BE	(Berner) Bauverordnung vom 6. März 1985 (BSG 721.1)
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
betr.	betreffend
BFS	Bundesamt für Statistik
BGBI.	Bundesgesetzblatt der Bundesrepublik Deutschland
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz) vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BGÖ	Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz) vom 17. Dezember 2004 (SR 152.3)
bGS	bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Appenzell Ausserrhoden
BGS	Solothurnische Bereinigte Gesetzessammlung/Zuger Bereinigte Gesetzessammlung
BO/ZG	Bauordnung der Stadt Zug vom 29. Januar 2008 (SRZ 401)
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (SR 172.056.1)
BPG/BS	(Basel-Städtisches) Bau- und Planungsgesetz vom 17. November 1999 (SG 730.100)
BPUK	Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz
BR	Baurecht (Periodikum)/Bündner Rechtsbuch (Systematische Sammlung)
BR/BRin	Bundesrat (Kollegialorgan)/Bundesrätin
BRG	Baurekursgericht des Kantons Zürich (seit 1. Januar 2011; zuvor: Baurekurskommissionen des Kantons Zürich BRK)
BRP	Bundesamt für Raumplanung (bis 31. Mai 2000; seither: Bundesamt für Raumentwicklung ARE)
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung

BUWAL	Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (bis 31. Dezember 2005; seither: Bundesamt für Umwelt BAFU)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (Periodikum)
BWO	Bundesamtes für Wohnungswesen
disP	The Planning Review, Zeitschrift des Netzwerks Stadt und Landschaft NSL der ETH Zürich
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung/en
E-	Entwurf zu
E-RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz) – Entwurf vom 31. Oktober 2018 zur zweiten Etappe der Teilrevision des Raumplanungsgesetzes (BBl 2018 7499 ff.)
Einl.	Einleitung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
ES VLP-ASPAN	— Entscheidsammlung der Schweizerische Vereinigung für Landesplanung (seit 29. Juni 2018: Urteilssammlung Espace-Suisse)
et al.	et alii (= und andere)
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
f./ff.	und folgende (Seite[n], Randziffer[n] etc.)
FHB	Fachhandbuch
Fn.	Fussnote
fub	Flächenmanagement und Bodenordnung – Zeitschrift für Liegenschaftswesen, Planung und Vermessung
GAP/BL	(Basel-Landschaftliches) Gesetz über die Abgeltung von Planungsmehrwerten vom 27. September 2018 (SGS 404)
GBV	Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (SR 211.432.1)
GDB	Gesetzesdatenbank (Systematische Sammlung) des Kantons Obwalden
GeschO STR/ZH	— (Zürcher) Geschäftsordnung des Stadtrates vom 10. Dezember 2003 (AS 172.100)
GG/AG	(Aargauer) Gesetz über die Einwohnergemeinden (Gemeindengesetz) vom 19. Dezember 1978 (SAR 171.100)

GG/FR	(Freiburger) Gesetz über die Gemeinden vom 25. September 1980 (SGF 140.1)
GG/SO	(Solothurner) Gemeindegesetz vom 16. Februar 1992 (BGS 131.1)
gl.A.	gleicher Ansicht
GS	Gesetzessammlung des Kantons Appenzell Innerrhoden/ Gesetzessammlung des Kantons Glarus
Habil.	Habilitationsschrift
HBD	Hochbaudepartement der Stadt Zürich
Hrsg./hrsg.	Herausgeber(in)/herausgegeben
i.d.S.	in diesem Sinne
IRL	Institut für Raum- und Landschaftsentwicklung der ETH Zürich
i.V.m.	in Verbindung mit
JDC	Journées suisses du droit de la construction
KRG/GR	Raumplanungsgesetz für den Kanton Graubünden vom 6. Dezember 2004 (BR 801.110)
kRPG/VS	(Walliser) Ausführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Raumplanung vom 23. Januar 1987 (SGS 701.1)
KRVO/GR	Raumplanungsverordnung für den Kanton Graubünden (BR 01.100)
Kt.	Kanton
LaLAT/GE	(Genfer) Loi d'application de la loi fédérale sur l'aménage- ment du territoire vom 4. Juni 1987 (RSG L 130)
LATC/VD	(Waadtländer) Loi sur l'aménagement du territoire et les constructions vom 4. Dezember 1984 (RSV 700.11)
LCAT/NE	(Neuenburger) Loi cantonale sur l'aménagement du territoire vom 2. Oktober 1991 (RSN 701.0)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	litera (= Buchstabe)
LS	Zürcher Loseblattsammlung
LST/TI	(Tessiner) Legge sullo sviluppo territoriale vom 21. Juni 2011 (RL 701.100)
Ltd.	Limited (= beschränkt; entspricht in etwa der GmbH)
LVG	Bundesgesetz über die wirtschaftliche Landesversorgung (Landesversorgungsgesetz) vom 17. Juni 2016 (SR 531)
LZIAM/GE	Loi générale sur les zones de développement industriel ou d'activités mixtes (RSG L 1 45)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m ²	Quadratmeter

MAG/SH	(Schaffhauser) Mehrwertausgleichsgesetz (MAG) vom 2. Juli 2018 (RSS 700.200)
MAG/ZH	(Zürcher) Mehrwertausgleichsgesetz (MAG) vom 28. Oktober 2019 (LS 700.9)
Mio.	Million(en)
MWAR	Muster-Reglement über die Mehrwertabgabe des Kantons Bern
n	neu (vom zuständigen Organ bereits verabschiedete, noch nicht in Kraft stehende Norm)
NFP	Nationales Forschungsprogramm des Schweizerischen Nationalfonds
NG	Nidwaldner Gesetzessammlung
NHG	Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PAG/SO	(Solothurner) Gesetz über den Ausgleich raumplanungsbedingter Vor- und Nachteile (Planungsausgleichsgesetz) vom 31. Januar 2018 (BGS 711.18)
PBG aktuell	Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht
PBG/LU	(Luzerner) Planungs- und Baugesetz vom 7. März 1989 (SRL 735)
PBG/NW	(Nidwaldner) Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Planungs- und Baugesetz) vom 21. Mai 2014 (NG 611.1)
PBG/SG	(St. Galler) Planungs- und Baugesetz vom 5. Juli 2016 (sGS 731.1)
PBG/SO	(Solothurner) Planungs- und Baugesetz vom 3. Dezember 1978 (BGS 711.1)
PBG/SZ	(Schwyzer) Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987 (SRSZ 400.100)
PBG/TG	(Thurgauer) Planungs- und Baugesetz vom 21. Dezember 2011 (RB 700)
PBG/UR	(Urner) Planungs- und Baugesetz vom 13. Juni 2010 (RB 40.1111)
PBG/ZG	(Zuger) Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998 (BGS 721.11)
PBG/ZH	(Zürcher) Planungs- und Baugesetz (PBG) vom 7. September 1975 (LS 700.1)
Pra	Die Praxis (Periodikum)

PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (SR 942.20)
RA	Rechtsanwalt
RAWI/LU	Amt für Raumentwicklung, Wirtschaftsförderung und Geoinformation des Kantons Luzern
RB	Rechtssammlung des Kantons Thurgau/Urner Rechtssammlung
RBG/BL	(Basel-Landschaftliches) Raumplanungs- und Baugesetz vom 8. Januar 1998 (SGS 400)
RBG/GL	(Glarner) Raumentwicklungs- und Baugesetz vom 2. Mai 2010 (GS VII B/1/1)
RL	Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino
ROG/DE	(Deutsches) Raumordnungsgesetz vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2986), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 15 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808)
RPBG/FR	Raumplanungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 2008 (SGF 710.1)
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz) vom 22. Juni 1979 (SR 700)
RPV	Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (SR 700.1)
RRB	Regierungsratsbeschluss
RSG	Recueil systématique genevois
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâtelaise
RSS	Rechtssammlung der Stadt Schaffhausen
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
Rz.	Randziffer
S.	Sachverhalt/Seite
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SG	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt
SGF	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg
sGS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen
SGS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Landschaft/Systematische Gesetzessammlung des Kantons Wallis
SHR	Schaffhauser Rechtssammlung
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
SRSZ	Systematische Rechtssammlung des Kantons Schwyz
SRZ	Systematische Rechtssammlung der Stadt Zug
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14)

STRB	Stadtratsbeschluss
STRB DGA/ZH	— (Zürcher) Stadtratsbeschluss über die Departementsgliederung und -aufgaben (AS 172.110)
StrG/LU	(Luzerner) Strassengesetz vom 21. März 1995 (SRL 755)
StrG/ZH	(Zürcher) Strassengesetz vom 27. September 1981 (LS 722.1)
SubmV/ZH	(Zürcher) Submissionsverordnung (LS 720.11)
SuG	Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz) vom 5. Oktober 1990 (SR 616.1)
SVKG	Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung) vom 12. März 2004 (SR 251.5)
TAK	Tripartite Agglomerationskonferenz Bund – Kantone – Städte/Gemeinden
TEC21	Schweizerische Bauzeitung
THG	Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (SR 946.51)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
UREK-S	Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie (Ständerat)
URP	Umweltrecht in der Praxis (Periodikum)
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01)
u.U.	unter Umständen
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
Verf.	Verfasserin
VertBek	Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 (www.weko.admin.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen und Erläuterungen)
VGer	Verwaltungsgericht
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005 (SR 173.32)
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (SR 251.4)
VLP-ASPAN	Schweizerische Vereinigung für Landesplanung (seit 29. Juni 2018: EspaceSuisse)

VPO/BL	(Basel-Landschaftliches) Gesetz über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (Verwaltungsprozessordnung) vom 16. Dezember 1993 (SGS 271)
VRG/GL	(Glarner) Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 4. Mai 1986 (GS III G/1)
VRG/GR	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 31. August 2006 (BR 370.100)
VRG/TG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Februar 1981 (RB 170.1)
VRG/ZH	(Zürcher) Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (LS 175.2)
VRPG/AG	(Aargauer) Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 4. Dezember 2007 (SAR 271.200)
VRPG/BE	(Berner) Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (BSG 155.21)
vs.	versus
VUR	Vereinigung für Umweltrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Berlin/New York)
VWEG	Verordnung zum Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz (SR 843.1)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
WEG	Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz (SR 843)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Periodikum)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung) (SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Periodikum)

Literaturverzeichnis

- ABEGG ANDREAS, Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten: Grundzüge einer historisch und theoretisch angeleiteten Dogmatik öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verwaltungsverträge, Habil. Freiburg 2008, Zürich/Basel/Genf 2009 (*Verwaltungsvertrag*)
- ADANK NATHALIE F., Le contrat de planification: Utilité, admissibilité et régime du contrat d'aménagement du territoire, Diss. Freiburg, Genf/Zürich/Basel 2016 (*Contrat de planification*)
- AEBI-MÜLLER REGINA E. / MÜLLER CHRISTOPH (Hrsg.), Obligationenrecht: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Berner Kommentar, Bern 2018 (*Berner Kommentar Art. 1-18 OR*)
- AEMISEGGER HEINZ, Der Mehrwertausgleich gemäss Art. 5 Abs. 1 - Abs. 1^{sexies} RPG: Rechtliche Grundlagen, Umsetzung in den Kantonen, Verhältnis Kanton-Gemeinden, AJP 2016, S. 632 ff. (*Mehrwertausgleich*)
- AEMISEGGER HEINZ / KUTTLER ALFRED (bis 1999) / MOOR PIERRE / RUCH ALEXANDER / TSCHANNEN PIERRE (ab 2007) (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG), Zürich/Basel/Genf 1999, einschliesslich 1. und 2. Nachlieferung 2009 sowie 3. Nachlieferung 2010 (*Kommentar RPG*)
- AEMISEGGER HEINZ / MOOR PIERRE / RUCH ALEXANDER / TSCHANNEN PIERRE
- (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2020 (*Praxiskommentar Rechtsschutz*)
 - Praxiskommentar RPG: Richt- und Sachplanung, Interessenabwägung, Zürich/Basel/Genf 2019 (*Praxiskommentar Richt- und Sachplanung*)
 - Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich/Basel/Genf 2016 (*Praxiskommentar Nutzungsplanung*)
- ANTONIAZZA YANNICK, Die Baupflicht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2008 (*Baupflicht*)
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS / EICHENBERGER KURT / MÜLLER JÖRG PAUL / RHINOW RENÉ A. / SCHINDLER DIETRICH (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987-1996 (*Kommentar aBV*)

AUER ANDREAS, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016 (*Staatsrecht der Kantone*)

AUER CHRISTOPH / MÜLLER MARKUS / SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019 (*Kommentar VwVG*)

Basler Kommentar BV: siehe WALDMANN/BELSER/EPINEY

Basler Kommentar ORI: siehe WIDMER LÜCHINGER/OSER

Basler Kommentar ZGB II: siehe GEISER/WOLF

BAUMANN ANDREAS / VAN DEN BERGH RALPH / GOSSWEILER MARTIN / HÄUPTLI CHRISTIAN / HÄUPTLI-SCHWALLER ERICA / SOMMERHALDER FORESTIER VERENA, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013 (*Kommentar BauG/AG*)

BECK LUKAS / NEBEL RETO, Eine neue Generation der kommunalen Nutzungsplanung?, PBG aktuell 2/2016, S. 5 ff. (*Kommunale Nutzungsplanung*)

Berner Kommentar Art. 1-18 OR: siehe AEBI-MÜLLER/MÜLLER

BESSE MARC-OLIVIER, Le régime des plans d'affectation, En particulier le plan de quartier, Diss. Lausanne, Genf 2010 (*Plans d'affectation*)

BEYELER MARTIN, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadensersatz: Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2004 (*Beschaffung*)

BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (*Kommentar BV*)

BLEUEL STEPHAN / NIGSCH SANDRA, Kooperative Planung, in: Kammer Unabhängiger Bauherrenberater, KUB (Hrsg.), Immobilienmanagement, Handbuch für Immobilienentwicklung, Bauherrenberatung, Immobilienbewirtschaftung, 2. Aufl., Zürich 2017, S. 350 ff. (*Kooperative Planung*)

BÖSCH PETER

- Bauvorhaben und Dienstbarkeiten, Anwaltsrevue 3/2012, S. 142 ff. (*Bauvorhaben*)
- Bauen und Mediation in der Schweiz, in: Mediation im Bauwesen, hrsg. von Thomas Flucher / Bernd Kochendörfer / Ursula von Minckwitz / Markus G. Viering, Berlin 2003, S. 229 ff. (*Bauen und Mediation*)

- BÜHLMANN LUKAS / KISSLING SAMUEL, Städtebauliche Verträge: Rechtliche Rahmenbedingungen, mögliche Inhalte, Anwendungsbereiche, Raum & Umwelt 5/2014 (*Städtebauliche Verträge*)
- BÜHLMANN LUKAS / PERREGAUX DUPASQUIER CHRISTA / KISSLING SAMUEL, Der Mehrwertausgleich im revidierten Raumplanungsgesetz: Die Ausgestaltung von Artikel 5 Absatz 1^{bis}-1^{sexies} RPG im kantonalen Recht, Raum & Umwelt 4/2013 (*Mehrwertausgleich*)
- BÜHLMANN LUKAS / STRAUMANN ANNEMARIE, Siedlungen hochwertig verdichten, Raum & Umwelt 3/2014 (*Verdichten*)
- BUNZEL ARNO / COULMAS DIANA / SCHMIDT-EICHSTAEDT GERD, Städtebauliche Verträge – Ein Handbuch, Mit Berücksichtigung der BauGB-Novelle 2013, Berlin 2013 (*Städtebauliche Verträge*)
- COTTIER THOMAS, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage: Eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht, Diss. Bern 1983, 2. Aufl., Chur/Zürich 1991 (*Legalitätsprinzip*)
- DELHEES KARL H., Soziale Kommunikation, Psychologische Grundlagen für das Miteinander in der modernen Gesellschaft, Opladen 1994 (*Soziale Kommunikation*)
- DUBEY JACQUES, La garantie de la disponibilité du terrain à bâtir: A propos des art. 15 al. 4 let. d et 15a LAT, in: Revision Raumplanungsgesetz 2014: Paradigmenwechsel oder alter Wein in neuen Schläuchen?, Tagung vom 5. September 2014, hrsg. von Jean-Baptiste Zufferey / Bernhard Waldmann, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 175 ff. (*Garantie de la disponibilité*)
- DÜRR DAVID / BAUMANN ANDREAS, Langzeitprobleme des Stockwerkeigentums aus der Sicht von Gemeinden – öffentlichrechtliche und privatrechtliche Ansätze, ZBGR 2016, S. 297 ff. (*Stockwerkeigentum*)
- DUSS ANDRÉ / DURRER EGGERSCHWILER BEATRICE / LIENHARD MELANIE / STURM ULRIKE, In der Planung gehört die Zukunft den kooperativen Verfahren, in: Forum Raumentwicklung, Informationsheft des Bundesamts für Raumentwicklung, Modellvorhaben Nachhaltige Raumentwicklung, Lessons learned 2014-2018, Bern, 1/2018, S. 8 ff., www.are.admin.ch > Medien und Publikationen > Forum Raumentwicklung (*Zukunft*)

- EHRENZELLER BERNHARD / SCHINDLER BENJAMIN / SCHWEIZER RAINER / VALLENDER KLAUS (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (*St. Galler Kommentar BV*)
- EISINGER ANGELUS / REUTHER IRIS, Zürich baut – Konzeptioneller Städtebau, Building Zurich: Conceptual Urbanism, hrsg. von Franz Eberhard/Regula Lüscher im Auftrag der Stadt Zürich, Basel 2007 (*Konzeptioneller Städtebau*)
- ESCHMANN STEPHAN, Der Gestaltungsplan nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1984 (*Gestaltungsplan*)
- EYMANN URS
- Grundsätze zur Ermittlung des Planungsmehrwerts nach Art. 5 RPG, ZBl 2016, S. 167 ff. (*Ermittlung des Planungsmehrwerts*)
 - Der Planungsmehrwertausgleich im Kanton Bern, Inforaum 5/2011, S. 8 ff. (*Planungsmehrwertausgleich Bern*)
 - Die Praxis der Mehrwertausgleichsverträge im Kanton Bern, in: Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, hrsg. von Isabelle Häner/Bernhard Waldmann, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 133 ff. (*Mehrwertausgleichsverträge Bern*)
- FISCHER KASPAR / THOMA MATTHIAS / SALKELD ROBERT, Organisationsmodelle der Innenentwicklung: Herausforderung und Lösungsansätze, Raum & Umwelt 3/2016 (*Innenentwicklung*)
- FISHER ROGER / URY WILLIAM / PATTON BRUCE, Das Harvard-Konzept: Die unschlagbare Methode für beste Verhandlungsergebnisse, aus dem Englischen von Jürgen Neubauer, München 2018 (*Harvard-Konzept*)
- FORSTMOSER PETER / VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012 (*Einführung*)
- FRITZSCHE CHRISTOPH / BÖSCH PETER / WIPF THOMAS / KUNZ DANIEL, Zürcher Planungs- und Baurecht, Bd. 1: Planungsrecht, Verfahren und Rechtsschutz, 6. Aufl., Wädenswil 2019 (*Zürcher Planungs- und Baurecht*)
- GAUCH PETER / AEPLI VIKTOR / STÖCKLI HUBERT (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2015), 9. Aufl., Zürich 2016 (*Präjudizienbuch OR*)
- GEISER THOMAS / WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchIT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (*Basler Kommentar ZGB II*)

GIACOMETTI ZACCARIA, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates), Zürich 1960 (*Allgemeine Lehren*)

GLÄTTLI SUSAN / STURM ULRIKE, Partizipation: Bedürfnisse abholen, Akzeptanz ernten, Inforaum 4/2015, S. 13 ff. (*Partizipation*)

GRIFFEL ALAIN

- Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich/Basel/Genf 2017 (*Verwaltungsrecht*)
- Raumplanungs- und Baurecht – in a nutshell, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017 (*Raumplanungs- und Baurecht*)
- (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (*Kommentar VRG/ZH*)
- Die Befristung von Bauzonen als Mittel zum Bauzonenmanagement, Raum & Umwelt 6/2006, S. 57 ff. (*Befristung*)
- Bauen im Spannungsfeld zwischen Eigentumsgarantie und Bauvorschriften, ZBl 2002, S. 169 ff. (*Spannungsfeld*)
- Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Habil. Zürich 2001 (*Grundprinzipien*)

GRIFFEL ALAIN / LINIGER HANS U. / RAUSCH HERIBERT / THURNHERR DANIELA (Hrsg.), Fachhandbuch Öffentliches Baurecht: Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2016 (*FHB Öffentliches Baurecht*)

GRISEL ANDRÉ, Traité de droit administratif, Bd. I, Neuenburg 1984 (*Droit administratif Bd. I*)

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (*Verwaltungsrecht*)

HALLER WALTER, Das rechtliche Gehör bei der Festsetzung von Raumplänen, in: Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, Festschrift für Otto K. Kaufmann zum 75. Geburtstag, hrsg. von Francis Cagianut/Willi Geiger/Yvo Hangartner/Ernst Höhn, Bern/Stuttgart 1989, S. 367 ff. (*Gehör*)

HALLER WALTER / KARLEN PETER, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Bd. I: Grundlagen – Raumplanungsrecht – Baurecht, 3. Aufl., Zürich 1999 (*Raumplanungsrecht*)

Handkommentar BGG: siehe SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLZER

Handkommentar RPG: siehe WALDMANN/HÄNNI

HÄNER ISABELLE

- Der verwaltungsrechtliche Vertrag – Verfahrensfragen, in: Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, hrsg. von Isabelle Häner / Bernhard Waldmann, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 39 ff. (*Verfahrensfragen*)
- Die Einwilligung der betroffenen Personen als Surrogat der gesetzlichen Grundlage bei individuell-konkreten Staatshandlungen, ZBl 2002, S. 57 ff. (*Einwilligung*)
- Der verwaltungsrechtliche Vertrag als effizienteres Instrument für den Umweltschutzvollzug?, URP 2001, S. 591 ff. (*Umweltschutzvollzug*)
- Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess. Unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsprozesses im Bund, Habil. Zürich 2000 (*Beteiligte*)

HÄNNI PETER, Planungs- Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl., Bern 2016 (*Planungsrecht*)

HOFFMANN KRISTIN, Vertragliche Lösungen neu denken: ein Regelungsvorschlag, Inforaum 4/2015, S. 7 ff. (*Vertragliche Lösungen*)

HOFFMANN-RIEM WOLFGANG

- Konfliktmittler in Verhandlungen, Heidelberg 1989 (*Konfliktmittler*)
- Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL (40) 1982, S. 187 ff. (*Selbstbindungen*)

HÖSLI PETER, Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung durch informell-kooperatives Verwaltungshandeln, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002 (*Informell-kooperatives Verwaltungshandeln*)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (*Obligationenrecht*)

HUNGERBÜHLER ADRIAN, Grundsätze des Kausalabgabenrechts. Eine Übersicht über die neuere Rechtsprechung und Doktrin, ZBl 2003, S. 505 ff. (*Kausalabgabenrecht*)

ISELIN GEORG, Erscheinungsformen der Kooperation von Staat und Privaten im Umweltrecht, disP 1980, S. 23 ff. (*Erscheinungsformen*)

JAAG TOBIAS, Die Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Einzelakt, Habil. Zürich 1985 (*Rechtssatz vs. Einzelakt*)

KARLEN PETER, Schweizerisches Verwaltungsrecht: Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich/Basel/Genf 2018 (*Verwaltungsrecht*)

KIENER REGINA

- Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil. Bern 2001 (*Richterliche Unabhängigkeit*)
- Verfahrensgarantien und Justiz, in: Kälin Walter/Kiener Regina/Kley Andreas/Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2002 und 2003, ZBJV 2003, S. 681 ff., S. 725 ff. (*Rechtsprechung Verfahrensgarantien*)

KIENER REGINA / RÜTSCHKE BERNHARD / KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2015 (*Öffentliches Verfahrensrecht*)

KLEEWEIF WOLFANG, Vertragsraumordnung: Zugleich ein Beitrag zum Einsatz privatrechtlicher Verträge im Verwaltungsrecht, Habil. Graz 2002, Wien/Graz 2003 (*Vertragsraumordnung*)

KLEIN FRANK, Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2003 (*Verwaltungsrechtlicher Vertrag*)

KÖLZ ALFRED / HÄNER ISABELLE / BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013 (*Verwaltungsverfahren*)

Kommentar aBV: siehe AUBERT/EICHENBERGER/MÜLLER/RHINOW/SCHINDLER

Kommentar BauG/AG: siehe BAUMANN/VAN DEN BERGH/GOSSWEILER/HÄUPTLI/HÄUPTLI-SCHWALLER/SOMMERHALDER FORESTIER

Kommentar BauG/BE Bd. II: siehe ZAUGG/LUDWIG

Kommentar BöB: siehe OESCH/WEBER/ZÄCH

Kommentar BV: siehe BIAGGINI

Kommentar RPG: siehe AEMISEGGER/KUTTLER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN

Kommentar VRG/ZH: siehe GRIFFEL

Kommentar VwVG: siehe AUER/MÜLLER/SCHINDLER

KUNZ DANIEL, Die Konzessionserteilung, in: Die Konzession, hrsg. von Isabelle Häner / Bernhard Waldmann, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 27 ff. (*Konzessionserteilung*)

LENDI MARTIN, Geschichte der schweizerischen Raumplanung – ein Aufriss: Raumplanung als öffentliche, zugleich als wissenschaftliche Aufgabe – Entwurf (Bearbeitungsstand Ende Dezember 2010), E-Collection der ETH Zürich, Zürich 2010 (*Raumplanung*)

MÄCHLER AUGUST

- Die Auflösung des verwaltungsrechtlichen Vertrags, in: Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, hrsg. von Isabelle Häne r/ Bernhard Waldmann, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 88 ff. (*Auflösung*)
- Vertrag und Verwaltungsrechtspflege: Ausgewählte Fragen zum vertraglichen Handeln der Verwaltung und zum Einsatz des Vertrages in der Verwaltungsrechtspflege, Habil. Zürich 2001, Zürich/Basel/Genf 2005 (*Vertrag und Verwaltungsrechtspflege*)

MAEGLI ROLF, Gesetzmässigkeit im kooperativen Verwaltungshandeln: Verfügung, öffentlich-rechtlicher Vertrag und informales Verwaltungshandeln bei Sanierungen nach der Umweltschutzgesetzgebung, URP 1990, S. 265 ff. (*Kooperatives Verwaltungshandeln*)

MARTI ARNOLD, Urteilsbesprechung, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 8. September 2009, 1C_150/2009, ZBl 2011, S. 478 ff. (*Urteilsbesprechung*)

MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif, Volume II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011 (*Droit administratif Bd. II*)

MOSIMANN HANS-JAKOB, Befangenheit im Konsumentenschutz? Bundesbehörden im Widerstreit der Interessen, Diss. Zürich 1984, Diessenhofen 1985 (*Befangenheit*)

MUGGLI RUDOLF

- Der Umweltteil des Planungsberichts nach Art. 47 der Raumplanungsverordnung, in: Umwelt-Materialien Nr. 179, hrsg. von BUWAL/ARE, Bern 2005 (*Planungsbericht*)
- Theorie und Praxis der Kooperativen Planung, Raum & Umwelt 3/2001, S. 24 ff. (*Kooperative Planung*)

MÜLLER GEORG

- Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte, in: Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, hrsg. von Isabelle Häner/ Bernhard Waldmann, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 25 ff. (*Zulässigkeit*)
- Interessenabwägung im Verwaltungsrecht, ZBl 1972, S. 337 ff. (*Interessenabwägung*)

- MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (*Rechtssetzungslehre*)
- MÜLLER THOMAS P., Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft, Eine systemtheoretische Analyse von Verträgen zwischen dem Gemeinwesen und Privaten mit Hinweisen, Diss. Basel, Basel/Frankfurt a.M. 1997 (*Systemtheoretische Analyse*)
- MÜLLER-GRAF THOMAS, Entrechtlichung durch Informalisierung? Ein Beitrag zur Handlungsformen- und zur Rechtsverhältnislehre im Verwaltungsrecht, Diss. Bern, Basel/Genf/München 2001 (*Informalisierung*)
- MÜLLER-TSCHUMI THOMAS, Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen, in: Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, hrsg. von Isabelle Häner / Bernhard Waldmann, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 39 ff. (*Leistungsstörungen*)
- NGUYEN MINH SON, Le contrat de collaboration en droit administratif, Diss. Lausanne 1996, Bern 1998 (*Contrat de collaboration*)
- NÜSSLE TAMARA, Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen, Diss. Freiburg, Zürich 2005 (*Demokratie in der Nutzungsplanung*)
- OESCH MATTHIAS / WEBER ROLF H. / ZÄCH ROGER (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar: VKU, SVKG, VertBek, PüG, BÖB, UWG, BGBM und THG, Zürich 2011 (*Kommentar BÖB*)
- PAPPA CHRISTOPH / JAGGI DANIEL, Rechtsschutz Dritter beim Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen, AJP 2012, S. 800 ff. (*Rechtsschutz*)
- PFENNINGER HANSPETER
- Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns: Verwaltungshandeln durch informell-konsensuale Kooperation unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzrechts, Diss. Freiburg 1995, Freiburg 1996 (*Informelles Verwaltungshandeln*)
 - Kooperation zwischen Staat und Privaten als Alternative zu planungs-, umweltschutz- und anderen öffentlich-rechtlichen Verfahren, BR 1995, S. 79 ff. (*Kooperation*)
- PFISTERER THOMAS
- Verhandeln und Konsens im Verwaltungs- und insbesondere im Umweltrecht, URP 2005, S. 99 ff. (*Verhandeln und Konsens*)

- Praxishilfe zur Erarbeitung von Konsens- und Mediationslösungen im Verwaltungsbereich, in: *Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich, vom Familien- über das Wirtschafts- zum Verwaltungsrecht*, hrsg. von Thomas Pfisterer, Zürich 2004, S. 129 ff. (*Praxishilfe*)

PFLÜGER MICHAEL, Die Mehrwertabgabe nach Art. 142 ff. des revidierten Baugesetzes – Streiflichter auf eine Baustelle, BVR 2017, S. 268 ff. (*Mehrwertabgabe*)

POLTIER ETIENNE, La place du contrat dans le droit public des constructions, JDC 2011, S. 129 ff. (*La place du contrat*)

Praxiskommentar Nutzungsplanung: siehe AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN

Praxiskommentar Rechtsschutz: siehe AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN

Praxiskommentar Richt- und Sachplanung: siehe AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN

Praxiskommentar VwVG: siehe WALDMANN/WEISSENBERGER

REDING DIETER VON, Die Baulanderschliessung und deren Finanzierung, VLP-ASPAN Schriftenfolge Nr. 72, Bern 2006 (*Baulanderschliessung*)

RHINOW RENÉ A., Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, ZBl 1979, S. 1 ff. (*Wohlerworbene und vertragliche Rechte*)

RICHLI PAUL

- Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfügungsfreien Staatshandeln, AJP 1992, S. 196 ff. (*Regelungsdefizit*)
- Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, ZBl 1991, S. 381 ff. (*Verhandlungselemente*)

RUCH ALEXANDER

- Aktuelle Grundfragen des Raumplanungsrechts, in: *Raumplanungsrecht in der Krise – Ursachen, Auswege, Perspektiven*, hrsg. von Alexander Ruch / Alain Griffel, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 1 ff. (*Grundfragen*)
- Überbauungsordnung durch Kooperation von Staat und Privaten, in: *REAL CORP 2007, Tagungsband zur 12. Internationalen Konferenz zu Stadtplanung und Regionalentwicklung in der Informationsgesellschaft*, hrsg. von Manfred Schrenk / Vasily V. Popovich / Josef Benedikt, Wien/Schwechat 2007, S. 435 ff. (*Überbauungsordnung*)

- Informalisierung und Deregulierung im schweizerischen Verfassungsrecht, ZBl2002, S. 505 ff. (*Informalisierung*)
- Kooperation und Konsens in der Raumplanung, in: Das Recht in Raum und Zeit, Festschrift für Martin Lendi, hrsg. von Alexander Ruch / Gérard Hertig / Urs Ch. Nef, Zürich 1998, S. 425 ff. (*Kooperation und Konsens*)
- Das Recht in der Raumordnung, Habil. Basel 1991, Basel/Frankfurt a.M. 1997 (*Raumordnung*)
- Die Bedeutung des Sondervorteils im Recht der Erschliessungsbeiträge, ZBl1996, S. 529 ff. (*Sondervorteil*)

SAPUTELLI MAJA, Denkmalschutz – Schutzverfügung oder Schutzvertrag?, PBG aktuell 1/2017, S. 44 ff. (*Schutzverfügung oder Schutzvertrag*)

SCHINDLER BENJAMIN

- Rechtsschutz im Polizeirecht: Eine Standortbestimmung, Sicherheit & Recht, 3/2012, S. 215 f. (*Rechtsschutz*)
- Die Befangenheit der Verwaltung. Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich 2002 (*Befangenheit*)

SCHNEIDER ADRIAN, Der angemessene Ausgleich für erhebliche Planungsvorteile nach Art. 5 Abs. 1 RPG, Diss. Freiburg 2005, Zürich/Basel/Genf 2006 (*Planungsvorteile*)

SCHNEIDER JENS-PETER, Kooperative und konsensuale Formen administrativer Entscheidungsprozesse, in: Vom Hoheitsstaat zum Konsensualstaat: Neue Formen der Kooperation von Staat und Privaten, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Bd. 15 (1996), hrsg. von Karl-Ernst Schenk / Dieter Schmidtchen/Manfed E. Streit, Tübingen, S. 82 ff. (*Entscheidungsprozesse*)

SCHOLL BERND, Testplanungen als neue Methode, TEC21 29-30/2010, S. 28 ff. (*Testplanungen*)

SEILER HANSJÖRG / VON WERDT NICOLAS / GÜNGERICH ANDREAS / OBERHOLZER NIKLAUS, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2015 (*Handkommentar BGG*)

SPANNOWSKY WILLY, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, Berlin 1994 (*Grenzen*)

SPORI NIKLAUS / BÜHLMANN LUKAS, Förderung des gemeinnützigen Wohnungsbaus mit raumplanerischen Mitteln, Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Wohnungswesen BWO, Raum & Umwelt 1/2010 (*Wohnungsbau*)

- STALDER BEAT, Der Ausgleich von Planungsvorteilen, Aufbruch zu neuen Ufern, in: Schweizerische Baurechtstagung 2015, hrsg. vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Freiburg 2015, S. 75 ff. (*Planungsvorteile*)
- STEINMANN GEROLD, Kommentar zum Urteil des BGer 1C_914/2013 vom 26.6.2014, ZBl 2014, S. 562 ff. (*Urteilsbesprechung*)
- STIRNEMANN EGON, Die Einzonung mit Auflagen und Infrastrukturverträgen im Kanton Bern, in: Mehrwertausgleich in der Raumplanung, VLP-Schrift Nr. 57, Bern 1992, S. 55 ff. (*Einzonung*)
- STÖCKLI HUBERT, Vom Recht der technischen Normen, in: Schweizerische Baurechtstagung 2019, hrsg. vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Freiburg 2019, S. 1 ff. (*Technische Normen*)
- STUBER MARTIN, Vom Bürgerholz zur Bodenpolitik, Der Bürgerliche Grundbesitz in der Entwicklung der Stadtregion, in: Von Bernern & Burgern, Tradition und Neuerfindung einer Bürgergemeinde, hrsg. von Birgit Stalder / Martin Stuber / Sibylle Meyrat / Arlette Schnyder / Georg Kreis, Bd. I. Baden 2015, S. 41 ff. (*Bodenpolitik der Bürgergemeinde*)
- St. Galler Kommentar BV*: siehe EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER
- TAK – TRIPARTITE AGGLOMERATIONSKONFERENZ BUND-KANTONE-STÄDTE/GEMEINDEN (Hrsg.), Das 3x3 der nachhaltigen Siedlungsentwicklung, Bern 2014 (*Nachhaltige Siedlungsentwicklung*)
- THURNHERR DANIELA
- Entscheidbesprechung: Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 26. Juni 2014, A. und Erbgemeinschaft B. c. Küttel und Mitb., Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, 1C_914/2013 (auszugsweise publiziert in BGE 140 I 326 ff.), AJP 2015, S. 957 ff. (*Urteilsbesprechung*)
 - Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln: Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten, Habil. Basel 2012, Zürich/St.Gallen 2013 (*Verfahrensgrundrechte*)
- TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014 (*Verwaltungsrecht*)

VOGEL STEFAN, Die «*clausula rebus sic stantibus*» als Mittel zur Anpassung und Aufhebung von verwaltungsrechtlichen Verträgen, ZBl 2008, S. 298 ff. (*Clausula*)

VUR/KELLER HELLEN (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 1998 ff. (*Kommentar USG*)

WACHTER DANIEL, Verdichtung, Die Notwendigkeit birgt Chancen, Forum Raumentwicklung 2/2013, S. 5 ff. (*Verdichtung*)

WALDMANN BERNHARD

- Die Konzession – Eine Einführung, in: Die Konzession, hrsg. von Isabelle Häner/Bernhard Waldmann, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 2 ff. (*Konzession*)
- Der verwaltungsrechtliche Vertrag – Eine Einführung, in: Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, hrsg. von Isabelle Häner/Bernhard Waldmann, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 1 ff. (*Verwaltungsrechtlicher Vertrag*)

WALDMANN BERNHARD / BELSER EVA MARIA / EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (*Basler Kommentar BV*)

WALDMANN BERNHARD / HÄNNI PETER, Raumplanungsgesetz, Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), Handkommentar, Bern 2006 (*Handkommentar RPG*)

WALDMANN BERNHARD / WEISSENBERGER PHILIPPE (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) unter Einschluss des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (*Praxiskommentar VwVG*)

WALKER SPÄH CARMEN, Behördenbeschwerde – Ein Instrument zu Gunsten der Umwelt, in: PBG aktuell 3/2006, S. 5 ff. (*Behördenbeschwerde*)

WALSER MANUEL, Schiedsfähigkeit im liechtensteinischen Recht, Zürich 2018 (*Schiedsfähigkeit*)

WEHRLI-SCHINDLER BRIGIT, Urbane Qualität für Stadt und Umland. Ein Wegweiser zur Stärkung nachhaltigen Raumentwicklung, Synthese des Nationalen Forschungsprogramms «Neue urbane Qualität» (NFP 65), Zürich 2015 (*Urbane Qualität*)

WIDMER LÜCHINGER CORINNE / OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (*Basler Kommentar ORI*)

- WIEDERKEHR RENÉ / RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band I, Bern 2012 (*Praxis Bd. I*)
- WIRTHLIN MARTIN, Das Legalitätsprinzip im Bereich des Planungs- und Baurechts, Ausgewählte Aspekte unter besonderer Berücksichtigung des Luzerner Rechts, AJP 2001, S. 513 ff. (*Legalitätsprinzip*)
- ZAUGG ALDO / LUDWIG PETER, Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Kommentar, Band II (Art. 53-153): Planung, Bauen ausserhalb der Bauzone, Erschliessung, Baulandumlegung, formelle und materielle Enteignung, Finanzierung, 4. Aufl., Bern 2017 (*Kommentar BauG/BE Bd. II*)

Materialienverzeichnis

1. Bund

Botschaft zur zweiten Etappe der Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vom 31. Oktober 2018, BBl 2018 7433 ff. (Botschaft RPG II)

Botschaft zu einer Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vom 20. Januar 2010, BBl 2010 1049 ff. (Botschaft RPG I)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007 5283 ff. (Botschaft ZGB 2007)

Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465 ff. (Botschaft BGBM 2004)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (*Botschaft BV*)

Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) vom 27. Februar 1978, BBl 1978 I 1006 ff. (Botschaft RPG 1978)

EJPD/BRP, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 1981 (*Erläuterungen RPG*)

2. Kantone

Bericht und Antrag des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen vom 5. September 2017 an den Kantonsrat betreffend Erlass eines Mehrwertausgleichsgesetzes (MAG), Vorlage (Bericht MAG/SH)

Botschaft und Entwurf des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 12. September 2017 betreffend das Gesetz über den Ausgleich raumplanungsbedingter Vor- und Nachteile (Planungsausgleichsgesetz, PAG), RRB Nr. 2017/1553 (Botschaft PAG/SO)

Vortrag des Regierungsrates (des Kantons Bern) an den Grossen Rat vom 18. Juni 2014 zur Änderung des Baugesetzes und des Dekrets über das Baubewilligungsverfahren, RRB Nr. 821/2014 (Vortrag BauG/BE)

3. Gemeinden

AFS STADT WINTERTHUR, Öffentlicher Gestaltungsplan Sulzerareal Werk 1, Erläuterungen gemäss Art. 47 RPV und § 7 PBG, Winterthur 2014 (www.stadt.winterthur.ch > Themen > Planen und Bauen > Richt- und Nutzungsplanung > Abgeschlossene Verfahren > Öffentlicher Gestaltungsplan «Sulzerareal Werk 1», Erläuternder Bericht nach Art. 47 RPV) (*Erläuternder Bericht «Werk 1»*)

STADT WINTERTHUR, Gestaltungsplan Werk 1, Zeitung zur Volksabstimmung vom 8. März 2015, Winterthur 2015 (www.stadt.winterthur.ch > Organisation > Wahlen & Abstimmungen > Archiv > Abstimmungszeitungen 2003-2015 > Vorlagen 2011-2014) (*Abstimmungszeitung «Werk 1»*)

Weisung des Stadtrats von Zürich an den Gemeinderat vom 20. April 2011, Privater Gestaltungsplan «Hauptsitz Swiss Re», Zürich Enge und Vereinbarung zwischen Swiss Re und Stadt Zürich über die Verlagerung öffentlicher Parkplätze, STRB Nr. 461/2011 (*Weisung «Hauptsitz Swiss Re»*)

Verzeichnis der amtlichen Publikationen

1. Bund

ARE (Hsrg.), Schweizweite Abschätzung der inneren Nutzungsreserven. Studie des IRL im Auftrag des ARE, Bern/Zürich 2012 (*Nutzungsreserven*)

BFS, Arealstatistik Schweiz, Erhebung der Bodennutzung und der Bodenbedeckung, Ausgabe 2019/20, Neuenburg 2019 (*Arealstatistik 2019/20*)

BFS, Arealstatistik Schweiz, Erhebung der Bodennutzung und der Bodenbedeckung, Ausgabe 2015/16, Neuenburg 2015 (*Arealstatistik 2015/16*)

BFS, Szenarien zur Bevölkerungsentwicklung der Schweiz 2015-2045, Neuenburg 2015 (www.bfs.admin.ch > Statistiken finden > Bevölkerung > Zukünftige Entwicklung) (*Bevölkerungsentwicklung*)

BUNDESRAT, Bericht über die Grundzüge der Raumordnung Schweiz vom 22. Mai 1996, BBl 1996 III 556 ff. (*Bericht Raumordnung 1996*)

2. Kantone

AGR/BE, Erläuterungen zum Muster-Reglement über die Mehrwertabgabe (MWAR), Bern 2016 (www.jgk.be.ch > Raumplanung > Arbeitshilfen (AHOP) > Mehrwertabgabe) (*Erläuterungen MWAR*)

AGR/BE, Planungswegweiser: Wegweiser für Gemeinden, Behörden und Kommissionen, Bern 2002 (www.jgk.be.ch > Raumplanung > Arbeitshilfen [AHOP]) (*Planungswegweiser*)

ARE/ZH, Förderung der Siedlungsqualität, Zürich 2012 (www.are.zh.ch > Raumplanung > Formulare & Merkblätter) (*Siedlungsqualität*)

ARP/BL, Planungshilfe Quartierplanung, Liestal 2016, (www.arp.bl.ch > Publikationen) (*Planungshilfe*)

BAUDEPARTEMENT/SG, Handbuch zum neuen Planungs- und Baugesetz (PBG), Stand 17. Januar 2020; St. Gallen 2020 (mit angepasster Kommentierung zu Art. 20, 79, 101 und 174 PBG) (www.sg.ch > Recht > Planungs-, Bau- und Umweltrecht > Planungs- und Baugesetz > Handbuch PBG der Rechtsabteilung) (*Handbuch PBG*)

RAWI/LU, Arbeitshilfe Ortsplanungen mit Bebauungskonzepten, Luzern 2011 (www.rawi.lu.ch > Downloads > Raumentwicklung) (*Bebauungskonzepte*)

3. Gemeinden

AFS STADT ZÜRICH, Kooperative Planung (Ergänzung zum Faltblatt Planungsinstrumente), Zürich 2014, (www.stadt-zuerich.ch/hbd > Bewilligung & Beratung > Beratungsangebot > Arealentwicklung & Planung > Mehr zum Thema)

AFS STADT ZÜRICH, Faltblatt Planungsinstrumente: Planen für Stadt und Region, Zürich 2012 (www.stadt-zuerich.ch/hbd > Bewilligung & Beratung > Beratungsangebot > Arealentwicklung & Planung > Mehr zum Thema) (*Planungsinstrumente*)

AFS STADT ZÜRICH, Entwicklungskonzept Zürich: Kooperative Entwicklungsplanung, Zürich 2000 (www.stadt-zuerich.ch/hbd > Städtebau > Raum- & Arealentwicklung > Gebiets- und Arealentwicklung > Zürich-West > Entwicklungskonzept) (*Entwicklungskonzept Zürich-West*)

AFS STADT ZÜRICH, Kooperative Entwicklungsplanung Zürich-West, Synthesebericht der Stadt Zürich und der mitwirkenden Grundeigentümer, Zürich 1999 (www.stadt-zuerich.ch/hbd > Städtebau > Raum- & Arealentwicklung > Gebiets- und Arealentwicklung > Zürich-West > Veranstaltungen & Publikationen) (*Synthesebericht Zürich-West*)

Einleitung

I. Gegenstand der Arbeit

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit kooperativen Planungen, also jener Form der Raumplanung, bei der die Erarbeitung planerischer Lösungen im Zusammenwirken von staatlichen Planungsträgern und privaten Akteuren erfolgt. Kooperative Planungen sind in der Praxis fest etabliert und haben spätestens seit dem Inkrafttreten der ersten Etappe der RPG-Revision im Mai 2014 zusehends an Bedeutung gewonnen. Seither sind Kantone und Gemeinden auf eine aktive Rolle bei der Mobilisierung von Bauland und der Nachverdichtung von Siedlungsgebieten verpflichtet, und es steigt der Bedarf, die Steuerungsleistung der Raumplanung zu erhöhen. Kooperative Planungen bilden einen potenten Ansatz, um die Diskrepanz zwischen staatlichem Gestaltungsanspruch und staatlicher Gestaltungsbefugnis zu überwinden. Sie gelten als wichtiger Motor für eine qualitätsvolle Siedlungsentwicklung trotz steigender baulicher Dichte. Kooperative Planungen sorgen aber auch für Unbehagen. Kritische Stimmen tragen vor, ihnen hafte der fahle Beigeschmack der Käuflichkeit öffentlichrechtlicher Entscheide an.¹ Zudem würden sie die Gefahr der Übervorteilung privater Akteure durch den Staat bergen.² Fest steht, dass kooperative Planungen erst in jüngerer Zeit in den Fokus rechtsdogmatischer Analysen gerückt sind und dass nach wie vor erhebliche Unsicherheiten hinsichtlich der Zulässigkeit und Grenzen kooperativer Inhalte und Verfahren bestehen. Die vorliegende Arbeit will einen Beitrag dazu leisten, diese Unsicherheiten abzubauen, und Wege aufzeigen, wie kooperative Planungen nach rechtsstaatlichen Massstäben ausgestaltet und dadurch letztlich gestärkt werden können.

II. Forschungsfragen

Folgende Fragen stehen im Zentrum der Arbeit: Wie lässt sich die Steuerungsleistung der Raumplanung durch kooperative Verfahren verbessern? Welche

¹ VGer/BE, Urteil der I. Kammer vom 19.12.1983, E. 3a (BVR 1985 315 ff.).

² I.d.S. auch HÄNER, Einwilligung, S. 66 ff.; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 3 Rz. 37; MÜLLER G., Zulässigkeit, S. 35 f.; MÜLLER T. P., Systemtheoretische Analyse, S. 216 f.; POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 122; für einen Bericht aus der Praxis siehe EYMANN, Planungsmehrwertausgleich Bern, S. 11.

Rahmenbedingungen sind nötig, damit sich die beteiligten privaten und staatlichen Akteure trotz der Angebotsmacht des Staates als Freie und Gleiche gegenüber treten und Verhandlungen auf Augenhöhe führen können? In welchem Verhältnis stehen städtebauliche Verträge zu Raumplänen? Und inwiefern sind planerische Entscheide und vertragliche Absprachen materiell und prozessual aufeinander abzustimmen? Welche Gefahren birgt die kooperative Methode für die einer umfassenden Interessenabwägung verpflichtete Raumplanung? Und wie lässt sich diesen Gefahren wirksam begegnen?

III. Methode

- 3 Ziel der Arbeit ist es, die genannten Fragen zu beantworten. Hierzu gilt es, den Stand von Rechtsprechung und Lehre in den Bereichen verwaltungsrechtliche Handlungsformenlehre, Raumplanungsrecht und öffentliches Verfahrensrecht zusammenzuführen und die Doktrin auf kooperative Planungen hin zu konkretisieren und weiterzuentwickeln. Richtschnur der Analyse bilden die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns, allem voran das Legalitätsprinzip, sowie die allgemeinen Verfahrensgrundrechte. Im Zentrum der Arbeit wird die Erkenntnis stehen, dass kooperative Planungen von einem Verhältnis spezifisch gearterter Subordination der privaten Kooperationsparteien gegenüber dem kooperativ handelnden Staat geprägt sind und deshalb materiell- und verfahrensrechtlicher Rahmenbedingungen bedürfen, die den Aushandlungsprozess zwischen Staat und Privaten strukturieren und die Willensfreiheit der Privaten sichern.

IV. Aufbau der Arbeit

- 4 Die Arbeit besteht aus drei Teilen: einem Grundlagenteil, einem Teil, der die Handlungsformen kooperativer Planungen zum Gegenstand hat, sowie einem Verfahrensteil.
- 5 Der erste Teil der Arbeit führt in die Thematik ein. Nach einer ersten begrifflichen Auslegeordnung und einem kurzen historischen Abriss gilt es, kooperative Planungen zunächst im Instrumentenkasten der Raumplanung zu verorten und die Methode der Kooperation einerseits als Form der Kommunikation vorzustellen und andererseits als Ausprägung staatlichen Handelns zu beschreiben. Im Sinne einer begrifflichen Klärung sind kooperative Planungen sodann von anderen Formen der Mitwirkung am Planerlassverfahren zu unterscheiden, namentlich der Mitwirkung der Bevölkerung gemäss Art. 4 Abs. 2 RPG, von partizipativen Ansätzen sowie vom Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Nach dieser rechtsdogmatischen

Verortung geht der Blick in die Praxis. Kooperative Planungen werden als potenziell wirksames Instrument zur Steuerung städtebaulicher Entwicklungen vorgestellt, und es wird erläutert, welche Erwartungen Staat und Private an kooperative Planungen knüpfen, wie kooperative Planungen typischerweise ablaufen und welche Chancen und Risiken sie bieten.

Im zweiten Teil stehen die Handlungsformen kooperativer Planungen im Zentrum. Neben Sondernutzungsplänen und informellen Absprachen, die als Zwischenspeicher von Verhandlungsergebnissen dienen, wird dabei vor allem die Zulässigkeit städtebaulicher Verträge zu diskutieren sein. Folgende Fragen leiten diesen Teil der Arbeit an: Welche Aspekte einer kooperativen Planung sind in welcher Form zu regeln? Und in welchem Verhältnis stehen diese zueinander? Wie gross ist der Verhandlungsspielraum der Parteien? Und welche Rahmenbedingungen sind für diesen massgebend? Welche Bedeutung hat die Einwilligung der privaten Akteure in Bezug auf die inhaltliche Konkretisierung kooperativer Projekte? Und inwiefern bedürfen informelle und formelle Absprachen einer gesetzlichen Grundlage? Im Ergebnis wird festzuhalten sein, dass im Bereich der Raumplanung eine strukturell bedingte Machtasymmetrie zulasten der Privaten besteht. In Verhandlungssituationen begegnen sich Staat und Private deshalb vermutlich nur dann als Freie und Gleiche und kann die Einwilligung der Privaten nur dann vermutlich als freiwillig erteilt gelten, wenn die Grundzüge der Leistungspflichten, die der Staat an die Festsetzung kooperativ erarbeiteter Pläne knüpft, gesetzlich geregelt sind.

Der dritte Teil der Arbeit ist dem Verfahren gewidmet. Ausgehend von einer Übersicht der beteiligten Akteure und ihren jeweiligen Rollen im Prozess der Planerarbeitung, gilt es zunächst, die Auswirkungen zu beleuchten, die der Einbezug Einzelner auf das dezidiert auf umfassenden Interessenausgleich angelegte Planerlassverfahren hat. Es wird zu zeigen sein, dass die kooperative Methode nicht nur mit einer latenten Gefahr für die Verwirklichung öffentlicher Interessen einhergeht, sondern für Dritte einen Einbruch in das Gebot verfahrensrechtlicher Chancengleichheit bedeutet, was geeignete Schutzvorkehrungen und kompensatorische Massnahmen erforderlich macht. Es wird ferner zu zeigen sein, dass auch die privaten Kooperationsparteien verfahrensrechtlichen Schutz benötigen. Fragen zum verfahrensrechtlichen Schutz Dritter und der privaten Kooperationsparteien stellen sich auch für das Vertragsabschlussverfahren. Auch diese gilt es zu beantworten. Zudem ist darzulegen, inwiefern das Planerlass- und das Vertragsabschlussverfahren miteinander zu koordinieren sind. Der Verfahrensteil schliesst mit einer Übersicht allfälliger Fehlerfolgen und Empfehlungen zum Rechtsschutz ab.

Teil 1: Grundlagen

Kapitel 1: Begriff, Entwicklung, rechtsdogmatische Einordnung

I. Begriff

Mit dem Begriff der «kooperativen Planung» werden Planungsverfahren be- 8
schrieben, in denen die staatlichen Planungsträger gemeinsam mit privaten
Akteuren Lösungen für raumbezogene Aufgaben erarbeiten. Das in der Pra-
xis entwickelte Konzept unterscheidet sich von den traditionellen einseitig-
hoheitlichen Planungen durch den intensiven Einbezug Privater in den Pla-
nungsprozess.³ Die Zusammenarbeit zwischen Behörden und Privaten ist
partnerschaftlich angelegt und beruht auf Freiwilligkeit.⁴ Kooperative Pla-
nungen sind geprägt durch das wechselseitige Versprechen von Leistungen,
die den beteiligten Akteuren ausserhalb des kooperativen Kontexts nicht
zugänglich wären.⁵ Kooperative Ansätze finden in jüngerer Zeit in der Raum-
planung vermehrt Beachtung. Treiber dieser Entwicklung dürfte die zuneh-
mende Komplexität der städtebaulichen Planung sein, die oft nicht mehr auf
der «grünen Wiese» stattfindet, sondern bestehende Siedlungsstrukturen
betrifft.⁶ Kooperative Planungen gelten in diesem Zusammenhang als Inst-
rument, mit dem räumliche Konflikte reduziert und städtebauliche Potenzi-
ale freigesetzt werden können, die der Staat nicht einseitig aktivieren kann.⁷
Zudem erlaubt die Einbindung Privater in den Planungsprozess den Behör-
den, städtebauliche Entwicklungen gezielter zu lenken als mit traditionellen
einseitig-hoheitlichen Planungen.⁸ Die Ergebnisse kooperativer Planungen

3 MUGGLI, Kooperative Planung, S. 25; RUCH, Kooperation und Konsens, S. 427; AEMI-
SEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 56;
vgl. ADANK, Contrat de planification, Rz. 8.

4 Vgl. MUGGLI, Kooperative Planung, S. 25.

5 MUGGLI, Kooperative Planung, S. 24, 29; AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar
Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 55.

6 Botschaft RPG I, S. 1056.

7 BÜHLMANN/STRAUMANN, Verdichten, S. 42.

8 MUGGLI, Kooperative Planung, S. 25 ff.

finden ihren Niederschlag typischerweise in projektbezogenen Sondernutzungsplänen sowie in städtebaulichen Verträgen, welche die Pläne einbetten.⁹

II. Kooperative Planungen im Wandel der Zeit

1. Kurzer historischer Rückblick

- 9 Die Einbindung von Grundeigentümerschaften und Investoren in die Raumplanung ist nicht neu. Die Raumplanung war im Gegenteil stets auf die Zusammenarbeit mit privaten Akteuren angewiesen.¹⁰ Die Planung und Realisierung zentraler Versorgungsinfrastrukturen, wie des Eisenbahn-, des Nationalstrassen- oder des Stromversorgungsnetzes, wäre ohne die Mitwirkung privater Grundeigentümerschaften nur schwer vorstellbar gewesen.¹¹ Ein gut dokumentiertes Beispiel für die bedeutende Rolle Privater in der Raumplanung bildet die Planung und Realisierung des bernischen Quartiers Kirchenfeld durch die Berne Land Company Ltd. im ausgehenden 19. Jahrhundert. Das britische Unternehmen war von der Burgergemeinde¹² beauftragt worden, das brachliegende Kirchenfeld durch einen Brückenbau mit dem Stadtzentrum zu verbinden. Dazu trat die Gemeinde das Kirchenfeldareal an die Berne Land Company Ltd. ab und verpflichtete das Unternehmen, neben dem Bau der Kirchenfeldbrücke ein grosszügiges Villenviertel im Kirchenfeld anzulegen. Die Planung eines ganzen Stadtteils lag somit in der Hand eines privaten Investors. Sie gründete auf einem – seinerzeit noch als privatrechtlich qualifizierten – Vertrag.¹³

2. Zur neuen Qualität kooperativer Planungen heutiger Zeit

- 10 Seit dieser Zeit hat sich die Raumplanung durch die Entstehung einer öffentlichrechtlich ausdifferenzierten Raumordnung grundlegend verändert. Diese geht zurück auf Art. 22^{quater} aBV über die Raumplanung, welcher 1969 in die Bundesverfassung aufgenommen wurde¹⁴, und beruht sodann auf dem

9 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 55, 64.

10 BUNZEL/COULMAS/SCHMIDT, Städtebauliche Verträge, S. 21.

11 MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 100; RUCH, Raumordnung, S. 121.

12 Burgergemeinden sind öffentlichrechtliche Personalkörperschaften mit den Gemeindebürgern als deren Mitgliedern. Während in der Gemeinde wohnhafte Personen ohne Gemeindebürgerrecht der Körperschaft nicht angehören, gelten nicht ortsansässige Personen mit Gemeindebürgerrecht als deren Mitglieder (AUER, Staatsrecht der Kantone, Rz. 352 ff.).

13 STUBER, Bodenpolitik der Burgergemeinde, S. 336 ff.

14 BBl 1969 I 568 f.

Raumplanungsgesetz des Bundes von 1979, welches die Kantone mit Art. 2 zur Planung ihrer raumwirksamen Aufgaben mit den Instrumenten der Richt- und der Nutzungsplanung verpflichtet. Trotz ihrer rechtlichen Formalisierung ist die Raumplanung aber auch weiterhin durch informelle Kontakte zwischen Planungsträger und relevanten privaten Akteuren geprägt.¹⁵ Seit Mitte der 1990er-Jahre, die vom Niedergang der Industrie und von teils einschneidenden Veränderungen städtischer Strukturen geprägt waren, veränderte sich die Qualität dieser Kooperationen aber: Private wurden zunehmend systematisch in die Raumplanungen einbezogen, und Planungsprozesse wurden organisatorisch vermehrt auf Kooperationen hin angelegt.¹⁶ Mit dem Instrument der städtebaulichen Verträge erweiterte sich zudem das Handlungsformenspektrum der Planungsträger. Nachfolgend werden vier Pionierprojekte vorgestellt. Die Beispiele demonstrieren in eindrücklicher Weise die impulsgebende Kraft, die kooperative Planungen bei der Bewältigung komplexer städtebaulicher Aufgaben in unterschiedlichen planerischen Zusammenhängen entfalten können.

3. Pionierprojekte

3.1 Städtebauliche Entwicklung der Industriebranche Zürich-West

Die Stadt Zürich setzte erstmals Mitte der 1990er-Jahre bei der Entwicklung des sog. Hürlimann-Areals, einer Industriebranche auf dem Gelände der ehemaligen Bierbrauerei Hürlimann, auf eine kooperative Planung. Weithin Beachtung fand aber vor allem das zweite kooperativ angelegte Grossprojekt der Stadt, die Planung des einstigen Industriequartiers Zürich-West mit dem Escher-Wyss-Areal, auf dem seit 1889 zunächst vor allem Dampfschiffe und Turbinen und später Maschinen gebaut wurden, als Quartierkern. Für das 60'000 Quadratmeter grosse, stark parzellerte und für den Publikumsverkehr schlecht erschlossene Gebiet fehlten wirtschaftlich tragfähige Entwicklungsperspektiven. Die über hundert Grundeigentümerschaften führten nach diversen Betriebsaufgaben ihre Parzellen zwar unterschiedlichen Zwischennutzungen zu. Eine gemeinsame Initiative für die planerische Neuausrichtung der Branchen fehlte aber. Als das Areal in einen «Dornröschenschlaf»

15 MUGGLI, *Kooperative Planung*, S. 25.

16 Gespräche mit Frank Argast, Leiter Fachbereich Planung, AfS, Stadt Zürich, und Karsten Schwarz, Stv. Leiter Rechtsdienst, HBD, Stadt Zürich, vom 4.11.2014; mit Nicolas Perrez, Projektleiter Raum und Verkehr, AfS, Stadt Winterthur, und Fritz Zollinger, Projektleiter, Fachstelle Stadtentwicklung, Stadt Winterthur, vom 15.2.2016; mit Ruedi Frischknecht, Projektleiter mit besonderen Aufgaben, Stadtentwicklung, Stadt Luzern, vom 15.2.2016; mit RA Pascal Giller, Mitarbeiter Rechtsdienst, Generalsekretariat, Kanton Basel-Stadt, vom 18.4.2016; sowie mit Christoph Rossetti, Stv. Leiter Stadt- und Nutzungsplanung, Stadt Bern, vom 21.6.2016.

zu fallen drohte, ergriff die Stadt die Initiative. Mit dem sog. Stadtforum betrieb der damalige Stadtpräsident Josef Estermann eine Diskussionsplattform ein, in deren Rahmen Vertreterinnen und Vertreter aus Wirtschaft, Gewerbe, Politik, Verwaltung und der Bevölkerung in zehn moderierten Sitzungen Entwicklungsoptionen ausarbeiteten.¹⁷ Rasch kristallisierte sich die Idee heraus, Zürich-West als lebendiges Stadtquartier zu etablieren. Der Standort, welcher mit dem Technopark als Zentrum für innovative Startups, diversen Dienstleistungsbetrieben und angestammten Industrieunternehmen für technologische Spitzenprodukte bereits gewerbliche Nutzungen beheimatete, sollte als Gewerbestandort weiterentwickelt werden. Daneben sollte Wohnraum geschaffen und das Areal als Zentrum der Design- und Kulturszene der Stadt etabliert werden.¹⁸

- 12 Die aus dem Stadtforum gewonnenen Ergebnisse bildeten die Grundlage für einen dreistufigen Planungsprozess: In einer ersten Phase wurden in einem Wettbewerbsverfahren Testplanungen durchgeführt, aus denen drei verschiedene städtebauliche Szenarien hervorgingen. In Phase 2 folgte die Verfeinerung der Szenarien zu einem Entwicklungskonzept, welches in Phase 3 der Planungen durch verschiedene Sondernutzungspläne umgesetzt wurde.¹⁹ Auf dieses Vorgehen hatte sich die Stadt mit den betroffenen Grundeigentümerschaften zuvor verständigt und es zusammen mit weiteren organisatorischen Abreden wie beispielsweise der Teilung der Planungskosten in einer gemeinsamen Absichtserklärung festgehalten.²⁰ In einer späteren Phase der Planungen verständigten sich die Parteien zudem darauf, dass sich die Grundeigentümerschaften als Gegenleistung für die Auf- oder Umzonung ihrer Grundstücke an diversen Massnahmen zur baulichen Aufwertung des Areals wie der Freiflächengestaltung finanziell beteiligen sollten. Die Abreden wurden in sog. Infrastrukturverträgen festgehalten.²¹ Mittlerweile ist auf dem Areal ein gut an die angrenzenden Quartiere angebundener Stadtteil entstanden, der vor allem gewerblich und kulturell genutzt wird und mit der Zürcher Hochschule der Künste die grösste Kunsthochschule der Schweiz beherbergt.

17 ARRAS/KELLER, Stadtforum, S. 7 ff.; AFS STADT ZÜRICH, Synthesebericht Zürich-West, S. 1 ff.

18 AFS STADT ZÜRICH, Entwicklungskonzept Zürich-West.

19 AFS STADT ZÜRICH, Synthesebericht Zürich-West, S. 4 f., 6 ff.; ferner AFS STADT ZÜRICH, Entwicklungskonzept Zürich-West.

20 AFS STADT ZÜRICH, Synthesebericht Zürich-West, S. 4, 9 ff.

21 EISINGER/REUTHER, Konzeptioneller Städtebau, S. 144 ff.; Gespräch Argast/Schwarz, Fn. 16. Zum Begriff des Infrastrukturvertrags siehe Rz. 274.

3.2 Ersatzneubau «Hauptsitz Swiss Re» in Zürich

Das gestalterische Potenzial kooperativer Ansätze in der Raumplanung zeigte sich auch bei der Planung des Ersatzneubaus der Swiss Re am Zürcher Seebecken. Die Realisierung des Baus war möglich geworden, weil die Stadt zu einem spezifisch auf das Projekt zugeschnittenen Gestaltungsplan Hand bot. Im Gegenzug verpflichtete sich die Swiss Re vertraglich, in einer ihrer Liegenschaften, dem Mythenschloss, ein öffentliches Parkhaus zu betreiben, was es der Stadt erlaubte, mehr als 100 Parkplätze am Hafen Enge aufzuheben und das Seebecken als Naherholungsraum und Touristenmagnet aufzuwerten. Die Durchsetzung des Vertrags wurde zweifach gesichert: erstens durch den Eintrag einer Personaldienstbarkeit über die Nutzung der Tiefgarage des Mythenschlosses zugunsten der Stadt Zürich im Grundbuch²² sowie zweitens mit Art. 15 Abs. 4 Gestaltungsplan «Hauptsitz Swiss Re»²³, der die Swiss Re dazu verpflichtet, die private Nutzung der bestehenden Parkplätze im Mythenschloss zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Ersatzneubaus aufzugeben.

3.3 Quartierentwicklung «Erlenmatt» in Basel

Mit dem Erlenmatt-Quartier entsteht seit 2007 auf dem Areal eines ehemaligen Güterbahnhofs im Norden der Stadt das bis anhin grösste Siedlungsprojekt Basels. Die Quartierentwicklung Erlenmatt basierte wie schon die Quartierentwicklung Zürich-West auf städtebaulichen Wettbewerben, mit denen planerische Perspektiven für das Areal entwickelt wurden. Diese bildeten den Ausgangspunkt für die Erarbeitung eines Bebauungsplans als rechtliche Grundlage für die Realisierung des Quartiers. Nachdem die Basler Stimmbürger dem Plan 2005 zugestimmt hatte, konnten 2007 die Arbeiten auf den ersten Baufeldern beginnen. Seither werden etappenweise Hochhäuser errichtet, deren Gestaltung zuvor im Rahmen von Studienaufträgen oder Architekturwettbewerben bestimmt worden war. Bis 2016 entstanden rund 700 Wohnungen für verschiedene Nutzungsgruppen, ferner Büro- und Gewerbeflächen, ein Primarschulhaus, ein Kindergarten, Einkaufsmöglichkeiten sowie gastronomische Angebote.²⁴ Die Überbauung ist um eine Parkanlage gruppiert, die rund ein Drittel des gesamten Areals beansprucht. Die grosszügige Freiflächengestaltung soll den städtebaulichen Kontrapunkt zu der ansonsten dichten Bauweise bilden und zu einer hohen städtebaulichen

22 Weisung «Hauptsitz Swiss Re», S. 5 ff.

23 AS 701.151.

24 PLANUNGSAMT KANTON BS, Erlenmatt (www.planungsamt.bs.ch > Arealentwicklung > Erlenmatt).

Qualität des Areals beitragen. Durch die Öffnung des zuvor eingezäunten Bahnareals profitieren auch die angrenzenden Stadtteile. Die ansässige Bevölkerung erhält direkten Zugang zu dem an das Erlenmatt-Quartier unmittelbar angrenzenden Naherholungsgebiet «Landschaftspark Wiese».²⁵

- 15 Das Erlenmatt-Quartier gilt als Pionierprojekt für nachhaltige städtebauliche Verdichtung.²⁶ Die Planung erfolgte in intensiver Zusammenarbeit mit der Deutschen Bahn AG als Grundeigentümerin und Investorin. Erstmals setzte der Kanton bei der Planung auch auf städtebauliche Verträge, denen gemäss der zuständigen Behörde eine wichtige vertrauensbildende, den Planungsprozess stabilisierende Funktion zukam.²⁷ Grundlage dafür, die Planung des Quartiers ernsthaft in Betracht zu ziehen, bildete die in einem städtebaulichen Rahmenvertrag abgegebene Zusicherung der Grundeigentümerin, dass das Areal für eine Umnutzung zur Verfügung stehe. Weitere vertragliche Abreden betrafen die finanzielle Beteiligung der Parteien an den Kosten der Wettbewerbsverfahren. Sodann wurden Regeln über die Zusammenarbeit während der Planung sowie Konfliktlösungsstrategien vereinbart.²⁸

3.4 Umnutzung des Sulzerareals in Winterthur: Lokstadt

- 16 Der Schweizer Industriekonzern Sulzer prägte über viele Jahrzehnte hinweg das Stadtbild von Winterthur. Anfang der 1980er-Jahre rutschte der Konzern in eine tiefgreifende wirtschaftliche Krise. Erstmals in seiner Unternehmensgeschichte schrieb Sulzer rote Zahlen, was das Management zu umfassenden Restrukturierungsmaßnahmen veranlasste, darunter auch die Einstellung des Standorts Winterthur 1987. Auf dem Sulzerareal im Herzen der Stadt entstand daraufhin eine der ersten Industriebrachen der Schweiz; und es stellte sich die Frage, wie die 150'000 Quadratmeter grosse Fläche künftig genutzt werden sollte. Das erste, durch Sulzer 1989 selbst erarbeitete Entwicklungskonzept, die Projektstudie «Winti Nova», fand keine politische Unterstützung. Auch ein zweites, gemeinsam mit der Stadt auf der Grundlage von Testplanungen erarbeitetes Projekt scheiterte. Zwar hatten die Akteure mit «Megalou» 1995 ein vielbeachtetes Projekt vorgelegt; die Konjunktur hatte sich aber zwischenzeitlich derart abgekühlt, dass das Vorhaben keine Investoren fand und 2001 schliesslich aufgegeben wurde. Erst Ende der Nullerjahre, als sich eine wirtschaftliche Trendwende abzeichnete und auch die

25 WEHRLI-SCHINDLER, Urbane Qualität, S. 56f.

26 PLANUNGSAMT KANTON BS, Erlenmatt, Fn. 24; WEHRLI-SCHINDLER, Urbane Qualität, S. 56f.; NZZ, Nicht ganz dicht, Zwei Basler Siedlungsprojekte offenbaren Charakteristiken des heutigen Schweizer Städtebaus, 8.9.2016, S. 15.

27 Gespräch Giller, Fn. 16.

28 Gespräch Giller, Fn. 16.

Stadtbevölkerung wieder anfang zu wachsen, war der Boden für einen städtebaulichen Neuanfang bereitet.

2009 legten die Stadt Winterthur und Sulzer neue Testplanungen vor,¹⁷ auf deren Grundlage zunächst ein Leitbild, später ein Planentwurf und schliesslich der verbindliche Gestaltungsplan für das Teilareal Werk 1, die heutige Lokstadt, entstand. Am 8. März 2015 nahm die Winterthurer Stimmbevölkerung den Plan mit grosser Mehrheit an. Sie ebnete damit den Weg zur Realisierung eines neuen Stadtquartiers auf einer Fläche von 21'000 Quadratmeter. Das Areal soll Raum für 1'500 Wohnungen, 6'500 Arbeitsplätze sowie vielfältige Freizeitangebote bieten und wird das Hauptgebäude der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften beherbergen.²⁹ Das Freiraumkonzept basiert auf zwei von der Stadt und vom Bauträger organisierten öffentlichen Veranstaltungen, anlässlich deren die Bedürfnisse der Quartierbevölkerung und späterer Nutzergruppen Anfang 2016 ermittelt wurden.³⁰

Für die Arealentwicklung wegbereitend war der «öffentlich-rechtliche Vertrag über die bauliche Weiterentwicklung des Sulzerareals Stadtmitte, Winterthur», vom 16. September 2003. Der zwischen der Stadt Winterthur, dem Kanton Zürich, Heimatschutzverbänden und dem Sulzer-Konzern abgeschlossene Vertrag regelt den Schutzzumfang aller auf dem Areal befindlichen Gebäude, was zu Beginn des Planungsprozesses für ein hohes Mass an Rechtssicherheit sorgte.³¹ In separaten Verträgen hielten die Stadt und Sulzer zudem die Einführung eines Fahrtenmodells³² sowie den Ausgleich des durch die Aufzonung des Areals von einer Industrie- in eine Zentrumszone geschaffenen Grundstücksmehrwerts in Höhe von 6 Mio. Franken fest.³³

4. Entwicklungsstand und Perspektiven

Kooperative Planungen sind heute in der Schweiz breit etabliert. Nach einer Pionierphase in den Neunziger- und Nullerjahren, in denen kooperative Planungen mehrheitlich für die Entwicklung brachliegender Bahn-, Industrie- und Gewerbeareale mit überschaubaren Grundeigentümerstrukturen eingesetzt wurden, gelten kooperative Planungen heute als vielversprechende

29 STADT WINTERTHUR, Abstimmungszeitung «Werk 1», S. 7.

30 STADT WINTERTHUR, Vertrag zum städtischen Freiraum Werk 1 unterzeichnet, Medienmitteilung vom 12. Januar 2017 (www.stadt.winterthur.ch > Medienmitteilungen).

31 AFS STADT WINTERTHUR, Erläuternder Bericht «Werk 1», S. 7 ff.

32 Fahrtenmodelle steuern das Verkehrsaufkommen für ein bestimmtes Areal, indem sie die maximal zulässige Anzahl an Autofahrten, d. h. Zu- und Wegfahrten, festlegen. Vgl. AFS STADT WINTERTHUR, Erläuternder Bericht «Werk 1», S. 28 f. m.w.H.

33 AFS STADT WINTERTHUR, Erläuternder Bericht «Werk 1», S. 22; STADT WINTERTHUR, Abstimmungszeitung «Werk 1», S. 2 und 5; Gespräch Perrez/Zollinger, Fn. 16.

Methode zur Begleitung städtebaulicher Verdichtungsprozesse, d.h. zur Planung bereits überbauter, oft stark parzellierter Gebiete mit komplexen Eigentümerstrukturen und vielfältigen Anspruchsgruppen.³⁴ In struktureller Hinsicht lässt sich jedenfalls in den Grossstädten der Schweiz aktuell eine Phase der Konsolidierung feststellen, in der die bisher gesammelten Erfahrungen ausgewertet, reflektiert und Verfahren nach Möglichkeit standardisiert werden.³⁵ In kleineren Städten und ländlichen Gemeinden, in denen kleine Verwaltungseinheiten mit wenigen Fachexpertinnen und -experten die Raumplanung bewältigen, stehen kooperative Planungen tendenziell noch am Anfang. Häufig gilt das Interesse dort primär den städtebaulichen Verträgen, mit denen vor allem die Erschliessung oder – wie vermehrt in jüngerer Zeit – der Ausgleich planerischer Mehrwerte geregelt werden, ohne dass private Akteure aber systematisch in die Planung einbezogen würden.³⁶

III. Rechtsdogmatische Einordnung

- 20 Die dogmatische Betrachtung kooperativer Planungen ist im Schnittfeld von Raumplanungsrecht, Handlungsformenlehre und öffentlichem Prozessrecht anzulegen: Wie die traditionell einseitig-hoheitlichen Planungen zielen auch kooperative Planungen darauf ab, die Nutzung des Bodens verbindlich zu ordnen. Sie bedienen sich mit den (Sonder-)Nutzungsplänen des Instrumentariums der Raumplanung und sind deshalb dogmatisch im Raumplanungsrecht zu verorten. Im Unterschied zu traditionellen Planungen sind sie durch den intensiven Einbezug ausgewählter privater Akteure und damit durch kooperative Elemente gekennzeichnet, wobei die Zusammenarbeit zwischen Staat und Privaten entweder in informell-kooperative Absprachen als Grundlage für planerische Festlegungen oder in Verträge als formell-kooperative Absprachen mündet. Die Regelung eines planerischen Sachverhalts erfolgt im Unterschied zur traditionellen Planung folglich durch verschiedene Handlungsformen des Staates. Deren Inhalte, verfahrensrechtliche Einbettung und Verhältnis zueinander sind zu klären.

34 Siehe FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 5, welche die Sanierung bestehender Siedlungsgebiete bildlich als «Innenentwicklung 2.0» beschreiben; dazu auch BECK/NEBEL, Kommunale Nutzungsplanung, S. 16.

35 Gespräch Giller, Fn. 16.

36 Gespräch mit Dr. Nicole Nussberger, Departementssekretärin und Leiterin Rechtsdienst, Baudepartement, Stadt Zug, und Harald Klein, Leiter Stadtplanung, Stadt Zug, vom 16.2.2016.

Kapitel 2: Verortung kooperativer Planungen im Raumplanungsrecht

I. Begriff der Raumplanung

Kooperative Planungen stellen eine Methode der Raumplanung dar. Raumplanung selbst ist die vorausschauende Lösung räumlicher Konflikte, die aufgrund der Begrenztheit des Raums und der vielschichtigen Anforderungen an diesen entstehen.³⁷ Sie umfasst den gesamten Lebensraum, d.h. alle geografischen und gesellschaftlichen Teilräume.³⁸ Gemäss Art. 75 Abs. 1 BV dient die Raumplanung der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des knappen Guts Boden sowie der geordneten Besiedlung des Landes. Obgleich sowohl die Bundesverfassung als auch das Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) den Begriff der *Raumplanung* verwenden, wäre der Begriff der *Raumordnung* für die Beschreibung des durch sie geregelten Aufgabenbereichs treffender. Während der Begriff der Raumplanung einseitig auf die Gestaltung künftiger räumlicher Strukturen abstellt, bildet der Begriff der Raumordnung auch das Interesse an der Bewahrung bestehender schützenswerter Objekte oder anderer räumlicher Elemente ab.³⁹ Der Begriff der Raumplanung erscheint auch in Bezug auf das Instrumentarium für die Realisierung einer angestrebten räumlichen Struktur zu eng. Zwar sind Raumpläne zweifelsohne das zentrale Steuerungselement für die Wahrung und Gestaltung räumlicher Strukturen. Die zeitgemässe Raumordnung bleibt bei der Festsetzung von Plänen aber nicht stehen. Sie bedient sich vielmehr ergänzender Instrumente, welche die Steuerungskraft der Planung erhöhen (Rz. 203 ff.).

Raumplanung erfolgt als rollender Prozess, in dem die verschiedenen raumbezogenen Nutzungsinteressen auf eine politisch angestrebte räumliche Ordnung hin koordiniert und durch geeignete Massnahmen sowie allseitig abgestimmtes Handeln gelenkt werden.⁴⁰ Dieser durchläuft dabei typischerweise vier Teilschritte: eine Situationsanalyse, d.h. die Klärung des Ist-Zustands im Ausgangspunkt, sodann die Zieldefinition und damit die Klärung des Soll-Zustands, anschliessend die Auswahl derjenigen Massnahmen, die geeignet erscheinen, um die zuvor definierten Ziele zu erreichen, und schliesslich die Wirksamkeitskontrolle der definierten Handlungsbeiträge bzw. die Überprüfung der Zielerreichung und soweit erforderlich die Definition von

37 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 1.

38 FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, Zürcher Planungs- und Baurecht, S. 112.

39 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 1f.

40 Botschaft RPG 1978, S. 1011; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 2 Rz. 67.

Korrekturmassnahmen.⁴¹ Ergebnis des Planungsprozesses ist der Plan, der die zulässigen Nutzungen raumbezogen und rechtsverbindlich zuweist.⁴²

II. Planungsträger

- 23 Raumplanung ist eine hoheitliche Aufgabe. Sie bleibt privaten Akteuren vor-
enthalten, und zwar aus gutem Grund: Bei der Ordnung von Räumen sind
vielfältige öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen, deren Ab-
wägung in einem transparenten und nachvollziehbaren Verfahren organi-
siert sein muss, wenn das Ergebnis breite Akzeptanz finden soll. Nur eine den
vielgestaltigen raumbezogenen Partialinteressen übergeordnete, dem Ge-
meinwohl verpflichtete Instanz ist dazu in der Lage.⁴³
- 24 Träger der Raumplanung sind gemäss Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BV die Kantone
und nach Massgabe des kantonalen Rechts die Gemeinden und damit die-
jenigen Gemeinwesen, die mit den örtlichen Verhältnissen am besten ver-
traut sind. Dagegen sind die Planungsbefugnisse des Bundes auf Bereiche
beschränkt, in denen die Erfüllung ihm anderweitig übertragener Sachauf-
gaben planerische Massnahmen voraussetzt, insbesondere im Zusammen-
hang mit Infrastrukturanlagen.⁴⁴ Gemäss Art. 75 Abs. 1 Satz 1 BV besteht die
wesentliche Aufgabe des Bundes im Bereich der Raumplanung darin, schweiz-
weit einheitliche Grundsätze und Mindestanforderungen zu formulieren,
innerhalb deren die kantonale und kommunale Raumplanung zu erfolgen
hat.⁴⁵ Mit dem Erlass des Raumplanungsgesetzes (RPG) und der Raumpla-
nungsverordnung (RPV) hat der Bund diese Grundsätze geschaffen.

III. Planungspflicht

- 25 Art. 2 Abs. 1 RPG verpflichtet Bund, Kantone und Gemeinden, die für ihre
raumwirksamen Aufgaben nötigen Planungen zu erarbeiten und aufeinander
abzustimmen. Die Koordination aller raumwirksamen Tätigkeiten wird da-
mit einem strukturierten Verfahren zugeführt.⁴⁶ Als «raumwirksam» gelten
gemäss Art. 1 Abs. 1 RPV alle Tätigkeiten, «welche die Nutzung des Bodens oder

41 Botschaft RPG 1978, S. 1011; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachpla-
nung, Art. 2 Rz. 3.

42 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 36 Rz. 6; GRIFFEL, Raumpla-
nungs- und Baurecht, S. 1.

43 Vgl. MUGGLI, Kooperative Planung, S. 24.

44 GRIFFEL, in: Basler Kommentar BV, Art. 75 Rz. 34.

45 GRIFFEL, in: Basler Kommentar BV, Art. 75 Rz. 25.

46 RUCH, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 75 Rz. 18.

die Besiedlung des Landes verändern oder dazu bestimmt sind, die jeweilige Nutzung des Bodens oder die jeweilige Besiedlung des Landes zu erhalten». Planungen sind «nötig», wenn die betreffenden raumwirksamen Tätigkeiten aufgrund ihrer Ausmasse oder ihrer Auswirkungen auf die bestehende Nutzungsordnung in bloss parzellenbezogenen Bau- oder Ausnahmegewillungsverfahren nicht angemessen erfasst werden können. Planungen haben die in Art. 1 und 3 RPG statuierten raumordnungspolitischen Ziele und Grundsätze zu beachten – allen voran die Pflicht zur haushälterischen Nutzung des Bodens und zur Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet.⁴⁷ Je nach Koordinationsaufgabe hat die Planung entweder in der Form der Richtplanung oder der Nutzungsplanung zu erfolgen. Raumwirksame Tätigkeiten, die der nötigen planerischen Grundlage entbehren, sind bundesrechtswidrig.⁴⁸

IV. Instrumente der Raumplanung

1. Rechtlicher Ordnungsrahmen

Das Raumplanungsrecht wird durch die Erlasse des Bundes und der Kantone konstituiert, die materielle Anforderungen an die Pläne formulieren und Verfahrensvorschriften enthalten. Für die Raumplanung besonders charakteristisch sind aber die Pläne, die mittels kartografischer und textlicher Elemente für ein abgegrenztes Territorium verbindliche raumbezogene Aussagen treffen.⁴⁹ Sie sind eingebettet in die raumplanungsrechtlichen Normen. Zugleich schaffen sie selbst eine verbindliche räumliche Ordnung.⁵⁰ Bis auf den Kanton Genf sind in allen Kantonen neben diesen auch die Gemeinden Trägerinnen der Planung.⁵¹ Letztere bringen ihre ortsspezifischen Kenntnisse insbesondere in die Nutzungsplanung ein.⁵²

2. Planerischer Stufenbau

Das RPG verpflichtet die Kantone zur Richt- und zur Nutzungsplanung. Ihrer Funktion entsprechend enthalten Richt- und Nutzungspläne je stufengerechte Anordnungen⁵³:

47 GRIFFEL, in: Basler Kommentar BV, Art. 75 Rz. 24; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 2 Rz. 58.

48 BGE 137 II 254, E. 3.3.

49 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 39, 45.

50 HÄNNI, Planungsrecht, S. 83f., 84, 93.

51 JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Fn. 52.

52 Vgl. JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 31.

53 TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 2 Rz. 35ff. m.w.H.; siehe zum Verhältnis von Richt- und Nutzungsplänen RUCH, Raumordnung, S. 106f., sowie HALLER/KARLEN, Raumplanungsrecht, Rz. 164f.

- 28 — Die in Art. 6-12 RPG normierten *Richtpläne* zielen als übergeordnete, strategische Planungen auf die «Koordination und Steuerung der gesamt-räumlichen Entwicklung»⁵⁴ ab. Gemäss Art. 9 Abs. 1 RPG sind sie behörden-, nicht aber grundeigentümerverbindlich.
- 29 — *Nutzungspläne* gemäss Art. 14 ff. RPG enthalten die eigentliche Ortsplanung. Gestützt auf die ihnen zugrundeliegende Richtplanung ordnen sie die zulässige Nutzung des Bodens nach Art, Ort und Intensität der Nutzung.⁵⁵ Welche Nutzungen (Wohnen, Gewerbe, Mischnutzung usw.) zulässig sind, definiert das kantonale und – soweit die Gemeinden dazu berechtigt sind – das kommunale Recht unter Beachtung der Vorgaben von Art. 15 ff. RPG. Ergänzt werden diese Bestimmungen um baupolizeiliche Vorschriften (Gebäuelängen und -breiten, Ausnutzungsziffern usw.).⁵⁶ Nutzungsplanerische Festlegungen sind parzellenscharf und für Behörden und Grundeigentümerschaften gemäss Art. 21 Abs. 1 RPG gleichermaßen bindend. Funktionell werden zwei Nutzungsplantypen unterschieden: Rahmennutzungspläne, die durch die Ausscheidung von Nutzungszonen die bauliche und nutzungsbezogene Grundordnung für das gesamte Gebiet einer Gemeinde festlegen, sowie Sondernutzungspläne, die diese Grundbauordnung sach- oder ortsbezogen weiter ausdifferenzieren und ergänzen oder punktuell überlagern und damit abändern.⁵⁷
- 30 Die Umsetzung von Nutzungsplänen erfolgt durch konkrete Bauprojekte. Deren Vereinbarkeit mit den übergeordneten Planungen wird im Baubewilligungsverfahren geprüft und mittels Baubewilligung als individuell-konkreter Verfügung rechtlich sichergestellt.⁵⁸
- 31 Grundsätzlich ist jede Planung kooperativen Ansätzen zugänglich. Die Praxis zeigt aber, dass vor allem projektbezogene Sondernutzungspläne, die für ein oder mehrere Grundstücke eine die Grundbauordnung überlagernde Spezialbauordnung aufstellen, ein Instrument kooperativer Planungen sind.⁵⁹ In den kantonalen Rechtsordnungen werden diese Pläne als

54 Botschaft RPG I, S. 1067.

55 EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 14 Rz. 1; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 44.

56 JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 37.

57 GRIFFEL, in: Basler Kommentar BV, Art. 75 Rz. 31; JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 9, 30.

58 GRIFFEL, in: Basler Kommentar BV, Art. 75 Rz. 32.

59 AEMISEGGER/KISLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 55, 58 m.w.H., Art. 14 Rz. 29; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 67; ferner RUCH, Kooperation und Konsens, S. 440; NÜSSELE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 225f.

Bebauungspläne⁶⁰, als Gestaltungspläne⁶¹ oder als Überbauungsordnungen⁶² bezeichnet. Soweit es erforderlich ist, geht mit dem Erlass kooperativ erarbeiteter Sondernutzungspläne die (teilweise) Änderung der ihnen zugrundeliegenden Rahmennutzungs- und allenfalls der Richtpläne einher (Rz. 80).

V. Prozessorientierung des Raumplanungsrechts

Raumplanung kennt aufgrund der Vielgestaltigkeit von Räumen kaum typisierbare Situationen. Die Lösung planerischer Probleme setzt deshalb genügend grosse Gestaltungsspielräume der Planungsträger voraus. Entsprechend offen sind die Erlasse gefasst, welche die Raumplanung ordnen: Nicht konditionale, inhaltlich bestimmte Normen, die das Verhalten der Rechtsunterworfenen eng steuern wollen, stehen im Vordergrund, sondern finale und vergleichsweise unbestimmte Rechtssätze.⁶³ Zwar definieren Art. 1 und 3 RPG die Ziele und Grundsätze der Raumplanung. Der Bundesgesetzgeber verzichtet aber weitestgehend darauf, den Planungsträgern vorzuschreiben, wie sie diese zu erreichen haben. Adnstelle von materiellen Vorgaben ist das Raumplanungsrecht stark durch prozessorientierte Vorschriften geprägt – namentlich indem die kantonalen und kommunalen Planungsträger auf die Instrumente der Richt- und der Nutzungspläne verpflichtet sind, deren Festsetzung an auf die Eigenheiten von Raumplanungen zugeschnittene verfahrensrechtliche Anforderungen geknüpft ist.⁶⁴ Zu diesen zählt neben der verpflichtenden Mitwirkung der Bevölkerung gemäss Art. 4 RPG vor allem die Pflicht zur umfassenden Interessenabwägung gemäss Art. 3 RPV. Die Vorschriften zielen darauf ab, das mit der offenen Normierung des Raumplanungsrechts einhergehende Berechenbarkeitsdefizit planerischer Erlasse abzufedern (Kapitel 12 II.4). Es wird noch zu zeigen sein, dass diese Sicherungsmechanismen gerade bei kooperativen Planungen von grosser Tragweite sind (Kapitel 12 III.4 und 5).

60 Siehe u.a. §§ 103 ff. BPG/BS, §§ 68 ff. PBG/LU und § 32 PBG/ZG.

61 Siehe §§ 83 ff. PBG/ZH.

62 Siehe §§ 88 ff. BauG/BE.

63 RUCH, Raumordnung, S. 14, 160 f.; NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 68 ff.

64 TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 2 Rz. 7, 17. Aufgrund der fortschreitenden Zersiedlung der Schweizer Landschaft sah sich der Bundesgesetzgeber in jüngerer Vergangenheit allerdings dazu veranlasst, die Kantone stärker als bisher an materielle Vorgaben zu binden. Namentlich wurden im Zuge der RPG-Revision 2012 detaillierte inhaltliche Anforderungen an die Richtplanung verankert. Ausführlich dazu Botschaft RPG I, S. 1067 ff.

Kapitel 3: Das kooperative Element kooperativer Planungen

I. Kooperation, Koordination, Konsens: begriffliche Auslegeordnung

- 33 Der Begriff *Kooperation* bedeutet Zusammenarbeit verschiedener Partner. Kooperation ist darauf angelegt, potenziell miteinander konkurrierende Interessen und Tätigkeiten so miteinander zu vereinigen, dass die Beteiligten ein für sie je vorteilhaftes Ergebnis erzielen und folglich eine Win-win-Situation erzeugen.⁶⁵ Kooperation geht damit über die blosser *Koordination* hinaus, die lediglich Zielkonflikte zwischen konkurrierenden Interessen und Tätigkeiten vermeiden will.⁶⁶
- 34 Kooperation findet im öffentlichrechtlichen Umfeld entweder zwischen verschiedenen Hoheitsträgern oder zwischen diesen und privaten Akteuren statt. Letztere Form der Kooperation ist kennzeichnend für kooperative Planungen. Sie ist durch den intensiven Einbezug staatlicher Handlungsadressaten in den staatlichen Entscheidungsprozess geprägt und hat die «gemeinsame[...] Bewältigung einer gemeinsamen Aufgabe» zum Zweck.⁶⁷ Kooperatives Verwaltungshandeln findet seinen erfolgreichen Abschluss im Konsens der Parteien, d.h., wenn die Zusammenarbeit von Behörden und Privaten in ein gemeinsam getragenes Ergebnis mündet.⁶⁸

II. Kooperation als Kommunikationsprozess

- 35 Kooperation beruht auf einem anspruchsvollen Kommunikationsprozess, der typischerweise drei miteinander verflochtene Elemente aufweist:
- das Element der *gegenseitigen Information*, mit dem die Beteiligten ihr Wissen und ihre Erfahrungen in den Kommunikationsprozess einbringen,
 - das Element der *Anhörung*, mit dem die Beteiligten die Informationen und Reaktionen der übrigen Beteiligten reflektierend zur Kenntnis nehmen, und schliesslich
 - das Element der *Konsultation*, mit dem sich die Beteiligten über ihre Erwartungen verständigen, gemeinsam Lösungen in einem Aushandlungsprozess erarbeiten und Absprachen treffen.⁶⁹

65 Duden, Das Fremdwörterbuch, 11. Aufl., Berlin 2015, S. 594, Stichwort «Kooperation».

66 Duden, (Fn. 65), S. 594, Stichwort «Koordination».

67 ISELIN, Erscheinungsformen, S. 23.

68 PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 17; PFISTERER, Verhandeln und Konsens, S. 107.

69 RUCH, Kooperation und Konsens, S. 428; JAGMETTI, in: Kommentar aBV, Art. 22^{quater} Rz. 139.

Kooperation setzt sowohl spezifische personelle Eigenschaften als auch spezifische gruppenbezogene Rahmenbedingungen voraus, namentlich die aktive Teilhabe aller Beteiligten an der Problemlösung, gegenseitiges Vertrauen, den offenen, d.h. rückhaltlosen und verständlichen Austausch, eine bejahende Einstellung gegenüber dem gewählten kooperativen Lösungsansatz, den Verzicht auf Egoismen zugunsten einer Gesamtlösung, die Lernbereitschaft der Beteiligten, das Bewusstsein gegenseitiger Abhängigkeit, die Verfügbarkeit von Konfliktlösungsmechanismen und nicht zuletzt die klare Zuweisung von Rollen im Problemlösungsprozess.⁷⁰ In der Praxis erweisen sich solche Aushandlungsprozesse nicht selten als hürdenreich. Der Beizug von Konfliktmittlerinnen bzw. Konfliktmittlern, die helfen, relevante Interessen zu identifizieren, Macht- und Informationsasymmetrien auszugleichen oder Tauschoptionen herauszuarbeiten, kann die Parteien bei der Bewältigung ihrer gemeinsamen Aufgabe entlasten und kooperative Lösungen fördern (Rz. 368 ff.).⁷¹

III. Kooperatives Staatshandeln

1. Charakteristika

Im Unterschied zum einseitig-hoheitlichen Staatshandeln, das wie das Verfügungshandeln oder wie einseitig-hoheitliche Planungen durch ein Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen dem Staat als anordnender Instanz und den Adressaten als Rechtsunterworfenen gekennzeichnet ist, erfolgt das kooperative Staatshandeln, das auf die Zustimmung der privaten Handlungsadressaten angewiesen ist, auf Augenhöhe mit diesen. Konsensuale Entscheidungen sind annahmegemäss das Ergebnis eines Aushandlungsprozesses, der durch den «besonderen Geist» der Partnerschaft und des gegenseitigen Vertrauens der Parteien geprägt ist.⁷² Der obrigkeitlich strukturierte Staat tritt für den Moment der Kooperation zurück, ohne hierdurch aber seine verfassungsrechtlich-institutionell übergeordnete Stellung aufzugeben. Staatliches Handeln bleibt deshalb auch bei Kooperationen an die Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns – namentlich an die Grundsätze der Gesetzmässigkeit, des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit, der

70 DELHEES, Soziale Kommunikation, S. 385 ff.; PFISTERER, Praxishilfe, S. 140; RUCH, Kooperation und Konsens, S. 429.

71 PFISTERER, Verhandlung und Konsens, S. 108 f.; SCHNEIDER, Entscheidungsprozesse, S. 97; vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 645.

72 RUCH, Kooperation und Konsens, S. 426. Es wird noch darauf einzugehen sein, dass trotz der rechtlichen Gleichordnung der Parteien faktisch ein Abhängigkeitsverhältnis der Privaten vom Staat bestehen kann (dazu Rz. 126 ff., 168).

Rechtsgleichheit und des Willkürverbots sowie an den Grundsatz von Treu und Glauben – gebunden und, jedenfalls soweit der Staat öffentliche Aufgaben wahrnimmt, auch an die Grundrechte.⁷³

2. Formen

- 38 Nach ihrer Bindungswirkung lassen sich zwei Formen kooperativen Staatshandelns unterscheiden: *verwaltungsrechtliche Verträge* einerseits und *informell-kooperative behördliche Akte* andererseits. Auf beide wird noch ausführlich einzugehen sein (Kapitel 7 II und III). Für eine erste Orientierung sollen sie an dieser Stelle jedoch kurz erläutert werden: Verwaltungsrechtliche Verträge beruhen auf den übereinstimmenden gegenseitigen Willenserklärungen der Vertragsparteien, eine verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsverbindlich zu regeln.⁷⁴ Obwohl der Vertragsabschluss meist weitgehend formfrei erfolgen kann, zählen verwaltungsrechtliche Verträge zu den formellen Handlungsformen des Staates.⁷⁵ Dagegen umfasst das informell-kooperative Staatshandeln all jene kooperativen staatlichen Tätigkeiten, die primär auf einen Taterfolg und nicht auf Rechtsverbindlichkeit gerichtet sind.⁷⁶ Soweit die beteiligten privaten und staatlichen Akteure eines informellen Austauschs Konsens erzielen, dem sie zwar keine rechtliche, aber faktische Bindungswirkung beimessen, liegt eine informelle Absprache vor.⁷⁷
- 39 Verwaltungsrechtliche Verträge und informelle Absprachen sind in erster Linie Instrumente der Rechtsanwendung, dienen, mit je unterschiedlichen Funktionen, also primär der einzelfallweisen Konkretisierung von Verwaltungsrechtsverhältnissen.⁷⁸ Ihre Bedeutung zeigt sich in ihrem Verhältnis

73 RUCH, Kooperation und Konsens, S. 429.

74 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1286; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 4 f.

75 HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 13 f.; NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 169.

76 Nach der wohl herrschenden Lehre sind informell-kooperative behördliche Akte den Realakten zuzuordnen (statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1422). A.A. sind HÖSLI und PFENNINGER, die informell-kooperatives Staatshandeln als stets auf Kommunikation und Konsens angelegtes Handeln definieren und deshalb von den Realakten als Akten, die der Mitwirkung Privater nicht bedürfen, unterscheiden wollen (HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 48 f., sowie PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 15, 192 ff.).

77 HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 24. Seitens des Staates kann eine solche Bindungswirkung aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens gemäss Art. 5 Abs. 3 und 9 BV abgeleitet werden. Private werden sich an rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen immer dann gebunden fühlen, wenn deren Einhaltung als ökonomisch rationale Strategie erkannt wird – etwa weil bei Nichteinhaltung der Vereinbarung eine verbindliche Regulierung droht (vgl. Rz. 90, siehe auch 146 ff.).

78 In engen Grenzen sollen auch normvertretende informelle Absprachen zulässig sein (BGE 136 I 316, E. 2.4.1; dazu auch MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre, Rz. 490 ff.).

zur Verfügung als einseitig-hoheitlicher Form der Rechtsanwendung: Wie Verfügungen zielen verwaltungsrechtliche Verträge zunächst auf Rechtsverbindlichkeit ab. Im Unterschied zu diesen leitet sich ihre Geltung aber nicht aus dem Gewaltmonopol des Staates und der damit verbundenen Anordnungsautorität ab, sondern beruht auf dem Konsens der Parteien, der die Absprache legitimiert. Verwaltungsrechtliche Verträge lassen sich deshalb auch als formell-kooperative Alternative zur einseitig-hoheitlichen Verfügung beschreiben. Gegenüber diesen kommt ihnen allerdings eine ausgesprochen subsidiäre Funktion zu.⁷⁹ Auch informelle Absprachen sind alternativ zu Verfügungen denkbar. Sie gehen diesfalls mit einem Verzicht auf einen formellen Rechtsakt einher. Deutlich grössere praktische Bedeutung kommt ihnen allerdings in Bezug auf den Erlass formeller Rechtsakte zu. Hier haben sie entweder Initiierungsfunktion, namentlich wenn sie die Behörde dazu veranlassen, ein formelles Verfahren anzustossen, oder sie fungieren als Zwischenspeicher von Absprachen, die den Erlass eines formellen Rechtsakts, d.h. einer Verfügung oder eines Raumplans, vorbereiten.⁸⁰

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für das informell-kooperative und das formell-kooperative Staatshandeln sind ähnlich. Sie werden an geeigneter Stelle noch ausgeführt werden (Kapitel 7 II und III). Als generelle Richtschnur lassen sich immerhin folgende Anforderungen anführen: Für kooperatives Staatshandeln besteht nur dort Raum, wo das Gesetz den Vollzugsbehörden einen erheblichen Ermessensspielraum einräumt. Zudem muss das kooperative Vorgehen besser geeignet sein als die einseitige Anordnung, diesen Spielraum im Sinne des Gesetzeszwecks zu konkretisieren.

Kapitel 4: Abgrenzung

I. Mitwirkung der Bevölkerung

Kooperation als Form der Kommunikation zwischen Staat und Privaten ist von anderen Formen des kommunikativen Austauschs wie der Mitwirkung der Bevölkerung gemäss Art. 4 Abs. 2 RPG zu unterscheiden. Die Mitwirkung der Bevölkerung gemäss Art. 4 Abs. 2 RPG bildet ein Element des förmlichen Planerlassverfahrens. Danach haben die Planungsbehörden dafür zu sorgen, dass *die Bevölkerung* bei Planungen *in geeigneter Weise* mitwirken kann. Die Voraussetzungen für eine geeignete Mitwirkung sind erfüllt, wenn die Behörden die Planentwürfe zur allgemeinen Ansichtsäusserung freigeben, Einwände

79 Zum Ganzen noch Kapitel 7 II.

80 PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 26f.; MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 130f.; ferner RUCH, Informalisierung, S. 506.

und Vorschläge entgegennehmen und diese wenigstens summarisch beantworten.⁸¹ Zur Mitwirkung berechtigt ist nicht nur die stimmberechtigte Bevölkerung, sondern alle natürlichen und juristischen Personen, die von einer Planung wie auch immer berührt sind.⁸² Zweck des Mitwirkungsverfahrens ist die Grundlagenbeschaffung und Sachverhaltsklärung. Die durch planerische Massnahmen allenfalls tangierten Interessen finden über das Mitwirkungsverfahren Eingang in den Planungsprozess und können damit einer umfassenden Abwägung zugeführt werden (Rz. 170). Mitwirkungsverfahren, welche die Behörden nur der Form halber durchführen, sind unzulässig.⁸³ Neben der Sachverhaltsklärung dient das Mitwirkungsverfahren auch der Herstellung politischer Akzeptanz, wodurch das Rechtsmittelrisiko gesenkt und die rasche Realisierung der Pläne begünstigt werden kann.⁸⁴

- 42 Kooperative Planungen sind anders gelagert als Mitwirkungsverfahren bzw. gehen weit über diese hinaus.⁸⁵ Sie sind deshalb von diesen abzugrenzen:
- 43 — *Kommunikationsstruktur*: Art. 4 Abs. 2 RPG vermittelt der Bevölkerung das Recht zur Ansichtsausserung. Zwar haben die Behörden die Eingaben zu beantworten – die Beantwortung kann aber summarisch erfolgen. Einen Anspruch auf individuelle Beantwortung vermittelt Abs. 2 nicht⁸⁶, weshalb kein eigentlicher Dialog zwischen Staat und Privaten stattfindet. Dies steht im Unterschied zu kooperativen Planungen, bei denen Behörden und Private in einen *intensiven Austausch* treten.
- 44 — *Intensität des Austauschs*: Grundlage des Mitwirkungsverfahrens bildet die Auflage der Planentwürfe. Es erfolgt damit in einer Planungsphase, in welcher der abschliessende Entscheid zwar noch aussteht, wesentliche Weichenstellungen aber bereits erfolgt sind.⁸⁷ Demgegenüber sind kooperative Planungen typischerweise durch den intensiven Austausch der Beteiligten während der gesamten Dauer des Verfahrens geprägt. Das bedeutet insbesondere, dass die private Seite ihre Interessen bereits in einem frühen Stadium der Planung einbringen kann, in dem erste richtungweisende Entscheide erst noch getroffen werden müssen. Damit ist im Kontext kooperativer Planungen eine wesentlich intensivere Einflussnahme der Privaten möglich als im Mitwirkungsverfahren.

81 Statt vieler BGE 135 II 286, E. 4.1; dazu auch Rz. 428.

82 Statt vieler BGE 143 II 467, E. 2.2 ff.

83 EJP/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 4 Rz. 10.

84 Statt vieler MUGGLI, in: Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 4 Rz. 11; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 80.

85 Vgl. MUGGLI, in: Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 4 Rz. 11.

86 BGE 135 II 286, E. 4.1.

87 Vgl. MUGGLI, in: Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 4 Rz. 7.

- *Adressatenkreis*: Im Gegensatz zum Mitwirkungsverfahren, das der Bevölkerung offensteht, ist der Kreis der privaten Akteure in kooperativen Planungen wesentlich enger gefasst. Er ist auf diejenigen Personen beschränkt, die qua obligatorischer oder dinglicher Berechtigung und aufgrund ihrer organisatorischen und finanziellen Potenz in der Lage sind, die gemeinsam erarbeiteten Pläne umzusetzen. Dazu zählen in erster Linie die Grundeigentümerschaften, aber auch Investorinnen und Investoren (Rz. 357). Die Einschränkung des Akteurskreises ist nötig, um das auf Kommunikation und Konsens angelegte Problemlösungsverfahren nicht von vornherein zu überfordern.⁸⁸ 45
- *Funktion*: Mitwirkungsverfahren dienen ebenso wie kooperative Planungen der Sachverhaltsklärung. Während aber in Mitwirkungsverfahren tangierte Interessen in *grosser Breite* ermittelt werden, gewinnen die Behörden in kooperativen Planungen ein eher *vertieftes Verständnis* der Interessen Einzelner. Auch bleibt die Kommunikation in kooperativen Planungen nicht bei der Sachverhaltsermittlung stehen. Diese stellt lediglich einen ersten Schritt im Prozess der Erarbeitung einer gemeinsam getragenen Lösung dar. Mit ihrer Zweckrichtung sind Mitwirkungsverfahren eher geeignet, breite Akzeptanz für Planungen zu schaffen, während kooperative Planungen, die auf besonders gute Einzelfalllösungen abzielen, latent Gefahr laufen, dass Partikularinteressen überbetont und die Ergebnisse des Planungsprozesses von der Bevölkerung als zu einseitig abgelehnt werden.⁸⁹ 46
- *Bundesrechtliche Vorgaben*: Kooperative Planungen unterstehen, wie traditionelle einseitig-hoheitliche Planungen auch, dem Bundesgesetz über die Raumplanung. Sie haben sich der Instrumente des Gesetzes zu bedienen und die Verfahrensvorschriften zu beachten. Wie in klassisch einseitig-hoheitlichen Planungen ist deshalb auch für kooperative Planungen das Mitwirkungsverfahren durchzuführen. 47

II. Partizipation der Bevölkerung

Komplexe oder besonders umstrittene Planungen werden – ungeachtet dessen, ob sie einseitig-hoheitlich oder kooperativ angelegt sind – teilweise mit partizipativen Elementen kombiniert.⁹⁰ Partizipation meint die rechtlich nicht strukturierte Bürgerbeteiligung am Planungsprozess. In der Praxis finden partizipative Elemente vor allem in solchen Planungsprozessen Anwendung, 48

88 PFENNINGER, Kooperation, S. 84; vgl. MUGGLI, Kooperative Planung, S. 25; MAEGLI, Kooperatives Verwaltungshandeln, S. 272f.

89 MUGGLI, Kooperative Planung, S. 24.

90 Statt vieler BLEUEL/NIGSCH, Kooperative Planung, S. 353.

die einschneidende städtebauliche Veränderungen anstossen. Sie richten sich primär an die Quartierbevölkerung und das lokale Gewerbe, die an «runden Tischen», in öffentlichen Foren oder in Planungswerkstätten in einen strukturierten Dialog mit Behörden und Investoren über planerische Vorhaben treten.⁹¹ Der Teilnehmerkreis ist, anders als im Mitwirkungsverfahren, meist auf wenige Dutzend Personen beschränkt, umfasst in der Regel aber deutlich mehr Personen als ein kooperatives Verfahren. Tendenziell findet Partizipation in einer frühen Phase des Planungsprozesses statt, wenn es darum geht, städtebauliche Entwicklungsperspektiven zu formulieren und die Weichen für die spätere Nutzung des zu beplanenden Areals zu stellen.⁹² Soweit verfügbar, werden die zur Diskussion stehenden planerischen Ideen anhand von Modellen visualisiert.⁹³

- 49 Partizipative Elemente können Planungen in vielerlei Hinsicht begünstigen: Sie bieten Foren, in denen die Behörden zusammen mit Investoren mit der Bevölkerung in einen Austausch treten können, um städtebauliche Ideen im *direkten Gespräch* zu diskutieren. Dadurch kann zum einen der Gefahr, dass städtebauliche Projekte an den Bedürfnissen der Bevölkerung vorbeigeplant werden, entgegengewirkt werden. Die Möglichkeit zur Partizipation vermittelt Betroffenen sodann das Gefühl, mit ihren Anliegen gehört und in die Neugestaltung ihres Lebensumfelds aktiv einbezogen zu werden. Das wirkt identitätsstiftend und hilft, Blockaden abzubauen und Akzeptanz zu schaffen – ein Umstand, der für den politischen Erfolg planerischer Vorhaben entscheidend ist und den finanziellen und zeitlichen Aufwand, der mit der Organisation von Partizipationsmöglichkeiten einhergeht, stark relativiert. Nicht selten erweisen sich partizipative Foren überdies als Ideengeber für auch wirtschaftlich tragfähige Lösungen.⁹⁴

III. Gehörsanspruch Betroffener

- 50 Kooperative Elemente sind schliesslich von dem in Art. 29 Abs. 2 BV verfassungsrechtlich verankerten und in Art. 33 RPG für die Raumplanung konkretisierten Anspruch auf rechtliches Gehör zu unterscheiden. Der Anspruch

91 GLÄTTLI/STURM, Partizipation, S. 16; für ein Beispiel in der Stadt Zürich siehe ARRAS/KELLER, Stadtforum, S. 7 ff.; ferner Rz. 12. Der Kanton Bern berechtigt seine Gemeinden mit Art. 58 Abs. 5 BauG i.V.m. Art. 109 Abs. 2 lit. b BauV ausdrücklich dazu, eine über das Mitwirkungsverfahren hinausgehende Mitwirkung der Bevölkerung vorzusehen.

92 WEHRLI-SCHINDLER, Urbane Qualität, S. 113; vgl. AGR/BE, Planungswegweiser, S. 21.

93 GLÄTTLI/STURM, Partizipation, S. 16.

94 Zum Ganzen BÜHLMANN/STRAUMANN, Verdichten, S. 18 f.; DUSS/DURRER EGGER-SCHWILER/LIENHARD/STURM, Zukunft, S. 11; TAK, Nachhaltige Siedlungsentwicklung, S. 39 ff.; WEHRLI-SCHINDLER, Urbane Qualität, S. 114.

auf rechtliches Gehör ist ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht in Bezug auf hoheitliche Entscheide, welche die Rechtsstellung Einzelner unmittelbar berühren. Der Anspruch stellt sicher, dass sich Betroffene staatlicher Rechtsanwendungsakte wirksam in ein sie betreffendes Verfahren einbringen können und mit ihren Standpunkten tatsächlich gehört werden.⁹⁵ In der Raumplanung besteht der Anspruch auf rechtliches Gehör schutzwürdig Betroffener in Bezug auf die grundeigentümerverbindlichen Nutzungspläne, wobei das Bundesgericht von einer gegenüber dem Verfügungsverfahren eingeschränkten Geltung ausgeht (Rz. 451).

Wie das rechtliche Gehör stellt auch die Kooperation aus Sicht der Privaten eine Form der persönlichkeitsbezogenen Mitwirkung dar, wenngleich auf sie kein Anspruch besteht. Im Hinblick auf die Intensität der Mitwirkung gehen die der Kooperation inhärenten Kommunikationsstrukturen in Teilen über den Anspruch auf rechtliches Gehör hinaus, bleiben in Teilen aber auch hinter diesem zurück. Sie gehen über den Anspruch auf rechtliches Gehör hinaus, weil die private Kooperationspartei nicht nur Gelegenheit erhält, sich einmalig zum entscheiderelevanten Sachverhalt und allenfalls zur Rechtsauffassung der Behörde zu äussern, sondern aktiv in die Erarbeitung der Planentwürfe eingebunden ist und die Entwicklung planerischer Lösungen über die Dauer des Planerlassverfahrens mitgestaltet und aufgrund des Erfordernisses ihrer Zustimmung letztlich mitbestimmt (Rz. 397 ff.). Die Kooperationen inhärenten Kommunikationsprozesse bleiben zugleich hinter dem Gehörsanspruch zurück, weil Teilaspekte des Anspruchs auf rechtliches Gehör, etwa das Recht auf Akteneinsicht, durch sie nicht automatisch erfüllt werden (Rz. 464).⁹⁶

Kapitel 5: Gründe für die Integration kooperativer Elemente in die Raumplanung

I. Steuerungsdefizit hoheitlicher Raumplanung

Die Effektivität der Raumplanung bemisst sich nach dem Grad der Umsetzung der von ihr angestrebten Raumordnung und damit nach der Fähigkeit, den stetigen Wandel räumlicher Strukturen steuernd zu begleiten.⁹⁷ Die Steuerungsleistung von Raumplänen als den Instrumenten der Raumplanung und des ihnen zugrundeliegenden Rechts ist aufgrund der Regelungsmaterie von vornherein begrenzt. Eine Ursache ist darin zu sehen, dass auf der Grund-

95 BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 29 Rz. 17; siehe ferner Rz. 384.

96 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 646 und 649 f.

97 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 219 ff.

lage von Nutzungsplänen in der Regel vielfältige Formen der Überbauung einer Parzelle denkbar sind, die im Zusammenspiel mit ihrer räumlichen Umgebung unterschiedliche städtebauliche Qualitäten hervorbringen. Nutzungspläne haben zudem lediglich zuweisenden Charakter, d.h., sie definieren die zulässigen Nutzungen eines Grundstücks, können jedoch ohne begleitende Massnahmen nicht gewährleisten, dass diese Nutzungen auch tatsächlich realisiert werden.⁹⁸ Die Grenzen der Steuerungsfähigkeit der Raumplanung zeigen sich daher weniger in ihrer Funktion als bewahrende, erhaltende oder abwehrende Planung als vielmehr dort, wo der Staat räumliche Strukturen aktiv gestalten will.⁹⁹

- 53 Neben diesen der Regelungsmaterie inhärenten Faktoren sind auch äussere Faktoren für die Steuerungsleistung der Raumplanung relevant. Als grösstes Hemmnis erweist sich dabei der oft lückenhafte Vollzug zentraler Bestimmungen des Bundesrechts durch die Kantone, namentlich weil Gemeinden in Missachtung von aArt. 15 lit. b RPG noch übergrosse Bauzonen halten, welche eine Siedlungsentwicklung in die Fläche begünstigen und dem Verfassungsauftrag der haushälterischen Bodennutzung zuwiderlaufen¹⁰⁰, oder weil sich die überwiegende Mehrheit der Kantone während fast vier Jahrzehnten weigerte, für einen angemessenen Ausgleich planerischer Mehrwerte gemäss Art. 5 RPG zu sorgen.¹⁰¹ Ferner bestimmen ökonomische, demografische und soziale Faktoren die Entwicklung von Räumen. Die Raumplanung stösst dabei vor allem dort an Grenzen, wo sich unerwartet Umbrüche vollziehen, die wie im Zuge der Deindustrialisierung die Anforderungen an den Raum grundlegend verändern. Planungsprozesse benötigen Zeit. Sie laufen deshalb Gefahr, solchen Entwicklungen latent hinterherzuhinken.¹⁰²

II. Steigende Anforderung an die Raumplanung

- 54 Die Bedürfnisse an den Raum sind in den letzten Jahrzehnten stetig gestiegen und damit die Anforderungen an die Raumplanung. Entwicklungen wie das

98 KLEEWEIN, Vertragsraumordnung, S. 34. Seit der RPG-Revision 2012 haben die Planungsträger gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG bei der Einzonung von Bauland mittels geeigneter Instrumente dafür zu sorgen, dass die nutzungsplanerisch vorgesehene Nutzung der Parzelle tatsächlich realisiert wird. Einzonungen werden damit an die positive Pflicht zur Überbauung geknüpft. Dazu noch ausführlich Rz. 246.

99 LENDI, Raumplanung, S. 12; RUCH, Raumordnung, S. 93, 95, 160 f.; dazu auch KLEEWEIN, Vertragsraumordnung, S. 36.

100 EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 15 Rz. 20, 24; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 47.

101 Zum Ganzen GRIFFEL, in: Basler Kommentar BV, Art. 75 Rz. 38 f. m.w.H.; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 19 ff., 46 ff., 93 f.

102 MUGGLI, Kooperative Planung, S. 27 f.

Bevölkerungswachstum von 5,4 auf 8,6 Mio. Personen seit 1960, der stetige Anstieg des Flächenverbrauchs pro Kopf, die deutliche Zunahme des öffentlichen und des motorisierten Individualverkehrs und der tiefgreifende Wandel wirtschaftlicher Strukturen mit dem Niedergang von Landwirtschaft und Industrie und dem Aufbruch der Schweiz in eine postindustrielle Dienstleistungsgesellschaft haben sichtbare Spuren in Natur und Landschaft hinterlassen.¹⁰³ Im Zeitraum von 1982 bis 2015, d.h. innerhalb von gut drei Jahrzehnten, nahm die Siedlungsfläche der Schweiz um 31 Prozent zu und gingen fast im gleichen Umfang Landwirtschaftsflächen verloren.¹⁰⁴ Eine Trendwende dieser Entwicklung ist aktuell nicht auszumachen. Die Zersiedlung schreitet weiter voran – wenngleich die Zuwachsraten in den letzten Jahren leicht rückläufig sind.¹⁰⁵ Entwarnung kann dennoch nicht gegeben werden. Mit einer prognostizierten Wohnbevölkerung von 9,5 Mio. Menschen im Jahr 2030 bleibt der Druck auf die Landschaft weiterhin hoch.¹⁰⁶

Angesichts der durch die Zersiedlung verursachten irreversiblen Schäden an Natur und Landschaft insbesondere im Mittelland erklärte der Bundesrat bereits 1996 das «ausufernde Siedlungswachstum» zu den «drängenden Aufgaben der schweizerischen Raumordnungspolitik».¹⁰⁷ Der Appell verhallte aber folgenlos. Erst mit der sog. Landschaftsinitiative¹⁰⁸, mit der die Pflicht zur Trennung des Baugebiets vom Nichtbaugebiet und der Schutz des Kulturlandes in der Bundesverfassung verankert und mit einem 20-jährigen Baulandmoratorium absichert werden sollte, gewann das Thema derart an Kraft, dass sich der Gesetzgeber dessen mit einem indirekten Gegenvorschlag annahm und unter dem Leitmotiv der «Siedlungsentwicklung nach innen» 2012 detaillierte Vorgaben für die bauliche Verdichtung von Siedlungsgebieten in das Bundesgesetz über die Raumplanung aufnahm.¹⁰⁹ Damit trug er zentralen Fragen wie der Baulandmobilisierung, der Mobilisierung von Branchen, der Siedlungserneuerung und der Förderung qualitativ hochwertiger Siedlungsstrukturen ernsthaft Rechnung.¹¹⁰ Die klare Annahme der Vorlage

103 WACHTER, Verdichtung, S. 6; zur ständigen Wohnbevölkerung von 8,6 Mio. im Jahr 2019 siehe BFS, Die Bevölkerung der Schweiz ist 2019 erneut gewachsen und gealtert, Medienmitteilung vom 9.4.2020 (www.bfs.admin.ch > Medienmitteilungen).

104 BFS, Arealstatistik 2019/2020, S. 6.

105 BFS, Arealstatistik 2015/2016, S. 6.

106 BFS, Bevölkerungsentwicklung, S. 4.

107 Bericht Raumordnung 1996, S. 594 bzw. 592.

108 Eidgenössische Volksinitiative «Raum für Mensch und Natur (Landschaftsinitiative)», BBl 2007 4965 ff.

109 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 7 ff.

110 Botschaft RPG I, S. 1056 f.

durch das Stimmvolk verschaffte dem Anliegen Nachachtung.¹¹¹ Das Potenzial, das in dieser Neuausrichtung der Raumplanungspraxis liegt, zeigen folgende Zahlen: Grobe Schätzungen gehen davon aus, dass schweizweit aktuell zwischen 5'300 und 15'600 Hektaren planerischer Nutzungsreserven bestehen. Dies entspricht einer Fläche, die Wohnraum für 0,7 bis 1,9 Mio. Menschen bieten könnte, ohne dass neue Flächen konsumiert werden müssten.¹¹²

III. Kooperative Ansätze als neue Problemlösungsmechanismen ...

1. Zur Bedeutung qualitätsvoller Siedlungsstrukturen

56 Der Fokus der heutigen Raumplanung liegt auf der Siedlungsentwicklung nach innen und damit auf der Verdichtung bestehender Siedlungsstrukturen. In der Zukunft werden in einem Gebiet mehr Menschen leben und arbeiten, als es bisher der Fall war. Sollen mehr Menschen auf demselben Raum leben, geht dies fast unweigerlich mit einer Zuspitzung bestehender und dem Entstehen neuer Nutzungskonflikte einher. Wie diese vermieden werden und städtische Strukturen trotz grösserer Dichte attraktiv gestaltet werden können, wird in Fachkreisen diskutiert und in Pilotprojekten wie der bereits erwähnten Basler Quartierplanung «Erlenmatt» (Rz. 14 f.) erprobt.¹¹³

57 Die bisher gemachten Erfahrungen zeigen, dass städtebauliche Verdichtungsprozesse von der Bevölkerung akzeptiert werden, wenn sie mit Augenmass und unter Berücksichtigung des Quartiercharakters erfolgen und qualitativ hochwertige Siedlungsstrukturen hervorbringen. Unter welchen Umständen Siedlungsstrukturen von der Bevölkerung als «qualitativ hochwertig» empfunden werden, war Thema des Nationalen Forschungsprogramms «Neue urbane Qualität». Die Untersuchungen deuten darauf hin, dass sich hochwertige Siedlungen vor allem durch das Nebeneinander von Dichte und Freiräumen, eine Vielfalt an Nutzungen, ein Sich-zuhause-Fühlen und die Bezugnahme auf örtliche Identitäten auszeichnen.¹¹⁴ Der Bundesrat nennt in seiner Botschaft zur RPG-Revision 2012 als Qualitätsmerkmale hochwertiger Siedlungen die Gestalt von Gebäuden, Aufenthalts- und Strassenräumen, die

111 Die Gesetzesrevision war in der Volksabstimmung vom 3.3.2013 mit 62,9 Prozent Ja-Stimmen angenommen worden (www.bk.admin.ch > Politische Rechte > Volksabstimmungen > Chronologie Volksabstimmungen). Die Initianten hatten die Landschaftsinitiative zuvor bedingt zurückgezogen (BBl 2012 7377).

112 ARE, Nutzungsreserven, S. 1, 7f.

113 WEHRLI-SCHINDLER, Urbane Qualität, S. 52f., 56ff.; zum Ganzen FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung.

114 WEHRLI-SCHINDLER, Urbane Qualität, S. 20ff.; ferner BÜHLMANN/STRAUMANN, Verdichten, S. 5, sowie TAK, Nachhaltige Siedlungsentwicklung, S. 40.

Nähe zu Versorgungseinrichtungen und öffentlichen Dienstleistungen, kurze Distanzen zwischen Wohn-, Arbeits- und Erholungsgebieten sowie die Errichtung von Gebäuden, die den heutigen Wohn- und Arbeitsbedürfnissen angepasst sind.¹¹⁵

2. Siedlungsqualität als öffentliches Gut

Aus den Aufzählungen wird rasch klar, dass die Qualität von Siedlungsstrukturen aus dem Zusammenspiel zahlreicher Teilqualitäten bzw. Einzelfaktoren über Grundstücksgrenzen hinweg entsteht. Mit jeder Überbauung oder (Um-)Nutzung einer Parzelle wird die Siedlungsqualität zu einem gewissen Grad geprägt. Das Problem: Die einzelnen Eigentümerschaften sind sich dessen bei der Nutzung ihrer Grundstücke kaum bewusst. Wenn doch, fehlt ihnen jeglicher Anreiz, alle Massnahmen zu ergreifen, welche die städtebauliche Qualität insgesamt maximieren, solange Dritte von diesen Massnahmen profitieren, ohne dafür einen Beitrag leisten zu müssen.¹¹⁶ Grundeigentümerschaften werden deshalb primär ihren individuellen Nutzen maximieren und städtebaulich wünschenswerte Massnahmen nur insofern ergreifen, als sie ihren eigenen Interessen entsprechen. Aus diesem Grund lässt sich Siedlungsqualität als «öffentliches Gut» beschreiben, zu dessen Bereitstellung letztlich nur der Staat mit seiner dem Gemeinwohl verpflichteten, überindividuellen Perspektive fähig ist. Bedenkt man vor diesem Hintergrund, dass die Steuerungsleistung der Raumplanung aufgrund ihrer meist offenen Normierung sowie ihrer Funktion, Nutzungen zuzuweisen, ohne diese zu erzwingen, begrenzt ist, stellt sich die Frage, wie die Realisierung qualitativ hochwertiger Siedlungsstrukturen gelingen kann.

3. Kooperation als Methode zur Bereitstellung hoher Siedlungsqualitäten

Die Tripartite Agglomerationskonferenz (TAK; seit 2017 Tripartite Konferenz), eine politische Plattform zur Förderung der Zusammenarbeit zwischen den staatlichen Ebenen und zwischen urbanen und ländlichen Räumen, hat sich dieser Frage angesichts des durch die RPG-Revision 2012 angestossenen Paradigmenwechsels zur Siedlungsentwicklung nach innen in einer Publikation zur nachhaltigen Siedlungsentwicklung jüngst gewidmet. Darin arbeitet sie zwei Faktoren heraus, die für die Realisierung hochwertiger Siedlungsstrukturen unerlässlich sind: erstens den *Einbezug der Bevölkerung* in den

115 Botschaft RPG I, S. 1070.

116 Vgl. ADANK, Contrat de planification, Rz. 40; BUNZEL/COULMAS/SCHMIDT, Städtebauliche Verträge, S. 20.

Planungsprozess. Solche partizipativen Elemente (Rz. 11 ff.) dienen der Sachverhaltsklärung und fördern die breite Akzeptanz städtebaulicher Projekte. Zweitens die *aktive Rolle staatlicher Planungsträger* im Prozess der Planerarbeit. Konkret empfiehlt die TAK Behörden, räumliche Entwicklungen enger als bisher zu begleiten. Das setze voraus, dass sie auf die privaten Bauherrschaften zugehen und im Dialog mit diesen Bauvorhaben und deren Einbettung in die gesamträumliche Entwicklung diskutierten.¹¹⁷ Zu demselben Ergebnis kommen Forscherinnen und Forscher der Hochschule Luzern, die im Rahmen ihres Projekts «Netzwerk kooperative Umsetzungsverfahren in der Innenentwicklung»¹¹⁸ in Zusammenarbeit mit den Kantonen Luzern und Basel-Landschaft ein Vorgehensmodell für die lokalspezifische Quartierentwicklung erarbeitet haben.¹¹⁹

60 Kooperative Planungen stellen einen methodischen Ansatz dar, der den Anforderungen der TAK an eine möglichst wirksame Steuerung städtebaulicher Entwicklungen gerecht werden kann: Sie geben den staatlichen Planungsträgern den nötigen Raum, im Dialog mit Grundeigentümerschaften oder Investoren planerische Lösungen zu erarbeiten, die gleichermassen die übergeordneten städtebaulichen Ziele des Gemeinwesens und die Partikularinteressen der privaten Seite abbilden.¹²⁰ Im Idealfall stehen am Ende des Erarbeitungsprozesses passgenaue Planungen, die für alle Beteiligten vorteilhaft sind und mit hoher Wahrscheinlichkeit realisiert werden. Kooperative Planungen setzen an, wo traditionell einseitige Planungen mangels Informationen, Aushandlungsmöglichkeiten und bindender Absprachen eine angestrebte Raumordnung nicht zuverlässig hervorzubringen vermögen.¹²¹ Kooperative Planverfahren lassen sich zudem problemlos um partizipative Elemente ergänzen, die den Austausch mit den verschiedenen Interessengruppen planerischer Massnahmen fördern.¹²²

117 TAK, Nachhaltige Siedlungsentwicklung, S. 39 ff.; dazu auch BECK/NEBEL, Kommunale Nutzungsplanung, S. 23 f., sowie BUNZEL/COULMAS/SCHMIDT, Städtebauliche Verträge, S. 20 f.

118 Das Forschungsprojekt bildete Teil des Themenschwerpunkts «Siedlungsentwicklung nach innen umsetzen» des Bundesamts für Raumentwicklung ARE (www.are.admin.ch > Raumentwicklung & Raumplanung > Programme und Projekte > Modellvorhaben Raumentwicklung 2014-2018).

119 DUSS/DURRER EGGERSCHWILER/LIENHARD/STURM, Zukunft, S. 8, 10 f.

120 Vgl. MUGGLI, Kooperative Planung, S. 26; FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 5.

121 Vgl. MOOR/POLTIER, Droit administratif Bd. II, S. 55.

122 RUCH, Grundfragen, S. 30.

IV. ... im Kontext veränderter Staatlichkeit

Voraussetzung für kooperative Planungen ist ein modernes Staatsverständnis: Während sich Staatlichkeit ursprünglich in der obrigkeitlichen Befehlsgewalt des Staates gegenüber seinen «Untertanen» und folglich durch ein streng hierarchisch geordnetes Beziehungsgefüge zwischen Staat und Bürgerinnen bzw. Bürgern ausdrückte, werden staatliche Institutionen heute eher als Dienstleisterinnen wahrgenommen, die emanzipierten «Kundinnen» und «Kunden» gegenüberreten.¹²³ Das klare Über-/Unterordnungsverhältnis von Staat und Bürgern, mit dem Staat als autoritativ anordnendem Hoheitsträger auf der einen Seite und den Bürgern als Rechtsunterworfenen auf der anderen Seite erfuhr seit der Begründung moderner Staatlichkeit eine sukzessive Relativierung. Das in jüngerer Zeit formulierte Postulat einer «bürgernahen Verwaltung» ist dabei nicht nur Ausdruck einer emanzipierten Gesellschaft. Dahinter verbirgt sich auch die Einsicht, dass sachgerechte und effiziente Entscheide in Teilbereichen staatlicher Aufgabenerfüllung ohne den Einbezug der privaten Handlungsadressaten aufgrund einer immer komplexer werdenden Realität heute nicht mehr zu haben sind.¹²⁴ In diesem Umfeld konnten sich alternative Formen staatlicher Steuerung entwickeln. Neben die Verfügung als lange Zeit einzige Handlungsform des Staates zur Rechtsanwendung und als Inbegriff einzelfallbezogener staatlicher Gewaltausübung tritt deshalb spätestens seit den 1970er-Jahren der verwaltungsrechtliche Vertrag, welcher als kooperative Handlungsform des Staates auf den Einbezug der privaten Handlungsadressaten in originär staatliche Entscheidungsprozesse setzt.¹²⁵ Die Raumplanung, die mit den Folgen wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Umbrüche unmittelbar konfrontiert ist und in der sich aufgrund der Art der Regelungsmaterie die Grenzen einseitig-hoheitlicher Steuerung deutlich zeigen, bietet für die Entstehung kooperativer Steuerungsansätze einen idealen Nährboden. Es verwundert daher nicht, dass Kooperation gerade in diesem Bereich staatlicher Aufgabenerfüllung eine zunehmend grosse Rolle spielt.

123 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 15, 67; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 2 Rz. 11; MAEGLI, Kooperatives Verwaltungshandeln, S. 269; RUCH, Grundfragen, S. 30.

124 RUCH, Grundfragen, S. 29 f.; MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 38 ff., 46 m.w.H.; MAEGLI, Kooperatives Verwaltungshandeln, S. 269.

125 RUCH, Raumordnung, S. 117; vgl. BUNZEL/COULMAS/SCHMIDT, Städtebauliche Verträge, S. 21.

Kapitel 6: Kooperative Planungen in der Praxis

I. Erwartungen an kooperative Planungen

- 62 Die Erwartungen, die in der Praxis an kooperative Planungen geknüpft werden, lassen sich pointiert anhand dreier Schlagworte beschreiben: Verfahrensbeschleunigung, Risikominimierung und Qualitätssteigerung. Kooperative Problemlösungsmethoden setzen auf Dialog und Verständigung. Sie verlangen von den Beteiligten ein hohes Mass an Offenheit für die Anliegen der Gegenseite und kreieren damit ein Umfeld, in dem Vorbehalte und Blockaden erkannt und abgebaut werden können. Zwar erfordern kooperative Planungen Zeit und verursachen Kosten; gelingt es aber, die Interessen der Parteien in Einklang zu bringen, sind im Ergebnis besser akzeptierte Lösungen zu erwarten. Das senkt das Rechtsmittelrisiko und trägt zur Beschleunigung des Verfahrens bei. Durch den Zugriff auf die Problemlösungskapazitäten der privaten Kooperationsparteien eröffnen kooperative Planungen sodann städtebauliche Lösungen, die autoritativen Planungen nicht zugänglich sind, weil sie entweder nicht erkannt werden oder weil sie ohne die Zustimmung der Betroffenen nicht durchsetzbar sind. Nicht zuletzt werden mit kooperativen Planungen planerische Ergebnisse angestrebt, die hohen städtebaulichen und architektonischen Standards genügen und deren Realisierung sichergestellt ist.¹²⁶ Weil kooperative Planungen kleinräumige und ressourcenintensive Planungen sind, bilden sie die Ausnahme. Typischerweise werden sie nur für solche Areale eingesetzt, denen im städtebaulichen Gefüge eines Quartiers oder einer Gemeinde besondere Bedeutung zukommt.

II. Typische Stationen kooperativer Planungen

- 63 Trotz unterschiedlicher kantonaler Planungs- und Bau- sowie Verfahrensgesetze, die den rechtlichen Rahmen für kooperative Planungen bilden, und obwohl kooperative Planungen kaum formalisiert sind, durchlaufen sie in der Praxis meist einige typische Verfahrensschritte. Ursächlich für diese Einheitlichkeit dürften neben den Instituten und Grundsätzen des Raumplanungsrechts des Bundes, die den verfahrensrechtlichen Rahmen bilden, die SIA-Normen 142 und 143 über Wettbewerbsverfahren und Studienaufträge sein, die als Regeln der Baukunde allgemein anerkannt und angewendet werden.¹²⁷

126 MUGGLI, Kooperative Planung, S. 24, 26; RUCH, Grundfragen, S. 30.

127 Die SIA-Normen sind ein privates Normenwerk des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins, bestehend aus technischen Normen, Vertragsnormen und Verständigungsnormen. Sie entfalten Rechtsgeltung, wenn in staatlichen Erlassen oder in Verträgen auf sie verwiesen wird oder wenn sie Ausdruck der anerkannten Regeln

Im Folgenden werden vier typische Verfahrensetappen kooperativer Planungen identifiziert und charakterisiert.

1. *Initiierungsphase*: Kooperative Planungen werden entweder auf Initiative der privaten Grundeigentümerschaften und Investoren oder durch die zuständigen Behörden angestoßen.¹²⁸ Es folgt eine erste Phase der Annäherung, in der die örtlichen, zeitlichen, rechtlichen, politischen oder auch finanziellen Rahmenbedingungen geklärt werden und die Beteiligten ihre Interessen umreißen.¹²⁹ Am Ende dieser ersten Phase entscheiden die Parteien darüber, ob sie für eine kooperative Planung Hand bieten wollen oder nicht. Die Einigung auf das kooperative Vorgehen erfolgt entweder in Form von informellen Absprachen oder durch Vertrag (sog. Rahmenvertrag; Kapitel 9 II). Ungeachtet ihrer rechtlichen Natur beinhalten diese Absprachen meist organisatorische und finanzielle Aspekte der Planung wie die Klärung sachlicher und personeller Verantwortlichkeiten, die Strukturierung des Verfahrens durch Etappenziele oder durch Regeln der Zusammenarbeit und Konfliktlösung, die Organisation der Öffentlichkeitsarbeit oder die Festlegung eines Kostenteilers für Machbarkeitsstudien, Studienaufträge oder Architekturwettbewerbe.¹³⁰
2. *Grundlagenbeschaffung*: Komplexe Planungen wie die Neuordnung von Industriebrachen oder die Sanierung bestehender Siedlungsgebiete beruhen meist auf sog. Varianzverfahren. Varianzverfahren sind Verfahren, an denen mehrere Planungsteams im Wettbewerb unterschiedliche Ideen für dasselbe planerische Problem erarbeiten, um die beste Lösung durch die Gegenüberstellung der Ideen zu ermitteln. Die Wahl der Verfahrensart hängt von den planerischen Rahmenbedingungen im Einzelfall ab¹³¹: Ideenwettbewerbe eignen sich für Gebiete, deren künftige Nutzung noch unbestimmt ist. Städtebauliche Wettbewerbe werden für Areale durchgeführt, deren Zweckbestimmung geklärt, deren künftige räumliche Ordnung aber noch offen ist. Mit Architekturwettbewerben wird die Gestalt einzelner Gebäude erarbeitet. Sie kommen zum Tragen,

der Technik sind, auf die in staatlichen Erlassen oder in Verträgen verwiesen wird oder die von Gerichten herangezogen werden (STÖCKLI, Technische Normen, S. 10 f.).

128 BLEUEL/NIGSCH, Kooperative Planung, S. 354. Für typische Organisationsmodelle, in die kooperative Planungen eingebettet sind, siehe Kapitel 11 III.2.

129 Siehe hierzu FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 16, die einen idealtypischen Verlauf kooperativer Planungen skizzieren.

130 BLEUEL/NIGSCH, Kooperative Planung, S. 355; Gespräch Giller (Fn. 16); vgl. Art. 66 Abs. 3 RPBG/FR.

131 ARE/ZH, Siedlungsqualität, S. 4; ARP/BL, Planungshilfe, S. 4; vgl. WEHRLI-SCHINDLER, Urbane Qualität, S. 117 f.

sobald die künftige Raumordnung feststeht. Gesamtleistungswettbewerbe bieten sich an, wenn nicht nur die architektonische Umsetzung einer Planung geklärt, sondern auch das ausführende Total- oder Generalunternehmen bestimmt werden soll. Sofern Wettbewerbsverfahren mit partizipativen Elementen kombiniert werden sollen und damit stärker als andere Verfahren auf Kommunikation und Interaktion angelegt sind, werden sie als Studienaufträge bezeichnet. Je nach Aufgabenstellung werden zwei Typen partizipativer Wettbewerbsverfahren unterschieden: zum einen Testplanungen, mit denen die Umsetzbarkeit einer konkreten Nutzung für ein bestimmtes Areal geprüft wird, und zum anderen Entwicklungsplanungen, mit denen städtebauliche Entwicklungsperspektiven für grossflächige Siedlungsgebiete erarbeitet werden.¹³² Die Ergebnisse der Verfahren finden als konzeptionelle Überlegungen, Prinzipien oder Leitlinien Eingang in städtebauliche Leitbilder oder Entwicklungskonzepte. Sie umfassen Aussagen über die Leitidee und Ziele der Gebietsentwicklung und treffen Grundsatzentscheide über zentrale Parameter der Planung, namentlich über den Umfang und die Art der zulässigen Nutzung, über die Erschliessung, in Bezug auf die Gestaltung oder aber auch zu Fragen der Finanzierung oder des Ausgleichs planerischer Mehrwerte.¹³³ Leitbilder und Entwicklungskonzepte bilden den Orientierungsrahmen für die weiteren Planungsschritte – sie leiten diese an.¹³⁴

- 66 3. *Erarbeitung des Planentwurfs*: Gestützt auf die Ergebnisse der Vorbereitungsphase arbeiten die Beteiligten gemeinsam einen Planentwurf aus. In der Regel handelt es sich dabei um einen Sondernutzungsplan. Gegebenenfalls sind zudem Anpassungen des diesem zugrundeliegenden Rahmennutzungsplans bzw. der Richtpläne nötig. Raumbezogene Themen, die nicht Bestandteil des zu erarbeitenden Plans sind, mit diesem aber in engem Bezug stehen, werden bei Bedarf vertraglich mittels städtebaulicher Verträge geregelt.¹³⁵
- 67 4. *Verfahrensabschluss*: Die Planentwürfe unterstehen dem in Art. 4 Abs. 2 RPG verankerten und durch das kantonale Recht allenfalls präzisierten Mitwirkungsverfahren, bevor sie abschliessend von dem zuständigen Organ festgesetzt (oder verworfen) werden. Gemäss Art. 26 RPG bedürfen

132 ARE/ZH, Siedlungsqualität, S. 4 f.; BLEUEL/NIGSCH, Kooperative Planung, S. 354; zu Testplanungen ferner SCHOLL, Testplanungen, S. 28 m.w.H.

133 FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 16 f.; BECK/NEBEL, Kommunale Nutzungsplanung, S. 19.

134 AGR/BE, Planungswegweiser, S. 13.

135 FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 17.

sie der Genehmigung der zuständigen kantonalen Behörde. Je nach kantonalen bzw. kommunaler Ordnung unterliegen sie dem Referendum. In jedem Fall steht aber gemäss Art. 33 Abs. 2 RPG und Art. 82 lit. a BGG schutzwürdig Betroffenen der Rechtsweg offen.

Kooperative Planungen sind anspruchsvolle Kommunikationsprozesse, die in der Regel nicht linear verlaufen. Typischerweise entfalten die Verhandlungen der Parteien eine Dynamik aus Rückkopplung und Neuorientierung, wodurch gegebenenfalls selbst die ursprünglich vereinbarten Ziele infrage gestellt werden.¹³⁶ Eine ausgeprägte Abklärungs- und Vorbereitungsphase kann helfen, solche Dynamiken jedenfalls teilweise zu kanalisieren und abzumildern. Weiter tragen Verhaltens- und Konfliktlösungsregeln, auf die sich die Beteiligten im Vorfeld der Verhandlungen verständigt haben, dazu bei, diese zu disziplinieren. Sie bilden den Grundstein dafür, dass kooperative Planungen in ein einvernehmliches Ergebnis münden und letztlich erfolgreich abgeschlossen werden können.

III. Erfolgs- und Risikofaktoren

Ob sich die bereits skizzierten Erwartungen, die an kooperative Planungen gestellt werden, im Einzelfall erfüllen, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab. Noch ist über die Umstände, die kooperative Planungen je nach planerischem Kontext begünstigen oder erschweren, wenig bekannt. Aus dem Forschungsprojekt «Netzwerk kooperative Umsetzungsverfahren in der Innenentwicklung» der Hochschule Luzern (Rz. 59) und den Erkenntnissen einiger wissenschaftlich begleiteter Pilotprojekte lassen sich immerhin folgende Erfolgs- und Risikofaktoren ableiten:

- Kooperative Planungen werden in der Praxis als äusserst anspruchsvolle Kommunikationsprozesse empfunden, die neben einer Haltung der Offenheit der Beteiligten auch Erfahrungswissen über die Organisation, Gestaltung und Steuerung solcher Prozesse verlangt.¹³⁷
- Jede kooperative Planung ist anders gelagert und entwickelt ihre ganz eigene Dynamik, was die Planungsbehörden stets aufs Neue zu einem explorativen Vorgehen zwingt. Erfolgreiche Planungen setzen daher eine gewisse Sensibilität für die Eigenheiten jedes einzelnen Verfahrens und die Fähigkeit voraus, auf diese reagieren zu können.¹³⁸

136 WEHRLI-SCHINDLER, Urbane Qualität, S. 111.

137 WEHRLI-SCHINDLER, Urbane Qualität, S. 111.

138 So auch WEHRLI-SCHINDLER, Urbane Qualität, S. 117 f.

- 72 — Innerhalb der Behörden einer Gemeinde und soweit erforderlich auch zwischen den staatlichen Ebenen bedarf es der Koordination der relevanten Fachexpertinnen und -experten und der Fähigkeit zur Zusammenarbeit in multidisziplinären Teams.¹³⁹
- 73 — Vertragliche Vereinbarungen über die Organisation und den Ablauf der Planung wirken gegenüber den beteiligten Privaten erfahrungsgemäss vertrauensbildend. Mit der Rechtsform des Vertrags sind sie überaus vertraut. Da die Verträge, soweit sie in unmittelbarer Erfüllung öffentlicher Aufgaben geschlossen werden, nicht privatrechtlicher, sondern öffentlichrechtlicher Natur sind, bedarf es aber einer entsprechenden Aufklärung der privaten Gegenseite über den auf diese anwendbaren Rechtsrahmen durch die Behörden.
- 74 — Der Einbezug externer Fachexpertinnen und -experten in Wettbewerbsverfahren und Jurys stellt ein integrales Instrument der Qualitätssicherung dar.¹⁴⁰ Darüber hinaus gilt die Partizipation der Bevölkerung als Erfolgsfaktor städtebaulicher Planungen. Sie schafft Akzeptanz und mindert das rechtliche und politische Risiko (Rz. 48 f.).
- 75 — Lange Verfahrensdauern bergen ein erhebliches Risiko für den Erfolg kooperativer Planungen. Namentlich kann die Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im Verlauf des Verfahrens zu einer erheblichen Verschiebung der involvierten Interessen und im schlimmsten Fall zum Scheitern von Projekten führen. Mit zunehmender Verfahrensdauer steigt zudem die Gefahr, dass personelle Wechsel erfolgen und die Planungsteams relevantes Prozesswissen verlieren. Dies kann die Kommunikation zwischen den Beteiligten und das Streben nach Kontinuität in der Projektentwicklung erheblich erschweren und den Fortschritt der Planungen damit insgesamt behindern. Eine straffe Projektorganisation und sorgfältige Abklärungen zu Beginn der Planungen beschleunigen das Verfahren.¹⁴¹
- 76 — Die Beteiligten müssen sich über ihre je unterschiedlichen Interessen im Klaren sein, um Konflikte vermeiden und tragfähige Lösungen entwickeln zu können: Während die private Seite in der Regel renditeorientiert agiert und tendenziell eher kurzlebigen Nachfragestrukturen folgt,

139 Vgl. WEHRLI-SCHINDLER, Urbane Qualität, S. 113; DUSS/DURRER EGGERSCHWILER/LIENHARD/STURM, Zukunft, S. 9.

140 WEHRLI-SCHINDLER, Urbane Qualität, S. 118.

141 DUSS/DURRER EGGERSCHWILER/LIENHARD/STURM, Zukunft, S. 11; WEHRLI-SCHINDLER, Urbane Qualität, S. 111.

nehmen Behörden oft eine langfristige Perspektive ein und verhandeln auf der Grundlage multidimensionaler Interessen.¹⁴²

- Die fehlende rechtliche Regelung städtebaulicher Verträge führt zu Rechtsunsicherheit, was den Aushandlungsprozess belastet (Rz. 295). 77

Ungeachtet der Vielzahl von Faktoren, die über den Erfolg oder Misserfolg kooperativer Planungen entscheiden, muss eine Grundbedingung stets erfüllt sein, damit kooperative Planungen gelingen: Sie müssen ein von *allen* beteiligten Parteien gemeinsam getragenes und für alle vorteilhaftes Ergebnis hervorbringen. Kooperative Planungen stossen dort an Grenzen, wo eine Seite der anderen Seite kein überzeugendes Angebot zu unterbreiten hat (Rz. 158).¹⁴³ 78

142 RUCH, Überbauungsordnung, S. 435.

143 MUGGLI, Kooperative Planung, S. 29; vgl. GARDET, Urbanisme contractuel, S. 137.

Teil 2: Handlungsformen

Kapitel 7: Überblick

I. Sondernutzungspläne

1. Begriff, Funktion und Stellung im planerischen Stufenbau

1.1 Begriff und Funktionen

In der Regel werden kooperative Planungen in Form von projektbezogenen Sondernutzungsplänen realisiert. Sondernutzungspläne stellen eine Spezialbauordnung für kleinräumige Areale auf, welche die besonderen Aspekte des entsprechenden Gebiets in hohem Masse berücksichtigen.¹⁴⁴ Sie enthalten planungsrechtliche und/oder baupolizeiliche Anordnungen, welche die planerische Grundordnung (Rahmennutzungsplanung) einer Gemeinde präzisieren, ergänzen oder überlagern.¹⁴⁵ Als projektbezogene Planungen sind sie auf konkrete Bauvorhaben zugeschnitten.¹⁴⁶ Zahl, Lage und äussere Abmessung sowie die Nutzweise und Zweckbestimmung der geplanten Bauten werden bereits mit dem Raumplan und nicht erst mit der Baubewilligung in einem Detaillierungsgrad festgelegt, der die baulichen Möglichkeiten auf der betreffenden Parzelle auf wenige Varianten beschränkt.¹⁴⁷ Darüber hinaus können projektbezogene Sondernutzungspläne je nach Umfang und Zweck der vorgesehenen Überbauungen eine Vielzahl weiterer Bestimmungen enthalten, etwa zur Etappierung einzelner Baufelder, über die (Nach-)Erschliessung des Perimeters und dessen Ausstattung mit Sport- und Freizeitanlagen, Schulen, Läden und/oder Verwaltungsgebäuden, den Lärmschutz, die Gestaltung des Strassenraums, die Bereitstellung preisgünstigen Wohnraums, energetische Anforderungen an die Bauten oder betreffend Massnahmen zum Schutz von Denkmälern und Ortsbildern.¹⁴⁸ Mit der Festsetzung von Sondernutzungsplänen darf in der Regel nur noch sondernutzungsplankonform gebaut

144 DUSSY, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 7.86; WIRTHLIN, Legalitätsprinzip, S. 527.

145 EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Vorbemerkungen Art. 14-20 Rz. 2.

146 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 69 f.

147 DUSSY, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 7.91.

148 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 62, vgl. § 101 Abs. 2 lit. a-k BPG/BS und § 24 Abs. 1 PBG/TG.

werden.¹⁴⁹ Für Bauvorhaben, die zu erhöhten Nutzungskonflikten führen, kann das kantonale Recht die Festsetzung von Sondernutzungsplänen verpflichtend vorsehen.¹⁵⁰

1.2 Verhältnis zur Grundordnung

- 80 Sondernutzungspläne haben die ihnen zugrundeliegende Richt- und Nutzungsplanungen zu beachten (Rz. 28).¹⁵¹ Sie streben massgeschneiderte Lösungen an, die den Erlass der das gesamte Gemeindegebiet umspannenden Rahmennutzungsplanung überfordern würden.¹⁵² Abweichungen vom Rahmennutzungsplan sind zulässig, soweit sie das kantonale oder kommunale Recht erlaubt.¹⁵³ Sie dürfen aber nicht so weit gehen, «dass die planerisch und demokratisch abgestützte Grundordnung ihres Sinngehalts entleert würde».¹⁵⁴ D.h., die umfassende Interessenabwägung, auf der die Grundordnung beruht, darf durch Sondernutzungspläne mit deren bloss eine oder wenige Parzellen umfassender Optik nicht umgestossen werden.¹⁵⁵ Auch die unkoordinierte Aneinanderreihung von Sondernutzungsplänen ist unzulässig.¹⁵⁶ Ist zu erwarten, dass ein Bauvorhaben erhebliche über den Planungssperimeter hinausgehende Auswirkungen hat, ist zu prüfen, inwieweit eine (Teil-)Revision der Grundordnung und gegebenenfalls der Richtpläne¹⁵⁷ angezeigt ist. Teilweise sieht die Grundordnung für bestimmte Teile des Gemeindegebiets eine Pflicht zur Sondernutzungsplanung vor.¹⁵⁸ Die Erteilung der Baubewilligung setzt in diesen Fällen den Erlass eines Sondernutzungsplans voraus.¹⁵⁹

149 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 68.

150 JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 12; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 2 Rz. 45.

151 JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 4 und 30; vgl. WIRTHLIN, Legalitätsprinzip, S. 527.

152 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 59.

153 Vgl. Art. 40 Abs. 3 BauG/AR; § 75 PBG/LU; § 83 Abs. 1 PBG/ZH. Für Abweichungen gegenüber der Grundordnung kommen typischerweise die Geschosshöhe und die Ausnützungsziffer infrage (WIRTHLIN, Legalitätsprinzip, S. 527).

154 BGE 135 II 209, E. 5.2; BGer, Urteil 1C_200/2018 vom 20.3.2019, E. 4.3.

155 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 77; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 68; vgl. JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 30.

156 BGer, Urteil 1C_573/2015 vom 5.7.2016, E. 2.2; JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 30.

157 Gemäss Art. 8 Abs. 2 RPG bedürfen «Vorhaben mit gewichtigen Auswirkungen auf Raum und Umwelt [...] einer Grundlage im Richtplan». Dazu auch GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 36 f. m.w.H.

158 Vgl. JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 9.

159 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 70.

1.3 Verhältnis zur Baubewilligung

Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens ist es, zu prüfen, ob ein konkretes Bauvorhaben mit dem anwendbaren Recht, namentlich den Richt- und den Nutzungsplänen sowie den Bauvorschriften, vereinbar ist.¹⁶⁰ Mit der Baubewilligung erklärt die Baubehörde verbindlich, dass einem Bauvorhaben keine öffentlichrechtlichen Hindernisse entgegenstehen.¹⁶¹ Es handelt sich dabei um einen Akt der Rechtsanwendung.¹⁶² Projektbezogene Sondernutzungspläne, welche die planerischen Grundlagen für konkrete Bauvorhaben bilden, zeichnen sich meist durch einen sehr hohen Detaillierungsgrad aus und kommen einer Baubewilligung deshalb nahe. Einzelne Elemente des Plans können bereits baurechtliche Vorentscheide sein, welche die Wirkungen einer eigentlichen Baubewilligung entfalten.¹⁶³ In einigen Kantonen erübrigen Sondernutzungspläne die Baubewilligung, wenn sie mit der Genauigkeit der Baubewilligung festgelegt worden sind.¹⁶⁴ Der hohe Detaillierungsgrad von Sondernutzungsplänen bringt es mit sich, dass für den Fall, dass sich im Laufe der Projektrealisierung die Bedürfnisse der Bauherrschaft ändern, nicht nur die Baubewilligung, sondern auch der Sondernutzungsplan selbst angepasst werden muss.¹⁶⁵ Die Festsetzung von (Sonder-)Nutzungsplänen als Grundlage für ein Bauvorhaben ist notwendig, wenn dieses Vorhaben das Baubewilligungsverfahren überfordern würde, weil für die Realisierung originär planerische Entscheide i.S.v. Art. 2 Abs. 1 RPG zu treffen sind.¹⁶⁶

2. Rechtsnatur und Rechtswirkungen

2.1 Rechtsnatur

Die Rechtsnatur von Nutzungsplänen ist aufgrund ihrer Besonderheiten umstritten: Nutzungspläne bestehen aus kartographischen Darstellungen und aus Bau- und Nutzungsvorschriften, wobei die kartographischen Elemente

160 JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 4; WIRTHLIN beschreibt das Baubewilligungsverfahren deshalb als «Kontrollinstrument im Dienste der Legalität» (Legalitätsprinzip, S. 521).

161 HALLER/KARLEN, Raumplanungsrecht, Rz. 506.

162 HALLER/KARLEN, Raumplanungsrecht, Rz. 145.

163 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 79.

164 Vgl. Art. 88 Abs. 6 BauG/BE; Art. 28 Abs. 1 LATC/VD.

165 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 81.

166 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 59; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 2 Rz. 22. Zur Planungspflicht siehe Rz. 25.

(Linien, Symbole und Farben) den örtlichen Anwendungsbereich der Bau- und Nutzungsvorschriften parzellenscharf festlegen.¹⁶⁷ Sie weisen sowohl Merkmale generell-abstrakter Rechtssätze als auch solche individuell-konkreter Verfügungen auf.¹⁶⁸ Nutzungspläne sind generell-abstrakter Natur, soweit die durch sie statuierten Ge- und Verbote über Parzellengrenzen hinweg Anwendung finden und die Anordnungen der Konkretisierung im Baubewilligungsverfahren bedürfen.¹⁶⁹ Sie sind individuell-konkreter Natur, soweit sie die Nutzungsmöglichkeiten einer Parzelle derart konkret festlegen, dass sich eine weitere Konkretisierung im Baubewilligungsverfahren erübrigt bzw. dass der «Ausgang des späteren Baubewilligungsverfahrens vorhersehbar ist».¹⁷⁰ Das Bundesgericht beschreibt Nutzungspläne folgerichtig als «zwischen Rechtssatz und Verfügung stehende Anordnung», «auf welche teils die für generell-abstrakte Normen geltenden, teils die für Verfügungen massgebenden Grundsätze Anwendung finden [...]».¹⁷¹ In der Literatur werden Nutzungspläne teilweise als Akte zwischen Rechtssatz und Verfügung bzw. als Akte sui generis beschrieben¹⁷²; teilweise werden sie aber auch als originäre Rechtsakte des öffentlichen Rechts verstanden.¹⁷³

83 Mit dem Erlass des Bundesgesetzes über die Raumplanung im Jahr 1979 hat der Diskurs über die Rechtsnatur von Nutzungsplänen an Bedeutung verloren. Seither sind zentrale Themen, wie insbesondere der Rechtsschutz oder die Abänderbarkeit von Plänen, gesetzlich geregelt.¹⁷⁴ Soweit positivrechtliche Regelungen fehlen, hat das Bundesgericht mit seiner ebenso differenzierenden wie gefestigten Rechtsprechung für Rechtssicherheit gesorgt.¹⁷⁵ Zweifelsfälle löst das Gericht pragmatisch, indem es auf das individuelle

167 JAAG, Rechtssatz vs. Einzelakt, S. 198.

168 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 44; HÄNNI, Planungsrecht, S. 96.

169 KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 228.

170 BGE 135 II 328, E. 2.1 (Pra 2010 Nr. 27); siehe auch KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 228; vgl. HÄNNI, Planungsrecht, S. 96.

171 BGE 106 Ia 383, E. 3c; so auch BGE 144 I 318, E. 7.2.1, BGE 135 II 328, E. 2.1 (Pra 2010 Nr. 27).

172 HALLER/KARLEN, Raumplanungsrecht, Rz. 145; HÄNNI, Planungsrecht, S. 96; MOOR/POLTIER, Droit administratif Bd. II, S. 523 f. Demgegenüber betont JAAG die Ähnlichkeit von Nutzungsplänen und Allgemeinverfügungen (Abgrenzung, S. 204).

173 AEMISEGGER/KISLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 15; JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 15; KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 228.

174 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 44 f.

175 Siehe BGE 143 II 467, E. 2.2 (Pra 2018 Nr. 94), betr. die Auferlegung von Kosten im Einspracheverfahren; BGE 135 II 286, E. 5.3 (Pra 2010 Nr. 27), betr. den Anspruch auf rechtliches Gehör in der Nutzungsplanung bzw. BGE 131 II 103, E. 2.4.1, betr. die akzessorische Anfechtbarkeit von Nutzungsplänen.

Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen abstellt. Es stützt sich dabei auf die verfassungsrechtlichen Grundsätze, welche es unter Berücksichtigung der infrage stehenden raumplanerischen Bedürfnisse auf den Einzelfall hin konkretisiert.¹⁷⁶ Bei verfahrensrechtlichen Fragen orientiert es sich dabei an den auf den Individualrechtsschutz angelegten Vorschriften des Verfügungsverfahrens¹⁷⁷, während es Nutzungspläne in materieller Hinsicht insoweit als Rechtssätze behandelt, als deren Anordnungen im nachgelagerten Baubewilligungsverfahren einzuhalten sind.¹⁷⁸ In Bezug auf die Anfechtbarkeit und die akzessorische Überprüfbarkeit behandelt das Bundesgericht (Sonder-)Nutzungspläne ganz überwiegend wie Verfügungen.¹⁷⁹

2.2 Rechtswirkungen

a Schranken-versus Konkretisierungstheorie

Nutzungspläne ordnen die zulässige Nutzung des Bodens in einer für «jeder- 84
mann verbindlich[en]» Weise, was Art. 21 Abs. 1 RPG ausführt. Sie entfalten auf die Rechtspositionen der Grundeigentümerschaften unmittelbare und verbindliche Wirkung.¹⁸⁰ Strittig ist, wie diese Wirkung auf das Grundeigentum theoretisch einzuordnen ist – als gesetzliche *Konkretisierung des Grundeigentums* und folglich als Umschreibung derjenigen Rechtspositionen, die durch die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV geschützt sind (Konkretisierungstheorie), oder als *Eigentumsbeschränkung* (Schrankentheorie), d.h. als Einschränkung eines umfassend verstandenen Eigentumsschutzes, die den Voraussetzungen von Art. 26 BV i.V.m. 36 BV zu genügen hat.¹⁸¹ Für die Praxis ist dieser Theorienstreit bzw. die Abgrenzung von eigentumsumschreibenden und eigentumsbeschränkenden Normen von geringer Bedeutung, da sämtliche das Eigentum definierenden Rechtssätze mit Blick auf Art. 26 BV verhältnismässig sein müssen und das öffentliche Interesse zu wahren haben.¹⁸² Auch das Bestehen einer allfälligen Entschädigungspflicht ist in beiden Fällen zu

176 Statt vieler BGE 135 II 328, E. 2.2 (Pra 2010 Nr. 27); dazu auch WIRTHLIN, Legalitätsprinzip, S. 517.

177 Statt vieler BGE 145 II 83, E. 5.1; BGE 143 II 467, E. 2.2 (Pra 2018 Nr. 94).

178 BGer, Urteil 1C_397/2015 vom 9.8.2016, E. 3.4; BGer, Urteil 1A.154/2002 vom 22.1.2003, E. 4.1 (ZBl 2004 107 ff.); dazu auch HALLER/KARLEN, Raumplanungsrecht, Rz. 145.

179 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 245 f. und 268 f.

180 JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 17.

181 GRIFFEL, Spannungsfeld, S. 171 ff.; RIVA, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 143 ff.; WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 26 Rz. 9.

182 GRIFFEL, Spannungsfeld, S. 174 f.; HÄNNI, Planungsrecht, S. 21; RIVA, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 146; WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 26 Rz. 10 f.

prüfen, wobei die Inhaltskonkretisierung von Eigentumspositionen grundsätzlich entschädigungslos bleibt.¹⁸³ Die Konkretisierungstheorie hat vor allem im Kontext der baulichen Nutzung von Grundstücken eine Schärfung erfahren.¹⁸⁴

- 85 Rechtsprechung und herrschende Lehre gehen davon aus, dass das Grundeigentum mit der Aufnahme von Art. 22^{quater} über die Raumplanung 1969 in die Bundesverfassung¹⁸⁵ (heute Art. 75 BV) sowie mit dem auf diesen gestützten Erlass des Gewässerschutzgesetzes von 1971¹⁸⁶ und des Raumplanungsgesetzes von 1979 eine grundlegend neue rechtliche *Umschreibung* erfahren hat.¹⁸⁷ Daraus folgt, dass die Zuweisung von altrechtlichem Bauland in die Nichtbauzone bei der erstmaligen Festsetzung eines RPG-konformen Nutzungsplans keine Eigentumsbeschränkung im Sinne von Art. 26 BV darstellt und als «Nichteinzonung» grundsätzlich nicht entschädigungspflichtig ist.¹⁸⁸ Mit der RPG-Revision vom 15. Juni 2012, namentlich der Spezifizierung von Art. 15 RPG betreffend die Bauzonen, hat das Grundeigentum eine weitere Präzisierung erfahren. Da die Revision auf den Vollzug der Bodenordnung von 1979 gerichtet ist, hat sie jedoch nicht dazu geführt, dass eine Auszonung eines Baugrundstücks, das dem revidierten Art. 15 RPG nicht genügte, neu ebenfalls als nicht entschädigungspflichtige Nichteinzonung zu qualifizieren wäre.¹⁸⁹

b «Negative» Rechtswirkungen im Grundsatz

- 86 Grundsätzlich entfalten Nutzungspläne bloss «negative» Rechtsverbindlichkeit, d.h., sie vermitteln den Grundeigentümerschaften das Recht, ihr Grundstücknutzungsplankonform zu überbauen; verpflichten sie dazu aber nicht.¹⁹⁰

183 Eine Entschädigung kann allerdings bei unannehmbaren Härten geboten sein (BGE 144 II 367, E. 3.3 [Pra 2019 Nr. 26]; HÄNNI, Planungsrecht, S. 21; RIVA, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 147).

184 BGE 144 II 367, E. 3.2 (Pra 2019 Nr. 26); WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 26 Rz. 9.

185 AS 1969 1249.

186 Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz) vom 8. Oktober 1971 (nicht mehr in Kraft); heute: Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG) vom 24.1.1991 (SR 814.20).

187 BGE 122 II 326, E. 4a; BGE 105 Ia 336, E. 3c; HALLER/KARLEN, Raumplanungsrecht, Rz. 113; HÄNNI, Planungsrecht, S. 35 ff.; RIVA, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 148; TANQUEREL, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 21 Rz. 21.

188 BGE 131 II 728, E. 2.3; BGE 119 Ib 124, E. 2a; RIVA, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 189, für Ausnahmen von diesem Grundsatz siehe a.a.O., Rz. 190 ff.

189 Vgl. RIVA, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 152.

190 HÄNNI, Planungsrecht, S. 200 f.; JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 18.

Seit Inkrafttreten der RPG-Revision 2012 bestehen zu diesem Grundsatz allerdings zwei Ausnahmen: Gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG steht die Ausscheidung neuer Bauzonen unter dem Vorbehalt, dass deren bauliche Realisierung sichergestellt ist. Sodann verpflichtet Art. 15a Abs. 2 RPG die Behörden dazu, die Realisierung verfügbaren Baulands durch die Anordnung von Baupflichten zu fördern, wenn das öffentliche Interesse dies rechtfertigt (Rz. 246).

3. Planerlass

Der Erlass von Nutzungsplänen erfolgt in einem spezifischen, auf die Besonderheiten der Raumplanung zugeschnittenen Verfahren, das darauf abzielt, eine möglichst sachgerechte, konfliktarme und breit akzeptierte Raumordnung herzustellen.¹⁹¹ Das Verfahren spiegelt die Rechtsnatur des Nutzungsplans als Anordnung sui generis wider, indem es Elemente des Rechtssetzungsverfahrens, das der politischen Meinungsbildung dient, mit den Elementen des Verfügungsverfahrens, das auf Individualrechtsschutz abzielt, vereint.¹⁹² Die Grundzüge des Verfahrens ordnet das Bundesrecht. Ausgangspunkt bildet die durch Art. 3 RPV begründete Pflicht der Behörden, planerische Anordnungsspielräume mit der Methode der umfassenden Interessenabwägung zu konkretisieren.¹⁹³ Dem politischen Charakter der Pläne wird mit Art. 4 RPG Rechnung getragen, wonach die Planungsbehörden dafür zu sorgen haben, dass die Bevölkerung in geeigneter Weise an Planungen mitwirken kann. «Was alle betrifft, soll unter sachgerechter Teilnahme möglichst aller entstehen [...]»¹⁹⁴ Nach ihrer Festsetzung sind Pläne gemäss Art. 26 RPG zusammen mit einem Erläuterungsbericht gemäss Art. 47 RPV der zuständigen kantonalen Behörde zur Genehmigung vorzulegen und gemäss Art. 33 Abs. 1 RPG öffentlich aufzulegen. Hernach können Nutzungspläne gemäss Art. 33 f. RPG angefochten und hierdurch einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden. Schutzwürdig Betroffenen ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung spätestens in diesem Verfahrensstadium das rechtliche Gehör als Element des individuellen Rechtsschutzes zu gewähren.¹⁹⁵ Den Kantonen steht es frei, die Bestimmungen des Bundes zu konkretisieren und weitere Verfahrensvorschriften zu formulieren – etwa indem sie ein Einwendungsverfahren

191 Vgl. GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 80f.

192 EJP/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 4 Rz. 1-3.

193 Die bisher lediglich auf Verordnungsstufe geregelte Pflicht zur Interessenabwägung soll im Rahmen der zweiten Etappe der Teilrevision des Raumplanungsgesetzes ihrer Bedeutung entsprechend mit Art. 2 Abs. 2^{bis} E-RPG neu auf Gesetzesstufe verankert werden (Botschaft RPG II, S. 746i).

194 EJP/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 4 Rz. 3.

195 Statt vieler BGE 135 II 286, E. 5; dazu kritisch Rz. 451ff.

vorsehen.¹⁹⁶ Sondernutzungspläne unterliegen als besondere Nutzungspläne demselben Erlassverfahren wie Rahmennutzungspläne.¹⁹⁷ Während der Erlass von Rahmennutzungsplänen in der überwiegenden Mehrheit der Kantone in die Zuständigkeit der Legislative fällt, werden Sondernutzungspläne je nach Kanton und Sondernutzungsplan von der Exekutive oder der Legislative erlassen.¹⁹⁸

II. Verwaltungsrechtliche Verträge

1. Begriff und Begriffselemente

1.1 Begriff

- 88 Verwaltungsrechtliche Verträge beruhen auf den wechselseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen zweier oder mehrerer Rechtssubjekte. Sie haben die verbindliche Regelung einer konkreten verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehung im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Gegenstand und sind öffentlichrechtlicher Natur.¹⁹⁹ Verwaltungsrechtliche Verträge zwischen zwei oder mehreren Hoheitsträgern werden als koordinationsrechtlich bezeichnet. Verwaltungsrechtliche Verträge zwischen einem Hoheitsträger und privaten Akteuren werden als subordinationsrechtlich bezeichnet.²⁰⁰ Letztere sind die für kooperative Planungen typischen Verträge.

1.2 Begriffselemente

a Begriffselement «öffentlichrechtlich»

- 89 Verwaltungsrechtliche Verträge dienen der *unmittelbaren Erfüllung* öffentlicher Aufgaben und sind deshalb öffentlichrechtlicher Natur.²⁰¹ Ungeachtet ihrer konsensualen Genese bleibt der Staat deshalb gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte und die allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts gebunden.

b Begriffselement «wechselseitig»

- 90 Verwaltungsrechtliche Verträge entstehen durch die übereinstimmenden Willenserklärungen der Vertragsparteien. Im Gegensatz zu Raumplänen

196 BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 75 Rz. 3. Zum Einwendungsverfahren noch ausführlich Kapitel 12 III.6.

197 Vgl. JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 9 und 24 f.

198 JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 25.

199 Statt vieler GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 69.

200 Statt vieler GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 70.

201 Statt vieler GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 79; zur Funktionstheorie siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 229.

entfalten sie lediglich Wirkungen *inter partes*, d.h., sie binden die Parteien, begründen aber keine Rechte oder Pflichten Dritter.²⁰² In Abhängigkeit von der Zahl der beteiligten Parteien sind sie bi- oder multilateraler Natur.

c Begriffselement «subordinationsrechtlich»

Die Bezeichnung verwaltungsrechtlicher Verträge zwischen Staat und Privaten als «subordinationsrechtlich» ist irreführend²⁰³, da das vertragliche Handeln doch gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass sich die Parteien in einem rechtlichen *Gleichordnungsverhältnis* gegenüberstehen, sich also auf Augenhöhe begegnen, und die Kompetenz zur Inhaltsgestaltung allen Beteiligten gleichermaßen zusteht.²⁰⁴ Bei Vertragsverhandlungen tritt der einseitig anordnende Staat hinter den partnerschaftlich agierenden Staat zurück, weshalb gerade kein Subordinationsverhältnis vorliegt. Ausnahmen sind freilich vorbehalten. So wird noch aufzuzeigen sein, dass sich die verfassungsrechtlich-institutionelle Überordnung des Staates trotz der rechtlichen Gleichordnung der Parteien beim vertraglichen Handeln derart auf den Aushandlungsprozess auswirken kann, dass zwar nicht rechtlich, aber faktisch ein Subordinationsverhältnis besteht (Rz. 134 ff.). In diesen Fällen ist die Bezeichnung der Verträge als subordinationsrechtlich zutreffender, als dies üblicherweise angenommen wird.²⁰⁵

2. Abgrenzung

2.1 Abgrenzung zur Verfügung

Verwaltungsrechtliche Verträge sind von den Verfügungen als bedeutendster Handlungsform zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben abzugrenzen. Verfügungen sind hoheitliche Akte, mit denen der Staat Rechtsverhältnisse zwischen ihm und Privaten gestützt auf öffentliches Recht einseitig und verbindlich konkretisiert. Wie verwaltungsrechtliche Verträge dienen Verfügungen der unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben und sind deshalb öffentlichrechtlicher Natur.²⁰⁶ Im Unterschied zu verwaltungsrechtlichen Verträgen steht die inhaltliche Konkretisierung des Rechtsverhältnisses jedoch allein dem Staat zu.²⁰⁷ Daran ändert auch der Anspruch der Verfügungsadressatinnen

202 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 9.

203 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1308.

204 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 4; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1288 sowie 1290.

205 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 614.

206 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 27 Rz. 7.

207 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 30 Ziffer 2, Rz. 82.

und -adressaten auf rechtliches Gehör nichts. Zwar haben sie unter anderem das Recht auf Stellungnahme und Begründung. Ein eigentlicher Aushandlungsprozess, der für Verträge charakteristisch ist, findet im Verfügungsverfahren typischerweise aber nicht statt.²⁰⁸

93 Die Abgrenzung von Verfügung und verwaltungsrechtlichem Vertrag fällt insbesondere in Bezug auf mitwirkungsbedürftige Verfügungen, d.h. Verfügungen, die auf Gesuch der Adressaten hin ergehen oder wie verwaltungsrechtliche Verträge der Zustimmung der Adressatinnen und -adressaten bedürfen, nicht immer leicht.²⁰⁹ Die Grenzen verwischen sich insbesondere dort, wo der Staat die Inhalte eines Vertrags aufgrund faktischer Verhandlungsmacht weitgehend «diktiert» und der privaten Vertragspartei letztlich nur die Wahl bleibt, dem Vertrag zuzustimmen oder diesen abzulehnen.²¹⁰ Für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses als vertraglich kommt es nach einem Teil der Lehre darauf jedoch nicht an. Vielmehr sei entscheidend, ob der Gesetzgeber den rechtsanwendenden Behörden relativ erhebliche Gestaltungsspielräume eingeräumt hat und ob die Parteien davon Gebrauch gemacht haben.²¹¹

94 Ein anderer Teil der Lehre will für die Abgrenzung zwischen Verfügung und Vertrag nicht primär auf die Kompetenz zur Inhaltsgestaltung abstellen, sondern auf die Art des Zustandekommens. Während Verträge auf den *übereinstimmenden Willenserklärungen* der Parteien und damit auf Konsens beruhen, gehen Verfügungen auf das Gewaltmonopol des Staates zurück.²¹² Mitwirkungsbedürftige Verfügungen gelten danach trotz Zustimmungsbedürfnis als einseitig angeordnet, weil die Zustimmung der Verfügungsadressaten im Unterschied zur Zustimmung der privaten Vertragspartei blosses Gültigkeits-, nicht aber Entstehungsvoraussetzung bildet.²¹³

208 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 30 und 83 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1290, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 6. Vgl. auch KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 15, MAEGLI, Kooperatives Verwaltungshandeln, S. 275 f., sowie FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, die davon ausgehen, dass Verfügungen auch die Ergebnisse eigentlicher Aushandlungsprozesse zwischen Staat und Privaten abbilden können (Zürcher Planungs- und Baurecht, S. 204).

209 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 642.

210 REGIERUNGSRAT AG, Urteil vom 23.3.2005, E. b/cc (AGVE 2005 617 ff.) (erwähnt in GRIFFEL, Verwaltungsrecht, S. 45 f.).

211 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 83; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1290; i.d.S. auch THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 643.

212 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 4; vgl. KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 15 f.

213 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 15. I.d.S. auch THURNHERR, die der Einwilligung Privater in eine mitwirkungsbedürftige Verfügung Schutzcharakter beizumisst. Demgegenüber diene die Zustimmung zu einem Vertrag der Herstellung von Interessenkonvergenz (THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 643).

2.2 Abgrenzung zum zivilrechtlichen Vertrag

Verwaltungsrechtliche Verträge sind sodann von den zivilrechtlichen Verträgen abzugrenzen. Beiden Vertragstypen ist deren Begründung durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen gemein.²¹⁴ Während jedoch verwaltungsrechtliche Verträge öffentlichrechtlich geordnet sind und der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstehen, sind zivilrechtliche Verträge durch das Obligationenrecht des Bundes geregelt und unterstehen der Zivilgerichtsbarkeit.²¹⁵ Die Rechtsnatur der Verträge – öffentlichrechtlich bzw. privatrechtlich – ist entweder durch das Gesetz bestimmt oder muss, sofern gesetzliche Vorgaben fehlen, im Einzelfall ermittelt werden.²¹⁶ Für die Ermittlung im Einzelfall ist auf die sog. *Funktionstheorie* und damit auf den Zweck des Vertrags bzw. auf dessen charakteristische Leistung abzustellen.²¹⁷ Zivilrechtlicher Natur ist ein Vertrag, wenn der Vertragsgegenstand bloss mittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient bzw. wenn öffentliche Interessen durch das Vertragsverhältnis nur mittelbar berührt sind. Dagegen zielen verwaltungsrechtliche Verträge auf die *unmittelbare* Erfüllung öffentlicher Aufgaben ab bzw. betreffen einen öffentlichrechtlich geregelten Gegenstand.²¹⁸ Nicht immer fällt die Bestimmung der Rechtsnatur von Verträgen leicht. Sie sind aber stets dann verwaltungsrechtlicher Natur, wenn ihr Gegenstand grundsätzlich auch verfügt werden könnte.²¹⁹

In der Raumplanung haben Verträge typischerweise Baupflichten, den Ausgleich planerischer Mehrwerte oder Aspekte der Erschliessung zum Gegenstand (Kapitel 9 III-V). Sie sind öffentlichrechtlicher Natur, soweit sie die Umsetzung planerischer Anordnungen vorbereiten, sichern oder ergänzen und damit in unmittelbarem Zusammenhang mit der Raumplanung als öffentlicher Aufgabe stehen.²²⁰ Daneben können auch Grundstücksgeschäfte dem öffentlichen Recht unterstehen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn Grundstückskaufverträge auf einem gesetzlichen Kaufrecht des Gemeinwesens

214 Siehe Art. 1 Abs. 1 OR für Verträge des Privatrechts.

215 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 80.

216 TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 7.

217 BGE 134 II 297, E. 2.2; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 79.

218 Statt vieler GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 79; dazu auch WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 6 ff. mit einer umfangreichen Kasuistik.

219 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 11.

220 Für Mehrwertausgleichsverträge siehe POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 123, sowie SCHNEIDER, Planungsvorteil, S. 175. Für vertragliche Baupflichten vgl. DUBEY, La garantie de la disponibilité, S. 207. Für Erschliessungsverträge siehe KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 14, sowie REDING, Baulanderschliessung, S. 23.

beruhen, das dieses als Sanktion für die Verletzung einer gesetzlichen Bau- pflicht und folglich zur Durchsetzung einer verwaltungsrechtlichen Pflicht ausübt.²²¹ Öffentlichrechtlicher Natur sind sodann auch all jene Grundstücksgeschäfte, mit denen die Behörden Grundstücke zu günstigeren als den Markt- konditionen veräussern und welche die Käuferschaft als Gegenleistung für den herabgesetzten Preis zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe wie des sozialen Wohnungsbaus verpflichten.²²² Grundstücksgeschäfte, welche das Gemeinwesen im Rahmen einer aktiven Bodenpolitik tätigt, sind dagegen meist zivilrechtlicher Natur.²²³ Dasselbe gilt für Werk- oder Dienstleistungs- verträge, welche das Gemeinwesen im Zusammenhang mit der Altlastensan- nierung von Grundstücken oder über die Erstellung von Planungsunterlagen mit Dritten abschliesst.²²⁴ Diese Verträge bereiten die Erfüllung öffentlicher Aufgaben «lediglich» vor, weshalb nur ein mittelbarer Zusammenhang zu diesen Aufgaben besteht.

2.3 Abgrenzung zur informellen Absprache

- 97 Abzugrenzen sind verwaltungsrechtliche Verträge schliesslich von informel- len Absprachen. Beide Handlungsformen regeln Verwaltungsangelegenhei- ten zwischen Staat und Privaten in einvernehmlicher Form.²²⁵ Der wesent- liche Unterschied zwischen Verträgen und informellen Absprachen besteht in dem je angestrebten Erfolg. Während sich die Parteien eines Vertrags recht- lich binden wollen, zielen informelle Absprachen auf einen blossen Taterfolg ab. Sie begründen unmittelbar weder Rechte noch Pflichten.²²⁶ Im Kontext des kooperativen Staatshandelns haben informelle Absprachen häufig die Funk- tion eines Zwischenspeichers von Verhandlungsergebnissen und bilden damit einen Prozessschritt bei der Vorbereitung von Verfügungen, Verträgen, oder kooperativ erarbeiteten Plänen als jeweils förmlichen Rechtsakten. Sofern zulässig, können sie aber auch darauf angelegt sein, den Erlass von Rechtsakten abzuwenden. Ihre Steuerungswirkung entfalten sie dann vor dem Hintergrund der «Drohung» des Staates, er werde bei Nichtbeachtung

221 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1294.

222 POLTIER, La place du contrat, S. 146.

223 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 84; POLTIER, La place du contrat, S. 146.

224 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 84.

225 Statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1422; TSCHANNEN/ ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 39 Rz. 7.

226 Statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1422; TSCHANNEN/ ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 38 Rz. 4 und § 39 Rz. 8.

der gemeinsam formulierten Absprache einseitig-hoheitliche Anordnungen treffen.²²⁷

3. Zulässigkeit der Vertragsform

3.1 Überblick über die Voraussetzungen

Die Zulässigkeit der Vertragsform wird gemäss Lehre und Rechtsprechung an zwei Voraussetzungen geknüpft, die kumulativ erfüllt sein müssen: 98

1. Das Gesetz muss die Vertragsform entweder ausdrücklich vorsehen oder darf diese zumindest nicht ausschliessen.
2. Der Vertrag erweist sich gegenüber der Verfügung als die geeignetere Handlungsform.

3.2 Zulässigkeit der Vertragsform im Grundsatz

Verwaltungsrechtliche Verträge sind als Handlungsform zulässig, wenn das Gesetz sie explizit vorsieht oder sie jedenfalls weder ausdrücklich noch stillschweigend ausschliesst.²²⁸ Die Vertragsform gilt als *ausdrücklich* ausgeschlossen, wenn das Gesetz die Behörden auf die Verfügungsform verpflichtet oder das anwendbare Recht für das vertragliche Handeln eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage verlangt, eine solche im konkreten Fall aber nicht besteht.²²⁹ Der Ausschluss der Vertragsform erfolgt *stillschweigend*, wenn das Gesetz für die Begründung eines Rechtsverhältnisses derart detaillierte Vorgaben macht, dass den rechtsanwendenden Behörden kein substantieller Regelungsspielraum bleibt.²³⁰

In den wenigsten Fällen äussert sich das Gesetz ausdrücklich zur Zulässigkeit der Vertragsform. Durch Auslegung ist dann zu ermitteln, ob «Raum» 100

227 Vgl. HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 17.

228 Statt vieler BGE 103 Ia 505, E. 3a; BGE 136 II 415, E. 2.6.1; BGE 136 I 142, E. 4.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1310; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 21-23.

229 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 22; KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 59.

230 Statt vieler GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 73; MÜLLER G., Zulässigkeit, S. 27; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 23 1. Lemma. A.A. ist KLEIN, der argumentiert, dass für die Beantwortung der Frage, ob ein Rechtssatz Raum für vertragliches Handeln lässt, auf den Sinn und Zweck dieses Rechtssatzes abzustellen sei. Die Normierungsdichte sei dagegen irrelevant, wenn die Auslegung des Gesetzes zeigt, dass hinsichtlich der Zulässigkeit von Verträgen eine Regelungslücke besteht. Diese Ansicht ist insofern konsistent, als KLEIN zu jenen Autoren zählt, die als charakteristisches Merkmal verwaltungsrechtlicher Verträge auf deren Zustandekommen und nicht auf das Vorhandensein erheblicher behördlicher Ermessensspielräume abstellen (Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 61 f.; siehe Fn. 208) und die eine «gewisse Wahlfreiheit» bei der Verwendung von Verfügungen und verwaltungsrechtlichen Verträgen befürworten (a.a.O., S. 11).

für vertragliche Absprachen besteht.²³¹ Es ist also zu prüfen, ob das Gesetz den vollziehenden Behörden für die Inhaltsbestimmung des Rechtsverhältnisses einen substantziellen Gestaltungsspielraum einräumt.²³² Die *teleologische Auslegung* bzw. die Auslegung nach dem Gesetzeszweck ist dabei von erheblicher Bedeutung. Sie kann wichtige Anhaltspunkte dafür liefern, ob ein Rechtsverhältnis einseitig ist oder ob es (auch) konsensual konkretisiert werden kann.²³³ Rechtsstaatliche Grundsätze, allen voran das Rechtsgleichheitsgebot, leiten die Auslegung an. Danach drängt sich die Verfügungsform in jenen Situationen auf, die nach formaler Gleichbehandlung verlangen.²³⁴ Erfordert eine Situation hingegen eine massgeschneiderte und folglich einzelfallgerechte Lösung, kann sich die Vertragsform als geeignet erweisen.²³⁵ Dass Verträge auch Elemente umfassen, die das Gesetz abschliessend regelt, ist dabei insoweit unproblematisch, als die wesentlichen Vertragsinhalte auf Verhandlungen beruhen.²³⁶

- 101 Ältere Gesetze, die in einer Zeit entstanden sind, als der Gesetzgeber noch ganz selbstverständlich von der Verfügung als Handlungsform ausging und den verwaltungsrechtlichen Vertrag als noch junges Rechtsinstitut nicht in Erwägung zog, sind *objektiv-geltungszeitlich* auszulegen. D.h., sie sind auch im Lichte der gegenwärtigen allgemeinen Rechtsanschauung zu interpretieren.²³⁷ Das setzt freilich voraus, dass kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt, etwa weil die Öffnung des Gesetzes für die Vertragsform vorgängig schon einmal im Gesetzgebungsprozess gescheitert ist.²³⁸

3.3 Sachliche Gründe für die Wahl der Vertragsform

a Kriterium der «besseren Geeignetheit»

- 102 Steht fest, dass das Gesetz neben der Verfügung auch die Vertragsform zulässt, ist gemäss Rechtsprechung und Lehre in einem zweiten Schritt zu fragen, ob

231 Statt vieler GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 73; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 16.

232 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 73.

233 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 23 2. Lemma; KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 60; ADANK, Contrat de planification, Rz. 196.

234 MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 18; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 23. Der Grundsatz der formalen Gleichbehandlung ist beispielsweise im Abgaberecht massgebend.

235 Statt vieler TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 23.

236 MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 17; so auch ADANK, Contrat de planification, Rz. 194.

237 Vgl. KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 61. Zur objektiv-geltungszeitlichen Auslegungsmethode siehe FORSTMOSER/VOGT, Einführung, § 19 Rz. 41, 51 ff. m.w.H.

238 Vgl. BGE 136 I 142, E. 4.1; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 24.

der Vertrag die *geeignere* Handlungsform zur Regelung eines konkreten Rechtsverhältnisses darstellt. Die Wahl der Vertragsform steht folglich unter einem Rechtfertigungszwang.²³⁹ Folgende Motive werden für die Wahl der Vertragsform genannt:

- Die einvernehmliche Regelung eines konkreten Rechtsverhältnisses erscheint nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes angezeigt.²⁴⁰
- Die Vertragsparteien wollen Leistungen vereinbaren, die zwar durch das Gesetz gedeckt sind, auf welche die Privaten aber keinen Anspruch haben bzw. welche die Behörden nicht einseitig erzwingen können.²⁴¹
- Die Parteien wollen sich dauerhaft binden. Der einseitige Rücktritt einer Partei von einer einmal übernommenen Pflicht soll ausgeschlossen werden, wobei insbesondere der Staat den Vertrag bei einer Gesetzesänderung grundsätzlich nicht einseitig ändern kann.²⁴²
- Die im Dialog vereinbarten Pflichten werden von der privaten Partei besser akzeptiert und eingehalten, was die Steuerungskraft des Rechts stärkt und die Durchsetzungskosten senkt.²⁴³
- In komplexen Situationen mit unübersichtlichen Interessenlagen tragen Verhandlungen zur Sachverhaltsklärung bei. Damit begünstigen sie situationsadäquate Lösungen.²⁴⁴
- Mittels vertraglicher Abreden lassen sich rechtliche und tatsächliche Unklarheiten in Bezug auf ein Rechtsverhältnis verbindlich beseitigen. Das schafft Rechtssicherheit und Vertrauen. Bestehende Konflikte können auf diese Weise beigelegt und neuen Konflikten kann vorgebeugt werden.²⁴⁵

Die Praxis begnügt sich bei der Rechtfertigung der Wahl der Vertragsform 103
indessen mit der mindestens gleich guten Eignung des Vertrags gegenüber

239 BGE 136 I 142, E. 4.1; BGer, Urteil 1A.166/2005 vom 13.3.2006, E. 2.4 (URP 2006 361 ff.); statt vieler TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 24 ff.

240 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 26; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis Bd. I, Rz. 2947, 2970.

241 BGE 136 I 142, E. 4.2; BGer, Urteil 1A.266/2005 vom 13.3.2006, E. 2.5 (URP 2006 361 ff.); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1317 f.

242 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1315 f.; HÄNER, Umweltschutzvollzug, S. 600.

243 RICHLI, Verhandlungselemente, S. 390 ff., der die psychologischen Gründe für das vertragliche Handeln des Staates besonders hervorhebt; siehe auch HÄNER, Umweltschutzvollzug, S. 591.

244 HÄNER, Umweltschutzvollzug, S. 591.

245 BGE 138 V 147, E. 2.4; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 27; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis Bd. I, Rz. 2947.

der Verfügung.²⁴⁶ Gleichwohl spiegelt das Erfordernis eines Motivs die untergeordnete Stellung des Vertrags als Handlungsform wider.²⁴⁷

b Kritik durch Teile der Lehre

104 Das Kriterium der «besseren Geeignetheit» der Vertragsform wurde in der Lehre verschiedentlich relativiert. Zum einen wird vorgebracht, die Vertragsform müsse sich keineswegs aufdrängen, wenn eines der aufgeführten Motive besteht. Behördliche Regelungsspielräume liessen sich auch durch die Gewährung des rechtlichen Gehörs angemessen konkretisieren. Der Vertragsform bedürfe es hierfür nicht. Auch für die dauerhafte Bindung der Parteien an die versprochene Leistung bedürfe es keines Vertrags. Diese könne mittels geeigneter Auflagen genauso gut auf dem Verfügungsweg gewährleistet werden.²⁴⁸ Aus diesen Gründen formulieren TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER die These, «der Hang zur Vertragsform im Verwaltungsrecht habe vor allem psychologische Gründe».²⁴⁹

105 Den praktischen Nutzen des Erfordernisses eines besonderen Motivs für die Wahl der Vertragsform stellen aber nicht primär Autorinnen und Autoren der Deutschschweiz, sondern vielmehr der Westschweiz infrage. MOOR/POLTIER argumentieren etwa, dass bereits das Erfordernis, dass ein Rechtsatz Raum für die Vertragsform lasse, den Anwendungsbereich verwaltungsrechtlicher Verträge derart stark begrenze, dass das Erfordernis eines sachlichen Grunds kaum weitergehende Beschränkungswirkung habe.²⁵⁰ POLTIER ergänzt, es sei kaum vorstellbar, dass das Bundesgericht je einen Vertrag am Kriterium des fehlenden sachlichen Grunds werde scheitern lassen.²⁵¹ ADANK bringt vor, die erwähnten Motive seien blosser Auslegungshilfen bei der Klärung der Frage, ob ein Rechtsatz für die Vertragsform Raum lasse. Sie spiegelten die öffentlichen Interessen am vertraglichen Handeln des Staates wider, die es aber bereits bei der Auslegung des Gesetzes zu berücksichtigen gelte.²⁵²

106 Demgegenüber plädieren KLEIN, MÄCHLER und WALDMANN für eine Akzentverschiebung der Prüfung. Mit der herrschenden Lehre stimmen sie darin überein, dass den Behörden keine eigentliche Wahlfreiheit in Bezug auf die Form ihres Handelns zukomme. Anders als diese sind sie aber der

246 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 73 Ziffer 2.

247 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 3.

248 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 28.

249 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 28; ferner RICHLI, Verhandlungselemente, S. 390 ff., 403 f.

250 MOOR/POLTIER, Droit administratif Bd. II, S. 456 f.

251 POLTIER, La place du contrat, S. 144.

252 ADANK, Contrat de planification, Rz. 198 ff.

Auffassung, dass es keine klare Rangordnung der Handlungsformen gebe. Lässt das Gesetz sowohl die Verfügung als auch den Vertrag zu, müsse sich die Wahl der Handlungsform an deren Eignung für die effektive und effiziente Erfüllung der infrage stehenden Verwaltungsaufgabe orientieren. Der Rechtfertigungszwang betreffe damit nicht mehr nur den Vertrag. Auch das Handeln durch Verfügung bedürfte dann einer sachlichen Begründung.²⁵³

c Würdigung

Die kritischen Einwände der Lehre sind nicht gänzlich von der Hand zu weisen. Zunächst ist richtig, dass es bei der *zweistufigen Prüfung* der Zulässigkeit der Vertragsform insofern Überschneidungen gibt, als die Motive, welche die bessere Geeignetheit der Vertragsform begründen, auch das Ergebnis der Auslegung des Gesetzes massgeblich mitbestimmen. In beiden Prüfschritten ist beispielsweise zu klären, ob Regelungsspielräume bestehen, die nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes konsensual konkretisiert werden können und sollen. Gleichwohl hat die Prüfungsabfolge ihre Berechtigung, denn die Frage, ob der Rechtssatz Raum für die Vertragsform lässt, ist *abstrakt* zu beantworten, während die Frage der Geeignetheit der Vertragsform *einzelfallweise*, d.h. unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände, zu klären ist. Nur weil ein Rechtssatz für die Vertragsform Raum lässt, muss die Wahl der Vertragsform im konkreten Fall nicht zwingend sinnvoll sein. Man denke an Situationen, in denen Vertragsverhandlungen scheitern oder in denen die private Partei für Verhandlungen von vornherein nicht Hand bieten will. 107

Bedenkenswert erscheint allerdings die Kritik an der Vorrangstellung der Verfügung gegenüber dem verwaltungsrechtlichen Vertrag. Kooperative Handlungsformen erfüllen im Gefüge des Staatshandelns spezifische Funktionen, die das Staatshandeln selbst und seine Wahrnehmung durch die Bürgerinnen und Bürger verändern. Indem sie die Vertragsform auch in den Fällen als zulässig anerkennen, wo das Gesetz diese nicht ausdrücklich nennt, haben Rechtsprechung und Lehre diese Funktionen implizit anerkannt. Sie sollten von den rechtsanwendenden Behörden deshalb nicht leichtthin abgeschnitten werden. 108

4. Zulässigkeit des Vertragsinhalts

4.1 Grundsätze

Öffentliches Recht ist anders als das Zivilrecht nicht dispositiver Natur, d.h., es kann nicht vertraglich abbedungen werden.²⁵⁴ Verträge sind deshalb nur 109

253 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 62f., 71f.; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 19f., 21f.; WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 2.

254 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 74.

in den Grenzen des Rechts zulässig und damit nur im Umfang des gesetzlich definierten behördlichen Gestaltungsspielraums. Dies folgt unmittelbar aus dem in Art. 5 Abs. 1 BV verankerten Legalitätsprinzip, wonach Grundlage und Schranke staatlichen Handelns das Recht ist.²⁵⁵ Staatliches Handeln, welches einer genügenden gesetzlichen Grundlage entbehrt, ist unzulässig. Das Legalitätsprinzip gilt für alles staatliche Handeln, d.h. ungeachtet dessen, ob es autoritativ oder kooperativ erfolgt.²⁵⁶ Der Staat darf sich deshalb weder Leistungen versprechen lassen, die durch das Gesetz nicht gedeckt sind, noch selbst entsprechende Zusagen machen.²⁵⁷

110 Soweit gesetzliche Regelungsspielräume bestehen, die vertragliches Handeln zulassen, hat die Konkretisierung der Gestaltungsspielräume nach Massgabe der Prinzipien des Verwaltungsrechts zu erfolgen. Privatautonomie, verstanden als Abschluss-, Partnerwahl- und Inhaltsfreiheit, kommt dem öffentlichrechtlich handelnden Staat nicht zu.²⁵⁸ Vielmehr wird die staatliche Willensbildung durch die allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts angeleitet, allem voran das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 BV, das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 3 BV, das Gebot der Wahrung öffentlicher Interessen gemäss Art. 5 Abs. 2 BV, das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV und der Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 sowie Art. 9 BV.²⁵⁹

111 Dass die Prinzipien das verwaltungsvertragliche Handeln des Staates strukturieren, ist unbestritten. Es ist jedoch nicht immer leicht, deren Tragweite im Einzelfall zu bestimmen.²⁶⁰ Im Folgenden werden die drei massgebenden Zulässigkeitserfordernisse vertraglicher Inhalte – das Bestehen einer

255 Das Gesetz setzt den Handlungsrahmen der Verwaltung (Auftrag, Ziele und Aufgaben), ohne aber die Einzelheiten der Durchführung zu regeln (WIRTHLIN, Legalitätsprinzip, S. 514).

256 BGE 144 V 84, E. 6.1. Statt vieler KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 59f.; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 60; MÜLLER G., Zulässigkeit, S. 30. Demgegenüber ist COTTIER der Auffassung, dass verwaltungsrechtliche Verträge angesichts der geringen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage einen Ausnahmefall vom Legalitätsprinzip darstellen (Legalitätsprinzip, S. 35).

257 NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 214 f.; RHINOW, Wohlerworbene und vertragliche Rechte, S. 11; TSCHANNE/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 30.

258 MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 6 Rz. 4 ff.; SPANNOWSKY, Grenzen, S. 272 ff. (insb. S. 276), S. 418; a.A. AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 85, in Bezug auf die Partnerwahl- und Abschlussfreiheit.

259 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 74; KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 76 f.; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 6 Rz. 7, 10 ff.; WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 4.

260 So auch GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 74.

gesetzlichen Grundlage, das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses und die Wahrung der Verhältnismässigkeit – unter Darstellung von Rechtsprechung und Lehre abstrakt erörtert. Auf die Zulässigkeit für kooperative Planungen besonders typischer Vertragsinhalte wird in den Kapiteln 9 II-V zurückzukommen sein.

4.2 Gesetzliche Grundlage

a Zum Stand von Rechtsprechung und Lehre

(i) Stand der Rechtsprechung

Inwieweit sich die Vereinbarungen, die den Gegenstand verwaltungsrechtlicher Verträge bilden, auf ein Gesetz abstützen können müssen, ist nicht abschliessend geklärt. Das Bundesgericht zeigt sich heute – nachdem es zunächst sehr hohe Anforderungen an die gesetzliche Grundlage vertraglicher Inhalte stellte – vergleichsweise grosszügig: 1979 ging es noch davon aus, dass «das Gemeinwesen beim Abschluss eines öffentlichrechtlichen Vertrages gleichermassen an das materielle Recht gebunden ist, wie wenn es eine Verfügung erlassen würde».²⁶¹ Das Urteil stand im Einklang mit der seinerzeit auch in der Lehre vorherrschenden Skepsis gegenüber dem vertraglichen Handeln des Staates.²⁶² In seiner jüngeren Rechtsprechung gab das Bundesgericht diese Auffassung – wohl auch als Reaktion auf die diesbezügliche anhaltende Kritik der Lehre – auf (Rz. 113 f.). Wegweisend hierfür ist der Entscheid Samnaun (GR), in dem es anerkannte, dass «die Grundlage im Gesetz [...] bei Verträgen im Allgemeinen *schmäler* sein [können] als bei Verfügungen, weil staatliche Eingriffe in die Rechte der Privaten weniger intensiv und damit weniger wichtig sind, wenn die Betroffenen ihnen zustimmen».²⁶³ Vertragsparteien dürften sich deshalb auch zu Leistungen verpflichten, welche ihnen der Staat nicht einseitig auferlegen könnte.²⁶⁴ Die Lockerung betrifft die Bestimmtheit der Norm bzw. die Normdichte, nicht aber die Normstufe. Die Anforderungen an die Normdichte sind gegenüber Verfügungen geringer, «sofern das Bedürfnis [der privaten Vertragspartei] nach Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit» aufgrund ihrer Einwilligung in das Rechtsverhältnis «geringfügig erscheint».²⁶⁵ Ungeachtet der Zustimmung der Betroffenen

261 BGE 105 Ia 207, E. 2b.

262 Siehe u.a. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 441 ff.; für einen historischen Abriss zur Diskussion der Zulässigkeit von Verträgen siehe KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 51 ff.

263 BGE 136 I 142, E. 4.1 (Hervorhebung d. Verf.).

264 BGE, 136 I 142, E. 4.2; **bestätigt** in BGE 136 II 415, E. 2.6.1; siehe auch BGer, Urteil 2A.414/2006 vom 19.3.2008, E. 8.3; BGer, Urteil 1A.266/2005 vom 13.3.2006, E. 2.5 (URP 2006 361 ff.).

265 BGE 136 I 142, E. 4.1.

müssen vertragliche Vereinbarungen stets auf einem Rechtssatz beruhen. Einer älteren Ansicht des Berner Verwaltungsgerichts, wonach die Einwilligung der privaten Partei das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage *ersetze*²⁶⁶, erteilt das Bundesgericht in seinem Entscheid Ostermundigen indessen früh eine Absage.²⁶⁷ Sofern eine vertragliche Regelung «wesentlich» ist, muss sie sich auf ein Gesetz im formellen Sinne stützen können.²⁶⁸

(ii) *Stand der Lehre*

- 113 Die Lehre geht mit der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich überein. Sie hat diese nicht zuletzt massgeblich beeinflusst. Weitgehende Einigkeit besteht heute zunächst darin, dass sich der Staat auch beim vertraglichen Handeln stets auf eine gesetzliche Grundlage stützen muss und das vertragliche Handeln des Staates insofern keinen Ausnahmefall vom Legalitätsprinzip darstellt. Weitgehende Einigkeit besteht ferner darin, dass mit verwaltungsrechtlichen Verträgen Leistungspflichten begründet werden dürfen, die der Staat mangels genügender gesetzlicher Grundlage nicht anordnen dürfte. Aufgrund der Zustimmung der privaten Vertragspartei können die Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes, auf den sich vertragliche Absprachen abstützen, geringer sein als bei Verfügungen.²⁶⁹ Wozu sonst, fragt RHINOW zu Recht, bräuchten wir andernfalls Verträge?²⁷⁰
- 114 Als Antwort auf die Frage, wie die gesetzliche Grundlage konkret ausgestaltet sein muss bzw. wie weit die durch die Einwilligung vermittelten Lockerungen reichen dürfen, hat sich die Merkformel der «*mittelbaren Rückführbarkeit*» vertraglicher Leistungsversprechen auf eine gesetzliche Grundlage etabliert.²⁷¹ Die von RHINOW 1979 geprägte, jedoch inhaltlich nicht

266 VGer BE, Urteil vom 19.12.1983 in Sachen Einwohnergemeinde Ostermundigen gegen P. Kohler und Regierungstatthalter II von Bern, E. 3b (BVR 1985 315 ff.).

267 Das Bundesgericht schützte zwar mit Urteil P_1220/84 vom 26.3.1985, E. 2 (ES VLP-ASPAN Nr. 33) den Vertrag; dies allerdings nur, weil es die Berufung der privaten Partei auf die fehlende gesetzliche Grundlage für treuwidrig erachtete.

268 Was «wesentlich» ist, definiert Art. 164 Abs. 1 BV für Bundesgesetze. Für das kantonale und kommunale Recht wird das Erfordernis der genügenden Normstufe unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 BV abgeleitet. Für eine Übersicht von Indikatoren der Wesentlichkeit siehe TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 19 Rz. 5.

269 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 76; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1317; KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 81 und S. 85 f.; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 79 f.; MÜLLER, G., Zulässigkeit, S. 29 und S. 30 ff.; MÜLLER T. P., Systemtheoretische Analyse, S. 209 ff.; NGUYEN, Contrat de collaboration, S. 108; POLTIER, La place du contrat, S. 133; RHINOW, Wohlerworbene und vertragliche Rechte, S. 11; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 30; ferner EPINEY, in: Basler Kommentar BV, Art. 36 Rz. 32.

270 RHINOW, Wohlerworbene und vertragliche Rechte, S. 11.

271 RHINOW, Wohlerworbene und vertragliche Rechte, S. 11.

weiter konkretisierte Formulierung, welche das Minimalerfordernis einer gesetzlichen Grundlage beschreiben soll, prägt bis heute Lehre und Rechtsprechung.²⁷² Ihr Bedeutungsgehalt bleibt indes überaus vage und war – soweit ersichtlich – kaum je Gegenstand vertiefter wissenschaftlicher Auseinandersetzungen. Ein Blick in die Literatur zeigt, dass sie oft unreflektiert rezipiert wird und mittlerweile zu einer blossen Worthölse erstarrt ist.²⁷³

(iii) Zwischenfazit

Der Stand der Forschung befriedigt nicht. Im Folgenden soll deshalb eine stärkere Konturierung der Anforderungen an das Legalitätsprinzip versucht werden. Kern der Auseinandersetzung bildet die Frage, in welchem Umfang die Einwilligung der privaten Vertragspartei die Funktionen der gesetzlichen Grundlage im Einzelfall zu substituieren vermag. Dazu sind die Funktionen des Legalitätsprinzips, namentlich die Herstellung von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit als rechtsstaatliche Funktionen sowie die Herstellung von Legitimität als demokratischer Funktion²⁷⁴, der Funktion der Willensäusserung einer privaten Partei gegenüberzustellen.

b Funktionen des Legalitätsprinzips und der Einwilligung: eine Gegenüberstellung

(i) Rechtsstaatliche Funktion des Legalitätsprinzips: Berechenbarkeit staatlichen Handelns

Dem Legalitätsprinzip kommt zunächst eine *rechtsstaatliche Funktion* zu. Durch die Bindung des Staates an das Recht ist dessen Handeln für die Rechtsunterworfenen vorhersehbar und berechenbar. Das schafft *Rechtssicherheit* und bildet die Grundlage für die Herstellung von *Rechtsgleichheit*.²⁷⁵

Soweit eine Norm ausschliesslich dem Schutz der privaten Partei und nicht auch Dritter dient, ist das Bedürfnis nach Vorhersehbarkeit bzw. Berechenbarkeit staatlichen Handelns im vertraglichen Kontext gering – schliesslich steht die Konkretisierung des infrage stehenden Rechtsverhältnisses unter dem Vorbehalt der Einwilligung der privaten Gegenseite. Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm, auf die sich die vertragliche Absprache stützt, können deshalb gesenkt werden, und eine blosser Kompetenznorm

272 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 93; KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 88; WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 14; demgegenüber kritisch HÄNER, Einwilligung, S. 61 ff.

273 So auch GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 76, und MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 79.

274 SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 Rz. 18.

275 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 93 f.

kann völlig ausreichend sein. Mit der Erteilung der Einwilligung verzichten die Privaten auf den Schutz, den eine genügend bestimmte Norm im Verfügungsverfahren vermittelt.²⁷⁶ Das setzt freilich voraus, dass die Einwilligung informiert und freiwillig erfolgt – die private Seite muss sich also der Rechtsfolgen ihrer Einwilligung bewusst sein und darf keinem faktischen Zwang unterliegen (Rz. 126 ff.).

- 118 Die freiwillig erteilte Einwilligung greift als Kompensation für eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage nur dort nicht, wo die Schutzfunktion einer Norm nach dem Willen des Gesetzgebers durch privatautonomen Entscheid nicht abbedungen werden darf und die Rechtsordnung den Rechtsverzicht von vornherein ausschliesst, was etwa auf Persönlichkeitsrechte und die grundrechtlichen Kerngehalte zutrifft.²⁷⁷ Die Einwilligung der privaten Partei vermag das Bestimmtheitserfordernis zudem auch dann nicht zu substituieren, wenn sich die Schutzfunktion der Norm nicht nur auf diese bezieht, sondern auch auf Dritte oder wenn die Norm dem Schutz öffentlicher Interessen dient.²⁷⁸

(ii) *Rechtsstaatliche Funktion des Legalitätsprinzips:
Herstellung von Rechtsgleichheit*

- 119 Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm sind ferner unter dem Aspekt des Rechtsgleichheitsgebots gemäss Art. 8 Abs. 1 BV festzulegen. Das Bundesgericht stellt auch diesbezüglich auf die Einwilligung der privaten Partei ab. So sollen die «Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes [...] geringer [sein] als bei Verfügungen, sofern das Bedürfnis nach [...] Rechtsgleichheit *wegen* der Zustimmung zur Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses durch die Privaten als geringfügig erscheint».²⁷⁹ Damit geht das Gericht jedenfalls implizit davon aus, der bzw. die Einzelne könne wirksam auf eine rechtsgleiche Behandlung verzichten. Die Funktion von Rechtssätzen in Bezug auf den Gleichheitsgrundsatz und die Frage, ob und inwieweit auf eine rechtsgleiche Behandlung tatsächlich verzichtet werden kann, sind nachfolgend näher zu beleuchten.

- 120 Zunächst zum rechtlichen Gehalt des Gleichbehandlungsgebots: Das Gleichbehandlungsgebot erfordert, dass Gleiches nach Massgabe seiner

276 HÄNER, Einwilligung, S. 63; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 67; MÜLLER T. P., Systemtheoretische Analyse, S. 218; KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 88 f.

277 MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 56; siehe auch KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 88 f.

278 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 89.

279 BGE 136 I 142, E. 4.1 (Hervorhebung d. Verf.).

Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Es soll die Adressatinnen und Adressaten staatlichen Handelns vor unsachlicher Ungleich- bzw. Gleichbehandlung schützen.²⁸⁰ Dabei gilt, dass ein Rechtssatz umso bestimmter sein muss, je mehr das Gleichheitsgebot die formale Gleichbehandlung von Sachverhalten verlangt, bzw. umso weniger bestimmt sein kann, je stärker das Bedürfnis nach einzelfallweisen, die konkreten Umstände berücksichtigenden Entscheiden ist. Im letzteren Fall öffnet der Gesetzgeber Gestaltungsspielräume, die es den Behörden erlauben, auf nicht repetitive Sachverhalte adäquat zu reagieren. Das Bedürfnis nach Rechtsgleichheit tritt diesfalls zugunsten der Herstellung von *Einzelfallgerechtigkeit* in den Hintergrund.²⁸¹ Für die Konkretisierung etwaiger Rechtsverhältnisse ist meist ein dialogisches Vorgehen geeignet, weswegen sich die Vertragsform anbieten kann.²⁸² Ist demgegenüber eine Vielzahl gleich oder ähnlich gelagerter Fälle zu regeln, erfordern jene Aspekte, die über den Einzelfall hinaus standardisierbar sind, die *formale* Gleichbehandlung. Für vertragliche Abreden besteht dann kein Raum.²⁸³ Abstriche in Bezug auf die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage sind in solchen Fällen nur hinnehmbar, wenn eine einheitliche Behördenpraxis existiert, welche die Gleichbehandlung der staatlichen Handlungsadressaten sicherstellt.²⁸⁴

Fraglich ist nun, ob auf den Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung ¹²¹ wirksam verzichtet werden kann oder ob das Rechtsgleichheitsgebot als tragende Säule des Rechtsstaats zu jenen Rechtspositionen zählt, die der Dispositionsbefugnis Privater entzogen sind. In der Lehre wird der Verzicht kritisch diskutiert. HÄNER zufolge sollen Private einer rechtsungleichen Behandlung durch den Staat jedenfalls dann nicht wirksam zustimmen können, wenn der Verzicht grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen widerspricht. Demgegenüber stehe es ihnen aber frei, jedenfalls geringfügige Einbrüche in das Gleichbehandlungsgebot zu akzeptieren. Voraussetzung sei allerdings, dass die Einwilligung in Kenntnis der Ungleichbehandlung erteilt wird, was – so gibt HÄNER zu bedenken – in der Praxis kaum je der Fall sein dürfte: Rechtsgleichheit brauche stets einen Bezugspunkt, der den Parteien – da Verträge kaum je publiziert werden – in Vertragsverhandlungen regelmässig fehlen dürfte. Eine informierte Entscheidung sei dann nicht möglich, weshalb die

280 WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 8 Rz. 40.

281 WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 8 Rz. 40.

282 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 33 Rz. 26.

283 Statt vieler HÄNER, Einwilligung, S. 69 f.

284 BGE 129 I 161, E. 2.2; HÄNER, Einwilligung, S. 69.

Einwilligung die Funktion einer genügend bestimmten Norm nicht zu ersetzen vermöge.²⁸⁵

- 122 Nimmt man an, dass die einwilligende Person in Kenntnis der rechtungleichen Behandlung entscheidet, entspricht die Einwilligung dem sachlichen Grund, den es braucht, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.²⁸⁶ Man muss sich dann aber fragen, warum eine ökonomisch rational handelnde Person freiwillig in eine sie gegenüber Dritten vergleichsweise stärker belastende Verpflichtung einwilligen sollte. Erklärbar ist ein solches Verhalten letztlich nur mit einer – später noch näher zu spezifizierenden – Drucksituation, in der die Einwilligung gerade nicht freiwillig (im Sinne von: dem freien Willen entsprechend) erfolgt. MÄCHLER weist wohl mit Blick auf solche Drucksituationen auf die Gefahr der Übervorteilung von Privaten durch den kooperativ handelnden Staat hin. Seiner Ansicht nach sind kooperative Handlungsformen des Staates nicht in der Lage, die Funktion von Rechtssätzen als Garanten rechtsgleicher Behandlung zu übernehmen.²⁸⁷

(iii) *Demokratische Funktion des Legalitätsprinzips*

- 123 Neben der rechtsstaatlichen kommt dem Legalitätsprinzip ferner eine *demokratische Funktion* zu: Grundlegende Wertentscheidungen und sonstige «wichtige» Entscheide bedürfen in einem gewaltenteiligen demokratischen Rechtsstaat der demokratischen Legitimation und damit eines Entscheids des vom Volk gewählten Parlaments. Was öffentliche Interessen sind und was nicht, wird in einem auf Aushandlung angelegten Gesetzgebungsverfahren ermittelt.²⁸⁸ Demgegenüber spiegelt die Einwilligung von Privaten im Prozess der Rechtsanwendung einzig deren individuelle Interessen wider und damit nur eine von vielen Facetten des im Gesetzgebungsprozess relevanten Meinungsspektrums. Kooperative Handlungsformen des Staates sind mithin nicht geeignet, die Steuerungsfunktion eines Gesetzgebungsverfahrens zu erfüllen bzw. zu ersetzen.²⁸⁹ Bedeutung kommt der Einwilligung nur insoweit zu, als die Behörden bei der Ausübung ihres durch die Rechtsordnung eingeräumten Ermessens die öffentlichen Interessen im Einzelfall konkretisieren.²⁹⁰

285 HÄNER, Einwilligung, S. 69f.

286 Vgl. WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 8 Rz. 40.

287 MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 3 Rz. 37; siehe auch MÜLLER T. P., Systemtheoretische Analyse, S. 216f.

288 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 95, 194.

289 HÄNER, Einwilligung, S. 73f.; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 67; MÜLLER T. P., Systemtheoretische Analyse, S. 214.

290 Vgl. MÜLLER T. P., Systemtheoretische Analyse, S. 215.

Stets muss sich das behördliche Handeln dabei im Minimum auf eine Kompetenznorm abstützen können.²⁹¹ Als blosser Handlungsermächtigung markieren Kompetenznormen das Minimalerfordernis demokratischen Handelns. Unter dem Aspekt der demokratischen Legitimation sind sie allerdings nicht unproblematisch: Kompetenznormen weisen kaum normativen Gehalt auf. Faktisch dankt der Gesetzgeber mit ihrem Erlass gegenüber den rechtsanwendenden Behörden ab, und es besteht die latente Gefahr, dass grundsätzliche Weichenstellungen dem demokratischen Diskurs letztlich entzogen werden.²⁹² Dieses Legitimationsdefizit wird durch konsensuale Handlungsformen des Staates noch akzentuiert, da die Einwilligung der Privaten die Eingriffswirkung staatlicher Massnahmen relativiert und damit allenfalls behördliche Gestaltungsspielräume öffnet, die inhaltlich kaum mehr fassbar sind und deren Reichweite letztlich unklar bleibt. Das staatliche Handeln wird durch das Recht in diesen Fällen kaum noch gesteuert bzw. begrenzt. Von der Zulässigkeit eines solchen Minimums demokratischer Konkretisierung scheint aber die herrschende Lehre auszugehen, wenn sie sich mit der «mittelbaren Rückführbarkeit» vertraglicher Inhalte auf eine gesetzliche Grundlage begnügt.²⁹³ 124

(iv) Zwischenfazit

Die Gegenüberstellung der Funktionen des Legalitätsprinzips, namentlich die Herstellung von Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und demokratischer Legitimation, mit der Funktion der Einwilligung Privater in einen staatlichen Akt führt zu folgendem Ergebnis: Die Einwilligung Privater stellt weder hinsichtlich der demokratischen Funktion des Legalitätsprinzips noch in ihrer Funktion als Garant für die Gewährung von Rechtsgleichheit ein adäquates Surrogat für eine hinreichende gesetzliche Grundlage dar, wohl aber wenn diese ausschliesslich dem Schutz der Rechte oder Interessen der einwilligende Person dient und Drittinteressen nicht berührt sind. Nur in letzterem Fall sind Abstriche hinsichtlich der Bestimmtheit einer Norm zulässig. 125

c Freiwilligkeit der Einwilligung

(i) *Freiwilligkeit der Einwilligung als Bedingung für deren Funktion als Surrogat der individualrechtsschützenden Funktion von Normen*

Charakteristisches Merkmal von Vertragsverhältnissen ist im Unterschied zu Verfügungsverhältnissen die rechtliche Gleichstellung der Parteien. Um 126

291 HÄNER, Einwilligung, S. 56, 61.

292 RICHLI, Verhandlungselemente, S. 395 f.; vgl. BESSE, Plans d'affectation, S. 415, sowie HÄNER, Einwilligung, S. 66.

293 A.A. GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 77 f. (dazu noch Rz. 140).

sicherzustellen, dass die private Partei in der Lage ist, ihre Interessen wirksam in die Verhandlungen einzubringen und den Behörden auch *faktisch* auf Augenhöhe zu begegnen, sind an die Einwilligung in einen Vertrag qualitative Anforderungen zu stellen. Namentlich muss die Einwilligung *freiwillig und in Kenntnis der Umstände* erfolgen und damit Ausdruck der Willensautonomie der einwilligenden Person sein.²⁹⁴ Das setzt voraus, dass die Parteien über «annähernd symmetrische Tauschmacht» verfügen.²⁹⁵ Ist diese Bedingung nicht erfüllt und besteht insbesondere ein faktischer Kontrahierungszwang, hat das staatliche Handeln weniger kooperativen als Eingriffscharakter. Die Einwilligung der Privaten vermag dann eine Lockerung der Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage nicht zu rechtfertigen.²⁹⁶ Im Folgenden ist zu klären, unter *welchen Umständen* die Einwilligung einer privaten Partei im verwaltungsvertraglichen Kontext als freiwillig erteilt gelten darf.

127 Die Frage wurde in der schweizerischen Rechtslehre – soweit ersichtlich – bisher nur gestreift. Wichtige Anhaltspunkte für die Beantwortung geben aber die Arbeiten einerseits von ABEGG, der herausarbeitet, unter welchen Umständen bzw. inwieweit eine *freie* Willensäußerung der privaten Partei als Abgrenzungskriterium zwischen Verfügung und Vertrag besteht²⁹⁷, sowie andererseits von THURNHERR, die sich – unter Bezugnahme auf ABEGG – mit der Geltung der Verfahrensgrundrechte u.a. im Kontext des verwaltungsrechtlichen Vertragshandelns befasst.²⁹⁸ In der deutschen Rechtslehre hat sich SPANNOWSKY dem Thema vertieft gewidmet.²⁹⁹ Seine Überlegungen seien im Folgenden zuerst dargestellt. Sie sollen anschliessend mit jenen von THURNHERR kontrastiert werden.

(ii) *Freiwilligkeit als Abwesenheit von rechtlichem und rechtlich relevantem faktischem Zwang – zur Theorie Spannowskys*

128 SPANNOWSKY zufolge fehlt es an der Freiwilligkeit der Einwilligung, wenn der Wille unter rechtlichem oder faktischem Druck erklärt wurde bzw. «wenn nach den Gesamtumständen die Willensautonomie dadurch erheblich eingeschränkt war, dass dem Betroffenen ein Nachteil rechtlicher oder faktischer Art in Aussicht gestellt worden ist, der sich aus seiner Sicht nach den konkreten Gegebenheiten als so schwerwiegend darstellen konnte, dass die

294 BGE 129 I 161, E. 2.4; HÄNER, Einwilligung, S. 67; SPANNOWSKY, Grenzen, S. 419 f.

295 HOFFMANN-RIEM, Selbstbindungen, S. 208.

296 HÄNER, Einwilligung, S. 68; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 78; MÜLLER G., Zulässigkeit, S. 35.

297 ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 24 ff.

298 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 600 ff.

299 SPANNOWSKY, Grenzen, S. 417 ff.

Pflichtenübernahme [...] ihm als geringeres Übel erscheinen konnte». ³⁰⁰ Diese Zwangslage ist *rechtlicher Natur*, wenn die private Partei einem gesetzlichen Kontrahierungszwang unterliegt. ³⁰¹ Die Zwangslage ist *faktischer Natur*, wenn der Staat «droht», eine Verwaltungsleistung nicht erbringen zu wollen. Sie ist rechtlich relevant – steht also der Annahme der Freiwilligkeit der Einwilligung entgegen –, wenn der Staat die geforderte Leistung nicht einseitig-hoheitlich durchsetzen kann. ³⁰² Dies sei im Folgenden erläutert.

Eine *faktische Zwangslage* ist dann *rechtlich irrelevant* – führt also nicht ¹²⁹ zur Annahme der Unfreiwilligkeit der Einwilligung –, wenn die Rechtsordnung die Leistung der Behörden an eine einseitig durchsetzbare Gegenleistung der Privaten knüpft. Dies bedeutet Folgendes: Die Verweigerung der staatlichen Leistung ist gerechtfertigt, wenn, falls die Privaten die Gegenleistung verweigern, die Behörde den angestrebten rechtlichen Erfolg durch einseitige Anordnung herbeiführen kann. Bietet die Behörde in solch einer Situation dennoch Hand für eine konsensuale Lösung, gewinnen die Privaten aufgrund ihrer Möglichkeit zur inhaltlichen Mitbestimmung gegenüber dem Verfügungsverfahren Handlungsfreiheiten. ³⁰³ Lässt sich eine einvernehmliche Lösung dagegen nicht finden, konkretisiert die Behörde das infrage stehende Rechtsverhältnis einseitig auf dem Verfügungsweg. Dieser stellt nicht nur für die Behörden eine «Rückfallposition» dar. Auch die Privaten können sich jederzeit auf diese Variante zurückziehen und erlangen damit echte Wahlfreiheit. Die Einwilligung gilt unter diesen Umständen stets dann als freiwillig erteilt, wenn der privaten Partei bewusst war, dass sie zum Abschluss des Vertrags nicht verpflichtet war. ³⁰⁴

Eine *faktische Zwangslage* ist dagegen *rechtlich relevant*, wenn der Staat ¹³⁰ eine Gegenleistung nicht einseitig durchsetzen kann bzw. wenn er sein Tätigwerden nicht von der geforderten Gegenleistung abhängig machen darf. ³⁰⁵ Gemäss SPANNOWSKY griffe es hier zu kurz, die Einwilligung nur schon deshalb als freiwillig erteilt zu charakterisieren, weil sie vertraglich erfolgt. Vielmehr bestehe Anlass zur Überprüfung der Freiwilligkeit. ³⁰⁶ Aus rechtlicher Sicht können an der Freiwilligkeit der Einwilligung der Privaten selbst dann Zweifel bestehen, wenn der Staat im Gegenzug für eine «Mehrleitung» eine

300 SPANNOWSKY, Grenzen, S. 419; so auch HÄNER, Einwilligung, S. 68.

301 Für ein Beispiel siehe Art. 8 Abs. 1 LVG.

302 SPANNOWSKY, Grenzen, S. 419.

303 SPANNOWSKY, Grenzen, S. 419f.

304 Vgl. SPANNOWSKY, Grenzen, S. 420; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 86.

305 SPANNOWSKY, Grenzen, S. 420.

306 SPANNOWSKY, Grenzen, S. 420.

äquivalente Leistung verspricht und sich die private Seite darüber bewusst ist, dass sie zum Abschluss des Vertrags nicht verpflichtet war.³⁰⁷

(iii) *Vertragsverhältnisse als «Verhältnisse spezifisch gearteter Subordination» – zur Theorie Thurnherrs*

131 Auch THURNHERR argumentiert, dass von der rechtlichen Gleichordnung der Vertragsparteien nicht vorschnell auf deren faktische Gleichordnung geschlossen werden dürfe. Vielmehr sei auf das den Verhandlungen zugrundeliegende Staat-Bürger-Verhältnis abzustellen, das trotz des konsensualen Ergebnisses durch rechtlich erhebliche Machtasymmetrien geprägt sein könne.³⁰⁸ THURNHERR identifiziert im Wesentlichen zwei Verhandlungssituationen, in denen die Privaten in einem Verhältnis «*spezifisch gearteter Subordination*» zum Staat stehen. Namentlich zählt die Autorin dazu Verträge, die «unter dem Damoklesschwert der Verfügung» abgeschlossen werden, sowie Verträge, die «alternativlos» sind.³⁰⁹ In beiden Fällen erfolgt der Vertragsabschluss unter der Rechtsmacht des Staates – ein Zustand, der auch als «*bargaining in the shadow of the state*» beschrieben wird.³¹⁰

132 Vertragsverhältnisse, die «unter dem Damoklesschwert der Verfügung» stehen, sind gemäss THURNHERR dadurch gekennzeichnet, dass die Behörden für den Fall, dass ein Vertrag nicht zustande kommt, das infrage stehende Rechtsverhältnis durch Verfügung konkretisieren können. Insofern sei die Entscheidungsfreiheit der Privaten bezüglich des Vertragsabschlusses beschränkt. Sie hätten lediglich die Wahl, in den Vertrag einzuwilligen oder die Regelung durch Verfügung gegen sich gelten zu lassen.³¹¹ Die Situation entspricht dem von SPANNOWSKY geschilderten Fall der rechtlich *irrelevanten* faktischen Zwangslage, in der die Einwilligung der Privaten in den Vertrag

307 SPANNOWSKY, Grenzen, S. 420f.

308 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 614.

309 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 615 ff. und 620 ff. m.w.H. Als weiteren Vertragstypus beschreibt THURNHERR den sog. «aktivierenden» Vertrag, der die Merkmale von Verträgen «unter dem Damoklesschwert der Verfügung» und von «alternativlosen» Verträgen auf sich vereinigt. Mit Ersteren haben aktivierende Verträge gemein, dass der Staat das Rechtsverhältnis einseitig-hoheitlich konkretisieren kann, wenn kein Vertrag zustande kommt. Mit Letzteren verbindet sie, dass der Vertragsabschluss einen behördlichen Vorteil vermittelt, der am Markt nicht realisierbar ist. Zweck der Verträge ist es, Personen, die in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat stehen, zu einem gewünschten Verhalten anzuhalten. Als typisches Beispiel nennt THURNHERR Eingliederungsvereinbarungen, die mit den Adressatinnen und Adressaten abgeschlossen werden, um den Verlust gesetzlicher Sozialhilfeeansprüche abzuwenden (a.a.O., Rz. 623 f.).

310 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 606; so auch ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 179, vgl. S. 81; vgl. HÄNER, Einwilligung, S. 68.

311 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 615.

aufgrund des Zugewinns an Handlungsoptionen durch die Vertragsoption als freiwillig erteilt gelten soll. THURNHERR anerkennt, dass die Privaten durch die vertragliche Option im Vergleich zur Konkretisierung des Rechtsverhältnisses durch Verfügung an Entscheidungsfreiheit gewinnen.³¹² Diese Freiheit sei aber stark limitiert. Sie entspreche weniger dem «Idealbild einer Aushandlung [...] unter Freien und Gleichen»³¹³ bzw. der für das vertragliche Handeln «vorausgesetzte[n] Freiheit»³¹⁴ als vielmehr einer «durch die Verwaltung vermittelte[n] oder gar aufgezwungene[n]» Freiheit.³¹⁵

Als zweiten Vertragstypus, bei dem die Willensfreiheit der Privaten in Bezug auf den Vertragsschluss limitiert ist, identifiziert THURNHERR die sog. «alternativlosen Verträge». Gemeint sind Verträge, die staatliche Vorteile oder Leistungen zum Gegenstand haben, für die der Markt kein äquivalentes Angebot bereithält und bei denen der Aushandlungsprozess nicht den Rationalitäten des Marktes unterworfen ist.³¹⁶ Die private Partei unterliegt unter diesen Umständen einem *faktischen Kontrahierungszwang*. Ihr bleibt lediglich die Wahl, den Vertrag einzugehen oder auf den Vertragsabschluss und damit auf die betreffende staatliche Gegenleistung zu verzichten.³¹⁷ Die Rechtsmacht des Staates, die sich dadurch äussert, dass ein Leistungsangebot dem Staat vorbehalten ist, schlägt in dieser Situation vollständig durch, weshalb die Schutzfunktion des Legalitätsprinzips unmittelbar angesprochen ist.³¹⁸

(iv) Zwischenfazit

Verwaltungsrechtliche Verträge sind durch die rechtliche Gleichordnung von Staat und privater Vertragspartei gekennzeichnet. Der hoheitlich anordnende Staat tritt zugunsten eines partnerschaftlich agierenden Staates zurück. Trotz der rechtlichen Gleichordnung kann ein Rechtsverhältnis spezifisch

312 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 615.

313 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 611.

314 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 611.

315 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 611, die ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 26, diesbezüglich wörtlich zitiert; ferner Rz. 617.

316 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 631.

317 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 620.

318 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 621, 614. Dazu auch MÄCHLER, der argumentiert, dass sich die gesetzliche Grundlage im formellen Sinne für Austauschverhältnisse auf eine Kompetenznorm beschränken kann, wenn es für das Austauschverhältnis einen Markt oder einen vergleichbaren Mechanismus gibt (Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 81). Hingegen bestünden bei Vorliegen eines faktischen Kontrahierungszwangs «kaum Gründe» dafür, die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage herabzusetzen (a.a.O., § 12 Rz. 78; so auch MÜLLER G., Zulässigkeit, S. 35, sowie HÄNER, Einwilligung, S. 69, die auf öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse im Schulbereich Bezug nimmt).

gearteter Subordination und damit ein Beziehungsgefüge bestehen, in welchem die verfassungsrechtliche Überordnung des Staates zu einer asymmetrischen Verteilung von Verhandlungsmacht zulasten der privaten Partei führt. Solche Verhältnisse faktischer Unterordnung entstehen u.a., wenn marktwirtschaftliche Mechanismen nicht greifen, weil der Staat aus rechtlichen oder faktischen Gründen alleiniger Anbieter einer Leistung ist und insofern eine Monopolstellung innehat. Besteht in diesen Fällen seitens der Privaten kein Anspruch auf die Leistung, schlägt die Rechtsmacht des Staates auf das Vertragsverhältnis durch. Dies hat zur Folge, dass die Privaten einem faktischen Kontrahierungszwang unterliegen, unter dem die Einwilligung vermuthungsweise selbst dann nicht mehr als freiwillig erteilt gelten kann, wenn der Leistung der Privaten eine äquivalente Gegenleistung des Staates gegenübersteht. Die Einwilligung scheidet in diesen Fällen als Surrogat für die individualrechtsschützende Funktion des Legalitätsprinzips aus. Sie bildet mithin keine Rechtfertigung dafür, von den Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage im Vertragsverfahren Abstriche zu erlauben.

135 Von der Freiwilligkeit der Einwilligung der privaten Seite kann nach der hier vertretenen Auffassung und im Einklang mit SPANNOWSKY, jedoch im Unterschied zu THURNHERR, dagegen stets dann ausgegangen werden, wenn der Staat das betreffende Rechtsverhältnis auch einseitig konkretisieren könnte, d.h., wenn die vertragliche Option durch eine Verfügungslösung unterlegt ist. Diesfalls gewinnen beide Parteien durch vertragliche Abrede an (freilich begrenzten) Handlungsfreiheiten. Was auf dem ersten Blick schwer nachvollziehbar erscheint, erhellt bei näherem Hinsehen: Haben die Parteien die Wahl, ein Rechtsverhältnis durch Verfügung oder durch Vertrag zu konkretisieren, wird ein Vertrag stets nur dann zustande kommen, wenn die Belastungen, die den Parteien aus dem Vertrag erwachsen, jene der Verfügung nicht übersteigen. Die vertragliche Flexibilisierung betrifft folglich nicht den Umfang der Leistungspflichten, sondern die *Art der Leistungserbringung*.³¹⁹ Voraussetzung ist allerdings, dass die Privaten einen Anspruch auf die staatliche Leistung und mithin auf die Verfügung haben. Ist dies nicht der Fall, besteht also kein Anspruch auf die staatliche Leistung, ist die Willensfreiheit der Privaten gewahrt, wenn das Gesetz die Bedingungen, an die der Staat seine Leistung knüpft, dem Grundsatz nach definiert. Das gilt namentlich dann, wenn die private Vertragspartei einem faktischen Kontrahierungszwang unterliegt.

136 Ist es denkbar, dass eine private Vertragspartei ihre Einwilligung auch ausserhalb dieser restriktiven Bedingungen freiwillig erteilt? Ja, das ist

319 Siehe dazu insb. noch Rz. 299.

selbstverständlich möglich und betrifft insbesondere jene Fälle, in denen die Privaten der Rechtsmacht des Staates aufgrund ihrer wirtschaftlichen Potenz faktische Verhandlungsmacht entgegensetzen können.³²⁰ Auch eine unter solchen Umständen erteilte Einwilligung stellt ein adäquates Surrogat für die individualrechtsschützende Funktion des Legalitätsprinzips dar.³²¹ Im Streitfall dürfte im Falle der Beweislosigkeit allerdings der Staat die objektive Beweislast der Freiwilligkeit der Einwilligung tragen, leitet er doch aus dieser das Recht ab, sich auf eine gesetzliche Grundlage zu stützen, die hinsichtlich ihrer Bestimmtheit nicht den Anforderungen des Verfügungshandelns entspricht.³²²

d Besonderheiten des Kausalabgaberechts

Im Kausalabgaberecht gelten besonders strenge Anforderungen an das Legalitätsprinzip, da der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Abgabe sowie die Grundzüge der Bemessung der Abgabe in einem Gesetz im formellen Sinne zu regeln sind.³²³ Diese abgaberechtlichen Essentialia sind vom Gesetzgeber dabei derart bestimmt zu fassen, dass den rechtsanwendenden Behörden «kein übermässiger Spielraum» bleibt und die Abgabepflichtigen ihre abgaberechtliche Belastung mit genügender Gewissheit vorhersehen können.³²⁴ Abstriche von den Anforderungen an die Normdichte sind in Bezug auf die Bemessung von Abgaben zulässig – dies allerdings nur dann, wenn sich die Höhe einer Abgabe anhand des Äquivalenzprinzips und bei kostenabhängigen Kausalabgaben anhand des Kostendeckungsprinzips ohne weiteres bestimmen lässt, d.h., wenn diese Prinzipien die Schutz- und Begrenzungsfunktion des Legalitätsprinzips übernehmen.³²⁵ Die Pflicht, die Grundzüge der Bemessung in einem formellen Gesetz zu regeln, bleibt davon unberührt.

Inwieweit vertragliche Abreden über Kausalabgaben zulässig sind, ist 138 streitig. Im Wesentlichen lassen sich hierzu drei Lehrmeinungen unterscheiden: Nach einer Ansicht sollen Verträge, welche die Abgeltung von Kausalabgaben zum Gegenstand haben, auch dann zulässig sein, wenn sie sich lediglich auf eine Kompetenznorm stützen können. Einer gesetzlichen Regelung der abgaberechtlichen Essentialia bedarf es nach dieser Ansicht nicht. Vielmehr

320 HOFFMANN-RIEM, Selbstbindungen, S. 210 f.

321 HÄNER, Einwilligung, S. 66 f.

322 Vgl. SPANNOWSKY, Grenzen, S. 418, 420; vgl. PLÜSS, in: Kommentar VRG/ZH, § 7 Rz. 159.

323 Für den Bund siehe Art. 127 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 lit. d BV. Für das kantonale Abgaberecht werden diese Anforderungen unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 BV abgeleitet (BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 127 Rz. 3).

324 HUNGERBÜHLER, Kausalabgaberecht, S. 519.

325 BGE 125 I 173, E. 9c; BGE 121 I 230, E. 3e; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2806.

sollen sie zwischen den Parteien insofern frei verhandelt werden können, als das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip gewahrt bleiben und die Abrede nicht eine verbotene Abgabevergünstigung bewirkt.³²⁶ Nach einer zweiten Ansicht sind vertragliche Abreden über Kausalabgaben nur dann zulässig, wenn das Gesetz die abgaberechtlichen Essentialia rechtsgenügend bestimmt und die Vertragsform ausdrücklich erlaubt. Unter diesen Bedingungen soll es den Parteien freistehen, zulasten der abgabepflichtigen privaten Partei von den abgaberechtlichen Essentialia vertraglich abzuweichen.³²⁷ Schliesslich sollen nach einer dritten Ansicht die gesetzlich normierten abgaberechtlichen Essentialia nicht verhandelbar sein.³²⁸ Auf die verschiedenen Lehrmeinungen und die diesen jeweils zugrundeliegende Rechtsprechung wird noch zurückzukommen sein (Rz. 318 ff.). Nach der hier vertretenen Ansicht – dies sei vorweggenommen – besteht in Bezug auf die abgaberechtlichen Essentialia kein Raum für vertragliche Lösungen und sind abgaberechtliche Verträge, die sich auf eine blossе Kompetenznorm abstützen wollen, unzulässig.

e Fazit

139 Die Zulässigkeit vertraglicher Inhalte wird massgeblich durch das Legalitätsprinzip bestimmt. Ob sich eine Abrede in einem konkreten Fall auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen kann oder nicht, ist im Lichte der Funktionen des Legalitätsprinzips zu prüfen. Abstriche von den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage vertraglicher Leistungspflichten aufgrund der Einwilligung der privaten Vertragspartei sind nur zulässig, wenn die Bestimmtheit der Norm *ausschliesslich dem Schutz der Privaten* dient und die Einwilligung informiert und freiwillig erfolgt. Der pauschale Befund, eine vertragliche Pflicht lasse sich jedenfalls «mittelbar» auf eine gesetzliche Grundlage stützen und sie sei deshalb rechtmässig, greift zu kurz; er verbietet sich.

140 Bedenkenswert erscheint in diesem Zusammenhang der Vorschlag GRIFFELS, der eine *unmittelbare* Gesetzesbindung vertraglicher Inhalte insofern fordert, als das Gesetz ausdrücklich die Möglichkeit vorsehen muss, Leistungspflichten vertraglich zu vereinbaren, die «mittels Verfügung nicht gefordert werden dürften».³²⁹ An die Bestimmtheit einer solchen Norm seien «keine hohen, aber doch minimale Anforderungen» zu stellen.³³⁰ Insbesondere

326 AEMISEGGER/KISLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 85 ff., insb. Rz. 91 und 93.

327 POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 117 ff.

328 ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 563; so wohl auch KLEIN, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag*, S. 92 und MÜLLER G., *Zulässigkeit*, S. 31 ff.

329 GRIFFEL, *Verwaltungsrecht*, Rz. 76.

330 GRIFFEL, *Verwaltungsrecht*, Rz. 76.

am Beispiel des vertraglichen Mehrwertausgleichs wird noch zu zeigen sein, wie sich das Konzept der ausdrücklichen gesetzlichen Einhegung vertraglicher Regelungsspielräume in einer Weise umsetzen lässt, dass dem Bedürfnis nach Rechtmässigkeit und Flexibilität verwaltungsvertraglichen Handelns gleichermaßen Rechnung getragen werden kann (Rz. 299).

4.3 Öffentliches Interesse

Mit Art. 5 Abs. 2 BV, wonach alles staatliche Handeln im öffentlichen Interesse liegen muss, besteht ein weiteres Zulässigkeitserfordernis für die Begründung vertraglicher Leistungspflichten.³³¹ Welche Leistungspflichten im öffentlichen Interesse liegen und welche nicht, ist aus dem gesetzlich definierten Aufgaben- bzw. Kompetenzbereich der vertragschliessenden Behörde abzuleiten und in Bezug auf den angestrebten Handlungserfolg zu konkretisieren.³³² Diesbezüglich besteht mithin eine grosse Nähe zum Legalitätsprinzip.³³³ Das Erfordernis des öffentlichen Interesses bildet indes nicht mehr als eine Missbrauchsschranke. Seine Begrenzungswirkung ist gering. Es ist insbesondere kaum dazu geeignet, einer unbestimmten Norm inhaltliche Konturen zu verleihen.³³⁴

Differenziert zu beantworten ist die Frage, ob fiskalische Interessen das verwaltungsvertragliche Handeln des Staates rechtfertigen können. Grundsätzlich sind fiskalische Interessen als öffentliches Interesse anerkannt, weil die Erfüllung öffentlicher Aufgaben finanzielle Mittel in ausreichendem Mass voraussetzt.³³⁵ Bei verwaltungsrechtlichen Verträgen ist allerdings zu beachten, dass die vereinbarte Leistung und Gegenleistung in einem sachlichen Zusammenhang stehen müssen (Rz. 145). Geldleistungen sind deshalb nur dann zulässig, wenn ihre Verwendung an einen Zweck gebunden ist, der die nötige sachliche Nähe zur Gegenleistung aufweist.

4.4 Verhältnismässigkeit

a Teilgehalte: Überblick

Wie dem Erfordernis des öffentlichen Interesses kommt auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV in Bezug auf die Begründung

331 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 83; WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 3; vgl. auch BIAGGINI, der in Bezug auf Art. 5 Abs. 2 BV betont, dass staatliches Handeln stets am Allgemeinwohl ausgerichtet sein muss (Kommentar BV, Art. 5 Rz. 15).

332 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 83, 92.

333 MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 90; WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 3.

334 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 83; dazu auch GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 192.

335 Vgl. KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 92.

verwaltungsvertraglicher Leistungspflichten die Funktion einer Missbrauchsschranke zu.³³⁶ Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz umfasst drei Teilgehalte: Staatliches Handeln muss für die Herbeiführung des angestrebten Erfolgs erstens geeignet sein, es muss zweitens in Bezug auf den angestrebten Erfolg erforderlich sein, d.h., es muss das mildeste Mittel darstellen, mit dem der angestrebte Erfolg erreicht werden kann, und es muss drittens den Betroffenen zumutbar sein, d.h., das öffentliche Interesse an einer Massnahme muss die allfälligen entgegenstehenden privaten Interessen überwiegen.³³⁷ Für das verwaltungsvertragliche Handeln des Staates werden aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zwei Anforderungen abgeleitet: Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung soll ausgewogen sein, und zwischen Leistung und Gegenleistung soll ein sachlicher Zusammenhang bestehen.³³⁸

b Ausgewogenheit der Leistungen

- 144 Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz erfordert, dass Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis stehen. Zwar müssen die Leistungen nicht absolut gleichwertig sein; immerhin muss aber eine dem Abgaberecht entsprechende Äquivalenzbeziehung und folglich ein *vernünftiges Verhältnis* zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen.³³⁹ Das Verhältnismässigkeitsprinzip begrenzt verwaltungsvertragliche Tauschverhältnisse damit stärker als das Übervorteilungsverbot gemäss Art. 21 OR, wonach private Austauschverhältnisse unzulässig sind, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung in objektiver Hinsicht ein *offenbares, in die Augen springendes Missverhältnis*³⁴⁰ besteht.³⁴¹ Bestehen zu einem Vertrag vergleichbare Rechtsverhältnisse, wird das Austauschverhältnis zudem durch das Gleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV und allenfalls durch den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit

336 HÄNER, Einwilligung, S. 71. Für das Koppelungsverbot als Teilgehalt des Verhältnismässigkeitsprinzips siehe KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 94.

337 Statt vieler BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 5 Rz. 21.

338 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 93 ff.; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungspflege, § 12 Rz. 91 ff. m.w.H.

339 HÄNER, Einwilligung, S. 71 f.; KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 93; MÜLLER G., Zulässigkeit, S. 36. Siehe auch Art. 123 Abs. 2 lit. c VRG/GL, wonach die private Gegenleistung «den Umständen angemessen sein» muss.

340 Siehe BGer, Urteil 4C.238/2004 vom 13. Oktober 2005, E. 2.2. Demnach besteht ein offenes Missverhältnis, wenn der Preis einer Liegenschaft doppelt so hoch ist wie ihr Verkehrswert. Siehe ferner STEHLE, in: Präjudizienbuch OR, Art. 21 Rz. 4.

341 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 93. A.A. ist MÄCHLER, der den Grundsatz der Angemessenheit des Austauschverhältnisses erst dann verletzt sieht, wenn Leistung und Gegenleistung in einem «krassen» bzw. «offensichtlichen» Missverhältnis stehen (Vertrag und Verwaltungspflege, § 12 Rz. 91 und 143).

gemäss Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV bestimmt.³⁴² Umfasst der Vertrag eine Vielzahl von Leistungen oder sind einzelne Leistungspflichten in unterschiedlichen Verträgen geregelt, ist die Ausgewogenheit des Austauschverhältnisses durch eine Gesamtbetrachtung zu beurteilen.³⁴³

c Koppelungsverbot

Des Weiteren verlangt der Verhältnismässigkeitsgrundsatz nach einem engen *sachlichen Zusammenhang* zwischen Leistung und Gegenleistung.³⁴⁴ Ob ein solcher besteht und damit das sog. Koppelungsverbot gewahrt ist, ist in erster Linie durch teleologische Auslegung, d.h. durch Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes zu ermitteln.³⁴⁵ Unzulässig sind jedenfalls Verträge, mit denen die Behörden zweckfremde öffentliche Interessen und damit Interessen, welche von der Zuständigkeitsordnung nicht mehr gedeckt sind, verfolgen.³⁴⁶ Im Übrigen sind Gerichtsentscheide zur Thematik rar. Die Frage, wie eng der sachliche Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung sein muss, bleibt damit weitgehend unbeantwortet. Das Bestehen eines sachlichen Zusammenhangs hat das Bundesgericht jedenfalls in jenem Fall verneint, in dem eine Gemeinde einem lokalen Jagdverein versprach, eine sich im Eigentum des Vereins befindende Waldparzelle nicht als Naturschutzgebiet auszuweisen, und sich hierfür als Gegenleistung den Rückzug einer vom Verein eingereichten Beschwerde gegen einen kommunal klassierten Fussweg versprechen liess.³⁴⁷ Der Regierungsrat des Kantons Schwyz verneinte einen sachlichen Zusammenhang in einem Fall, in dem eine Gemeinde ihr Angebot zur Einzonung eines Grundstücks vertraglich an die Aussage knüpfte, die Grundeigentümerin werde sich im Kanton für eine für die Gemeinde günstige Verkehrsregelung einsetzen.³⁴⁸ Nach Ansicht der

342 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 93.

343 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 93; SPANNOWSKY, Grenzen, S. 347.

344 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 94 f.; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungspflege, § 12 Rz. 88; vgl. Art. 123 Abs. 2 lit. c VRG/GL, der das Koppelungsverbot ausdrücklich normiert.

345 GRISEL vertritt deshalb die Auffassung, dass das Koppelungsverbot keine eigenständige Zulässigkeitsvoraussetzung bildet, sondern vollständig im Legalitätsprinzip aufgeht (Droit administratif Bd. I, S. 454). Nach Ansicht MÄCHLERS besteht eine «partielle Deckung» von Koppelungsverbot und Legalitätsprinzip insoweit, als beide Prinzipien letztlich darauf abzielen, zu verhindern, dass der Staat ohne demokratische Grundlage und entgegen den öffentlichen und berechtigten Drittinteressen handelt (Vertrag und Verwaltungspflege, § 12 Rz. 90).

346 HÄNER, Einwilligung, S. 72; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungspflege, § 12 Rz. 90.

347 BGer, Urteil 2P.94/2006 vom 16.3.2007, E. 3.4 f.

348 REGIERUNGSRAT SZ, Beschluss Nr. 873/1987 vom 2.6.1987 (unveröffentlicht), besprochen bei MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungspflege, § 12 Fn. 202.

Lehre weist das Koppelungsverbot am ehesten Parallelen zum Willkürverbot auf.³⁴⁹ Umfassen Vertragswerke aus verfahrensökonomischen Gründen eine Vielzahl an Leistungen und Gegenleistungen, ist mit Blick auf das Koppelungsverbot zu prüfen, ob sich daraus Leistungsakte zusammenfassen lassen, die eine sachliche Einheit bilden.³⁵⁰

5. Entstehung, Auslegung, Beendigung

- 146 Verwaltungsrechtliche Verträge beruhen auf den *übereinstimmenden gegenseitigen Willenserklärungen* der Vertragsparteien in Bezug auf alle wesentlichen Vertragsinhalte (Rz. 88). Nach der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der gefestigten Lehre bedürfen sie zu ihrer Gültigkeit der Schriftform.³⁵¹ Diese dient nicht nur der Beweissicherung und der Rechtssicherheit. Auch Praktikabilitätsgründe können für die *Schriftform* sprechen, etwa wenn vertragliche Absprachen der Genehmigung einer Aufsichtsbehörde oder der Zustimmung des Parlaments unterstehen.³⁵² Das Erfordernis der (einfachen) Schriftlichkeit setzt gemäss Art. 13 Abs. 1 OR analog die Unterschriften der vertragschliessenden Parteien voraus. Das Gesetz kann qualifizierte Formerfordernisse vorsehen.³⁵³

- 147 Verwaltungsrechtliche Verträge sind wie privatrechtliche Verträge nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Für den Fall, dass sich ein übereinstimmender Parteiwille nicht feststellen lässt, ist folglich darauf abzustellen, wie der Vertrag unter den gegebenen Umständen von den Parteien verstanden werden durfte und musste. In Zweifelsfällen ist dem öffentlichrechtlichen Charakter des Vertrags Rechnung zu tragen. Die Vertragsauslegung erfolgt mithin unter der Annahme, dass die Behörden nicht etwas vereinbaren wollten, was den öffentlichen Interessen oder dem geltenden Recht widerspricht.³⁵⁴

349 MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 Rz. 91 ff.; NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, 214; SPANNOVSKY, Grenzen, S. 342.

350 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 95 f.

351 BGer, Urteil 1C_61/2010 vom 2.11.2010, E. 4; statt vieler THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 93; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 34 Rz. 3. Siehe aber BGE 136 I 142, S. A., E. 4, in dem das Bundesgericht das Vorliegen eines verwaltungsrechtlichen Vertrags auf Basis einer von der privaten Partei abgegebenen Erklärung annahm, ohne auf die Schriftform abzustellen.

352 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 192; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 662.

353 Beispielsweise bedarf der privatrechtliche Grundstückskaufvertrag gemäss Art. 657 Abs. 1 ZGB der öffentlichen Beurkundung.

354 Statt vieler BGE 122 I 328, E. 4e; BGer, Urteil, 1C_40/2015 vom 18.9.2015, E. 6.2; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 85.

Das Vertragsverhältnis endet in der Regel durch Erfüllung, gegebenenfalls 148
aber auch durch Ablauf einer Befristung, durch Auflösung infolge Fehlerhaftigkeit, durch Kündigung, sofern diese vereinbart war, durch Abschluss eines Aufhebungsvertrags oder infolge Enteignung einer vertraglich begründeten Vertrauensposition.³⁵⁵

III. Informelle Absprachen

1. Begriff und Begriffselemente

1.1 Begriff

Informelle Absprachen werden als «formlose Verständigung zwischen Behörden und Bürger [oder Bürgerin] über die einvernehmliche Regelung einer Verwaltungsangelegenheit» verstanden.³⁵⁶ Sie beinhalten «wechselseitig angestrebte Handlungsweisen» der Parteien und bilden insofern das einvernehmliche Ergebnis informell-kooperativen Behördenhandelns.³⁵⁷ Im Unterschied zum formellen Handeln des Staates entfalten informelle Absprachen keine rechtlichen, sondern lediglich faktische Bindungswirkungen.³⁵⁸

1.2 Begriffselemente

a Begriffselement «Verwaltungsangelegenheit»

Informelle Absprachen dienen der unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben, weshalb sie durch das Verwaltungsrecht und nicht durch das Privatrecht geordnet bzw. erfasst werden (Rz. 39). 150

b Begriffselement «formlos»

Informelle Absprachen zählen zum *informellen* staatlichen Handeln. Dieses umfasst jenes vom Recht nicht vorgesehene oder verfahrensmässig strukturierte und damit *formlose* Handeln, das im Unterschied zum formellen Handeln des Staates nicht auf Rechtsverbindlichkeit angelegt ist, sondern die Herbeiführung eines Taterfolgs bezweckt.³⁵⁹ Informelle Absprachen werden von der traditionellen Lehre den Realakten zugeordnet.³⁶⁰ Hingegen will ein Teil der neueren Lehre informelle Absprachen aufgrund der besonderen 151

355 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 34 Rz. 9 f.

356 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 38 Rz. 13 und § 39 Rz. 7.

357 MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 108.

358 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 39 Rz. 8.

359 MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 103, 117 f.

360 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1422; MOOR/POLTIER, Droit administratif Bd. II, S. 56; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 38 Rz. 13, § 39 Rz. 7.

Nähebeziehung und des Gleichordnungsverhältnisses der Parteien sowie aufgrund des regulatorischen Handlungsziels von den Realakten als überwiegend einseitigen staatlichen Akten abgrenzen.³⁶¹

c Begriffselement «einvernehmlich»

- 152 Informelle Absprachen beruhen auf der Kooperation und dem Konsens der beteiligten Parteien und folglich auf der Kommunikation zwischen Staat und Privaten als gleichberechtigten Akteuren.³⁶² Die Verhandlungen folgen dabei oft dem Tauschprinzip und an deren Ende steht eine informelle Absprache, sofern die Parteien Konsens erzielen.³⁶³ Aus der Sicht des Staates ist der informell-kooperative Austausch auf die Verhaltenssteuerung der privaten Handlungsadressaten angelegt und hat insofern *regulatorischen* Charakter.³⁶⁴

d Begriffselement «faktische Bindungswirkung»

- 153 Informelle Absprachen beruhen als Realakte auf der Selbstbindung der beteiligten Parteien, wobei die Selbstbindung auf die «gegenseitige [...] Achtsamkeit und Empathie»³⁶⁵ bzw. auf «moralische, politische oder sonstige Gründe»³⁶⁶ zurückgeht bzw. sich aus der Erwartung eines Vorteils speist.³⁶⁷ Im Unterschied zum förmlichen Handeln des Staates mittels Verfügung oder Vertrag entfalten informelle Absprachen keine unmittelbare Rechtswirkung. Sie begründen also weder rechtlich durchsetzbare Primärpflichten der Parteien, noch wird ein Vertrauensverhältnis zwischen Behörde und Privaten durch die Absprache begründet.³⁶⁸ Letzteres scheitert bereits an der Vertrauensgrundlage: Die Beteiligten sind sich in der Regel der rechtlichen Unverbindlichkeit ihres Handelns bewusst. Sie tragen damit auch das Risiko, dass die Absprache nicht eingehalten wird.³⁶⁹ Die rechtliche Bindung der Behörde

361 HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 48 f.; NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 192; MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 118 ff.; PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 14 f.; RUCH, Raumordnung, S. 131 f.

362 MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 118 ff.

363 MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 108; PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 18 ff.

364 RUCH, Informalisierung, S. 506, 513; RUCH, Raumordnung, S. 131 f.; MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 108; NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 166.

365 MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 173 f.

366 HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 16.

367 MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 173 f.; siehe auch HOFFMANN-RIEM, Konfliktmittler, S. 55, sowie THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 981.

368 PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 186.

369 MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 171; PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 195 f., 201 f.

durch eine informelle Absprache ist nur im Ausnahmefall denkbar, namentlich wenn sich die private Seite über die Verbindlichkeit der Absprache im Irrtum befindet und der Irrtum Vertrauensschutz genießt.³⁷⁰

Auch wenn von informellen Absprachen keine unmittelbaren Rechtswirkungen ausgehen, bedeutet dies nicht, dass sie ohne rechtliche Bedeutung bleiben. Vielmehr können sie mittelbare Rechtsfolgen zeitigen.³⁷¹ PFENNINGER will aufgrund der besonderen Nähebeziehung zwischen den Parteien, die zu einer erhöhten Schadensanfälligkeit führe, in analoger Anwendung der zivilrechtlichen Figur der *culpa in contrahendo* und aus dem Verfassungsgrundsatz von Treu und Glauben gegenseitige Rücksichts- und Sorgfaltspflichten der Parteien ableiten. Diese entfalten Bindungswirkungen «unterhalb der Schwelle primärer Leistungspflichten», ohne aber den rechtsunverbindlichen Charakter der Beziehung zu «unterlaufen».³⁷² MÜLLER-GRAF teilt diese Ansicht teilweise. Wie PFENNINGER geht auch er davon aus, dass sich die Rechte und Pflichten bzw. die Obliegenheiten und Berechtigungen der Parteien aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ableiten lassen. Damit sei das Beziehungsgefüge der Parteien aber umfassend beschrieben, weshalb sich der Rückgriff auf das Zivilrecht erübrige.³⁷³ Nach der hier vertretenen Ansicht ist MÜLLER-GRAF zuzustimmen. Das Institut der *culpa in contrahendo* soll die Parteien im Rahmen von Vertragsverhandlungen vor schuldhaft treuwidrigem Verhalten der Gegenseite schützen. Es wird bereits im zivilrechtlichen Kontext nur in engen Grenzen gewährt und erschöpft sich im Vertrauen auf die Begründung eines verbindlichen Rechtsverhältnisses, die informelle Absprachen gerade nicht bezwecken.³⁷⁴ Zudem ist nicht ersichtlich, inwieweit das vorvertragliche Treuegebot über den verfassungsrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben hinausgehen soll. Insoweit besteht kein Bedarf nach einem Rückgriff auf das zivilrechtliche Institut.

Die Reichweite des Vertrauensschutzes bzw. der Grundsatz von Treu und Glauben ist für jedes Verwaltungsrechtsverhältnis individuell zu bestimmen. Sichert die Planungsbehörde der privaten Partei etwa zu, einen einvernehmlich erarbeiteten Planentwurf mit der Empfehlung zur Festsetzung an das zuständige Organ zu überweisen, begründet die Behörde in Bezug auf diesen Akt, nicht aber in Bezug auf den Erlass des Planentwurfs, bei der Gegenseite berechtigtes Vertrauen.

370 MÜLLER-GRAF, *Informalisierung*, S. 174.

371 MÜLLER-GRAF, *Informalisierung*, S. 171 f.

372 PFENNINGER, *Informelles Verwaltungshandeln*, S. 200.

373 MÜLLER-GRAF, *Informalisierung*, S. 171.

374 MÜLLER, in: *Berner Kommentar Art. 1-18 OR*, Einl. Rz. 298, 323.

2. Abgrenzung

2.1 Abgrenzung zur Verfügung

- 156 Verfügungen sind einseitig-hoheitliche, rechtlich durchsetzbare Anordnungen. Sie beruhen auf der Anordnungsbefugnis bzw. auf der Hoheit des Staates. Als formelle, verfahrensmässig umfassend vorstrukturierte Handlungsform des Staates sind sie auf Rechtsverbindlichkeit angelegt und ihre Inhalte rechtlich durchsetzbar (Rz. 92). Mit den auf Selbstbindung der beteiligten Akteure beruhenden informellen Absprachen ist ihnen der regulatorische Charakter gemein.

2.2 Abgrenzung zum verwaltungsrechtlichen Vertrag

- 157 Informelle Absprachen können als formloses, rechtsunverbindliches Pendant zu verwaltungsrechtlichen Verträgen beschrieben werden. Wie diese beruhen sie auf dem partnerschaftlichen Zusammenwirken und auf dem Konsens von Staat und Privaten. Der wesentliche Unterschied besteht in dem je angestrebten Erfolg. Während sich die Parteien eines verwaltungsrechtlichen Vertrags rechtlich binden wollen (Rz. 88), zielen informelle Absprachen auf die rechtlich nicht durchsetzbare Selbstbindung der Beteiligten ab. Die Abgrenzung zwischen Vertrag und Absprache bzw. die Frage, ob sich die Parteien rechtlich binden wollten oder nicht, ist in der Praxis nicht immer leicht zu beantworten. Sie ist im Streitfall durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu entscheiden (Rz. 148). Fehlt die Schriftform, so kann dies ein Indiz dafür sein, dass die Parteien lediglich eine informelle Absprache treffen wollten (Rz. 146).

3. Funktionen

- 158 Das informell-kooperative Handeln des Staates kennt vielfältige Formen und zeichnet sich durch eine ebenso grosse funktionale Vielfalt aus. Es kann die förmlichen Akte der Rechtsetzung und Rechtsanwendung unterstützen, verstärken, begleiten oder auch ersetzen.³⁷⁵ Im Kontext der kooperativen Raumplanung haben informelle Absprachen insbesondere die Funktion von *Zwischenspeichern von Verhandlungsergebnissen* im Planerlassverfahren. Namentlich sind die durch Behörden und Private einvernehmlich erarbeiteten *Planentwürfe* als informelle Absprachen zu qualifizieren, deren Inhalte mit der Festsetzung des Plans durch das Erlassorgan Rechtsverbindlichkeit erlangen. Selbstständige Bedeutung haben informelle Absprachen in der Raumplanung als städtebauliche Leitbilder oder als Entwicklungskonzepte, die als Orientierungshilfen im Planungsprozess dienen (Rz. 65).

375 RUCH, Informalisierung, S. 506.

4. Zulässigkeit

4.1 Zulässigkeit der Abspracheform

Die Zulässigkeit informeller Absprachen wird spätestens seit der Anerkennung subordinationsrechtlicher verwaltungsrechtlicher Verträge durch Lehre und Rechtsprechung nicht mehr grundsätzlich bezweifelt. Seither ist anerkannt, dass der Staat private Handlungsadressaten als Partner in die Erfüllung seiner Aufgaben einbinden darf.³⁷⁶ Während aber die Zulässigkeitsvoraussetzungen von verwaltungsrechtlichen Verträgen Gegenstand eingehender Diskussionen bilden, findet sich zu informellen Absprachen ungleich weniger Literatur. Die wohl herrschende Lehre geht soweit ersichtlich davon aus, dass die Voraussetzungen an die Zulässigkeit von Form und Inhalt verwaltungsrechtlicher Verträge auf informelle Absprachen analog anzuwenden sind.³⁷⁷ Im Bereich der Rechtsanwendung sind informelle Absprachen demnach zulässig, wenn das Gesetz sie erstens weder ausdrücklich noch stillschweigend ausschliesst (vgl. Rz. 99)³⁷⁸ und wenn sich informelle Absprache zweitens in Bezug auf den angestrebten Erfolg gegenüber anderen Handlungsformen als besser geeignet erweisen (vgl. Rz. 102). Die bessere Geeignetheit dürfte dabei wesentlich von der jeweiligen Funktion der Absprache im Verwaltungsverfahren abhängen. Soweit informelle Absprachen bloss als Zwischenspeicher von Ergebnissen in einem förmlichen Verfahren dienen, sind keine alternativen Handlungsformen ersichtlich, die diese Aufgabe erfüllen und die gegen eine Absprache sprechen könnten. Anders wird es sich verhalten, wenn die Absprache an die Stelle des formellen Rechtsanwendungsakts treten soll. Die Behörde hätte diesfalls darzulegen, weshalb insbesondere der Verzicht auf die Rechtsverbindlichkeit in der konkreten Situation angezeigt ist.³⁷⁹

376 HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 178.

377 RICHLI, Verhandlungselemente, S. 394 f.; PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 88; NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 215; SPANNOWSKY, Grenzen, S. 450.

378 A.A. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 39 Rz. 10, die für verfügungsvertretende informelle Absprachen aufgrund des Vorrangs der Verfügung fordern, dass das Gesetz diese ausdrücklich erlaubt.

379 MAEGLI, Kooperatives Verwaltungshandeln, S. 283. Siehe ferner RUCH, Informalisierung, S. 513, sowie HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 195, die den Aspekt des sachlichen Grundes für die Wahl des informell-kooperativen Handelns im Kontext des Verhältnismässigkeitsprinzips diskutieren. I.d.S. wohl auch NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 215.

4.2 Zulässigkeit des Abspracheinhalts

160 Das informell-kooperative Handeln des Staats ist wie alles Verwaltungshandeln umfassend in die Rechtsordnung eingebunden.³⁸⁰ Es findet seine Grundlagen und Grenzen in den verfassungsmässigen Prinzipien des Verwaltungshandelns – wie namentlich dem Legalitätsprinzip, dem Rechtsgleichheitsgebot, der Bindung staatlichen Handelns an das öffentliche Interesse sowie dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Die Prinzipien bilden den Massstab für die Konkretisierung des gesetzlichen Ermessens im Einzelfall³⁸¹, wobei die Frage, welche Anforderungen an die gesetzliche Grundlage informeller Absprachen zu stellen sind, wiederum unter Bezugnahme auf die Dogmatik zu verwaltungsrechtlichen Verträgen beantwortet wird.³⁸²

161 Demzufolge soll es gerechtfertigt sein, die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage herabzusetzen, wenn die private Partei in die Absprache einwilligt und die Einwilligung freiwillig erfolgt. Weil informelle Absprachen nicht vollstreckbar sind, sondern lediglich auf der Selbstbindung der Parteien beruhen und die Rechtsstellung der privaten Partei damit weniger intensiv berühren als verwaltungsrechtliche Verträge, sollen die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage im Vergleich zu diesen nochmals herabgesetzt werden dürfen und sich letztlich in der allgemeinen Handlungskompetenz der Behörde erschöpfen können.³⁸³ Dafür spreche auch, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip, welches mit seinen Teilgehalten der Tauschgerechtigkeit und des Koppelungsverbots auch auf informelle Absprachen Anwendung finde (Rz. 143), den Zusicherungen der Parteien Grenzen setze. Insgesamt seien informelle Absprachen, die sich auf eine blosse Kompetenznorm stützen, über die verfassungsrechtlichen Prinzipien des Verwaltungshandelns hinreichend eng an das Recht gebunden.³⁸⁴

162 Dem ist insoweit zuzustimmen, als die Willensfreiheit der Privaten aufgrund der Rechtsmacht des Staates nicht in unzulässiger Weise beeinträchtigt

380 BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 5 Rz. 7.

381 MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 174.

382 NÜSSELE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 215; PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 88; vgl. auch HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 171f.

383 HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 171 ff.; 173; NÜSSELE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 215 f.; PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 119 f., insb. 121; vgl. MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 179 f.

384 Dazu MÜLLER-GRAF, Informalisierung, S. 180, der dem Verhältnismässigkeitsprinzip bei der Beurteilung der Zulässigkeit informell-kooperativen staatlichen Handelns eine «Schlüsselfunktion» beimisst; i.d.S. auch NÜSSELE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 216, welche die Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips als Missbrauchsschranke bei gesetzlich kaum strukturiertem Verwaltungshandeln betont.

ist³⁸⁵, Drittinteressen gewahrt bleiben und auch aus demokratischen Gründen keine Bedenken bestehen. Allerdings dürfen Private, die einem faktischen Kontrahierungszwang unterliegen, nicht leichthin darauf vertröstet werden, es stehe ihnen jederzeit frei, sich von der Absprache zu lösen, da eben diese Freiheit gerade nicht besteht. Übernehmen informelle Absprachen die Funktion eines Zwischenspeichers von Verhandlungsergebnissen, die im förmlichen Verfahren in einen förmlichen Rechtsakt überführt werden, sind letztlich die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage des formellen Aktes zu beachten.

Kapitel 8: Kooperative Sondernutzungspläne

I. Rechtsnatur

1. Widerspruch zwischen Form und Inhalt

Die Inhalte kooperativer Planungen werden im Dialog zwischen Staat und Privaten ermittelt. Sie *beruhen* auf dem Konsens der beteiligten Akteure, erwachsen durch diesen aber nicht in Rechtskraft. Ergebnis der Kooperation bildet vielmehr ein Planentwurf, der erst mit dem einseitig-hoheitlichen Akt der Planfestsetzung Wirksamkeit erlangt. *Inhalt und Form* kooperativ erarbeiteter Pläne stehen damit *im Widerspruch* zueinander. Die einseitig-hoheitliche Erlassform bildet die «Hülle», die «mit der Entwicklung der Inhalte nicht kongruent» ist.³⁸⁶

2. Planentwürfe als informelle Absprachen

Die Erarbeitung von Planentwürfen bildet eine Etappe jedes Planerlassverfahrens. Beruhen die Planentwürfe auf dem Konsens von Staat und Privaten, sind sie als informelle, d.h. rechtsunverbindliche und formlose Absprachen zu qualifizieren (Rz. 149), die als Zwischenspeicher der Ergebnisse des Aushandlungsprozesses und damit der *Vorbereitung des förmlichen Verfahrens* dienen (Kapitel 12 III.3). Im Lauf des Planerlassverfahrens, in dem der Planentwurf durch die Mitwirkung der Bevölkerung, das Einwendungsverfahren, das Erlassorgan oder aufgrund der Prüfung der kantonalen Genehmigungsbehörde (Kapitel 12 III.4-8) allenfalls angepasst wird, erfährt die informelle Absprache insoweit eine stete Aktualisierung, als die private Partei an dem Vorhaben festhält. Andernfalls ist die Kooperation gescheitert. Erst

385 Vgl. RICHLI, Verhandlungselemente, S. 394; PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 120 f.; RUCH, Informalisierung, S. 522; HOFFMANN-RIEM, Selbstbindungen, S. 208.

386 RUCH, Raumordnung, S. 192.

mit ihrer Festsetzung durch das zuständige Organ und die Genehmigung durch die kantonale Behörde erwachsen kooperativ erarbeitete (Sonder-) Nutzungspläne in Rechtskraft und zeitigen Rechtswirkungen. Sie binden jede Grundeigentümerschaft des Planungssperimeters, und zwar ungeachtet dessen, ob sie Partei der informellen Absprache war oder nicht.³⁸⁷

II. Charakteristika der Kooperation

1. Erzeugung und Ausgleich planerischer Mehrwerte

1.1 Tauschprinzip als Kern der Kooperation

165 Die Kooperation mehrerer Akteure ist stets durch ein Gegenseitigkeitsverhältnis bzw. Synallagma und mithin durch das Tauschprinzip geprägt. Nur wenn die Parteien der jeweils anderen Partei ein attraktives Angebot unterbreiten können, kommt eine Zusammenarbeit zustande. Das gilt auch für kooperative Planungen. Diese gehen typischerweise auf die Initiative privater Grundeigentümerschaften oder Investorinnen und Investoren zurück, die eine Überbauung planen, welche sich nicht in den Grenzen der bestehenden nutzungsplanerischen Ordnung realisieren lässt.³⁸⁸ Um das Interesse des Gemeinwesens an einer Anpassung des bestehenden Plans zu wecken, werden sie diesem ein überzeugendes Angebot unterbreiten müssen. Selten geht der Anstoss zu einer Kooperation von einer Gemeinde als Planungsträgerin aus. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Gemeinde städtebauliche Ziele verfolgt, zu deren Realisierung sie auf die Mitwirkung privater Grundeigentümerschaften angewiesen ist. Als Anreiz zur Mitwirkung wird diesfalls die Gemeinde den privaten Akuteren ein attraktives Angebot unterbreiten müssen.³⁸⁹

1.2 Mehrwertausgleich als Merkmal kooperativer Planungen

166 Ungeachtet dessen, welche Partei die kooperative Planung letztlich anstösst, bilden Gegenstand des Austauschverhältnisses stets die *Erzeugung* und der *Ausgleich planerischer Mehrwerte*.³⁹⁰ Unter dem Begriff des «planerischen

387 JAAG, Rechtssatz vs. Einzelakt, S. 208. Eine allenfalls nachfolgende Eigentümerschaft tritt mit dem Übertragungsakt in eine Rechtsposition ein, die sie im Zeitpunkt der privatrechtlichen Übertragung kennt und mit ihrer Einwilligung auch akzeptiert (vgl. BGer, Urteil 1P.416/2002 vom 19.11.2002, E. 2).

388 DUSSY, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 7.86.

389 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 63; MUGGLI, Kooperative Planung, S. 25.

390 Vgl. AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 63.

Mehrwerts» wird der Grundstücksmehrwert verstanden, der auf eine planerische Anordnung zurückgeht – namentlich auf eine Einzonung, d.h. die Ausschcheidung neuen Baulands, auf eine Aufzonung, die eine höhere Ausnutzung des Planungsperimeters ermöglicht, oder auf die Umzonung einer Parzelle, mit der die wirtschaftlich bessere Nutzung dieser Parzelle einhergeht.³⁹¹ Welche Partei welche Leistung erbringt, ist hierbei eindeutig bestimmt: Während die Festsetzung einer wertsteigernden planerischen Massnahme dem Gemeinwesen als Träger der Planung vorbehalten ist, ist das Leistungsversprechen der Privaten auf den Ausgleich planerischer Mehrwerte gerichtet.

1.3 «Antizipierter» Mehrwertausgleich als Variante des Ausgleichs

Der Ausgleich von Planungsmehrwerten kann grundsätzlich in zwei Formen erfolgen: entweder als Mehrwertausgleich gestützt auf Art. 5 RPG, der als *Rechtsfolge* eines Planerlasses bzw. einer Planänderung konzipiert und bei der Realisierung des Mehrwerts durch Überbauung oder Verkauf des Grundstücks fällig ist (Abs. 1^{bis} Satz 2). Diese Form des Mehrwertausgleichs erfolgt bei nicht kooperativ angelegten Planungen meist schematisch über eine Abgabe und ist folglich nicht Gegenstand des Planungsprozesses. Oder aber der Mehrwertausgleich bildet – was auf kooperative Planungen häufig zutrifft – integrales Element des Planungsprozesses. Die Ausgleichsleistungen werden diesfalls im Zuge der Planerarbeitung bestimmt und für den Fall der Planfestsetzung entweder vertraglich vereinbart (Kapitel 9 IV) oder im Nutzungsplan selbst definiert. Im letzteren Fall kann der Mehrwertausgleich als «*antizipiert*» beschrieben werden, da er streng genommen nicht Rechtsfolge, sondern Gegenstand der Planfestsetzung ist.³⁹²

2. Verhältnis spezifisch gearteter Subordination

Kooperative Planungen sind durch ein Verhältnis spezifisch gearteter Subordination zwischen Staat und Privaten geprägt und folglich durch eine strukturell ungleiche Verteilung von Verhandlungsmacht zugunsten der Planungsträger bzw. zulasten der privaten Parteien. Diese Ungleichverteilung geht auf die Hoheitsrechte des Staates in der Raumplanung zurück. Diese ist gemäss Art. 2 RPG dem Staat vorbehalten. Den Privaten fehlt damit eine marktmässige Alternative zum «Angebot» des Staates. Sofern eine genügende Grundordnung im Sinne von Art. 2 RPG besteht, haben die Privaten zudem keinen

391 BÜHLMANN/PERREGAUX DUPASQUIER/KISSLING, Mehrwertausgleich, S. 2; vgl. EJPD/BRP, Erläuterungen, Art. 5 Rz. 1.

392 Der Kanton Zürich bezeichnet diese Form des Mehrwertausgleichs als «Mehrwertausgleich eigener Art» (RRB Nr. 724 vom 11.7.2018, S. 3).

Anspruch auf eine (Sonder-)Nutzungsplanung. Ob die Behörden für eine kooperative Planung Hand bieten wollen oder nicht, entscheiden sie nach dem Opportunitätsprinzip (Rz. 404). Insofern unterliegen die privaten Akteure einem faktischen Kontrahierungszwang und mithin einem rechtlich relevanten faktischen Zwang, der geeignet ist, ihre Willensfreiheit einzuschränken. Wollen sie einen Sondernutzungsplan erwirken, müssen sie sich den Bedingungen des Gemeinwesens unterwerfen. Eine unter diesen Umständen abgegebene Einwilligung wird annahmegemäss als nicht freiwillig erteilt gelten können. Anders verhält es sich nur, wenn die Privaten der Rechtsmacht des Staates eine gleichwertige, meist ökonomische Verhandlungsmacht entgegensetzen können bzw. wenn der Staat für die Realisierung städtebaulicher Ziele auf die Mitwirkung der privaten Akteure angewiesen ist (Rz. 133 ff.).

III. Zulässigkeit kooperativer Planinhalte

1. Grundsätzliche Offenheit der Nutzungsplanung für kooperative Inhalte

169 Kooperativ erarbeitete Planentwürfe sind, wie bereits erörtert, rechtlich als informelle Absprachen zu qualifizieren. Diese sind zulässig, wenn die Planungsbehörden über einen relativ erheblichen Gestaltungsspielraum bei der Inhaltskonkretisierung verfügen und sachliche Gründe bestehen, die das kooperative Vorgehen rechtfertigen. Beide Voraussetzungen sind für kooperative Planungen grundsätzlich gegeben: Die Nutzungsplanung als Lenkungs- und Gestaltungsaufgabe ist weithin durch offene Normen geprägt, die den Planungsträgern vor allem in Bezug auf die *örtliche Zuweisung* bestimmter Nutzungen erhebliche Gestaltungsspielräume vermitteln. Sodann erfolgen kooperative Planungen stets mit dem Ziel, städtebauliche und architektonische Lösungen herbeizuführen, welche die öffentlichen Interessen an der planerischen Gestaltung von Parzellen in einem höheren Masse verwirklichen, als dies durch einseitig-hoheitliche Planungen möglich wäre. Sie sind insofern sachlich begründet. Anders verhält es sich dagegen mit *Nutzungs- und Bauvorschriften*, die das kantonale Recht oft abschliessend regelt. Es wird noch zu zeigen sein, dass diesbezüglich kaum Verhandlungsspielraum besteht (Rz. 180 ff.).

2. Inhaltsbestimmung: Grundsätze

2.1 Inhaltsbestimmung durch Interessenabwägung

170 Art. 3 RPV verpflichtet die Behörden zur Konkretisierung planerischer Anordnungsspielräume mittels der Methode der Interessenabwägung. Die Interessenabwägung stellt, wie noch darzustellen sein wird, ein argumentatives

Vorgehen in drei Teilschritte dar: der Ermittlung, Gewichtung und dem Ausgleich aller relevanten Interessen.³⁹³ Die Pflicht zur Interessenabwägung besteht, weil das Planungsrecht durch grosse Anordnungsspielräume geprägt ist, bei deren Konkretisierung die üblichen Hilfsgrössen des pflichtgemässen Ermessens, namentlich das Abstellen auf den Sinn und Zweck des Gesetzes und die Anwendung des Verhältnismässigkeits- und Gleichheitsgebots unter Beachtung des Willkürverbots, versagen.³⁹⁴ Auch kooperative Planungen sind der Methode der Interessenabwägung verpflichtet.³⁹⁵ Da diese Planungen klar lokalisierbare und individuell zurechenbare Auswirkungen zeitigen, fallen die Interessen der betroffenen Grundeigentümerschaften vergleichsweise stark ins Gewicht.³⁹⁶

2.2 Bedeutung der Einwilligung für die Inhalt Konkretisierung

Im Rahmen des verwaltungs*vertraglichen* Handelns vermittelt die Einwilligung der privaten Handlungsadressaten Lösungen, die dem einseitig anordnenden Staat im Rahmen der Rechtsanwendung mangels genügender gesetzlicher Grundlage nicht zugänglich wären. Bei kooperativen Sondernutzungsplanungen ist die Einwilligung der Privaten in der Regel Anlass und Voraussetzung dafür, um die Nutzungen einer oder mehrerer Parzellen gegenüber der Rahmennutzungsplanung zu konkretisieren. Nutzungserweiterungen werden dabei durch Nutzungsbeschränkungen, die das Plus an baulicher Dichte baulich flankieren, begleitet. Mit ihrer Einwilligung stimmen die privaten Akteure dieser Paketlösung zu. Als Gegenleistung für eine Mehrausnutzung ihrer Parzelle erklären sie den freiwilligen Verzicht auf Rechtspositionen und öffnen damit im Rahmen der Interessenabwägung insoweit behördliche Anordnungsspielräume, als Nutzungsbeschränkungen aus architektonischen und städtebaulichen Gründen mit Blick auf die gewährte Nutzungserweiterung gerechtfertigt erscheinen. Darauf wird im Folgenden einzugehen sein.

393 TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 21. Dazu auch Rz. 436.

394 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 26 Rz. 34 f.; NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 87.

395 Zu den Gefahren kooperativer Verfahren für die Richtigkeit der Interessenabwägung siehe Rz. 441 ff.

396 Statt vieler BGE 118 Ia 504, E. 6c (Pra 1994 Nr. 25); BGE 118 Ia 394, E. 5b; JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 44.

3. Detaillierungsgrad kooperativer Nutzungspläne und Bedeutung der Einwilligung

3.1 Detaillierungsgrad einseitig-hoheitlicher Pläne

172 Die inhaltliche Konkretisierung bzw. Detaillierung nicht kooperativ erarbeiteter Nutzungspläne erfolgt mit Blick auf die Auswirkungen der geplanten Nutzungen auf den Raum. Je grösser das Konfliktpotenzial ist, das von diesen ausgeht, desto detaillierter sind die planerischen Massnahmen zu formulieren, um Konflikte zu vermeiden. Für Bauvorhaben, die erhebliche Nutzungskonflikte verursachen können, besteht eine über die allgemeine Planungspflicht hinausgehende *besondere Planungspflicht*, die mit dem Erlass von Sondernutzungsplänen erfüllt wird.³⁹⁷ Dabei gilt: Je detaillierter planerische Massnahmen gehalten sind, desto kleiner sind die Spielräume, die den Eigentümerschaften in Bezug auf die Nutzung ihrer Grundstücke verbleiben, und umso intensiver wirken sich diese auf die Rechtspositionen der Betroffenen aus. Bei der Festlegung des Detaillierungsgrads von Nutzungsplänen verfügen die Behörden über einen Ermessensspielraum.³⁹⁸

173 Die Festsetzung des Detaillierungsgrads eines Nutzungsplans ist zusammenfassend das Ergebnis folgenden Interessenausgleichs: Je detaillierter planerische Massnahmen sind, desto grösser ist zwar deren Steuerungswirkung, desto stärker werden aber die Nutzungsbefugnisse der Grundeigentümerschaften beschränkt und mit ihr die Flexibilität, Überbauungen insbesondere in Bezug auf die sich rasch wandelnden Bedürfnisse des Marktes zu realisieren.³⁹⁹ Aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz folgt sodann, dass nutzungsplanerische Massnahmen einer umso stärkeren Rechtfertigung durch öffentliche Interessen bedürfen, je stärker sie das Eigentum und/oder die Wirtschaftsfreiheit der betroffenen Grundeigentümerschaften einschränken bzw. deren Rechtsposition konkretisieren.⁴⁰⁰ Das gilt insbesondere für lokal begrenzte Planungen. Nutzungspläne werden deshalb nach dem folgenden Kalkül festgesetzt: Sie sind *so detailliert wie nötig* zu formulieren, um die angestrebte Raumordnung möglichst aussagekräftig abzubilden und Nutzungskonflikten möglichst wirksam zu begegnen.⁴⁰¹ Zugleich sind sie *so offen wie möglich* zu halten, um den Eigentümerschaften jenen Gestaltungsspiel-

397 JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 9, 12.

398 JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 14.

399 Zum Verhältnis von Markt und Planung siehe MUGGLI, Kooperative Planung, S. 27f.

400 Siehe dazu etwa § 84 Abs. 1 PBG/ZH, wonach «die Gemeinden [...] einen öffentlichen Gestaltungsplan festsetzen [können], wenn daran ein *wesentliches* [Hervorhebung d. Verf.] öffentliches Interesse besteht».

401 HALLER/KARLEN, Raumplanungsrecht, Rz. 180.

raum einzuräumen, der nötig ist, damit sie ihre Grundstücke einer wirtschaftlichen Nutzung zuführen können.

3.2 Detaillierungsgrad kooperativ erarbeiteter Pläne

a *Projektbezug kooperativ erarbeiteter Pläne*

Typischerweise erfolgen kooperative Planungen im Hinblick auf ein konkretes Bauvorhaben und damit in Form von projektbezogenen Sondernutzungsplänen. Sondernutzungspläne weisen – ihrer Funktion entsprechend, die Grundlagen für städtebaulich und architektonisch einwandfreie Überbauungen zu schaffen – per se einen höheren Detaillierungsgrad auf als Rahmenutzungspläne, welche die nutzungsplanerische Grundordnung beschreiben.⁴⁰² Durch den Projektbezug einer Sondernutzungsplanung nimmt der Detaillierungsgrad der Pläne nochmals zu, weil zahlreiche Aspekte der Überbauung bereits auf der Stufe der Planung und nicht erst im Baubewilligungsverfahren festgelegt werden. Im Unterschied zu Baubewilligungen, die ein Recht auf Realisierung des bewilligten Projekts vermitteln, statuieren (projektbezogene) Sondernutzungspläne eine Bauordnung, die für die Grundeigentümerschaften verpflichtend ist.⁴⁰³

b *Interessenkonvergenz und Freiwilligkeit der Einwilligung*

Der hohe Detaillierungsgrad kooperativ erarbeiteter Pläne liegt sowohl im öffentlichen als auch im privaten Interesse. Er reflektiert zum einen den Anspruch der Planungsbehörden, über die Kooperation auf die Gestaltung des Bauvorhabens einzuwirken und Sicherheit über das städtebauliche Ergebnis zu erlangen. Zum anderen spiegelt er aber auch die Interessen der Grundeigentümerschaften wider, welche durch den hohen Detaillierungsgrad auf Stufe Planung das Risiko, dass ein in der Projektierung weit fortgeschrittenes Bauvorhaben im Baubewilligungsverfahren noch scheitert, senken und die Umsetzung des Vorhabens damit tendenziell beschleunigen. Durch die kooperative Methode ist es demnach möglich, den latenten Gegensatz zwischen dem Steuerungsanspruch des Gemeinwesens einerseits und dem Gebot der Mäßigung staatlicher Eingriffe andererseits zu überwinden. Zudem wird aufgrund der Interessenkonvergenz zwischen Staat und Privaten die diesbezügliche Einwilligung der privaten Akteure trotz des Verhältnisses spezifischer gearteter Subordination in aller Regel als freiwillig erteilt gelten können. Soweit detaillierte planerische Anordnungen notwendig sind, um dem Zweck der infrage stehenden Sondernutzungspläne – das Gewährleisten einer

402 BGE 121 I 117, E. 4b.

403 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 68.

architektonisch und städtebaulich einwandfreien Überbauung – zu erfüllen, ist die faktische Zwangslage der privaten Seite aufgrund des Kontrahierungszwangs zudem rechtlich irrelevant, solange die Rechtsordnung den Erlass der Pläne an eben diese Anordnungen knüpft.

c Erfordernis sanktionsbewehrter Baupflichten

176 Wenn keine spezifischen Vorkehrungen getroffen werden, entfalten kooperativ erarbeitete Pläne lediglich Nutzungen zuweisende, aber keine aktivierende Funktion. D.h., sie konkretisieren die zulässigen Nutzungen der betroffenen Parzellen, ohne die Grundeigentümerschaften jedoch auf die Realisierung dieser Nutzungen zu verpflichten. Zwar signalisieren die Privaten mit ihrer Beteiligung am Planungsprozess und dem damit verbundenen finanziellen und zeitlichen Engagement die ernsthafte Absicht, die beplante Parzelle baulich zu nutzen. Geht hingegen das Interesse an deren Realisierung aufgrund eines unternehmerischen Strategiewechsels, veränderter Marktverhältnisse, der Insolvenz der Investorin bzw. des Investors oder Ähnlichem verloren, wird der Nutzungsplan obsolet und kann sich dessen Projektbezug für eine zeitnahe anderweitige Nutzung des Perimeters als hinderlich erweisen. Insbesondere wenn das kantonale Recht Sperrfristen vorsieht⁴⁰⁴, wäre die bauliche Nutzung der betreffenden Grundstücke zumindest zeitweise blockiert, was die Baulandreserven einer Gemeinde je nach der Grösse des Planungsperimeters erheblich belasten kann.

177 Mit Blick auf dieses Risiko und unter Berücksichtigung der RPG-Revision 2012, welche die Planungsträger auf die konsequente Mobilisierung von Bauland verpflichtet (Rz. 246), besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass Bauvorhaben realisiert und projektbezogene Sondernutzungspläne deshalb mittels sanktionsbewehrter Baupflichten gesichert werden. Das gilt besonders für jene Areale einer Gemeinde, die unter hohem Siedlungsdruck stehen. Für Einzonungen leitet sich das Erfordernis von Baupflichten unmittelbar aus Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG ab. In Bezug auf bestehendes unbebautes Bauland steht die Forderung nach sanktionsbewehrten Baupflichten im Einklang mit Art. 15a RPG, der die Kantone auf Massnahmen zur Förderung der Verfügbarkeit von Bauland verpflichtet. Demgemäss dürfte sich die Übernahme einer Baupflicht durch die privaten Akteure als Bedingung für die Aufnahme von kooperativen Planungen aufdrängen.⁴⁰⁵

404 Siehe z.B. § 87 i.V.m. § 82 PBG/ZH, wonach Sonderbauvorschriften und Gestaltungspläne frühestens fünf Jahre nach ihrem Inkrafttreten aufgehoben werden können.

405 Dazu auch Rz. 247.

4. «Antizipierter» Mehrwertausgleich und Bedeutung der Einwilligung

4.1 Ausgangspunkt

a Anforderungen an Sondernutzungspläne

Sondernutzungspläne eröffnen den Grundeigentümerschaften gegenüber der Rahmennutzungsplanung typischerweise eine bessere Nutzung ihrer Parzelle, weil sie insbesondere Abweichungen von der Regelbauweise erlauben. Im Gegenzug für diese Privilegierung gelten erhöhte Anforderungen an die architektonische und städtebauliche Qualität des Bauprojekts.⁴⁰⁶ Ungeachtet dieses Grundsatzes, der sich aus der Funktion von Sondernutzungsplänen im planerischen Stufenbau ableitet (Rz. 29), haben einige Kantone weitergehende Anforderungen an (kooperativ erarbeitete) Sondernutzungspläne definiert. Der Kanton Schwyz beispielsweise sieht mit § 24 Abs. 2 PBG vor, dass Sondernutzungspläne von den kantonalen oder kommunalen Vorschriften abweichen dürfen, sofern sie «mindestens die Einhaltung des Minergie-Standards für Wohnbauten vorschreiben und der [Sondernutzungsplan] mehrere, wesentliche Vorteile gegenüber der Normalbauweise beinhaltet [...]». Abs. 3 führt ergänzend aus: «Vorteile im Sinne von Abs. 2 liegen namentlich vor, wenn [...] preisgünstiger Wohnraum für Familien geschaffen wird [...] oder andere im öffentlichen Interesse liegende Mehrleistungen ausgewiesen werden.» Demgegenüber führt das Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich die erhöhten Anforderungen an Sondernutzungspläne nicht weiter aus.⁴⁰⁷ Gleichwohl sollen solche in der Stadt Zürich für jene Sondernutzungspläne gelten, die wie die meisten Sondernutzungspläne kooperativ erarbeitet werden. Themen wie die Schaffung vielfältiger Freiräume mit Erholungsfunktion und hohem Wert für die Stadtnatur und das Stadtklima sowie die Förderung nachhaltiger Mobilität und einer guten Quartierinfrastruktur stehen dabei im Vordergrund.⁴⁰⁸

b Zweck dieser Anforderungen

Planerische Massnahmen, die qualitativ hochwertigen architektonischen und städtebaulichen Lösungen dienen, sind von jenen zu unterscheiden, die einen Vorteil genereller Natur für die Allgemeinheit begründen. Erstere sind klarerweise raumordnungspolitisch motiviert und stehen zudem in *direktem*

406 Statt vieler BGE 135 II 209, E. 5.2; BGE, Urteile 1C_130/2014 und 1C_150/2014 vom 6.1.2015, E. 2.1; AEMISEGGER/KISLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 62. So explizit auch § 32 Abs. 2 lit. a und b PBG/ZG.

407 Vgl. §§ 83 ff. PBG/ZH.

408 AFS STADT ZÜRICH, Kooperative Planung (www.stadt-zuerich.ch/staedtebau > Raum & Arealentwicklung > Gebiets- und Arealentwicklungen).

Zusammenhang mit dem konkreten planerischen Vorhaben: Die durch Sondernutzungspläne meist vermittelte Erhöhung der baulichen Dichte birgt die Gefahr, bestehende Nutzungskonflikte zu verstärken bzw. neue Nutzungskonflikte zu erzeugen. Diesen gilt es durch geeignete planerische Massnahmen, wie durch die besonders grosszügige und zweckmässige Gestaltung von Freiflächen oder durch Bauten, die sich architektonisch besonders auszeichnen und sich gut in die Umgebung einfügen, entgegenzuwirken.⁴⁰⁹ Anders verhält es sich nach der hier vertretenen Ansicht mit Mehrleistungen, die über das planerisch Erforderliche bzw. über den Zweck von Sondernutzungsplänen – die Sicherung qualitativ hochwertiger Überbauungen – hinausgehen. Zu diesen zählen unter anderem die Einhaltung von Energieeffizienzstandards von Bauten, die Pflicht zur Schaffung von preisgünstigem Wohnraum oder sozialer Einrichtungen auf dem Planungssperimeter oder andere im öffentlichen Interesse liegende Mehrleistungen. Solche Anforderungen stehen *nicht in direktem Zusammenhang* mit den raumbezogenen Anforderungen an eine Sondernutzungsplanung. Sie dienen vielmehr übergeordneten raum-, energie-, sozial- oder gesellschaftspolitischen Zielen und lassen sich deshalb am ehesten als Gegenleistung für die planerische Besserstellung bzw. als Form des «*antizipierten*» Mehrwertausgleichs (Rz. 167) charakterisieren. Inwieweit solche Anforderungen im Kontext kooperativer Planungen zulässig bzw. problematisch sein können, wird im Folgenden zu diskutieren sein.

4.2 Gestaltungsspielraum für Massnahmen des «antizipierten» Mehrwertausgleichs

a Nutzungs- und Bauvorschriften als Grenze

- 180 Die Konkretisierung der offenen Normen des Raumplanungsrechts durch die Methode der Interessenabwägung findet in den «harten» Voraussetzungen des Raumplanungsrechts ihre Grenzen.⁴¹⁰ Solche unverrückbaren, nicht disponiblen Anforderungen stellen beispielsweise die in Art. 14 ff. RPG definierten Zonentypen dar, welche durch das kantonale Recht nicht selten *abschliessend* ausgeführt werden.⁴¹¹ Dasselbe gilt für Bauvorschriften, wie z.B. kantonale

409 WIRTHLIN, Legalitätsprinzip, S. 527. In der Praxis wird das Erfordernis qualitativ hochwertiger architektonischer und städtebaulicher Lösungen oft durch die Durchführung von Wettbewerbsverfahren eingelöst (Rz. 65). Einige Kantone nehmen auf Wettbewerbsverfahren in ihren Planungs- und Baugesetzen mittlerweile explizit Bezug, was die Bedeutung dieser Verfahren – nicht nur, aber insbesondere – für projektbezogene Sondernutzungsplanungen unterstreicht (vgl. Art. 92 Abs. 2 BauG/BE, § 105a Abs. 2 lit. h PBG/LU, Art. 100 PBG/SG).

410 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 26 Rz. 35.

411 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 46 ff.; 58 ff.; 200; JAAG, Rechtssatz vs. Einzelakt, S. 203.

Mindestabstände oder Vorschriften über die Regelbauweise, sofern das einschlägige Gesetz nicht ausdrücklich Abweichungen gestattet.⁴¹² Diesen demokratisch abgestützten Ordnungsrahmen der Raumplanung vermag die Einwilligung einzelner Privater nicht umzustossen. Demzufolge werden durch das kooperative Element kaum je zusätzliche, d.h. vom Gesetz nicht explizit vorgesehene Anordnungsspielräume der meist kommunalen Planungsbehörden in Bezug auf die *Nutz- und Bauweise von Grundstücken* eröffnet.⁴¹³

b Kantonaler Mehrwertausgleich gemäss Art. 5 RPG als Grenze

Neben der Frage, ob die Institute des Raumplanungsrechts Raum für Absprachen hinsichtlich der Nutz- und Bebauungsweise von Grundstücken lassen, ist die Zulässigkeit von Absprachen betreffend den antizipierten Mehrwertausgleich nach hier vertretener Ansicht auch mit Blick auf Art. 5 RPG und das diesbezügliche kantonale Ausführungsrecht zu prüfen. Art. 5 Abs. 1 RPG verpflichtet die Kantone, erhebliche Mehrwerte in angemessener Höhe auszugleichen und die hierfür nötigen Rechtsgrundlagen zu schaffen.⁴¹⁴ Mit dem Entscheid, ob und in welcher Höhe planerische Mehrwerte nach Massgabe des übergeordneten Bundesrechts abgeschöpft werden sollen, trifft der kantonale Gesetzgeber Wertungen, die nicht selten das Ergebnis überaus kontrovers geführter politischer Debatten bilden.⁴¹⁵ Diese Wertungen sind nach hier vertretener Ansicht für die Planungsbehörden verbindlich. Sofern der kantonale Gesetzgeber den Mehrwertausgleich abschliessend geregelt hat, besteht für *planerische* Massnahmen, die den Zweck des Mehrwertausgleichs

412 Für eine solche Ausnahmeregelung siehe § 83 Abs. 1 PBG/ZH, wonach mit Gestaltungsplänen von den Bestimmungen über die Regelbauweise und von den kantonalen Mindestabständen abgewichen werden darf.

413 Vgl. SPORI/BÜHLMAN, Wohnungsbau, S. 8.

414 Zum Ganzen auch Kapitel 9 IV.

415 Im Kanton Zürich wurde über Jahre hinweg hart um den Mehrwertausgleich gerungen, wobei sich insbesondere die Städte Zürich und Winterthur gegen eine vom Kanton unterbreitete Gesetzesvorlage (RRB Nr. 229 vom 16.3.2016), die den Gemeinden in Bezug auf die Festsetzung der Abgabensätze wenig Autonomie liess, im öffentlichen Diskurs zur Wehr setzten (HBD STADT ZÜRICH, Die Stadt Zürich und der Mehrwertausgleich, Kritische Stellungnahme zum kantonalen Gesetzesentwurf, Medienmitteilung vom 26.9.2016 [www.stadt-zuerich.ch/hbd > Medien > Medienmitteilungen], sowie STADT WINTERTHUR, Stadtrat erwartet vom Kantonsrat ein besseres Mehrwertausgleichsgesetz, Medienmitteilung vom 23.2.2018 [www.stadt.winterthur.ch > Medienmitteilungen]). Erst nach zähem Ringen und einer Verschiebung der Mehrheitsverhältnisse nach Erneuerungswahlen war im Frühsommer 2019 eine Kompromisslösung im Zürcher Kantonsrat möglich (NZZ, Hilfe von aussen für die Politik, Die schwierige Suche nach einem Kompromiss für den Mehrwertausgleich ist ein ungewöhnliches Lehrstück, sowie NZZ, Gemeinden erhalten deutlich mehr Spielraum: Die zuständige Kommission des Kantonsrats hat die Vorlage der Regierung für das Mehrwertausgleichsgesetz stark abgeändert, 1.7.2019, S. 13).

verfolgen, einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage aber entbehren, trotz der Einwilligung der privaten Partei kein Raum. Es kann dabei auch keine Rolle spielen, dass der Mehrwertausgleich durch planerische Massnahmen auf «antizipierten» Mehrwerten beruht, während die Pflicht zum Mehrwertausgleich nach Art. 5 RPG erst mit dem *Erlass* von Nutzungsplänen begründet wird (Rz. 277). Da Ursache und Zweck des sogenannten «antizipierten» Mehrwertausgleichs und des Mehrwertausgleichs nach Art. 5 RPG identisch sind, muss Ersterer als von Art. 5 RPG und dem kantonalen Ausführungsrecht sinngemäss miterfasst gelten. Andernfalls stünden der Umgehung dieser Regelungen Tür und Tor offen.

c Zwischenfazit

- 182 Ist der antizipierte Mehrwertausgleich gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Planungsbehörden diesbezüglich über Gestaltungsspielraum verfügen. Dazu sind neben den Instituten des Planungs- und Baurechts auch die Regelungen betreffend den Mehrwertausgleich heranzuziehen. Soweit der kantonale Gesetzgeber beide Themen abschliessend geregelt hat, stellen sie unverrückbare Grenzen der Raumplanung dar und sind damit weder Anordnungen noch Absprachen der Behörden zugänglich.

4.3 Umfang des «antizipierten» Mehrwertausgleichs

a Ausgangspunkt: Zulässigkeit des «antizipierten» Mehrwertausgleichs im Grundsatz

- 183 Sofern eine explizite gesetzliche Grundlage für den antizipierten Mehrwertausgleich wie etwa im Kanton Schwyz besteht, wo § 24 Abs. 3 PBG u.a. die Festlegung «andere[r] im öffentlichen Interesse liegende[r] Mehrleistungen» als Gegenleistung für eine Sondernutzungsplanung gestattet, oder das Gesetz für entsprechende Festlegungen Raum lässt, stellt sich die Frage, in welchem *Umfang* der «antizipierte» Mehrwertausgleich im Kontext kooperativer Sondernutzungsplanungen zulässig ist bzw. inwieweit dieser einer ausdrücklichen Regelung bedarf. Dies gilt es im Folgenden auszuführen.

b Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Zulässigkeitsgrenze

- 184 Eine erste Orientierung für den Umfang des «antizipierten» Mehrwertausgleichs gibt das Verhältnismässigkeitsprinzip, wonach Leistung und Gegenleistung einer Absprache in einem ausgewogenen Verhältnis stehen müssen (vgl. Rz. 144). Bei kooperativen Planungen sind der Wert der nutzungsweiternden planerischen Massnahmen (z.B. die Erhöhung der Ausnützungsziffer oder die Reduktion der Mindestabstände) und der zusätzlich auferlegten

Massnahmen (z.B. die Festlegung eines Anteils am Wohnraum zur Kostenmiete als Form des Mehrwertausgleichs) ins Verhältnis zu setzen. In Bezug auf den Ausgleich planerischer Mehrwerte gemäss Art. 5 RPG hat das Bundesgericht eine Abgabehöhe im Kanton Basel-Stadt von bis zu 60 bzw. 80 Prozent als mit der Eigentumsgarantie vereinbar beurteilt.⁴¹⁶ Nach Ansicht des Gerichts ist eine Abgabe erst dann unzulässig, weil konfiskatorisch, wenn sie «die Substanz des Steuerobjekts weitgehend aufzehrt und die Vermögensverhältnisse des bzw. der Pflichtigen derart erschüttert, dass ihm bzw. ihr wesentliche Eigentumsrechte faktisch entzogen werden».⁴¹⁷ Danach dürfte auch eine 100-prozentige Abschöpfung zulässig sein.

c Das Gleichheitsgebot als Zulässigkeitsgrenze

(i) Bedeutung des Gleichheitsgebots für den «antizipierten» Mehrwertausgleich

Festlegungen betreffend den «antizipierten» Mehrwertausgleich haben ferner das Gebot rechtsgleicher Behandlung zu wahren. Das mag zunächst verwundern; schliesslich kommt dem Gleichheitsgebot in der Raumplanung anerkanntermassen nur eingeschränkte Bedeutung zu: Ob und wie planerische Festlegungen erfolgen, ist weniger eine Frage der Eigenschaften der zu planenden Grundstücke als vielmehr der übergeordneten planerischen Ziele. Faktisch reduziert sich der Gleichheitsgrundsatz bei der Zuweisung zulässiger Nutzungen damit auf das Willkürverbot.⁴¹⁸ Das Gleichheitsgebot greift jedoch dort uneingeschränkt, wo Vergleichbarkeit anhand von *formalen Kriterien* hergestellt werden kann. Ebendies trifft auf den (antizipierten) Mehrwertausgleich zu: Die Festlegung des Mehrwertausgleichs für eine konkrete Planung stellt einen Akt der Rechtsanwendung dar. Für diesen lässt sich ohne weiteres mittels einer Konditionalnorm, d.h. nach einem Wenn-dann-Schema, definieren, unter welchen Bedingungen und in welchem Umfang planerische Massnahmen, die zu einem Grundstücksmehrwert führen, ausgleichspflichtig sein sollen. Handelt der Staat autoritativ, ist eine Abkehr vom Grundsatz der formalen Gleichbehandlung nur aus sachlichen Gründen zulässig

416 BGE 105 Ia 134, E. 3b.

417 BGE 105 Ia 134, E. 3b; dazu ausdrücklich AEMISEGGER, Mehrwertausgleich, S. 633 f.

418 Statt vieler BGE 116 Ia 193, E. 3b; so u.a. auch JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 47. Siehe aber RUCH, der nicht auf das Willkürverbot als Richtigkeitsmassstab abstellen will, sondern argumentiert, dass – sofern Normen keine Anknüpfungspunkte böten, nach denen ihre rechtsgleiche Umsetzung bemessen werden könne – die Zweckrationalität ihrer Umsetzung bzw. der Grundsatz der sachlichen Begründetheit als Massstab rechtskonformer Umsetzung greife (Raumordnung, S. 72 f.; gl.A. NÜSSELE, Demokratie in der Raumplanung, S. 115 f.; WIRTHLIN, Legalitätsprinzip, S. 518 f.).

oder soweit das Gesetz die Ausnahme explizit gestattet. Handelt er dagegen kooperativ, ist ein Einbruch in das Gleichbehandlungsgebot denkbar, wenn man mit HÄNER davon ausgeht, dass dieses in bestimmten Grenzen disponibel ist und die private Partei in Kenntnis ihrer Ungleichbehandlung und frei von rechtlich relevantem Zwang der Ungleichbehandlung zustimmt (vgl. Rz. 121). Ob der privaten Partei die nötigen Referenzwerte für einen informierten Entscheid zur Verfügung stehen und die Einwilligung tatsächlich freiwillig erfolgt, wäre im Einzelfall zu prüfen.

(ii) Bedeutung der Einwilligung in Bezug auf das Gleichheitsgebot

- 186 In Bezug auf die oben skizzierte Situation stellt sich die Frage, weshalb eine private Akteurin, ein privater Akteur, in eine Absprache informiert einwilligen sollte, die sie bzw. ihn vergleichsweise stärker belastet als Dritte. Ökonomische Rationalität vorausgesetzt, ist der Entscheid nur damit zu erklären, dass sich die private Partei in einer Drucksituation befindet, in welcher der Verzicht auf Gleichbehandlung für sie weniger schwer wiegt als die Gefahr, dass bei einer Verweigerung der Pflichtenübernahme die kooperative Planung scheitert. Diese bloss faktische Zwangslage ist rechtlich relevant, wenn die Verhandlungen zwischen Staat und Privaten in einem Verhältnis spezifisch gearteter Subordination der Privaten gegenüber dem Staat stattfinden (Rz. 168). Davon ist, wie oben erläutert, bei kooperativen Planungen auszugehen, da die private Kooperationspartei in der Regel keinen Anspruch auf eine bestimmte planerische Massnahme hat und eine marktmässige Alternative zur Kontrahierung mit dem Staat fehlt (Rz. 404 bzw. Rz. 133). Folglich muss die Einwilligung vermutungsweise als nicht freiwillig erteilt gelten.

(iii) Erfordernis gesetzlicher Normierung

- 187 Aus dem Gesagten wird deutlich, dass der «antizipierte» Mehrwertausgleich im Kontext kooperativer Sondernutzungsplanungen einer *hinreichend bestimmten gesetzlichen Regelung* bedarf: Namentlich sind jedenfalls die Tatbestände, an welche die Ausgleichspflicht anknüpft, und der Umfang des Ausgleichs gesetzlich zu regeln. Da sich schematische Festlegungen in Bezug auf Nutzungsbeschränkungen in der Raumplanung verbieten – so wäre es kaum sachgerecht, für ausnahmslos alle Wohnüberbauungen, die auf einer Sondernutzungsplanung beruhen, ungeachtet des tatsächlichen Bedarfs einen Mindestwohnanteil an Wohnraum zur Kostenmiete zu fordern –, empfiehlt es sich, die Form des «antizipierten» Mehrwertausgleichs analog zur Regelung im Kanton Schwyz (Rz. 183) grundsätzlich dem Entscheid der Parteien einer kooperativen Planung zu überantworten. Zwar ist der Staat auch diesbezüglich in der Lage, Druck auf die private Partei auszuüben und eine bestimmte

planerische Anordnung zu fordern. Dies erscheint jedoch deshalb gerechtfertigt, weil die Planungsbehörden gerade nicht verpflichtet sind, in eine kooperative Planung einzutreten (Rz. 403), und es ihnen offenstehen muss, deren Wünschbarkeit anhand des städtebaulichen und architektonischen Mehrwerts innerhalb klar definierter Grenzen frei zu beurteilen. Immerhin würde die Aufzählung der zulässigen Formen des planerischen Ausgleichs im Gesetz Transparenz und Rechtssicherheit schaffen.

Eine weitere *Flexibilisierung* in Bezug auf die Form des Ausgleichs kann durch die *Koppelung* des «antizipierten» Mehrwertausgleichs mittels planerischer Festlegungen mit dem Mehrwertausgleich gemäss Art. 5 RPG erreicht werden. Anknüpfungspunkt eines solchen Modells würde der Mehrwertausgleich gemäss Art. 5 RPG mittels einer durch das kantonale Recht zu konkretisierenden Kausalabgabe bilden, die ganz oder teilweise durch planerische Massnahmen (oder auch vertraglich versprochene Leistungen; dazu noch Kapitel 9 IV.4 sowie 10 III.2) abgegolten werden dürfte.

d Das Erfordernis demokratischer Legitimation als Zulässigkeitsgrenze

Aus Gründen der demokratischen Legitimation ist nicht nur eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage, sondern auch eine gesetzliche Grundlage im *formellen Sinne* für planerische Massnahmen, die faktisch dem Mehrwertausgleich dienen, zu fordern. Es ist anerkannt, dass politisch stark umstrittene Themen wie der Mehrwertausgleich (Rz. 296) durch den Gesetzgeber in einem geordneten Verfahren zu entscheiden sind – zumal mit dem Grundsatzentscheid, den «antizipierten» Mehrwertausgleich zuzulassen, ein ganzes Bündel weiterer Entscheide einhergeht, die weitgehende Implikationen für die Raumordnung haben können. Neben den Tatbeständen, an welche die Ausgleichspflicht anknüpft, der Höhe und den Formen des planerischen Ausgleichs sowie der Anrechenbarkeit dieser Form des Ausgleichs an den Mehrwertausgleich nach Art. 5 RPG ist zu klären, ob Mehrwerte, die auf (kooperative) Sondernutzungsplanungen zurückgehen, stärker, gleich oder weniger stark belastet werden als Mehrwerte, die aus Rahmennutzungsplanungen resultieren, was die Attraktivität des Instruments der kooperativen Planung beeinflusst.

e Zwischenfazit

Kooperative Planungen finden in einem Verhältnis spezifisch gearteter Subordination statt, in dem die Verhandlungsmacht aufgrund der Rechtsmacht des Staates zulasten der privaten Akteure ungleich verteilt ist. Dieses Machtungleichgewicht birgt ein latentes Missbrauchspotenzial seitens der Behörden und ist Grund dafür, dass die Einwilligung der privaten Partei nicht vorbehaltlos als freiwillig angenommen werden darf. Die Bedingungen, welche

die Behörden an kooperative Planungen stellen, sind deshalb gesetzlich zu definieren. Das trifft insbesondere auf den «antizipierten» Mehrwertausgleich zu, d.h. auf den Mehrwertausgleich durch planerische Massnahmen, der als solcher ausdrücklich zu deklarieren und zu regeln ist.

5. Fazit

- 191 Kooperative Planungen stellen eine Methode der Raumplanung dar. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass die einseitig-hoheitlich festgesetzten Pläne auf dem Konsens der beteiligten Akteure – Staat und Private – beruhen. Durch den Einbezug Privater in den Planungsprozess ist es möglich, Pläne zu formulieren, die gleichermassen das öffentliche Interesse an der Realisierung einer bestimmten Raumordnung und das private Interesse der Grundeigentümer-schaften an einer konkreten Nutzung des Planperimeters abbilden. In diesem Sinne befördert das kooperative Element die Festsetzung «relevanter» Pläne, d.h. von Plänen, welche die politischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten differenziert wiedergeben und die mit hoher Wahrscheinlichkeit realisiert werden. Die Zustimmung der Privaten eröffnet dabei Anordnungsspielräume, die den Planungsbehörden im Rahmen von einseitig-hoheitlichen Planungen aus Gründen der Verhältnismässigkeit verschlossen bleiben. Das betrifft insbesondere den *Detaillierungsgrad* der Pläne, der gerade bei einem Projektbezug von Planungen hoch ist. In Bezug auf konkrete Nutzungstypen oder Bauweisen werden die Anordnungsspielräume, die durch die Einwilligung der Privaten eröffnet werden können, regelmässig klein sein, sofern sie überhaupt vorhanden sind. Dieser Befund resultiert aus der Natur des Raumplanungsrechts, das den Planungsträgern zwar in Bezug auf die örtliche Zuweisung von Nutzungen bzw. die Art und Weise, wie raumplanerischer Ziele erreicht werden können, erhebliche Ermessensspielräume einräumt, zugleich aber *Nutzungskategorien und Bauweisen* definiert, die als harte Schranken nicht disponibel sind. Im Rahmen des Instrumentariums, welche das Raumplanungsrecht den Planungsbehörden zur Verfügung stellt, bestehen allerdings insoweit Anordnungsspielräume, als diese den *Umfang* der zusätzlich auferlegten Massnahmen betreffen. Soweit diese Massnahmen nicht primär die Linderung potenzieller Nutzungskonflikte bezwecken, die aus einer erhöhten baulichen Dichte resultieren, und nicht notwendig sind, um eine städtebaulich und architektonisch einwandfreie Überbauung zu garantieren, sondern einen Ausgleich für die planerische Besserstellung Einzelner aus Gerechtigkeitsgründen bewirken wollen, stellen sie eine Form des Mehrwertausgleichs dar. Diese als «antizipiert» bezeichnete Form ist im Kontext kooperativer Planungen problematisch, sofern das Gesetz keine klaren Vorgaben jedenfalls in Bezug auf Anlass und Höhe des Ausgleichs bereithält.

Kooperative Planungen sind durch ein Verhältnis spezifisch gearteter Subordination geprägt, in dem die Behörden vermutungsweise diktieren können, unter welchen Bedingungen eine Kooperation zustande kommt. Dieses Machtgefälle kann nur durch gesetzliche Vorgaben an die Kooperation befriedigend aufgelöst werden. Nur unter diesen Umständen darf die Einwilligung der privaten Kooperationspartei als freiwillig erteilt gelten.

Kapitel 9: Städtebauliche Verträge

I. Grundlagen

1. Begriff

1.1 Definition

Städtebauliche Verträge sind verwaltungsrechtliche Verträge zwischen staatlichen Planungsträgern und privaten Grundeigentümerschaften oder Projektträgern, die der partnerschaftlichen *Erfüllung raumordnungsbezogener Aufgaben* dienen. Sie sichern und ergänzen Nutzungspläne als einseitig-hoheitliche Instrumente der Raumplanung.⁴¹⁹

1.2 Begriffsursprung

Der Begriff des «städtebaulichen Vertrags» ist der deutschen Rechtsordnung entlehnt, namentlich § 11 BauGB/DE sowie § 13 ROG/DE. Beide Bestimmungen enthalten Regelungen zu städtebaulichen Verträgen, ohne allerdings den Begriff zu definieren. Die oben vorgeschlagene Definition des städtebaulichen Vertrags geht auf die deutsche Rechtslehre zurück. In Deutschland gehören städtebauliche Verträge spätestens seit 1994 zu den etablierten Instrumenten der Raumplanung.⁴²⁰ Zwar findet diese wie in der Schweiz ihren rechtlichen Ausgangspunkt in den Raumplänen.⁴²¹ Sie bleibt bei diesen aber nicht stehen, sondern bettet sie systematisch in vertragliche Vereinbarungen mit betroffenen Privaten ein. § 13 Abs. 1 ROG/DE ruft die Gemeinden als Trägerinnen der Planung ausdrücklich dazu auf, bei der Vorbereitung und Verwirklichung von Raumplänen mit den massgeblichen privaten Akteuren zusammenzuarbeiten. Gemäss Abs. 2 Nr. 1 ist hierzu «insbesondere» die Vertragsform zu wählen.

419 BUNZEL/COULMAS/SCHMIDT, Städtebauliche Verträge, S. 19 f.; ferner FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, Zürcher Planungs- und Baurecht, S. 201.

420 BUNZEL/COULMAS/SCHMIDT, Städtebauliche Verträge, S. 17.

421 Siehe § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB/DE.

1.3 Verwendung in der Schweiz

- 194 In der Schweiz ist der Begriff des städtebaulichen Vertrags noch wenig geläufig. Soweit ersichtlich hat er 2014 mit dem Beitrag «Städtebauliche Verträge» von BÜHLMANN/KISSLING⁴²² Eingang in die Schweizer Rechtsliteratur gefunden – wird seither aber nur zaghaft rezipiert.⁴²³ Als sprechender Oberbegriff für eine Vielzahl raumbezogener Verträge wäre er geeignet, die zwar vertrauten, inhaltlich aber nicht immer eindeutig belegten Begriffe des Planungsvertrags⁴²⁴ und des Infrastrukturvertrags (Rz. 274) abzulösen. Damit ist gesagt, dass raumbezogene Verträge auch in der Schweizer Raumplanungspraxis bekannt sind. Sie haben in den letzten zwei Jahrzehnten an Bedeutung gewonnen. In der Praxis können sie vor allem für die Bereiche der Erschliessung und des Mehrwertausgleichs als etabliert gelten. Raumbezogene Verträge bilden – angestossen durch die RPG-Revision 2012 – zudem zunehmend den Gegenstand kantonaler Gesetzgebung, was vor allem vertragliche Baupflichten und den vertraglichen Mehrwertausgleich betrifft. Das Raumplanungsgesetz des Bundes nennt den städtebaulichen Vertrag als Instrument der Raumordnung nicht ausdrücklich. Es wird aber sogleich zu zeigen sein, dass es für vertragliche Lösungen durchaus Raum lässt (Rz. 203 ff.).

1.4 Exkurs: Begriff der Vertragsraumordnung

- 195 Mit der Rezeption des Begriffs des städtebaulichen Vertrags geht in der Lehre und der Praxis nicht nur eine sprachliche Neuerung einher. Sie deutet auch darauf hin, dass sich die Vorstellung von einer zeitgemässen Raumordnung verändert (Rz. 59). Kooperative Ansätze in der Raumplanung sind nicht mehr nur singuläre Erscheinungen, sondern werden zunehmend systematisch in die Planungen integriert. In diesem Sinne ist wohl auch das jüngst totalrevidierte Planungs- und Baugesetz des Kantons St. Gallen zu verstehen, das städtebauliche Verträge unter dem Titel «Vertragsraumordnung» behandelt.⁴²⁵ Der Begriff der Vertragsraumordnung entstammt dem österreichischen

422 BÜHLMANN/KISSLING, Städtebauliche Verträge, S. 1 f.

423 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 84; POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 123. Im Kanton Zürich hat der Begriff immerhin Eingang in die Gesetzgebung gefunden (siehe § 21 f. MAG).

424 FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, Zürcher Planungs- und Baurecht, S. 201, RUCH, Kooperation und Konsens, S. 441. Dagegen verwendet MUGGLI den Begriff des Planungsvertrags für Verträge, welche die Ziele und die Organisation einer Planung regeln (MUGGLI, Kooperative Planung, S. 26). Sie werden in dieser Arbeit als städtebauliche Rahmenverträge bezeichnet (siehe Kapitel 9 II).

425 Siehe Überschrift zu Abschnitt A.VII.

Recht.⁴²⁶ Indem er die Wörter «Vertrag» und «Raumordnung» nebeneinander stellt und verbindet, räumt er vertraglichen Abreden eine zentrale Stellung in der Raumordnung ein.⁴²⁷

2. Zulässigkeit der Vertragsform

2.1 Zulässigkeit der Vertragsform nach Massgabe des Raumplanungsrechts des Bundes

a *Ausdrücklicher Ausschluss planerischer Inhalte*

Gemäss Art. 2 Abs. 1 RPG unterstehen sämtliche *raumwirksamen* Tätigkeiten der Planungspflicht. Ob einzelne Vorhaben derart gewichtig sind, dass sie der vorausschauenden planerischen Steuerung und Koordination bedürfen, ist anhand der Planungsziele und -grundsätze nach Art. 1 und 3 RPG, der jeweils geltenden kantonalen Richtpläne und nicht zuletzt anhand der Bedeutung des Projekts im Lichte der einschlägigen Verfahrensordnung zu beurteilen.⁴²⁸ Tätigkeiten, die der Planungspflicht unterliegen, die also von einem Nutzungsplan und allenfalls auch von einem Richtplan zu erfassen sind, sind nach gefestigter Lehre und Rechtsprechung insoweit vertraglichen Abreden nicht zugänglich. Für sie *schliesst* das Gesetz die *Vertragsform ausdrücklich aus*:

- In seinem 1983 gefällten Entscheid *Kohler/Ostermundigen*, der vom Bundesgericht 1985 bestätigt wurde, äusserte das Verwaltungsgericht des Kantons Bern schon früh «schwere Bedenken» in Bezug auf die Rechtmässigkeit eines verwaltungsrechtlichen *Austauschvertrags*, in dem die Gemeinde Ostermundigen dem Grundeigentümer Kohler eine diesen begünstigende planerische Massnahme zusicherte und sich hierfür Beiträge an bestimmte Infrastrukturkosten versprechen liess.⁴²⁹ Zur Begründung führte das Gericht aus, planerische Entscheide seien in besondere «Handlungsabläufe» eingebunden, durch die gewährleistet werden solle, «dass die Ausübung planerischer Gestaltungsfreiheit den rechtsstaatlichen (Minimal-)Anforderungen bei der Abwägung öffentlicher Interessen gerecht wird». Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag könne diese Handlungsabläufe nicht sicherstellen.⁴³⁰

426 KLEWEIN, Vertragsraumordnung, S. 30.

427 Erwähnung findet der Begriff auch bei MUGGLI, der die Vertragsraumordnung als «projektbezogenes Bündel von Raumplänen und privat- oder öffentlichrechtlichen Verträgen» beschreibt (MUGGLI, Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 4 Rz. 11).

428 Statt vieler BGE 133 II 18, E. 5.2.1; BGE 124 II 252, E. 3; vgl. TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 2 Rz. 7, 58.

429 VGer/BE, Urteil vom 19.12.1983, E. 3c (BVR 1985 315 ff.) (bestätigt in BGer, Urteil P_1220/84 vom 26.3.1985 [unveröffentlichtes Urteil] [ES VLP-ASPAN Nr. 33]).

430 VGer/BE, a.a.O., E. 3a.

- 198 — In seinem Entscheid *Tscharner/Muri* ging das Bundesgericht 1996 ganz selbstverständlich davon aus, dass die Zonierung von Grundstücken nicht Gegenstand von Verträgen sein kann.⁴³¹
- 199 — Nur wenig später, im Jahr 1998, hatte das Bundesgericht im Entscheid *Worb* einen Grundstückskaufvertrag zwischen der Gemeinde (Käuferin) und einer privaten Grundeigentümerschaft (Verkäuferin) zu beurteilen, in dem der Verkaufspreis des Grundstücks (A) von der Einzonung einer anderen im Eigentum der Verkäuferin befindlichen Parzelle (Grundstück B) abhing. Für den Fall, dass die Einzonung von Grundstück B erfolge, sollte der Grundstückspreis, welchen die Gemeinde für das Grundstück A zu zahlen hatte, um den Betrag des aus der Einzonung von Grundstück B resultierenden und bei der Verkäuferin anfallenden Grundstücksmehrwerts reduziert werden. Die Einzonung von Grundstück B erfolgte, so dass die Verkäuferin den niedrigeren Preis erhielt. Anlass zur Klage gab der Vertrag erst zehn Jahre später, als im Rahmen einer Zonenplanrevision das bis dahin unüberbaut gebliebene Grundstück B nicht wieder eingezont wurde.⁴³² Infolgedessen forderte die Eigentümerin von der Gemeinde Ersatz des Grundstücksminderwerts, was diese ablehnte.⁴³³ Der Rechtsstreit wurde nach Ausschöpfung des Rechtswegs dem Bundesgericht vorgelegt, das zu beurteilen hatte, welche Leistungen die Gemeinde der Privaten ursprünglich vertraglich versprochen hatte. Das Gericht kam zum Schluss, dass der Kaufvertrag *bedingt abgeschlossen* worden war und dass die Gemeinde weder die Einzonung als Erfolgspflicht versprochen noch für den Fall der Einzonung eine Garantie über die Dauerhaftigkeit der Zonierung abgegeben hatte.⁴³⁴
- 200 — In seinem Urteil *SGI Schweizerische Gesellschaft für Immobilien AG/Solothurn* von 2007 bekräftigte das Bundesgericht, dass eine Einzonung nicht vertraglich versprochen werden könne.⁴³⁵
- 201 In der Lehre gilt diese Auffassung als unbestritten.⁴³⁶ Einzig ADANK formuliert eine Ausnahme. Die Zusicherung einer nutzungsplanerischen Massnahme

431 BGE 122 I 328, E. 4a.

432 Als Nichteinzonung im Zuge der ersten RPG-konformen Zonierung durch die Gemeinde blieb die Massnahme entschädigungslos (Rz. 85).

433 BGer, Urteil 1A.215/1997 vom 25.2.1998, S. A. (ZBl 1999 542 ff.).

434 BGer, Urteil 1A.215/1997 vom 25.2.1998, E. 6b (ZBl 1999 542 ff.).

435 BGer, Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2007, E. 5.2.

436 DUBEY, Garantie de la disponibilité, S. 207 f.; vgl. AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 83; MUGGLI, Kooperative Planung, S. 26.

als *vertragliche Erfolgspflicht* soll ihrer Ansicht nach insoweit zulässig sein, als die vertragschliessende Behörde ein durch das Planerlassorgan eingeräumtes pflichtgemässes Ermessen ausübt. Eine solche Situation sei gegeben, wenn das Planerlassorgan mehrere gleichwertige Planvarianten billigt und sich der Entscheid über die letztlich festzusetzende Planvariante danach richtet, mit welchen Grundeigentümerschaften es gelingt, einen städtebaulichen Vertrag abzuschliessen.⁴³⁷ Es wird noch zu zeigen sein, dass diese Konstellation letztlich eine theoretische bleibt (Rz. 412 ff.).

Damit bleibt festzuhalten, dass verwaltungsrechtliche Verträge, die Inhalte zum Gegenstand haben, die der Planungspflicht von Art. 2 Abs. 1 RPG unterliegen, aufgrund des gesetzlichen Ausschlusses der Vertragsform rechtswidrig und aufgrund der Schwere des Fehlers wohl nichtig sind (Rz. 566).

b Raum für ergänzende vertragliche Lösungen

Da Tätigkeiten, die der Planungspflicht unterliegen, mit dem Instrument der Raumpläne zu erfassen sind, kommt städtebaulichen Verträgen in der Raumplanung nur *akzessorische Funktion* zu. Gegenstand können folglich nur jene raumbezogenen Inhalte sein, die kein eigenes planerisches Ziel verfolgen.⁴³⁸ Auch für diesbezügliche Abreden muss aber die Vertragsform zulässig sein. Da das Bundesgesetz über die Raumplanung städtebauliche Verträge als raumordnungsrechtliches Instrument nicht erwähnt, ist zu prüfen, inwieweit es Raum für vertragliche Lösungen lässt (Rz. 99). Die Frage der Zulässigkeit ist dabei stets in Bezug auf den konkreten Regelungsgegenstand wie Baupflichten, den Mehrwertausgleich oder die Erschliessung zu beantworten. Dies wird Gegenstand der Abschnitte II-V dieses Kapitels sein. Zunächst sollen aber einige grundsätzliche Überlegungen zur Rolle städtebaulicher Verträge im Rahmen des Raumplanungsgesetzes des Bundes vorangestellt werden. Sie gehen grossteils auf die Dissertation von ADANK zurück.⁴³⁹

Die Planungspflicht der Kantone galt mit dem Erlass bundesrechtskonformer Richt- und Nutzungspläne lange Zeit als erfüllt. Die RPG-Revision 2012, die im Zeichen einer effektiveren Durchsetzung der raumplanungsrechtlichen Normen des Bundes stand, stellt hinsichtlich dieses Dogmas eine Zäsur dar: Zwar bildet auch nach heute geltendem Bundesrecht die *Raumplanung* mit der *Planung* als Methode zur Ordnung von Räumen und dem *Raumplan* als Handlungsform, in der sich die Ergebnisse der Planung niederschlagen,

437 ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 341, 526.

438 EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 2 Rz. 7; TSCHANNEN, in: *Praxiskommentar Richt- und Sachplanung*, Art. 2 Rz. 75.

439 ADANK, *Contrat de planification*.

den zentralen Aufgabenbereich der Planungsträger zur Sicherung einer zweckmässigen und haushälterischen Bodennutzung und der geordneten Besiedlung des Landes. Spätestens seit dem Inkrafttreten der RPG-Revision 2012 am 1. Mai 2014 dürfen sich Planungsträger mit dem Erlass bundesrechtskonformer Pläne aber nicht mehr begnügen. Sie sind vielmehr gehalten, *ergänzende Massnahmen* zu ergreifen.⁴⁴⁰ Folgende Gesetzesanpassungen geben zu dieser These Anlass:

- 205 — Im Zuge der RPG-Revision 2012 wurde der Zielkatalog von Art. 1 mit Abs. 2 lit. abis und lit. b um zwei Anliegen ergänzt. Neu werden die Siedlungsentwicklung nach innen sowie die Schaffung kompakter Siedlungen ausdrücklich als Ziele aufgeführt. Der Gesetzgeber nahm die Ziele im Wissen darum auf, dass planerische Massnahmen allein nicht genügen, um sie zu erreichen – was sich mit Blick auf die ebenfalls neu eingeführten Art. 15 Abs. 4 lit. d sowie Art. 15a RPG zeigt (siehe sogleich nachfolgende Lemmata).⁴⁴¹
- 206 — Die Ziele von Art. 1 Abs. 2 lit. abis und lit. b RPG finden in den Planungsgrundsätzen gemäss Art. 3 ihre Entsprechung. Neu verpflichtet Art. 3 Abs. 3 lit. abis die Planungsträger dazu, «Massnahmen [...] zur besseren Nutzung der brachliegenden oder ungenügend genutzten Flächen in Bauzonen und der Möglichkeiten zur Verdichtung der Siedlungsfläche» zu ergreifen. Beide Ziele sollen stärker als zuvor mit den kantonalen Richtplänen gesteuert werden⁴⁴², für die im Bereich «Siedlung» neu spezielle materielle Anforderungen gelten.⁴⁴³ Die Planungsträger sind darüber hinaus gestützt auf Art. 15a aufgefordert, aktiv dafür zu sorgen, dass Bauland seiner bestimmungsgemässen Nutzung zugeführt wird.⁴⁴⁴ Die Raumordnungspolitik darf sich somit nicht mehr mit der Planung des Raums begnügen. Sie muss mittels geeigneter Instrumente vielmehr sicherstellen, dass Nutzungspläne tatsächlich realisiert werden. In diesem Sinne ist der in Art. 3 Abs. 3 lit. abis verwendete Begriff der «Massnahmen» weit zu verstehen, weshalb diesbezüglich auch vertragliche Absprachen infrage kommen.⁴⁴⁵
- 207 — Gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG ist die Ausscheidung neuen Baulands neu nur noch zulässig, wenn dessen Überbauung innerhalb von 15 Jahren

440 ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 219 ff.

441 Botschaft RPG I, S. 1050, 1053, 1057, 1060.

442 Botschaft RPG I, S. 1056.

443 Siehe Art. 6, 8, 8a sowie 38a Abs. 1-3 RPG, die mit der RPG-Revision 2012 geändert bzw. neu eingeführt wurden.

444 Botschaft RPG I, S. 1075 ff. m.w.H.

445 ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 218; vgl. auch Rz. 241 ff.

rechtlich sichergestellt ist. Die Sicherstellung soll über *Bauverpflichtungen* der Grundeigentümerschaften erfolgen, die nach Ansicht des Bundesrats auch vertraglich sollen begründet werden können.⁴⁴⁶

- Art. 15a Abs. 1 RPG verpflichtet die Kantone, gesetzliche «Massnahmen» zu treffen, «die notwendig sind, um die Bauzonen ihrer Bestimmung zuzuführen». Gemäss Abs. 2 ist die Möglichkeit zur Anordnung von Baupflichten zwingend vorzusehen, wenn das öffentliche Interesse es rechtfertigt. Ungeachtet dieser Gesetzgebungspflicht sind die Kantone in der Wahl ihrer Mittel aber frei. Folglich bleibt es ihnen unbenommen, auch vertragliche Lösungen vorzusehen.⁴⁴⁷ 208

Die durch die RPG-Revision 2012 angestossenen Neuerungen legen zweierlei nahe: Zum einen ist festzuhalten, dass die Kantone ihre «Planungspflicht» gemäss Art. 2 RPG neu nicht bereits mit dem Erlass von rechtskonformen Richt- und Nutzungsplänen erfüllt haben. Vielmehr können weitergehende Massnahmen zur Schaffung einer bundesrechtskonformen Raumordnung im Sinne von Art. 1 und 3 RPG nötig sein.⁴⁴⁸ Zum anderen lässt das Raumplanungsgesetz des Bundes als Gesetz, das gemäss Art. 75 Abs. 1 BV lediglich die Grundsätze der Raumplanung festlegt – und weil die vertragliche Option im Zuge der RPG-Revision 2012 ausdrücklich mitgedacht wurde –, hinsichtlich dieser Massnahmen Raum für städtebauliche Verträge. Das Bundesrecht zeigt sich diesen gegenüber folglich offen.⁴⁴⁹ 209

2.2 Zulässigkeit nach Massgabe des kantonalen Rechts am Beispiel der Kantone Bern, St. Gallen und Zürich

a Gesetzesvorbehalt in Bezug auf konkrete Vertragstypen: das Berner Regelungsmodell

Ob städtebauliche Verträge in den Kantonen und Gemeinden zulässig sind, bestimmt sich auch nach dem jeweiligen kantonalen bzw. kommunalen Recht. Die Frage der Zulässigkeit ist rasch beantwortet, wenn das Gesetz die 210

446 Botschaft RPG I, S. 1074; ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 216; dazu auch AEMIS-EGGER/KISSLING, in: *Praxiskommentar Nutzungsplanung*, Art. 15 Rz. 109, 111.

447 Botschaft RPG I, S. 1074; ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 216; dazu auch AEMIS-EGGER/KISSLING, in: *Praxiskommentar Nutzungsplanung*, Art. 15a Rz. 36 ff. m.w.H., zur vertraglichen Option siehe Rz. 43 ff.

448 Um mit möglichst treffenden Begriffen zu arbeiten, wäre es unter diesen Vorzeichen hilfreich, nicht mehr vom Aufgabenbereich der «Raumplanung», sondern konsequent von der «Raumordnung» zu sprechen, wenn es um Massnahmen zur Schaffung und/oder Erhaltung räumlicher Strukturen geht (siehe dazu auch schon Rz. 21).

449 ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 242 ff., sowie S. 335 bzw. 341 für die deutsche Übersetzung.

Vertragsform entweder ausdrücklich ausschliesst oder ausdrücklich gestattet oder wie im Kanton Bern beide Regelungsansätze verbindet. Bern kennt mit Art. 49 Abs. 1 VRPG als einziger Kanton der Schweiz einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt gegenüber verwaltungsrechtlichen Verträgen. Staatliches Handeln in Vertragsform ist demnach nur zulässig, wenn ein Rechtssatz diese ausdrücklich vorsieht oder zur Streitbeilegung auf den Klageweg verweist. Für die Raumplanung gestattet das bernische Baugesetz vertragliche Abreden in drei Bereichen: für die Übertragung der Planung und Erstellung von Erschliessungsanlagen auf interessierte private Grundeigentümerschaften⁴⁵⁰, zur Begründung von Baupflichten⁴⁵¹ und schliesslich für den Ausgleich planerischer Mehrwerte, die bei der Zuweisung von Land in Materialabbau- und Deponiezonen entstehen.⁴⁵² Die Bestimmungen des bernischen Baugesetzes sind abschliessend. Den Gemeinden verbleibt kein Regelungsspielraum.

*b Ausdrückliche Zulässigkeit städtebaulicher Verträge im Grundsatz:
das St. Galler Regelungsmodell*

- 211 Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage finden städtebauliche Verträge in dem jüngst totalrevidierten Planungs- und Baugesetz des Kantons St. Gallen. Art. 65 Abs. 1 PBG berechtigt Kanton und Gemeinden zum vertraglichen Handeln mit den Grundeigentümerschaften, ohne dabei den Anwendungsbereich der Verträge wie im Kanton Bern materiell zu beschränken. Zwar listet Abs. 1 einige in der Praxis bedeutsame Vertragsgegenstände auf; die Liste, die mit dem Wort «insbesondere» eingeleitet wird, ist aber nicht abschliessend, sondern dient der Veranschaulichung einiger besonders praxisrelevanter Regelungsgegenstände. Teilweise wird die Vertragsoption zusätzlich noch am Ort der sachspezifischen Regelung erwähnt, so etwa in Art. 8 Abs. 2 lit. b PBG über die Begründung von vertraglichen Baupflichten bei Ein- und Umzonungen oder in Art. 55 Abs. 2 PBG über die Regelung der Beiträge an die Kosten von Sondernutzungsplanungen. Beide Themen finden in Art. 65 Abs. 1 lit. a bzw. lit. d PBG ihre Entsprechung. Städtebauliche Verträge sind als ergänzendes Instrument zu Nutzungsplänen konzipiert und ganz im Sinne von Art. 1 und 3 RPG auf die zielgerichtete Begrenzung der Zersiedlung sowie die Förderung der inneren Verdichtung ausgerichtet.⁴⁵³ Dass das Gesetz städtebauliche Verträge grundsätzlich zulässt, entbindet die Planungsbehörden nicht davon, ihre Eignung im konkreten Fall zu prüfen (Rz. 102 ff.).

450 Art. 109 Abs. 1 BauG/BE.

451 Art. 126a Abs. 2 lit. b sowie Art. 126b Abs. 1 BauG/BE.

452 Art. 142a Abs. 3 BauG/BE, siehe auch Art. 142d Abs. 4 BauG/BE.

453 Vgl. BAUDEPARTEMENT/SG, Handbuch PBG, S. 80 f.

*c Bloss punktuelle Regelung städtebaulicher Verträge:
das Zürcher Regelungsmodell*

Die Frage, ob städtebauliche Verträge nach Massgabe des kantonalen Rechts zulässig sind, stellt sich auch, wenn Gesetze städtebauliche Verträge nur für ausgewählte Sachbereiche – etwa für den Ausgleich planerischer Mehrwerte – ausdrücklich vorsehen. Es ist dann durch Auslegung zu ermitteln, ob die Nennung der Vertragsform als abschliessende Regelung zu verstehen ist oder lediglich Ergebnis einer allenfalls bruchstückhaften Gesetzgebung darstellt, die vertragliche Lösungen in anderen Sachbereichen zwar nicht ausdrücklich regelt, diese aber auch nicht ausschliessen will. Dass die Auslegung im Einzelfall nicht immer leichtfällt, kann anhand des Zürcher Planungs- und Baugesetzes gezeigt werden: Das Gesetz datiert auf das Jahr 1975 zurück. Es entstand also in einer Zeit, in der verwaltungsrechtliche Verträge noch nicht zum etablierten Instrumentarium von Verwaltungsbehörden zählten. Entsprechend sah das Gesetz in seiner ursprünglichen Fassung verwaltungsrechtliche Verträge auch nicht vor. Bis heute kennt das PBG trotz mehrerer Teilrevisionen den verwaltungsrechtlichen Vertrag mit § 205 lit. d PBG nur im Umfeld des Natur- und Heimatschutzes. Da das Gesetz Verträge ansonsten nicht ausdrücklich ausschliesst, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob es Raum für diese lässt.

Ausgangspunkt der Auslegung bilden § 1 Abs. 1 PBG (Zweckartikel), der die kantonalen und kommunalen Behörden an die «Planungsmittel» «dieses Gesetzes» bindet, sowie § 45 Abs. 2 PBG, der die kommunalen Planungsträger bei der Festsetzung der Rahmen- und Sondernutzungspläne auf die «Institute des kantonalen Rechts» verpflichtet. Den «Planungsmitteln» gemäss Abs. 1 sind die Richt- und Nutzungspläne auf kantonaler und kommunaler Ebene zuzurechnen. Zu den «Instituten» gemäss § 45 Abs. 2 PBG dürften neben privatrechtlichen Verträgen, die das Gesetz unter anderem im Zusammenhang mit dem Erwerb von Heimschlagflächen erwähnt⁴⁵⁴, auch die bereits genannten Instrumente des Natur- und Heimatschutzes gehören.⁴⁵⁵ Der Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes, die nur punktuelle Nennung innerhalb des Gesetzes und der Umstand, dass das Gesetz überaus dicht normiert ist und die Behörden eng an seine Regelungen bindet, legen nach objektiv-historischer und systematischer Auslegung den Schluss nahe, dass das Zürcher Planungs- und Baugesetz keinen Raum für städtebauliche Verträge lässt. Auch nach objektiv-geltungszeitlicher Auslegung bleiben gewisse Zweifel an der Zulässigkeit der Vertragsform. Trotz der wachsenden Bedeutung kooperativer

454 § 43 Abs. 2 PBG/ZH.

455 § 205 lit. b-d PBG/ZH.

Ansätze in der Raumplanung hat der Gesetzgeber keine der zahlreichen PBG-Teilrevisionen der letzten Jahre zum Anlass genommen, um sich des Themas der städtebaulichen Verträge anzunehmen und sich diesbezüglich zu positionieren. Der Entscheid, vertragliche Massnahmen im Bereich des Natur- und Heimatschutzes zu gestatten, kann bestenfalls als Indiz für eine Öffnung des Gesetzes gegenüber Verträgen gedeutet werden, nicht hingegen als Grundsatzentscheid für deren Zulässigkeit. Andererseits ist zu bedenken, dass sich der kantonale Gesetzgeber – obwohl zahlreiche Zürcher Gemeinden bekanntermassen bereits seit Jahren mit städtebaulichen Verträgen, namentlich mit Erschliessungs- und Mehrwertausgleichsverträgen, operieren – zu keinem Zeitpunkt veranlasst sah, dieser Praxis durch ein gesetzliches Verbot Einhalt zu gebieten.⁴⁵⁶ Städtebauliche Verträge müssen deshalb als zumindest toleriert gelten – dies umso mehr, als sich in Lehre und Praxis erst nach und nach ein Bewusstsein entwickelt, dass die gesetzliche Regelung städtebaulicher Verträge häufig sinnvoll und rechtlich auch geboten ist. Man wird deshalb heute wohl zum Schluss kommen, dass die Vertragsform, dort wo das Gesetz den Planungsbehörden erhebliche Gestaltungsspielräume gewährt, zulässig ist. Angesichts der diffusen Rechtslage wäre eine Klarstellung des Gesetzgebers aber wünschenswert.

2.3 Bessere Eignung

- 214 Weitere Zulässigkeitsvoraussetzung für verwaltungsrechtliche Verträge bildet deren bessere Geeignetheit gegenüber der Verfügung (Rz. 102 ff.). Im Kontext kooperativer Planungen wird sich diese in erster Linie daraus speisen, dass die Parteien Leistungen vereinbaren wollen, die dem Grundsatz nach zwar durch das Gesetz gedeckt sind, auf welche die Privaten aber keinen Anspruch haben bzw. welche die Behörden in der konkreten Form nicht einseitig erzwingen können. Zudem entsprechen vertragliche Lösungen ihrem Charakter nach den auf Dialog und Kooperation angelegten Planungen besser als die anordnenden Verfügungen, wobei dem Umstand, dass die Vertragsverhandlungen durch ein Verhältnis spezifischer Subordination geprägt sind, durch entsprechende gesetzliche Grenzziehungen Rechnung zu tragen ist (Rz. 215). Es wird aber noch zu zeigen sein, dass vertragliche Lösungen in Bezug auf die Berücksichtigung von schutzwürdigen Interessen Dritter (Kapitel 12 IV.5) sowie die Fehlerfolgen und den Rechtsschutz (Kapitel 13) gewichtige Unsicherheiten und Probleme mit sich bringen, weshalb die Bejahung der besseren Eignung unter dem Vorbehalt steht, dass diese Probleme (gesetzlich) gelöst sind.

456 Siehe Rz. 12 und 13.

3. Zulässige Vertragsinhalte

In Kapitel 7 II.4.2 wurde die Frage, unter welchen Voraussetzungen Vertragsinhalte zulässig sind, ausführlich erörtert, wobei die Beschaffenheit der gesetzlichen Grundlage und der Aspekt der Freiwilligkeit der Einwilligung der privaten Partei im Zentrum der theoretischen Betrachtung standen. Im Ergebnis wurde festgehalten, dass ein Vertragsverhältnis trotz der rechtlichen Gleichordnung der Vertragsparteien derart durch die Rechtsmacht des Staates geprägt sein kann, dass faktisch ein Verhältnis spezifisch gearteter Subordination der Privaten unter den Staat besteht. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn zum Angebot des Staates keine marktmässige Alternative besteht und die private Partei einem faktischen Kontrahierungszwang unterliegt – wie im Kontext der Raumplanung (Rz. 168). Die Einwilligung der privaten Partei gilt in solchen Konstellationen vermutungsweise als nicht freiwillig erteilt, es sei denn, die private Partei kann der Rechtsmacht des Staates eine gleichwertige, meist ökonomische Verhandlungsmacht entgegensetzen oder der Staat ist in der Lage, den rechtlichen Erfolg im Grundsatz auch einseitig herbeizuführen. Letzteres ist gegeben, wenn die vertragliche Option durch eine Verfügungsoption untergelegt ist, da die privaten Akteure in diesem Fall durch die vertragliche Option im Vergleich zur einseitig-hoheitlichen Konkretisierung des infrage stehenden Rechtsverhältnisses mittels Verfügung echte Handlungsfreiheit erlangen (Rz. 135). Dass der faktische Kontrahierungszwang, dem die Privaten in Bezug auf den Erlass von Raumplänen unterliegen, auch auf den Abschluss von städtebaulichen Verträgen ausstrahlt, folgt aus der Funktion dieser Verträge: Städtebauliche Verträge sichern oder ergänzen kooperativ erarbeitete Nutzungspläne, oder sie bereiten deren Umsetzung vor (Rz. 216 ff.). In Bezug auf die Pläne sind sie meist akzessorischer Natur und zudem unvollkommen zweiseitiger Natur, weil sie die Leistungspflichten der privaten Kooperationspartei in Bezug auf den festzusetzenden Plan als «Hauptleistung» des Staates regeln (Rz. 222). Das Verhältnis spezifisch gearteter Subordination setzt sich folglich in den Vertragsverhandlungen fort bzw. prägt diese ebenso wie den Planungsprozess. Welche Themen städtebauliche Verträge typischerweise regeln und inwieweit diesbezügliche Parteienabsprachen gesetzlich einzubetten sind, wird noch Gegenstand einer detaillierten Analyse sein (Kapitel 9 II-V).

4. Funktion städtebaulicher Verträge im Planungsprozess

4.1 Stellung im Planungsprozess

a *Vorbereitung und Ordnung der Planungen*

- 216 Kooperativen Planungen geht stets eine Phase der Annäherung und Abklärung voraus, in der sich die involvierten Parteien über die Ziele der Planung verständigen und ihre Erwartungen an die Zusammenarbeit austauschen (Rz. 64). Die Ergebnisse dieser ersten Verfahrensetappe werden vor allem bei komplexen Planungen, die sich über viele Monate oder Jahre erstrecken können, in sog. Rahmenverträgen festgehalten (Rz. 226 ff.). Als «Handbuch» für den Planungsprozess überführen sie die Verhandlungen von einer ersten Initiierungs- bzw. Abklärungsphase in ein geordnetes Verfahren und bilden die Basis einer vertrauensvollen Zusammenarbeit.⁴⁵⁷

b *Sicherung und Ergänzung der Nutzungspläne*

- 217 Der zweite Typus städtebaulicher Verträge bildet mit den Nutzungsplänen eine eigentliche materielle Einheit. Diese Verträge sichern oder ergänzen die Pläne und tragen unmittelbar zur Realisierung raumordnungsrechtlicher Ziele bei. *Sichernde* städtebauliche Verträge übersetzen als Bauverpflichtungsverträge planerische Massnahmen, die das Grundeigentum «lediglich» konkretisieren bzw. begrenzen, in positive Handlungspflichten der am Grundstück Berechtigten.⁴⁵⁸ Sie können entweder abstrakt formuliert sein, diesfalls verpflichten sie die privaten Parteien, eine Parzelle innert einer festgesetzten Frist ihrer bestimmungsgemässen Nutzung zuzuführen, oder sie sind konkreter Natur, weil sie auch Aspekte der Überbauung umfassen.⁴⁵⁹ Ergänzender Natur sind Mehrwertausgleichsverträge, soweit sich die darin vereinbarten Leistungspflichten der privaten Partei auf die Realisierung des infrage stehenden Plans beziehen (vgl. Rz. 273).

457 Für ein Beispiel siehe den Städtebaulichen Rahmenvertrag zwischen der Christoph-Merian-Stiftung, dem Kanton Basel-Stadt, der Gemeinde Münchenstein und dem Kanton Basel-Landschaft über die Entwicklung des Dreispitzareals in der Gemeinde Münchenstein und in Basel-Stadt vom 12.3.2008; aufgehoben am 7.7.2015 (www.planungsamt.bs.ch > Arealentwicklung > Entwicklungsplanung Dreispitz).

458 RUCH, Grundfragen, S. 36; RUCH, Überbauungsordnung, S. 440.

459 ADANK, Contrat de planification, Rz. 618; RUCH, Grundfragen, S. 36; RUCH, Überbauungsordnung, S. 440.

c *Schaffung der notwendigen Voraussetzungen für die Realisierung der Nutzungspläne*

Zu den städtebaulichen Verträgen zählen sodann Verträge, welche die Realisierung von Nutzungsplänen vorbereiten.⁴⁶⁰ In erster Linie ist dabei an Verträge über die *Erschliessung* gemäss Art. 19 Abs. 1 RPG zu denken. Zwar ist die Erschliessung grundsätzlich Sache des Gemeinwesens. Gegenstand vertraglicher Abreden bilden aber regelmässig technische oder gestalterische Spezifikationen der Erschliessungsanlagen sowie Fragen der Kostentragung.⁴⁶¹ Ferner können sich die Grundeigentümerschaften im Interesse einer möglichst frühzeitigen Erschliessung zur selbständigen Realisierung der Erschliessungsanlagen auf eigene Kosten verpflichten.⁴⁶² Neben der Erschliessung werden auch *Landumlegungen*, d.h. die Neuordnung bestehender Parzellenstrukturen für eine zweckmässige Bodennutzung, nicht selten vertraglich geregelt. Die Umlegung von Land wird entweder von den Gemeinden angeordnet oder erfolgt durch sog. Umlegungs- oder Meliorationsgenossenschaften, in denen sich die Grundeigentümerschaften auf privatrechtlicher Basis zusammenschliessen.⁴⁶³ Die Behörden stehen den Privaten dann zwar lediglich beratend zur Seite; sie können auf die Landumlegung mittels städtebaulicher Verträge aber insofern einwirken, als sie das Verfahren zeitlich strukturieren, namentlich indem sie verbindliche Etappenziele definieren und deren Nichteinhaltung sanktionieren.⁴⁶⁴ Praktische Relevanz haben sodann Verträge über die *Sanierung belasteter ehemaliger Betriebsstandorte* (Altlastensanierung gemäss Art. 32c USG); denen vor allem bei der Beplanung ehemaliger Industrieareale Bedeutung zukommt⁴⁶⁵, sowie Schutzverträge, d.h. Verträge über Massnahmen betreffend den Natur- und Heimatschutz.⁴⁶⁶

d *Durchführung der planerischen Massnahmen*

Durchführende Verträge regeln Detailfragen über die gestalterische, technische und/oder nutzungsbezogene Umsetzung von Plänen oder klären

460 RUCH, Grundfragen, S. 35; RUCH, Überbauungsordnung, S. 440.

461 Dazu noch ausführlich Rz. 228 ff.

462 Diese Verträge sind nur dann öffentlichrechtlicher Natur, wenn sie mit der Übertragung der öffentlichen Aufgabe der Erschliessung einhergehen (Rz. 311).

463 JEANNERAT, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 20 Rz. 50.

464 JEANNERAT, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 20 Rz. 1 f., 60 ff.

465 RUCH, Grundfragen, S. 35; RUCH, Überbauungsordnung, S. 440.

466 SAPUTELLI, Schutzverfügung oder Schutzvertrag.

Auslegungsfragen. Sie werden meist nach dem Erlass der Pläne abgeschlossen und bereiten das Baubewilligungsverfahren vor.⁴⁶⁷

4.2 Vertragstypen in der Praxis

- 220 Ihrer funktionalen Vielfalt entsprechend sind städtebauliche Verträge thematisch äusserst breit gefächert. Obwohl das Verwaltungsrecht für verwaltungsrechtliche Verträge keinen Numerus clausus kennt und auch eine dem Zivilrecht vergleichbare Typologisierung der Verträge nicht besteht, haben sich in der Praxis gewisse «Vertragstypen» herausgebildet, die dogmatisch vergleichsweise gut aufgearbeitet sind.⁴⁶⁸ In der Raumplanung zählen dazu neben Enteignungsverträgen insbesondere die Erschliessungsverträge.⁴⁶⁹ In jüngerer Zeit haben sich mit den bereits erwähnten Rahmen-, Bauverpflichtungs- und Mehrwertausgleichsverträgen weitere Vertragstypen etabliert, für die eine gefestigte Dogmatik aber noch weitgehend fehlt. Sie sollen in den nachfolgenden Abschnitten II-V besondere Beachtung finden.

5. Charakteristika städtebaulicher Verträge

5.1 Städtebauliche Verträge als verwaltungsrechtliche Verträge

- 221 Städtebauliche Verträge sind Instrumente zur Umsetzung raumordnungsbezogener Aufgaben. Sie dienen typischerweise der direkten Erfüllung öffentlicher Aufgaben, weshalb sie als öffentlichrechtlich und nicht als privatrechtlich zu qualifizieren sind (Rz. 95). Damit sind sie in die Prinzipien des Verwaltungsrechts umfassend eingebettet (Rz. 110).

5.2 Städtebauliche Verträge als unvollkommen zweiseitige Verträge

- 222 Städtebauliche Verträge, die an Nutzungsplänen anknüpfen und sich folglich auf eine konkrete planerische Massnahme beziehen, dürften typischerweise als unvollkommen zweiseitige Vertragsverhältnisse zu qualifizieren sein. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass nur eine der Parteien eine (unentgeltliche) Hauptleistung schuldet, während die andere Partei lediglich eine nicht mit dieser im Austauschverhältnis stehende Nebenleistung zusichert.⁴⁷⁰ Im konkreten Fall bildet die vertragliche Leistung der privaten Akteure die Hauptleistung, die diese in Erwartung einer planerischen Massnahme versprechen. Demgegenüber wird die vertragschliessende Behörde implizit oder explizit zusichern, sich für eine konkrete Nutzungszuweisung nach besten Kräften

467 ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 11, 227; RUCH, *Grundfragen*, S. 36.

468 KLEIN, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag*, S. 35.

469 KLEIN, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag*, S. 35.

470 MÜLLER, in: *Berner Kommentar Art. 1-18 OR*, Einl. Rz. 131; i.d.S. auch POLTIER, *La place du contrat*, S. 140.

(«best effort») einzusetzen.⁴⁷¹ Der Erfolgspflicht der Privaten steht damit eine blosser Handlungspflicht der Behörden gegenüber.

5.3 Städtebauliche Verträge als bedingte Verträge

Sofern die Ergebnisse kooperativer Planungen nicht nur in Nutzungsplänen, sondern auch in städtebaulichen Verträgen ihren Niederschlag finden, stellt sich die Frage, inwieweit sich die materielle Bezogenheit beider Rechtsakte rechtlich darstellen lässt. In der Praxis werden städtebauliche Verträge, welche Leistungspflichten der Privaten in Bezug auf einen Nutzungsplan definieren, typischerweise vor dem Planerlass abgeschlossen und unter die *aufschiebende oder auflösende Bedingung gestellt*, der gemeinsam erarbeitete Plan trete wie vereinbart in Kraft. Der Vertragsschluss erfolgt typischerweise vor dem Planerlass, weil die private Seite nach dem Erlass des Nutzungsplans keinerlei Anreiz mehr hat, eine sie ausschliesslich bzw. überwiegend belastende Verpflichtung einzugehen.

Bedingungen sind in der Zukunft liegende ungewisse Tatsachen, die ausserhalb des Einflussbereichs der Vertragsparteien liegen und von deren Eintritt der Bestand des Vertrags abhängt.⁴⁷² Steht der Vertrag unter einer *aufschiebenden Bedingung* bzw. *Suspensivbedingung*, befindet sich dieser zunächst in einem Schwebeszustand, in dem die Vertragsparteien eine Anwartschaft auf die zugesicherten Leistungen haben, und entfaltet erst dann seine volle Rechtswirkung, wenn die Bedingung eingetreten ist.⁴⁷³ Steht der Vertrag unter einer *auflösenden Bedingung* bzw. *Resolutivbedingung*, tritt dieser mit unbeschränkter Rechtswirkung in Kraft, wird mit Eintritt der Bedingung aber unwirksam.⁴⁷⁴ In der Praxis werden städtebauliche Verträge, soweit bekannt, wohl überwiegend suspensiv bedingt abgeschlossen.

Durch den bedingten Abschluss der Verträge lässt sich das Risiko auffangen, dass das Erlassorgan den kooperativ erarbeiteten Planentwurf allenfalls verwirft bzw. in einem gewissen, von der Einwilligung der Privaten nicht mehr getragenen Umfang abändert oder dass der Nutzungsplan in einem Rechtsmittelverfahren scheitert.⁴⁷⁵ Durch die Bedingtheit der Verträge ist es

471 ADANK, Contrat de planification, Rz. 543.

472 Art. 151 Abs. 1 OR.

473 Art. 151 Abs. 1 OR; WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, in: Basler Kommentar OR I, Art. 151 Rz. 2, 8 f.

474 Art. 154 Abs. 1 OR; WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, in: Basler Kommentar OR I, Art. 154 Rz. 1 f.

475 Der bedingte Erlass von Nutzungsplänen ist unzulässig (BESSE, Plans d'affectation, S. 422). Demgegenüber sieht der Kanton Zürich mit § 22 Abs. 2 MAG ein Rücktrittsrecht der Vertragsparteien vor, wenn der rechtskräftige Plan erheblich von den Annahmen abweicht, die dem städtebaulichen Vertrag zugrunde lagen.

ferner möglich, das kooperativ geprägte Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit, d.h. über die Grenzen der Handlungsformen hinweg, als «Austauschverhältnis» darzustellen.

II. Städtebauliche Rahmenverträge

1. Definition, Funktion, Gegenstand

1.1 Definition

- 226 Städtebauliche Rahmenverträge sind verwaltungsrechtliche Verträge, mit denen die Parteien einer kooperativen Planung die Ziele der Planung festhalten und Regeln der gemeinsamen Zusammenarbeit definieren.⁴⁷⁶ Sie sind das Ergebnis der ersten Phase einer kooperativen Planung, in der sich die Beteiligten zur Zusammenarbeit entschliessen und den Planungsprozess in inhaltlicher und organisatorischer Hinsicht vorstrukturieren (Rz. 64).

1.2 Funktion

- 227 Rahmenverträge bilden das Fundament kooperativer Planungen. Als von den Parteien gemeinsam getragenes Leitbild der und als «Drehbuch» für die Planung tragen sie entscheidend dazu bei, die zunächst noch lose Zusammenarbeit in einen strukturierten, zielgerichteten Prozess zu überführen. Die erste Etappe der Verhandlungen, an deren Ende der Rahmenvertrag steht, bietet den Beteiligten nicht nur Gelegenheit zum gegenseitigen Kennenlernen. Sie dient den Parteien auch dazu, sich der eigenen Erwartungen und der Erwartungen der Gegenseite an die Planung bewusst zu werden. Das hilft, Missverständnissen vorzubeugen und gegenseitiges Vertrauen aufzubauen, was sich auf den Planungsprozess stabilisierend und rationalisierend auswirkt.⁴⁷⁷

1.3 Gegenstand

- 228 Typischerweise werden städtebauliche Rahmenverträge durch einen Ingress eingeleitet, in dem die tatsächliche und rechtliche Ausgangslage der Planung skizziert, die Beweggründe der Parteien, eine kooperative Planung einzugehen, erläutert und allenfalls auch die übergeordneten Ziele der Planung umschrieben werden.⁴⁷⁸ Rahmenverträge dienen darüber hinaus dazu, den Planungsprozesses zu ordnen: Sie definieren die angestrebten Ergebnisse und Fristigkeiten einzelner Planungsetappen⁴⁷⁹, klären Verantwortlichkeiten

476 ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 17; MUGGLI, *Kooperative Planung*, S. 26.

477 Gespräch Giller (Fn. 16).

478 Für ein anschauliches Beispiel siehe den Städtebaulichen Rahmenvertrag Dreispitzareal (Fn. 457).

479 So explizit Art. 4 Abs. 2 KRG/GR.

und bestimmen die Spielregeln der Zusammenarbeit. Zentrale Fragen der Planung, wie jene, ob ein Wettbewerbsverfahren durchgeführt oder ob die Planung durch partizipative Elemente angereichert werden soll, werden geklärt. Rahmenverträge können sodann Vertraulichkeitsklauseln oder Vereinbarungen über die Form und Organisation der Öffentlichkeitsarbeit enthalten, legen Informationspflichten der Vertragsparteien fest oder verpflichten sie bei Konflikten auf die Durchführung von Mediationsverfahren⁴⁸⁰. Nicht zuletzt können Rahmenverträge Absprachen über die Aufteilung der Planungskosten enthalten⁴⁸¹ und all jene Themen definieren, über die sich die Parteien zu einem späteren Zeitpunkt vertraglich verständigen wollen.

2. Zulässigkeit

2.1 Planungsziele

Planungsziele beschreiben raumordnungspolitische Zustände, die durch den Akt der Planung so weit wie möglich erreicht werden sollen. Sie nehmen das planerische Ergebnis nicht vorweg, sondern dienen als Orientierungspunkte, an denen sich die Planung ausrichtet. Das behördliche Ermessen in Bezug auf die Formulierung von Planungszielen für eine oder wenige Parzellen ist in der Regel erheblich, weshalb diesbezüglich Raum für kooperative Lösungen besteht. Die Ziele sind durch das materielle Recht gedeckt, sofern sie mit den Planungszielen des Bundes und des Kantons sowie den übergeordneten Plänen im Einklang stehen. Sie können Bestandteil des Ingresses eines Rahmenvertrags oder Teil der vertraglichen Regelungen sein.⁴⁸² Als konzeptionelle Überlegungen, die einen geringen materiellen Gehalt aufweisen, begründen sie in der Regel keine Rechte und Pflichten der Parteien, sondern sind in erster Linie als Wissensspeicher und für die Auslegung des Vertrags und ergänzender Verträge⁴⁸³ von Bedeutung. Allenfalls begründen sie Handlungspflichten in dem Sinne, dass die Parteien gehalten sind, sich nach besten Kräften für die Erreichung der Ziele einzusetzen. Teilweise beruhen die vertraglich verankerten Planungsziele auf sog. «letters of intent» als formlosen Absichtserklärungen der Parteien oder auf städtebaulichen Leitbildern bzw. Entwicklungskonzepten, welche die Ziele und Prinzipien der Planung ebenfalls formlos abstecken.⁴⁸⁴

480 Zur Methode der Mediation siehe BÖSCH, Bauen und Mediation, S. 244 ff. m.w.H.

481 Siehe wiederum den Städtebaulichen Rahmenvertrag Dreispitzareal (Fn. 457); vgl. PFISTERER, Praxishilfe, S. 145 ff.; ferner RAWI/LU, Bebauungskonzepte, S. 21 f.; zum Ganzen auch BÜHLMANN/KISSLING, Städtebauliche Verträge, S. 8.

482 Siehe Art. 2 und 5 Städtebaulicher Rahmenvertrag Dreispitzareal (Fn. 457).

483 Vgl. Art. 9 Städtebaulicher Rahmenvertrag Dreispitzareal (Fn. 457).

484 Für zahlreiche Praxisbeispiele insbesondere im Zusammenhang mit Arealentwicklungen siehe HBD Stadt Zürich (www.stadt-zuerich.ch/staedtebau > Raum- & Arealentwicklung > Gebiets- und Arealentwicklungen).

2.2 Verfahrensfragen

a Verfahrensablauf, Regeln der Zusammenarbeit, Beizug Dritter

- 230 In Bezug auf die Gestaltung des Verfahrens kooperativer Planungen setzen das Raumplanungsrecht des Bundes und die einschlägigen Normen der Kantone der Gestaltungsfreiheit der Parteien Grenzen. Raumpläne stellen trotz ihrer allfälligen kooperativen Genese einseitig-hoheitliche Akte dar, deren Erlass mit der Pflicht der Behörden, der Bevölkerung die Möglichkeit zur Mitwirkung einzuräumen, eine umfassende Interessenabwägung durchzuführen, die Nutzungspläne durch die zuständige kantonale Behörde genehmigen zu lassen und den Rechtsschutz zu gewähren, stark formalisiert ist.⁴⁸⁵ Die Bestimmungen sind öffentlichrechtlicher und damit zwingender Natur und können durch Parteienabrede nicht abbedungen werden.⁴⁸⁶ Vielfach werden die bundesrechtlichen Vorschriften durch das kantonale Recht weiter ausgeführt, wodurch der Raum für Absprachen nochmals beschränkt bzw. konkretisiert wird.⁴⁸⁷ Innerhalb dieser Grenzen sind verfahrensbezogene Absprachen zulässig, soweit das einschlägige Gesetz die Vertragsform nicht ausschliesst. Rahmenverträge, die den Planungsprozess detaillieren, indem sie etwa Planungsetappen definieren, Regeln über die gemeinsame Zusammenarbeit festhalten oder den Beizug externer Expertinnen und Konfliktmittler (Rz. 368 ff.) klären, sind jedenfalls unproblematisch. Klauseln dieses Inhalts lassen sich ohne weiteres auf die Vollzugskompetenz der Planungsbehörden stützen.⁴⁸⁸ Als Elemente einer zielgerichteten Projektorganisation liegen sie zudem im öffentlichen Interesse.⁴⁸⁹

b Wettbewerbsverfahren

- 231 In der Praxis ist es üblich, im Rahmen von kooperativen Planungen Wettbewerbsverfahren als Element der Qualitätssicherung durchzuführen (Rz. 62). Existiert diesbezüglich keine gefestigte Behördenpraxis, sprechen insbesondere Gründe der Rechtsgleichheit und der Transparenz für eine gesetzliche Verankerung eines solchen Erfordernisses wenigstens auf Verordnungsstufe. Die Durchführung von Wettbewerbsverfahren verursacht Kosten, welche

485 Siehe dazu Teil 3.

486 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 65.

487 Siehe bspw. zur Mitwirkung der Bevölkerung gemäss Art. 4 RPG das Ausführungsrecht gemäss § 7 PBG/ZH oder zur Genehmigung gemäss Art. 26 RPG § 89 PBG/ZH.

488 Vgl. BGer, Urteil 1A.266/2005 vom 13.3.2006, E. 2.6 (URP 2006 361 ff.) zur Zulässigkeit eines Rahmenvertrags bei komplexen umweltrechtlichen Sanierungen; siehe auch SCHRADER/LORETAN, in: Kommentar USG, Art. 12 Rz. 43d.

489 Zu Schiedsklauseln, welche die Streitbeilegung vor nichtstaatlichen Schiedsgerichten regeln, siehe Rz. 334.

die Privaten meist ganz oder teilweise zu tragen haben. Da diese aufgrund ihrer subordinierten Stellung gegenüber den Behörden (Rz. 168, 215) vermuthungsweise nicht in der Lage sind, den Kostenteiler mit den Behörden auf Augenhöhe auszuhandeln, schaffen gesetzliche Vorgaben – beispielsweise die Verteilung der Kosten nach dem jeweiligen Interesse an dem Plan – Klarheit.⁴⁹⁰ Ist definiert, dass Wettbewerbsverfahren erforderlich sein können und wie die Kosten zu verteilen sind, können sich die Verhandlungen auf die Wahl eines geeigneten Qualitätssicherungsverfahrens, die Zusammensetzung der Jury, die Dokumentation und Kommunikation der Verfahrensergebnisse sowie weitere organisatorische Details beschränken.

2.3 Kostenteiler

a Gegenstand; bestehende Regelungen

Die Erstellung der nötigen Planungen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 RPG ist eine öffentliche Aufgabe, deren Kosten die Planungsträger tragen. Dies gilt zumindest für jene Raumpläne, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit liegen.⁴⁹¹ Für kooperativ erarbeitete Sondernutzungspläne, die auf die Initiative einzelner Privater zurückgehen und/oder speziell an deren Bedürfnissen ausgerichtet sind, stellt sich die Frage der Kostentragung neu. Das deutsche Recht zählt mit § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB die Übernahme von Kosten für städtebauliche Massnahmen durch die privaten Akteure zu den möglichen Inhalten städtebaulicher Verträge. In der Schweiz kennt namentlich der Kanton Bern mit Art. 60a Abs. 2 i.V.m. Art. 88 Abs. 4 und Art. 113 BauG eine Regelung über die *Teilung von Planungskosten*, wobei der Kostenteiler durch Verfügung festzusetzen ist. Vertragliche Lösungen sind unzulässig. Weiter weist der Kanton St. Gallen eine entsprechende Regelung auf. Nach Art. 55 Abs. 1 PBG leisten die Grundeigentümerschaften *Beiträge* an die Kosten von Sondernutzungsplänen nach Massgabe der ihnen aus diesen erwachsenden besonderen Vorteile. Die Höhe des Beitrags wird gemäss Abs. 2 durch Verfügung oder in einem verwaltungsrechtlichen Vertrag festgelegt.⁴⁹² Auch der Kanton Aargau gestattet den Gemeinden, gestützt auf § 34 Abs. 1^{bis} i.V.m. Abs. 2^{bis} BauG, von betroffenen Grundeigentümerschaften *Beiträge* an die Kosten von Sondernutzungsplänen nach Massgabe ihrer wirtschaftlichen Sondervorteile zu verlangen. Die Erhebung setzt einen entsprechenden kommunalen Erlass voraus und erfolgt durch Verfügung.⁴⁹³

490 Im Kanton Bern sind Wettbewerbsverfahren gemäss Art. 92 Abs. 2 BauG nur zulässig, wenn die Grundordnung sie vorsieht. Die Kosten der Planung haben die Privaten gemäss Art. 60a Abs. 2 i.V.m. Art. 88 Abs. 4 und Art. 113 BauG anteilig zu tragen.

491 Art. 53f. PBG/SG.

492 Zu einer vertraglichen Option vgl. Art. 65 Abs. 1 lit. d PBG/SG.

493 Vgl. HÄUPTLI, in: Kommentar BauG/AG, § 34 Rz. 21.

Die Kostentragung durch die privaten Akteure ist in jenen Kantonen jedenfalls implizit geregelt, in denen das Erstellen von (privaten) Sondernutzungsplänen Sache der Grundeigentümerschaften ist. Damit haben diese grundsätzlich auch die Kosten zu tragen.⁴⁹⁴

b Abgaberechtliche Einordnung

233 In den meisten Kantonen ist die Beteiligung der Privaten an den Kosten einer (kooperativen) Planung nicht geregelt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Privaten mittels vertraglicher Abreden an den Planungskosten beteiligt werden dürfen.⁴⁹⁵ Die Frage ist mit Blick auf die Natur der Kostenbeteiligung zu verneinen. Ungeachtet dessen, ob für die Erhebung auf die durch die Planung erzeugte Wertsteigerung und damit auf den wirtschaftlichen Sondervorteil der Grundeigentümerschaften abgestellt wird und folglich *Beiträge* erhoben werden⁴⁹⁶ oder – was naheliegender ist – unmittelbar an den Planungskosten angeknüpft wird, die als Entgelt für eine staatliche Leistung mittels Verwaltungsgebühr auf die Privaten überwältzt werden, liegt eine Kausalabgabe vor.⁴⁹⁷ Damit gelten die strengen Anforderungen an das Legalitätsprinzip im Abgaberecht (Rz. 137f.).

234 Kausalabgaben bedürfen einer genügenden *gesetzlichen Grundlage*. Namentlich sind das Abgabeobjekt (die Kosten der Planung), das Abgabesubjekt (die begünstigten Grundeigentümerschaften) sowie die Bemessung der Abgabe in den Grundzügen (der Anteil der Planungskosten, der den Begünstigten angelastet werden soll) in einem Gesetz im formellen Sinne zu verankern. Bei Kausalabgaben sind im Unterschied zu Steuern Lockerungen in Bezug auf die Bemessung der Abgabe zulässig, wenn das Äquivalenzprinzip und bei kostenabhängigen Abgaben auch das Kostendeckungsprinzip die Begrenzungs- und Schutzfunktion einer genügend bestimmten Norm im formellen Sinne übernehmen können (Rz. 137). Da planerische Leistungen grundsätzlich auch am Markt angeboten werden und damit Preise existieren, die Rückschlüsse auf die Höhe etwaiger Abgaben erlauben, steht der Delegation der Detaillierung der Grundzüge der Bemessung der Abgabe vom Gesetz- an den Verordnungsgeber nichts entgegen.⁴⁹⁸

494 Siehe z.B. § 85 Abs. 1 PBG/ZH sowie ESCHMANN, Gestaltungsplan, S. 255.

495 Für ein Beispiel einer Kostenteilungsvereinbarung siehe Art. 8 Städtebaulicher Rahmenvertrag Dreispitzareal (Fn. 457).

496 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2814; siehe dazu HÄUPTLI, in: Kommentar BauG/AG, § 34 Rz. 63 f. m.w.H.

497 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2758, 2765.

498 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2806; vgl. RUCH, Sondervorteil, S. 540; zur Berechnung von Grundstücksmehrwerten siehe EYMANN, Ermittlung des Planungsmehrwerts, S. 172 f.

c Zulässigkeit vertraglicher Absprachen

Durch die Geltung des «strengen» Legalitätsprinzips im Abgaberecht wird 235
der Spielraum der rechtsanwendenden Behörden in einer Weise eingeschränkt, die sicherstellt, das allfällige Abgabepflichten vorhersehbar und rechtsgleich verteilt sind.⁴⁹⁹ Das Bedürfnis nach Vorhersehbarkeit und Rechtsgleichheit besteht nach hier vertretener Ansicht auch für städtebauliche Rahmenverträge, weshalb vertragliche Absprachen, die sich nicht auf eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage im formellen Sinne stützen können, als unzulässig erachtet werden. Die Begründung soll an dieser Stelle nur kurz umrissen werden. Sie wird für den vertraglichen Mehrwertausgleich noch ausführlich darzulegen sein (Rz. 288 ff.): Da die Planungsbehörden Monopolisten im Bereich der Raumplanung sind und die Privaten deshalb einem faktischen Kontrahierungszwang unterliegen, sind die Verhandlungen von städtebaulichen Verträgen, die auf den Erlass eines Plans gerichtet sind, durch ein Verhältnis spezifisch gearteter Subordination geprägt. Die Willensautonomie der privaten Akteure wird hierdurch insofern beschränkt, als sie der Verhandlungsmacht des Staates keine anderweitige Verhandlungsmacht entgegensetzen können. Die unter solchen Umständen erteilte Einwilligung der privaten Akteure in eine Pflichtenübernahme, die keine Entsprechung im Gesetz findet, darf nicht als freiwillig erteilt gelten und scheidet insofern als Surrogat für eine genügend bestimmte Norm, die dem Individualrechtsschutz dient, aus. Dasselbe gilt für das Gleichheitsgebot, welches den Staat darauf verpflichtet, gleiche Sachverhalte nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Zwar anerkennt ein Teil der Lehre die Einwilligung der Privaten in gewissen Grenzen als rechtsgenügende Rechtfertigung für die Abkehr vom Gleichheitsgebot. Vorausgesetzt wird aber, dass die Einwilligung informiert erfolgt (Rz. 121), was im gegebenen Kontext aufgrund fehlender Informationen über Referenzprojekte nicht der Fall sein dürfte.

Für die Beitragserhebung mittels Vertrags sind deshalb dieselben Anfor- 236
derungen an die gesetzliche Grundlage zu stellen wie für die Erhebung der Beiträge durch Verfügung. Dementsprechend sind die abgaberechtlichen Essentialia in einem Gesetz im formellen Sinne zu regeln bzw. ist der Erlass der Pläne gesetzlich an die Kostenbeteiligung in bestimmter Höhe zu knüpfen. Trotz der gesetzlichen Festlegung des Kostenteilers besteht vorbehaltlich anderslautender gesetzlicher Regelungen Raum für vertragliche Absprachen – namentlich in Bezug auf die Form der Abgeltung der Beitragspflicht. Denkbar sind zudem Absprachen über die Vorfinanzierung der Planungskosten

499 Statt vieler BGE 142 II 182, E. 2.2.2.

durch die Privaten, inkl. der Vereinbarung der anteiligen Rückzahlung durch die Gemeinde, und Ähnliches.

d Kostentragung im Fall des Scheiterns der Kooperation

237 Während Verwaltungsgebühren für die bloße Inanspruchnahme einer staatlichen Tätigkeit geschuldet sind und auch dann erhoben werden können, wenn eine Planung letztlich scheitert, sind Beiträge an die Planungskosten Abgaben, die von den Abgabepflichtigen als Ausgleich für einen staatlich verschafften wirtschaftlichen Sondervorteil entrichtet werden. Für die Begründung der Abgabepflicht muss der wirtschaftliche Sondervorteil zwar nicht realisiert worden sein, er muss aber *realisierbar* sein.⁵⁰⁰ Ein wirtschaftlicher Sondervorteil entsteht bei kooperativen Planungen aber erst, wenn das Planerverfahren mit der Planfestsetzung ein erfolgreiches Ende findet. Scheitert dagegen die Planung – beispielsweise mangels politischer Tragfähigkeit oder weil sich ein Konsens zwischen den Parteien nicht erzielen lässt –, greift die Beitragspflicht nicht. Es stellt sich dann die Frage, wer die Kosten der Planung trägt bzw. wie das Kostenrisiko im Vorfeld der Planungen verteilt werden soll.

238 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts steht Bauherrinnen und Bauherren dann kein Ersatz ihrer nutzlos gewordenen Planungskosten zu, wenn sie zwar ein rechtskonformes Baugesuch eingereicht haben, sich das Gesetz aber noch vor Erteilung der Baubewilligung zu ihren Ungunsten ändert. Ein Entschädigungsanspruch besteht nur, wenn die Behörden den Privaten das Fortbestehen des geltenden Rechts explizit zugesichert haben und diese auf die Zusicherung vertrauen durften oder wenn die Behörden das geltende Recht mit dem Ziel geändert haben, das infrage stehende Bauprojekt zu verhindern. Der Entschädigungsanspruch wird aus dem Vertrauensschutz in Verbindung mit der Eigentumsgarantie abgeleitet.⁵⁰¹

239 Bei der Erarbeitung kooperativer Planungen ist den Beteiligten stets bewusst, dass der von ihnen erarbeitete Planentwurf unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Erlassorgans steht, weshalb schutzwürdiges Vertrauen nicht entsteht. Für die Kostenteilung bietet es sich deshalb an, auf die Ursachen des Scheiterns der Kooperation abzustellen: Scheitert die Planung, ohne dass die Parteien daran ein Verschulden trifft, liegt eine Kostenteilung im Verhältnis der von beiden Seiten je verfolgten Interessen nahe. Eine derartige Aufteilung setzt allerdings eine entsprechende abgaberechtliche Regelung voraus (Rz. 233 f.). Geht das Scheitern einer kooperativen Planung dagegen auf die schuldhaft Verletzung vertraglicher Pflichten zurück – z.B. auf die Verletzung

500 RUCH, Sondervorteil, S. 532 f.

501 BGE 119 Ib 229, E. 4a; RIVA, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 225.

von Mitwirkungspflichten oder der Pflicht zur Erstellung planerischer Grundlagen innert einer bestimmten Frist –, greift mangels verwaltungsrechtlicher Regelungen und unter dem Vorbehalt anderslautender Absprachen oder Absichten der Parteien das Leistungsstörungsrecht des Obligationenrechts analog.⁵⁰² Ob die geschädigte Partei ihre nutzlos gewordenen Aufwendungen als Schadengeltend machen kann, hängt dann von der konkreten vertraglichen Absprache ab. Mit der herrschenden Lehre lehnt das Bundesgericht jedenfalls den Ersatz sogenannter Frustrationsschäden ab, d.h. von Aufwendungen, die im Hinblick auf ein bestimmtes Ereignis (i.c. die Festsetzung eines Plans) getätigt wurden und die, nachdem das Ergebnis nicht eintrat, nutzlos geworden sind.⁵⁰³

e Exkurs: Übertragung planerischer Aufgaben auf Private

Anspruchsvolle Planungen bedürfen in hohem Masse qualifizierten Personals und technischer Komponenten, die dem Gemeinwesen nicht immer im nötigen Umfang zur Verfügung stehen.⁵⁰⁴ Die Behörde kann etwaige Engpässe überbrücken, indem sie die Vorbereitung und/oder Durchführung einzelner Planungsschritte auf der Grundlage von (privatrechtlichen) Werkverträgen oder Aufträgen gemäss Art. 363 ff. bzw. Art. 394 ff. OR an Dritte überträgt. Der Einbezug privater Expertise ist nicht unüblich. Im Gegenteil gehört etwa die Durchführung von Wettbewerbsverfahren, an denen sich private Architektur- und Planungsbüros beteiligen, heute vielerorts zu den Qualitätsstandards städtebaulich bedeutsamer Planungen. Bei sehr komplexen kooperativen Planungen kann es sich aus Gründen der Konfliktvermeidung und zur Entlastung der Beteiligten zudem anbieten, unabhängige Dritte mit der Projektkoordination zu betrauen. Die daraus entstehenden Kosten wären den Planungskosten anzurechnen und können der privaten Partei unter den genannten Voraussetzungen angelastet werden.

Denkbar ist ferner, dass sich die private Partei einer kooperativen Planung unter Anrechnung der ihr hierdurch entstehenden Kosten an die zu leistende Abgabe an die Planungskosten dazu verpflichtet, Dritte mit planerischen Arbeiten zu beauftragen. Für die Behörde wäre dieses Vorgehen insofern von Vorteil, als nicht sie, sondern die beauftragte Dritte die Kosten im Falle der Zahlungsunfähigkeit der privaten Kooperationspartei zu tragen hätte. Um bei

502 Zur analogen Anwendung des Obligationenrechts auf verwaltungsrechtliche Verträge siehe BGE 122 I 328, E. 7b; BGE 105 Ia 207, E. 2c; ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 389; GRIFFEL, *Verwaltungsrecht*, Rz. 76. Im konkreten Fall würde Art. 97 Abs. 1 bzw. Art. 98 Abs. 2 OR analog greifen. Dazu noch Kapitel 13II.4.

503 BGE 126 III 388, E. 11a; WIEGAND, in: *Basler Kommentar ORI*, Art. 97 Rz. 38b.

504 BUNZEL/COULMAS/SCHMIDT, *Städtebauliche Verträge*, S. 106.

Bedarf dennoch Zugriff auf die Arbeiten der Dritten zu haben, sollte sich die Behörde den Erwerb der Arbeiten zu einem festgelegten Preis vorbehalten.⁵⁰⁵

242 Verfügt die private Partei einer kooperativen Planung über die nötigen Ressourcen, kommt nicht zuletzt auch sie für die Erbringung von Planungsleistungen infrage.⁵⁰⁶ Die ihr entstehenden Aufwendungen wären diesfalls mit der Abgabe an die Planungskosten zu verrechnen. Das öffentliche Vergaberecht bleibt freilich vorbehalten.

III. Vertragliche Baupflichten

1. Definition, Funktion und Gegenstand

1.1 Definition

243 Bauverpflichtungsverträge sind verwaltungsrechtliche Verträge, die Grundeigentümerschaften dazu verpflichten, ihr Grundstück innerhalb einer festgelegten Frist einer (bestimmten) baulichen Nutzung zuzuführen.⁵⁰⁷

1.2 Funktion

244 Pläne, die für sich genommen lediglich die zulässigen Nutzungen von Grundstücken konkretisieren, ohne aber aktivierende Wirkung zu entfalten, werden durch Baupflichten in positive Handlungspflichten übersetzt. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass ein Grundstück zeitnah seiner bestimmungsgemässen Nutzung zugeführt wird.⁵⁰⁸

1.3 Gegenstand

245 Bauverpflichtungsverträge begründen, wie erwähnt, die Pflicht der Eigentümerschaft, ihr Grundstück innert einer zu bestimmenden Frist zu überbauen. In der Regel steht die Nichteinhaltung der Frist unter einer Sanktionsandrohung.⁵⁰⁹ Um eine frühzeitige Überprüfung des Baufortschritts zu ermöglichen, können zudem Etappenziele vereinbart werden.⁵¹⁰ Im Rahmen von kooperativen Planungen werden vertragliche Baupflichten teilweise mit materiellen Anforderungen an die Überbauung angereichert. Gegenstand

505 BUNZEL/COULMAS/SCHMIDT, Städtebauliche Verträge, S. 106 f.

506 BUNZEL/COULMAS/SCHMIDT, Städtebauliche Verträge, S. 106 f. m.w.H.

507 ADANK, Contrat de planification, Rz. 142; vgl. AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15 Rz. 111, Art. 15a Rz. 43.

508 ANTONIAZZA, Baupflicht, Rz. 44; vgl. AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15a Rz. 55.

509 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15 Rz. 111, Art. 15a Rz. 43.

510 BÜHLMANN/KISSLING, Städtebauliche Verträge, S. 9.

solcher Verträge bilden bauliche Fragen, die nicht der Planung bedürfen und die Nutzungspläne entweder überladen würden oder für die das Instrument des Plans zu unflexibel ist, weil allenfalls erforderliche Anpassungen nur in dem stark formalisierten Planerlassverfahren möglich sind. Zu denken ist hier beispielsweise an Anforderungen an die Freiraumgestaltung und dergleichen. ADANK spricht im Zusammenhang mit solchen materiell angereicherten vertraglichen Baupflichten von *qualifizierten Baupflichten*.⁵¹¹

2. Baupflichten gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. d sowie Art. 15a Abs. 2 RPG

Seit der RPG-Revision 2012, die ganz im Zeichen der Vermeidung der fortschreitenden Zersiedlung der Schweizer Landschaft stand, enthält das Raumplanungsgesetz des Bundes mit Art. 15 Abs. 4 lit. d sowie Art. 15a Abs. 2 RPG Regelungen zur rechtlichen Sicherung von neuem Bauland sowie zur Mobilisierung bestehenden Baulands. Gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG darf Land dann einer Bauzone zugewiesen werden, wenn die bauliche Nutzung rechtlich sichergestellt ist. Gemäss Art. 15a Abs. 1 RPG haben die Kantone «griffige Instrumente»⁵¹² zu schaffen, die geeignet sind, bereits bestehendes, aber unbebautes Bauland einer baulichen Nutzung zuzuführen. Gemäss Abs. 2 soll das kantonale Recht den Behörden dabei auch die Möglichkeit einräumen, sanktionsbewehrte Baupflichten anzuordnen, wenn es das öffentliche Interesse rechtfertigt. Durch diese Massnahmen soll der Druck, neue Bauzonen ausweisen zu müssen, reduziert und die Zersiedelung gebremst werden.⁵¹³ Der Gesetzgeber hat die Planungsträger damit nicht nur verpflichtet, eine *aktive Rolle* bei der Umsetzung von Plänen einzunehmen (Rz. 203 ff.). Er hat auch den Boden für kooperative Planungen bereitet.

3. Baupflichten und kooperative Planungen

Kooperativen Planungen liegt stets die (implizite) Annahme zugrunde, die private Kooperationspartei werde die Planung innert nützlicher Frist realisieren. Da das öffentliche Interesse an der Kooperation, den Städtebau nach Massgabe übergeordneter Ziele zu steuern und bestimmte städtebauliche Qualitäten zu erreichen, erst mit der Überbauung der zu planenden Parzelle verwirklicht ist, sind kooperative Planungen nach hier vertretener Ansicht grundsätzlich an die Übernahme einer Baupflicht durch die Private zu knüpfen.⁵¹⁴

511 ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 602 ff., 615.

512 Botschaft RPG I, S. 1074.

513 Botschaft RPG I, S. 1057, 1075.

514 Diese Möglichkeit erwähnend ANTONIAZZA, *Baupflicht*, Rz. 94, 341 ff.; dazu bereits Kapitel 8 III.3.2.c.

Die Einwilligung in eine Baupflicht bildet folglich Voraussetzung für die Anhandnahme einer Kooperation, ist den Verhandlungen der Parteien also entzogen. Nur insoweit ist die Sonderstellung, die Einzelne durch kooperative Planungen dadurch erfahren, dass sie ihre Interessen an der Nutzung der zu planenden Parzelle in die Planerarbeit nachdrücklich einbringen können, gerechtfertigt.

248 Im Folgenden gilt es zu klären, inwieweit sich die Behörden für die Begründung vertraglicher Baupflichten im Kontext von kooperativen Planungen auf die erwähnten bundesrechtlichen Regelungen stützen können bzw. Regelungsbedarf auf kantonaler bzw. kommunaler Ebene besteht. Hierzu sind drei Fälle zu unterscheiden: Die kooperative Planung betrifft Land, das als Bauland neu auszuscheiden ist, die kooperative Planung betrifft bestehendes unbebautes Bauland, oder die kooperative Planung bezweckt die Nachverdichtung von bereits überbautem Bauland. Auf die Analyse dieser drei Fallgruppen folgt eine Übersicht bestehender kantonaler Regelungen, die es anhand der zuvor erarbeiteten Erkenntnisse kritisch zu würdigen gilt.

4. Zulässigkeit

4.1 Baupflichten bei der Einzonung von Bauland

a Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG: Regelungsgegenstand

249 Seit dem Inkrafttreten der RPG-Revision 2012 am 1. Mai 2014 dürfen neue Bauzonen gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG nur noch ausgeschieden werden, wenn deren Überbauung innert 15 Jahren rechtlich sichergestellt ist. Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG ist *unmittelbar anwendbar*, d.h., die Behörden können gestützt auf die Bestimmung Baupflichten einseitig *anordnen*. Kantonalen Ausführungsrechtsbedarf es hierzu nicht.⁵¹⁵ Neben der Möglichkeit, Baupflichten zu verfügen, lässt die Norm nach dem klaren Willen des Gesetzgebers Raum für die Vertragsform. Der Bundesrat nennt die Vertragsoption in seiner Botschaft ausdrücklich.⁵¹⁶

b Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG: gesetzliche Grundlage für Verträge?

250 Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG bildet eine genügende gesetzliche Grundlage für die Verfügung von Baupflichten. Die Bestimmung stellt damit ohne weiteres

515 BGE 142 II 509, E. 2.5; Botschaft RPG I, S. 1080; AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15 Rz. 116. Differenzierend dazu DUBEY, der argumentiert, dass Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG zwar die rechtliche Sicherung der Überbauung neuer Bauzonen verlange, jedoch offenlasse, wie diese effektiv durchgesetzt werden solle. Insofern bedürfe es trotz der unmittelbaren Geltung der Bestimmung kantonalen Ausführungsrechts (Garantie de la disponibilité, S. 192f.).

516 Botschaft RPG I, S. 1074.

auch eine genügende gesetzliche Grundlage für vertragliche Lösungen dar. An eine solche werden allenfalls tiefere, nicht aber höhere Anforderungen gestellt (Rz. 112 ff.). Da bei Einzonungen die rechtliche Sicherstellung der Verfügbarkeit des Baulandes zwingend ist, bildet die Frage, ob eine Baupflicht begründet werden soll oder nicht, nicht den Gegenstand der Verhandlungen. Der Gesetzgeber hat sie bereits beantwortet. Vertraglicher Gestaltungsspielraum besteht – vorbehaltlich anderslautender kantonaler Bestimmungen – immerhin in Bezug auf die *Modalitäten* der Baupflicht. Den Parteien steht es beispielsweise frei, Etappenziele wie das Einreichen des Baubewilligungsgesuchs, den Beginn der Bauarbeiten und/oder die Fertigstellung einzelner Bauabschnitte zu vereinbaren, welche die Kontrolle des Baufortschritts erleichtern oder der Durchsetzung der Baupflicht dienen. Auch können die Parteien eine kürzere als die in der Regel maximal zulässige Realisierungsfrist von 15 Jahren vereinbaren, soweit das Gesetz hierfür Raum lässt.⁵¹⁷

c *Regelungsbedarf bezüglich Sanktionen*

(i) *Erfordernis kantonalen Ausführungsrechts*

Eingehender zu erörtern ist, ob die Parteien unmittelbar gestützt auf Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG Sanktionen zur Durchsetzung von Baupflichten vereinbaren dürfen. Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG selbst sieht kein Sanktionsregime vor. Blicke die Nicht- oder Zu-spät-Erfüllung einer angeordneten oder vertraglichen Baupflicht jedoch folgenlos, wären Baupflichten zahn- und damit zwecklos. Der Bund verpflichtet die Kantone im Zusammenhang mit Baupflichten für *bestehendes Bauland* in Art. 15a Abs. 2 RPG explizit zur gesetzlichen Regelung von Sanktionen.⁵¹⁸ Einzonungen werden von Art. 15a Abs. 2 RPG zwar nicht erfasst. Der Gesetzgebungsauftrag muss nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes für Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG aber analog gelten. Daraus folgt, dass die Kantone – soweit sie auf Baupflichten setzen wollen – letztlich dazu verpflichtet sind, Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG durch griffige Sanktionen gesetzlich auszuführen.⁵¹⁹

517 Der Bundesrat ging von einer Realisierungsfrist von 5-15 Jahren aus (Botschaft RPG I, S. 1077). In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass 12 Jahre die Obergrenze bilden, wenn ein Grundstück effektiv innert 15 Jahren, dem Zeitraum, für den Bauzonen ausgeschieden werden, überbaut sein soll (AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxis-Kommentar Nutzungsplanung, Art. 15a Rz. 64). Einige Kantone, wie der Kanton Solothurn, sehen kurze Realisierungsfristen vor (siehe § 26^{bis} PBG/SO, wonach die Überbauung innert 5-10 Jahren ab dem Zeitpunkt der Einzonung zu erfolgen hat).

518 Botschaft RPG I, S. 1077. AEMISEGGER/KISSLING gehen davon aus, dass der Entscheid, ob eine Baupflicht gemäss Art. 15a Abs. 2 RPG im konkreten Fall sanktionsbewehrt sein soll, im Ermessen der Behörden liegt (in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15a Rz. 63).

519 I.d.S. auch DUBEY, Garantie de la disponibilité, S. 192f.

Als solche nennt der Bundesrat das Einräumen von Kaufrechten der Gemeinwesen, die rechtlich durchsetzbare Verpflichtung der Privaten, ihr Grundstück zu veräussern, die Auszonung oder allenfalls auch die Enteignung nach Fristablauf.⁵²⁰ Da die Durchsetzung dieser Sanktionen zweifelsohne einen schweren Eingriff in die Eigentumsfreiheit und/oder Wirtschaftsfreiheit der Grundeigentümerschaften darstellt⁵²¹, bedürfen sie gemäss Art. 36 Abs. 1 BV eines genügend bestimmten Gesetzes im formellen Sinne.

(ii) *Vertraglicher Gestaltungsspielraum*

252 Besteht eine kantonalesgesetzliche Grundlage für die Anordnung von Sanktionen, stellt sich die Frage, ob durch Vertrag davon abgewichen werden darf. Die Frage ist differenziert zu beantworten: Da den Behörden bei der Planung erhebliches Ermessen zukommt und weil kein Anspruch auf eine bestimmte Ausnützung oder Zonierung besteht, unterliegen die Grundeigentümerschaften im Bereich der kooperativen Planung einem faktischen Kontrahierungszwang (Rz. 167). Die Einwilligung der Privaten in eine vertragliche Pflicht, die diese im Hinblick auf eine planerische Massnahme übernehmen, gilt deshalb vermutungsweise als nicht freiwillig erteilt (Rz. 215). Aus Gründen des *Individualrechtsschutzes* müssen die vertraglichen Zusicherungen deshalb gesetzlich unterlegt sein. Daraus folgt, dass von dem gesetzlichen Sanktionsregime nur insofern durch Vertrag abgewichen werden darf, als das Gesetz hierfür Raum lässt und die vertraglich vereinbarte Sanktion zu einer zur Schwere der gesetzlich verankerten Sanktion *vergleichbaren* Belastung der Grundeigentümerschaften führt. Nur in diesem Rahmen darf die Einwilligung in eine bestimmte Sanktion vermutungsweise als freiwillig gelten (vgl. Rz. 135). Die Begrenzung auf vertragliche Sanktionen vergleichbarer Schwere leitet sich sodann aus dem *Gleichbehandlungsgebot* ab, von dem vertraglich – wenn überhaupt – nur abgewichen werden darf, wenn die Einwilligung der Privaten frei von faktischem Zwang ist, was bei kooperativen Planungen gerade nicht der Fall ist (Rz. 168). Soll das Sanktionsregime in Bezug auf die *Art* der Sanktion flexibilisiert werden, wäre eine diesbezügliche Klarstellung des Gesetzgebers wünschenswert.

253 Aus dem Gesagten erhellt, dass vertragliche Abreden über Sanktionen, die sich unmittelbar auf Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG abstützen wollen, weil das entsprechende kantonale Ausführungsrecht fehlt, den Anforderungen des Legalitätsprinzips nicht standhalten und deshalb abzulehnen sind. Dies gilt

520 Botschaft RPG I, S. 1077.

521 Vgl. BGE 142 I 76, E. 3.1 (Pra 2017 Nr. 62). Das Bundesgericht klassifizierte die Ausübung eines gesetzlichen *Vorkaufsrechts* über ein Grundstück durch eine öffentliche Körperschaft als schwerwiegenden Eingriff in die Eigentumsfreiheit.

nach hier vertretener Auffassung ungeachtet der herrschenden Lehre, wonach verwaltungsvertragliche Sanktionen keiner spezifischen gesetzlichen Grundlage bedürfen, soweit sie die *Durchsetzung der Vertragspflichten*, nicht aber die Bestrafung des Schuldners bzw. der Schuldnerin bezwecken und deshalb exekutorischer Natur sind.⁵²² Zu den exekutorischen Sanktionen zählen die Schuldbetreibung für öffentlichrechtliche Geldforderungen, die Ersatzvornahme und der unmittelbare Zwang.⁵²³ Für die Durchsetzung vertraglicher Baupflichten erweisen sich diese aber als ungeeignet. Zur Anwendung kommen vielmehr Sanktionen, die – wie die Pflicht zur Grundstücksveräusserung (Rz. 251) – dem Schuldner bzw. der Schuldnerin «etwas anders gebieten» als die vertragliche Pflicht.⁵²⁴ Inwieweit es sich dabei um repressive Sanktionen handelt, kann offenbleiben.⁵²⁵ Klar ist aber, dass sich diese Art von Sanktion nicht aus der Natur der vertraglichen Hauptpflicht, der Baupflicht, ableiten lässt, weshalb sie der gesetzlichen Normierung bedarf.

d Exkurs: Erfordernis ausgearbeiteter Projekte

AEMISEGGER/KISSLING zufolge ist das Erfordernis der rechtlichen Sicherstellung gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG nicht schon mit der Begründung einer sanktionsbewehrten Baupflicht erfüllt. Vielmehr soll die Ausscheidung neuen Baulands nur noch auf der Grundlage ausgearbeiteter Projekte zulässig sein. Die Existenz eines Projekts stelle sicher – so die Autoren –, dass die Grundeigentümerschaften im Zeitpunkt der planerischen Massnahme bereits konkrete Vorstellungen über die Nutzung ihrer Parzelle entwickelt haben. Da die Erstellung eines Projekts ein nicht unerhebliches zeitliches und finanzielles Engagement für die Projektträger bedeute, steige bei Vorliegen eines solchen die Wahrscheinlichkeit, dass die Grundeigentümerschaft die Überbauung tatsächlich anstrebt und innert Frist realisiert.⁵²⁶ Folgt man dieser Ansicht, dürfte Art. 15

522 MÜLLER-TSCHUMI, Leistungsstörungen, S. 75; ferner ADANK, Contrat de planification, Rz. 817; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1453; MOOR/POLTIER, Droit administratif Bd. II, S. 116 f.; POLTIER, La place du contrat, S. 138 f.

523 MÜLLER-TSCHUMI, Leistungsstörungen, S. 64; ferner HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1443, 1465 ff.

524 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1453.

525 Für einen Überblick über repressive Sanktionen siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1444, 1484 ff.

526 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15 Rz. 111. Im Kanton Luzern setzen einige Gemeinden bei der Ein- und Umzonung von Bauland bereits das Vorliegen eines konkreten Bebauungskonzepts voraus. Dieses wird unter Einbezug betroffener Grundeigentümerschaften entwickelt, mit einer spezifisch auf das Konzept zugeschnittenen Bauzone umgesetzt und durch eine Sondernutzungsplanpflicht gesichert (RAWI/LU, Bebauungskonzepte, S. 4 und 7; AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15 Fn. 229).

Abs. 4 lit. d RPG kooperative Planungen wesentlich befördern. Einzonungen setzten danach nämlich eine hinreichende Interessenkonvergenz von Staat und Privaten voraus, die am ehesten im Dialog herzustellen sein wird.

4.2 Baupflichten bei unbebautem Bauland

a Art. 15a Abs. 2 RPG: Regelungsgegenstand

255 Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG verpflichtet die zuständigen Behörden zur Begründung von Baupflichten bei der Ausscheidung *neuen* Baulands. Bereits eingezontes, aber unbebautes Bauland fällt dagegen in den Anwendungsbereich von Art. 15a Abs. 2 RPG.⁵²⁷ Dieser formuliert einen zwingenden Auftrag an die Kantone, gesetzliche Grundlagen zu schaffen, die es den zuständigen kantonalen oder kommunalen Behörden erlauben, bei Vorliegen überwiegender öffentlicher Interessen sanktionsbewehrte Baupflichten als subsidiäre Massnahmen zum Zweck der Mobilisierung gehorteten Baulands anzuordnen.⁵²⁸ Als Gesetzgebungsauftrag ist Art. 15a Abs. 2 RPG nicht unmittelbar anwendbar. Die Anordnung von Baupflichten ist folglich erst zulässig, wenn kantonales bzw. kommunales Ausführungsrecht besteht.⁵²⁹

256 Als nicht sanktionsbewehrte Norm ist Art. 15a RPG auf dem ersten Blick eine *lex imperfecta*. Dass seit dem Inkrafttreten der ersten Etappe der RPG-Revision per 1. Mai 2014 dennoch rege gesetzgeberische Aktivitäten in den Kantonen zu beobachten sind, ist damit zu begründen, dass die Einzonung neuen Lands gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. b RPG die konsequente Mobilisierung innerer Nutzungsreserven voraussetzt. Zudem haben die Kantone gemäss Art. 8a RPG bereits auf Stufe Richtplanung Massnahmen zur Baulandmobilisierung aufzuzeigen.⁵³⁰ Insofern lastet auf den Kantonen ein gewisser Druck, ihrer Gesetzgebungspflicht nachzukommen. Soweit aber Ausführungsrecht noch nicht besteht, stellt sich die Frage, ob *Baupflichten* allenfalls unmittelbar gestützt auf Art. 15a Abs. 2 RPG *vertraglich* begründet werden dürfen.

b Art. 15a Abs. 2 RPG: gesetzliche Grundlage für Verträge?

257 Ob ein Gesetzgebungsauftrag als gesetzliche Grundlage zur Begründung verwaltungsvertraglicher Pflichten genügt, wird seit einiger Zeit im Zusammenhang mit dem Mehrwertausgleich gemäss Art. 5 RPG diskutiert. Teile der

527 Art. 15a RPG erfasst nebst völlig ungenutztem Bauland auch Bauland, auf dem sich kleinere Bauten und Anlagen befinden. Bspw. soll sich die Grundeigentümerschaft eines als Parkplatz genutzten, zentral gelegenen Areals nicht mit dem Argument der Baupflicht entziehen können, das Grundstück sei bereits überbaut (Botschaft RPG I, S. 1077; AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15a Rz. 58).

528 BGE 143 II 476, E. 3.3 (Pra 2018 Nr. 72); Botschaft RPG I, S. 1076 f.

529 Botschaft RPG I, S. 1076.

530 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15a Rz. 30.

Lehre argumentierten, Abs. 1, der die Kantone dazu verpflichtet, für einen angemessenen Ausgleich erheblicher planerischer Vor- und Nachteile zu sorgen, stelle eine Kompetenznorm dar, auf die sich die Behörden – sofern das kantonale Recht die Vertragsform nicht ausschliesse – als *mittelbare* gesetzliche Grundlage stützen könnten.⁵³¹ Mehrwertausgleichsverträge hielten deshalb vor dem Legalitätsprinzip stand. Will man dieser Ansicht folgen, könnte man auch in Art. 15a Abs. 2 RPG eine Kompetenznorm sehen, die vertragliche Baupflichten stützt. Mit Blick auf die Funktionen des Legalitätsprinzips ist diese Position nach hier vertretener Ansicht jedoch abzulehnen. Zur Begründung kann auf die Ausführungen zum vertraglich begründeten Sanktionsregime unter Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG verwiesen werden (Rz. 252 f.). Im Zentrum stehen Bedenken hinsichtlich des rechtsstaatlichen Bedürfnisses nach Individualrechtsschutz und Gleichbehandlung sowie in Bezug auf die demokratische Fundierung der Verträge.⁵³²

Im Kontext von kooperativen Planungen ist die Schaffung einer expliziten gesetzlichen Grundlage aber auch zum Schutz des Gemeinwesens ange- 258 raten. Wie andernorts ausgeführt, liegen kooperative Planungen nur dann im öffentlichen Interesse, wenn sie innert nützlicher Frist realisiert werden. Kooperative Planungen sind deshalb an die Übernahme von Baupflichten durch die Privaten zu knüpfen (Rz. 176 f.). Damit die Behörden in der Lage sind, Baupflichten auch dann durchzusetzen, wenn die Verhandlungsmacht der privaten Gegenseite trotz faktischen Kontrahierungszwangs die der Behörden überwiegt, muss die Übernahme einer sanktionsbewehrten Baupflicht als Bedingung für die Kooperation gesetzlich verankert sein.⁵³³ Allfälliges Ausführungsrecht der Kantone zu Art. 15a Abs. 2 RPG kann für kooperative Planungen insofern aktiviert werden, als für die Begründung der Baupflichten überwiegende öffentliche Interessen im Sinne dieser Bestimmung geltend gemacht werden können.

c Verhältnis von Art. 15a Abs. 2 und Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG

AEMISEGGER/KISSLING halten es für gerechtfertigt, die Kriterien, die gemäss 259 Art. 15 RPG bei Einzonungen zu beachten sind, auch bei Nutzungsplanrevisionen, d.h., wenn Grundstücke in der Bauzone bestätigt werden oder eine

531 Dies behandelnd RIVA, in: Kommentar RPG, Art. 5 Rz. 101; im Grundsatz auch AEMISEGGER/KISSLING, welche die Schaffung einer detaillierten gesetzlichen Grundlage aber empfehlen (in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 92 ff.). A.A. POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 116 ff., sowie MÜLLER G., Zulässigkeit, S. 33. Zur Kritik an dem pauschalen Verweis auf eine mittelbare gesetzliche Grundlage als Rechtfertigung vertraglicher Inhalte siehe Rz. 114.

532 Dazu für den vertraglichen Mehrwertausgleich noch differenzierter Rz. 284 ff.

533 I.d.S. auch MÜLLER G., Zulässigkeit, S. 33.

Um- oder Aufzonung erfahren, zu berücksichtigen – dies, indem sie in die Interessenabwägung nach Art. 3 RPV einbezogen werden.⁵³⁴ Zwar ist für die Anordnung oder vertragliche Vereinbarung von Baupflichten auch bei Um- oder Aufzonung auf Art. 15a Abs. 2 RPG als mittelbare gesetzliche Grundlage abzustellen. In analoger Anwendung von Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG werden Um- und Aufzonungen typischerweise aber nur noch in Betracht kommen, wenn die Realisierung der durch sie vermittelten Mehrausnützung durch Baupflichten gesichert ist. Da kooperative Planungen oft mit einer Um- oder Aufzonung der zu planenden Parzelle einhergehen, wird das Erfordernis einer (vertraglichen) Baupflicht – ungeachtet der Methode der Kooperation – deshalb bereits mit Blick auf Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG analog zu fordern sein.

d Art. 9 Abs. 1 WEG: gesetzliche Grundlage für Verträge?

- 260 Der Vollständigkeit halber sei im Zusammenhang mit Baupflichten für bestehendes Bauland, das für den Wohnbau zur Verfügung steht, auf Art. 9 Abs. 1 WEG als *lex specialis* zu Art. 15a Abs. 2 RPG verwiesen.⁵³⁵ Danach kann die Zuteilung von Grundstücken im Zuge der Neuordnung von Eigentumsverhältnissen (Landumlegung) mit der Auflage verbunden werden, dass diese Grundstücke innert Frist überbaut werden. In der Lehre ist umstritten, ob Baupflichten direkt gestützt auf Art. 9 Abs. 1 WEG angeordnet werden können.⁵³⁶ Das Bundesgericht hat sich mit der Frage soweit ersichtlich noch nicht befasst. Da Art. 9 Abs. 1 WEG die Rechtsfolgen einer Verletzung etwaiger Baupflichten nicht regelt, bedarf es ungeachtet der Frage, ob sich die Anordnung der Baupflichten unmittelbar auf die bundesrechtliche Norm abstützen lässt, nach hier vertretener Ansicht ohnehin einer kantonalen oder kommunalen Ausführungsgesetzgebung. Wie dargelegt, gilt dies bei kooperativen Planungen vor allem aus Gründen des Individualrechtsschutzes auch für vertraglich begründete Baupflichten (Rz. 252 ff., 257 f.).

4.3 Vertragliche Baupflichten bei überbautem Bauland

- 261 Der Gesetzgebungsauftrag nach Art. 15a Abs. 2 RPG zielt auf die Schliessung von Baulücken ab, nicht aber auf die Mobilisierung planerischer Nutzungsreserven, die für bereits bebautes Bauland bestehen.⁵³⁷ Die Anordnung von

534 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15 Rz. 88.

535 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15a Rz. 27.

536 AEMISEGGER/KISSLING wollen in Art. 9 Abs. 1 WEG eine gesetzliche Grundlage sehen, auf welche die Anordnung von Baupflichten unmittelbar abgestützt werden kann (in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15a Rz. 28). A.A. JEANNERAT, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 20 Rz. 34.

537 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15a Rz. 58f.

Baupflichten ist auch für solche Gebiete denkbar. Aufgrund der Schwere des Eigentumseingriffs – mit ihr geht in der Regel der Abbruch bestehender Bauten einher – wird sie aber nur in Ausnahmefällen erfolgen.⁵³⁸ Bestehende Bauten fallen unter den Schutz der Besitzstandsgarantie, die sich aus der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV und dem Schutz berechtigten Vertrauens nach Art. 9 BV ableitet. Neben dem physischen Bestand der Bauten ist auch ihre aktuelle Nutzung geschützt.⁵³⁹ Zwangsweise auferlegte Baupflichten, die den Abbruch bestehender Bausubstanz bedingen, müssen sich gemäss Art. 36 Abs. 1-3 BV auf eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage im formellen Sinne stützen können und durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein, das den schweren Eingriff verhältnismässig erscheinen lässt, was nur selten der Fall sein dürfte.⁵⁴⁰

Demgegenüber sind die Grundeigentümerschaften frei, im Kontext kooperativer Planungen in eine Baupflicht einzuwilligen; denn weder die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV noch der Vertrauensschutz gemäss Art. 9 BV enthalten unveräusserliche Rechte der Eigentümerschaften in Bezug auf die Verfügungsbefugnis betreffend ihre Grundstücke, die einem entsprechenden Vertrag entgegenstehen könnten.⁵⁴¹ Im Unterschied zur Anordnung von Baupflichten, die bereits überbautes Bauland betreffen, wird bei entsprechenden vertraglichen Abreden der Schutzbereich der Grundrechte nicht eröffnet, sofern die Einwilligung der Grundeigentümerschaften freiwillig erfolgt.⁵⁴² Wiederum stellt sich aber die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Einwilligung als freiwillig erteilt gelten darf. Dazu ist festzuhalten, dass Baupflichten, die überbautes Bauland betreffen, weder von Art. 15 Abs. 1 lit. d noch von 15a Abs. 2 RPG erfasst sind. Eine mittelbare gesetzliche Grundlage im Sinne einer Kompetenznorm könnte auf Ebene des Bundes allenfalls im Planungsgrundsatz von Art. 3 Abs. 3 abis RPG gesehen werden, der die Planungsträger dazu anhält, Massnahmen zur Verdichtung der Siedlungsfläche zu ergreifen⁵⁴³, sowie in Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG analog im Falle einer Um- oder Aufzoning. Diese genügen den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage bei kooperativen Planungen, wie hinlänglich dargelegt wurde, jedoch nicht (vgl. Rz. 251 und Rz. 257 f.). Stattdessen bedarf es einer gesetzlichen Grundlage im bereits ausgeführten Sinne, die diesen Fall entweder generell regelt oder

538 Vgl. Art. 39 i.V.m. Art. 19 PBG/SG.

539 WALDMANN, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 6.56.

540 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15a Rz. 59.

541 Vgl. BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 26 Rz. 23 sowie Art. 9 Rz. 13 ff.

542 EPINEY, in: Basler Kommentar BV, Art. 36 Rz. 32.

543 Vgl. DUBEY, Garantie de la disponibilité, S. 208.

konkret auf kooperative Planungen zugeschnitten ist bzw. welche die Durchführung kooperativer Planungen an die Übernahme einer Baupflicht knüpft.

5. Gesetzgebung der Kantone

5.1 Vertragliche Baupflichten bei der Einzonung von Bauland

- 263 Mit der Verabschiedung der RPG-Revision 2012 hat eine intensive gesetzgeberische Tätigkeit der Kantone in Bezug auf Massnahmen zur Baulandmobilisierung eingesetzt, die insbesondere auch die Regelung von Baupflichten betrifft. In Ausführung von Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG hat sich die überwiegende Zahl der Kantone dafür entschieden, die vertragliche Option ausdrücklich zu erlauben.⁵⁴⁴ Während sich einige Kantone darauf beschränken, die Möglichkeit vertraglicher Lösungen zu nennen, ohne Details auszuführen⁵⁴⁵, stecken andere Kantone zusätzlich die zulässigen Inhalte der Verträge – namentlich in Bezug auf Sanktionen und Erfüllungsfristen – gesetzlich ab.⁵⁴⁶ Soweit gesetzlich geregelt, sind als Sanktion typischerweise Kaufrechte der Gemeinden oder die automatische Auszonung der Grundstücke nach Ablauf der Realisierungsfrist vorgesehen. Die Mehrheit der Kantone stellt der vertraglichen Option eine sanktionsbewehrte Verfügungslösung bzw. eine gesetzliche Baupflicht gegenüber.⁵⁴⁷ Nur wenige Kantone verzichten auf eine entsprechende Regelung.⁵⁴⁸ Die Kantone Basel-Stadt und Zürich haben noch kein Ausführungsrecht zu Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG erlassen.⁵⁴⁹ Der Kanton Zürich

544 Für eine Übersicht siehe ESPACESUISSE, Baulandmobilisierung: Vergleich der kantonalen Regelungen sowie Regelungen zur Baulandmobilisierung (beide Stand 13.06.2019) (www.espacesuisse.ch > Raumplanung > Handlungsfelder der Innenentwicklung > Baulandmobilisierung).

545 Vgl. Art. 49 Abs. 3 BauG/AI; Art. 33 RBG/GL; § 38 Abs. 2 PBG/LU; Art. 26 PBG/NW; § 36a Abs. 2 PBG/SZ; § 71 Abs. 1 PBG/TG, Art. 45b PBG/UR; Art. 16 KRPG/VS.

546 Die Kantone Bern, Freiburg, St. Gallen und Zug regeln zwar das Sanktionsregime, nicht aber die Fristen (vgl. Art. 126b Abs. 1 BauG/BE; Art. 48 Abs. 2 RPBG/FR; Art. 8 Abs. 2 lit. b PBG/SG; § 52e PBG/ZG). Die Kantone Graubünden, Neuenburg, Schaffhausen, Solothurn und Tessin grenzen sowohl die Erfüllungsfristen der Baupflicht als auch das Sanktionsregime gesetzlich ein (vgl. Art. 19b KRG/GR; Art. 47d LCAT/NE [Präzisierung erfolgt durch Gemeinden]; Art. 29a Abs. 1 i.V.m. Art. 29a Abs. 1 BauG/SH; § 26bis Abs. 1 und 2 PBG/SO; Art. 79 ff. LST/TI).

547 Vgl. § 49a BauG/AI; Art. 126d BauG/BE; Art. 45 ff. RPBG/FR; Art. 32a RBG/GL; Art. 19c KRG/GR; § 38 Abs. 3 PBG/LU; Art. 29b BauG/SH; Art. 8 PBG/SG; § 36b PBG/SZ; Art. 45a PBG/UR; Art. 79 ff. LST/TI.

548 Vgl. Art. 26 PBG/NW; § 52e PBG/ZG.

549 Der Regierungsrat des Kantons Zürich vertritt die Auffassung, dass der Abschluss vertraglicher Baupflichten mit Grundeigentümerschaften auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung zulässig ist (REGIERUNGSRAT ZH, Regierungsrat gibt Gesetz zum Mehrwertausgleich in die Vernehmlassung, Medienmitteilung vom 25.5.2016 [www.zh.ch > Aktuell > News > Medienmitteilungen]).

will auf dieses aufgrund der Marktsituation – der Marktdruck führt dazu, dass baureife Grundstücke in der Regel überbaut werden – ganz verzichten.⁵⁵⁰

5.2 Vertragliche Baupflichten bei unbebautem Bauland

Mit der Konkretisierung von Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG haben alle Kantone, die legifert haben, auch den Gesetzgebungsauftrag gemäss Art. 15a Abs. 2 RPG wahrgenommen und die kantonalrechtlichen Grundlagen für die Anordnung bzw. vertragliche Begründung von Baupflichten für unbebautes Bauland geschaffen. Im Unterschied zur rechtlichen Sicherung neuen Baulands, für die weit überwiegend vertragliche Lösungen bestehen, zeigen sich die Kantone gegenüber Verträgen zur Mobilisierung bestehenden unbebauten Baulands deutlich zurückhaltender. Nur sieben der siebzehn Kantone, welche die vertragliche Option im Zusammenhang mit Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG ausdrücklich geregelt haben, sehen sie auch in Bezug auf Art. 15a Abs. 2 RPG ausdrücklich vor.⁵⁵¹ Bei der Mehrheit jener Kantone, die sich für eine ausdrückliche Regelung von Verträgen entschieden haben, ist die vertragliche Variante durch eine Verfügungsoption oder eine gesetzliche Baupflicht unterlegt.⁵⁵² Eine Ausnahme bildet der Kanton Thurgau, der ausschliesslich auf vertragliche Baupflichten setzt.⁵⁵³ Für jene Kantone, die auf die ausdrückliche Regelung von Verträgen in Bezug auf Art. 15a Abs. 2 RPG verzichtet, diese aber in Bezug auf Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG vorgesehen haben, ist zu vermuten, dass die Vertragsform im ersten Fall stillschweigend ausgeschlossen wurde. Für eine abschliessende Beurteilung wären freilich die einschlägigen Materialien heranzuziehen.

5.3 Vertragliche Baupflichten bei überbautem Bauland

Über den Gesetzgebungsauftrag von Art. 15a Abs. 2 RPG hinaus haben verschiedene Kantone, wie etwa St. Gallen oder das Wallis, die Möglichkeit zur Enteignung bereits bebauter Grundstücke vorgesehen, soweit diese relevante Nutzungsreserven aufweisen und für die städtebauliche Entwicklung bedeutsam sind.⁵⁵⁴ Weitere Instrumente, welche die Nachverdichtung von Grundstücken fördern sollen, bilden die bedingte Um- und Aufzoning⁵⁵⁵

550 REGIERUNGSRAT ZH, Fn. 549.

551 Vgl. Art. 49 BauG/AI; Art. 33 RBG/GL; § 36 i.V.m. Art. 38 PBG/LU; Art. 8 PBG/SG, § 71 PBG/TG; Art. 45b PBG/UR; Art. 16 kRPG/VS.

552 Vgl. Art. 49a BauG/AI; Art. 33a RBG/GL; § 38 Abs. 3 PBG/LU; Art. 8f. PBG/SG; Art. 45a PBG/UR; Art. 16b Abs. 2 kRPG/VS.

553 Vgl. § 71 PBG/TG.

554 Vgl. Art. 39 i.V.m. Art. 19 PBG/SG; Art. 12a kRPG/VS.

555 Zur Kritik dieser Massnahme siehe Fn. 558.

oder auch (Vor-)Kaufrechte, welche die Gemeinden bei Bestehen eines überwiegenden öffentlichen Interesse sollen ausüben können.⁵⁵⁶ Die ausdrückliche Regelung vertraglicher Lösungen findet sich lediglich im Kanton Wallis. Dort sollen Bauverpflichtungsverträge mit Grundeigentümerschaften gemäss Art. 12bis kRPG als weniger einschneidende Alternative zur Enteignung möglich sein. Im Kanton St. Gallen können Bauverpflichtungsverträge gestützt auf Art. 65 PBG begründet werden, welcher städtebauliche Verträge allgemein regelt.⁵⁵⁷

5.4 Kritische Würdigung

266 Die Einführung von Art. 15 Abs. 4 lit. d und Art. 15a Abs. 2 RPG per 1. Mai 2014 hat in zahlreichen Kantonen dazu geführt, dass das Instrument des städtebaulichen Vertrags, konkret vertraglicher Baupflichten, erstmals ausdrücklich gesetzlich geregelt wurde. Bemerkenswert ist dabei, dass sich zahlreiche Kantone nicht mit der blossen Feststellung der Zulässigkeit der Vertragsform begnügt haben, sondern die Grenzen der Inhaltsgestaltung, namentlich das Sanktionsregime und die Erfüllungsfristen, gesetzlich umrissen haben. Das schafft Transparenz und Rechtssicherheit und ist grundlegend für eine rechtsgleiche Rechtsanwendung. Die Mehrheit der Kantone, die vertragliche Lösungen ausdrücklich vorsehen, haben diese zudem mit einer sanktionsbewehrten Verfügungsoption unterlegt, die im Falle des Scheiterns der Vertragsverhandlungen greifen kann. Hierdurch wird nicht nur die lückenlose Durchsetzung von Baupflichten gesichert, soweit diese erforderlich erscheint. Auch die Willensfreiheit der privaten Vertragspartei wird gestärkt, wenn der Rückzug auf eine Verfügungslösung möglich ist (Rz. 135).

267 Nach hier vertretener Ansicht unzulänglich sind dagegen jene kantonalen Regelungen, die auf eine Konkretisierung der vertraglichen Inhalte (Sanktionsregime sowie Bandbreiten für die Fristansetzung) verzichten und/oder die vertragliche Option nicht konsequent mit einer Verfügungsoption unterlegen. In diesen Kantonen besteht die Gefahr, dass die berechtigten Rechtsschutzinteressen der privaten Parteien beim vertraglichen Handeln in unzulässiger Weise beschnitten werden und das Gleichbehandlungsgebot verletzt wird (Rz. 251, 257 f.). Problematisch sind rein vertragliche Regelungen zudem aus planerischer Sicht und damit aus Sicht der öffentlichen Interessen. Dies sei anhand von § 26bis PBG/SO illustriert. Gemäss dessen Abs. 1 kann «die Zuweisung von Land zur Bauzone» «von der vertraglichen Zusicherung der Eigentümerin oder des Eigentümers abhängig» gemacht werden, «das Land

556 Vgl. etwa Art. 32a Abs. 1 lit. c RBG/GL.

557 Vgl. den Wortlaut von Art. 65 Abs. 1 PBG/SG («insbesondere»).

innert 5 bis 10 Jahren zu überbauen». Abs. 2 stellt klar, dass der Vertrag «bei Nichteinhaltung der Bauverpflichtung» vorsehen kann, dass «das Land durch Feststellungsverfügung» «als ausgezont gilt». ⁵⁵⁸ Die Regelung steht seit 1. Januar 2008 in Kraft, geht also auf die Zeit vor der RPG-Revision von 2012 zurück. Aus Sicht des Individualrechtsschutzes erweist sie sich zunächst als *unproblematisch*. Der Staat kann die Einzonung berechtigterweise verweigern, wenn sich die private Partei dagegen sperrt, die gesetzlich verankerte Baupflicht zu akzeptieren (Rz. 128). Problematisch ist die Bestimmung aber aus planerischer Sicht. Die fehlende Möglichkeit des Gemeinwesens, sanktionsbewehrte Baupflichten einseitig anordnen zu können, führt dazu, dass planerische Entscheide nicht nur das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung bilden, sondern von der Zustimmung einzelner Akteure abhängig sind. Diese Abhängigkeit steht einer rationalen Raumplanung unter Umständen entgegen. Die Einführung von Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG hat dieses Problem nur teilweise gelöst. Zwar ist es neuerdings zulässig, gestützt auf Art. 15 Abs. 4 lit. d RPG, Baupflichten anzuordnen. Diese bleiben ohne kantonalgesetzliches Sanktionsregime aber zahn- und damit wirkungslos (Rz. 251).

Für kooperative Planungen bedeutsam ist der Umstand, dass die überwiegende Zahl der Kantone vertragliche Baupflichten nur für die Einzonung von Bauland vorgesehen hat. Ob die jeweiligen Gesetze darüber hinaus Raum für anderweitig gelagerte sanktionsbewehrte vertragliche Baupflichten lassen, wird im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln sein (Rz. 210 ff.). Gewiss ist aber, dass die Inhalte dieser Verträge im Kontext kooperativer Planungen vermutlich einer genügenden gesetzlichen Grundlage entbehren und deshalb in der Regel, d.h., wenn die private Partei der strukturellen Verhandlungsübermacht des Staates nicht eigene ökonomische Verhandlungsmacht entgegensetzen kann (Rz. 136), rechtlich problematisch sind. 268

558 Die automatische Aus- und Abzonung von Grundstücken stellt eine typische Sanktion für die Nichterfüllung von Baupflichten dar. Sie ist aus planerischer Sicht – das sei i.S.e. Exkurses erwähnt – aus den folgenden Gründen problematisch. Art. 21 Abs. 2 RPG setzt für die Anpassung von Nutzungsplänen erheblich veränderte Verhältnisse und das Bestehen überwiegender Interessen voraus. Gemäss Art. 3 RPV sind planerische Entscheide zudem stets auf eine umfassende Interessenabwägung abzustützen. Ein gesetzlicher Automatismus, der Einzelfallbeurteilungen verunmöglicht, ist mit beiden Vorschriften nur schwer vereinbar. <Dabei gilt es zu bedenken, dass zwischen der Zonierung und der automatischen Aufhebung des Zonierungsentscheids bis zu 15 Jahre liegen können, was eine Neubeurteilung der planerischen Situation letztlich unabdingbar macht. Die automatische Auszonung von Bauland an nichtperipheren Lagen kann nicht zuletzt zu einem Verstoß gegen das Konzentrationsprinzip führen (GRIFFEL, Befristung, S. 57 ff., insb. S. 59 f.; AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15a Rz. 73).

IV. Mehrwertausgleichsverträge

1. Definition, Funktionen, Gegenstand und Abgrenzung

1.1 Definition

269 Mehrwertausgleichsverträge sind verwaltungsrechtliche Verträge zwischen einem Gemeinwesen und einer privaten Grundeigentümerschaft, die den Ausgleich planerisch geschaffener Grundstücksmehrwerte zum Gegenstand haben.⁵⁵⁹

1.2 Funktionen des Mehrwertausgleichs

a Gerechtigkeitsfunktion

270 Die Erweiterung der Nutzungsmöglichkeiten von Grundstücken durch Massnahmen der Nutzungsplanung geht in aller Regel mit erheblichen Wertsteigerungen dieser Grundstücke einher. Mit dem Ausgleich dieser Mehrwerte soll die zufällige wirtschaftliche Besserstellung Einzelner (teilweise) neutralisiert werden.⁵⁶⁰ Betroffene Grundeigentümerschaften werden deshalb verpflichtet, einen angemessenen Teil des realisierten Mehrwerts an den Staat abzuführen. Der Mehrwertausgleichspflicht liegen damit primär *Gerechtigkeitsserwägungen* zugrunde. Sie ist Ausdruck des Gleichheitsgebots gemäss Art. 8 BV.⁵⁶¹

b Städtebauliche Funktion

271 Der Mehrwertausgleich steht sodann in engem Zusammenhang mit der Ortsplanung. Die Mittel, die den Gemeinden aus dem Mehrwertausgleich zufließen, werden dafür benötigt, um den mit der Siedlungsentwicklung einhergehenden Ausbau von öffentlichen Infrastruktur- und Versorgungseinrichtungen (namentlich Schulen, Spitälern, Senioren- und Pflegeheimen, Kultur- und Freizeitangeboten, Strassen u.v.m.) zu finanzieren.⁵⁶² Darüber hinaus kann die Ausgleichspflicht – soweit der Ausgleich auch in Sach- oder Dienstleistungen erfolgen darf – besonders attraktive städtebauliche Lösungen ermöglichen, was die Planung «Hauptsitz Swiss Re» (Rz. 13) belegt. Insofern hat der Mehrwertausgleich auch eine städtebauliche Funktion.⁵⁶³

559 Vgl. POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 115 f.

560 Botschaft RPG 1978, S. 1016; RIVA, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 1.

561 BGE 143 II 568, E. 7.5 (Pra 2018 Nr. 103); RIVA, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 1.

562 BÜHLMANN/KISSLING, Städtebauliche Verträge, S. 7, 9 ff.; MUGGLI, Kooperative Planung, S. 26.

563 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 58; BÜHLMANN/KISSLING, Städtebauliche Verträge, S. 7, 9 ff.; MUGGLI, Kooperative Planung, S. 26.

1.3 Typische Regelungsinhalte

a (Zweckgebundene) Geldleistungen

Die Palette möglicher Inhalte von Mehrwertausgleichsverträgen ist so vielfältig wie die Planungen, für die sie integraler Bestandteil sind. Grundsätzlich lassen sich aber zwei Formen des Mehrwertausgleichs unterscheiden: Entweder erfolgt er als Geldleistung oder die ausgleichspflichtigen Grundeigentümerschaften versprechen die Erbringung einer konkreten Sach- oder Dienstleistung. Soweit eine Geldleistung geschuldet ist, wird die Verwendung der Mittel bei kooperativen Planungen typischerweise zweckgebunden sein. Im Zentrum steht die Finanzierung städtebaulicher Massnahmen, von denen auch die Ausgleichspflichtigen profitieren. In der Stadt Zürich verpflichtete sich etwa die Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG als Gegenleistung für die Erhöhung der Ausnützung des Grundstücks, auf dem sich ihr Hauptsitz befindet, zur Zahlung von 8,4 Mio. Franken. Die Mittel sollen für die Neugestaltung der Hafensperranlage am Zürcher Seebecken verwendet werden, von der nicht nur die Bevölkerung, sondern auch das Unternehmen, dessen Hauptsitz an der Hafensperranlage liegt, profitiert.⁵⁶⁴ Ähnlich verhält es sich mit einer Investorin einer Wohnüberbauung, die als Gegenleistung für eine planerisch gewährte Mehrausnutzung ihres Grundstücks eine Geldleistung verspricht, welche die Gemeinde zweckgebunden für den Bau einer an die Wohnüberbauung angrenzenden Parkanlage mit Sport- und Spielmöglichkeiten verwendet. Auch von dieser Vereinbarung profitiert nicht nur die Bevölkerung, sondern auch die Investorin, deren Investition durch die Aufwertungsmassnahme im Quartier an Attraktivität und folglich Rentabilität gewinnt.

b Sach- und Dienstleistungen

Alternativ kann der Mehrwertausgleich auch in Form von Sach- oder Dienstleistungen erfolgen. Typische Beispiele bilden die Landabtretung für öffentliche Nutzungen, die Bereitstellung von Parks und Grünanlagen oder Spielplätzen, die Errichtung soziokultureller Einrichtungen des Gemeinwesens oder Massnahmen zur Förderung des öffentlichen Verkehrs.⁵⁶⁵ Der Regierungsrat des Kantons Luzern bezeichnet diese Form des Mehrwertausgleichs als indirekt.⁵⁶⁶ In diesem Zusammenhang sei die Vereinbarung der Swiss Re

564 STADTRAT VON ZÜRICH, Stadtrat überweist Privaten Gestaltungsplan «Quai Zurich» an Gemeinderat, Medienmitteilung vom 4.2.2015 [www.stadt-zuerich.ch/hbd > Medien > Medienmitteilung].

565 Bühlmann/Perregaux DuPasquier/Kissling, Mehrwertausgleich, S. 11.

566 LGVE 2010 III Nr. 11, E. V.B.

mit der Stadt Zürich erwähnt, mit der sich der Rückversicherer verpflichtete, zum Ausgleich für eine durch die Stadt gewährte Erweiterung der baulichen Möglichkeiten am Hauptsitz des Unternehmens in einer seiner Liegenschaften im Zentrum der Stadt ein öffentliches Parkhaus zu betreiben (Rz. 13). Als spezielles Beispiel eines vertraglichen Mehrwertausgleichs in Form von Sachleistungen lässt sich die Vereinbarung der Gemeinde Disentis/Mustér mit einer Bergbahnen-Gesellschaft nennen, mit der sich die Gesellschaft zur Zahlung einer Mehrwertabgabe in Höhe von 810'000 Franken als Gegenleistung für die Einzonung eines ihrer Grundstücke verpflichtete. An Zahlungen statt sollte sie dazu berechtigt sein, den Betrag innert zehn Jahren in betriebseigene Beschneiungsanlagen und weitere die Attraktivität des Skigebiets erhaltende oder stärkende Anlagen zu investieren. Die Mehrwertabgabe wurde damit durch eine vertragliche Investitionspflicht flexibilisiert, von der die Gemeinde zwar nicht direkt, durch die Erhöhung ihres Anlagevermögens, profitierte, von der sie sich vermutlich aber einen indirekten Erfolg über stabile oder sogar steigende Steuereinnahmen aus dem Tourismusbereich versprach.⁵⁶⁷

1.4 Abgrenzung zum Infrastrukturvertrag

- 274 Infrastrukturverträge sind die wohl bekanntesten städtebaulichen Verträge in der Schweiz. So etabliert der Begriff aber ist, so breit wird er auch verwendet. Grundsätzlich werden Infrastrukturverträge als öffentlichrechtliche Verträge verstanden, welche die Projektierung, Finanzierung und den Bau öffentlicher *Infrastrukturen* zum Gegenstand haben.⁵⁶⁸ Zur Infrastruktur einer Gemeinde zählen einerseits Bauten und Anlagen der Erschliessung, namentlich Zufahrten sowie Wasser-, Energie- oder Abwasserleitungen, sowie andererseits Ausstattungen, d.h. Bauten und Anlagen, die wie Schulen, Spitäler Sportanlagen oder Verwaltungsgebäude der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen.⁵⁶⁹ Nach dieser Definition ist der Begriff des Infrastrukturvertrags als Oberbegriff für verschiedene Vertragstypen zu verstehen. Er umfasst erstens Erschliessungsverträge, soweit die Verträge Fragen der Erschliessung regeln (sog. unechte Infrastrukturverträge), sowie zweitens Mehrwertausgleichsverträge, soweit die Verträge die Ausstattung einer Gemeinde betreffen (sog. echte Infrastrukturverträge).⁵⁷⁰ Teilweise wird der Begriff des Infrastrukturvertrags synonym zum Begriff des Mehrwertausgleichsvertrags

567 BGer, Urteil 1C_40/2015 vom 18.9.2015, S. A.

568 MUGGLI, Kooperative Planung, S. 26.

569 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 107f.

570 EYMANN, Mehrwertausgleichsverträge Bern, S. 140; POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 122; SCHNEIDER, Planungsvorteile, S. 175; i.d.S. auch MUGGLI, Kooperative Planung, S. 26.

verwendet.⁵⁷¹ Für eine Unterscheidung spricht indes, dass Verträge, die den Mehrwertausgleich regeln, auch Leistungspflichten enthalten können, die nicht auf die Errichtung bestimmter Infrastrukturen abzielen, etwa wenn die Privaten der Gemeinde zum Zweck des Mehrwertausgleichs Land abtreten, das dem genossenschaftlichen Wohnbau zur Verfügung gestellt werden soll.⁵⁷²

2. Der Mehrwertausgleich gemäss Art. 5 RPG

2.1 Regelung von 1979 und kantonale Umsetzung

Das Raumplanungsgesetz des Bundes verpflichtete die Kantone bereits in seiner ursprünglichen Fassung vom 22. Juni 1979 in Art. 5 Abs. 1, für einen angemessenen Ausgleich von erheblichen planerischen Mehr- und Minderwerten zu sorgen. Bis zur RPG-Revision 2012, die am 1. Januar 2014 in Kraft trat, blieb der Gesetzgebungsauftrag in Bezug auf den Mehrwertausgleich jedoch nahezu unerfüllt. Lediglich die Kantone Basel-Stadt, Neuenburg, Genf und Thurgau hatten bis dahin eine *Abgabe* eingeführt, die es erlaubte, Mehrwerte systematisch abzuschöpfen; Genf und Thurgau erst kurz zuvor.⁵⁷³ In weiteren vier Kantonen, nämlich Bern, Glarus, Graubünden und Obwalden, bestanden Regelungen zum *vertraglichen* Mehrwertausgleich.⁵⁷⁴ Einzelne Gemeinden, wie die Stadt Zürich, schöpften seit einiger Zeit Planungsmehrwerte unmittelbar gestützt auf Art. 5 Abs. 1 RPG vertraglich ab. Diese Praxis blieb auf kooperative Sondernutzungsplanungen beschränkt.⁵⁷⁵

2.2 Revision von 2012 und kantonale Umsetzung

a Parlamentarischer Prozess

Nachdem die Kantone die bundesrechtskonforme Umsetzung des Mehrwertausgleichs über mehr als drei Jahrzehnte grossteils verweigert hatten, war es überraschend, dass die UREK-S und nicht der Bundesrat eine deutliche Verschärfung von Art. 5 RPG im Zuge der 1. Etappe der RPG-Revision ansties. Der Entwurf der Kommission sah für den Fall, dass die Kantone ihrem Gesetzgebungsauftrag auch weiterhin nicht nachkommen sollten, mit E-Art. 38a Abs. 1 RPG eine subsidiäre Mehrwertabgabe des Bundes vor.⁵⁷⁶ Dieser Entwurf

571 PFLÜGER, Mehrwertabgabe, S. 270.

572 EYMANN, Mehrwertausgleichsverträge Bern, S. 140.

573 Vgl. § 120 ff. BPG/BS; Art. 33 ff. LCAT/NE; Art. 30 Cff. LaLAT/GE; §§ 63 ff. PBG/TG.

574 Vgl. aArt. 142 Abs. 1 BauG/BE; Art. 33 Abs. 1 RBG/GL; aArt. 19 Abs. 3 KRG/GR; Art. 28a BauG/OW.

575 AEMISEGGER, Mehrwertausgleich, S. 633; BÜHLMANN/KISSLING, Städtebauliche Verträge, S. 11f.

576 Amtl. Bull. 2010 SR 889 ff., 897.

scheiterte zwar im Nationalrat.⁵⁷⁷ Er legte aber den Grundstein für die Verschärfung des bis dahin geltenden Rechts. Die letztlich gebilligte Fassung von Art. 5 RPG geht auf einen Vorschlag der BPUK zurück, der die Nichterfüllung des Gesetzgebungsauftrags von Art. 5 Abs. 1 RPG innert Frist gemäss Art. 38a Abs. 4 und 5 RPG mit einem Bauzonenmoratorium sanktioniert.⁵⁷⁸ Kern der revidierten Regelung bildete und bildet Art. 5 Abs. 1bis RPG, wonach Planungsvorteile aus Einzonungen mit einem Satz von mindestens 20 Prozent auszugleichen sind. Verzichtet wurde dagegen auf E-Art. 5b Abs. 1 RPG, der die Gemeinwesen dazu berechtigten wollte, Planungsmehrwerte, die nicht von der bundesrechtlichen Ausgleichspflicht erfasst werden, vertraglich abzuschöpfen.⁵⁷⁹ Der Artikel zielte darauf ab, die dahingehende kantonale Praxis gesetzlich zu verankern.⁵⁸⁰ Die Gesetzesrevision löste in Fachkreisen eine intensive Debatte über geeignete Regelungsmodelle aus, wobei dem vertraglichen Mehrwertausgleich besondere Aufmerksamkeit galt.

b Gegenstand der Revision

- 277 Art. 5 Abs. 1 RPG, der die Kantone dazu verpflichtet, für einen angemessenen Ausgleich erheblicher Planungsvor- und -nachteile zu sorgen, bleibt unverändert bestehen. Neu wird dieser Gesetzgebungsauftrag unter anderem durch den bereits erwähnten Abs. 1bis konkretisiert, der Mindestanforderungen an das kantonale Ausführungsrecht formuliert. Abs. 1bis Satz 2 stellt klar, dass die Ausgleichspflicht mit dem Planerlass begründet wird, die Fälligkeit jedoch erst mit der Überbauung oder Veräusserung des Grundstücks eintritt. Ob Abs. 1bis Satz 2 auch für den sog. «erweiterten Mehrwertausgleich» nach Art. 5 Abs. 1 RPG gilt und damit auch auf Um- und Aufzonungen sowie weitere planerische Vorteile anwendbar ist, ist strittig.⁵⁸¹ Der Ertrag, den die Gemeinden mit der Mehrwertabschöpfung erzielen, ist nach Abs. 1ter zweckgebunden für den Ausgleich planerischer Minderwerte sowie für Massnahmen gemäss Art. 3 RPG, insbesondere den Kulturlandschutz gemäss Abs. 2 und die Siedlungsentwicklung nach innen gemäss Abs. 3 lit. abis, zu verwenden.⁵⁸²

577 Amtl. Bull. 2011 NR 1804.

578 Für einen Überblick über die parlamentarische Diskussion siehe GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 93f.; RIVA, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 2ff.

579 Amtl. Bull. 2010 SR 889; Amtl. Bull. 2011 NR 1583, 1593.

580 Votum Doris Stump, Amtl. Bull. 2011 NR 1586.

581 Bejahend: STALDER, Planungsvorteile, S. 81, 85, 87; verneinend POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 86.

582 POLTIER zufolge sollen die Mittel für alle Massnahmen gemäss Art. 3 RPG verwendet werden dürfen (in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 72).

Im Bereich des erweiterten Mehrwertausgleichs sind die Kantone bei der Verwendung der Erträge wohl frei.⁵⁸³ Wie bisher kann der Mehrwertausgleich grundsätzlich auf drei Wegen erfolgen: über die Erhebung einer Mehrwertabgabe⁵⁸⁴, vertraglich⁵⁸⁵ und allenfalls über die Grundstücksgewinnsteuer.⁵⁸⁶ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Bemessung des Ausgleichs mit bis zu 60 Prozent des Mehrwerts jedenfalls nicht unzulässig.⁵⁸⁷ In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass auch eine vollständige Mehrwertabschöpfung mit der Eigentumsgarantie vereinbar ist.⁵⁸⁸

c Umsetzung in den Kantonen

Bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist gemäss Art. 38a Abs. 4 RPG am 30. April 2019 hatten 21 Kantone bundesrechtskonformes Ausführungsrecht zu Art. 5 RPG verabschiedet. Fünf Kantonen, nämlich Genf, Luzern, Schwyz, Zug und Zürich, war es dagegen nicht gelungen, rechtzeitig eine bundesrechtskonforme Mehrwertabgabe für die Einzonung von Bauland einzuführen, weshalb der Bundesrat für sie am 10. April 2019 gestützt auf Art. 38a Abs. 4 und 5 RPG einen Einzonungsstopp per 1. Mai 2019 beschloss.⁵⁸⁹ Für den Kanton Zürich hat dieser nach wie vor Bestand.⁵⁹⁰ Nach dem herrschenden Teil der Lehre entbindet Art. 5 Abs. 1bis RPG die Kantone nicht davon, gestützt auf Art. 5 Abs. 1 RPG einen angemessenen Ausgleich für von Abs. 1bis nicht erfasste Mehrwerte herzustellen.⁵⁹¹ Deshalb war zunächst unklar, ob das Bauzonenmoratorium auch für diese Tatbestände greift.⁵⁹² Mit seinem Entscheid vom

583 POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 87.

584 POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 51.

585 *Votum BR* in Doris Leuthard, *Amtl. Bull.* 2012 NR 129.

586 Da der Satz der Grundstücksgewinnsteuer gemäss Art. 12 StHG degressiv sein und damit auf null sinken kann, wenn der Grundstückserwerb lange zurückliegt (Abs. 5), muss nach Massgabe des kantonalen Rechts und im Einzelfall geprüft werden, ob sie den Erfordernissen von Art. 5 RPG genügt. Insgesamt erweist sich die Erhebung von Mehrwerten über die Grundstücksgewinnsteuer wohl als ungeeignet (POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 35, 111 ff.; gl.A. PFLÜGER, Mehrwertabgabe, S. 269 f.).

587 BGE 105 Ia 134, E. 3b (Pra 68 Nr. 243).

588 AEMISEGGER, Mehrwertausgleich, S. 633 f.

589 BR, Bundesrat beschliesst Einzonungsstopp in fünf Kantonen, Medienmitteilung vom 10.4.2019 (www.admin.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen).

590 ARE, Einzonungsstopp, Stand 1.6.2020 (www.are.admin.ch > Raumentwicklung & Raumplanung > Raumplanungsrecht > Revision RPG > RPG 1: Umsetzung in den Kantonen > Einzonungsstopp).

591 AEMISEGGER, Mehrwertausgleich, S. 635; RIVA, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 15; a.A. STALDER, Planungsvorteile, S. 81.

592 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 38a Rz. 49 f.

10. April 2019, der allein auf die Umsetzung von Abs. 1^{bis} abstellte, hat der Bundesrat nun Klarheit geschaffen.⁵⁹³ Geht man dennoch von einer Pflicht der Kantone, für einen angemessenen Mehrwertausgleich über Abs. 1^{bis} hinaus zu sorgen, aus, stellt Art. 5 Abs. 1 RPG folglich nach wie vor eine *lex imperfecta* dar.

d Regelungsmodelle

- 279 Soweit ersichtlich setzen alle Kantone für den Mehrwertausgleich im Grundsatz auf die Erhebung einer Mehrwertabgabe. Die Mehrheit der Kantone sieht eine über die Mindestanforderungen von Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG hinausgehende Mehrwertabschöpfung vor. Ausnahmen bilden die Kantone Genf und Nidwalden, die den Mehrwertausgleich auf Neueinzonungen beschränken. Mit Abgabesätzen von selten mehr als 20 bis 30 Prozent findet die Abschöpfung insgesamt eher zurückhaltend statt. Den höchsten Abgabesatz kennt der Kanton Basel-Stadt mit 40 Prozent auf «Mehrnutzungen». Im Kantonen Bern können die Gemeinden den kantonalen Satz für Neueinzonungen von 20 Prozent auf bis zu 50 Prozent erhöhen, im Kanton Graubünden von 30 auf 50 Prozent. Den grössten Spielraum in Bezug auf den erweiterten Mehrwertausgleich gemäss Art. 5 Abs. 1 RPG haben mit maximal 40 Prozent die Gemeinden des Kantons Zürich.⁵⁹⁴ 14 Kantone sehen Regelungen für den Mehrwertausgleich durch Vertrag vor.⁵⁹⁵

3. Zulässigkeit

3.1 Stand der Rechtsprechung

- 280 Das Bundesgericht hatte bereits verschiedentlich Gelegenheit, sich mit dem Mehrwertausgleich gemäss Art. 5 RPG zu befassen.⁵⁹⁶ Gegenstand der Entscheide waren aber jeweils abgaberechtliche und nicht die hier interessierenden vertragsrechtlichen Fragen. Zwar hat es verschiedentlich kantonale Regelungen den vertraglichen Mehrwertausgleich betreffend erwähnt, musste sich mit diesen jedoch nie näher auseinandersetzen.⁵⁹⁷ Auf der kantonalen Ebene existieren zwei ältere Entscheide der Verwaltungsgerichte Bern und Luzern. Beide haben Fragen der Zulässigkeit von Vertragsinhalten zum Gegenstand, die sie jedoch unterschiedlich beantworten:

593 BR, Fn. 589. Siehe dazu auch BGE 143 II 568, E. 7.2 (Pra 2018 Nr. 103).

594 ESPACESUISSE, Mehrwertausgleich in den Kantonen – tabellarischer Vergleich sowie Bestimmungen im Wortlaut (beide Stand 23.12.2020) (www.espacesuisse.ch > Raumplanung > Handlungsfelder der Innenentwicklung > Mehrwertausgleich).

595 Dazu ausführlich Rz. 302 ff.

596 Statt vieler BGE 143 II 568 (Pra 2018 Nr. 103); BGE 142 I 177; BGE 132 II 401 (Pra 2007 Nr. 28); BGE 131 II 571 (Pra 2006 Nr. 128).

597 BGE 143 II 568, 7.3 (Pra 2018 Nr. 103).

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hatte 1983 einen öffentlichrechtlichen Vertrag zu beurteilen, mit dem die Grundeigentümerschaft als Gegenleistung für die Einzonung von Land unter anderem einen Infrastrukturkostenbeitrag von rund 408'000 Franken versprach. Der spätere Erwerber des Grundstücks setzte sich gegen den Vertrag mit dem Argument zur Wehr, ein Privater könne sich ohne gesetzliche Grundlage gegenüber dem Gemeinwesen nicht vertraglich zu einer Abgabe verpflichten. Das Gericht pflichtete dem Grundeigentümer insofern bei, als es feststellte, dass der Staat Abgaben ohne gesetzliche Grundlage nicht einfordern dürfe. Es hielt zugleich aber fest, dass es Privaten freistehe, staatlichen Eingriffen in ihre Rechte zuzustimmen und gesetzlich nicht geschuldete Leistungen freiwillig zu versprechen.⁵⁹⁸ Einen vom Grundeigentümer geltend gemachten erheblichen Willensmangel wegen begründeter Furcht bzw. Grundlagenirrtums erkannte das Gericht mangels hinreichender Substantiierung nicht an.⁵⁹⁹ Trotz anderweitiger schwerer Bedenken gegen den Vertrag⁶⁰⁰ kam das Gericht zu dem Schluss, dass die private Partei sich nicht ohne Verletzung von Treu und Glauben auf das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage und einen Grundlagenirrtum berufen könne. Sie sei deshalb auf das abgegebene Zahlungsversprechen zu behaften.⁶⁰¹ 281

Anders entschied der Regierungsrat des Kantons Luzern, der 2010 die Zulässigkeit eines verwaltungsrechtlichen Vertrags verneinte, mit dem eine Private die unentgeltliche Abtretung eines Teils ihres Grundstücks als indirekte Form des Mehrwertausgleichs versprochen hatte. Der Regierungsrat begründete die Aufhebung des Vertrags mit dem Argument, der Luzerner Gesetzgeber habe die Einführung einer Mehrwertabgabe mehrfach ausdrücklich abgelehnt. Das Fehlen einer entsprechenden Regelung sei als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zu deuten, weshalb kein Raum für etwaige Verträge bestehe. Diese liessen sich folglich auch nicht auf Art. 5 RPG stützen.⁶⁰² Ungeachtet dessen äusserte der Regierungsrat auch deshalb Bedenken hinsichtlich der Rechtmässigkeit von Mehrwertausgleichsverträgen, weil Zonierungen, die mit der vertraglichen Leistung einer Abgabe verknüpft werden, «der Beigeschmack einer käuflich erworbenen Planungsmassnahme» anhafte. Ob ein Grundstück in eine Bauzone aufgenommen oder umoder aufgezont werden soll, sei primär nach den Zielen und Grundsätzen der 282

598 VGer/BE, Urteil der I. Kammer vom 19.12.1983, E. 3b und 3c (BVR 1985 315 ff.).

599 VGer/BE, Urteil der I. Kammer vom 19.12.1983, E. 4 (BVR 1985 315 ff.).

600 Weil der Vertrag als Austauschverhältnis konzipiert war, entstehe der Eindruck der Käuflichkeit von Planungsmassnahmen (VGer/BE, a.a.O., E. 3a).

601 VGer/BE, a.a.O., E. 4. Das Bundesgericht schützte den Entscheid, ohne sich aber weiter zur Zulässigkeit des Vertrags zu äussern (siehe dazu Fn. 266).

602 LGVE 2010 III Nr. 11, E. V.A.6.

Raumplanung zu beurteilen und nicht danach, ob die Grundeigentümerschaft zum Abschluss von Mehrwertausgleichsverträgen bereit sei oder nicht. Die zulässigen Inhalte von Mehrwertausgleichsverträgen seien aber auch deshalb gesetzlich zu regeln, weil die Grundeigentümerschaften – die Zonierung der Grundstücke komme nur zustande, wenn sie in den Vertrag einwilligen – einem faktischen Kontrahierungszwang unterliegen würden.⁶⁰³

3.2 Stand der Lehre

a *Einleitende Bemerkungen*

283 In der Debatte um die Revision des Mehrwertausgleichs vertraten National- und Ständerat stets die Ansicht, vertragliche Ansätze sollten angesichts einer dahingehenden bestehenden Praxis auch weiterhin zulässig sein. Die Lehre teilt diese Auffassung im Grundsatz. Strittig ist aber zweierlei: Zum einen besteht Uneinigkeit darüber, ob Art. 5 RPG grundsätzlich für alle ausgleichspflichtigen Tatbestände Raum für die Vertragsform lässt oder ob dieser nur im Bereich des erweiterten Mehrwertausgleichs gemäss Abs. 1 besteht, nicht aber im Bereich der Mindestabschöpfung gemäss Abs. 1^{bis}.⁶⁰⁴ Strittig ist ferner, ob Mehrwertausgleichsverträge einer über Art. 5 RPG hinausgehenden gesetzlichen Grundlage bedürfen bzw. welche Aspekte des Ausgleichs durch das kantonale Recht konkretisiert werden müssen. Hierzu werden im Grundsatz zwei Meinungen vertreten: Nach einer Ansicht finden Mehrwertausgleichsverträge in Art. 5 RPG eine mittelbare und damit hinreichende gesetzliche Grundlage. Nach der anderen Ansicht bedürfen Mehrwertausgleichsverträge der ausdrücklichen Regelung in einem kantonalen Gesetz. Die Vertreter beider Meinungen wollen sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts abgestützt wissen.

b *Meinung 1: Art. 5 RPG als mittelbare gesetzliche Grundlage*

284 Während fast vier Jahrzehnten ist der überwiegende Teil der Kantone dem Gesetzgebungsauftrag von Art. 5 RPG nicht nachgekommen. Zugleich wuchs in vielen Gemeinden der politische Druck vor allem in Bezug auf die Festsetzung von Sondernutzungsplänen, die einzelne Private wirtschaftlich besserstellen, einen angemessenen Mehrwertausgleich zu erwirken. Mehrwertausgleichsverträge schienen dabei ein probates Mittel, um das Manko der fehlenden Verfügungskompetenz der Behörden zu kompensieren. Diese Praxis wurde und wird durch Teile der Literatur gestützt, die Art. 5 RPG als

603 LGVE 2010 III Nr. 11, E. V.5.

604 Bejahend AEMISEGGER, der darauf hinweist, dass verschiedene Fachleute anderer Auffassung seien (Mehrwertausgleich, S. 637).

mittelbare gesetzliche Grundlage für das vertragliche Handeln anerkennen.⁶⁰⁵ Aufgrund der Einwilligung der privaten Seite stelle die Kompetenznorm – so das Argument – eine hinreichende gesetzliche Grundlage dar.⁶⁰⁶ Es schade auch nicht, dass Mehrwertabgaben Kausalabgaben sind, für welche das strenge Legalitätsprinzip im Abgaberecht gilt. Art. 5 Abs. 1 RPG regle den Ausgleich planungsbedingter Mehrwerte in den Grundzügen. Dessen Detaillierung könne auch in Bezug auf die abgaberechtlichen *Essentialia*, namentlich die ausgleichspflichtigen Tatbestände und die Höhe des Ausgleichs, einvernehmlich erfolgen. Unter Bezugnahme auf die Entscheide Birnenstorf (AG)⁶⁰⁷ und Samnaun (GR)⁶⁰⁸ geht dieser Teil der Literatur davon aus, dass das Bundesgericht wiederholt Verträge betreffend abgaberechtliche Tatbestände, die einer spezifischen Rechtsgrundlage entbehrten, geschützt habe. Der Mehrwertausgleich könne daher vertraglich erfolgen, ohne dass eine einseitig-hoheitlich durchsetzbare Abgabe existiere. Für den Fall, dass das kantonale Gesetz eine Mehrwertabgabe vorsieht und den vertraglichen Ausgleich weder ausdrücklich noch stillschweigend ausschliesst, soll von den abgaberechtlichen *Essentialia* durch Vertrag zulasten der privaten Gegenseite abgewichen werden können.⁶⁰⁹ Wohl mit Blick auf die Erfahrungen im Kanton Bern, wo Mehrwerte lange Zeit selbst innerhalb einzelner Gemeinden in teilweise sehr unterschiedlicher Höhe vertraglich abgeschöpft wurden (Rz. 300), *empfehlen* mittlerweile aber auch diese Autoren, die Eckpfeiler des vertraglichen Mehrwertausgleichs gesetzlich zu fassen. Dadurch könne eine verfassungskonforme, namentlich eine rechtsgleiche und willkürfreie Mehrwertabschöpfung gewährleistet werden. Um den Behörden den nötigen Entscheidungsspielraum für situationsadäquate Lösungen zu lassen, soll die Normierung jedoch genügend offen erfolgen.⁶¹⁰

605 BÜHLMANN/PERREGAUX DUPASQUIER/KISSLING, Mehrwertausgleich, S. 12; RIVA, in: Kommentar RPG, Art. 5 Rz. 101; WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 5 Rz. 26. Im Grundsatz auch AEMISEGGER/KISSLING, die aber eine gesetzliche Regelung aus rechtsstaatlichen und pragmatischen Gründen empfehlen (in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 87, 94 und 96). Dazu schon Fn. 531.

606 Dazu bereits Rz. 257, siehe auch Rz. 113 f.

607 BGE 105 Ia 207 ff.

608 BGE 136 I 142 ff.

609 BÜHLMANN/PERREGAUX DUPASQUIER/KISSLING, Mehrwertausgleich, S. 12; POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 121; siehe sogleich Rz. 284. A.A. ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 563, sowie AEMISEGGER, Mehrwertausgleich, S. 637, der vertraglichen Gestaltungsspielraum nur dann gegeben sieht, wenn das Gesetz die Bemessung der Abgabe im Prinzip, nicht aber der Höhe nach vorsieht.

610 AEMISEGGER, Mehrwertausgleich, S. 637; i.d.S. auch EYMANN, Planungsmehrwertausgleich Bern, S. 11.

c Meinung 2: Erfordernis eines kantonalen Gesetzes

285 Nach der zweiten Meinung bedürfen Mehrwertausgleichsverträge einer genügend bestimmten gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht. Diese Position wird unterschiedlich begründet:

286 POLTIER stellt auf die Natur des Mehrwertausgleichs ab. Als kostenunabhängige Kausalabgabe, deren Höhe sich nicht aus der Natur der Abgabe ableiten lässt, unterliege der Mehrwertausgleich den Anforderungen des Steuerrechts und folglich dem (strengen) Legalitätsprinzip im Abgaberecht.⁶¹¹ In der Regel seien die behördlichen Gestaltungsspielräume aufgrund formaler Gerechtigkeitserwägungen im Steuerrecht klein, weshalb kein Raum für die Vertragsform bestehe. Auch Mehrwertausgleichsverträge seien daher nur zulässig, wenn das Gesetz die Vertragsform ausdrücklich gestatte.⁶¹² Soweit das Gesetz die Vertragsform ausdrücklich vorsehe, dürften die Anforderungen an die Normdichte jedoch gelockert werden. Die vereinbarten Leistungspflichten sollen zulässig sein, wenn sie durch die Ziele des Erlasses, auf den sie sich stützen, und von der Zuständigkeit der vertragschliessenden Behörde gedeckt sind.⁶¹³ Soweit der Mehrwertausgleich grundsätzlich durch eine Abgabe oder Steuer erfolgt und das Gesetz die Vertragsform zulässt, stehe es den Parteien frei, von den Essentialia zulasten der Privaten abzuweichen. Mit Blick auf den Bundesgerichtsentscheid Samnaun gelte dies auch für den Abgabesatz.⁶¹⁴ Anstatt durch Geld könne der Mehrwertausgleich sodann durch Sachleistungen erfolgen.⁶¹⁵

287 MÜLLER begründet die Notwendigkeit einer expliziten gesetzlichen Regelung mit dem Argument, es handle sich bei der Frage, ob und in welcher Höhe Mehrwerte auszugleichen sind und für welche Zwecke die Erträge verwendet werden, um Entscheide von grosser raumplanerischer und fiskalischer Bedeutung. Diese habe der Gesetzgeber selbst und nicht die Verwaltung zu treffen. Für eine ausdrückliche gesetzliche Regelung spreche ferner, dass Grundeigentümerschaften bei ihrer Einwilligung in einen Mehrwertausgleichsvertrag einem faktischen Kontrahierungszwang unterlägen.⁶¹⁶

611 POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 119.

612 POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 119.

613 POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 120.

614 POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 121, der diesbezüglich auf BGE 136 I 142 verweist. Auf den Entscheid wird andernorts noch ausführlich einzugehen sein (Rz. 318 f.).

615 POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 121.

616 MÜLLER G., Zulässigkeit, S. 35f.

3.3 Kritische Würdigung

a *Rechtsstaatliche Funktion des Legalitätsprinzips: Berechenbarkeit staatlichen Handelns*

Wie hinlänglich ausgeführt wurde, sind Abstriche von der gesetzlichen Grundlage beim vertraglichen Handeln des Staates gerechtfertigt, wenn das Bedürfnis nach Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit der Handlungsadressaten gering ist, weil die inhaltliche Konkretisierung des Rechtsverhältnisses den Parteien gleichermaßen zusteht und dieses – mangels Anordnungsbefugnis des Staates – nur zustande kommt, wenn auch die private Seite einwilligt. Nur in diesem Fall und nur wenn die Einwilligung als freiwillig erteilt gelten kann, ist das Bedürfnis nach Schutz der Privaten durch die enge Bindung des Staates an das Gesetz wie im Verfügungsverfahren, in dem die Privaten Adressaten staatlicher Anordnungen sind, verzichtbar (Rz. 134 f.). Weil Planungsmassnahmen dem Staat vorbehalten sind und eine marktmässige Alternative fehlt, unterliegen die Privaten im Bereich der Raumplanung jedoch einem faktischen Kontrahierungszwang. Kooperative Planungen finden folglich in einem Verhältnis spezifisch gearteter Subordination statt (Rz. 168, 215). 288

Diese strukturelle Abhängigkeit der Privaten vom Staat wird in der Praxis je nach Verteilung der faktischen Verhandlungsmacht zu unterschiedlichen Verhandlungspositionen der Parteien führen, die zwischen zwei Polen liegen – der uneingeschränkten Willensfreiheit der Privaten einerseits und der völligen Abhängigkeit der Privaten vom staatlichen Angebot andererseits: Die erste Extremsituation ist dadurch gekennzeichnet, dass der Staat der (meist ökonomischen) Verhandlungsmacht der Privaten keinerlei Verhandlungsmacht entgegensetzen kann, um das private Gegenüber zum Vertragsschluss zu bewegen. Ökonomisch rational handelnde Grundeigentümerschaften werden sich in dieser Situation der Belastung eines Mehrwertausgleichs entziehen. Der Mehrwertausgleich fände nicht statt. In der zweiten Extremsituation ist die Verhandlungsposition der Behörden derart stark, dass sie den Vertragsinhalt – analog zum Verfügungsverfahren – einseitig diktieren und den Vertragsschluss faktisch erzwingen können. In diesem Szenario wäre der Mehrwertausgleich lückenlos durchsetzbar. Von einer freiwilligen Einwilligung in den Vertrag seitens der Privaten könnte dann aber keine Rede mehr sein, weshalb Abstriche von den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage unzulässig wären. Vielmehr erforderte das Legalitätsprinzip eine genügend bestimmte Norm, die der faktischen Zwangslage, in der sich die Privaten befinden, Rechnung trägt und dem berechtigten Interesse nach Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns gerecht wird. Das vertragliche Handeln der Behörden wäre folglich nur gerechtfertigt, wenn sich dieses 289

auf eine Norm abstützen könnte, die auch die Anordnung der Ausgleichspflicht stützen würde.⁶¹⁷ In der Praxis wird das Kräfteverhältnis der Parteien oft zwischen diesen beiden Extrempositionen liegen. Art. 5 Abs. 1 RPG als bloss mittelbare gesetzliche Grundlage, die das kooperative Handeln des Staats kaum begrenzt, wird dieser Interessenlage in aller Regel nicht gerecht und scheidet deshalb nach hier vertretener Ansicht als gesetzliche Grundlage jedenfalls im Grundsatz aus.

290 Dies gilt umso mehr, als vertragliche Lösungen im Kontext des Mehrwertausgleichs stets als Alternative zu einer Abgabe gedacht werden müssen und damit an den strengen Anforderungen des Legalitätsprinzips im Abgaberecht zu messen sind. Mehrwertabgaben sind kostenunabhängige Kausalabgaben⁶¹⁸, deren Erhebung zulässig ist, wenn die Essentialia der Abgabe – das Abgabeobjekt, das Abgabesubjekt und die Bemessung der Abgabe in den Grundzügen – in einem Gesetz im formellen Sinne genügend bestimmt geregelt sind.⁶¹⁹ Nach der hier vertretenen Ansicht muss sich auch der vertragliche Mehrwertausgleich auf eine gesetzliche Grundlage stützen können, die den Anforderungen an das Legalitätsprinzip im Abgaberecht genügt. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass das Abgaberecht umgangen und zulasten des Individualrechtsschutzes der Privaten ausgehebelt würde.⁶²⁰

*b Rechtsstaatliche Funktion des Legalitätsprinzips:
Herstellung von Rechtsgleichheit*

(i) Pro memoria 1: Geltung des Gleichheitsgebots

291 Dem Rechtsgleichheitsgebot, das eine differenzierende Behandlung vergleichbarer Sachverhalte nur aus sachlichen Gründen gestattet, kommt in der Raumplanung nur eingeschränkte Bedeutung zu. Grundstücken werden nicht nur deshalb unterschiedliche Nutzungen zugeordnet, weil sachliche Gründe wie die Topografie, die Lage oder die Grösse dieser Grundstücke dafür sprechen, sondern weil raumplanerische Gründe dafür sprechen. Zwar muss die Zuweisung zulässiger Nutzungen auf vertretbaren planerischen Überlegungen beruhen. Faktisch geht die Umsetzung des Rechtsgleichheitsgebots aufgrund der erheblichen planerischen Ermessensspielräume der Behörden aber nicht über das Willkürverbot bzw. über eine Zweckmässigkeitsprüfung hinaus (Fn. 418). Für die Mehrwertausgleichspflicht gilt dieser reduzierte Massstab

617 HOFFMANN, Vertragliche Lösungen, S. 8f.

618 BGE 142 I 177, E. 4.3.1.

619 Für Abgaben der Kantone leitet die Literatur diesen Grundsatz aus Art. 5 Abs. 1 BV ab (GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 479). Das Bundesgericht stützt sich dagegen auf Art. 127 Abs. 1 BV ab (BGE 139 I 138, E. 3.1).

620 I.d.S. auch EYMANN, Planungsmehrwertausgleich Bern, S. 12.

nicht. Die Ausgleichspflicht entsteht im Moment der Zuweisung der Nutzung zu einer Parzelle und damit in einem Zeitpunkt, in dem die Behörden ihren planerischen Gestaltungsspielraum bereits ausgeübt haben. Sie ist Rechtsfolge, nicht Rechtsgrund der Planung. Das Gleichheitsgebot kommt trotz des planerischen Kontexts damit uneingeschränkt zum Tragen.

(ii) *Pro memoria 2: formale Gleichheit versus Einzelfallgerechtigkeit*

Die Konkretisierung einer Verwaltungsrechtsbeziehung durch Vertrag ist zulässig, wenn das Gesetz den Behörden einen relativ erheblichen Gestaltungsspielraum einräumt, der nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes einvernehmlich konkretisiert werden soll (Rz. 99 ff.). Ein solcher Gestaltungsspielraum besteht in der Regel für Sachverhalte, die der Gesetzgeber aufgrund ihrer Komplexität nicht detailliert vorzeichnen kann. Solche verwaltungsrechtlichen Beziehungen unter Anwendung formaler Standards zu konkretisieren, wäre mit dem aus dem Rechtsgleichheitsgebot abgeleiteten Gebot einzelfallgerechter Entscheide nicht vereinbar und folglich nicht sachgerecht. Überwiegt dagegen das Bedürfnis nach formaler Gleichheit, weil eine Vielzahl gleich oder ähnlich gelagerter Fälle zu regeln ist und keine sachlichen Gründe für eine Ungleichbehandlung bestehen, scheiden Vereinbarungslösungen aus (Rz. 185).⁶²¹

(iii) *Mehrwertausgleich als Fallgruppe formaler Rechtsgleichheit*

Der Ausgleich planerischer Mehrwerte erfolgt in erster Linie aus Gründen der Gerechtigkeit (Rz. 270). Wirtschaftliche Sondervorteile, die einzelne Private ohne ihr Zutun aufgrund einer staatlichen Massnahme zufällig realisieren, sollen durch deren Abschöpfung neutralisiert werden. Der Mehrwertausgleich bildet dabei ein typisches Beispiel für Staatshandeln, das ohne weiteres einer Standardisierung zugänglich ist und damit die formale Gleichbehandlung der staatlichen Handlungsadressaten verlangt. Der durch ausgewählte raumplanerische Massnahmen bedingte Wertzuwachs eines Grundstücks begründet die Pflicht zum Ausgleich dieses Wertzuwachses durch die Eigentümerschaft in bestimmter Höhe. Der Zusammenhang zwischen Wertzuwachs und Ausgleich lässt sich mühelos in eine Konditionalnorm kleiden, die für eine Vielzahl von Fällen Geltung beanspruchen kann. Der Tatbestand (eine wertsteigernde Nutzungszuweisung) zieht die Rechtsfolge (den Ausgleich in bestimmter Höhe) nach sich.⁶²² Sollen Ausnahmen von dieser Regel gelten, sind sie gesetzlich zu definieren. Ein darüber hinausgehendes Bedürfnis nach

621 Vgl. MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 3 Rz. 37.

622 Vgl. BGE 105 Ia 134, E. 5b; HUNGERBÜHLER, Kausalabgabenrecht, S. 519.

Lösungen im Einzelfall besteht nicht. Damit der Mehrwertausgleich aber wie gefordert rechtsgleich erfolgen kann, müssen die Behörden in der Lage sein, diesen lückenlos durchzusetzen. Ein Mehrwertausgleich, der einzig auf einer vertraglichen Erhebungsoption beruht, scheidet deshalb aus, hinge das Ob und das Wie doch andernfalls von der Einwilligung der Abgabepflichtigen ab.

(iv) *Bedeutung der Einwilligung in Bezug auf das Gleichheitsgebot*

- 294 Ob Private durch ihre Einwilligung auf den Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung verzichten können, wird, wie bereits ausgeführt, kritisch diskutiert (Rz. 121). Sofern das Ergebnis grundsätzlichen Gerechtigkeitsvorstellungen nicht widerspricht, dürfte der Verzicht aber von der Dispositionsbefugnis der einwilligenden Person gedeckt sein. Voraussetzung ist freilich, dass die Einwilligung in Kenntnis der Ungleichbehandlung, d.h. informiert, erfolgt, was letztlich eine entsprechend transparente Praxis der Behörden bedingt. Sofern ein Gesetz oder eine Praxis besteht, welche die Konditionalität zwischen planerischer Massnahme und Mehrwertausgleichspflicht definiert, stellt sich die Frage, weshalb eine ökonomisch rational handelnde Private freiwillig in eine gegenüber der im Gesetz oder durch die Praxis definierten Abgabe höhere Abgabe und mithin in eine Mehrbelastung einwilligen sollte. Die Einwilligung in eine solche Mehrbelastung lässt sich am Ende nur durch eine Drucksituation erklären, die aus der Abhängigkeit der Privaten vom Staat und damit aus einer Asymmetrie der Verhandlungsmacht zulasten der Privaten resultiert. In diesem Fall kann die Einwilligung nicht als freiwillig erteilt gelten. Sie vermag deshalb auch eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage nicht zu substituieren (Rz. 134).

(v) *Spielraum für vertragliche Flexibilisierung*

- 295 Ein Flexibilisierungsbedürfnis besteht allenfalls – und hier kommt die städtebauliche Funktion des Mehrwertausgleichs zum Tragen (Rz. 271) – in Bezug auf die *Form* des Mehrwertausgleichs. Statt der Zahlung einer Abgabe kann im konkreten Fall der gemeinsame Wunsch von Behörden und Privaten bestehen, den Ausgleich indirekt durch Sach- und/oder Dienstleistungen herzustellen. Die Ausgleichsregelung zum Gestaltungsplan Swiss Re ist hierfür ein anschauliches Beispiel (Rz. 13). Entsprechende Lösungen sind mit dem Rechtsgleichheitsgebot so lange vereinbar, als sie die Ausgleichspflichtigen in vergleichbarer Weise belasten wie eine Abgabe.

c *Demokratische Funktion des Legalitätsprinzips*

- 296 Nicht zuletzt sprechen Gründe der demokratischen Legitimation für die gesetzliche Regelung des vertraglichen Mehrwertausgleichs. In einem demo-

kratisch organisierten Rechtsstaat wie der Schweiz sind wichtige rechtsetzende Entscheide dem formellen Gesetzgeber vorbehalten. Art. 164 Abs. 1 BV hält diesen Grundsatz für den Bund fest. Für die Rechtsetzung der Kantone folgt das Postulat unmittelbar aus dem Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 BV.⁶²³ Abgaberechtliche Essentialia zählen zu den «wichtigen» rechtsetzenden Bestimmungen; Art. 164 Abs. 1 lit. d BV nennt sie ausdrücklich – dies nicht nur, weil Abgaben in der Regel einen grossen Adressatenkreis haben und erheblich in die Rechtsstellung der Abgabepflichtigen eingreifen, sondern auch, weil die Einführung und die Ausgestaltung von Abgaben politisch oft umstrittenen sind. Der Entscheid über das Ob und das Wie soll deshalb demokratisch legitimiert sein.⁶²⁴ Der Mehrwertausgleich hat erhebliche finanzielle Auswirkungen auf eine Vielzahl Betroffener und war und ist Gegenstand teilweise kontrovers geführter politischer Diskussionen. Neben den Abgabetatbeständen stand und steht insbesondere die Höhe der Abgabe im Zentrum der Diskussion.⁶²⁵ Über beide Elemente hat der Gesetzgeber zu entscheiden und nicht die vertragschliessende Behörde.

d Entlastung des Verhandlungsprozesses

Kooperativen Planungen wohnt stets ein exploratives Vorgehen inne. Jede Verhandlungssituation ist einzigartig und verlangt aufgrund der meist komplexen städtebaulichen oder auch rechtlichen Ausgangssituation nach einem intensiven sowohl finanziellen als auch personellen Engagement aller Beteiligten. Auf diese Investition werden sich die Parteien umso eher einlassen, je geringer sie das Risiko des Scheiterns der Verhandlungen einschätzen. Gewisse Fixpunkte können dabei helfen. Die Erfahrung zeigt, dass die Diskussion um einen angemessenen Mehrwertausgleich in Gemeinden, die keine (hinreichenden) gesetzlichen Grundlagen kennen, zu schwierigen Verhandlungssituationen führen kann. Dagegen können klare rechtliche Vorgaben kooperative Planungen entlasten. Sie setzen einen Verhandlungsrahmen, in dem sich der Fokus der Parteien auf planerische und nicht primär auf finanzielle Aspekte richtet. Diese Klarheit wird nicht nur von privaten Akteuren geschätzt. Sie schützt auch jene Gemeinden, die im Standortwettbewerb mit anderen Gemeinden aus einer vergleichsweise schwachen Verhandlungsposition heraus agieren.

623 TSCHANNEN, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 164 Rz. 6.

624 TSCHANNEN, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 164 Rz. 7.

625 Das Ringen um ein Mehrwertausgleichsgesetz im Kanton Zürich ist hierfür beispielhaft (siehe dazu schon Fn. 415).

e Fazit

- 298 Wie gezeigt, sprechen sowohl demokratische als auch rechtsstaatliche Gründe für die gesetzliche Regelung des Mehrwertausgleichs. Aus der Analyse lassen sich dabei folgende Grundsätze für die Praxis ableiten: Sollen (bestimmte) planerische Mehrwerte ausgeglichen werden, hat der Ausgleich nach dem Prinzip der formalen Gleichbehandlung *lückenlos* zu erfolgen. Demnach darf die Erhebung nicht von der Einwilligung der Abgabepflichtigen abhängen. Vielmehr müssen die Behörden in der Lage sein, die Ausgleichspflicht anzuordnen. Zudem erfährt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bzw. Tauschgerechtigkeit (Rz. 144) durch das Gleichheitsgebot eine Konkretisierung. Dem Legalitätsprinzip im Abgaberecht zufolge bedarf der Mehrwertausgleich einer formell-gesetzlichen Grundlage, welche die Essentialia der Abgabe regelt. Ausnahmen von der Ausgleichspflicht sind zulässig, soweit sie das Gesetz vorsieht. Eine vertragliche Flexibilisierung der Abgabe ist in Bezug auf die *Art der Leistung* denkbar, nicht aber in Bezug auf die ausgleichspflichtigen Tatbestände und die Bemessung der Abgabe. Diese lassen als abschliessende Regelungen keinen Raum für Absprachen. In diesem Sinne ist wohl auch das Bundesgericht zu verstehen, wenn es festhält: «In besonderen Fällen kann ein verwaltungsrechtlicher Vertrag [...] auch dann abgeschlossen werden, wenn keine Norm ausdrücklich dazu ermächtigt, und es darf eine Vertragspartei auch zu Leistungen verpflichtet werden, die ihr die Behörde mittels Verfügung nicht auferlegen könnte; doch müssen die vertraglich vereinbarten Leistungen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen.»⁶²⁶ Zwar schützte das Bundesgericht bereits Verträge, die von den abgaberechtlichen Essentialia zulasten der Privaten abwichen. Bei diesen handelte es sich aber um ausgesprochene Ausnahmefälle, aus denen nichts Allgemeingültiges abgeleitet werden kann.⁶²⁷ Zudem werden ökonomisch rational handelnde Private einer über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehenden Belastung nur zustimmen, wenn sie, wie bei kooperativen Planungen, unter rechtlich relevantem faktischem Zwang stehen. Ist eine solche Drucksituation gegeben, taugt die Einwilligung der privaten Seite in eine vertragliche Pflicht als Surrogat für eine genügend bestimmte Norm nicht. Derart zustande gekommene Verträge sind mangels genügender gesetzlicher Grundlage ursprünglich fehlerhaft.⁶²⁸

626 BGE 136 I 142, E. 4.2.

627 Dazu ausführlich Rz. 318 ff.

628 Zu den Rechtsfolgen und ihrer Geltendmachung siehe Rz. 567 ff.

4. Regelungsvorschlag: Zwei-Schichten-Modell

Aus der Analyse leitet sich Folgendes ab: Die Ausgestaltung des vertraglichen Mehrwertausgleichs nach rechtsstaatlichen Grundsätzen erfordert ein Zwei-Schichten-Regelungsmodell. Das Modell fusst auf einer klassischen Mehrwertabgabe, für die das Gesetz im Einklang mit dem abgaberechtlichen Legalitätsprinzip die abgaberechtlichen Essentialia festlegt. Als Alternative stellt der Gesetzgeber eine vertragliche Option zur Verfügung, die eine Flexibilisierung der Abgabe hinsichtlich der Form des Ausgleichs zulässt. Anstelle von Geld wäre der Ausgleich folglich auch durch gleichwertige Sach- oder Dienstleistungen ganz oder teilweise möglich. Dagegen sind die Höhe des zu leistenden Mehrwertausgleichs sowie die abgabebegründenden Tatbestände der Dispositionsbefugnis der Parteien entzogen.⁶²⁹ Sofern kein Interesse an einer vertraglichen Lösung besteht oder wenn sich eine Einigung zwischen den Behörden und den abgabepflichtigen Privaten nicht finden lässt, stünde es in diesem Modell beiden Seiten jederzeit frei, sich auf die Abgabelösung zurückzuziehen. Damit wäre der Mehrwertausgleich nicht nur lückenlos durchsetzbar. Die Behörden müssten Planungsmassnahmen dann auch nicht mehr von der Einwilligung betroffener Grundeigentümerschaften abhängig machen. Das Modell würde folglich nicht nur zur rationalen Raumplanung beitragen. Es würde auch die privaten Kooperationsparteien vor unzulässigem staatlichem Zwang schützen, die Planungsbehörden vom Vorwurf unzulässiger Druckausübung entlasten, Verhandlungen vereinfachen, Unsicherheiten verringern⁶³⁰ und das Vertrauen in kooperative Planungen insgesamt stärken, ohne dabei das Potenzial kooperativer Planungen für besonders gute städtebauliche Lösungen zu begrenzen.⁶³¹ Aufgrund der garantierten Durchsetzbarkeit des Ausgleichs durch eine Abgabe stünde die vertragliche Option – was bisher nicht abschliessend geklärt war – auch für den Ausgleich im Bereich des bundesrechtlichen Minimums gemäss Art. 5 Abs. 1bis RPG offen.⁶³²

5. Gesetzgebung der Kantone im Überblick und kritische Würdigung

5.1 Kantonale Regelungsmodelle bis zur RPG-Revision 2012

Bis zum Inkrafttreten der ersten Etappe der Revision des Raumplanungsgesetzes am 1. Mai 2014 kannten, wie bereits ausgeführt, vier Kantone, nämlich

629 Für einen Gesetzgebungsvorschlag HOFFMANN, Vertragliche Lösungen, S. 9.

630 FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 5.

631 HOFFMANN, Vertragliche Lösungen, S. 10.

632 Gl.A., AEMISEGGER, Mehrwertausgleich, S. 637.

Bern, Graubünden, Obwalden und Glarus, eine ausdrückliche Regelung des vertraglichen Mehrwertausgleichs (Rz. 275). Der Kanton Bern, wo mit aArt. 142 Abs. 1 BauG bereits seit 1985 eine entsprechende Regelung in Kraft war, darf dabei zweifellos als Vorreiter bezeichnet werden. Mit Art. 49 Abs. 1 VRPG weist der Kanton die Besonderheit auf, dass verwaltungsrechtliche Verträge nur zulässig sind, wenn das Gesetz die Vertragsform ausdrücklich erlaubt. Für den Mehrwertausgleich stellte aArt. 142 Abs. 1 BauG eine solche ausdrückliche Erlaubnis dar (Rz. 210). Demgegenüber verzichtete der kantonale Gesetzgeber darauf, den Inhalt der Verträge zu konkretisieren oder die Gemeinden auf den Erlass einer Ausführungsgesetzgebung zu verpflichten.⁶³³ Einige, längst aber nicht alle Gemeinden ordneten die Eckpfeiler der Ausgleichspflicht in Erlassen, wobei die gesetzliche Konkretisierung mehrheitlich durch die kommunale Exekutive erfolgte.⁶³⁴ Die Vielfalt der kommunalen Regelungen einerseits und die Abwesenheit kommunalen Ausführungsrechts andererseits führten zu einer überaus heterogenen Mehrwertabschöpfung, und zwar nicht nur zwischen den Gemeinden, sondern dort, wo Richtlinien gänzlich fehlten, auch innerhalb von Gemeinden.⁶³⁵ In keiner der Gemeinden waren die Verträge durch die Möglichkeit der Behörden, eine Abgabe zu erheben, unterlegt. Diese Situation führte rasch zu grundsätzlicher Kritik an dem Modell. Zum einen wurde die rechtsungleiche Umsetzung des Ausgleichs bemängelt. Zum anderen beklagten Grundeigentümerschaften, die Mehrwertausgleichsverträge mit Behörden verhandelt hatten, sie hätten sich durch diese unter Druck gesetzt gefühlt.⁶³⁶ Zu Rechtsstreitigkeiten kam es zwar nicht.⁶³⁷ Die Kritik blieb aber dennoch nicht folgenlos. Während in vielen anderen Kantonen das Instrument der Mehrwertausgleichsverträge erst nach und nach entdeckt und etabliert wurde, vollzog der Kanton Bern mit seiner Revision der Art. 142 ff. BauG vom 12. September 2019 einen eigentlichen Systemwechsel.⁶³⁸ Neu setzt

633 aArt. 142 Abs. 1 BauG lautete: «Die Planungsvorteile werden durch die Steuergesetzgebung erfasst. Ausserdem können sich die Grundeigentümer, denen durch Planungsmassnahmen zusätzliche Vorteile verschafft werden [...], vertraglich verpflichten, einen angemessenen Anteil des Planungsmehrwertes für bestimmte öffentliche Zwecke zur Verfügung zu stellen.»

634 EYMANN, Planungsmehrwertausgleich Bern, S. 10.

635 EYMANN, Mehrwertausgleichsverträge Bern, S. 140.

636 EYMANN, Planungsmehrwertausgleich Bern, S. 12.

637 EYMANN, Planungsmehrwertausgleich Bern, S. 12.

638 Mit der Gesetzesrevision soll den bundesrechtlichen Mindestvorgaben und dem Interesse nach *Rechtssicherheit* Rechnung getragen werden (Vortrag BauG/BE, S. 31).

der Kanton für den Mehrwertausgleich primär auf eine Abgabelösung. Vertragliche Lösungen werden nur noch in engen Grenzen gestattet. Sie haben ihre Bedeutung fast vollständig eingebüsst.⁶³⁹

Graubünden, Obwalden und Glarus implementierten 2004, 2009 bzw. 2010 eine dem früheren Berner Modell vergleichbare Regelung. Die drei Kantone setzten für den Mehrwertausgleich auf Verträge, ohne diese mit einer Verfügungsoption zu unterlegen. Die dem Modell innewohnenden Probleme mangelnder Rechtsgleichheit und staatlicher Druckausübung auf die private Vertragspartei waren dabei bereits in den Normen angelegt und – wie am Beispiel Glarus deutlich wird – ohne weiteres erkennbar: aArt. 33 Abs. 1 RBG/GL verpflichtete die Behörden dazu, «wenn immer möglich» Mehrwertausgleichsverträge abzuschliessen. Ob der Mehrwertausgleich tatsächlich erfolgte, hing folglich nicht von sachlichen Kriterien, sondern von der Verhandlungsmacht der beteiligten Parteien ab. Die Bestimmung wurde mittlerweile revidiert (Fn. 648). Gemäss Art. 28a Abs. 2 BauG/OW, der seit 1994 in Kraft ist, sollen Grundeigentümerschaften zum Ausgleich von Mehrwerten aus Ein- oder Aufzonungen «vertraglich verpflichtet» werden können. Die Bestimmung ist insofern irreführend bzw. vielsagend, als sich Private durch Vertrag nur selbst verpflichten können, da sie andernfalls in ihrer Willensautonomie eingeschränkt wären. In der Zwischenzeit hat der Kanton die Regelung insofern ergänzt, als auf Mehrwerte aus Ein- und bestimmten Umzonungen eine Abgabe von 20 Prozent des Bodenmehrerts zu entrichten ist. Damit sind vertragliche Lösungen jedenfalls im Umfang von 20 Prozent des Mehrerts durch eine Verfügungsoption unterlegt.⁶⁴⁰

5.2 Kantonale Regelungsmodelle seit der RPG-Revision 2012

a Überblick

Seit der RPG-Revision 2012 haben sich zehn weitere Kantone entschieden, alternativ oder ergänzend zu einer Abgabelösung den vertraglichen Mehrwertausgleich ausdrücklich zu erlauben. Die diesbezüglichen Bestimmungen sind unterschiedlich stark ausdifferenziert. Die vier Kantone, die den vertraglichen Mehrwertausgleich bereits zuvor kannten, haben diesen zum Teil grundlegend revidiert. Im Grundsatz lassen sich vier Regelungsmodelle unterscheiden.

639 PFLÜGER, Mehrwertabgabe, S. 270. Dazu auch Fn. 651.

640 Siehe Art. 28b ff. BauG/OW.

b *Regelungsmodell 1: Zulässigkeit von Verträgen im Rahmen der Abgabelösung*

303 Ein erstes Modell, für das sich die Kantone Luzern⁶⁴¹, Schaffhausen⁶⁴², Solothurn⁶⁴³, Schwyz⁶⁴⁴ sowie teilweise Zug⁶⁴⁵ entschieden haben, ist dadurch gekennzeichnet, dass vertragliche Lösungen konsequent mit einer Abgabelösung unterlegt sind. Diese Kantone lassen vertragliche Lösungen lediglich alternativ zu einer bestehenden Abgabe zu und begrenzen den vertraglichen Verhandlungsspielraum im Kern auf die Form des Mehrwertausgleichs. Von

641 Luzern sieht gemäss § 105 Abs. 1 i.V.m. § 105b Abs. 1 PBG eine Mehrwertabgabe von 20 Prozent vor. Sie ist auf Mehrwerten aus Ein-, Um- und Aufzonungen in Gebieten mit Bebauungs- oder Gestaltungsplanpflicht sowie bei Erlass oder Änderung eines Bebauungsplanes zu entrichten. Gemäss § 105a Abs. 1 PBG kann die Gemeinde bei Um- und Aufzonungen in Gebieten mit Bebauungs- oder Gestaltungsplanpflicht und bei Erlass oder Änderung eines Bebauungsplans «anstelle» der Veranlagung der Abgabe verwaltungsrechtliche Verträge mit den Grundeigentümerschaften abschliessen.

642 Schaffhausen erhebt gemäss Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 MAG eine Abgabe auf Mehrwerten aus Neueinzonungen sowie aus der Zuweisung von Boden zu einer Materialabbau- und Deponiezone von 30 Prozent und auf Mehrwerten aus Umzonungen von 20 Prozent. Gemäss Art. 9 Abs. 1 und 2 MAG steht es den Gemeinden frei, zusätzlich zum kantonalen Mehrwertausgleich den Ausgleich von Planungsvorteilen aus Aufzonungen zu regeln. Sie können dazu Abgaben von höchstens 20 Prozent des Mehrwerts vorsehen und als Alternative zur Abgabe den Ausgleich mittels städtebaulicher Verträge zulassen (Bericht MAG/SH, S. 11).

643 Im Kanton Solothurn werden gemäss § 5 i.V.m. § 8 Abs. 1 PAG Mehrwerte aus Einzonungen und bestimmten Umzonungen mit einer Abgabe von 20 Prozent belegt. Gemäss § 8 Abs. 2 PAG können die Gemeinden maximal einen zusätzlichen Satz von bis zu 20 Prozentpunkten festlegen. Eine Regelung des Ausgleichs mittels verwaltungsrechtlicher Verträge ist gemäss § 2 PAG zulässig. In diesem Fall kann der Ausgleich auch aus Sachleistungen, wie etwa dem Bau von Freizeit- und Parkanlagen oder kulturellen Einrichtungen, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, bestehen. Dabei hat sich der Wert der Sachleistung am alternativ geschuldeten finanziellen Ausgleich zu orientieren (Botschaft PAG/SO, S. 10).

644 Schwyz führt mit § 36d ff. PBG eine Abgabe für Mehrwerte aus Ein-, Um- und Aufzonungen ein. Der Ausgleich von Mehrwerten aus Um- und Aufzonungen steht gemäss § 36d Abs. 2 PBG im Ermessen der Gemeinden. Gemäss § 36h Abs. 1 PBG kann die kommunale Exekutive, anstatt die Mehrwertabgabe zu erheben, einen «gleichwertigen» Infrastrukturvertrag mit den Abgabepflichtigen abschliessen. Sind die Abgabepflichtigen mit einer vertraglichen Lösung nicht einverstanden, können sie gemäss § 36h Abs. 2 PBG die Veranlagung der Mehrwertabgabe verlangen.

645 Im Kanton Zug unterstehen gemäss § 52a Abs. 1 und 2 PBG Mehrwerte aus Einzonungen und Umzonungen von Zonen des öffentlichen Interesses zu übrigen Bauzonen einer Abgabepflicht von 20 Prozent. Gemäss § 52a PBG kann die Mehrwertabgabe anstelle einer Barleistung vertraglich gesichert auch als Sachleistung erfolgen. Erfolgt die Mehrwertabgabe vollständig als Sachleistung, muss der geschätzte Geldwert der Mehrwertabgabe entsprechen. Erfolgt sie teilweise als Sachleistung, ist die Forderung aus der Mehrwertabgabe nur bis zum geschätzten Geldwert dieser Sachleistung gedeckt. Der Restbetrag wird in Geld bezahlt (siehe aber Fn. 655).

den durch die Abgaberegulierung definierten ausgleichspflichtigen Tatbeständen und der Höhe der Abgabe darf dagegen nicht abgewichen werden. Dieses Regelungsmodell wurde als Zwei-Schichten-Modell vorgestellt (Rz. 299). Auffällig ist, dass sich keiner der Kantone dafür entschieden hat, alle abgaberechtlichen Tatbestände konsequent durch eine vertragliche Option zu unterlegen. Stattdessen bleibt die Vertragsvariante durchweg auf einzelne ausgleichspflichtige Tatbestände im Bereich des erweiterten Mehrwertausgleichs nach Art. 5 Abs. 1 RPG beschränkt. Ein rechtlicher Grund für diese Beschränkung ist nicht ersichtlich. Das städtebauliche Potenzial vertraglicher Lösungen wird dadurch ohne Not begrenzt.

c Regelungsmodell 2: Abgabelösung als Ausgangspunkt; Abweichungen durch Vertrag zulässig

Ein zweites Regelungsmodell ist dadurch gekennzeichnet, dass die Kantone 304 zwar eine Mehrwertabgabe vorsehen, es den Gemeinden aber ausdrücklich gestatten, von dieser zulasten der Privaten in Bezug auf die Höhe des Ausgleichs und teilweise auch auf die Tatbestände, die der Abgabepflicht zugrunde liegen, abzuweichen. Zu den Kantonen, die dieses Modell gewählt haben, zählen Aargau⁶⁴⁶, Appenzell-Innerrhoden⁶⁴⁷ und Glarus⁶⁴⁸ und Zürich⁶⁴⁹.

646 Der Kanton Aargau erhebt gemäss § 28a Abs. 1 BauG eine Abgabe auf Mehrwerten aus Einzonungen und bestimmten Umzonungen von 20 Prozent. Gemäss Abs. 2 können die Gemeinden den Abgabesatz auf höchstens 30 Prozent erhöhen und vertraglich Leistungen vereinbaren, die den Ausgleich *anderer* Planungsvorteile bezwecken.

647 Der Kanton Appenzell Innerrhoden erhebt gemäss Art. 90c Abs. 1 BauG eine Abgabe auf Mehrwerten aus Einzonungen von 20 Prozent. Führen planerische Massnahmen zu zusätzlichen Vorteilen, können mit den Eigentümerschaften gemäss Abs. 2 vertraglich höhere «Abgaben» vereinbart werden. Gemäss Abs. 3 kann der Ausgleich des Mehrwerts in Form von Sach- und Dienstleistungen vertraglich vereinbart werden. Die Gegenleistung muss dabei *mindestens* der Mehrwertabgabe entsprechen.

648 Der Kanton Glarus erhebt gemäss Art. 33b Abs. 1 RBG eine Abgabe auf allen erheblichen Vorteilen, die durch raumplanerische Massnahmen entstehen. Alternativ dazu können gemäss Art. 33b Abs. 1 RBG vertragliche Abreden getroffen werden, wobei der Vertrag gemäss Abs. 2 neben der Höhe der Abgabe weitere Leistungen der Grundeigentümerschaften im öffentlichen Interesse, wie die Errichtung von öffentlichen Spiel- oder Parkplätzen oder Landabtretungen, beinhalten kann. Diese Leistungen *können* gemäss Abs. 3 bei der Bemessung des Mehrwertausgleichs angemessen berücksichtigt werden.

649 Der Kanton Zürich sieht gemäss § 2 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 MAG eine Mehrwertabgabe für Einzonungen sowie für die Umzonung einer Zone für öffentliche Bauten von 20 Prozent vor. Den Zürcher Gemeinden steht es gemäss § 19 Abs. 1 und 3 MAG frei, Mehrwerte aus Auf- und sonstigen Umzonungen mit einer Abgabe in Höhe von höchstens 40 Prozent zu belasten. Gemäss Abs. 6 ist der Ausgleich mittels städtebaulicher Verträge anstelle der Abgabe zulässig. Er *kann* diesfalls von der aufgrund des Mehrwerts geschuldeten Abgabe *abweichen*, darf die kantonalgesetzliche Höchstgrenze jedoch nicht übersteigen. Der vertragliche Ausgleich kann gemäss § 21 Abs. 2 MAG u.a. durch

Ein solches Modell weckt, wie ausgeführt, aus Gründen des Individualrechtsschutzes und aus Gerechtigkeits Erwägungen Bedenken, zumal eine Begründung bzw. ein Massstab für die über die Abgabe hinausgehende Abschöpfung fehlt.

d *Regelungsmodell 3: Mehrwertabschöpfung durch Abgabe oder Vertrag*

- 305 Ein drittes Regelungsmodell, das sich in den Kantonen Basel-Landschaft⁶⁵⁰, Bern⁶⁵¹, Obwalden⁶⁵² und St. Gallen⁶⁵³ sowie teilweise in den Kantonen Graubünden⁶⁵⁴ und Zug⁶⁵⁵ findet, sieht für verschiedene Abgabebetragbestände entweder nur eine Abgabelösung oder nur die Vertragsoption vor. Diesem Modell haftet in Bezug auf die vertragliche Lösung, neben den bereits genannten Bedenken hinsichtlich des Individualrechtsschutzes und der Rechtsgleichheit (Rz. 298), der Makel an, dass der Umstand, welche Mehrwerte in welchem

die Beteiligung der Bauherrschaft an der Infrastruktur, der Gestaltung des öffentlichen Raums oder an öffentlichen Einrichtungen, die Abtretung von Land oder als Verpflichtung zur Schaffung von preisgünstigem Wohnraum erfolgen (lit. a-e).

- 650 Basel-Landschaft erhebt gemäss § 2 Abs. 1 GAP eine Abgabe von 20 Prozent auf Einzonungen. Gemäss Abs. 2 sind die Gemeinden *nicht* berechtigt, weitergehende Mehrwertabgaben zu erheben. Bei Quartierplanungen und Ausnahmeüberbauungen haben sie gemäss Abs. 3 allerdings die Möglichkeit, mit der betroffenen Grundeigentümerschaft einen Infrastrukturbeitrag in Form von Geld-, Sach- oder Dienstleistungen zu vereinbaren, der mit dem Bauvorhaben in Zusammenhang steht.

- 651 Im Kanton Bern sind vertragliche Lösungen gemäss Art. 142a Abs. 3 BauG nur noch für den Ausgleich von Mehrwerten, die durch die Zuweisung von Land in Materialabbau- und Deponiezonen entstehen, zulässig. Den Gemeinden steht es frei, diese Mehrwerte durch Geld- oder Sachleistungen abzuschöpfen. Entscheiden sie sich dafür, haben sie aus Gründen der Rechtsgleichheit für eine *lückenlose Durchsetzung* zu sorgen. Es sei deshalb «entweder in allen Fällen von Art. 142a Abs. 3 BauG eine vertragliche Abschöpfung vorzusehen oder in keinem» (AGR/BE, Erläuterungen MWAR, S. 8). Der Ausgleich kann entweder in Geld- oder in Sachleistungen erfolgen (AGR/BE, Erläuterungen MWAR, S. 8).

- 652 Obwalden hat im Mai 2019 mit Art. 28b Abs. 1 BauG eine Abgabe auf Mehrwerten aus Einzonungen und bestimmten Umzonungen von 20 Prozent eingeführt. Gemäss dem seit 1994 in Kraft stehenden Art. 28a Abs. 2 BauG können Grundeigentümerschaften, denen durch Planungsmassnahmen zusätzliche Vorteile zur Ein- oder Aufzonung verschafft werden, vertraglich *verpflichtet* werden, einen angemessenen Anteil des Mehrwerts zur Sicherstellung oder Steigerung der Baulandverfügbarkeit zu leisten.

- 653 Der Kanton St. Gallen schöpft gemäss Art. 58 PBG Mehrwerte aus Einzonungen von 20 Prozent mittels Abgabe ab. Mehrwerte, auf denen keine Abgabe erhoben wird, können gestützt auf Art. 65 Abs. 1 lit. e PBG vertraglich abgeschöpft werden.

- 654 Siehe Rz. 306, Fn. 656.

- 655 Gemäss § 52a0 Abs. 2a PBG können Zuger Gemeinden festlegen, dass sie mittels verwaltungsrechtlicher Verträge eine Mehrwertabgabe von maximal 20 Prozent des Bodenmehrwerts auf bestimmten Mehrwerten aus Auf- und Umzonungen von den Grundeigentümerschaften erheben (vgl. aber Fn. 645).

Umfang abgeschöpft werden, von der Einwilligung der abgabepflichtigen Privaten abhängt. Die Abgabe ist folglich nicht lückenlos durchsetzbar und planerische Entscheide hängen vom Verhalten Dritter ab, sind also nicht das Ergebnis einer strikt sachbezogenen, umfassenden Abwägung der infrage stehenden Interessen.

e *Regelungsmodell 4: Ausdrückliches Verbot vertraglicher Lösungen*

Ein ausdrückliches Verbot vertraglicher Lösungen in weiten Teilen sieht einzig der Kanton Graubünden vor.⁶⁵⁶ Verträge, die dieses Verbot missachten, sind nichtig.⁶⁵⁷ Wenngleich dieser Regelungsansatz rechtsstaatlich unbedenklich ist, schränkt der Verzicht auf die vertragliche Flexibilisierung der Abgabe das Potenzial kooperativer Planungen erheblich ein – eine verpasste Chance, wenn es darum geht, kreative Lösungen für die städtebauliche Verdichtung zu entwickeln (Rz. 299).

f *Weiterhin bestehende Praxis: Art. 5 Abs. 1 RPG als mittelbare Gesetzesgrundlage*

Ungeachtet der gesetzlichen Grundlagen besteht in einigen Gemeinden nach wie vor eine Vertragspraxis, die sich unmittelbar auf Art. 5 Abs. 1 RPG abstützen will.⁶⁵⁸ Die grundsätzlichen Bedenken gegenüber dieser Lösung wurden hinlänglich ausgeführt (Abschn. 3.3.)

5.3 Fazit

Die Erkenntnis, dass vertragliche Vereinbarungen in den Grundzügen, d.h. in Bezug auf die Hauptpflichten, stets durch eine Verfügungslösung unterlegt sein müssen, ist nicht neu. In den Bereichen der Erschliessung und im Enteignungsrecht, wo verwaltungsrechtliche Verträge fest etabliert sind, wird dieses Modell seit langer Zeit ganz selbstverständlich praktiziert (Rz. 313). Dass sich die Praxis gestützt durch Teile der Literatur gerade im Bereich des

656 Im Kanton Graubünden wird gemäss Art. 19j Abs. 1 und Art. 19l Abs. 1 KRG eine Abgabe auf Mehrwert von 30 Prozent erhoben, welche die Gemeinden gemäss Art. 19l Abs. 2 KRG auf maximal 50 Prozent erhöhen bzw. gemäss Abs. 3 auf 20 Prozent senken können, wenn ein besonderes öffentliches Interesse an der Einzonung des betreffenden Grundstücks besteht. Gemäss Art. 19j Abs. 2 KRG können die Gemeinden zusätzliche Abgabebetstände vorsehen, für die sie gemäss Art. 19l Abs. 4 KRG den Abgabensatz festlegen. Vertragliche Lösungen sind gemäss Art. 19j Abs. 3 KRG nur zulässig, wenn die Gemeinden die Zuweisung von Land in eine Materialabbau-, Materialablagerungs- oder Deponiezone als Abgabebetstand vorsehen. Vereinbart werden dürfen angemessene Geld- oder Sachleistungen.

657 Art. 108a Abs. 1 KRG/GR.

658 AEMISEGGER, Mehrwertausgleich, S. 633.

Mehrwertausgleichs von ihren dogmatischen Grundsätzen entfernt hat, mag praktischen Bedürfnissen geschuldet gewesen sein. Mit rechtsstaatlichen Standards ist sie (vorbehaltlich besonders gelagerter Einzelfälle) jedoch nicht vereinbar. Es gilt, sie deshalb wieder gesetzlich einzuhegen und auf rechtsstaatliche Grundsätze zurückzuführen. Die Revision von Art. 5 RPG im Jahr 2012 hat hierzu Anlass geboten – eine Chance, die einige, bei weitem aber nicht alle Kantone genutzt haben. Die Praxis wird die Vor- und Nachteile der verschiedenen Regelungsmodelle zum Vorschein bringen und allenfalls Korrekturmassnahmen auslösen. Es bleibt zu hoffen, dass das Instrument des vertraglichen Mehrwertausgleichs anders als im Kanton Bern bis dahin nicht derart beschädigt ist, dass sich die Gesetzgeber dazu entschliessen werden, lieber gänzlich darauf zu verzichten.

V. Erschliessungsverträge

1. Definition, Funktionen und Gegenstand

1.1 Definition

a *Der Erschliessungsvertrag*

- 309 Erschliessungsverträge sind verwaltungsrechtliche Verträge zwischen dem Gemeinwesen und einer Grundeigentümerschaft, welche die Erschliessung von Grundstücken zum Gegenstand haben.⁶⁵⁹

b *Die Erschliessung gemäss Art. 19 RPG*

- 310 Die zonen- und bauordnungsgemässe Nutzung eines Grundstücks setzt die Erschliessung dieses Grundstücks voraus.⁶⁶⁰ Gemäss Art. 19 Abs. 1 RPG gelten Grundstücke als erschlossen, wenn die für die vorgesehene Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe an das Grundstück heranführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist. Den Kantonen steht es frei, weitere Erschliessungserfordernisse zu definieren.⁶⁶¹ Die Erschliessung bildet das Bindeglied zwischen Nutzungsplanung und Baubewilligung⁶⁶²: Als raumwirksame Aufgabe untersteht sie zum einen der Planungspflicht und ist eingebettet in die Richt- und die Nutzungsplanung.⁶⁶³ Zum anderen ist sie Voraussetzung für die Baureife eines Grundstücks und folglich für die Erteilung

659 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1322.

660 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 107.

661 Vgl. GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 108 f.

662 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 112.

663 JEANNERAT, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 19 Rz. 54 m.w.H.

der Baubewilligung gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG.⁶⁶⁴ Die Errichtung von Erschliessungsanlagen in Bauzonen ist gemäss Art. 19 Abs. 2 Satz 1 RPG Sache des Gemeinwesens.⁶⁶⁵ Dieses hat in Erschliessungsprogrammen auszuweisen, welche Anlagen es in welchen Fristigkeiten zu erstellen bzw. anzupassen beabsichtigt.⁶⁶⁶ Dem Gemeinwesen steht es dabei grundsätzlich frei, die Projektierung und den Bau von Erschliessungsanlagen auf Dritte wie die Eigentümerschaften der zu erschliessenden Grundstücke zu übertragen.⁶⁶⁷ Letztere sind gemäss Art. 19 Abs. 2 RPG an den Erstellungskosten der Erschliessungsanlagen zu beteiligen. Das kantonale Recht führt die entsprechenden Beitragspflichten aus.

1.2 Funktionen

Die Erschliessung ist seit jeher durch Verhandlungslösungen geprägt.⁶⁶⁸ In der Praxis besteht das Bedürfnis nach Absprachen vor allem in drei Konstellationen: erstens, wenn das Gemeinwesen die *Modalitäten der Erschliessung* mit den künftigen Nutzenden konkretisieren will⁶⁶⁹; zweitens, wenn das Gemeinwesen die Planung und Errichtung der Erschliessungsanlagen auf die betroffenen Grundeigentümerschaften überträgt, die dadurch die Möglichkeit erhalten, ihre Parzellen noch vor dem in der Erschliessungsplanung definierten Termin zu erschliessen, und diese dadurch beschleunigen können (sog. *vorzeitige Erschliessung*)⁶⁷⁰; sowie drittens, wenn das Gemeinwesen mit einer im Erschliessungsprogramm definierten Bauetappe in Verzug gerät und die Grundeigentümerschaften von ihrer Möglichkeit zur Privaterschliessung oder Bevorschussung gemäss Art. 19 Abs. 3 RPG Gebrauch machen wollen.⁶⁷¹ Verträge über die vorzeitige Erschliessung und die Privaterschliessung sind nach der Funktionstheorie (Rz. 95) freilich nur dann als verwaltungsrechtliche Verträge zu qualifizieren, wenn das Gemeinwesen mit diesen zugleich die öffentliche Aufgabe der Erschliessung überträgt.⁶⁷² Andernfalls treten

664 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 113.

665 REY, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 3.314.

666 VON REDING, Baulanderschliessung, S. 16.

667 JEANNERAT, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 19 Rz. 46.

668 Vgl. BGE 103 Ia 505; BGE 105 Ia 207; VON REDING, Baulanderschliessung, S. 23.

669 VON REDING, Baulanderschliessung, S. 23 f.

670 REY, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 3.321. Siehe § 37 Abs. 1 BauG/AG, der die Möglichkeit zur Privaterschliessung in Bezug auf die Sondernutzungspläne, die für kooperative Planungen besonders relevant sind, explizit vorsieht.

671 JEANNERAT, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 19 Rz. 92 ff.

672 Vgl. Art. 109 BauG/BE; dazu auch ZAUGG/LUDWIG, Kommentar BauG/BE Bd. II, Art. 109/110 Rz. 19.

die Grundeigentümerschaften gegenüber dem Gemeinwesen als private Bauherren auf. In diesen Fällen sind die Verträge privatrechtlicher Natur und bleibt das öffentliche Vergaberecht vorbehalten.⁶⁷³

1.3 Gegenstand

- 312 Soweit das kantonale bzw. kommunale Recht nichts anderes vorsieht, werden bei der *Übertragung von Erschliessungsaufgaben* auf Private typischerweise folgende Aspekte vertraglich geregelt: die Reichweite des Erschliessungsspeimeters, die Art der zu erstellenden Anlagen sowie Aspekte deren Ausgestaltung, die relevanten planerischen Grundlagen, die Verantwortlichkeiten der Parteien, Etappenziele und Fristen, Aufsichtsrechte des Gemeinwesens, die Modalitäten der Übertragung der Erschliessungsanlagen ins Eigentum des Gemeinwesens sowie etwaige Landabtretungen der Privaten zugunsten des Gemeinwesens, die Bemessung der Erstellungskosten und deren Verrechnung mit den Beiträgen an die Erschliessung, bei multilateralen Verträgen der Kostenteiler zwischen den beitragspflichtigen Parteien, die Rechtsfolgen bei Verzug sowie die Pflicht der Privaten, Sicherheiten für den Fall einer Werkmängelhaftung zu leisten.⁶⁷⁴ Werden die *Erschliessungsanlagen durch das Gemeinwesen geplant und realisiert*, richten sich die vertraglichen Absprachen zwischen Staat und Privaten vor allem auf die konkrete Ausführung der Anlagen⁶⁷⁵, die Bemessung der diesbezüglichen Kosten⁶⁷⁶ oder die Abgeltung der Beitragspflicht durch Sach- oder Dienstleistungen.⁶⁷⁷ Gemäss dem wohl überwiegenden Teil der Lehre sollen zudem Leistungen vereinbart werden dürfen, die das Gemeinwesen weder in Sondernutzungsplänen festhalten

673 WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 19 Rz. 63, 68; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1322. Etwas anderes gilt allerdings gemäss Art. 5 Abs. 2 Satz 2 WEG, wonach das kantonale Recht die Feinerschliessung für den Wohnungsbau den Eigentümerschaften überbinden kann, dabei aber die Ersatzvornahme durch die öffentlichrechtlichen Körperschaften vorzusehen hat. In diesem Fall wird den Privaten eine öffentliche Aufgabe überbunden und erfolgt die Regelung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag (WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 19 Rz. 68).

674 VAN DEN BERGH, in: Kommentar BauG/AG, Vorbemerkung zu §§ 36 und 37 Rz. 13 ff.; VON REDING, Baulanderschliessung, S. 21 f.; ZAUGG/LUDWIG, Kommentar BauG/BE Bd. II, Art. 109/110, Rz. 18.

675 Gegenstand der Vereinbarung kann etwa die Positionierung der Beleuchtung beim Bau einer Strasse (BGer, Urteil 1P.416/2002 vom 19.11.2002) oder auch der Zeitpunkt der Erschliessung sein (BGer Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2007).

676 BGE 105 Ia 207, E. 2a.

677 Erschliessungsbeiträge können ganz oder teilweise z.B. durch die Abtretung von Land, das die Erschliessungsanlagen konsumieren, oder durch das Einräumen von Dienstbarkeiten, wie Durchleitungsrechten, abgegolten werden.

noch durch Verfügung anordnen kann.⁶⁷⁸ Das gelte auch für die Höhe der Beiträge an die Erschliessung.⁶⁷⁹

2. Zulässigkeit

2.1 Privaterschliessung

Für die Planung und Errichtung von Erschliessungsanlagen haben ausnahmslos alle Kantone gestützt auf die bundesrechtlichen Regelungen in Art. 19 RPG kantonales Recht erlassen und insbesondere die *Erhebung von Beiträgen* an die Erschliessung gesetzlich ausgeführt.⁶⁸⁰ Die meisten Kantone kennen zudem mehr oder weniger ausführliche Bestimmungen zu den Erschliessungsverträgen, die insbesondere die *Privaterschliessung* adressieren.⁶⁸¹ Wo solche Vorschriften fehlen, sind Erschliessungsverträge wie dargelegt zulässig, wenn das kantonale Gesetz Raum für diese lässt (Rz. 99 f.). In materiellrechtlicher Hinsicht sind sie unbedenklich, sofern sie auf die blosse Realisierung der Anlagen abstellen und die privaten Parteien in Bezug auf die von diesen zu tragenden Beiträge an die Erschliessung im Vergleich zur Erschliessung durch das Gemeinwesen weder besser noch schlechter stellen (Rz. 316 ff.). Im Idealfall kennt das erschliessungspflichtige Gemeinwesen Musterverträge, welche die Themen, die bei einer Privaterschliessung zu klären sind, im Grundsatz abhandeln.

2.2 Erschliessung «Plus»

In Bezug auf kooperative (Sonder-)Nutzungsplanungen unproblematisch sind grundsätzlich diejenigen Fragen der Erschliessung, die den gesetzlichen Mindeststandard betreffen. Sie stellen sich, wenn mit der Planung die Einzonung von Land einhergeht, die gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. b und d RPG die Erschliessung voraussetzt, oder wenn durch Auf- oder Umzonungen höhere bauliche Dichten geschaffen werden und deshalb die Erweiterung und Ergänzung bereits bestehender Erschliessungsanlagen angezeigt ist. Ungeachtet dessen ist Gegenstand kooperativer Planungen nicht selten aber auch die *Erschliessung über den gesetzlichen Mindeststandard hinaus*.⁶⁸² Der überwiegende Teil

678 VAN DEN BERGH, in: Kommentar BauG/AG, Vorbemerkung zu §§ 36 und 37 Rz. 12, sowie WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 19 Rz. 63, mit Verweis auf BGer, Urteil 1P.416/2002 vom 19.11.2002, E. 3.1.

679 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1322; POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 121; A.A. ADANK, Contrat de planification, Rz. 563; AEMISEGGER, Mehrwertausgleich, S. 637; MÜLLER G., Zulässigkeit, S. 3.

680 Statt vieler §§ 33 ff. BauG/AG; Art. 56f. PBG/SG; §§ 90 und §§ 166 ff. PBG/ZH.

681 Statt vieler Art. § 37 Abs. 3 BauG/AG; 109 BauG/BE; Art. 57 Abs. 1 und Art. 65 Abs. 1 lit. b PBG/SG.

682 MUGGLI, Kooperative Planung, S. 26.

der Lehre vertritt unter Anrufung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, namentlich des Entscheids «Untersiggenthal»⁶⁸³, die Ansicht, mit einem Erschliessungsvertrag könnten die Grundeigentümerschaften aufgrund ihrer Einwilligung zu solchen Mehrleistungen verpflichtet werden.⁶⁸⁴ Auch das Bundesgericht kam im Entscheid «Untersiggenthal» zum Schluss, dass sich die Parteien eines Erschliessungsvertrags nicht auf die für die Erlangung der Baureife unverzichtbaren Elemente beschränken müssten, solange ihnen das kantonale Recht die Ausgestaltung der Erschliessung überlässt.⁶⁸⁵ Der Nachweis weniger belastender Erschliessungsalternativen müsse nicht geführt werden. Stattdessen sei die Zustimmung der Grundeigentümerschaft erforderlich. Wenn diese mit der vertraglich vorgesehenen Erschliessung einverstanden sei, liege darin eine Ausübung ihrer Eigentümerbefugnisse. Eine Einschränkung des Grundeigentums sei diesfalls nicht gegeben.⁶⁸⁶

315 Im Kontext kooperativer Planungen kann die Einwilligung in über das gesetzliche Minimum hinausgehende Leistungspflichten – aufgrund der rechtlich relevanten faktischen Zwangslage, in der sich die privaten Akteure befinden (Rz. 168, 215) – vermutungsweise nur dann als freiwillig erteilt gelten, wenn der Staat den Erlass des kooperativ erarbeiteten Plans oder die Zusage der Möglichkeit zur vorzeitigen Erschliessung (Rz. 311) nicht an eine Mehrleistung knüpft. Diesen Umstand übersieht das Bundesgericht, wenn es für die Zulässigkeit vertraglicher Mehrleistungen im Kontext der Erschliessung allzu pauschal auf die Zustimmung der privaten Vertragspartei abstellen will (Rz. 314). Das trifft auch auf Massnahmen zu, die wie die vorzeitige Anbindung eines Areals an den Tramverkehr⁶⁸⁷ wesentlich zur Attraktivität eines Bauvorhabens beitragen. Soweit keine diesbezügliche Norm besteht, darf das Gemeinwesen den Erfolg der Kooperation trotz des Vorteils, den auch die private Partei aus einer solchen Massnahme zieht, nicht an deren finanzielle Beteiligung binden.⁶⁸⁸ Das muss umso mehr gelten, als Erschliessungsverträge

683 BGer, Urteil 1P.416/2002 vom 19.11.2002.

684 VAN DEN BERGH, in: Kommentar BauG/AG, Vorbemerkung zu §§ 36 und 37 Rz. 12, sowie WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 19 Rz. 63.

685 BGer, Urteil 1P.416/2002 vom 19.11.2002, E. 3.

686 BGer, Urteil 1P.416/2002 vom 19.11.2002, E. 3.1.

687 Im Kanton Zürich beispielsweise bildet die genügende Erreichbarkeit grösserer Überbauungen mit dem öffentlichen Verkehr gemäss § 237 Abs. 1 Satz 2 PBG eine selbständige kantonale rechtliche Bauvoraussetzung, die über die bundesrechtlichen Anforderungen an die Erschliessung hinausgeht (GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 108 f.; ferner JEANNERAT, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung Art. 19 Rz. 41 m.w.H.).

688 Auch JEANNERAT ist dezidiert der Auffassung, dass eine solche Beitragspflicht eine klare gesetzliche Grundlage erfordert (in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 19 Rz. 67).

dieser Art letztlich abgaberechtliche Tatbestände regeln, bei denen der vertragliche Gestaltungsspielraum aufgrund der Geltung des Legalitätsprinzips im Abgaberecht nach der hier vertretenen Auffassung gering ist. Diese Ansicht ist nachfolgend nochmals ausführlich zu erörtern.

2.3 Erschliessungsbeiträge

a Abgaberechtliche Grundlagen

Gemäss Art. 19 Abs. 2 Satz 2 RPG sind die Grundeigentümerschaften an den Kosten der Erschliessung zu beteiligen. Bei der Ausgestaltung der Abgaben verfügen die erschliessungspflichtigen Gemeinwesen über einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Art. 19 Abs. 2 Satz 2 RPG verpflichtet sie lediglich dazu, die Grundeigentümerschaften an den Kosten der erstmaligen Erstellung der Grob- und Feinerschliessung, d.h. der Hauptstränge der Erschliessungsanlagen und den Grundstücksanschlüsse, zu beteiligen.⁶⁸⁹ Für Wohnzonen ist ferner Art. 1 Abs. 1 lit. a bzw. b VWEG zu beachten, welcher die Beiträge der Grundeigentümerschaften an die Anlagen der Groberschliessungen auf mindestens 30 Prozent und an Anlagen der Feinerschliessung auf mindestens 70 Prozent festsetzt. Unter diesen Bedingungen erfolgt die Kostenbeteiligung nach Massgabe des individuellen wirtschaftlichen Sondervorteils, den die Privaten dadurch erfahren, dass ihr Grundstück mit der Erschliessung in den Zustand der Baureife überführt wird.⁶⁹⁰ Erfasst werden nur erhebliche Wertzuwächse und nur solche, die über den Nutzen der Allgemeinheit hinausgehen.⁶⁹¹ Die Beitragspflicht entsteht, wenn die Grundeigentümerschaften die Möglichkeit der Nutzung der entsprechenden Anlage haben. Ob sie diese tatsächlich nutzen, ist für die Beitragspflicht dagegen irrelevant.⁶⁹² Im Unterschied zu Mehrwertabgaben sind Beiträge an die Erschliessung kostenabhängige Kausalabgaben, weshalb für deren Bemessung neben dem Äquivalenzprinzip auch das Kostendeckungsprinzip greift.⁶⁹³ Es gilt das strenge Legalitätsprinzip im Abgaberecht, wonach die Essentialia der Beitragspflicht in einem Gesetz im formellen Sinne zu regeln sind (Rz. 137).

b Verbot der Abgabevergünstigung

Erschliessungsverträge, die auf eine eigentliche Abgabevergünstigung abzielen, verstossen gegen die Rechtsgleichheit. Sie sind rechtswidrig, sofern

689 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 118, zu den Begriffen der Grob- und Feinerschliessung siehe S. 109 ff.

690 REY, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 3.271, 3.282.

691 VON REDING, Baulanderschliessung, S. 43; RUCH, Sondervorteil, S. 538 f.; vgl. Rz. 160.

692 REY, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 3.336.

693 JEANNERAT, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 19 Rz. 82 ff. m.w.H.

das Gesetz die Ungleichbehandlung nicht aus sachlichen Gründen zulässt.⁶⁹⁴ Der Tatbestand der unzulässigen Abgabevergünstigung ist erfüllt, wenn die abgabepflichtige Person eine durch das Gesetz nicht gedeckte Sonderbehandlung erfährt, aus der sie wirtschaftliche Vorteile zieht. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist eine Abgabevergünstigung nicht schon darin zu sehen, dass die Parteien vereinbaren, auf einen Abgabetatbestand, der in der Zukunft liegt – im konkreten Fall ging es um den Anschluss eines geplanten, aber noch nicht realisierten Fabrikneubaus an die Kanalisation –, finde das im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Recht Anwendung.⁶⁹⁵ Da solchen Vereinbarungen jedenfalls eine «virtuelle» Begünstigung der abgabepflichtigen Person innewohne, seien sie in einem «engen Rahmen» zu halten. Unzulässig sind deshalb Abreden mit langer Geltungsdauer oder Abreden, die zu einem Zeitpunkt abgeschlossen werden, in dem sich eine Gesetzesverschärfung abzeichnet.⁶⁹⁶ Keine Abgabevergünstigung, sondern eine Verrechnung mit einer dem Abgabebetrag entsprechenden Sachleistung liegt vor, wenn die Grundeigentümerschaft anstelle des geschuldeten Beitrags die unentgeltliche Abtretung von Land verspricht, das die Erschliessungsanlage konsumiert.⁶⁹⁷

c Zulässigkeit von Abgabeaufschlägen

(i) Kritische Würdigung des Bundesgerichtsentscheids Samnaun (GR)

- 318 Anders als Verträge, die eine eigentliche Abgabevergünstigung anstreben, sollen nach einem Teil der Lehre Verträge zulässig sein, welche die Abgabepflichtigen zu höheren als den gesetzlichen Abgabesätzen verpflichten.⁶⁹⁸ Dieser Teil der Lehre sieht sich insbesondere durch den Entscheid Samnaun (GR) bestätigt, in welchem das Bundesgericht einen verwaltungsrechtlichen Vertrag schützte, in dem sich ein Baugesuchsteller dazu bereit erklärte, eine Lenkungsabgabe von 700 Franken pro Quadratmeter Bruttogeschossfläche für nicht touristisch bewirtschaftete Zweitwohnungen unter der Bedingung zu zahlen, das diesbezügliche Gesetz werde in Kraft treten. Der Vertrag war Voraussetzung dafür, dass die Behörde das Baugesuch, das ein in einer Planungszone gelegenes Grundstück betraf, behandeln konnte, noch bevor über das Schicksal der Gesetzesvorlage Gewissheit bestand.⁶⁹⁹ Das Bundesgericht

694 BGE 136 I 142, E. 4.2; BGE 103 Ia 505, E. 3b; BGE 103 Ia 31, E. 2b.

695 BGE 103 Ia 505, E. 3b.

696 BGE 103 Ia 505, E. 3b.

697 BGE 103 Ia 31, E. 2b.

698 POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 121; i.d.S. wohl auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1322; A.A. ADANK, Contrat de planification, Rz. 563; AEMISEGGER, Mehrwertausgleich, S. 637; MÜLLER G., Zulässigkeit, S. 3. Dazu auch Rz. 283 ff.

699 BGE 136 I 142.

bejahte in dem konkreten Fall die Möglichkeit, eine Lenkungsabgabe trotz fehlender abgaberechtlicher Grundlage vertraglich zu vereinbaren. Es sah in der Vereinbarung auch keinen Fall einer unzulässigen Vorwirkung.⁷⁰⁰

Der erwähnte Teil der Lehre scheint gestützt auf diesen Entscheid und unter Verweis auf eine sehr liberale Handhabung verwaltungsrechtlicher Verträge durch das Bundesgericht die allgemeingültige Regel ableiten zu wollen, es könne zulasten der Privaten vertraglich von den abgaberechtlichen Essentialia, insbesondere der Höhe der Abgabe, abgewichen werden.⁷⁰¹ Bei näherer Betrachtung des Entscheids erweist sich diese Schlussfolgerung jedoch als zu pauschal. Vielmehr zeigt sich, dass die vertragliche Übernahme zusätzlicher Beitragspflichten durch die abgabepflichtige Partei nur im Einzelfall und nur unter besonderen Umständen statthaft ist, was auch AEMISEGGER/KISSLING einräumen.⁷⁰² Im Fall Samnaun (GR) muss man jedenfalls zur Kenntnis nehmen, dass die vertragliche Abgabepflicht unter der Bedingung stand, dass ein entsprechendes Gesetz verabschiedet werde. Damit war die Gesetzeskonformität der Abgabe, wenn auch nachträglich, gewährleistet. Zudem profitierte die private Partei von der Regelung insofern, als ihr Baugesuch aufgrund der Absprache umgehend behandelt werden konnte. Durch den Zeitgewinn erfuhr sie insgesamt folglich eine Besser-, nicht aber eine Schlechterstellung.

(ii) *Kritische Würdigung des Bundesgerichtsentscheids
SGI vs. Stadt Solothurn*

Die Einschätzung, dass die Bundesgerichtsentscheide, die sich mit der vertraglichen Konkretisierung von Abgaben befassen, ausgesprochene Einzelfallentscheide darstellen, bestätigt sich auch mit Blick auf den Entscheid SGI Schweizerische Gesellschaft Immobilien AG (nachfolgend SGI). In dem Entscheid hatte das Bundesgericht einen Vertrag zwischen der Stadt Solothurn und der SGI zu beurteilen, mit der sich die Stadt 1999 dazu verpflichtete, zwei Parzellen der SGI vorzeitig zu erschliessen. Im Gegenzug sagte die SGI zu, innert zwei Jahren nach Rechtskraft einer geplanten Einzonung ein Baugesuch für die erste Bauetappe, die mindestens einen Viertel des gesamten Areals umfassen musste, einzureichen und diese Etappe innert fünf Jahren seit der Einzonung zu realisieren. Für den letztlich eingetretenen Fall des Verzugs der SGI wurde eine Konventionalstrafe in Höhe von 400'000 Franken

700 BGE 136 I 142, E. 4.

701 POLTIER, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 5 Rz. 120; i.d.S. wohl auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1322.

702 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 94.

vereinbart. Gegen die Aufforderung der Stadt, die Strafe zu entrichten, setzte sich die SGI gerichtlich zur Wehr. In ihrer Beschwerde machte sie unter anderem geltend, der Vertrag entbehre einer genügenden gesetzlichen Grundlage. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es auf sie eintrat.⁷⁰³

321 In Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung stellt das Bundesgericht zunächst fest, die Berufung auf die fehlende Rechtsgrundlage sei treuwidrig, zumal die Gemeinde ihre vertragliche Pflicht, die Erstellung der Erschliessungsanlagen, bereits erfüllt hatte.⁷⁰⁴ Hier relevant ist aber das obiter dictum, in dem es ausführt, die Konventionalstrafe führe im Ergebnis zu einer Verschiebung der von den Parteien nach Massgabe des kommunalen Reglements zu tragenden Kosten der Erschliessung. Die Konventionalstrafe entspreche rund dem Gemeindeanteil an den Erschliessungskosten, d.h. jenem Kostenanteil, der den Nutzen widerspiegelt, den die Allgemeinheit durch den Bau der Erschliessungsanlage erfährt. Diese Kosten einzelnen Grundeigentümerschaften anzulasten, sei mit dem Äquivalenzprinzip nicht vereinbar. Im konkreten Fall sei die Überwälzung der Kosten auf die SGI jedoch gerechtfertigt. Die Erschliessung betreffe ein Areal, das am Rand eines Siedlungsgebiets gelegen ist, das auf Ersuchen der SGI eingezont wurde und das für die Allgemeinheit unüberbaut ohne praktischen Nutzen bleibe. Im Gegenteil laufe die Gemeinde Gefahr, dass das zwar eingezonte und erschlossene, letztlich aber ungenutzte Areal einen erheblichen Teil der kommunalen Baulandreserve blockiere. Die Erschliessung begünstige ausschliesslich die SGI, deren Grundstücke durch die Erschliessung eine Wertsteigerung erfahren hatten.⁷⁰⁵ Weil es die relevanten gesetzlichen Grundlagen den Gemeinden erlauben, im Einzelfall höhere als die grundsätzliche geltenden Abgabesätze zu verfügen, und weil Raum für vertragliche Vereinbarungen in Bezug auf die Bemessung des Aufschlags bestehe, sei die vollständige Kostenüberwälzung durch Vertrag im konkreten Fall sachlich gerechtfertigt.⁷⁰⁶

322 Das Bundesgericht stellt ferner fest: «Im Übrigen erachten Rechtsprechung und Lehre verwaltungsrechtliche Verträge über die Abgabepflicht im Hinblick auf die Erschliessung von Bauland grundsätzlich als zulässig, sofern damit keine eigentliche Abgabevergünstigung bezweckt wird [...]»⁷⁰⁷ Bei dieser Feststellung bleibt es jedoch nicht stehen, sondern ergänzt: «Allerdings müsste es *Bedenken wecken*, wenn eine Gemeinde ihre Erschliessungsleistungen *systematisch* von vertraglichen Zusatzleistungen der betroffenen

703 BGer, Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2007.

704 BGer, Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2007, E. 4.3; kritisch dazu Rz. 569 ff.

705 BGer, Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2007, E. 5.2.

706 BGer, Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2007, E. 5.3.

707 BGer, Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2007, E. 5.3.

Privatpersonen abhängig machen wollte.»⁷⁰⁸ Damit unterstreicht das Gericht den Ausnahmecharakter des Entscheids. Wohl auch deshalb kommen AEMISEGGER/KISSLING, die davon ausgehen, dass vertragliche Abweichungen von den abgaberechtlichen Essentialia grundsätzlich zulässig sind, zum Ergebnis: «Eine Garantie dafür, dass das Bundesgericht diese Praxis auch in Zukunft unverändert weiterführt, gibt es nicht.» Es sei deshalb «sowohl aus rechtsstaatlicher als auch aus pragmatischer Sicht zu begrüßen», wenn die Gemeinwesen «detaillierte gesetzliche Grundlagen für verwaltungsrechtliche Verträge» schaffen.⁷⁰⁹

d Fazit

Dafür, dass vertragliche Abweichungen vom gesetzlichen Beitragsatz ohne sachlichen Grund, gerechtfertigt durch die Einwilligung der privaten Partei, zulässig sein sollen, finden sich nach der hier vertretenen Ansicht in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine hinreichenden Anhaltspunkte. Zu Recht, denn sofern ein solcher «Aufschlag» gesetzlich nicht gedeckt ist, werden ökonomisch rational handelnde Private diesem nur zustimmen, wenn sie einem faktischen Kontrahierungszwang ausgesetzt sind. Der «Aufschlag» ist wie typischerweise bei kooperativen Planungen Ausdruck der Monopolstellung des Staates in Bezug auf die von ihm in Aussicht gestellte Gegenleistung. Unter diesen Umständen agieren die Privaten nicht frei, weshalb ihre Einwilligung kein adäquates Surrogat für eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage bildet. Soweit das Gesetz, anders als im Entscheid SGI (Rz. 321), keine Abweichungen von den abgaberechtlichen Essentialia erlaubt, sind diese abschliessend, und es besteht kein Raum für Verträge. Selbstverständlich ist denkbar, dass Private etwa aus Reputationsgründen dem Gemeinwesen einen Betrag entrichten wollen, der über die eigentliche Abgabepflicht hinausgeht. Dieser Betrag wäre dann aber wohl als Spende oder allenfalls als Sponsoring zu qualifizieren und im Rahmen von kooperativen Planungen nur insoweit zulässig, als das Gemeinwesen diesen nicht zur Bedingung des Planungserfolgs macht. Nicht verschwiegen werden darf freilich, dass zwischen der eher zurückhaltenden Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf die vertragliche Vereinbarung von Erschliessungsbeiträgen zulasten der Privaten und der – die Vertragsfreiheit betonenden – Rechtsprechung zu Erschliessungsanlagen, die das gesetzliche Minimum übersteigen (Rz. 314), ein Widerspruch besteht.

708 BGer, Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2007, E. 5.3 (Hervorhebung durch die Autorin).

709 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 94.

VI. Spezielle Vertragsklauseln

1. Konventionalstrafen

1.1 Ausgangspunkt

- 324 Vor allem bei unvollkommen zweiseitigen städtebaulichen Verträge kann das Bedürfnis bestehen, die Erfüllung der vertraglichen Pflichten, welche die Privaten im Hinblick auf den Erlass eines Nutzungsplans übernehmen, durch wirksame Sanktionen zu sichern. Eine für privatrechtliche Rechtsverhältnisse typische Sanktion bilden Konventionalstrafen gemäss Art. 160 ff. OR. Ob sich Konventionalstrafen als Element von verwaltungsrechtlichen Verträgen auf Art. 160 ff. OR analog als subsidiäres öffentliches Recht abstützen lassen oder einer expliziten gesetzlichen Grundlage bedürfen, ist nicht abschliessend geklärt.

1.2 Gegenstand

- 325 Mit der Vereinbarung einer Konventionalstrafe verspricht der Schuldner dem Gläubiger gemäss Art. 160 Abs. 1 und 2 OR eine bestimmte Leistung, wenn er die vertragliche Hauptleistung schuldhaft nicht, nicht gehörig oder zu spät erbringt.⁷¹⁰ Bei Nichteinhaltung der Erfüllungsfrist und des Erfüllungsorts sind Konventionalstrafen vorbehaltlich anderslautender Absprachen zusätzlich zur Hauptleistung geschuldet (kumulative Konventionalstrafen). Der Gläubiger bzw. die Gläubigerin kann folglich neben der Hauptleistung auch die Konventionalstrafe fordern.⁷¹¹ Zudem gilt die Vermutung, dass allfällige Schadenersatzansprüche des Gläubigers bzw. der Gläubigerin an die Strafe anzurechnen sind.⁷¹² Für den Fall der Schlecht- oder Nichterfüllung eines Vertrags sind Konventionalstrafen anstelle der Hauptleistung geschuldet (sog. alternative Konventionalstrafen), d.h., der Gläubiger kann nur die Hauptleistung oder die Konventionalstrafe fordern.⁷¹³ Schliesslich steht es den Parteien frei, sog. exklusive Konventionalstrafen gemäss Art. 160 Abs. 3 OR zu vereinbaren, die den Schuldner ermächtigen, gegen Bezahlung der Strafe vom Vertrag zurückzutreten.⁷¹⁴ Ist nichts anderes vereinbart, sind Konventionalstrafen zu entrichten, ohne dass ein Schaden nachzuweisen wäre.⁷¹⁵ Sie eignen sich deshalb besonders für Verträge, bei denen Leistungsstörungen, was für

710 Zum Erfordernis des Verschuldens HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 1262 m.w.H.

711 HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 1271.

712 HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 1255, 1272.

713 HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 1255, 1263.

714 HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 1273.

715 Vgl. Art. 161 Abs. 1 OR analog; HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 1260.

städtebauliche Verträge typisch ist, keinen ersatzfähigen Schaden nach der Differenzmethode verursachen.⁷¹⁶ Art. 163 Abs. 1 OR gestattet den Parteien, die Konventionalstrafen in beliebiger Höhe festzusetzen.⁷¹⁷ Vorbehalten bleibt die richterliche Reduktion der Strafe, wenn diese in einem krassen Missverhältnis zum Interesse des Gläubigers steht.⁷¹⁸ Für verwaltungsrechtliche Verträge gilt dagegen das strengere Verhältnismässigkeitsprinzip, wonach das Interesse an der Leistung und die Strafe in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen.⁷¹⁹ Soweit Konventionalstrafen über den Schaden hinausgehen, haben sie nicht nur eine Sicherungsfunktion, sondern auch pönalen Charakter.⁷²⁰ Als akzessorische Leistungen zur Hauptpflicht unterliegen die Strafen denselben Formvorschriften wie diese.⁷²¹

1.3 Zulässigkeit

a *Stand der Lehre*

KLEIN erachtet Konventionalstrafen, die als blosses Zwangsmittel zur Durchsetzung einer verwaltungsvertraglichen Pflicht eingesetzt werden, für unbedenklich. Seines Erachtens stellen sie schon deshalb kein unzulässiges Druckmittel dar, weil es der privaten Partei freistehe, die Einwilligung in einen durch eine Konventionalstrafe gesicherten Vertrag zu verweigern. Die Frage nach der Rechtmässigkeit einer Konventionalstrafe könne sich nur stellen, wenn die Behörde die versprochene Leistung im Falle des Verzugs oder der Nichterfüllung auf dem Verfügungsweg durchsetzen kann und deshalb nicht darauf angewiesen ist, wie eine Private zu agieren.⁷²² Auch ADANK ist der Ansicht, dass Konventionalstrafen keiner spezifischen gesetzlichen Regelung bedürfen. Zur Begründung stellt sie auf den Zweck von Konventionalstrafen ab, die der Sicherung der Vertragserfüllung und nicht der Bestrafung der Schuldner dienen.⁷²³ Gleicher Ansicht ist POLTIER.⁷²⁴ SPANNOWSKY erachtet Konventionalstrafen für unproblematisch, wenn sie wie ein Zwangsmittel für die Verwaltungsvollstreckung eingesetzt werden, d.h., wenn der

716 HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 1252; siehe Rz. 586.

717 HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 1275.

718 BGer, Urteil 4A_107/2011 vom 25.8.2011, E. 3.1.

719 ADANK, Contrat de planification, Rz. 820 f.; KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 105; SPANNOWSKY, Grenzen, S. 252.

720 HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 1251.

721 WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, in: Basler Kommentar OR I, Art. 160 Rz. 11.

722 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 104.

723 ADANK, Contrat de planification, Rz. 817.

724 POLTIER, La place du contrat, S. 138 f.

Zweck der Strafe lediglich darin besteht, den Schuldner zur Erbringung der versprochenen Leistung anzuhalten. Es gebe insbesondere keine Bedenken, wenn Behörden berechtigt seien, neben der Hauptpflicht auch ein «Zwangsgeld» zu deren Durchsetzung anzuordnen, d.h., wenn neben der Hauptpflicht auch die vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe durch eine Verfügungsoption unterlegt ist.⁷²⁵ AEMISEGGER/KISSLING scheinen die gesetzliche Regelung von Konventionalstrafenklauseln jedenfalls zu empfehlen.⁷²⁶

b Stand der Rechtsprechung

- 327 Das Bundesgericht schützte im bereits vorgestellten Entscheid «SGI gegen die Stadt Solothurn» (Rz. 320 ff.) eine Konventionalstrafe, welche die SGI für den (letztlich eingetretenen) Fall versprochen hatte, dass sie es nicht schaffen werde, innert zwei Jahren nach der Einzonung zweier ihrer Grundstücke ein Baugesuch für die erste Bauetappe einzureichen und innert fünf Jahren die Etappe zu realisieren. Im Gegenzug versprach die Stadt Solothurn, mit Rechtskraft der Baubewilligung die Erschliessung der Grundstücke umgehend an die Hand zu nehmen.⁷²⁷ Nachdem die SGI mit der ersten Bauetappe unbestrittenermassen in Verzug geraten war, verweigerte sie die Zahlung der Konventionalstrafe mit der Begründung, die vertragliche Baupflicht sei vom Gesetz nicht gedeckt und deshalb unzulässig. Dasselbe gelte für die Konventionalstrafe, die das rechtliche Schicksal der Hauptleistung teile. Das Bundesgericht wies die Beschwerde als treuwidrig ab⁷²⁸, nahm den Fall aber zum Anlass, sich in einem obiter dictum zur Zulässigkeit der Konventionalstrafe zu äussern. Dabei kam es zum Schluss, dass die vereinbarte Strafe im konkreten Fall dem Teil der Beiträge an die Erschliessung entsprach, den die abgabepflichtige SGI aufgrund der Vertragsverletzung zusätzlich zu tragen hatte, weshalb sie sich auf kantonales Recht abstützen lasse. Das Gericht begründete seine Ansicht ausführlich. Jedenfalls ging es nicht leichthin von der Zulässigkeit von Konventionalstrafen gemäss Art. 160 ff. OR analog aus. Diese grundsätzliche Frage liess es vielmehr offen.⁷²⁹

725 SPANNOWSKY, Grenzen, S. 252 f.; zum Ganzen schon Rz. 253.

726 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15a Rz. 43, vgl. Vorbemerkungen Rz. 94.

727 BGer, Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2007, S. A.

728 BGer, Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2007, E. 4.

729 BGer, Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2007, E. 5.1. Dazu auch AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 111, sowie BÜHLMANN/KISSLING, Städtebauliche Verträge, S. 14 f.

c Kritische Würdigung

Konventionalstrafenklauseln sind vertragliche Absprachen, welche die privaten Akteure bei einer durch diese verschuldeten Leistungsstörung belasten. Ob sich solche Klauseln auf ein genügend bestimmtes Gesetz abstützen können lassen müssen, ist nach Massgabe der Entscheidungsfreiheit der Privaten zu beurteilen. Konventionalstrafen bilden akzessorische Leistungen zur vertraglichen Hauptleistung. Als solche teilen sie deren rechtliches Schicksal. Ist der Abschluss verwaltungsrechtlicher Verträge durch ein Verhältnis spezifisch gearteter Subordination geprägt, in dem die Zustimmung der Privaten vermutungsweise als nicht freiwillig erteilt gilt (Rz. 215), ist auch die Zustimmung zu einer akzessorischen Konventionalstrafenklausel durch diese spezifische Abhängigkeit der Privaten vom Staat belastet. KLEINS Argument, Konventionalstrafen seien unbedenklich, weil die Privaten einen Vertrag, der auf diese Weise gesichert wird, jederzeit ablehnen könnten (Rz. 326), greift folglich zu kurz. Bleiben Konventionalstrafen auf ihre *sichernde Funktion* beschränkt, ist mit ADANK dennoch davon auszugehen, dass sie als blosse vertragliche Nebenleistungen nicht zu beanstanden sind, wenn sich die Hauptleistung auf eine genügend gesetzliche Grundlage stützen kann, und dass sie deshalb keiner spezifischen Regelung bedürfen (Rz. 326). Anders zu beurteilen sind Konventionalstrafen, die auch *pönalen Charakter* haben, weil sie über den durch die Vertragsverletzung verursachten Schaden hinausgehen.⁷³⁰ Dieser Teil muss sich als zusätzliche Belastung des Schuldners bzw. der Schuldnerin auf ein genügend bestimmtes Gesetz zurückführen lassen bzw. gesetzlich so geregelt sein, dass die Behörden ihre Leistungen an die Zusicherung der Konventionalstrafe binden dürfen.⁷³¹

Für städtebauliche Verträge stellt sich die Situation differenziert dar. Danach sind einmalige Konventionalstrafen bei *Mehrwertausgleichsverträgen*, welche die Abgeltung planerischer Mehrwerte in Sach- oder Geldleistungen regeln, unproblematisch, wenn die vertragliche Absprache auf einer nachvollziehbaren Bemessung des Mehrwertausgleichs beruht, die Strafe auf diesen Betrag beschränkt ist, wenn sie nicht zusätzlich, sondern lediglich alternativ zur Hauptleistung geschuldet ist und allfällige Schadenersatzforderungen

730 Zum Verhältnismässigkeitsprinzip als Grenze der Bemessung einer rein exekutorischen Strafe siehe Rz. 325.

731 I.d.S. MÜLLER-TSCHUMI, Leistungsstörungen, S. 75, 86; vgl. AEMISEGGER/KISLING, welche die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage jedenfalls empfehlen (in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 15a Rz. 43, vgl. Vorbemerkungen Rz. 94). Zum Erfordernis eines gesetzlich normierten Sanktionsregimes siehe schon Rz. 252 f.).

anrechenbar sind. Ein Bedürfnis nach einer spezifischen Regelung besteht dann nicht. Als problematisch erweist sich hingegen, wenn Vertragsverletzungen wie die Verletzung *vertraglicher Baupflichten* (Rz. 243) keinen Schaden gemäss Differenzhypothese verursachen (Rz. 587). Konventionalstrafen wären nach der Doktrin insoweit von der Hauptpflicht gedeckt, als sie das öffentliche Interesse an der Erfüllung des Vertrags abbilden und ihnen deshalb eine Sicherungsfunktion, nicht aber eine darüber hinausgehende pönale Funktion zukommt (Rz. 325). Aufgrund der Schwierigkeiten, den monetären Wert öffentlicher Interessen zu bemessen, wird typischerweise aber nicht eindeutig zu bestimmen sein, ob in Geld bemessene Konventionalstrafen lediglich der Sicherung der Hauptleistung dienen. Im Interesse der Rechtsicherheit und Vorhersehbarkeit ist deshalb zu empfehlen, Konventionalstrafen gesetzlich zu regeln oder zumindest eine transparente Behördenpraxis für deren Bemessung zu entwickeln. Das gilt unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit (Rz. 325) im Besonderen für periodisch wiederkehrende Konventionalstrafen, die etwa bei Bauverzögerungen für jeden Tag, jede Woche oder jeden Monat des Schuldnerverzugs fällig werden. Einer gesetzlichen Grundlage bedürfen klarerweise aber solche Sanktionen, die zwar auf die Durchsetzung der Hauptpflicht gerichtet sind, aber etwas anderes als die vertragliche Pflicht gebieten (Rz. 253).

1.4 Ausgestaltung

a Überblick

- 330 Die konkrete Ausgestaltung einer Konventionalstrafe wird nach dem Gegenstand des Vertrags zu bestimmen sein. Neben der Wirkung der Konventionalstrafe (alternativ, kumulativ oder exekutorisch) sind die Höhe der Strafe und der Modus der Verpflichtung (einmalig bzw. wiederkehrend) festzulegen. Zudem ist zu entscheiden, ob die Mittel, die den Gemeinwesen aus Konventionalstrafen zufließen, zweckzubinden sind.

b Verhältnis der Konventionalstrafe zur Hauptschuld

- 331 Für die Entscheidung, ob eine Konventionalstrafe alternativ, kumulativ oder exekutorisch sein soll, ist auf den Zweck städtebaulicher Verträge, namentlich die Erfüllung raumordnungsbezogener Aufgaben (Rz. 192), abzustellen. Da Konventionalstrafen typischerweise Geldstrafen sind und mit der bloss monetären Kompensation der vereinbarten vertraglichen Pflichten das öffentliche Interesse, das städtebaulichen Verträgen zugrunde liegt, in der Regel nicht verwirklicht werden kann, *scheiden alternative Konventionalstrafen*, die dem Schuldner bzw. der Schuldnerin ein Wahlrecht zwischen der Erfüllung des Vertrags und der Zahlung der Konventionalstrafe einräumen,

aus. Dagegen dürften kumulative Konventionalstrafen, die den Gläubiger bzw. die Gläubigerin dazu berechtigen, sowohl die Hauptleistung als auch die Strafe zu fordern, in Bezug auf städtebauliche Verträge besonders geeignet sein. Sie erlauben es, starke Anreize für die Vertragserfüllung zu setzen und zugleich das an der Hauptleistung bestehende öffentliche Interesse zu wahren.⁷³²

c Bemessung der Konventionalstrafe

Konventionalstrafen können, wie bereits ausgeführt, als einmalige Strafe, als 332 periodisch wiederkehrende Strafe für jeden Tag, jede Woche oder jeden Monat für den Fall eines Schuldnerverzugs oder als Kombination aus einmaliger und wiederkehrender Strafe ausgestaltet sein.⁷³³ Bei der Festsetzung der Strafhöhe sind im Wesentlichen zwei Faktoren zu bedenken: Die Strafe muss *anreizkompatibel* sein, damit sie Wirkung entfaltet, und sie muss das *öffentliche Interesse* an der Planung *widerspiegeln* und insofern verhältnismässig sein.⁷³⁴ Je nach wirtschaftlicher Potenz des Schuldners bzw. der Schuldnerin werden Konventionalstrafen in vergleichbarer Höhe eine unterschiedlich starke Anreizwirkung entfalten. Für die Bemessung der Strafen ist im verwaltungsrechtlichen Kontext aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips aber primär auf das öffentliche Interesse an der Hauptpflicht abzustellen.⁷³⁵ Die wirtschaftliche Potenz der privaten Partei ist, wie ADANK zu Recht herausarbeitet, für die Bemessung der Konventionalstrafe nur insoweit relevant, als sie als Kriterium für die Beurteilung der Übermässigkeit der Strafe herangezogen wird.⁷³⁶

d Zweckbindung der Erträge

Mit Blick auf das Koppelungsverbot, wonach die durch verwaltungsrechtli- 333 chen Vertrag vereinbarten Leistungen und Gegenleistungen in einem sachlichen Zusammenhang stehen müssen (Rz. 145), und weil verwaltungsrechtliche Verträge auf die unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben gerichtet sind, stellt sich die Frage, ob die Mittel, die dem Gemeinwesen aus Konventionalstrafen zufließen, einer Zweckbindung zu unterstellen sind. Für den vertraglichen Mehrwertausgleich folgt die Zweckbindung mindestens für Mehrwerte gemäss Art. 5 Abs. 1bis RPG wohl unmittelbar aus Abs. 1^{ter}

732 I.d.S. auch ADANK, Contrat de planification, Rz. 824.

733 ADANK, Contrat de planification, Rz. 822.

734 ADANK, Contrat de planification, Rz. 820 f.

735 ADANK, Contrat de planification, Rz. 820 f.; Rz. 323.

736 ADANK, Contrat de planification, Rz. 821.

(Rz. 277), wenn die Konventionalstrafe alternativ zur Hauptleistung geschuldet ist und damit den Schuldner bzw. die Schuldnerin von der vereinbarten Sach- oder Dienstleistung befreit. Ungeachtet dessen ist die Zweckbindung der Erträge für städtebauliche Verträge aber *auch bei kumulativen Konventionalstrafen* zu empfehlen. Konventionalstrafen werden bei einer Vertragsverletzung fällig, d.h. nur dann, wenn die Verwirklichung der vertraglich angestrebten öffentlichen Interessen eine Beeinträchtigung erfahren hat. Mit der Zweckbindung der Erträge kann diese Beeinträchtigung durch entsprechende Massnahmen ganz oder teilweise kompensiert werden. In Anlehnung an Art. 5 Abs. 1ter RPG sollte die Verwendung der Mittel bei städtebaulichen Verträgen gesetzlich auf raumordnungspolitische Massnahmen, namentlich den Schutz von Kulturland, die Mobilisierung von Bauland und die Siedlungsentwicklung nach innen, beschränkt sein.⁷³⁷

2. Schiedsklauseln

- 334 Nur in engen Grenzen zulässig sind *Schiedsklauseln*, d.h. Klauseln, mit denen die Parteien die gesetzlich vorgesehene Rechtsmittelbehörde durch ein vertraglich bestimmtes Rechtsmittelorgan ersetzen.⁷³⁸ Schiedsklauseln sind auch im öffentlichrechtlichen Kontext denkbar, im Vergleich zur privatrechtlichen Sphäre aber von nur untergeordneter Bedeutung.⁷³⁹ Die in der Literatur teilweise geäusserten Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit solcher Klauseln beziehen sich in erster Linie auf subordinationsrechtliche Verträge. Demnach sei fraglich, ob ein ursprünglich auf die privatautonome Streitbeilegung ausgerichtetes Verfahren geeignet ist, um auch öffentliche Interessen zu verhandeln und Drittinteressen zu berücksichtigen.⁷⁴⁰ Schiedsfähig sollen jedenfalls nur jene streitigen öffentlichrechtlichen Ansprüche sein, über welche die Parteien frei verfügen können und die nicht in die ausschliessliche Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichts oder einer Fachbehörde fallen.⁷⁴¹

737 A.A. ist ADANK, welche die analoge Anwendung der für die Kompensation planerischer Mehrwerte entwickelten Regeln gemäss Art. 5 Abs. 1ter RPG auf Konventionalstrafen deshalb für nicht gerechtfertigt erachtet, weil Letztere lediglich auf die Sicherung der Hauptleistung gerichtete vertragliche Nebenleistungen sind, während die Hauptleistung der Privaten beim vertraglichen Mehrwertausgleich das öffentliche Interesse an dem Vertrag widerspiegeln. Beide Leistungen seien nicht vergleichbar, weshalb sich ein Analogieschluss nicht anbieten (Contrat de planification, Rz. 827).

738 Siehe Art. 353 ff. ZPO; KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 102.

739 VGer/BE, Urteil 100.2012.54 vom 17.8.2012, E. 3.2 (BVR 2012 567 ff.); WALSER, Schiedsfähigkeit, S. 332 f., 337; KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 102 f.

740 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 102.

741 Zu diesem eher theoretischen Fall siehe KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 103. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist auch dann ausgeschlossen, wenn das kantonale Gesetz den Klageweg vorsieht (VGer/ZH, Urteil VK.2009.00002 vom 25.2.2010, E. 1).

Ferner muss das Verfahren elementaren rechtsstaatlichen Anforderungen genügen.⁷⁴² Trotz eines im kantonalen Recht zwingend vorgesehenen Beschwerde- oder Klageverfahrens sind Schiedsverfahren als vorgelagerte Verfahren zulässig. Sie werden insbesondere zur Beschleunigung und aus Gründen der Vertraulichkeit des Verfahrens gewählt.⁷⁴³ Allerdings steht es den Parteien jederzeit frei, den gesetzlichen Rechtsweg zu beschreiten.⁷⁴⁴

3. Überbindungsklausel und Grundbucheintrag

3.1 Überbindungsklausel

Nutzungspläne stellen eine parzellenscharfe räumliche Ordnung auf, die ungeachtet der Person der Grundeigentümerschaft gilt (Rz. 29). Dagegen entfalten städtebauliche Verträge, die sich wie vertragliche Baupflichten unmittelbar auf Nutzungspläne beziehen, lediglich Wirkung «inter partes». Da solche Verträge mit den im Rahmen von kooperativen Planungen erarbeiteten Plänen eine materielle Einheit bilden, gilt es, das Zusammenspiel beider Instrumente zum Schutz der mit diesen verfolgten öffentlichen Interessen zu sichern. Die Sicherung erfolgt vertraglich mit sog. Überbindungsklauseln. Sie verpflichten die private Kooperationspartei als Grundeigentümerin dazu, ihr auf den Nutzungsplan gerichtetes Leistungsversprechen für den Fall der Veräusserung des Grundstücks oder der Begründung einer relevanten Nutzungsbefugnisse einräumenden Dienstbarkeit (insbesondere eines Baurechts) auf die Erwerberin der Parzelle bzw. den Dienstbarkeitsberechtigten zu übertragen.⁷⁴⁵ Hierdurch erfährt der Vertrag einen Grundstücksbezug.

3.2 Exkurs: Grundbucheintrag

Soweit städtebauliche Verträge *grundstücksbezogene, dauerhafte Eigentumsbeschränkungen* begründen, sind sie nach Art. 962 Abs. 1 ZGB im Grundbuch einzutragen, wenn sie vom Anwendungsbereich von Art. 962 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 129 Abs. 1 GBV erfasst sind oder das kantonale Gesetz den Eintrag vorsieht. Dazu zählen namentlich Eigentumsbeschränkungen, die im Zusammenhang mit dem Natur-, Heimat- und Umweltschutz (Art. 129 Abs. 1 lit. a GBV), der Förderung des Wohnungsbaus (lit. d) oder der Baugesetzgebung (lit. g) stehen. Dagegen sind Eigentumsbeschränkungen, die sich aus dem

742 Schiedsgericht (Aargau), Urteil vom 15.3.1999, E. 3 und 4 (ZBl 1999 547 ff.); VGer/ZH, Urteil VB.2003.00030 vom 15.4.2003, E. 4a.

743 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 102.

744 VGer/ZH, Urteil VB.2003.00030 vom 15.4.2003, E. 4; VGer/ZH, Urteil VK.2009.00002 vom 25.2.2010, E. 1.1; Jaag, in: Kommentar VRG/ZH, § 81 Rz. 18.

745 ADANK, Contrat de planification, Rz. 420 f.

Gesetz (z.B. gesetzliche Kaufrechte) oder aus Raumplänen ergeben und deshalb als bekannt gelten, von der Eintragung ausgeschlossen.⁷⁴⁶ Es werden nur Eigentumsbeschränkungen eingetragen, die *grundstücksbezogen* sind, weil sie die Grundeigentümerschaft nicht persönlich und ausschliesslich verpflichten, sondern aufgrund einer Überbindungsklausel für die jeweilige Eigentümerschaft gelten.⁷⁴⁷ Die Eigentumsbeschränkung muss zudem *dauerhafter* Natur sein. Dazu zählen beispielsweise Nutzungsbeschränkungen für einzelne Räume, das Verbot der Zweckentfremdung von Geschossfläche für preisgünstigen Wohnungsbau⁷⁴⁸, Beitragspflichten an künftig zu erstellende Erschliessungsanlagen oder auch Baupflichten.⁷⁴⁹ Der Grundbucheintrag ist deklaratorischer Natur; er hat keinen Einfluss auf die materielle Rechtslage.⁷⁵⁰

Kapitel 10: Zum Verhältnis von Plan und Vertrag

I. Wahl der Handlungsform

1. Art. 2 Abs. 1 RPG als Zuordnungskriterium

- 337 Ob die Ergebnisse kooperativer Planungen Gegenstand von Nutzungsplänen oder städtebaulichen Verträgen bilden, ist anhand von Art. 2 Abs. 1 RPG zu entscheiden. Danach sind raumwirksame Tätigkeiten, die zu ihrer sachgerechten Erfüllung der Abstimmung bedürfen, einer Planung zuzuführen und die Ergebnisse des Planungsprozesses in einem Plan festzuhalten. Für sie schliesst das Raumplanungsgesetz des Bundes städtebauliche Verträge als Handlungsform aus (Rz. 196 ff.). Dagegen sind typischerweise all jene raumbezogenen Tätigkeiten städtebaulichen Verträgen zugänglich, die bloss *Mittel* der Nutzungsplanung sind, weil sie wie Baupflichten oder der Mehrwertausgleich auf die Sicherung und Umsetzung von Nutzungsplänen abzielen, ohne dabei selbst raumwirksame Anordnungen zu treffen.⁷⁵¹

2. Spezielle kantonale gesetzliche Bestimmungen

- 338 Die Grenze zwischen raumwirksamen und deshalb zu planenden Tätigkeiten und raumrelevanten Tätigkeiten, die – weil sie die Schwelle zur Raum-

746 Botschaft ZGB 2007, S. 5332.

747 Botschaft ZGB 2007, S. 5332; SCHMID, in: Basler Kommentar ZGB II, Art. 962 Rz. 4.

748 Vgl. § 38 Abs. 2 BO/ZG.

749 Botschaft ZGB 2007, S. 5332; SCHMID, in: Basler Kommentar ZGB II, Art. 962 Rz. 7.

750 Botschaft ZGB 2007, S. 5333; SCHMID, in: Basler Kommentar ZGB II, Art. 962 Rz. 12.

751 Vgl. TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 2 Rz. 10 ff.

wirksamkeit nicht überschreiten⁷⁵² – von der Planungspflicht ausgenommen sind, ist fließend. Ausgesprochene Grenzfälle, wie Massnahmen zur Förderung des preisgünstigen Wohnraumes, regelt teilweise das kantonale Recht. Die Festlegung von Mindestanteilen an preisgünstigem Wohnraum in Wohnzonen tangiert zwar die sozioökonomische Struktur ihrer Nutzen, nicht aber die Art der Nutzung in der betreffenden Zone (Wohnen bleibt Wohnen). Sie wird deshalb kaum raumwirksame Folgen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 RPG zeitigen und nicht zwingend der Planungspflicht unterstehen. Je nach dem Zweck der Förderung von preisgünstigem Wohnraum bieten sich planerische Massnahmen aber an: Wird eine durchgängige soziale Durchmischung der Siedlungsstruktur angestrebt, erweisen sich Flächenanteilspläne und mithin planerische Lösungen als sachgerecht.⁷⁵³ Dagegen lassen sich bloss punktuelle Lösungen auch vertraglich erreichen, namentlich durch Mehrwertausgleichsverträge.⁷⁵⁴ Vereinzelt bilden nach dem kantonalen Recht auch Themen Gegenstand von Nutzungsplänen, die von der Planungspflicht nach Art. 2 Abs. 1 RPG offensichtlich nicht erfasst sind. Dazu zählen namentlich energetische Gebäudemassnahmen⁷⁵⁵, Aspekte der Erhebung von Mehrwertabgaben⁷⁵⁶ oder die Festlegung von Perimeterbeiträgen an die Erschliessung.⁷⁵⁷

Die Integration aller mit dem Erlass von insbesondere Sondernutzungsplänen assoziierten Themen im Plan selbst hat mehrere Vorteile: Sie erleichtert die Klärung der Rechtslage, weil sie es den verschiedenen im Planungsprozess und im anschliessenden Baubewilligungsverfahren beteiligten Akteuren – namentlich der Bevölkerung im Mitwirkungsverfahren (Rz. 430), dem zuständigen Organ im Planerlassverfahren (Rz. 475 ff.), der Baubewilligungsbehörde im Baubewilligungsverfahren sowie legitimierten Dritten im Einwendungs- und Rechtsmittelverfahren (Rz. 465 ff. bzw. Rz. 549) – ermöglicht, sich anhand der Planentwürfe bzw. der festgesetzten Pläne ein umfassendes Bild vom Gegenstand des planerischen Entscheids zu machen. Pläne sind zudem per se grundstücksbezogen, während es für städtebauliche Verträge hierfür spezieller Vorkehrungen bedarf (Rz. 335). Nicht zuletzt werden durch die Wahl des Plans als Handlungsform verschiedene verfahrensrechtliche

752 TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 2 Rz. 15.

753 Vgl. § 37 BO/ZG sowie § 49b Abs. 1 PBG/ZH.

754 Vgl. Art. 65 Abs. 1 lit. j PBG/SG.

755 Vgl. § 24 Abs. 1 Ziff. 7 und 10 PBG/TG sowie § 24 Abs. 2 PBG/SZ.

756 Vgl. § 101 Abs. 2 lit. h BPG/BS.

757 Vgl. § 101 Abs. 2 lit. g BPG/BS sowie § 146 Abs. 1 PBG/ZH. Dazu auch VON REDING, Bau-
landerschliessung, S. 44 f.

Unsicherheiten vermieden, die mit verwaltungsrechtlichen Verträgen unter anderem in Bezug auf den Drittrechtsschutz assoziiert sind (Rz. 528 ff. sowie Kapitel 13).

- 340 Soweit der kantonale Gesetzgeber bloss *raumrelevante Aufgaben*, d.h. Aufgaben mit Raumbezug, die nicht raumwirksam im Sinne von Art. 2 Abs. 1 RPG sind, der Nutzungsplanung unterstellt, sind diesbezügliche vertragliche Abreden ausgeschlossen.

3. Bedeutung informeller Absprachen

- 341 Informelle Absprachen übernehmen im Kontext kooperativer Planungen die Funktion von *Zwischenspeichern von Verhandlungsergebnissen*. Sie schliessen das informelle Vorverfahren ab und bilden folglich einen Prozessschritt im Zuge der rechtsverbindlichen Konkretisierung planerischer Themen (Rz. 158, 425). Soweit sie Inhalte gemäss Art. 2 Abs. 1 RPG betreffen, besteht für sie als *selbständige Akte*, wie für städtebauliche Verträge auch, *kein Raum*. Soweit sie Inhalte betreffen, die auch Verträgen zugänglich sind, erweisen sie sich aufgrund ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit als *ungeeignet*, wenn sie auf den Erlass eines Nutzungsplans bezogene Leistungsversprechen der Privaten beinhalten, an deren Erfüllung Letztere kein Interesse mehr haben, sobald der Nutzungsplan in Kraft gesetzt ist.

II. Gesetzliche Fundierung kooperativer Inhalte

- 342 Kooperative Planungen finden aufgrund der Monopolstellung des Staates in Bezug auf den Erlass von Nutzungsplänen stets in einem Verhältnis spezifisch gearteter Subordination statt (Rz. 168, 215). Das betrifft neben Inhalten, die der Planungspflicht unterstehen, auch alle übrigen Themen, an die der Staat den Erlass von (Sonder-)Nutzungsplänen knüpft. Entsprechend gelten jedenfalls im Grundsatz ungeachtet der Handlungsform – Plan oder Vertrag – für die Zulässigkeit kooperativer Inhalte *dieselben* Anforderungen: Das Gesetz muss Raum für Verhandlungslösungen lassen (Rz. 99 f., 168 und 196 ff.), es müssen sachliche Gründe für die Wahl der kooperativen Methode bestehen (Rz. 102 ff., 169 und 214), und das kooperative Ergebnis muss – um die Willensfreiheit der privaten Partei zu sichern – entweder durch eine Verfügungslösung unterlegt sein oder den Behörden das Recht einräumen, den Erlass des Nutzungsplans bzw. den Abschluss des Vertrags an die vereinbarte Gegenleistung zu knüpfen. Im Ergebnis zeigt sich, dass die Flexibilisierungsmöglichkeiten, welche die kooperative Methode eröffnet, im Hinblick auf den Umfang des Leistungspakets, das die Privaten für die Möglichkeit, an einer auf ihre Bedürfnisse zugeschnittenen Planung mitzuwirken, versprechen, beschränkt sind. Etwas

anderes gilt für die inhaltliche Konkretisierung dieses Leistungspakets (Rz. 135, 191). Trotz einer engen rechtlichen Einbindung kooperativer Absprachen bleibt deshalb genügend Spielraum für städtebaulich interessante Ergebnisse.

III. Der Mehrwertausgleich im Besonderen

1. Pro memoria: Methoden und Praxis des Ausgleichs

Den Kern der Verhandlungen zwischen Staat und Privaten im Kontext kooperativer Planungen bilden letztlich die Schaffung und der Ausgleich planerischer Mehrwerte. Das Ergebnis stellt für die Beteiligten eine Win-win-Situation dar, wobei die Privaten von einer besseren Ausnützung ihres Grundstücks profitieren, während das Gemeinwesen städtebauliche Lösungen herbeiführen kann, die ausserhalb seines Anordnungsspielraums liegen (Rz. 8). In der Praxis bestehen, oft historisch gewachsen, teilweise verschiedene Formen des Mehrwertausgleichs nebeneinander, namentlich der abgaberechtliche und/oder vertragliche Mehrwertausgleich auf der einen Seite (Rz. 269 ff.) und der sog. «antizipierte» Mehrwertausgleich in Form von nutzungsplanerischen Anordnungen auf der anderen Seite (Rz. 167). Nachfolgend ist dieses Verhältnis näher zu beleuchten.

2. Zum Verhältnis von planerischem, abgaberechtlichem und vertraglichem Ausgleich

Für das Verhältnis von abgaberechtlichem bzw. vertraglichem Mehrwertausgleich einerseits und antizipiertem Mehrwertausgleich andererseits bestehen im Grundsatz zwei Optionen: Entweder die verschiedenen Erhebungsformen stehen *alternativ* zueinander. In diesem Fall ist der Wert der Massnahmen des antizipierten Mehrwertausgleichs an die geschuldete, allenfalls vertraglich flexibilisierte Mehrwertabgabe anzurechnen. Die *Belastung* der abgabepflichtigen Grundeigentümerschaften wäre *ungeachtet der Methode des Mehrwertausgleichs identisch*. Der Gesetzgeber müsste diesfalls einen geeigneten Verrechnungsmechanismus festlegen. Oder der antizipierte Mehrwertausgleich ist *zusätzlich* zum abgaberechtlichen, allenfalls vertraglich flexibilisierten Mehrwertausgleich geschuldet. In diesem Fall werden Grundeigentümerschaften jedenfalls dann *unterschiedlich stark belastet*, wenn der antizipierte Mehrwertausgleich nicht bei allen Nutzungsplanungen erfolgt. Zwar wird der Wert einer Parzelle durch planerische Festlegungen, die einen antizipierten Mehrwertausgleich bewirken, in der Regel sinken und damit auch die Bemessungsgrundlage für den abgaberechtlichen bzw. vertraglichen Mehrwertausgleich. Soweit der Mehrwertausgleich mittels Abgabe oder

Vertrag aber nicht zu 100 Prozent erfolgt, was in keinem Kanton auch nur annähernd der Fall ist (Rz. 279), werden Grundeigentümerschaften, die auf Massnahmen des antizipierten Mehrwertausgleichs verpflichtet werden, stärker belastet als jene, die solche Massnahmen nicht zu tragen haben.⁷⁵⁸

345 Die kumulative Erhebung von antizipiertem und abgaberechtlichem Mehrwertausgleich kann aus *raumordnungspolitischer* Sicht problematisch sein, wenn der antizipierte Mehrwertausgleich nur für projektbezogene, kooperativ erarbeitete (Sonder-)Nutzungspläne, die den Grundeigentümerschaften gegenüber den (ursprünglichen) Rahmennutzungsplänen zusätzliche Nutzungsmöglichkeiten einräumen, nicht aber für die Festsetzung von nicht kooperativ erarbeiteten Nutzungsplänen gelten soll. Kooperativen Planungen kommt insbesondere bei der Siedlungsentwicklung nach innen eine wichtige Steuerungsfunktion zu. Werden sie vergleichsweise stärker belastet, büssen sie an Attraktivität bei privaten Investorinnen und Investoren ein – ein Effekt, der vor dem Hintergrund der schweizweiten Bestrebungen zur Verdichtung von Siedlungsgebieten nicht erwünscht sein kann.

346 Im Verhältnis zwischen antizipiertem und abgaberechtlichem Mehrwertausgleich ist nicht zuletzt Folgendes zu beachten: Sofern und soweit das kantonale Planungsrecht Raum für einvernehmliche planerische Festlegungen lässt, ist in Bezug auf den antizipierten Mehrwertausgleich das kantonale Ausführungsrecht zum Mehrwertausgleich gemäss Art. 5 RPG zu beachten. Ist dieses abschliessend geregelt, besteht nach hier vertretener Ansicht kein Raum für entsprechend motivierte Planungsmassnahmen durch die Gemeinden. Andernfalls würde das diesbezügliche kantonale Recht unterlaufen.

758 Das folgende Rechenbeispiel soll dies exemplarisch zeigen: Der Wertzuwachs, den eine Parzelle durch planerische Massnahmen erfährt, soll annahmegemäss 100'000 Franken betragen. Der Satz der Mehrwertabgabe beträgt 20 Prozent. In diesem Fall hätte die Grundeigentümerschaft eine Mehrwertabgabe von 20'000 Franken zu entrichten. Wird sie planungsrechtlich zur Bereitstellung von preisgünstigem Wohnraum als Form des antizipierten Mehrwertausgleichs verpflichtet, die ihren planerischen Mehrwert um 20'000 Franken schmälert, entrichtet sie nach dem Planerlass mit 16'000 Franken ($(100'000 \text{ Franken} - 20'000 \text{ Franken}) \times 20 \text{ Prozent}$) zwar einen tieferen Mehrwertausgleich gemäss Art. 5 RPG; mit insgesamt 36'000 Franken (20'000 Franken für den antizipierten Mehrwertausgleich + 16'000 Franken für den Mehrwertausgleich i.S.v. Art. 5 RPG) aber deutlich mehr als im Ausgangsszenario ohne antizipierten Mehrwertausgleich.

Teil 3: Verfahren

Kapitel 11: Akteure

I. Einführung

Je nach Gegenstand und Komplexität des Bauprojekts sind unterschiedliche Akteure an kooperativen Planungen beteiligt. Dazu zählen neben den staatlichen Organen, welche die Erarbeitung der Pläne fachlich anleiten und koordinieren, städtebauliche Verträge abschliessen und die nötigen Pläne festsetzen, die privaten Kooperationsparteien sowie allenfalls externe Konfliktmittlerinnen bzw. Konfliktmittler, die den Aushandlungsprozess moderierend begleiten und die Parteien bei der Erarbeitung von Lösungen unterstützen. In diesem Kapitel sollen die Rollen und Funktionen der an den Verhandlungen unmittelbar beteiligten Akteure geklärt werden. Dabei wird auch zu zeigen sein, in welchen Organisationsformen sich Private und Behörden gegenüber treten. Die Frage, wie die Behörden jene Privaten auswählen, mit denen sie eine Kooperation eingehen, bildet Gegenstand von Kapitel 12 III.2 Nicht zu dem hier betrachteten Akteurskreis zählen jene Personen, die sich an partizipativen Ansätzen wie Bürgerdialogen beteiligen (Rz. 48 f.), sowie schutzwürdig betroffene Dritte (Rz. 465). Ihre Positionen haben zwar insofern Einfluss auf das Ergebnis der Verhandlungen, als die Kooperationsparteien diese bei der Definition ihrer Verhandlungspositionen berücksichtigen können bzw. im Fall des Gemeinwesens müssen (Rz. 532). Von den Verhandlungen selbst bleiben Bürgerinnen und Bürger sowie Drittbetroffene typischerweise aber ausgeschlossen, um den Aushandlungsprozess nicht zu überlasten.⁷⁵⁹

II. Staatliche Akteure

1. Typische Kompetenzordnungen: Überblick

Ja nach kantonaler bzw. kommunaler Kompetenzausscheidung in der Raumplanung sind unterschiedliche staatliche Akteure an kooperativen Planungen beteiligt. Typischerweise bestehen folgende Zuständigkeitsordnungen:

⁷⁵⁹ Dazu Rz. 45, siehe aber Rz. 428 ff.

- 349 — *Entscheidungsbefugnis der Exekutivbehörden:* Bei dieser Variante leiten die Exekutivbehörden – indem sie mit den Privaten in Verhandlung treten und Vertrags- sowie Planentwürfe erarbeiten – nicht nur das Verfahren ein und bereiten die Festsetzungsentscheide vor. Sie sind auch das für den Abschluss städtebaulicher Verträge und den Erlass der kooperativ erstellten Pläne zuständige Organ.⁷⁶⁰ Kooperative Planungen sind in diesem Modell der demokratischen Mitwirkung des Stimmvolks weitgehend entzogen.⁷⁶¹ Innerhalb der Exekutive besteht in aller Regel eine Aufgabenteilung insoweit, als die Fachbehörden bzw. -gremien den Planerlass koordiniert vorbereiten, während das zuständige Exekutivorgan die (Sonder-)Nutzungspläne festsetzt und die diesbezüglichen Verträge abschliesst.
- 350 — *Entscheidungsbefugnis der Legislative:* Bei dieser Variante leiten die Exekutivbehörden das kooperative Planverfahren ein und erarbeiten einen Planentwurf, den sie dem Legislativorgan zum Entscheid beantragen. In der Regel sind die Exekutivbehörden zudem für den Abschluss der städtebaulichen Verträge zuständig. Dagegen obliegen die Festsetzung der Pläne und allenfalls auch die Genehmigung der Verträge dem zuständigen Legislativorgan, namentlich der Gemeindeversammlung oder dem Gemeindeparlament. Teilweise unterstehen (Sonder-)Nutzungspläne zudem dem Referendum.⁷⁶²
- 351 — *Gestufte Zuständigkeiten:* Liegt eine gestufte Zuständigkeitsordnung vor, zeichnen wiederum die Exekutivbehörden für die Erstellung eines von den Privaten mitgetragenen Planentwurfs und den Abschluss städtebaulicher Verträge verantwortlich. Der Planerlass erfolgt bei dieser im Kanton Bern bekannten Variante aber zweistufig. Dabei scheidet die Legislative mit der nutzungsplanerischen Grundordnung zunächst Zonen mit *Planungspflicht* aus, für die sie die Eckpfeiler – wie den Zweck der Planungen, die Art und das Mass der zulässigen Nutzungen sowie Gestaltungsgrundsätze – festlegt.⁷⁶³ Aufgabe der Exekutive ist es danach, diese Vorgaben im Rahmen einer Sondernutzungsplanung (kooperativ)

760 Zu den Kantonen, in denen Sondernutzungspläne durch die Exekutive festgesetzt werden, zählt u.a. der Kanton Aargau (§ 25 Abs. 3 lit. a BauG/AG i.V.m. § 36 GG/AG).

761 Die Einflussnahmemöglichkeiten der Stimmbevölkerung bleiben auf die Mitwirkung gemäss Art. 4 RPG beschränkt (Rz. 430).

762 Zu den Kantonen, welche die Festsetzung (projektbezogener) Sondernutzungspläne der Legislative vorbehalten, zählen u.a. der Kanton Basel-Landschaft (§ 31 Abs. 1 RBG) sowie der Kanton Zürich (§ 86 Satz 1 i.V.m. § 88 PBG; eine Ausnahme gilt gemäss § 86 Satz 2 für Gestaltungspläne, die den Rahmen der Arealüberbauung nicht überschreiten).

763 Art. 73 Abs. 2 i.V.m. Art. 66 Abs. 2 BauG.

zu konkretisieren.⁷⁶⁴ Letztere bildet die Voraussetzung für das nachfolgende Baubewilligungsverfahren, kann dieses aber auch einschliessen.⁷⁶⁵

2. Verfahrensleitung und Verhandlungsführung

Die Erarbeitung von Planentwürfen, die dem Erlassorgan als Entscheidungsgrundlage dienen, zählt zu den klassischen Exekutivaufgaben. Nichts anderes gilt für kooperative Planungen. Die zuständige Behörde organisiert die einzelnen Planungsetappen, sie koordiniert die Planung intern und mit den übrigen involvierten Behörden⁷⁶⁶ sowie mit Dritten. Soweit nötig beauftragt sie externe Planungsbüros und überwacht und begleitet diese. Sie koordiniert die Partizipation (Rz. 48 f.) und Mitwirkung der Bevölkerung (Rz. 430 ff.) und trifft zusammen mit der privaten Kooperationspartei Absprachen. Ihr obliegt es, darauf zu achten, dass die Pläne im Einklang mit der Entwicklungsstrategie des Gemeinwesens erarbeitet werden und ganz generell mit übergeordnetem Recht vereinbar sind. Die federführende Behörde ist sodann entscheidend, wenn es um die Beurteilung der politischen Tragfähigkeit einer Planung geht.⁷⁶⁷ Soweit die Kooperation durch das Gemeinwesen angestossen wird, klärt die federführende Behörde zunächst das Entwicklungspotenzial eines Areals ab und wirbt um die Mitwirkung geeigneter Grundeigentümerschaften und Investorinnen.⁷⁶⁸ Nach Abschluss der planerischen Arbeiten, wenn der von den Beteiligten getragene Planentwurf vorliegt, formuliert sie ihren Antrag an das Erlassorgan und erstellt den Planungsbericht gemäss Art. 47 RPV im Entwurf.

Grundsätzlich nimmt die federführende Behörde im Kontext kooperativer Planungen zwei Rollen ein, die nur schwer miteinander vereinbar sind. Sie hat zum einen die administrative Leitung des Verfahrens inne, die sie

764 Art. 92 f. i.V.m. Art. 66 Abs. 3 BauG und Art. 25 GG.

765 Art. 88 Abs. 6 BauG/BE.

766 Vgl. BLEUEL/NIGSCH, *Kooperative Planung*, S. 350. In der Stadt Zürich hat beispielsweise das Amt für Städtebau die Federführung für kooperative Planungen inne (Art. 47 STRB DGA). Zu seinen wichtigsten Partnern zählen die Rechtsabteilung des Hochbaudepartements, das Amt für Baubewilligungen, die Abteilung Verkehr, das Tiefbauamt, Grün Stadt Zürich inkl. der Gartendenkmalpflege, öffentliche und private Werke, Umwelt- und Gesundheitsschutz Zürich sowie diverse kantonale Stellen (AFS STADT ZÜRICH, *Planungsinstrumente*, S. 5). In kleineren Gemeinden leitet der Gemeinderat als Exekutivspitze das Verfahren teilweise selbst (AGR/BE, *Planungswegweiser*, S. 19), wobei die Arbeit oft durch Planungskommissionen oder externe Fachpersonen unterstützt wird (für zwei Beispiele siehe Art. 36 i.V.m. Art. 3 RPBG/FR und Art. 54 GG/FR sowie § 16 Abs. 3 i.V.m. § 6 Abs. 2 PBG/SO und § 70 GG/SO).

767 Nicht zuletzt aus diesem Grund werden auch in jenen Kantonen, in denen Grundeigentümerschaften die Möglichkeit haben, einen Sondernutzungsplan in eigener Verantwortung auszuarbeiten und dem Erlassorgan vorzulegen, diese in engen Kontakt mit den Fachbehörden treten (siehe bspw. § 85 PBG/ZH).

768 Siehe dazu die Planung Zürich-West (Rz. 11 f.); ferner FISCHER/THOMA/SALKELD, *Innenentwicklung*, S. 11.

unparteiisch auszuüben hat. Zum anderen ist sie Verhandlungsführerin seitens des Gemeinwesens, welche die öffentlichen Interessen in den Aushandlungsprozess einbringt und diese als Interessenvertreterin gegenüber der privaten Kooperationspartei vertritt.⁷⁶⁹ Je nach Komplexität des Vorhabens, Anzahl der beteiligten Akteure und politischer Relevanz des Vorhabens stellt dieser Aufgabendualismus hohe organisatorische, fachliche und kommunikative Anforderungen an die verantwortlichen Personen.⁷⁷⁰ In der Literatur wird deshalb der Beizug externer Expertinnen und Experten empfohlen, die aufgrund ihrer unabhängigen Stellung geeignet sind, Vertrauen in das Verfahren zu schaffen, und allenfalls auch die Funktion von Konfliktmittlern einnehmen können (Rz. 36, 368 ff.). Die private Kooperationspartei jedenfalls wird mit der Aufgabe der Verfahrensleitung schon deshalb regelmässig überfordert sein, weil ihr das Wissen über behördeninterne Abläufe fehlt.

3. Festsetzungsorgan

3.1 Nutzungspläne

- 354 Den Entscheid über den Erlass oder die Änderung von (Sonder-)Nutzungsplänen kann der kantonale Gesetzgeber, wie bereits ausgeführt, der Exekutive des Gemeinwesens oder dem kantonalen oder kommunalen Legislativorgan übertragen (Rz. 87). Auf die Bedeutung dieser Kompetenzausscheidung für kooperative Planungen wird noch einzugehen sein (Rz. 475 ff.).

3.2 Städtebauliche Verträge

- 355 Städtebauliche Verträge fallen als Akte der Rechtsanwendung typischerweise in die Zuständigkeit der Exekutivbehörden. Es bleibt den Gemeinden jedoch unbenommen, im kommunalen Organisationsrecht die Genehmigung städtebaulicher Verträge von grosser Tragweite der Legislative vorzubehalten.⁷⁷¹

4. Genehmigungsorgan

- 356 Gemäss Art. 26 Abs. 1 RPG bedürfen Nutzungspläne der Genehmigung einer kantonalen Behörde. Die Genehmigung ist gemäss Abs. 3 konstitutiv. Welche Behörde Genehmigungsbehörde ist, bestimmt das kantonale Recht. Ein Teil der Kantone hat den Regierungsrat als kantonale Exekutivspitze mit dieser Aufgabe betraut. Teilweise fungieren aber auch Fachämter und in Ausnahmefällen die kantonale Legislative als Genehmigungsbehörde.⁷⁷² Der Plange-

769 Vgl. PFISTERER, Verhandeln und Konsens, S. 112.

770 HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 145.

771 Zur Kompetenzausscheidung in der Stadt Zürich bspw. siehe Art. 39 lit. o GeschO STR.

772 Für eine Übersicht über die Zuständigkeiten in den Kantonen siehe RUCH, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 26 Rz. 54 ff.

nehmung kommt als Mittel der Aufsicht und Koordination aufgrund der relativ erheblichen Anordnungsspielräume der Planungsträger eine wesentliche Bedeutung bei der Durchsetzung einer widerspruchsfreien und zusammenhängenden Raumordnung zu, die mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist.⁷⁷³ Im Zusammenhang mit der Vorprüfung der Pläne nehmen die kantonalen Genehmigungsbehörden eine wichtige Beratungsfunktion wahr (Rz. 514).

III. Private Kooperationspartei

1. Erscheinungsformen

So vielfältig kooperative Planungen in Bezug auf das zu planende Areal und die angestrebten Ziele sind, so divers sind die Interessen und Erscheinungsformen der privaten Verhandlungsparteien. Im Groben lassen sich folgende drei Akteurstypen unterscheiden:

- professionelle Eigentümerschaften ohne emotionale Bindung an das Grundstück und die bestehende Liegenschaft und ohne Eigenbedarf; Zu dieser Gruppe zählen Immobilienentwicklerinnen und -entwickler, die grosse Überbauungen realisieren, um sie gewinnbringend zu verkaufen;⁷⁷⁴
- nichtprofessionelle Eigentümerschaften mit einer hohen emotionalen Bindung an das Grundstück und die bestehende Liegenschaft und mit Eigenbedarf;⁷⁷⁵
- professionelle Eigentümerschaften mit Eigenbedarf, wobei sich die Standortwahl nach unternehmerischen Kriterien richtet.⁷⁷⁶

Zahl und Typus der betroffenen Eigentümerschaften variieren je nach Grösse und Beschaffenheit des zu planenden Areals. Während den Behörden bei der Entwicklung von Brachflächen wie Bahn-, Industrie- oder Gewerbearealen meist wenige professionelle Eigentümerschaften bzw. Immobilienentwicklerinnen und -entwickler gegenüberstehen, sehen sich die Behörden bei der Sanierung von gewachsenen Siedlungsstrukturen meist mit kleinteiligen

773 BGE 135 II 22, E. 1.2.3; RUCH, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 26 Rz. 5; dazu noch Rz. 511 f.

774 FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 6. Ein Beispiel hierfür ist die Arealentwicklung der ehemaligen Sulzerareale in Winterthur durch die Implan AG. Das Unternehmen erwarb die Industriebrachen im Jahr 2000 mit dem Ziel, diese gewinnbringend einer neuen Nutzung zuzuführen (STADT WINTERTHUR, Lokstadt [eh. Sulzerareal Werk I] sowie Neuhegi [beide: www.stadt.winterthur.ch/themen > Leben in Winterthur > Planen und Bauen > Gebiets- und Arealentwicklung]; vgl. Rz. 16 ff.).

775 Diese Eigentümerstruktur ist charakteristisch für gewachsene Quartiere (FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 7).

776 FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 7. Siehe dazu das Beispiel Ersatzneubau «Hauptsitz Swiss Re» in Zürich (Rz. 13).

Eigentümerstrukturen und Eigentümerschaften mit hoher emotionaler Bindung an ihr Grundstück konfrontiert. Nicht selten besteht eine Gemengelage aus professionellen und nichtprofessionellen Eigentümerschaften, die völlig unterschiedliche Interessen verfolgen und in unterschiedlichem Mass über den Willen und die Kapazitäten verfügen, sich an einer kooperativen Planung zu beteiligen.⁷⁷⁷

359 Eine besondere Herausforderung bei der Sanierung insbesondere gewachsener Siedlungsstrukturen bilden Stockwerkeigentümerschaften. An den Grundstücken bestehen Miteigentumsanteile, die den Miteigentümerschaften das Recht vermitteln, Stockwerke oder Teile von Stockwerken ausschliesslich zu nutzen und innen auszubauen (Art. 712a Abs. 1 i.V.m. Art. 712b Abs. 1 ZGB). Der für die Sanierung der betreffenden Parzellen erforderliche einstimmige Entscheid aller Miteigentümerschaften (Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 648 Abs. 2 ZGB) ist aufgrund der oft heterogenen Interessenlage meist nur schwer zu erreichen. Für die städtebauliche Sanierung kann es sich als besonders hinderlich erweisen, wenn mehrere Gebäude oder ganze Gebiete durch diese Rechtsstruktur geprägt sind.⁷⁷⁸ Kooperative Ansätze in der Planung können hier ein erhebliches Bewirkungspotenzial entfalten, weil sie den Rahmen für die Entwicklung einer gemeinsamen Perspektive bieten. Allerdings stellen sie die Behörden vor wesentlich komplexere Verhandlungssituationen als beispielsweise bei der Entwicklung von Brachflächen. Da die Brachflächenentwicklung aber vielerorts bereits weit vorangeschritten ist, dürfte die städtebauliche Entwicklung von bestehenden Siedlungsstrukturen die planerische Realität der Zukunft beschreiben.⁷⁷⁹

2. Typische Organisationsmodelle

360 Vielfach zeichnen sich kooperative Planungen dadurch aus, dass den Behörden nicht bloss eine oder wenige, sondern zahlreiche, teilweise gar einige Dutzend Grundeigentümerschaften gegenüberstehen. Damit unter diesen Bedingungen Verhandlungen überhaupt sinnvoll geführt werden können, bedürfen die Beteiligten einer Organisationsstruktur mit einer Person oder einer Personengruppe als ihrer Vertretung. FISCHER/THOMA/SALKELD beschreiben folgende in der Praxis bekannte Modelle:⁷⁸⁰

777 FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 5.

778 DÜRR/BAUMANN, Stockwerkeigentum, S. 298.

779 FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 5.

780 FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 11 ff. Die Modelle basieren auf einer von den Kantonen Luzern, Zürich und Basel-Stadt, den Immobilienentwicklern Bricks Development, Burckhardt+Partner und Steiner AG, der Stadt Thun sowie dem BaslerFonds in Auftrag gegebenen Studie der Ernst Basler + Partner Schweiz AG.

- *Organisierte Grundeigentümerschaften*: In dieser ersten Variante organisieren sich die Grundeigentümerschaften selbst, und zwar entweder lose als Interessengemeinschaft, die allenfalls eine einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 OR darstellt, oder rechtlich formalisiert als Verein. Gegenüber den Behörden treten sie durch eine Interessenvertretung auf, die entweder aus den eigenen Reihen bestimmt oder von extern beigezogen wird. Im Innenverhältnis bestehen allenfalls privatrechtliche Vereinbarungen, zum Beispiel betreffend Landumlegungen oder Dienstbarkeiten.⁷⁸¹ 361
- *Innenentwickler als «Transformatoren»*: In dieser zweiten Variante stehen den Behörden professionelle Immobilienentwicklerinnen und -entwickler als private Partei gegenüber. Immobilienentwickler treiben die Entwicklung eines Areals mit Gewinnabsicht voran. Sie erwerben hierzu Grundeigentum bzw. werben aktiv um die Mitwirkung der Grundeigentümerschaften. Immobilienentwicklerinnen und -entwickler verfügen über das fachliche Know-how sowie die organisatorische und finanzielle Potenz, um planerische Vorleistungen wie Machbarkeitsstudien zu erbringen. Das Rechtsverhältnis zwischen ihnen und den Grundeigentümerschaften ist privatrechtlicher Natur, wobei Letztere Erstere mit der Vertretung ihrer Interessen im Rahmen der Planerarbeit beauftragen. Als Gegenleistung versprechen die Grundeigentümerschaften den Immobilienentwicklerinnen und -entwicklern einen Anteil am planerischen Grundstücksmehrwert, sollte die Planung erfolgreich sein.⁷⁸² 362
- *Entwicklungsgemeinschaft mit Handlungsfreiheiten*: In diesem Modell schliessen sich ein oder mehrere Immobilienentwicklerinnen und -entwickler und/oder Grundeigentümerschaften auf der Grundlage einer Entwicklungsvereinbarung zusammen. Die Parteien bewahren dabei ihre Selbständigkeit, d.h., sie verfügen über ihr Eigentum autonom, regeln aber vertraglich die Zuteilung von Teilarealen nach der Festsetzung des angestrebten Plans. Hierzu werden Vorkaufsrechte eingeräumt, Verkaufspreise bestimmt und ein Kostenteiler festgelegt. Im Unterschied zum Modell «Organisierte Grundeigentümerschaften» kann die Planung über die Parzellengrenzen hinweg geschehen; sie hat diese also nicht zu beachten, was einen Gewinn an planerischer Freiheit bedeutet. Bei Bedarf bestellt die Gemeinschaft eine Vertretung, die gegenüber den Behörden auftritt.⁷⁸³ 363

781 FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 11 ff.

782 FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 13.

783 FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 13.

- 364 — *Entwicklungsgesellschaft*: Ein weiteres in der Praxis bekanntes Vorgehen besteht in der Gründung einer Gesellschaft zum Zwecke der Arealentwicklung, mit den Grundeigentümerschaften und allenfalls zusätzlichen Immobilienentwicklern als deren Gesellschafter. Als Kapitaleinlage bringen die Gesellschafterinnen Grundstücke oder Geldleistungen ein. Die dem Gesellschaftsvermögen zuzurechnenden und damit kollektivierten Parzellen können über die Grundstücksgrenzen hinweg beplant werden. Nach Abschluss der Planung bleibt die Gesellschaft entweder bestehen; das Gesellschaftervermögen wird in diesem Fall für die Erzielung einer Rendite eingesetzt, an der die Gesellschafterinnen anteilig partizipieren. Oder die Gesellschaft wird aufgelöst und das Gesellschaftsvermögen anteilig aufgeteilt.⁷⁸⁴

3. Anforderungen an die Personen

3.1 Verfügungsbefugnis über Grundstück(e)

- 365 Bevor die Behörde eine kooperative Planung eingeht, hat sie zweierlei sicherzustellen: Sie hat zum einen zu prüfen, ob die private Partei an dem zu beplanenden Grundstück Verfügungsbefugt bzw. handlungsbevollmächtigt ist, und zum anderen sicherzustellen, dass die zu beplanende Parzelle nicht mit Dienstbarkeiten belastet ist, die einer Überbauung entgegenstehen. Verfügungsberechtigt ist, wer Eigentümerin gemäss Art. 641 ZGB ist. Zu den Dienstbarkeiten, die einer Überbauung entgegenstehen können und auf deren Ablösung oder Verlegung die Grundeigentümerschaft gemäss Art. 736 bzw. Art. 742 ZGB im Vorfeld einer kooperativen Planung hinzuwirken hätte, zählen namentlich Baurechte, Höhenbeschränkungen, die den Nachbarn die Aussicht sichern, Wegrechte sowie die Berechtigung von Nachbarn an Quellen.⁷⁸⁵

3.2 ... bei Baurechtsdienstbarkeiten im Besonderen

- 366 Der Belastung eines Grundstücks mit einer Baurechtsdienstbarkeit gemäss Art. 675 i.V.m. Art. 779-779l ZGB gebührt im Kontext kooperativer Planungen besondere Aufmerksamkeit. Als beschränktes dingliches Recht vermitteln Baurechte der berechtigten Person die Befugnis, Bauwerke zu errichten oder beizubehalten (Art. 779 Abs. 1 ZGB). Je nach Ausgestaltung kann das Baurecht einzelne Teile des Grundstücks oder die gesamte Grundstücksfläche in Anspruch nehmen. Es ist deshalb möglich, dass ein Grundstück mit mehreren Baurechten belastet ist.⁷⁸⁶ Baurechtsdienstbarkeiten beruhen meist auf einem

784 FISCHER/THOMA/SALKELD, Innenentwicklung, S. 15.

785 BÖSCH, Bauvorhaben, S. 142.

786 ISLER/GROSS, in: Basler Kommentar ZGB II, Art. 779 Rz. 32 f.

Vertrag, der den Umfang des Baurechts regelt.⁷⁸⁷ Gemäss Art. 731 Abs. 1 ZGB bedürfen sie zu ihrer Entstehung der Eintragung ins Grundbuch.

Ist ein Grundstück mit einer Baurechtsdienstbarkeit belastet, setzen kooperative Planungen neben der Einwilligung der verfügungsbefugten Eigentümerin als Inhaberin des dinglichen Vollrechts auch die Zustimmung der aus der Baurechtsdienstbarkeit berechtigten Person voraus. Dies gilt es namentlich beim Abschluss städtebaulicher Verträge, welche die vertragliche Begründung einer Baupflicht zum Gegenstand haben, zu berücksichtigen. Es stellt sich dann nämlich die Frage, wer seitens der Privaten Vertragspartei sein soll – lediglich die Grundeigentümerin oder auch die aus der Baurechtsdienstbarkeit berechnigte Person. Im ersten Fall wäre vor Abschluss des städtebaulichen Vertrags zwischen Gemeinwesen und Grundeigentümerin der privatrechtliche Baurechtsvertrag zwischen der Grundeigentümerin und der aus der Dienstbarkeit berechnigten Person derart anzupassen, dass die berechnigte Person einer Baupflicht zustimmt. Bei dieser Lösung müsste die Behörde im Falle eines Schuldnerverzugs gegen die Grundeigentümerin vorgehen, welche die Baupflicht gegenüber der Dienstbarkeitsberechtigten auf dem Klageweg durchzusetzen hätte. Ist die Dienstbarkeitsberechnigte dagegen Partei des öffentlichrechtlichen Vertragsverhältnisses – wird also ein Dreiparteienverhältnis begründet –, kann die Behörde im Falle eines Schuldnerverzugs *direkt* gegen diese vorgehen, was für die möglichst rasche Durchsetzung der Baupflicht vorteilhaft wäre.⁷⁸⁸

IV. Externe Konfliktmittler

1. Funktionen

Den Behörden nehmen bei kooperativen Planungen mit der Verfahrensleitung und als Partei zwei Funktionen wahr, die, wie bereits erläutert, schwer miteinander zu vereinbaren sind (Rz. 353). Diese Doppelrolle führt nicht nur zu einer erheblichen Belastung der Behörden; sie ist auch geeignet, das Vertrauen der privaten Partei in ein unabhängiges Verfahren zu beeinträchtigen. Um diesem Problem entgegenzuwirken, wird in der Literatur der Beizug externer Verfahrens- bzw. Konfliktmittler empfohlen. Verfahrensmittler bzw. -mittlerinnen unterstützen den Aushandlungsprozess von Behörden und Privaten, indem sie diesen organisieren und moderieren. Sie werden als Konfliktmittler bezeichnet, wenn sie darüber hinaus aktiv an der Problemlösung

⁷⁸⁷ ISLER/GROSS, in: Basler Kommentar ZGB II, Art. 779 Rz. 19.

⁷⁸⁸ Zum Ganzen ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 415f.

mitwirken, etwa indem sie die relevanten Interessen identifizieren, Tauschoptionen herausarbeiten und dadurch Lösungswege aufzeigen (Rz. 36).

2. Methodisches Vorgehen

- 369 Im Kern zielt die Arbeit externer Konfliktmittler auf die wechselseitige Optimierung der Parteiinteressen ab. Dazu stellen sie sicher, dass alle wesentlichen Interessen von den Parteien rechtzeitig artikuliert und von der Gegenseite auch verstanden werden. Zudem erarbeiten sie konfliktmindernde Alternativen. Die Moderation des Interessenausgleichs folgt dabei stets der Idee, dass die von den Parteien vorgetragenen Positionen zwar allenfalls konträr sind, nicht aber zwingend die hinter diesen Positionen stehenden Interessen. Das Prinzip lässt sich anhand der «ugli orange exercise» verdeutlichen, die eine Verhandlungssituation simuliert, in der zwei Parteien eine Orange (Verhandlungsgegenstand) je in Gänze für sich beanspruchen (dargelegte Position). Die Aufgabe der Parteien besteht darin, ein für beide Seiten akzeptables Ergebnis zu erarbeiten. Eine naheliegende Verhandlungslösung wird meist darin gesehen, die Orange zu halbieren. Was auf dem ersten Blick als faires und damit gutes Ergebnis erscheint, erweist sich mit Blick auf die Interessen der Parteien als suboptimal, wenn eine Partei lediglich den Saft der Orange beansprucht, während sich das Interesse der anderen Partei auf die Orangenschale richtet, die sie zum Backen eines Kuchens benötigt. Bei einem optimalen Interessenausgleich können beide Parteien die Orange – ihren jeweiligen Bedürfnissen entsprechend – ganz beanspruchen.⁷⁸⁹ Die Aufgabe eines Konfliktmittlers, einer Konfliktmittlerin, besteht nun darin, ebensolche Situationen zu erkennen und zugunsten beider Seiten aufzulösen. Stehen sich die Interessen unvereinbar gegenüber, klärt der Konfliktmittler, die Konfliktmittlerin die «Beweglichkeit» der von den Parteien eingenommenen Positionen ab, um eine Blockade der Verhandlungen zu überwinden. Dabei sind die Grenzen behördlicher Entscheidungsspielräume selbstverständlich zu respektieren.⁷⁹⁰

3. Anforderungen an die Personen

- 370 Soweit bekannt, wurden in der Schweiz noch keine externen Konfliktmittlerinnen bzw. Konfliktmittler in kooperativen Planungen eingesetzt.⁷⁹¹ Grund

789 FISHER/URY/PATTON, Harvard-Konzept, S. 54 ff., 68.

790 HOFFMANN-RIEM, Konfliktmittler, S. 31.

791 Dagegen ist der Beizug externer Experten für die Koordination des Verfahrens nicht neu, aber noch selten. So zog etwa die Stadt Zürich für die Projektleitung und Moderation der Entwicklungsplanung Zürich-West einen externen Vertreter als Verfahrensleitung bei, der diese Aufgabe in Zusammenarbeit mit dem federführenden Amt für

dafür dürfte sein, dass die Methode der kooperativen Planung noch vergleichsweise neu ist und die Möglichkeit des Beizugs Externer als Mittler in ein behördliches Verfahren erst in jüngerer Zeit erwogen wird.⁷⁹² Darüber hinaus ist an Konfliktmittlerinnen bzw. Konfliktmittler ein derart breites Spektrum an persönlichen und fachlichen Anforderungen zu stellen, dass wohl nur wenige Personen für diese Aufgabe infrage kommen. Neben kommunikativen und organisatorischen Fähigkeiten sollten diese sowohl städtebauliches als auch juristisches Wissen sowie Kenntnisse über die Behördenorganisation und den Ablauf von Verwaltungsverfahren mitbringen. Nicht zuletzt stellt die Unabhängigkeit der Person von den Verfahrensparteien ein wichtiges Eignungsmerkmal dar.⁷⁹³

Erwähnt sei in diesem Zusammenhang eine ältere Forderung STIRNEMANNs, behördenexterne Expertinnen bzw. Experten in die Erarbeitung von Mehrwertausgleichs- und Erschliessungsverträgen einzubinden. STIRNEMANN ging es allerdings weniger darum, einen möglichst optimalen Interessenausgleich zwischen den Verhandlungsparteien herzustellen, als vielmehr darum, die Gefahr der Interessenselektivität zulasten der privaten Partei zu mindern.⁷⁹⁴ In der Praxis hat die Forderung soweit ersichtlich keine Rezeption erfahren. In dieser Arbeit wird mit dem Zwei-Schichten-Modell eine strukturelle Lösung präsentiert, die dem für die Raumplanung typischen Machtgefälle zwischen Staat und Privaten wirksam begegnet.⁷⁹⁵ Externen Konfliktmittlerinnen bzw. Konfliktmittlern käme deshalb weniger eine Schutzfunktion zu als vielmehr die Aufgabe, das kooperativen Planungen innewohnende Lösungspotenzial zu aktivieren und zu optimieren.

Städtebau übernahm (AFS STADT ZÜRICH, Synthesebericht Zürich-West, S. 4 und 15). Auch die Stadt Winterthur hat erste Erfahrungen mit externen Moderatoren im Rahmen von partizipativen Ansätzen gemacht (Gespräch Perrez/Zollinger, Fn. 16).

792 Vgl. SIEGWART, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 33b Rz. 12, zur geringen praktischen Bedeutung *externer* Mediatoren im Verwaltungsverfahren des Bundes.

793 Dazu auch BÜHLMANN LUKAS/ARGAST FRANK, Der Schweiz gehen die Raumplaner aus, Gastkommentar, NZZ vom 4.8.2016, S. 10.

794 STIRNEMANN, Einzonung, S. 67 f.

795 Siehe insb. Rz. 135, 299.

Kapitel 12: Planerlass- und Vertragsabschlussverfahren

I. Kapitelübersicht

- 372 Ausgehend von einem Grundlagenteil, in dem die Bedeutung des Verfahrens für die Richtigkeit planerischer Entscheide erörtert und die Herausforderungen skizziert werden, die sich durch die kooperative Methode für dieses und das die Planungen gegebenenfalls begleitende Vertragsabschlussverfahren stellen (Abschn. II), ist dieses Kapitel in drei weitere Abschnitte gegliedert. In Abschnitt III wird das Planerlassverfahren dargestellt und werden die Auswirkungen diskutiert, welche die kooperative Methode auf das auf Interessenabwägung angelegte Verfahren hat. Abschnitt IV nimmt sodann das Vertragsabschlussverfahren in den Blick, wobei sowohl die verfahrensrechtliche Stellung der privaten Kooperationspartei als auch diejenige Dritter zu beleuchten sein wird. Das Kapitel schliesst in Abschnitt V mit einigen Überlegungen zum Verhältnis von Planerlass- und Vertragsabschlussverfahren.

II. Grundlagen

1. Begriff, Funktion, Abgrenzung

1.1 Begriff des Verfahrens

- 373 In verwaltungsrechtlichen Verfahren werden Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts in Bezug auf einzelne Personen, die Parteien und konkrete Sachverhalte behandelt und entschieden.⁷⁹⁶

1.2 Funktion des Verfahrensrechts

- 374 Der Verfahrensablauf wird durch verfahrensrechtliche Normen bestimmt, die eine ordnende und disziplinierende Funktion haben und ein hohes Mass an Rationalisierung und Berechenbarkeit staatlichen Handelns gewährleisten.⁷⁹⁷ Gegenüber dem materiellen Recht hat das Verfahrens- oder auch formelle Recht eine *instrumentelle Funktion*, d.h., es ist darauf ausgelegt, die richtige und zweckmässige Anwendung des materiellen Rechts zu gewährleisten.⁷⁹⁸ Dem formellen Recht kommt bei der Entscheidungsfindung aber auch eine eigenständige Bedeutung zu. Sie ist umso stärker, je offener das materielle Recht

796 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Rz. 1.

797 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHL, Verwaltungsverfahren, Rz. 39; zur Rationalisierungsfunktion des Verfahrensrechts siehe SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einl. Rz. 26.

798 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Rz. 21.

gehalten ist und je grösser die Beurteilungsspielräume sind, welche die Behörden bei der einzelfallweisen Konkretisierung von Normen haben.⁷⁹⁹

1.3 Abgrenzung Rechtsanwendungs- und Gesetzgebungsverfahren

Das verwaltungsrechtliche Verfahren betrifft Akte der Rechtsanwendung. Es ist vom Gesetzgebungsverfahren zu unterscheiden, an dem nicht Parteien als ein beschränkter Kreis von schutzwürdig betroffenen Personen eines staatlichen Aktes beteiligt sind, sondern politischen Organe, namentlich das Parlament, die Regierung und/oder die Stimmbevölkerung oder im Bereich der Verordnungsgebung die Exekutive.⁸⁰⁰ Während Verwaltungsverfahren also ein Instrument des Rechtsstaates darstellen⁸⁰¹, sind Gesetzgebungsverfahren Ausdruck der demokratischen Ordnung eines Gemeinwesens.

2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Rechtsanwendungsverfahren: zum Gegenstand und Geltungsbereich der Verfahrensgarantien gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 BV

2.1 Rechtliche Grundlagen

Verfahrensrechtliche Bestimmungen finden sich auf allen Ebenen des föderalen Bundesstaates sowie im Völkerrecht. Auf nationaler Ebene beschreiben die als Grundrechte verfassten allgemeinen Verfahrensgarantien nach Art. 29 BV die prozessualen Mindeststandards⁸⁰², die das Bundesgericht insbesondere im Lichte der Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK sowie Art. 14 UNO-Pakt II (Grundsatz des fairen Verfahrens) auslegt.⁸⁰³

2.2 Funktionen der Verfahrensgarantien

Die allgemeinen Verfahrensgarantien statten die Adressatinnen und Adressaten von Rechtsanwendungsakten mit Rechten aus, die diese dazu befähigen, an verwaltungsrechtlichen Entscheiden, die sie unmittelbar betreffen, aktiv mitzuwirken. Dieser Individualrechtsschutz, der seine Fundierung in der Menschenwürde als Autonomiegebot findet, versetzt die Rechtsunterworfenen in die Lage, sich der Gefahr der Fremdbestimmung durch den Staat zu erwehren.⁸⁰⁴ Durch die Bindung an die Verfahrensgrundrechte werden die

799 SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Rz. 20 f.; dazu auch THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 177 ff.

800 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Rz. 1.

801 Vgl. SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einl. Rz. 22 ff.

802 WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 2.

803 BGE 133 I 100, E. 4.4.; vgl. BGE 139 I 189, E. 3.1f. (Pra 2013 Nr. 112); WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 4.

804 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 200 ff., Rz. 535; zur Bedeutung der Menschenwürde für die Verfassungsordnung BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 7 Rz. 1 ff.

rechtsanwendenden Behörden gezwungen, die Adressatinnen und Adressaten ihres Handelns als Subjekte wahr- und ernst zu nehmen – sie also nicht zum blossen Verfahrensobjekt herabzuwürdigen.⁸⁰⁵ Umfang und Reichweite der Garantien bestimmen sich nach dem *konkreten Schutzinteresse* der Grundrechtsträgerinnen und -träger in Abwägung mit anderen öffentlichen Interessen, wobei ein Minimum an Verfahrensfairness und Teilhabe nicht unterschritten werden darf.⁸⁰⁶

378 Über ihre individualrechtsschützende und disziplinierende Funktion hinaus haben die allgemeinen Verfahrensgarantien eine rechtsstaatliche Funktion und damit eine legitimierende Wirkung. Staatliche Akte, die durch verfahrensrechtliche Vorgaben vereinfacht und standardisiert werden und auf die Herstellung prozeduraler Gerechtigkeit angelegt sind, werden von den Rechtsunterworfenen besser akzeptiert als Akte, die sich nicht auf ein solches Verfahren abstützen können.⁸⁰⁷ Verfahrensrechtliche Normen sind damit nicht nur für die Schaffung von Rechtssicherheit von Bedeutung, sondern auch für die Gewährleistung von Rechtsfrieden, was unter anderem den gerichtlichen Rechtsschutz entlastet.⁸⁰⁸

2.3 Persönlicher Schutzbereich

379 Grundsätzlich sind alle natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts Trägerinnen der allgemeinen Verfahrensgarantien.⁸⁰⁹ In Bezug auf ein konkretes verwaltungsrechtliches Verfahren sind nur Personen legitimiert, die Garantien anzurufen, die als schutzwürdig Betroffene des infrage stehenden staatlichen Aktes *Parteistellung* innehaben.⁸¹⁰

2.4 Sachlicher Schutzbereich

a Geltung im Verfahren einseitig-hoheitlicher Rechtsanwendung

380 Nach dem Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 BV sind die allgemeinen Verfahrensgarantien auf «Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen» anwendbar.

805 BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 7 Rz. 5; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 200; WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 8.

806 Statt vieler WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 42. Dazu auch Rz. 384.

807 Statt vieler SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einl. Rz. 24, KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 42.

808 SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einl. Rz. 23.

809 BGer, Urteil 2P.104/2004 vom 14.3.2005, E. 4.4; WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 10, m.w.H. zu juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Trägerinnen von Verfahrensgrundrechten.

810 Statt vieler BGE 143 III 65, E. 3.2; BGE 137 I 305, E. 2.4; WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 10.

Rechtsprechung und herrschende Lehre verstehen darunter alle Rechtsanwendungsverfahren, die in eine *Verfügung* und folglich in eine einseitig-hoheitliche, individuell-konkrete Anordnung münden.⁸¹¹ Für die Geltung der Garantien unerheblich ist die Stellung des zuständigen Organs im gewaltenteiligen organisierten Staat. Sie finden deshalb nicht nur auf das Verfügungsverfahren der Verwaltungsbehörden, sondern auch auf jene des Parlaments Anwendung.⁸¹²

b Geltung im Gesetzgebungsverfahren

Im Gesetzgebungsverfahren gelten die allgemeinen Verfahrensgarantien grundsätzlich nicht. Das Bundesgericht begründet im Einklang mit der Lehre die dahingehende Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 29 BV mit dem Fehlen einer unmittelbaren Betroffenheit der Gesetzesadressaten und mit ihr eines individuellen Schutzbedürfnisses.⁸¹³ Gesetze sind generell-abstrakter Natur, d.h., sie begründen im Unterschied zu Verfügungen keine individuell-konkreten Rechte oder Pflichten der Rechtsunterworfenen.⁸¹⁴ Anstelle von persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsrechten, die das Rechtsanwendungsverfahren weithin strukturieren, steht den Rechtsunterworfenen – jedenfalls wenn sie stimmberechtigt sind – die demokratische Mitwirkung offen.⁸¹⁵ Gegen einen individuellen Gehörsanspruch im Gesetzgebungsverfahren sprechen auch verfahrensökonomische Gründe, weil namentlich die Grösse und Offenheit des Adressatenkreises generell-abstrakter Normen der persönlichkeitsbezogenen Mitwirkung praktische Grenzen setzen.⁸¹⁶ Der Grundsatz der Nichtanwendbarkeit der Verfahrensgarantien im Gesetzgebungsverfahren kennt allerdings eine Ausnahme. Die Adressatinnen und Adressaten eines Erlasses können sich dann auf sie berufen, wenn sie durch eine Norm in ihrer Rechtsstellung *verfügungsähnlich* berührt sind.⁸¹⁷ Aus diesem Grund bejahen sowohl das Bundesgericht als auch die Lehre die Geltung der Garantien im Verfahren der Nutzungsplanung jedenfalls im Grundsatz (Rz. 451 ff.).

811 BGE 129 I 232, E. 3.2; WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 12.

812 BGE 138 I 154, E. 2.5; BGE 135 I 265, E. 4.2; vgl. BGE 139 I 169, E. 8.2; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 348. Den sachlichen Unterschieden der verschiedenen Verfahrenskonstellationen kann bei der Konkretisierung der durch Art. 29 BV begründeten Garantien Rechnung getragen werden (BGE 138 I 154, E. 2.5).

813 Statt vieler BGE 137 I 305, E. 2.4; BGE 130 I 174, E. 2.2.

814 BGE 129 I 232, E. 3.2.; BGE 121 I 230, E. 2c; vgl. BGE 138 I 171, E. 3.3.2.

815 Bei Erlassen auf Verordnungsstufe hat das Argument der demokratischen Mitwirkung allerdings nur eingeschränkte Bedeutung (BGE 121 I 230, E. 2c).

816 BGE 121 I 230, E. 2d; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 346.

817 BGE 121 I 230, E. 2c; BGE 119 Ia 141, E. 5d/bb; WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 14.

c *Geltung im Verfahren kooperativer Rechtsanwendung*

- 382 Ob die allgemeinen Verfahrensgarantien im Bereich des formell- und informell-kooperativen Staatshandelns greifen, ist offen. Das Bundesgericht knüpft die Geltung eng an die Parteistellung im Verfügungsverfahren.⁸¹⁸ Es schloss in einem älteren Urteil deshalb Realakte als informelles Staatshandeln von deren sachlichem Anwendungsbereich aus.⁸¹⁹ Seit der Einführung von Art. 29a BV, der die Rechtsweggarantie verankert und garantiert, dass grundsätzlich alle staatlichen Akte einer richterlichen Überprüfung zugänglich sind, ist von Realakten schutzwürdig Betroffenen das rechtliche Gehör als Teilaspekt der allgemeinen Verfahrensgarantien wenigstens nachträglich, wie etwa in einem Rechtsmittelverfahren, zu gewähren.⁸²⁰ In jüngerer Zeit sind zudem einzelne Stimmen zu vernehmen, die für die Geltung der Garantien auch in Bezug auf kooperative Akte des Staates plädieren, sofern ein individuelles Schutzbedürfnis der Handlungsadressaten gegeben ist. Wegweisend hierbei ist die Grundlagenforschung von THURNHERR.⁸²¹ Mit der Ausdehnung des sachlichen Geltungsbereichs von Art. 29 BV soll verhindert werden, dass sich das Gemeinwesen durch kooperatives Handeln systematisch den Mindestgarantien prozeduraler Fairness entzieht.⁸²²

2.5 Teilgehalte von Art. 29 BV und deren Wirkungen

a *Fairnessgebot gemäss Art. 29 Abs. 1 BV*

- 383 Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Verwaltungs- und Gerichtsinstanzen u.a. Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Dieses Fairnessgebot ist als Leitmotiv für das gesamte öffentliche Verfahrensrecht zu verstehen.⁸²³ Es hat deshalb die Funktion eines Auffangtatbestands.⁸²⁴ Wann ein Verfahren als fair gilt, führt die Bundesverfassung mit dem verfahrensrechtlichen Grundrechtskatalog von Art. 29-32 aus.⁸²⁵ Neben

818 Statt vieler BGE 142 I 86, E. 2.2; BGer, Urteil 2P.104/2004 vom 14.3.2005, E. 4.4 f.

819 BGE 118 Ib 473, E. 3b.

820 Vgl. BGer, Urteil 1C_448/2008 vom 13.3.2009, E. 5.2; WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29a Rz. 12 f.

821 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte.

822 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 509 ff.; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 29 Rz. 3; MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 4 Rz. 36; WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 15; vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Rz. 196; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 34 Rz. 2.

823 Botschaft BV, S. 181; WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 16.

824 STEINMANN, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 17.

825 Art. 30-32 BV weisen mit dem gerichtlichen Verfahren, dem Freiheitsentzug und dem Strafverfahren besondere Geltungsbereiche auf, die hier jedoch nicht weiter ausgeführt werden sollen.

diesen explizit normierten Garantien leiten sich zentrale Teilgehalte aus dem Gebot prozessualer Fairness selbst ab. Zu diesen zählen neben dem *Recht auf Waffengleichheit* unter anderem auch der Anspruch auf Beurteilung durch eine *unparteiische Behörde*. Der Grundsatz der Waffengleichheit umfasst seinerseits den Anspruch der Parteien auf formale Gleichbehandlung sowie auf chancengleiche Teilhabe am Verfahren.⁸²⁶ Der Anspruch auf Beurteilung durch eine *unparteiische Behörde* beinhaltet die Garantie einer zuständigen, ordnungsgemäss zusammengesetzten, unabhängigen und in der Sache unvoreingenommenen Behörde.⁸²⁷

b *Gehörsanspruch gemäss Art. 29 Abs. 2 BV*

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens *Anspruch auf rechtliches Gehör*. Der Anspruch dient der Sachverhaltsaufklärung und begründet einen persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsanspruch der von einem staatlichen Akt schutzwürdig Betroffenen. Als solcher umfasst er alle Befugnisse, die notwendig sind, damit die Parteien ihre Standpunkte wirksam in das Verfahren einbringen können.⁸²⁸ Dazu zählen der Anspruch auf Orientierung, auf Anhörung zu entscheiderelevanten Sachfragen und Beweisergebnissen, auf Teilnahme am Beweisverfahren, auf Aktenführung und -einsicht, auf Begründung sowie auf Vertretung durch eine Rechtsvertreterin oder einen Beistand.⁸²⁹ Die Reichweite dieser Teilgarantien bemisst sich nach dem individuellen Schutzbedürfnis der Betroffenen.⁸³⁰ Trotz seiner Ausgestaltung als Minimalgarantie sind gewisse Relativierungen des Gehörsanspruchs, in analoger Anwendung von Art. 36 BV betreffend die Einschränkungen von Freiheitsrechten, zulässig⁸³¹ – dies etwa zum Schutz des Verfahrenszwecks und anderer überwiegender öffentlicher oder privater Interessen, bei zeitlicher Dringlichkeit und ausnahmsweise auch aus Gründen der Verfahrensökonomie.⁸³²

c *Formelle Natur der Verfahrensgarantien*

Die Garantien von Art. 29 BV sind formeller Natur, d.h., es handelt sich um eigenständige Grundrechtsgarantien, welche den Parteien ungeachtet ihrer

826 WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 20f.; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 204 f., m.w.H. zum prozessualen Gleichbehandlungsgebot.

827 WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 33 ff. Dazu noch Kapitel 12 III.7.2.

828 BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 29 Rz. 17.

829 Botschaft BV, S. 182.

830 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 398 ff., 414 ff. m.w.H. (insb. Rz. 416).

831 WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 42; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 398; STEINMANN, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 9.

832 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 420 ff.

Berechtigung in der Sache zustehen. Ihre Verletzung führt vorbehaltlich einer allfälligen Heilung zur Aufhebung des Entscheids.⁸³³

3. Verfahrensrechtliche Einordnung von Nutzungsplänen und städtebaulichen Verträgen

3.1 Nutzungspläne

386 Nutzungspläne gelten als *Rechtsakte sui generis*, da sie, wie bereits erörtert, die Eigenschaften sowohl von generell-abstrakten Normen als auch von individuell-konkreten Anordnungen aufweisen: Ihnen kommt Rechtssatzcharakter zu, soweit sie Anordnungen treffen, die über einzelne Parzellen hinaus Gültigkeit beanspruchen. Sie sind verfügungsähnlich, soweit sie parzellenbezogene Festlegungen enthalten, die das Baubewilligungsverfahren präjudizieren und betroffene Grundeigentümerschaften in ihren Rechtspositionen ähnlich intensiv berühren wie unmittelbar eigentumsbeschränkende Verfügungen (Rz. 82).

387 Die Natur von Nutzungsplänen als Gebilden zwischen Rechtssatz und Verfügung zeigt sich auch im Planerlassverfahren: Dieses ist einerseits durch Elemente gekennzeichnet, die grosse Ähnlichkeit zum Gesetzgebungsverfahren aufweisen, weil sie darauf abzielen, ein möglichst breites Meinungsspektrum in den Planungsprozess zu integrieren und für Planvorhaben möglichst breite Akzeptanz zu schaffen. Das Planerlassverfahren trägt insoweit dem politischen Charakter von Nutzungsplänen Rechnung, der sich daraus speist, dass diese die räumliche Ordnung gestalten und hierdurch den Lebensraum der Bevölkerung und nicht nur jenen betroffener Grundeigentümerschaften.⁸³⁴ Das Planerlassverfahren wird auch deshalb in erster Linie als politischer Akt verstanden, weil es auf Wertungen beruht, die nicht unmittelbar aus den ihnen zugrundeliegenden demokratisch legitimierten Normen ableitbar sind. Es besteht deshalb ein Bedürfnis nach demokratischer Fundierung planerischer Entscheide.⁸³⁵

388 Trotz ihrer primär politischen Natur können Nutzungspläne andererseits auch verfügungsähnliche Wirkungen entfalten, weshalb das Bundesgericht auf das Planerlassverfahren die allgemeinen Verfahrensgarantien jedenfalls teilweise zur Anwendung bringt (Rz. 451). Es anerkennt damit das individualrechtliche Schutzbedürfnis der von Planungsmassnahmen unmittelbar Betroffenen.⁸³⁶ Die Tragweite der Garantien – im Zentrum steht der Anspruch

833 BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 29 Rz. 8f.

834 EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 4 Rz. 3.

835 EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 4 Rz. 2.

836 Statt vieler BGE 144 I 318, E. 7.2.1 (Pra 2019 Nr. 94); BGE 138 I 131, E. 5.1 (Pra 2012 Nr. 99); BGE 135 II 286, E. 5.3. Siehe auch EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 33 Rz. 7, HALLER/KARLEN, Raumplanungsrecht, Rz. 148; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 350.

auf rechtliches Gehör – passt es mit Blick auf den politischen Charakter der Entscheide allerdings an.⁸³⁷

3.2 Städtebauliche Verträge

Demgegenüber lassen sich städtebauliche Verträge, mit denen das Gemeinwesen mit privaten Grundeigentümerschaften die Erfüllung raumbezogener Aufgaben für konkrete Fälle vereinbart (Rz. 192), eindeutig als Akte der Rechtsanwendung identifizieren. Der Abschluss verwaltungsrechtlicher Verträge ist meist nur rudimentär geregelt.⁸³⁸ Bestehen verfahrensrechtliche Normen, sind diese vor allem auf den Schutz Dritter ausgerichtet.⁸³⁹ Die Geltung der allgemeinen Verfahrensgarantien in verwaltungsrechtlichen Vertragsverhältnissen wurde in der Vergangenheit mit dem Argument verneint, seitens der privaten Partei bestehe aufgrund der Freiwilligkeit des Vertragsabschlusses kein Schutzbedürfnis. In jüngerer Zeit wird diese These infrage gestellt. Sie weicht der Erkenntnis, dass Vertragsabschlussverfahren trotz ihrer auf Partnerschaftlichkeit angelegten Entscheidungsstruktur derart von der Abhängigkeit der Privaten vom Staat geprägt sein können, dass die Privaten im verfahrensrechtlichen Sinne schutzbedürftig sind.⁸⁴⁰

4. Das Verfahren als Katalysator «richtiger» Entscheide

4.1 Zur Bedeutung des Verfahrens als Surrogat normativer Unbestimmtheit

Das rechtsstaatliche und demokratische Bedürfnis nach verfahrensrechtlicher Bindung behördlicher Entscheide ist umso stärker ausgeprägt, je weniger es die Natur des Regelungsgegenstands erlaubt, diesen normativ zu fassen.⁸⁴¹ Die Steuerungsfähigkeit des materiellen Rechts ist diesfalls begrenzt, weshalb dem Verfahren eine «autonome Steuerungsfunktion» zukommt.⁸⁴² Demzufolge wird das Ergebnis eines Verfahrens massgeblich durch den Mechanismus der Entscheidungsfindung bestimmt.⁸⁴³ Der Eigenwert des Verfahrens ist besonders hoch, wenn sich die Grundlagenbeschaffung als komplex

837 Dazu noch Kapitel 12 III.6.

838 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 34 Rz. 2.

839 Vgl. Art. 29 lit a BÖB, wonach der Zuschlag für eine öffentliche Beschaffung des Bundes allen Anbietenden als anfechtbare Verfügung zu eröffnen ist. Siehe ferner Art. 125 Abs. 1 VRG/GL, wonach ein öffentlichrechtlicher Vertrag, der in die Rechte Dritter eingreift, erst wirksam wird, wenn die Drittbetroffenen schriftlich zugestimmt haben.

840 Siehe Rz. 382, dazu auch noch ausführlich Rz. 426, 459 ff.

841 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 39; SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einl. Rz. 20; siehe schon Rz. 374.

842 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 185.

843 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 39; SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einl. Rz. 20.

erweist und nicht schon durch den Gesetzgeber, sondern erst im Verwaltungsverfahren Klarheit über die entscheidungsrelevanten Tatsachen hergestellt werden kann.⁸⁴⁴ Grosse Bedeutung hat das Verfahren ferner, wenn die Konkretisierung behördlicher Beurteilungsspielräume die Abwägung vielschichtiger und allenfalls widerstreitender Interessen erfordert.⁸⁴⁵ Dabei besteht der Zweck des Verfahrens nicht darin, die einzig richtige Lösung zu finden, sondern darin, «brauchbare» bzw. «plausible» Lösungen herzustellen.⁸⁴⁶ Je offener Rechtsbereiche normiert sind, desto mehr trägt das Verfahren zur «Richtigkeit» der Entscheide bei bzw. desto stärker ist dessen Funktion als Surrogat normativer Unbestimmtheit. In Rechtsgebieten, die durch besonders offene Normen geprägt sind und sich deshalb für kooperativ-konsensuale Entscheide besonders eignen, bestimmt sich die Rechtmässigkeit von Entscheiden sogar ganz überwiegend nach der korrekten Durchführung des Verfahrens.⁸⁴⁷ Der Einhaltung der Verfahrensgarantien als Katalysator richtiger Entscheide kommt hierbei eine erhebliche Bedeutung zu.⁸⁴⁸

4.2 Zur Stellung des Verfahrens in der Nutzungsplanung

- 391 Das Raumplanungsrecht zählt zu jenen Rechtsgebieten, die sich aufgrund der Natur der Sache detaillierter gesetzlicher Regelungen entziehen und in denen der Eigenwert des Verfahrens als Garant richtiger Entscheide besonders hoch ist.⁸⁴⁹ Planungen sind deshalb in besondere «Handlungsabläufe» eingebunden, die gewährleisten sollen, dass die rechtsstaatlichen Minimalgarantien, namentlich das Willkürverbot, die Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit sowie die Gemeinwohlorientierung staatlichen Handelns, bei der Festsetzung der Pläne gewahrt bleiben.⁸⁵⁰ Mit der umfassenden Interessenabwägung gemäss Art. 3 RPV wird dem Baubewilligungsverfahren als Verfahren der Rechtsanwendung ein Verfahren vorangestellt, das es erlaubt, das übergeordnete Raumplanungsrecht methodisch angeleitet ortsbezogen zu konkretisieren (Rz. 438). Ihr kommt dabei Richtigkeitsgewähr in dem Sinne zu,

844 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 180.

845 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 188; vgl. SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Einl. Rz. 20.

846 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 183.

847 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 183.

848 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 39; dazu grundlegend THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 206 ff. m.w.H.

849 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 352, Rz. 181 ff. m.w.H.; WIRTHLIN, Legalitätsprinzip, S. 518; vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 26 Rz. 34 ff. m.w.H.

850 VGer/BE, Urteil vom 19. Dezember 1983, E. 3a (BVR 1985 315 ff.).

als Raumpläne, die unter Einhaltung der Vorschriften von Art. 3 RPV zustande kommen, grundsätzlich als rechtskonform gelten.⁸⁵¹ Die Interessenabwägung bildet den verfahrensrechtlichen Kern jeder Raumplanung. Sie ist in weitere verfahrensrechtliche Elemente eingebettet, welche die Qualität planerischer Entscheide positiv beeinflussen. Zu diesen zählen zum einen die Mitwirkung der Bevölkerung gemäss Art. 4 RPG, die als Element der Sachverhaltsabklärung die Grundlage der Interessenabwägung bildet⁸⁵², und zum anderen der Genehmigungsverbehalt gemäss Art. 26 RPG, wonach Nutzungspläne der Genehmigung einer kantonalen Behörde bedürfen, um in Rechtskraft zu erwachsen (Rz. 511).

4.3 Zur Stellung des Verfahrens beim verwaltungsvertraglichen Staatshandeln

Die Regelung eines Verwaltungsrechtsverhältnisses durch Vertrag setzt voraus, dass die entscheidungsbefugte Behörde über substanzielle Handlungsspielräume verfügt, die sich für eine einvernehmliche Konkretisierung mit den privaten Handlungsadressaten eignen. Die geringe Normdichte, die den Ausgangspunkt vertraglicher Absprachen bildet, spiegelt das Bedürfnis nach einzelfallgerechten Entscheiden wider. Im Unterschied zum Planerlass- und Verfügungsverfahren, beide stark formalisiert, die in einseitig-hoheitlichen Entscheiden münden, gestaltet sich das Vertragsabschlussverfahren weitgehend formfrei (Rz. 517). An die Stelle einer gesetzlich formalisierten Entscheidungsfindung tritt der Konsens, der für die Richtigkeit des Entscheids Gewähr bietet. Dieser entfaltet allerdings nur dann eine legitimierende Wirkung, wenn die Mindestgarantien prozessualer Gerechtigkeit sowohl mit Blick auf die private Vertragspartei als auch mit Blick auf betroffene Dritte gewahrt sind.⁸⁵³

4.4 Zur Bedeutung des nichtstreitigen im Vergleich zum streitigen Verfahren

In Rechtsgebieten, die sich durch geringe normative Bestimmtheit auszeichnen, ist das *nichtstreitige Verfahren* bei der Entscheidungsfindung gegenüber dem streitigen Verfahren besonders relevant.⁸⁵⁴ Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass Rechtsmittelbehörden bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden in Anerkennung ihrer Funktion als Kontrollbehörde auch bei voller

851 TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 34; WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 3 Rz. 4; NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 87f.

852 Siehe auch EJPB/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 4 Rz. 3. Zur Sachverhaltsermittlung als Teilaspekt der Interessenabwägung siehe Art. 3 Abs. 1 lit. a RPV.

853 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 575.

854 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 191.

Kognition regelmässig Zurückhaltung üben.⁸⁵⁵ Das heisst, sie setzen zwar geltendes Recht durch, werden aber nicht wie eine Fachbehörde originär gestaltend tätig.⁸⁵⁶ Vielmehr sind sie gehalten, gesetzlich eingeräumte Beurteilungsspielräume zu wahren, und dürfen insbesondere nicht ihr eigenes Gutdünken an die Stelle des Ermessens der Fachbehörde setzen.⁸⁵⁷

394 Eben dies trifft auf Nutzungspläne zu. Zwar hat das kantonale Recht gemäss Art. 33 Abs. 3 lit. b PRG wenigstens eine Beschwerdebehörde mit umfassender Kognition vorzusehen. Die Rechtsmittelinstanzen sind aber – auch nach Massgabe der durch das kantonale Recht konkretisierten Gemeindeautonomie⁸⁵⁸ – nicht «obere Planungsbehörden». Ihre Aufgabe besteht darin, Entscheide zu überprüfen, und nicht darin, neue zu treffen. Sofern keine Anhaltspunkte für eine unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung bestehen, auferlegen sie sich bei der Beurteilung von Ermessensentscheiden deshalb Zurückhaltung.⁸⁵⁹

395 In Bezug auf verwaltungsrechtliche Verträge spielt die nachträgliche richterliche Überprüfung in der Praxis eine ausgesprochen untergeordnete Rolle.⁸⁶⁰ Das liegt zum einen daran, dass die Anfechtung des Vertragsabschlusses vorbehaltlich allfälliger Willensmängel in aller Regel ins Leere geht, weil die Parteien mit ihrer Einwilligung gerade signalisieren wollen, dass sie das Rechtsverhältnis abschliessend klären und die spätere Anfechtung ausschliessen wollen.⁸⁶¹ Zum anderen liegt dies daran, dass tangierten Dritten mangels Aktivlegitimation der Zugang zum Klageverfahren nach der herrschenden Lehre verwehrt bleibt.⁸⁶²

855 BVGE 2008/14, E. 3.1; BVGer, Urteil C-6831/2016 vom 20.3.2019, E. 6.2.2.6 vgl. BGE 135 II 384 BGE 135 II 384, E. 2.2.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 1050; SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Art. 49 Rz. 3.

856 THURNHERR beschreibt die Rolle der Verwaltungsbehörden mit dem Begriff der «Handlungsperspektive», während Rechtsmittelbehörden eine «Kontrollperspektive» einnehmen (Verfahrensgrundrechte, Rz. 190); dazu auch SCHINDLER, in: Kommentar VwVG, Art. 49 Rz. 4 ff. und 22.

857 Die Tendenz, dass sich Rechtsmittelinstanzen bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, wenn es um technische Fragen geht, besondere Fachkenntnisse erforderlich sind oder wenn örtliche Gegebenheiten zu beurteilen sind, wurde von der zwischenzeitlich weit zurückgedrängten verwaltungsinternen Rechtspflege auf Bundesebene als «Ohne-Not-Praxis» bezeichnet (GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 279).

858 BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 50 Rz. 13.

859 AEMISEGGER/HAAG, Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 33 Rz. 84; THURNHERR, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 8.29. Dazu noch Rz. 543 f.

860 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 663.

861 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 155; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 663.

862 JAAG, in: Kommentar VRG/ZH, § 83 Rz. 4. Dazu noch Rz. 579 f., 585.

5. Besonderheiten kooperativer Planungen

5.1 Kooperation als Ursache für Stufung des Planerlassverfahrens

Kooperative Planungen zeichnen sich verfahrensrechtlich dadurch aus, dass dem formellen Planerlassverfahren ein informelles Vorverfahren vorausgeht, in welchem sich die Planungsbehörden mit den privaten Kooperationsparteien über die Inhalte eines Nutzungsplans und allfälliger vertraglicher Absprachen verständigen. Durch die Methode der Kooperation erfährt das Planerlassverfahren folglich eine Stufung.⁸⁶³ Im Unterschied zum förmlichen Planerlassverfahren, das bei Erfolg mit dem Erlass eines rechtsverbindlichen Nutzungsplans abschliesst, findet das Vorverfahren seinen Abschluss in einer informellen Absprache (Rz. 149).⁸⁶⁴ Die Absprache ist zwar rechtlich unverbindlich, entfaltet aber faktische Bindungswirkungen zwischen den Parteien (Rz. 153, 444). Im förmlichen Verfahren erfährt sie gegebenenfalls eine Aktualisierung, namentlich wenn ein Planentwurf aufgrund der Stellungnahmen der Bevölkerung im Mitwirkungsverfahren (Rz. 430) oder der Einschätzung der kantonalen Genehmigungsbehörde im Rahmen der Vorprüfung (Rz. 514) einer Anpassung bedarf, welche die private Kooperationspartei bereit ist mitzutragen.

5.2 Kooperation als Ursache ungleicher Möglichkeiten zur rechtlichen und politischen Einflussnahme

Für Planfestsetzungsverfahren lassen sich nach ihren Rechten und Pflichten grundsätzlich drei Akteursgruppen unterscheiden: erstens die *Bevölkerung* als Gruppe derjenigen Personen, die direkt oder indirekt von einer Planung betroffen und gemäss Art. 4 Abs. 2 RPG zur Mitwirkung berechtigt sind, zweitens die Gruppe derjenigen, die von einer Planung schutzwürdig betroffen und als *Parteien* des Verfahrens vom persönlichen und sachlichen Schutzbereich von Art. 29 BV erfasst sind (Rz. 379) – dazu zählen insbesondere die von der Planung unmittelbar betroffenen Grundeigentümerschaften sowie Nachbarinnen und Nachbarn –, sowie drittens die Gruppe der *Stimmberechtigten*, die je nach kantonalem Recht über die Festsetzung von Nutzungsplänen entscheiden.

Bei kooperativen Planungen treten zu den drei genannten Akteursgruppen die privaten Kooperationsparteien als weitere Akteursgruppe hinzu. Als unmittelbar betroffene Grundeigentümerschaften geniessen sie Parteistellung, d.h., sie haben Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV.

863 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 970; vgl. NÜSSELE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 240.

864 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 963, 970.

Sofern sie stimmberechtigt sind, steht ihnen zudem grundsätzlich die politische Mitbestimmung offen. Darüber hinaus verfügen sie mit ihrer Teilnahme am informellen Vorverfahren über faktische Möglichkeiten der Einflussnahme, die den übrigen Akteursgruppen verwehrt bleiben. Im Dialog mit den Planungsbehörden erlangen sie frühzeitig umfassende Informationen über eine angestrebte Planung und wirken unmittelbar und aktiv an dieser mit. Sie können damit die ihre Interessen besonders nachdrücklich in das Verfahren einbringen und erheblichen Einfluss auf den festzusetzenden Plan zu nehmen.⁸⁶⁵ Ihre besondere Stellung bleibt dabei nicht auf die Planerarbeitung beschränkt. Sie wirkt sich auch im Rechtsmittelverfahren aus, in welchem sie gegenüber Dritten von einem während der Planerarbeitung erworbenen Informationsvorsprung profitieren.⁸⁶⁶

399 Zwar besteht auf Kooperation als besonders intensive Form der Mitwirkung an Planungen kein Anspruch. Sofern sich die Behörden jedoch für eine kooperative Planung entscheiden, geht diese ihrer Natur nach mit einer asymmetrischen Verteilung an faktischen Einflussmöglichkeiten zwischen der privaten Kooperationspartei und den übrigen Akteursgruppen einher. Insgesamt erfahren die Interessen Einzelner in dem dezidiert auf Interessenausgleich angelegten Planerlassverfahren durch die Kooperation eine erhebliche Beachtung. Kooperative Planungen stehen folglich in einem latenten *Spannungsverhältnis* zu den legitimen rechtsstaatlichen und demokratischen Anforderungen an die Planfestsetzung. Sie laufen insbesondere Gefahr, relevante öffentliche und private Interessen bewusst oder unbewusst zu verkürzen – ein Umstand, der geeignet ist, das Vertrauen in die Methode der Kooperation zu beschädigen, und der – wie noch zu zeigen sein wird – ausgleichende Massnahmen erfordert (Kapitel 12 III.4-6). Nur für kleinräumige Planungen ohne grössere städtebauliche Relevanz, d.h. für Planungen, die in erster Linie die Grundeigentümerschaften der zu planenden Parzellen betreffen, stellt sich das Problem weniger gravierend dar.

5.3 Verfahrensrechtliches Schutzbedürfnis der privaten Kooperationspartei

400 Als schutzwürdig Betroffene einer Planung hat die private Kooperationspartei im formellen Planerlassverfahren Parteistellung und kann sich folglich auf die allgemeinen Verfahrensgarantien berufen. Ob diese auch im informell-kooperativen Vorverfahren (Kapitel 12 III.3) sowie im Vertragsabschlussverfahren (Kapitel 12 IV) als formell-kooperativem Verfahren greifen, ist nicht

865 NÜSSELE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 240.

866 NÜSSELE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 240 und 251; vgl. HÄNER, Beteiligte, Rz. 389.

abschliessend geklärt. Wie bereits erwähnt, stellen das Bundesgericht und die tradierte Lehre für die Geltung der Garantien nach wie vor auf die Parteilstellung im Verfügungsverfahren und damit auf die Eigenschaft einer Person ab, Adressatin eines einseitig-hoheitlichen, individuell-konkreten Aktes zu sein (Rz. 379). Dagegen wächst in jüngerer Zeit die Erkenntnis, dass auch in kooperativen Rechtsverhältnissen zwischen Staat und Privaten Abhängigkeiten bestehen können, die ein verfahrensrechtliches Schutzbedürfnis Letzterer begründen (Rz. 382). THURNHERR arbeitet heraus, dass ein solches Abhängigkeitsverhältnis unter anderem dann besteht, wenn das Gemeinwesen in Bezug auf das Angebot eines Gutes Monopolstellung innehat, so dass der disziplinierende Mechanismus des Marktes nicht greift und die Privaten einem faktischen Kontrahierungszwang unterliegen. Das kooperative Handeln des Gemeinwesens kann unter diesen Voraussetzungen durch eine Machtasymmetrie zulasten der Privaten gekennzeichnet sein (Rz. 134), die Verhandlungen unter Freien und Gleichen den Boden entzieht und ein individuelles verfahrensrechtliches Schutzbedürfnis der Betroffenen begründet (Rz. 377).

Kooperative Planungen finden – dies wurde bereits erläutert – unter eben diesen Rahmenbedingungen statt (Rz. 168, 215). Nutzungspläne sind am Markt nicht frei verfügbare «Güter», weshalb für Private, die eine individuelle planungsrechtliche Lösung anstreben, eine Kooperation mit den Planungsbehörden alternativlos ist. Sie agieren deshalb aus einer Position «spezifisch gearteter Subordination» heraus, in der sie – sofern sie nicht in der Lage sind, der Verhandlungsmacht des Staates eigene, insbesondere ökonomische Verhandlungsmacht entgegenzusetzen (Rz. 136) – alle planerischen, baulichen oder sonstigen Bedingungen der Behörden akzeptieren, die gegenüber einem Verzicht auf die angestrebte Planung das vergleichsweise kleinere Übel darstellen. Es besteht deshalb nicht nur die Gefahr, dass die Behörden Gegenleistungen von ihrem Gegenüber fordern, die gesetzlich nicht abgestützt sind, sondern zugleich, dass die Behörden ihr Gegenüber aufgrund des unregulierten Machtgefälles in einer Weise fremdbestimmen, dass sie diese in ihrer Subjektqualität beschneiden.⁸⁶⁷ Trotz einer rechtlich auf Gleichberechtigung angelegten Kooperation kann deshalb das Bedürfnis nach verfahrensrechtlichem Schutz der privaten Kooperationspartei bestehen, das die Geltung der allgemeinen Verfahrensgarantien begründet. Deren Reichweite ist im Einzelfall nach der konkreten Gefährdungslage bzw. dem konkreten Schutzbedürfnis der Betroffenen und nach Massgabe einer umfassenden Interessenabwägung in Bezug auf die Fairnessanforderungen zu bestimmen.⁸⁶⁸

867 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 200, 540 f.

868 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 534 ff., 579 ff., je m.w.H.

5.4 Verfahrensrechtliche Herausforderungen

- 402 Kooperative Planungen bedürfen flankierender verfahrensrechtlicher Massnahmen, welche nicht nur gewährleisten, dass ein umfassender Interessenausgleich in Bezug auf das jeweils angestrebte legitime planerische Ziel erfolgt, sondern auch den Schutz der berechtigten Interessen der involvierten Parteien und Dritter im Planerlass- und Vertragsabschlussverfahren sicherstellen. Hierzu sind die Gefahren, welche die Methode der Kooperation für die Verwirklichung öffentlicher und den Schutz von Drittinteressen bergen kann, zunächst zu identifizieren, um anschliessend wirksame Kompensationsmechanismen zu beschreiben. Die teilweise widerstreitenden Bedürfnisse nach einem rechtsstaatlichen Grundsätzen genügenden Verfahren einerseits und nach Verfahrensflexibilisierung durch Kooperation andererseits gilt es dabei auszubalancieren.⁸⁶⁹

III. Planerlassverfahren

1. Einleitung des Verfahrens

- 403 Der Anstoss zu kooperativen Planungen kann von den Behörden oder von privater Seite ausgehen (Rz. 64). Geht ein Planvorhaben auf die Initiative der Behörden zurück, ist dieses in die Raumentwicklungsstrategie des Gemeinwesens eingebettet. Das angestrebte Projekt bildet dann ein Element einer städtebaulichen Idee, zu deren Realisierung die Planungsträger auf private Partner angewiesen sind (*Top-down-Planung*). Jedenfalls im Ausgangspunkt anders gelagert sind Planvorhaben, die von Privaten an die Behörden herangetragen werden (*Bottom-up-Planung*). Diese entstehen oft ad hoc, wenn Bauprojekte die Grenzen der Grundordnung sprengen. Sie sind damit anlassbezogen und gehen im Ausgangspunkt auf ein individuelles und kein öffentliches Bedürfnis zurück.

2. Ermittlung des Akteurskreises

2.1 Ausgangspunkt: Geltung des Opportunitätsprinzips

- 404 Ob sie ein kooperativ angelegtes Planungsvorhaben verfolgen oder nicht, entscheiden die zuständigen Behörden nach dem *Opportunitätsprinzip*. Das aus dem Polizeirecht bekannte Prinzip bedeutet, dass Behörden zum Handeln zwar ermächtigt, nicht aber verpflichtet sind.⁸⁷⁰ In der Raumplanung gilt das Opportunitätsprinzip nur eingeschränkt. Art. 2 Abs. 1 RPG, der die

869 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 587.

870 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2562.

Planungsträger dazu verpflichtet, die «nötigen» Planungen vorzunehmen, begründet nämlich eine Handlungspflicht. Mit der Beschränkung auf das «Nötige» schränkt Art. 2 Abs. 1 RPG jedoch zugleich die Reichweite des behördlichen Handelns ein. Es sind demnach nur solche Eigentumskretisierungen bzw. Nutzungsbeschränkungen von Grundstücken zulässig, die sich im Hinblick auf die angestrebte Raumordnung als verhältnismässig erweisen.⁸⁷¹ Kooperativ Planungen, die Win-win-Situationen für Behörden und Private vermitteln, öffnen hier Handlungsspielräume (Rz. 171). Das Opportunitätsprinzip bezieht sich nun auf zweierlei: zum einen auf die *Wahl der kooperativen Methode*, die auch auf die im Sinne von Art. 2 Abs. 1 RPG «nötigen» Planungen Anwendung finden kann, etwa wenn eine besondere Planungspflicht besteht, die den Erlass eines Sondernutzungsplans erforderlich macht (Rz. 172). Soweit für die zu planende Parzelle bereits ein rechtsgenügender Nutzungsplan besteht, bezieht sich das Opportunitätsprinzip zum anderen auf die *Planung selbst*. In diesem Fall sind die Planungsbehörden qua Sachkompetenz zur Planung zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet und können die Privaten im Einvernehmen mit den Behörden eine kooperative Planung eingehen, haben aber *keinen Anspruch* auf eine solche.

2.2 Problemstellung: kooperative Planungen als knappe «Gut»

a Gründe der Knappheit

Kooperative Planungen sind als dialogisch angelegte Planungen ressourcen- und zeitaufwendig. Sie betreffen zudem häufig Parzellen, für die eine planerische Ordnung bereits besteht. Die Behörden werden deshalb genau abwägen, ob ein Projekt geeignet ist, einen echten städtebaulichen Mehrwert zu erzeugen, und es sich deshalb lohnt, eine kooperative Planung an die Hand zu nehmen. Die Notwendigkeit der Selektivität bei der Auswahl kooperativer Projekte kennt ungeachtet der Ressourcenfrage aber weitere Ursachen: Soweit das Vorhaben die Ausscheidung neuen Baulands voraussetzt, setzt Art. 15 Abs. 4 RPG enge Grenzen. Sodann leitet sich die Begrenzung der Zahl kooperativer Planungen aus dem planerischen Stufenbau und den mit den einzelnen Planungsstufen assoziierten Funktionen ab: Kooperative Planungen erfolgen als räumlich auf eine oder wenige Parzellen begrenzte Planungen meist in Form von Sondernutzungsplänen, denen in Bezug auf die planerische Grundordnung eine Art «Ausnahmebewilligungscharakter» zukommt, soweit sie eine höhere Ausnützung zulassen.⁸⁷² Je stärker die Grundordnung mit Sondernutzungsplänen überlagert ist, desto grösser ist deshalb das Risiko,

871 TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 2 Rz. 7, 22.

872 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 63.

dass die der Grundordnung zugrundeliegende umfassende Interessenabwägung letztlich ausgehebelt und die Grundordnung selbst ihrer gesamtäumlichen Steuerungsfunktion entäussert wird (Rz. 80). Die schrittweise Zerstückelung der Grundordnung stünde im Widerspruch zum – aus Art. 2 RPG abgeleiteten – Grundsatz der umfassenden Planung, der die räumlich und/oder sachlich selektive Bearbeitung von Themen untersagt.⁸⁷³ Wenn (kooperativ erarbeitete) Sondernutzungspläne nicht in eine Revision der Grundordnung eingebettet sind, sind sie folglich nur in begrenzter Zahl zulässig. Unzulässig ist insbesondere die unkoordinierte Aneinanderreihung von Sondernutzungsplänen (Rz. 80).

b Folge: Verteilungsproblem

- 406 Sowohl bei Bottom-up- als auch bei Top-down-Planungen stellt sich ein Verteilungsproblem insofern, als die Planungsbehörden entscheiden müssen, mit welchen privaten Akteuren sie kooperative Planungen eingehen und mit welchen nicht. Das Verteilungsproblem ist je nach Ausgangssituation anders gelagert. Bei den anlassbezogenen Bottom-up-Planungen hat die Planungsbehörde über einzelne Projekte, welche die Privaten an sie herangetragen, zu befinden. Ob die Behörde ein auf Kooperation angelegtes Projekt verfolgt oder darauf verzichtet, hängt unter anderem davon ab, inwieweit die Grundordnung bereits mit Sondernutzungsplänen überlagert ist und wie viele kooperative Projekte die Behörde im Zeitpunkt des Gesuchs bereits begleitet. Je mehr Sondernutzungspläne bestehen und in je mehr kooperative Projekte die Behörde involviert ist, desto selektiver wird sie mit Blick auf das Gebot der umfassenden Planung und ihre Ressourcen bei der Auswahl neuer kooperativer Projekte sein. Dabei stehen die Gesuchstellenden sowohl in Bezug auf die Zahl der bereits festgesetzten Sondernutzungspläne als auch in Bezug auf die Zahl der aktuell durch die Behörden verfolgten Projekte in mittelbarer Konkurrenz zueinander – mittelbar deshalb, weil sich die Konkurrenzsituation im Laufe der Zeit tendenziell verschärft. Anders verhält es sich bei kooperativ angelegten Top-down-Planungen, bei denen das Gemeinwesen ein planerisches Ziel mit verschiedenen Planvarianten bzw. durch den Einbezug unterschiedlicher Parzellen erreichen kann. In diesem Szenario gehen die Planungsbehörden mit denjenigen privaten Akteuren eine Kooperation ein, die nach Massgabe der für die Arealentwicklung formulierten Ziele das beste Angebot unterbreiten. Die interessierten Privaten stehen folglich in unmittelbarer Konkurrenz zueinander.

873 BGE 139 II 470, E. 3.4; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 2 Rz. 60.

2.3 Lösung im Grundsatz: Definition eines Verteilungsmechanismus

a Einleitung

Verteilungsprobleme stellen sich in der Verwaltungspraxis vielfach – etwa 407 wenn es um die Erteilung von (Sondernutzungs-)Konzessionen geht. Sie werden gelöst, indem der Verteilung des knappen Guts ein Verfahren vorausgeht, in welchem die Behörden unter Offenlegung der entscheidungswesentlichen Kriterien evaluieren, wer den Zuschlag erhält.⁸⁷⁴ Ein solches auf Transparenz beruhendes Verfahren soll willkürfreie und rechtsgleiche Entscheide gewährleisten, wo absolute Rechtsgleichheit nicht herzustellen ist.⁸⁷⁵ Im Folgenden werden mit dem Submissionsverfahren, der Konzessionsvergabe und der Erteilung von Ermessensbewilligungen drei Verfahren vorgestellt, die auf unterschiedlich gelagerte Verteilungsprobleme zugeschnitten sind. Sie bilden die Grundlage, um Kriterien für die Auswahl kooperativer Planvorhaben abzuleiten.

b Beispiel Submissionsrecht

Das Submissionsrecht gilt als «Prototyp» eines Verteilungsverfahrens knapper Güter.⁸⁷⁶ Es regelt die öffentliche Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen, die der Staat zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben benötigt. Das besondere Verfahren ist nötig, weil die staatlichen Beschaffungsstellen aufgrund ihrer Nachfragemacht und fehlender Anreize zum wirtschaftlichen Handeln in der Lage sind, die Rationalität des Marktes, die sich im Preisbildungsprozess als Spiel von Angebot und Nachfrage ausdrückt, auszuhebeln, und damit die Gefahr von wettbewerbsverzerrendem Handeln besteht.⁸⁷⁷ Das Submissionsrecht wirkt dem entgegen, indem es den Staat verpflichtet, in definierten Verfahren das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, den Zuschlag zu erteilen und den Vertrag mit dem entsprechenden Anbieter, der entsprechenden Anbieterin abzuschliessen. Auf diese Weise soll die Gleichbehandlung potenzieller Anbietender gewährleistet werden.⁸⁷⁸ Die Auswahl der Vertragspartei erfolgt anhand von Eignungs- und Zuschlagskriterien. Dabei sind *Eignungskriterien* personenbezogene Kriterien, die, wie die Kriterien der finanziellen, wirtschaftlichen oder fachlichen Leistungsfähigkeit, sicherstellen sollen, dass die Anbietenden in der Lage sind, die ausgeschriebene Leistung

874 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 722.

875 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 726f.

876 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 724.

877 BEYELER, Beschaffung, Rz. 177 m.w.H., Rz. 188; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 724.

878 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 726.

tatsächlich zu erbringen.⁸⁷⁹ Dagegen beziehen sich die *Zuschlagskriterien* auf die benötigte Leistung bzw. das Angebot. Wie die Eignungskriterien müssen sie einen unmittelbaren Bezug zur ausgeschriebenen Leistung aufweisen. Dieser ist gegeben, wenn sich die Kriterien auf die Qualität der Leistung direkt auswirken.⁸⁸⁰ Zuschlagskriterien ohne direkten Auftragsbezug sind nur zulässig, wenn das Gesetz sie ausdrücklich vorsieht.⁸⁸¹ Der Zuschlag erfolgt als anfechtbare Verfügung, mit welcher die behördeninterne Willensbildung fingiert wird und die den unterliegenden Anbietenden den Rechtsweg öffnet.⁸⁸² Der Zuschlag schliesst das öffentlichrechtliche Verfahren ab und bildet die Erlaubnis der Vergabestelle für den Abschluss des zivilrechtlichen Vertrags (sog. Zwei-Stufen-Theorie).⁸⁸³

c Beispiel Konzessionsvergabe

- 409 Konzessionen sind Rechtsakte, mit denen der Staat ihm rechtlich oder faktisch vorbehaltenen Befugnisse (Monopole) zeitlich befristet auf Private überträgt.⁸⁸⁴ Sie räumen der Konzessionärin bzw. dem Konzessionär eine wirtschaftliche Sonderstellung ein.⁸⁸⁵ Ein Anspruch auf Konzessionserteilung besteht aufgrund der Knappheit der durch diese vermittelten Rechte nicht. Sie tangiert nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch insbesondere die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV nicht, die jede auf Erwerb ausgerichtete private Tätigkeit erfasst, ihre Grenze aber in den staatlichen Monopolen als Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 Abs. 4 BV findet.⁸⁸⁶ Vielmehr liegt die Konzessionserteilung im pflichtgemässen

879 Vgl. Art. 9 BöB für die öffentliche Beschaffung des Bundes; dazu auch TRÜEB, in: Kommentar BöB, Art. 9 Rz. 3f.

880 Vgl. Art. 21 BöB für die öffentliche Beschaffung des Bundes; dazu auch BGE 140 I 285, E. 5.2 (Pra 2015 Nr. 22); TRÜEB, in: Kommentar BöB, Art. 9 Rz. 5, 13.

881 BGE 140 I 285, E. 5.2, E. 7.1 (Pra 2015 Nr. 22); siehe § 5 und § 33 Abs. 1 SubmV/ZH, welche die Lehrlingsausbildung als vergabefremdes Kriterium gesetzlich erlauben.

882 Vgl. Art. 29 lit. a BöB für die öffentliche Beschaffung des Bundes.

883 TRÜEB, in: Kommentar BöB, Art. 21 Rz. 1. Zur Zwei-Stufen-Theorie Rz. 529 f.

884 WALDMANN, Konzession, S. 2 ff. m.w.H.

885 WALDMANN, Konzession, S. 6.

886 BGE 142 I 99, E. 2.4.1 und E. 5.2; BGE 136 II 436, E. 1.3. Mit dem Bundesgericht ging auch die ältere Lehre davon aus, dass die Schutzwirkung von Art. 27 BV für den «künstlichen» Markt der Konzessionsvergabe nicht greift. In der jüngeren Lehre mehren sich dagegen die Stimmen, welche die Schutzwirkung nicht gänzlich ausschliessen wollen und analog zum bedingten Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch des öffentlichen Grunds bei der Ausübung von Grundrechten einen bedingten Anspruch auch auf Konzessionserteilung zur Diskussion stellen (WALDMANN, Konzession, S. 22 ff.; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 27 Rz 6; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 45 Rz. 17).

Ermessen der Behörden, das nur durch die rechtsstaatlichen Garantien, namentlich das Willkürverbot, und allenfalls durch spezialgesetzliche Vorschriften eingeschränkt ist.⁸⁸⁷ Zu berücksichtigen ist zudem Art. 2 Abs. 7 BGBM, der die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf private Akteure zum Schutz des Wettbewerbs und aus Gründen der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten der Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung und damit einem geordneten, transparenten Verfahren unterstellt.⁸⁸⁸ Zum Schutz nicht berücksichtigter Dritter hat der Zuschlag in der Form einer anfechtbaren Verfügung zu erfolgen.⁸⁸⁹ Neben dem Zuschlag ist auch die Frage, ob eine Konzession unzulässige Auflagen enthält, gerichtlich überprüfbar.⁸⁹⁰

d Beispiel Ermessensbewilligung

Um die Anforderungen an die Auswahl kooperativer Planvorhaben konkretisieren zu können, ist es sodann aufschlussreich, auch das Verfahren für die Erteilung von Ermessensbewilligungen zu beleuchten, d.h. von Bewilligungen, auf die kein Anspruch besteht. Zu diesen zählen u.a. kontingentierte wirtschaftspolitische Bewilligungen.⁸⁹¹ Die Bewilligungen werden im Verfügungsverfahren erteilt, wobei die Behörden zur Begründung ihres Entscheids für oder gegen die Erteilung auf das öffentliche Interesse an der bewilligungspflichtigen Tätigkeit abstellen.⁸⁹² Der Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten gemäss Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV erfährt insofern eine Einschränkung.⁸⁹³ Mithin verfügen die Behörden über erhebliches Ermessen, das – wie schon bei der Konzessionserteilung – lediglich in den rechtsstaatlichen Garantien und allenfalls spezialgesetzlichen Vorschriften seine Schranken findet.

887 BGE 142 I 99, E. 2.4.4; BGE 139 II 470, E. 3.1; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 387.

888 Botschaft BGBM 2004, S. 485f.; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 725, 727. Die mit Art. 2 Abs. 7 BGBM statuierte Ausschreibungspflicht und das Diskriminierungsverbot nehmen der Frage der Anwendbarkeit von Art. 27 BV auf die Konzessionsvergabe «etwas an Schärfe» (BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 27 Rz. 16).

889 KUNZ, Konzessionserteilung, S. 32.

890 BGE 136 II 436, E. 1.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2731.

891 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2655; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 44 Rz. 34, 37.

892 BGE 140 I 218, E. 6.3 (Pra 2015 Nr. 1), betreffend die Bewilligungspflicht für den Erwerb hochtechnischer medizinischer Geräte zur Kontrolle der Gesundheitskosten im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung; BGE 130 I 26, E. 6.1f., betreffend einen Ärztestopp aus denselben Gründen.

893 BGE 140 I 218, E. 6.3–6.8 (Pra 2015 Nr. 1); BGE 130 I 26, E. 6.1f.

e Parallelen zur Verteilungsproblematik bei kooperativen Planungen

- 411 Ein Zuteilungsmechanismus nach Art der öffentlichen Beschaffung oder der Konzessionserteilung ist im Kontext der Raumplanung nur bei Top-down-Planungen denkbar, etwa bei Gebietssanierungen oder wenn Bauland neu ausgeschrieben werden soll und der Planungssperimeter bis zu einem gewissen Grad variabel ist, weil gleichwertige Planvarianten bestehen. Unter diesen (wohl seltenen) Umständen stehen die für kooperative Planungen potenziell infrage kommenden Grundeigentümerschaften in direkter Konkurrenz zueinander, so dass die Behörden in einem auf Wettbewerb angelegten Verfahren diejenigen Parteien auswählen können, welche in Bezug auf vorab festgelegte Kriterien das städtebaulich attraktivste Angebot unterbreiten. Demgegenüber weist die Auswahl kooperativer Bottom-up-Planungen durch die Planungsbehörden Parallelen zur Zuteilung wirtschaftspolitischer Bewilligungen auf – dies insofern, als die Zahl zulässiger und praktisch durchführbarer kooperativer Sondernutzungsplanungen begrenzt ist und sich das Kontingent wie bei wirtschaftspolitischen Bewilligungen erst im Laufe der Zeit erschöpft (Rz. 406).

2.4 Auswahlverfahren bei kooperativen Top-down-Planungen

a Das Modell «Adank»

- 412 Mit der gehörigen Auswahl derjenigen privaten Akteure, die im Kontext kooperativer Top-down-Planungen die Möglichkeit zur Zusammenarbeit mit den Planungsbehörden erhalten, hat sich ADANK befasst, die eine mehrstufige Entscheidungsfolge vorschlägt. Ausgangspunkt von ADANKS Überlegungen bilden in erster Linie Planungen, die der Planungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 1 RPG unterliegen. Steht im Einklang mit Art. 21 Abs. 2 RPG in ADANKS Modell fest, dass ein Nutzungsplan der Anpassung bedarf, entwickelt die zuständige Behörde zunächst mehrere richtplankonforme Nutzungsplanvarianten.⁸⁹⁴ Sie identifiziert hierzu Grundstücke, die sich aufgrund ihrer Lage, ihrer topographischen Eigenheiten, ihrer Bodenbeschaffenheit und ihrer rechtlichen Verfügbarkeit für die Umsetzung der angestrebten Planungsziele eignen.⁸⁹⁵ Sofern sich das planerische Ziel durch mehrere *gleichwertige Planvarianten* verwirklichen lässt, werden die entsprechenden Planentwürfe ausgearbeitet und dem Mitwirkungsverfahren gemäss Art. 4 RPG unterzogen. Im Zuge dessen informieren die Behörden die Bevölkerung auch über ihre Absicht, Bauverpflichtungsverträge abzuschliessen zu wollen.⁸⁹⁶ Kommen nach dem

894 ADANK, Contrat de planification, Rz. 451 ff., 509, 515 f.

895 ADANK, Contrat de planification, Rz. 463, zudem Rz. 332 ff., 455 ff. m.w.H.

896 ADANK, Contrat de planification, Rz. 517.

Mitwirkungsverfahren weiterhin mehrere Planvarianten infrage, tritt die Behörde mit den vom Planungssperimeter erfassten Grundeigentümerschaften in Kontakt, um mit diesen die zuvor im Mitwirkungsverfahren angekündigten Bauverpflichtungsverträge zu verhandeln.⁸⁹⁷ Das Planerlassorgan legt hierzu im Vorfeld – analog zum Submissionsverfahren – Kriterien fest, die im Minimum erfüllt sein müssen, damit der Abschluss eines Bauverpflichtungsvertrags seitens der Behörden infrage kommt.⁸⁹⁸ Zu diesen Kriterien zählen namentlich die maximal zulässige Frist für die Überbauung der Parzelle oder auch bestimmte Anforderungen an die architektonische Qualität der zu erstellenden Bauten.⁸⁹⁹ Der Kriterienkatalog wird nach dem Ziel der konkreten Planung bestimmt. Dagegen spielen personenbezogene Kriterien, wie die finanzielle Potenz der Eigentümerschaften, keine Rolle. Das Raumplanungsgesetz des Bundes kennt solche Kriterien als Grundlage für planerische Entscheide nicht.⁹⁰⁰ Mit der Festlegung des Kriterienkatalogs beauftragt das Erlassorgan die Behörden, Verhandlungen aufzunehmen, die in Abhängigkeit von den Angeboten der Privaten attraktivste Planvariante zu bestimmen und die entsprechenden Verträge abzuschliessen.⁹⁰¹ Anschliessend wird der Planentwurf der kantonalen Genehmigungsbehörde zur Vorprüfung vorgelegt und nach Abschluss der Vorarbeiten durch das Erlassorgan festgesetzt.⁹⁰²

b Kritische Würdigung

ADANK überträgt die verfahrensrechtlichen Überlegungen, die insbesondere dem Submissionsrecht, aber auch der Konzessionsvergabe zugrunde liegen, auf die Raumplanung. Das knappe Gut der planerischen Mehrausnützung, für die ein Nachfrageüberhang seitens der Privaten besteht, wird nach transparenten Kriterien zugeteilt, wobei die Interessenten im Wettbewerb um das beste Angebot stehen. Das Verfahren gewährleistet die rechtsgleiche Behandlung aller Beteiligten in einem Umfeld, das formale Gleichbehandlung ausschliesst. Zugleich stellt das Modell sicher, dass die öffentlichen Interessen in Bezug auf die Nutzung des Raums optimiert werden. Es ist auf Planungen angelegt, für die gleichwertige Varianten bestehen, die also mit einer Auswahl unterschiedlicher Grundstücke und deren Eigentümerschaften realisiert werden können. 413

897 ADANK, Contrat de planification, Rz. 518.

898 ADANK, Contrat de planification, Rz. 409

899 ADANK, Contrat de planification, Rz. 519.

900 ADANK, Contrat de planification, Rz. 332 ff., 423, 425.

901 ADANK, Contrat de planification, Rz. 409.

902 ADANK, Contrat de planification, Rz. 520 ff.

414 Das Modell stellt einen interessanten Ansatz dar, auf zentrale Themen kooperativer Planungen, namentlich die Gewährleistung des Gleichheitsgebots, das Bedürfnis nach demokratischer Legitimation kooperativer Entscheide und damit eng verknüpft die Sicherung tatsächlicher Gestaltungsfreiheit des legislativen Planerlassorgans, Antworten zu finden. Gleichwohl ist das Modell nicht vor Kritik gefeit. Die Hauptkritik entzündet sich an der zweistufigen Entscheidungsfolge des Erlassorgans, das im Planungsprozess in Kenntnis unterschiedlicher, im Hinblick auf das planerische Ziel gleich geeigneter Planvarianten zunächst Kriterien für Vertragsverhandlungen mit den Privaten definiert, um nach Abschluss dieser Verhandlungen eine Planvariante festzusetzen. Ohne den ersten Entscheid, die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien, zu charakterisieren, unterstellt ADANK implizit, das Erlassorgan sei an seinen «Zwischenentscheid» bei der Festsetzung des Plans gebunden. Zwar wählt ADANK aus gutem Grund ein zweistufiges Erlassverfahren. Indem sie nämlich das für die Planfestsetzung zuständige Organ frühzeitig in die Planerarbeitung einbindet, versetzt sie dieses in die Lage, seinen Gestaltungsanspruch auszuüben. Hierdurch wird nicht nur die Alles-oder-nichts-Entscheidung, die kooperative Planungen typischerweise kennzeichnet, vermieden. Auch das Risiko, dass eine Planung mangels politischer Tragfähigkeit in letzter Minute scheitert, wird reduziert. Das Modell suggeriert aber Finalitäten, die in der Praxis nicht durchwegs existieren, weil insbesondere das legislative Erlassorgan grundsätzlich frei ist, auf seinen «Zwischenentscheid» zurückzukommen. Daran ändert auch Art. 21 Abs. 2 RPG, der die Voraussetzung für die Änderung *bereist festgesetzter Pläne* festhält, nichts. ADANKs Modell beschreibt folglich eine idealtypische Entscheidungsfolge, die Störfaktoren, wie namentlich die Verschiebung der politischen Verhältnisse nach einer Neuwahl des Planerlassorgans oder die Neubeurteilung von Planvorhaben im Laufe der Zeit, ausklammert.

415 Anlass zur Kritik gibt ferner die Praktikabilität des Modells. Gerade bei grossräumigen Planungen oder bei Perimetern mit komplexen Eigentümerstrukturen (z.B. Stockwerkeigentum) dürften breit angelegte Vorabklärungen über die Kooperationsbereitschaft der Eigentümerschaften und ebenso breit angelegte Aushandlungsprozesse erhebliche personelle und zeitliche Ressourcen der verantwortlichen Behörde binden, was die Planungen nicht eben beschleunigen dürfte. Dieses Problem wird akzentuiert, wenn die vertraglichen Bauverpflichtungen, die interessierte Grundeigentümerschaften eingehen, projektbezogen erfolgen sollen. Würde dagegen auf den Projektbezug verzichtet, würde das städtebauliche Potenzial kooperativer Planungen, das darin besteht, kreative *planerische* Lösungen hervorbringen, nicht ausgeschöpft. Die Zweckmässigkeit des Modells ist deshalb fraglich. Zudem dürfte die Auflage nicht nur eines Planentwurfs, sondern mehrerer Planvarianten

die Mitwirkung der Bevölkerung erheblich komplizieren und der Aufwand für die Vor- und Nachbereitung des Verfahrens spürbar steigen. Anlass zur Kritik gibt sodann, dass das Modell nur einen kleinen Teil praxisrelevanter kooperativer Planungen abbildet. Für anlassbezogene Bottom-up-Planungen erweist es sich aufgrund des Fehlens einer unmittelbaren Konkurrenzsituation zwischen den Interessenten als wenig tauglich.

Trotz dieser Kritik ist das Modell ADANKs aber wertvoll, um die aktuelle Praxis in Bezug auf die Auswahl kooperativer Planvorhaben kritisch zu reflektieren. Es dient als theoretischer Massstab, den es unter Abwägung aller involvierten Interessen und unter Zweckmässigkeitsaspekten je nach den konkreten Umständen abzuschichten gilt. ADANK ist aber insoweit zu folgen, als die Auswahl der für kooperative Planungen geeigneten Projekte nach definierten Kriterien und mithin transparent erfolgen muss, um dem rechtsstaatlichen Erfordernis rechtsgleicher, willkürfreier Entscheide zu genügen. 416

2.5 Auswahlverfahren bei kooperativen Bottom-up-Planungen

a Charakterisierung der Entscheidungssituation

Anders als bei Top-down-Planungen haben die Planungsbehörden bei Bottom-up-Planungen nicht nur zu entscheiden, *mit wem* sie kooperieren wollen, sondern auch, *ob* sie das an sie herangetragene Planvorhaben verfolgen wollen. Sodann stehen die privaten Interessenten nicht im direkten Wettbewerb zueinander, sondern befinden sich in bloss mittelbarer Konkurrenz um das knappe Gut der kooperativen Sondernutzungsplanung. Ein Verteilungsmechanismus, welcher ermöglicht, aus vergleichbaren Angeboten das beste Angebot auszuwählen, greift nicht. Stattdessen haben die Planungsbehörden analog zur Erteilung von Ermessensbewilligungen über jedes Kooperationsgesuch nach pflichtgemäsem Ermessen einzeln, und ohne auf eine vergleichbare Offerte Bezug nehmen zu können, zu entscheiden. Ob eine Behörde eine Kooperation an die Hand nimmt oder darauf verzichtet, wird massgeblich durch das öffentliche Interesse an einem konkreten Projekt bestimmt. Dem Gleichheitsgebot kommt beim Entscheid, wie bereits dargelegt, nur eingeschränkte Bedeutung zu (Rz. 410). Es greift jedenfalls insoweit nicht, als aus dem Umstand, dass eine Behörde unter vergleichbaren Umständen eine Kooperation eingegangen ist, kein Anspruch auf Kooperation entsteht. Gänzlich frei sind die Planungsbehörden in ihrem Entscheid dennoch nicht. Jedenfalls wenn es um die Festlegung von Gegenleistungen für die in Aussicht gestellte planerische Mehrausnützung geht, sind die Behörden aufgrund des Verhältnisses spezifisch gearteter Subordination (Rz. 168) nach hier vertretener Ansicht nur insofern frei, als das Gesetz diese ausdrücklich vorsieht und sie im vom Gesetz definierten Rahmen liegen (Rz. 191). 417

b Auswahlkriterien: Funktion und Typen

418 Im Sinne einer *transparenten und rationalen Verwaltungspraxis* ist die Definition von Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Planungsbehörden eine kooperative Planung in Betracht ziehen, zu empfehlen. Sie strukturieren den Auswahlprozess und dienen potenziell interessierten Privaten als erste Orientierung. In Anlehnung an das Beschaffungsrecht kann hierbei zwischen *Eignungs-* und «*Zuschlags-*»*Kriterien* unterschieden werden.

419 Eignungskriterien können als Mindestanforderungen verstanden werden, die erfüllt sein müssen, damit die Behörde eine kooperative Planung überhaupt in Betracht zieht. Sie können raum- oder personenbezogen sein. *Raumbezogene Eignungskriterien* lassen sich in solche faktischer und solche rechtlicher Natur unterscheiden. Sie sind faktischer Natur, soweit sie die Lage, Grösse, Topographie oder den Zuschnitt des Planungssperimeters betreffen. Sie sind rechtlicher Natur, soweit die Vereinbarkeit des Projekts mit den übergeordneten Richt- und Nutzungsplänen oder den Anforderungen des Natur-, Heimat- und Umweltschutzes infrage steht oder gefordert ist, dass ein Grundstück frei von rechtlichen Baubeschränkungen (Dienstbarkeiten) ist.⁹⁰³

420 *Personenbezogene Eignungskriterien* sind demgegenüber die finanzielle, wirtschaftliche und/oder fachliche Leistungsfähigkeit der Investoren und Grundeigentümerschaften. Ob diese zulässig sind, ist nicht abschliessend geklärt. ADANK lehnt sie für Planungen, die von der Planungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 1 RPG erfasst werden, als sachfremd ab. Das Raumplanungsgesetz des Bundes enthalte hierfür keine Anhaltspunkte.⁹⁰⁴ HÖSLI, der sich mit informell-kooperativen Verwaltungshandeln im Allgemeinen befasst, ohne auf die Raumplanung konkret Bezug zu nehmen, hält dem entgegen, dass glaubwürdige Verhandlungen ohne ein Vertrauensverhältnis und die fachliche Kompetenz der Parteien nicht möglich seien.⁹⁰⁵ Nach hier vertretener Auffassung sind personenbezogene Kriterien nicht nur zulässig, sie erscheinen – jedenfalls dort, wo die Behörden frei darin sind, ob sie eine Planung verfolgen – auch notwendig. Zweckmässig sind kooperative Planungen nämlich nur, wenn das Ziel der Kooperation, die bauliche Realisierung eines Plans, sichergestellt ist (Rz. 176 f.). Das Erfordernis liefe ins Leere, wenn die private Partei nicht darzulegen hätte, dass sie wirtschaftlich und organisatorisch dazu in der Lage ist. Die Zulässigkeit personenbezogener Kriterien leitet sich dabei nicht aus dem Regelungsgegenstand ab, sondern aus der Methodik der

903 ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 463; vgl. Rz. 366 f.

904 ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 332 ff., 423, 425.

905 HÖSLI, *Informell-kooperatives Verwaltungshandeln*, S. 144 f.

Kooperation. Personenbezogene Kriterien sind deshalb auch mit dem Raumplanungsgesetz des Bundes vereinbar, zumal sie die Realisierung der darin verankerten Planungsziele und -grundsätze begünstigen.

Von den Eignungs- sind die «Zuschlags-»Kriterien zu unterscheiden, die Anforderungen an das zu planende Projekt beschreiben. Sie können verfahrensbezogen sein, etwa wenn sich der Planentwurf auf ein Wettbewerbsverfahren abstützen können soll.⁹⁰⁶ Sie betreffen die Qualität des planerischen Vorhabens – etwa weil bestimmte städtebauliche und/oder architektonische Anforderungen, wie die gute Einordnung eines geplanten Neubaus in die bestehende städtebauliche Struktur, erfüllt sein müssen.⁹⁰⁷ Oder sie beziehen sich auf die Form des Mehrwertausgleichs (Rz. 272 f., 281).

c Auswahlkriterien: Praxisbeispiel

Soweit ersichtlich hat bisher lediglich die Stadt Zürich Kriterien definiert, die sie für die Aufnahme einer kooperativen Planung voraussetzt. Demnach muss das Planungsvorhaben:

1. ein Areal betreffen, das gemäss den übergeordneten Planungen entwickelt werden soll;
2. einen Mehrwert für die Allgemeinheit schaffen (z.B. preisgünstiger Wohn- und Gewerberaum, soziale Einrichtungen);
3. mit den Absichten der Stadt vereinbar sein und
4. eine Arealgrösse umfassen, die zweckmässig ist und eine bessere Lösung als die Regelbauweise ermöglicht.⁹⁰⁸

Die Liste ist nicht abschliessend.⁹⁰⁹ Im Zuge der Planerarbeitung ist in der Regel eine Vielzahl von Themen zu behandeln. Sie reichen von der Art der Nutzung und der optimalen Dichte über die Versorgung einer Überbauung mit Freiraum bis hin zu städtebaulichen, ökologischen und wirtschaftlichen Aspekten eines Bauprojekts und dem Ausgleich von Planungsmehrwerten.⁹¹⁰

Die Voraussetzungen (1.) und (4.) beschreiben raumbezogene, auf die Zweckmässigkeit einer Kooperation gerichtete Kriterien. Das zu planende Areal soll gemäss übergeordneten Plänen verdichtet werden und eine Grösse aufweisen, die bessere Lösungen als die Regelbauweise erlaubt. Voraussetzung

906 Studienaufträge, Testplanungen oder Wettbewerbe bilden bspw. in der Stadt Zürich oft die Basis kooperativer Planungen (AFS STADT ZÜRICH, Fn. 408).

907 Siehe bspw. § 65 Abs. 2 PBG/LU; Art. 25 Abs. 1 lit. b PBG/SG; § 24 Abs. 2 PBG/SZ.

908 AFS STADT ZÜRICH, Planungsinstrumente, Ergänzungsblatt.

909 Siehe AFS STADT ZÜRICH, Planungsinstrumente, Ergänzungsblatt, wonach «insbesondere» die genannten Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

910 AFS STADT ZÜRICH, Planungsinstrumente, Ergänzungsblatt; dasselbe, Fn. 408.

(3.) betont Selbstverständliches. Private Planvorhaben finden in den öffentlichen Interessen ihre Grenze. Voraussetzung (2.) zufolge soll das Vorhaben zusätzlich zu einem Plus an städtebaulicher Qualität einen Mehrwert für die Allgemeinheit erzeugen. Beim Erfordernis des Mehrwertausgleichs handelt es sich nicht primär um ein raumbezogenes, sondern vor allem um ein Gerechtigkeitskriterium. Es findet seinen Ausdruck in einer Gegenleistung, welche die Privaten für die Möglichkeit einer kooperativen Planung zu entrichten haben (Rz. 270).

d Auswahlkriterien: gesetzliche Grundlage

- 424 Die zuständigen Behörden sind frei, Eignungskriterien zu definieren, die als raum- oder personenbezogene Mindeststandards dazu dienen, die Zweckmässigkeit kooperativer Planungen sicherzustellen. Einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfen diese Kriterien nicht. Sie sind vielmehr Ausdruck des erheblichen Ermessens der Behörden, eine kooperative Planung anzustossen, und durch deren sachliche Zuständigkeit gedeckt. Anders verhält es sich mit «Zuschlags-»Kriterien, die an die Gegenleistungen der Privaten für eine kooperative Planung anknüpfen. Aufgrund des Verhältnisses spezifisch gearterter Subordination der Privaten zum Staat, dem ein faktisches Abhängigkeitsverhältnis der Privaten vom Staat zugrunde liegt, bedürfen diese Kriterien einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage (Rz. 191). Soweit die statuierten Leistungspflichten erheblich sind, wie namentlich das Erfordernis des Mehrwertausgleichs, ist ein Gesetz im formellen Sinne erforderlich, das den Grund der Leistungspflicht und deren Höhe konkretisiert. Die Information der Stadt Zürich in Form einer Broschüre, der allenfalls eine Verwaltungsverordnung zugrunde liegt⁹¹¹, genügt diesen Anforderungen nicht.⁹¹² Besteht demgegenüber ein entsprechendes Gesetz und lässt es Raum für Verhandlungen, steht es den Planungsbehörden frei, eine Kooperation davon abhängig zu machen, inwieweit Interessenten in der Lage sind, der Gemeinde ein städtebaulich interessantes Angebot zu unterbreiten (bspw. mit der Abtretung von Land für den gemeinnützigen Wohnbau). Bei der Bewertung, ob ein Planungsvorhaben attraktiv ist oder nicht, sind die Behörden im Rahmen ihres pflichtgemäss auszuübenden Ermessens frei.

911 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 81 ff.

912 Trotz des Inkrafttretens des Mehrwertausgleichsgesetzes des Kantons Zürich am 1.1.2021, wonach die Gemeinden den kommunalen Mehrwertausgleich in ihrer Bau- und Zonenordnung regeln müssen (§ 19 Abs. 1 MAG), plant die Stadt Zürich, bis zum Inkrafttreten ihrer entsprechenden Vorlage Mehrwerte – wie bereits zuvor – vertraglich und unmittelbar gestützt auf Art. 5 RPG abzuschöpfen (HBD STADT ZÜRICH, Mehrwertausgleich [www.stadt-zuerich.ch/mehrwertausgleich]). Zur Kritik an einer solchen Praxis siehe Rz. 288 ff.

3. Informell-kooperatives Vorverfahren

3.1 Gegenstand und Charakter

Prägendes Merkmal kooperativer Planungen ist der informelle Austausch zwischen den privaten Kooperationsparteien und den Planungsbehörden, der dazu dient, das förmliche Planerlassverfahren materiell und allenfalls auch in Bezug auf den Verfahrensablauf (etwa, wenn die Parteien die Durchführung eines Wettbewerbs [Rz. 231] vereinbaren) vorzubereiten und zu begleiten.⁹¹³ Wie bereits ausgeführt, bewirkt die kooperative Methode eine Stufung des Verfahrens. Dem förmlichen Planerlassverfahren, das mit dem Nutzungsplan als rechtsverbindlichem, anfechtbarem Entscheid abschliesst, geht ein informelles Vorverfahren voraus, das in eine *informelle Absprache* (Rz. 149) über den Gegenstand und die Bedingungen der Planfestsetzung mündet.⁹¹⁴ Diese ist zwar rechtlich unverbindlich. Sie entfaltet aber *faktische Bindungswirkungen*, die sich aus der Erwartung der Beteiligten speisen, bei absprachekonformem Verhalten einen Vorteil zu erzielen.⁹¹⁵ Die informelle Absprache markiert einen Zwischenstand im Entscheidungsprozess. Sie ist vorübergehender Natur, da sie in das förmliche Verfahren eingeht, dort allenfalls modifiziert wird und schliesslich in einem förmlichen Entscheid aufgeht.⁹¹⁶

3.2 Verfahrensrechtliche Stellung der privaten Kooperationspartei

Bereits die Phase der Vorverhandlungen ist durch eine im staatlichen «Angebotsmonopol» im Bereich der Nutzungsplanung begründete Machtasymmetrie zulasten der privaten Kooperationspartei geprägt (Rz. 168). Vorverhandlungen sind trotz ihrer faktischen Natur zudem auf ein Verfahren gerichtet, in dem die zulässigen Nutzungen von Grundstücken parzellenscharf und rechtsverbindlich festgelegt werden und das deshalb individuell-konkreten Charakter aufweist.⁹¹⁷ Aus diesen Gründen sind die privaten Kooperationsparteien im Vorverfahren durch das informelle staatliche Handeln derart intensiv berührt, dass die verfahrensrechtlichen Garantien – allen voran das Unbefangenheitsgebot und der Anspruch auf rechtliches Gehör – grundsätzlich greifen.⁹¹⁸ Jedenfalls wäre es wenig überzeugend, den Betroffenen die Geltung der Garantien mit dem Argument leichthin zu versagen, sie könnten

913 Vgl. NÜSSELE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 240; ferner THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 970.

914 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 961, 970.

915 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 981. Dazu schon Rz. 153, siehe noch Rz. 442.

916 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 970.

917 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 964; dazu Rz. 388.

918 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 964; dazu schon Rz. 400f.

die Zustimmung zu einer Absprache jederzeit verweigern. Da die Akteure unter faktischem Kontrahierungszwang verhandeln, besteht diese «Freiheit» gerade nicht. Anders zu entscheiden, hiesse, dass die Privaten das «Plus an Partizipation» durch ein «Minus an verfahrensrechtlichem Schutzbedürfnis» erkaufen müssten.⁹¹⁹ In Bezug auf die Reichweite der Garantien plädiert THURNHERR für eine «flexible Handhabung», die im Hinblick auf den *Zweck* des kooperativen staatlichen Akts einen «schonenden Ausgleich der involvierten Gesichtspunkte» erlaubt und neben den Schutzinteressen der Parteien auch das Interesse an der Effektivität des Verfahrens berücksichtigt.⁹²⁰ Es wird noch darzulegen sein, dass die für kooperative Planungen charakteristischen Kommunikationsstrukturen *funktionale Äquivalente* von Teilaspekten des Anspruchs auf rechtliches Gehör bilden und sich die erforderlichen staatlichen Vorkehrungen deshalb auf wenige Aspekte der Verfahrensgarantien erstrecken (Rz. 460 ff.).

3.3 Verfahrensrechtliche Stellung Dritter

427 Wird die verfahrensrechtliche Schutzwürdigkeit der privaten Kooperationspartei bejaht, stellt sich mit Blick auf das prozessuale Diskriminierungsverbot gemäss Art. 29 Abs. 1 BV (Rz. 383) unweigerlich die Frage, inwieweit auch schutzwürdig betroffene Dritte in das Vorverfahren einzubeziehen sind. Ist also auch ihnen in diesem Stadium des Verfahrens das rechtliche Gehör zu gewähren? Zunächst lässt sich festhalten, dass Dritte, welche die erforderliche Beziehungsnähe zu den Themen haben, die im informellen Vorverfahren verhandelt werden und in das förmliche Planerlassverfahren einfließen, hinreichend intensiv berührt sind, um den persönlichen Schutzbereich der Garantien zu eröffnen.⁹²¹ Da informelle Absprachen trotz des Gebots der Offenheit des förmlichen Verfahrens für neue Erkenntnisse⁹²² faktische Bindungswirkungen entfalten können, kann auch nicht leichthin angenommen werden, das Schutzbedürfnis Dritter werde im förmlichen Verfahren hinreichend befriedigt bzw. könne durch dieses «absorbiert» werden.⁹²³ Diesen gewichtigen Argumenten für die Einbindung Dritter in das Vorverfahren stehen gewichtige Argumente gegen eine solche Teilhabe gegenüber.

428 Informelle Vorverfahren bezwecken die rasche und unbürokratische Klärung der Bedürfnisse der Kooperationsparteien in Bezug auf den angestrebten

919 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 657.

920 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 588 f.

921 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 977.

922 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 981; vgl. Kapitel 12 III.7.2.

923 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, § 12 Titel 2.2.1.

Entscheid.⁹²⁴ Bei kooperativen Planungen geht es im Kern darum, auszuloten, inwieweit die Interessen von Behörden und Privaten miteinander vereinbar sind und die jeweiligen Tauschgebote für beide Seiten attraktiv erscheinen. Der Zwang, bereits in diesem Stadium Dritte einzubinden, würde den Teilnehmerkreis erheblich aufblähen und das Vorverfahren dadurch erheblich verkomplizieren und verlangsamen.⁹²⁵ In einer derart frühen Phase des Verfahrens kann es zudem Schwierigkeiten bereiten, den Kreis schutzwürdig betroffener Dritter zu identifizieren.⁹²⁶ Diese Problematik könnte sich insbesondere bei Top-down-Planungen stellen, wenn der Planungssperimeter noch nicht abschliessend bestimmt ist. THURNHERR äussert zudem die Befürchtung, die Betroffenen könnten Ausweichstrategien suchen, um dem (zu) engen Korsett eines derart formalisierten Vorverfahrens zu entkommen.⁹²⁷

Letztlich stellt die Festlegung des Grads der Formalisierung informeller Verfahren stets einen schwierigen Balanceakt dar, der einzelfallweise unter Abwägung aller berechtigten rechtlichen und faktischen Bedürfnisse zu entscheiden ist. Nur wenn feststeht, dass der Einbezug Dritter den Zweck des Vorverfahrens konterkariert, wird darauf verzichtet werden können.⁹²⁸ In diesen Fällen liegen qualifizierte Gründe vor, die den Einbruch in das prozesuale Gleichheitsgebot rechtfertigen.⁹²⁹ Um dem legitimen Schutzbedürfnissen Dritter dennoch gerecht zu werden, sind im förmlichen Verfahren kompensatorische Massnahmen wie die Offenlegung der informellen Absprache zu fordern.⁹³⁰ Bei kooperativen Planungen wird der Einbezug Dritter mit Blick auf die grosse Anzahl schutzwürdig Betroffener typischerweise abzulehnen sein. In jedem Fall wird sich aber die Forderung nach einem Zustimmungsvorbehalt Dritter als wenig sachgerecht erweisen. Dieser würde nicht nur zu erheblichen Verfahrensverzögerungen führen, sondern aufgrund des drohenden Vetos vieler Minimallösungen befördern, die das städtebauliche Potenzial kooperativer Planungen erheblich schmälern, wenn nicht gänzlich unterbinden würden.⁹³¹

924 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 991; vgl. Rz. 62.

925 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 991; vgl. Rz. 45.

926 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 991.

927 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 991.

928 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 993, ferner Rz. 594 m.w.H.

929 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 593, 594 ff.

930 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 596.

931 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 988, ferner Rz. 595f.

4. Mitwirkungsverfahren gemäss Art. 4 RPG

4.1 Gegenstand und Funktionen

a Gegenstand

430 Art. 4 RPG verpflichtet die Planungsträger, die Bevölkerung über die Ziele und den Ablauf planerischer Vorhaben zu unterrichten und dafür zu sorgen, dass sie in geeigneter Weise an diesen mitwirken kann. Die Mitwirkung der Bevölkerung kann in vielfältiger Form erfolgen.⁹³² Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts haben die Behörden die Planentwürfe mindestens zur «allgemeinen Ansichtsäusserung» freizugeben, Vorschläge und Einwände der Bevölkerung entgegenzunehmen und diese in wenigstens summarischer Form materiell zu beantworten.⁹³³ Das Erfordernis der Freigabe der Planentwürfe zur allgemeinen Ansichtsäusserung gilt als erfüllt, wenn die Entwürfe in öffentlichen Orientierungsveranstaltungen vorgestellt werden und im Anschluss an die Präsentation die Möglichkeit mündlicher oder schriftlicher Eingaben besteht. Vorbehaltlich anderslautender kantonaler Bestimmungen besteht hingegen kein Anspruch auf die öffentliche Auflage der Planentwürfe.⁹³⁴ Ungeachtet ihrer Form setzt wirksame Mitwirkung stets Ergebnisoffenheit voraus. Das Mitwirkungsverfahren muss deshalb zu einem Zeitpunkt stattfinden, in dem die abschliessende Abwägung aller relevanten Interessen (Rz. 438) noch aussteht.⁹³⁵ Mitwirkungsverfahren der blossen Form halber sind unzulässig.⁹³⁶ Der Adressatenkreis des Verfahrens ist mit der «Bevölkerung» gemäss Art. 4 Abs. 2 RPG denkbar weit. Angesprochen sind alle jene Personen, die von der infrage stehenden Planung betroffen sind, d.h. nicht nur die Stimmberechtigten oder diejenigen Personen, die zur Erhebung eines Rechtsmittels legitimiert sind. Zum Kreis der Berechtigten gehören vielmehr alle Einwohnerinnen und Einwohner des zu planenden Perimeters, zudem Organisationen, die ideelle oder wirtschaftliche Ziele verfolgen, sowie benachbarte und übergeordnete Gebietskörperschaften. Die Begrenzung der Mitwirkungsbefugnis auf Personen mit Beschwerdebefugnis ist unzulässig.⁹³⁷

932 Für Beispiele hierzu siehe EJPB/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 4 Rz. 10; dazu auch ZAUGG/LUDWIG, Kommentar BauG/BE Bd. II, Art. 58 Rz. 6 m.w.H.

933 Statt vieler BGE 135 II 286, E. 4.1; BGer, Urteil 1C_100/2019 vom 16.5.2019, E. 4.3.

934 Siehe Art. 58 Abs. 3 lit. a BauG/BE; ferner MUGGLI, in: Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 4 Rz. 26, sowie GOSSWEILER, in: Kommentar BauG/AG, § 3 Rz. 24.

935 Statt vieler BGE 143 II 467, E. 2.1 (Pra 2018 Nr. 94).

936 EJPB/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 4 Rz. 10.

937 EJPB/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 4 Rz. 6.

b Funktionen

Dem Mitwirkungsverfahren kommt im Planungsprozess eine zweifache 431
 Funktion zu. Es dient zunächst der Grundlagenbeschaffung und Sachverhaltsabklärung und stellt insoweit ein Instrument zur Qualitätssicherung im Planungsprozess dar.⁹³⁸ Namentlich bildet es Ausgangspunkt der Interessenabwägung gemäss Art. 3 RPV. Als Instrument der Kommunikation schafft das Mitwirkungsverfahren zudem Transparenz und ist geeignet, breite Akzeptanz für planerische Vorhaben zu schaffen. Das Mitwirkungsverfahren trägt deshalb zur «Demokratisierung» von Planungen bei⁹³⁹, was nicht nur das politische, sondern auch das Rechtsmittelrisiko reduziert.⁹⁴⁰ Insgesamt weist es Ähnlichkeit zu Vernehmlassungsverfahren im Gesetzgebungsprozess auf.⁹⁴¹ Die Bundesverwaltung beschreibt das Mitwirkungsverfahren als Instrument, das Planungen, welche sich der «Zuständigkeitsordnung des traditionell-gewaltenteiligen Staates»⁹⁴² entziehen, weil sie als Rechtsakte sui generis weder ausschliesslich Gesetzgebung noch ausschliesslich Rechtsanwendung sind, den «Ansprüchen des demokratischen Rechtsstaates näherbring[t]».⁹⁴³

4.2 Gefahren durch die kooperative Methode

a Reduktion von Dichte und Verständlichkeit von Informationen

Es ist Aufgabe der Behörden, die nötigen Sachverhaltsabklärungen im Planerlassverfahren zu treffen. Durch die Mitwirkung der Bevölkerung werden 432
 relevante Informationen in grosser Breite in den Planerarbeitungsprozess eingebracht. Die Grundlagenbeschaffung der Behörden wird damit gleichermaßen entlastet wie bereichert. Dass die Sachverhaltsabklärung *umfassend* erfolgt, d.h., dass *alle relevanten Interessen* im Zusammenhang mit einem Planvorhaben erkannt werden, ist entscheidend für die Richtigkeit der Interessenabwägung und damit für die Rechtmässigkeit der Pläne selbst.⁹⁴⁴

938 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 81.

939 Vgl. EJP/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 4 Rz. 3. Siehe aber MUGGLI, in: Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 4 Rz. 8f., wonach die Mitwirkung trotz ihrer demokratisierenden und damit legitimitätsbildenden Funktion kein Instrument der direkten Demokratie darstellt.

940 BGE 143 II 467, E. 2.1 (Pra 2018 Nr. 94); MUGGLI, in: Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 4 Rz. 11.

941 BGE 135 II 286, 4.2.3; vgl. MUGGLI, in: Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 4 Rz. 7.

942 EJP/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 4 Rz. 1.

943 EJP/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 4 Rz. 3.

944 Vgl. MUGGLI, in: Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 4 Rz. 4; ZAUGG/LUDWIG, Kommentar BauG/BE Bd. II, Art. 58 Rz. 3.

Zu diesem Zweck verpflichtet Art. 4 RPG die Behörden, der Bevölkerung diejenigen Mittel zur Verfügung zu stellen, die nötig sind, damit diese wirksam in den Planungsprozess eingreifen und einen tatsächlichen Einfluss auf das zu erwartende Ergebnis ausüben kann.⁹⁴⁵ Damit verbunden ist die Pflicht, über das Planvorhaben umfassend zu informieren. Demgegenüber gehen kooperative Planungen mit der Gefahr einher, das von den Kooperationsparteien gemeinsam getragene Projekt zu dessen Schutz vor äusseren Störfaktoren abzuschotten.⁹⁴⁶ Die Behörden könnten deshalb versucht sein, auch ohne absichtlich falsch oder unvollständig informieren zu wollen, die Informationsdichte und die Verständlichkeit der Informationen im Mitwirkungsverfahren zu reduzieren, um «problematischen» Einwendungen vorzubeugen. Die Qualität der Sachverhaltsermittlung würde hierdurch unweigerlich reduziert und die demokratisierende Funktion des Mitwirkungsverfahrens unterlaufen werden.⁹⁴⁷

b Späte Terminierung der Mitwirkung im Verfahren

- 433 Kooperative Verfahren bringen es zudem mit sich, dass tragfähige Ergebnisse erst nach einer längeren Phase der schrittweisen Annäherung der Beteiligten und damit *spät im Entscheidungsprozess* vorliegen. Je später das Mitwirkungsverfahren jedoch stattfindet, desto zurückhaltender werden die Behörden Hinweise und Einwendungen tendenziell prüfen und desto stärker wird die Verteidigungshaltung gegenüber den bereits erzielten Ergebnissen sein. Wird solchen Tendenzen durch verfahrensbezogene Massnahmen nicht aktiv entgegengewirkt, kann in der Bevölkerung leicht der Eindruck entstehen, Entscheide würden «hinter verschlossenen Türen» gefällt, dienen primär partikularen Interessen und würden öffentliche Interessen korrumpieren.⁹⁴⁸ Dadurch würde nicht nur die politische Akzeptanz der Planungen gefährdet. Der Umstand wäre auch geeignet, das Vertrauen in den Planungsprozess auszuhöhlen und die Methode der kooperativen Planung insgesamt zu beschädigen.

4.3 Massnahmen zur Gegensteuerung und Kompensation

a Gebot der Transparenz als Leitmotiv

- 434 Bei kooperativen Planungen kommt dem Mitwirkungsverfahren, das für die «Richtigkeit» planerischer Massnahmen grundlegend ist (Rz. 391), grosse

945 BGE 143 II 467, E. 2.1 (Pra 2018 Nr. 94).

946 Dazu noch Rz. 441 ff.

947 Vgl. NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 242.

948 Vgl. NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 242.

Bedeutung zu. Die Mitwirkung der Bevölkerung stellt ein Gegengewicht zu den weitreichenden Einflussnahmemöglichkeiten der privaten Kooperationsparteien dar. Das Mitwirkungsverfahren setzt den von diesen vorgebrachten Interessen eine Fülle gleichgerichteter oder entgegenstehender Interessen entgegen und ermöglicht hierdurch deren sachgerechte Einordnung in den planerischen Gesamtzusammenhang. Sachgerechte Stellungnahmen der Teilnehmenden des Mitwirkungsverfahrens sind dabei nur möglich, wenn die Planungsbehörden *umfassend* und *transparent* über das geplante Projekt, die kooperative Methode, die beteiligten Akteure und das der Planung zugrundeliegende Tauschverhältnis (Rz. 165 f.) informieren. Für eine wirksame Mitwirkung sollte das Verfahren sodann derart ausgestaltet sein, dass sich die Berechtigten möglichst zahlreich an diesem beteiligen. Im Folgenden wird aufzuzeigen sein, mit welchen Massnahmen der Gefahr der Überbetonung von Partialinteressen in kooperativen Planungen wirksam begegnet werden kann und wie die Auswirkungen der kooperativen Methode auf das Mitwirkungsverfahren kompensiert werden können.

b Publikation der Planentwürfe; ergänzende Massnahmen

Die Planentwürfe sind im Mitwirkungsverfahren zur allgemeinen Ansichtsausserung freizugeben (Rz. 429). Für komplexe Planvorhaben und bei Vorhaben, die erhebliche Auswirkungen auf die Bevölkerung zeitigen, bietet sich eine Kombination aus öffentlicher Auflage der Planentwürfe und begleitenden Informationsveranstaltungen an.⁹⁴⁹ Letztere haben den Vorteil, dass die Bevölkerung an diesen die Vor- und Nachteile eines Projekts unmittelbar mit der verantwortlichen Behörde diskutieren und gerade in Bezug auf die kooperative Methode kritisch nachfragen kann. Die Darstellung der Projekte im Rahmen von Ausstellungen, mit Hilfe von (3D-Computer-)Modellen oder deren Aussteckung im Raum bilden weitere Möglichkeiten, der Bevölkerung einen realistischen Eindruck von dem Vorhaben zu verschaffen.⁹⁵⁰ Ungeachtet der Form der Information hat diese stets objektiv, sachlich, ausgewogen, korrekt, umfassend und verständlich zu erfolgen – dies auch, wenn man die strengen Anforderungen an Abstimmungsunterlagen, die für die Ausübung der politischen Rechte gemäss Art. 34 BV grundlegend sind, nicht unbesehen auf die Information der Bevölkerung übertragen will.⁹⁵¹ Ihre

949 Vgl. MUGGLI, in: Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 4 Rz. 26; GOSSWEILER, in: Kommentar BauG/AG, § 3 Rz. 26.

950 Vgl. ZAUGG/LUDWIG, Kommentar BauG/BE Bd. II, Art. 58 Rz. 2.

951 Vgl. MUGGLI, in: Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 4 Rz. 23; GOSSWEILER, in: Kommentar BauG/AG, § 3 Rz. 21.

Grenze findet die Information der Bevölkerung in schützenswerten öffentlichen und privaten Daten, die der Geheimhaltung unterliegen.⁹⁵²

c Öffentliche Auflage des Planungsberichts im Entwurf

- 436 Art. 3 Abs. 2 und Art. 47 RPV verpflichten die Planungsbehörden, mit dem sog. Planungsbericht die entscheidungswesentlichen Grundlagen eines Plans und die einem Plan zugrundeliegende Interessenabwägung gemäss Art. 3 Abs. 1 RPV nachvollziehbar darzustellen und aufzuzeigen, inwieweit die angestrebten planerischen Massnahmen mit den Zielen und Grundsätzen der Raumplanung und dem übergeordneten Recht vereinbar sind. Der Bericht zwingt die zuständigen Behörden dazu, ihre planerischen Entscheide zu reflektieren und zu rationalisieren. Für schutzwürdige Betroffene stellt er die Grundlage zur Anfechtung von Nutzungsplänen im Rechtsmittelverfahren dar (Rz. 510). Die Begründungsdichte und -breite richten sich dabei nach der räumlichen Bedeutung des planerischen Vorhabens, der Weite des behördlichen Ermessensspielraums, dem im Erlassverfahren ermöglichten Mass an Partizipation sowie dem Konkretisierungsgrad des Plans.⁹⁵³ Gemäss Art. 47 RPV ist der Planungsbericht an die kantonale Genehmigungsbehörde zu richten (Rz. 511 ff.); er wird in der Praxis jedoch regelmässig zusammen mit dem festgesetzten Nutzungsplan öffentlich aufgelegt⁹⁵⁴ und an Beschwerdelegitimierte, die Anspruch auf Begründung gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben, herausgegeben.⁹⁵⁵ Sodann sehen einige Kantone dessen Auflage im Entwurf anlässlich des Mitwirkungsverfahrens vor.⁹⁵⁶ Für kooperative Planungen ist die *Auflage des Berichtsentwurfs im Mitwirkungsverfahren* zu empfehlen. Sofern die Behörden auf eine Orientierungsveranstaltung verzichten, an der über die kooperative Methode informiert wird, erscheint sie geboten. Die Bevölkerung erhalte hierdurch die Möglichkeit, Kenntnis von den Motiven und Zielen der kooperativen Planung zu erlangen, sich damit auseinanderzusetzen und dazu Stellung zu nehmen. Für eine wirksame Mitwirkung wären die kooperative Methode offenzulegen und die öffentlichen Interessen an der Kooperation

952 WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 4 Rz. 12. Zu den schützenswerten privaten Daten zählen u. a. Geschäftsdaten, die dem Geschäftsgeheimnis unterliegen, sofern an ihrer Veröffentlichung kein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (BGE 142 II 340, E. 3.2).

953 TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 35; MUGGLI, Planungsbericht, S. 30; WIRTHLIN, Legalitätsprinzip, S. 516.

954 Für ein Praxisbeispiel siehe § 24 Abs. 1 BauG/AG. Dazu auch AEMISEGGER/ KISLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 21, sowie TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 34.

955 Vgl. RUCH, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 26 Rz. 15.

956 Siehe bspw. Art. 13 Abs. 1 KRVO/GR.

darzustellen.⁹⁵⁷ Zudem sollte eine Folgenabschätzung des planerischen Vorhabens aus städtebaulicher, sozioökonomischer und wirtschaftlicher Sicht, welche es erlaubt, die politische Wünschbarkeit des Vorhabens zu beurteilen, Bestandteil des Berichts sein.⁹⁵⁸ Aufgrund der Tendenz zur Abschottung kooperativer Planungen nach aussen dürften nicht zuletzt erhöhte Anforderungen an die Begründungsdichte gelten.⁹⁵⁹

d Ausgestaltung der Mitwirkung als mehrstufiges Verfahren

Für komplexe Planungen oder Planungen, die von grossem allgemeinem Interesse sind und bei denen zu erwarten ist, dass im Mitwirkungsverfahren 437 substanzielle Hinweise und Einwendungen vorgebracht werden, kann sich zudem ein mehrstufiges Mitwirkungsverfahren anbieten.⁹⁶⁰ Denkbar wäre etwa, dass die Bevölkerung die Möglichkeit erhält, sich in einem frühen Stadium der Planung zum Leitbild oder Konzept eines planerischen Vorhabens zu äussern. Das Problem, dass die Entwürfe kooperativer Planungen erst in einem fortgeschrittenen Verfahrensstadium aufgelegt werden können (Rz. 433), liesse sich auf diese Weise abmildern bzw. kompensieren.

5. Interessenabwägung gemäss Art. 3 RPV

5.1 Gegenstand und Funktionen

Art. 3 Abs. 1 RPV legt die Planungsbehörden für die Konkretisierung rechtlich 438 vermittelter Handlungsspielräume auf die Methode der Interessenabwägung fest. Die Interessenabwägung ist ein kontrolliertes argumentatives Vorgehen, bestehend aus einer Abfolge von drei Teilschritten.⁹⁶¹ In einem ersten Schritt sind gemäss lit. a alle rechtlich anerkannten, sachlich erheblichen und aktuellen *Interessen* an der infrage stehenden Planung zu *ermitteln*.⁹⁶² Ein Element dieses Teilschritts ist das Mitwirkungsverfahren. In einem zweiten Schritt sind gemäss lit. b die relevanten Interessen situationsadäquat zu gewichten, wobei primär darauf abzustellen ist, inwieweit sie mit der angestrebten Raumordnung vereinbar sind und welche räumlichen, gesellschaftlichen,

957 Vgl. TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 35.

958 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 49.

959 Vgl. MÜLLER G., Interessenabwägung, S. 352; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 35.

960 MUGGLI, in: Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 4 Rz. 26; WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 4 Rz. 11.

961 TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 20; dazu bereits Rz. 170.

962 TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 22 ff.

ökologischen, wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen bei ihrer Berücksichtigung zu erwarten sind.⁹⁶³ Der dritte und abschliessende Schritt besteht gemäss lit. c in der Integration aller zuvor gewichteten Interessen derart, dass diese in dem planerischen Entscheid möglichst umfassend berücksichtigt werden. Er ist folglich als Optimierungsaufgabe zu verstehen. Gesucht sind ausgewogene Lösungen, welche die beteiligten Interessen möglichst umfassend abbilden bzw. den geringstmöglichen «Wirkungsverzicht» verursachen. Zielkonflikte werden dabei nicht nur anhand von rechtlich rationalisierbaren Erwägungen aufgelöst. Vor allem bei der Gewichtung und dem Ausgleich der Interessen fliessen auch politische Argumente in die Abwägung ein.⁹⁶⁴ Referenzpunkt und Massstab der Interessenabwägung bilden die Planungsziele und -grundsätze gemäss Art. 1 und 3 RPG. Hinzu treten weitere in Rechtsnormen verdichtete öffentliche Interessen, namentlich solche umwelt-, wirtschafts- oder sozialpolitischer Natur, sowie private Interessen.⁹⁶⁵ Als standardisiertes Vorgehen hat die Interessenabwägung den Zweck, die Konkretisierung rechtlich vermittelter Handlungsspielräume nachvollziehbar darzustellen und damit die Anfechtung und Überprüfung von Raumplänen zu ermöglichen.⁹⁶⁶ Um die hierfür nötige Publizität herzustellen, verpflichtet Art. 3 Abs. 2 RPV die Behörden, die Interessenabwägung in der Begründung ihrer Beschlüsse offenzulegen.

5.2 Fallgruppen der Fehlerhaftigkeit

- 439 Die Interessenabwägung ist für die Richtigkeitsgewähr und Überprüfbarkeit von Raumplänen elementar. Trotz des kontrollierten Vorgehens bei der Konkretisierung der offenen Normen des Raumplanungsrechts führen Interessenabwägungen meist nicht zu eindeutigen Ergebnissen.⁹⁶⁷ Aufgrund der Offenheit der Normen lassen sich Ergebnisse nicht deduzieren, sondern enthalten Wertungen, die im Hinblick auf ausgewiesene Massstäbe (mehr oder weniger) plausibel erscheinen, sich einer gewissen Subjektivität letztlich aber nicht entziehen können.⁹⁶⁸ Ob ein Ergebnis als rechtmässig gilt oder als

963 TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 37 ff.

964 TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 32 f.; NÜSSELE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 88; grundlegend dazu MÜLLER G., Interessenabwägung, S. 352, sowie GRIFFEL, Grundprinzipien Rz. 453 f.

965 Statt vieler BGE 145 II 70, E. 6.5 ff. BGE 134 II 97, E. 3.1; AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 16.

966 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 19; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 20.

967 TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 33; vgl. AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 18.

968 NÜSSELE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 94.

unrechtmässig verworfen werden muss, beurteilt sich daher im Wesentlichen nach der Richtigkeit des Argumentationsvorgangs⁹⁶⁹, wobei jeder der drei genannten Abwägungsschritte fehlerbehaftet sein kann:

Ein *Ermittlungsdefizit bzw. -überschuss* gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a RPV liegt vor, wenn wesentliche Interessen nicht berücksichtigt oder unwesentliche Interessen in die Interessenabwägung einbezogen werden.⁹⁷⁰ Eine *Fehlbeurteilung* gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b RPV ist gegeben, wenn die Bedeutung einzelner Interessen in Bezug auf die angestrebte räumliche Entwicklung oder die potenziellen Folgen auf den Raum verkannt werden.⁹⁷¹ Und schliesslich ist die Interessenabwägung fehlerhaft, wenn das Ergebnis einer *Plausibilitätskontrolle nicht standhält*.⁹⁷² Die Fehlerhaftigkeit besteht hier in der Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. c RPV. Nicht zuletzt führt der gänzliche *Verzicht auf eine Interessenabwägung* zur Fehlerhaftigkeit eines Plans.⁹⁷³

5.3 Gefahren durch die kooperative Methode

a Gefahr des Capture

Objektiv richtige, d.h. sachlich begründete Entscheide setzen die Unvoreingenommenheit der zuständigen Behörde und damit eine gewisse Distanz dieser zum Sachverhalt voraus.⁹⁷⁴ Bei kooperativen Planungen, die gleichermaßen im Interesse von Behörden und der privaten Kooperationspartei liegen und auf Konsens angelegt sind, kann diese Distanz mit der Zeit mehr oder weniger stark verloren gehen: Im Laufe der Verhandlungen erlangen die Behörden einen tiefen Einblick in die Interessenlage und Motive der privaten Gegenseite, lernen diese (besser) zu verstehen und machen sie sich allenfalls zu eigen. Der privaten Partei kann es folglich gelingen, die Behördenmeinung zu «erobern» – ein Phänomen, das in der angelsächsischen Literatur als «Capture» bezeichnet wird.⁹⁷⁵ Die zunehmende Interessenverflechtung von

969 Vgl. TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 20.

970 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 24, 26; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 42, 44 f.

971 BGE 145 II 70; AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 24, 27; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 42, 46.

972 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 24, 28; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 42, 47.

973 AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 24, 25; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 42, 43.

974 HÄNER, Beteiligte, Rz. 391; HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 79; NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 247.

975 HOFFMANN-RIEM, Selbstbindung, S. 210; HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 77; MOSIMANN, Befangenheit, S. 14. NÜSSLE hebt hervor, dass selbst bei

Behörden und Privaten sowie die schleichende Aneignung privater Interessen als öffentliche führen die Behörden dabei unmerklich in eine «Grauzone», «in der Kooperation in Kollaboration umschlägt».⁹⁷⁶ Es braucht wenig Phantasie, sich ein solches Szenario vorzustellen – etwa wenn das Interesse der Behörden an einem privaten Vorhaben gross ist, weil eine Investorin in einer strukturschwachen Gemeinde ein Gewerbe ansiedeln will, das zahlreiche Arbeitsplätze und Gewerbesteuererinnahmen verspricht, oder ein Konsortium plant, in einer von akuter Wohnungsnot geplagten urbanen Region neuen Wohnraum zu schaffen.⁹⁷⁷ Die Gefahr des Capture wird dabei mit zunehmendem Planungsfortschritt tendenziell steigen, weil die Behörden aufgrund der bereits aufgewendeten personellen und allenfalls auch finanziellen Ressourcen zunehmend unter Erfolgsdruck stehen und geneigt sind, Konzessionen einzugehen, um das Vorhaben zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen. Diese Gefahr ist umso grösser, wenn das Vorhaben breite öffentliche Beachtung findet oder die Handlungsfähigkeit und Kompetenz der Behörden im Sinne der wirkungsorientierten Verwaltung an der Zufriedenheit der «Kundinnen» und «Kunden» bemessen wird.⁹⁷⁸

b Gefahr des asymmetrischen Distanzabbaus

- 442 Regelmässig geht Capture zudem mit Abschottungsreflexen der Behörden gegenüber Dritten einher, die für die Realisierung des kooperativen Projekts zunehmend als potenzielle «Störfaktoren» wahrgenommen werden. Ihnen geht ein *asymmetrischer Distanzabbau* voraus, der HOFFMANN-RIEM zufolge dadurch gekennzeichnet ist, dass die Behörden zwar die «anheimelnde Wärme von partnerschaftlichen Kooperationsbeziehungen» suchen, sich gegenüber Dritten und der Öffentlichkeit aber obrigkeitlich reserviert und auffällig kontaktscheu zeigen.⁹⁷⁹ Die Abschottungsreflexe nach aussen bzw. der asymmetrische Distanzabbau sind damit zu erklären, dass substantielle Eingriffe

kooperativen Planungen, die von den Behörden angestossen werden und bei denen die öffentlichen Interessen im Vordergrund stehen, die Gefahr der Überbetonung der privaten Interessen besteht (Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 247).

976 HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 79; NÜSSE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 246.

977 HOFFMANN-RIEM, Selbstbindung, S. 208; NÜSSE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 246.

978 HÄNER, Beteiligte, Rz. 394; vgl. MOSIMANN, Befangenheit, S. 16. Als wirkungsorientierte Verwaltung, die auch unter dem Begriff des New Public Management firmiert, wird eine Methode der Verwaltungsführung verstanden, die stärker auf den messbaren Output und weniger stark auf rechtliche Vorgaben setzt (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1578).

979 HOFFMANN-RIEM, Selbstbindung, S. 209 f., der zudem davor warnt, den Distanzabbau mit Bürgernähe zu verwechseln; ferner THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 577.

in eine einmal gefundene Absprache allenfalls aufwendige Nachverhandlungen nach sich ziehen, die das kooperative Projekt insgesamt gefährden können. Bei Nutzungsplänen als den Ergebnissen eines komplexen Interessenausgleichs dürfte das Risiko des Scheiterns der Kooperation bei substanziellen Eingriffen in die Planentwürfe hoch sein, weshalb auch die Abschottungstendenzen der Behörden nach aussen ausgeprägt bzw. die faktischen Bindungswirkungen der den Planentwürfen zugrundeliegenden informellen Absprachen (Rz. 153 ff., 444) stark sein dürften.

c Gefahr der asymmetrischen Interessenvertretung

Der asymmetrische Distanzverlust der Behörden wird bei kooperativen Planungen noch dadurch verstärkt, dass die Interessen der privaten Kooperationspartei strukturell begünstigt werden. Die Begünstigung besteht darin, dass die Behörden bei der Interessenabwägung alle relevanten öffentlichen und privaten Interessen zu berücksichtigen haben, d.h. auch jene der privaten Kooperationspartei, wobei letztere Interessen im Unterschied zu den übrigen Interessen noch zusätzlich durch die Kooperationsparteien selbst vertreten werden. Aufgrund dieser Doppelvertretung besteht die Gefahr, dass den betreffenden Interessen ein Gewicht beigemessen wird, das einer objektiven Betrachtung nicht standhält, und sie deshalb in der Interessenabwägung überbetont werden.⁹⁸⁰ 443

d Gefahr durch faktische Bindungswirkung informeller Absprachen

Bereits wiederholt thematisiert wurde zudem das Problem der faktischen Bindungswirkung informeller Absprachen, d.h. das Phänomen, dass sich Behörden unter anderem an das Ergebnis informeller Vorverfahren gebunden fühlen und neue Erkenntnisse im förmlichen Verfahren zum Schutz des mit der Absprache angestrebten Erfolgs nicht mehr mit der erforderlichen Offenheit prüfen und verarbeiten (Rz. 153 ff.). 444

5.4 Auswirkungen auf die Interessenabwägung

Die intensive Einbindung ausgewählter privater Akteure in den Prozess der Planerarbeitung stellt hinsichtlich jedes der drei Teilschritte der Interessenabwägung eine potenzielle Fehlerquelle dar, wenn die Behörden die nötige Distanz zum Entscheidungsgegenstand verlieren: In Bezug auf den ersten Teilschritt, der Ermittlung der betroffenen Interessen, kann der Distanzverlust dazu führen, dass *sachfremde Aspekte*, wie Bequemlichkeitsanliegen oder kommerzielle Interessen der privaten Kooperationspartei, Eingang in die 445

980 HÄNER, Beteiligte, Rz. 388 und 394.

Interessenabwägung finden⁹⁸¹, weiter, dass *relevante Abklärungen*, etwa in den Bereichen des Natur-, Heimat- und Umweltschutzes, die einem Projekt allenfalls entgegenstehen könnten, *unterbleiben*.⁹⁸² Fehlerhaft ist die Interessenabwägung sodann, wenn im zweiten Teilschritt, der Gewichtung der Interessen, die Interessen der privaten Kooperationspartei in Bezug auf die relevanten Massstäbe der Planung und die Folgen für die Raumordnung *überbetont* werden oder diesen entgegenstehende Interessen zu wenig Berücksichtigung finden.⁹⁸³ Kooperative Planungen sind schliesslich auch dann fehlerhaft, wenn die Interessen der Privaten im dritten Teilschritt der Interessenabwägung, der Interessenoptimierung, trotz zutreffender Gewichtung in *unverhältnismässigem Mass wirksam* werden, weil sich zuvor untergeordnete Mängel kumulieren.⁹⁸⁴ Fehlerhaft ist ein kooperativ erarbeiteter Plan nicht zuletzt, wenn die Interessenabwägung unterbleibt, weil das Projekt von Beginn an auf die Wünsche der Grundeigentümerschaften ausgerichtet und das erwünschte Ergebnis nachträglich durch «gesuchte» Argumente vermeintlich legitimiert wird.⁹⁸⁵

5.5 Massnahmen zur Gegensteuerung

- 446 Entscheide, für die das Gesetz nur wenige unmittelbar anwendbare Wertungen bereithält, sind gegenüber sachfremder Einflussnahme besonders anfällig. Da sich die Richtigkeit solcher Entscheide in erster Linie nach der Richtigkeit des Verfahrens bemisst, ist der Sicherung dieses Verfahrens besondere Beachtung zu schenken. Für kooperative Planungen ist die Gefahr der schleichenden Vereinnahmung der Behörden durch die Partialinteressen der privaten Kooperationspartei und mit ihr der Fehlerhaftigkeit der Interessenabwägung nach Art. 3 RPV besonders hoch, weil das anwendbare Recht für nur wenige unmittelbar anwendbare Wertungen bereithält und die Gerichte planerische Entscheide nur mit einer gewissen Zurückhaltung prüfen (insb. Rz. 543 f.). Es lohnt sich deshalb – nicht zuletzt zum Schutz der kooperativen Methode – zu überlegen, mit welchen Massnahmen den skizzierten Gefahren begegnet werden kann.

981 Vgl. BGE 124 II 252, E. 4a; BGE 117 Ib 379, E. 3a; BGE 116 Ib 228, E. 3b S. 233 f.; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 45.

982 TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 44.

983 BGE 145 II 70; BGE 134 II 217, E. 4.4 (Pra 98 Nr. 3); TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 46; AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 27.

984 BGE 117 Ia 302, E. 4d; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 47; AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 28.

985 NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 247 und 248.

Wie schon beim Mitwirkungsverfahren steht dabei die Herstellung von Transparenz im Zentrum. An den Planungsbericht nach Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 47 RPV, in dem die umfassende Interessenabwägung darzulegen ist und welcher neben den Nutzungsplänen Ausgangspunkt für den Rechtsschutz im Einwendungs- und Rechtsmittelverfahren bildet, sind deshalb hohe Anforderungen zu stellen. Wie bereits ausgeführt, sind die Behörden dabei insbesondere gehalten, die kooperative Genese der Planentwürfe offenzulegen und die Wahl der kooperativen Methode zu begründen (Rz. 435). Mit Blick auf einen wirksamen Rechtsschutz sind auch die Ergebnisse des informell-kooperativen Vorverfahrens summarisch darzulegen; im Kern also das Verhältnis von planerischer Mehrausnützung und Gegenleistungen (Rz. 165). Sodann ist von den Behörden aufzuzeigen, inwiefern allenfalls widerstreitende Interessen Dritter bzw. öffentliche Interessen verarbeitet bzw. welche Anstrengungen unternommen wurden, um die Planung trotz der kooperativen Methode möglichst breit abzustützen. Besonderes Augenmerk wäre im Sinne der bereits erwähnten Folgenabschätzung (Rz. 436) sodann auf die Beschreibung der räumlichen Konflikte zu legen, die aus der Planung resultieren können, und es wäre darzulegen, welche Massnahmen ergriffen wurden, um allfälligen negativen Auswirkungen der Planung entgegenzuwirken.⁹⁸⁶

Eine weitere Möglichkeit, den Gefahren der kooperativen Methode für die Interessenabwägung wirksam zu begegnen, ist in städtebaulichen und architekturbezogenen Wettbewerben zu sehen, welche die Planentwürfe in einem qualitätssichernden Verfahren weitgehend vorzeichnen. Als besonders geeignet dürften sich dabei Varianzverfahren erweisen, welche die Diskussion mehrerer Entwürfe unabhängiger Planer- und Architekturbüros im Vergleich erlauben (Rz. 65). Da die Ergebnisse von Varianzverfahren massgeblich vom konkreten Wettbewerbsauftrag, namentlich von der skizzierten Ausgangslage, den tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen sowie den Zielen der Planung bestimmt sind, gilt es diesen mit besonderer Sorgfalt zu formulieren und offenzulegen. In diesem Zusammenhang kann ein gestuftes Mitwirkungsverfahren hilfreich sein, in dem sich die Bevölkerung bereits in einer frühen Phase der Planung zu allfälligen Leitbildern und Konzepten äussern kann (Rz. 437), weil diese typischerweise die Grundlage von Wettbewerbsverfahren bilden. Auch Besetzung der Wettbewerbsjury ist relevant. In diese sollten Personen Einsitz nehmen, welche die Vielfalt der infrage stehenden Interessen, sei es aus einer fachlichen Perspektive, sei es aufgrund unmittelbarer Betroffenheit, möglichst breit abbilden. Zur Wahrung

986 Vgl. AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 49.

der Unvoreingenommenheit des planerischen Entscheids dürfen dagegen keine Personen Einsitz nehmen, die an diesem Entscheid unmittelbar mitwirken (Rz. 494 ff.). Durch die Ergänzung von Wettbewerbsverfahren um partizipative Ansätze (Rz. 48f.) lässt sich die Tiefe der Sachverhaltsabklärung in einer frühen, aber entscheidenden Phase der Planungen erhöhen, was dazu beitragen kann, «blinde Flecken» zu vermeiden.

6. Einwendungsverfahren

6.1 Einführung und Kapitelübersicht

449 Einwendungsverfahren dienen der *Gewährung des rechtlichen Gehörs*, wo behördliche Akte wie der Erlass von (Sonder-)Nutzungsplänen erwartungsgemäss eine grosse Zahl von Personen schutzwürdig berühren oder sich die Verfahrensparteien nicht ohne unverhältnismässigen Aufwand bestimmen lassen. Sie ermöglichen es, auf die individuelle Eröffnung beabsichtigter individuell-konkreter behördlicher Entscheide zu verzichten. Stattdessen werden diese unter Ansetzung einer angemessenen Frist für Einwendungen amtlich publiziert. Einwendungsverfahren sind zulässig, soweit sie das Gesetz vorsieht.⁹⁸⁷

450 Ob von planerischen Massnahmen Betroffenen das rechtliche Gehör bereits im Einwendungsverfahren zu gewähren ist oder dem Gehörsanspruch Genüge getan ist, wenn die Möglichkeit zur Stellungnahme erstmals im Rechtsmittelverfahren eröffnet wird, ist umstritten. Die Frage gewinnt für kooperative Planungen aufgrund der Sonderstellung der privaten Kooperationspartei und vor dem Hintergrund des verfahrensrechtlichen Fairnessgebots an Bedeutung. Um dieses Spannungsfeld aufzuzeigen, werden nachfolgend zunächst die divergierenden Ansichten von Rechtsprechung und Lehre in Bezug auf den Zeitpunkt der Gehörgewährung im Planerlassverfahren dargelegt. Daran anschliessend werden die faktischen Mitwirkungsmöglichkeiten der privaten Kooperationsparteien im Lichte des Gehörsanspruchs analysiert und den Mitwirkungsmöglichkeiten schutzwürdig betroffener Dritter gegenübergestellt. Die Gegenüberstellung wird zeigen, dass Dritten bei kooperativen Planungen das rechtliche Gehör aus Gründen der prozessualen Chancengleichheit im nichtstreitigen Planerlassverfahren zu gewähren ist. Empfehlungen für die Ausgestaltung des Einwendungsverfahrens schliessen das Kapitel ab.

987 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Rz. 585; SUTTER, in: Kommentar VwVG, Art. 30a Rz. 1, 7.

6.2 Gehörgewährung in der Nutzungsplanung

a Stand der Rechtsprechung

Das Bundesgericht nimmt seit jeher an, dass vor Erlass oder Änderung eines 451
Nutzungsplans schutzwürdig Betroffene gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV (früher
Art. 4 aBV) individuell anzuhören sind. Auf den Erlass von Nutzungsplänen
seien die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien anwendbar, da jene
trotz ihres Rechtssatzcharakters verfügungsähnliche Wirkungen entfalten.⁹⁸⁸ Im Unterschied zum Verfügungsverfahren gelte der Anspruch auf
Gehörgewährung jedoch nur eingeschränkt. Namentlich genüge es, wenn
schutzwürdig Betroffenen das rechtliche Gehör erst im Rechtsmittelverfahren
und nicht bereits im nichtstreitigen Verfahren gewährt werde.⁹⁸⁹

Zur Begründung führt das Gericht in primär grammatikalischer und systematischer Auslegung der einschlägigen Vorschriften des Raumplanungsgesetzes des Bundes aus, es sei auf Art. 33 RPG abzustellen, der Ausgangspunkt für den Rechtsschutz und damit auch die Gehörgewährung bilde. Gemäss dessen Abs. 1 seien Nutzungspläne öffentlich aufzulegen. Die Pflicht zur Auflage der Planentwürfe als Ausgangspunkt für den Rechtsschutz lasse sich aus Art. 33 Abs. 1 RPG dagegen nicht ableiten.⁹⁹⁰ Es genüge daher, wenn schutzwürdig Betroffene erst im Rechtsmittelverfahren angehört würden. Diese Schlussfolgerung sei auch deshalb naheliegend, weil das Raumplanungsgesetz des Bundes den Anspruch auf Mitwirkung der Bevölkerung, der durch die Auflage der Planentwürfe erfüllt werden könne, und den kantonalen Rechtsschutz mit Art. 4 bzw. Art. 33 RPG in zwei separaten Normen regle. Die politische Willensbildung werde insoweit vom Rechtsschutzverfahren getrennt.⁹⁹¹

Im Lichte des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör 453
führt es weiter aus, aufgrund der Vielzahl schutzwürdig Betroffener sei aus verfahrensökonomischen Gründen «in Kauf zu nehmen», dass «der Standard der Gehörgewährung im Beschwerdeverfahren» nicht vollumfänglich «jenem der Gehörgewährung im Einspracheverfahren» entspreche, weil Rechtsmittelbehörden auch bei voller Kognition das planerische Ermessen der erstinstanzlichen Behörden respektierten und bei der Prüfung Zurückhaltung übten.⁹⁹² Das tiefere Schutzniveau werde oftmals durch die Möglichkeit zur demokratischen Einflussnahme auf den Planerlass aufgefangen, etwa weil

988 Statt vieler BGE 143 II 467, E. 2.2 (Pra 2018 Nr. 94); BGE 96 I 234, E. 2.

989 BGE 135 II 286, E. 5.2f.; vgl. BGE 144 I 318, E. 7.2.1 (Pra 2019 Nr. 94).

990 BGE 135 II 286, E. 5.2f., sowie BGE 114 Ia 233, E. 2cb.

991 BGE 135 II 286, E. 4.2.3 sowie E. 5.3.

992 BGE 135 II 286, E. 5.3.

Stimmberechtigte das Recht haben, an der Gemeindeversammlung Anträge zu stellen und über den Plan abzustimmen, oder im Rahmen eines Referendums über den Erlass eines Nutzungsplans entscheiden können.⁹⁹³ Den Kantonen stehe es zudem frei, über das bundesrechtliche Minimum hinaus weitergehende Anhörungsrechte zu gewähren, etwa indem sie Einwendungsverfahren vorsehen.⁹⁹⁴

b Stand der Lehre

(i) Ausgangspunkt: Kritik an der Rechtsprechung

- 454 Die bundesgerichtliche Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör auf das Rechtsmittelverfahren wird seit langem von Teilen der Lehre kritisiert.⁹⁹⁵ Im Ausgangspunkt nimmt sie – massgeblich von HALLER geprägt – Anstoss an der primär grammatikalischen Auslegung von Art. 33 Abs. 1 RPG, die sie als zu verengt und letztlich als verfassungswidrig erachtet.⁹⁹⁶ Die sachgerechte Abwägung aller relevanten öffentlichen und privaten Interessen gemäss Art. 3 RPV, die aufgrund der schwachen rechtssatzmässigen Determinierung der Raumplanung für die Richtigkeit von Plänen zentral sei, erfordere die Anhörung schutzwürdig Betroffener noch *vor* dem Erlass der Pläne.⁹⁹⁷ Andernfalls bestehe die Gefahr, dass die Interessenabwägung zu falschen Ergebnissen führe, weil relevante Interessen übersehen oder falsch gewichtet werden.⁹⁹⁸ Dass gemäss Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG wenigstens eine Rechtsmittelinstanz umfassende Kognition hat, genüge nicht, damit schutzwürdig Betroffene ihre Anhörungsrechte adäquat wahrnehmen können. Rechtsmittelinstanzen seien nicht «obere Planungsbehörden». Sie haben vielmehr das Ermessen der Planungsbehörden zu wahren. Es widerspräche der Kompetenzverteilung in einem gewaltenteilig organisierten Rechtsstaat, wenn Rechtsmittelbehörden Ermessensentscheide der sachkompetenten Organe durch

993 BGE 135 II 286, E. 4.2.3.

994 BGE 143 II 467, E. 2.2 (Pra 2018 Nr. 94); BGE 138 I 131, E. 5.1 (Pra 2012 Nr. 99); BGE 135 II 286, E. 5.3.

995 HALLER, Gehör, 376f.; HÄNNI, Planungsrecht, S. 238; HALLER/KARLEN, Raumplanungsrecht, Rz. 406; NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 134f.; THURNHERR, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 8.9; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 419; WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 33 Rz. 7; vgl. EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 33 Rz. 6.

996 HALLER, Gehör, S. 377f.; HÄNNI, Planungsrecht, S. 238.

997 HALLER, Gehör, S. 373; THURNHERR, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 8.9; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 419, vgl. Rz. 352; NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 134f.

998 Vgl. HALLER/KARLEN, Raumplanungsrecht, Rz. 406; WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 33 Rz. 7.

eigenes Ermessen ersetzen. Dies anerkenne auch das Bundesgericht. Daraus folge, dass Rechtsmittelbehörden in ihren Entscheiden nicht mehr in dem Masse frei seien wie die Fachbehörden, weshalb im Rechtsmittelverfahren keine umfassende Prüfung zu erwarten ist.⁹⁹⁹ Beschwerden würden deshalb regelmässig nur bei schweren Fehlern durchdringen. Erschwerend trete hinzu, dass der Argumentationsaufwand der Beschwerdeführenden im streitigen Verfahren deutlich höher sei. Dies zeige die Praxis.¹⁰⁰⁰ Schliesslich sei zu bedenken, dass Nutzungspläne das Ergebnis sorgfältiger Interessenabwägungen darstellen, deren Elemente oft voneinander abhängen. Bloss punktuelle Korrekturen bergen deshalb die Gefahr, das Plangefüge durcheinanderzubringen. Sind die Weichen für einen planerischen Entscheid einmal gestellt, sei – so HALLER – «der Zug» für Korrekturen «abgefahren».¹⁰⁰¹

Neben dieser grundlegenden Kritik wird ferner bemängelt, dass das Bundesgericht bei der Bestimmung der Tragweite des Gehörsanspruchs im Nutzungsplanverfahren nicht auf den Konkretisierungsgrad der Pläne abstellt. Rahmen- und Sondernutzungspläne berührten die Betroffenen in ihren schutzwürdigen Interessen unterschiedlich intensiv, was bei der Bestimmung des verfahrensrechtlichen Schutzniveaus zu berücksichtigen sei. Gemäss HALLER/KARLEN sind insbesondere in Verfahren auf Erlass projektbezogener Sondernutzungspläne, die «funktional weitgehend Verfügungen entsprechen», die Anhörungsrechte ohne Einschränkung zu gewähren.¹⁰⁰² 455

Nicht zuletzt sprächen praktische Erwägungen für die Gehörsgewährung bereits im erstinstanzlichen Verfahren. Sie stelle hier ein Mittel des präventiven Rechtsschutzes dar, das die Rechtsmittelinstanzen entlaste, Abläufe beschleunige und letztlich Kosten spare.¹⁰⁰³ 456

(ii) *Forderung: Gehörsgewährung im Einwendungsverfahren*

Während die Lehre weitgehend darin übereinstimmt, dass von planerischen Massnahmen schutzwürdig Betroffenen das rechtliche Gehör bereits im nichtstreitigen Verfahren zu gewähren ist und sich hierfür aufgrund der potenziell grossen Anzahl Betroffener ein Einwendungsverfahren anbietet, bestehen in Bezug auf die Ausgestaltung eines solchen Verfahrens teils unterschiedliche Ansichten. Unstreitig ist zunächst der Umfang der öffentlichen Auflage. 457

999 HALLER, Gehör, S. 373 f., 376; NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 134 f.; THURNHERR, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 8.9.

1000 HALLER, Gehör, S. 373 f.; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 419.

1001 HALLER, Gehör, S. 374.

1002 HALLER/KARLEN, Raumplanungsrecht, Rz. 409; so auch HALLER, Gehör, S. 369.

1003 Vgl. HALLER, Gehör, S. 374 f.; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29 Rz. 26.

Die Planentwürfe, nicht aber jede Ideenskizze sind öffentlich aufzulegen. Nur Erstere sind entscheidungswesentlich, weshalb Betroffene auch nur zu diesen Stellung nehmen können müssen.¹⁰⁰⁴ Werden die Planentwürfe im Anschluss an das Einwendungsverfahren wesentlich angepasst, sind die Änderungen den Betroffenen zudem durch schriftliche Mitteilung oder durch Auflage der überarbeiteten Entwürfe erneut zur Kenntnis zu bringen.¹⁰⁰⁵ Strittig ist hingegen, ob schutzwürdig Betroffene im Planerlassverfahren zusätzlich zur amtlichen Publikation des Einwendungsverfahrens individuell über die Möglichkeit von Einwendungen zu benachrichtigen sind. Das Bundesgericht verneint einen Anspruch auf persönliche Information gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV. Ein solcher können nur bestehen, wenn das kantonale Recht diesen explizit vorsieht.¹⁰⁰⁶ Ob dies auch für verfügungsnah, projektbezogene Sondernutzungspläne gilt, ist offen.¹⁰⁰⁷ In der Lehre gehen die Meinungen auseinander: Während HALLER die Rechtsprechung des Bundesgerichts für «vertretbar» hält¹⁰⁰⁸, fordert JAAG die persönliche Eröffnung.¹⁰⁰⁹ STEINMANN hält jedenfalls die Bekanntgabe von Planungen im Anschlagkasten der Gemeinde ohne persönliche Benachrichtigung für «fragwürdig».¹⁰¹⁰

c Rechtspraxis der Kantone

- 458 Einwendungsverfahren sind dem kantonalen Recht nicht fremd. Im Gegenteil sehen nicht wenige Kantone ein entsprechendes Verfahren als Element der Nutzungsplanung vor.¹⁰¹¹ Ergänzend zur Auflage der Planentwürfe als Grundlage des Einwendungsverfahrens verlangen die betreffenden Kantone meist auch die Auflage der Entwürfe des Planungsberichts gemäss Art. 47 RPV.¹⁰¹² Vielerorts bestehen zudem Regelungen, welche die Behörden auf die

1004 HALLER/KARLEN, Raumplanungsrecht, Rz. 406.

1005 HALLER, Gehör, S. 378.

1006 Statt vieler BGE 135 II 286, E. 5.3; BGer, Urteil 1C_591/2014 vom 20.2.2015, E. 2.3; ferner HALLER, Gehör, S. 375 f.

1007 THURNHERR, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 8.7; WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 33 Rz. 15.

1008 HALLER, Gehör, S. 376.

1009 JAAG, Rechtssatz vs. Einzelakt, S. 209.

1010 STEINMANN, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 45.

1011 Vgl. § 24 f. BauG/AG; Art. 60 BauG/BE; §§ 110 f. BPG/BS; § 33b Abs. 2-4 PBG/LU; Art. 19 i.V.m. Art. 17 Abs. 2 PBG/NW; § 16 PBG/SO; §§ 25 f. PBG/SZ. In unzutreffender Weise wird das Einwendungsverfahren, das der Gehörgewährung im nichtstreitigen Verfahren dient, zum Teil als Einspracheverfahren bezeichnet. Unter Letzterem wird jedoch das streitige Verwaltungsverfahren verstanden (GOSSWEILER, in: Kommentar BauG/AG, § 4 Rz. 5).

1012 Siehe u.a. § 24 BauG/AG; § 109 Abs. 1 BPG/BS.

persönliche Information der Parteien verpflichten.¹⁰¹³ Die betreffenden Kantone gehen im Einklang mit der Lehre damit schon heute über das bundesgerichtlich definierte Minimum der Gehörsgewährung hinaus.

6.3 Gehörsgewährung in kooperativen Planungen:

zur Stellung der privaten Kooperationspartei

a Anspruch auf Gehörsgewährung

Als unmittelbar von der konkreten Planung Betroffene haben die privaten Kooperationsparteien Parteistellung im Planerlassverfahren und damit Anspruch auf rechtliches Gehör.¹⁰¹⁴ Neben dieser rechtlich verbürgten Form der Verfahrensbeteiligung verfügen die Privaten im informellen Vorverfahren sowie im Laufe des förmlichen Verfahrens über faktische Möglichkeiten, ihren Standpunkt im Austausch mit den Behörden ebenso frühzeitig wie nachdrücklich in die Planungen einzubringen. Aus dieser Art der informellen Kooperation kann dabei selbst ein Anspruch auf rechtliches Gehör erwachsen (Rz. 426).

b Funktionale Äquivalenz verfahrensinhärenter Kommunikation

(i) Gehörsanspruch als Kommunikationsrecht

Der für Kooperationen typische Dialog zwischen Behörden und Privaten kann Teilaspekte des Gehörsanspruchs, der im Kern ein Kommunikationsrecht bildet¹⁰¹⁵, befriedigen.¹⁰¹⁶ Die kooperativen Kommunikationsstrukturen stellen namentlich für das Recht auf individuelle Anhörung (rechtliches Gehör i.e.S.), auf Teilhabe am Beweisverfahren und auf Begründung «funktionale Äquivalente» zur Gehörsgewährung dar.¹⁰¹⁷

(ii) Anspruch auf individuelle Anhörung

Die funktionale Äquivalenz zwischen Kooperation und Gehörsgewährung ist insbesondere in Bezug auf den *Anspruch auf individuelle Anhörung* (rechtliches Gehör i.e.S.) offensichtlich. Der informelle Austausch zwischen den Parteien einer kooperativen Planung ist wie bereits dargelegt durch die allenfalls wiederkehrende Abfolge von gegenseitiger Information, Anhörung und

1013 Siehe u.a. § 109 Abs. 4 BPG/BS und § 33b Abs. 3 PBG/LU, wonach die unmittelbar betroffenen Grundeigentümerschaften Anspruch auf persönliche Mitteilung haben. Dagegen sieht Art. 33 Abs. 2 PBG/NW zusätzlich die persönliche Information der Eigentümerschaften angrenzender Grundstücke vor.

1014 Zum persönlichen Schutzbereich der Verfahrensgarantien siehe Rz. 379.

1015 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 317; WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 44.

1016 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 592.

1017 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 574, 1033.

Konsultation gekennzeichnet (Rz. 35). Sodann soll ein Nutzungsplan definitionsgemäss zudem nur dann als kooperativ erarbeitet gelten, wenn die privaten Akteure mit dessen Festsetzung einverstanden sind (Rz. 34). Dem aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten Anspruch der Parteien, sich zu den entscheidungsrelevanten Sachverhaltselementen äussern zu können, sowie darauf, dass sich die Behörden mit den vorgebrachten Argumenten ernsthaft auseinandersetzen und diese in ihren Entscheiden mit einbeziehen, wird durch die kooperative Methode vollumfänglich Genüge getan.¹⁰¹⁸

(iii) *Anspruch auf Teilhabe am Beweisverfahren*

- 462 Im Verlauf einer Zusammenarbeit zwischen Behörden und Privaten dürfte sodann der Anspruch auf *Teilhabe am Beweisverfahren*, d.h. das Recht, Beweisangebote zu stellen und «an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern», ohne weiteres erfüllt werden.¹⁰¹⁹ Kooperative Planungen sind in der Regel dadurch gekennzeichnet, dass die Verantwortung, relevante Tatsachen zu klären und die nötigen Beweise beizubringen, dem Partnerschaftlichkeitsprinzip folgend nicht nur bei den Behörden, sondern auch bei den privaten Kooperationsparteien liegt.¹⁰²⁰ Diese werden Sachverhaltselemente vorbringen, um ihre Verhandlungsposition zu erläutern und zu untermauern. Im Aushandlungsprozess, d.h. im Ringen um eine einvernehmliche Lösung, werden sie zudem Gelegenheit erhalten, sich zu den von den Behörden erhobenen Beweise zu äussern.

(iv) *Anspruch auf Begründung*

- 463 Sofern die Behörden ihre Motive und Sichtweisen im Diskurs erläutern und darlegen, weshalb die privaten Kooperationsparteien mit ihren Begehren nicht oder nicht vollumfänglich durchdringen – was für den kooperativen Austausch elementar ist (Rz. 35) –, erfüllen sie ferner ihre *Begründungspflicht*.¹⁰²¹ Dass die Begründung im Rahmen der Verhandlungen zunächst bloss mündlich erfolgt, schadet nicht, zumal wenn die entscheidungswesentlichen Gesichtspunkte im Planungsbericht nachträglich eine Verschriftlichung erfahren.¹⁰²²

1018 THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, Rz. 965.

1019 Statt vieler BGE 142 I 86, E. 2.2; BIAGGINI, *Kommentar BV*, Art. 29 Rz. 22.

1020 RUCH, *Kooperation und Konsens*, S. 429; THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, Rz. 967.

1021 THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, Rz. 965.

1022 THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, Fn. 2082.

c Grenzen verfahrensinhärenter Kommunikation

Durch kooperative Kommunikationsstrukturen nicht automatisch erfüllt wird das Akteneinsichtsrecht Betroffener, das die Pflicht der Behörden zur Aktenführung und Aktenoffenlegung umfasst.¹⁰²³ Sofern ein Anspruch auf Akteneinsicht besteht, sind die Behörden folglich gehalten, die zur Befriedigung dieses Anspruchs nötigen Vorkehrungen zu treffen. Sodann haben die Behörden den Privaten das rechtliche Gehör in Bezug auf jene entscheidungsrelevanten Aspekte umfassend zu gewähren, die im förmlichen Verfahren hinzutreten und nicht Gegenstand eines – das förmliche Verfahren allenfalls begleitenden – informellen Austauschs zwischen den Parteien sind. 464

6.4 Gehörsgewährung in kooperativen Planungen:

zur Stellung schutzwürdig berührter Dritter

a Schutzwürdig berührte Dritte: Definition

Die Berufung auf die allgemeinen Verfahrensgarantien ist den Parteien des Verfahrens vorbehalten (Rz. 379). Bei Nutzungsplanungen haben diejenigen Personen Parteistellung, die gemäss Art. 33 Abs. 3 lit. a RPG i.V.m. Art. 89 Abs. 1 BGG materiell beschwert sind, weil sie durch die Festsetzung oder Änderung eines Nutzungsplans besonders berührt sind und ein schutzwürdiges, d.h. tatsächliches oder rechtliches Interesse an dessen Festsetzung oder Änderung haben.¹⁰²⁴ Die für die Stellung als Partei notwendige Nähebeziehung zum Entscheidungsgegenstand wird in der Raumplanung primär nach räumlichen Kriterien bestimmt.¹⁰²⁵ Die Parteistellung ist deshalb nicht nur für die vom Planungssperimeter erfassten Grundeigentümerschaften zu bejahen, sondern auch für Grundeigentümerschaften, die bei einer Realisierung des infrage stehenden Nutzungsplans mit einer Zunahme der Immissionen auf ihren Grundstücken rechnen müssen.¹⁰²⁶ Dabei handelt es sich meist um die unmittelbaren Nachbarn.¹⁰²⁷ Neben den Grundeigentümerschaften können auch anderweitig dinglich oder obligatorisch berechnete Personen schutzwürdig betroffen sein, wie namentlich Baurechtsinhaberinnen, Stockwerkeigentümerschaften, Mieterinnen oder Pächter.¹⁰²⁸ Sie haben diesfalls Anspruch auf rechtliches Gehör. 465

1023 BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 29 Rz. 21.

1024 AEMISEGGER/HAAG, Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 33 Rz. 64.

1025 Statt vieler BGE 141 II 50, E. 2.1; BGer, Urteil 1C_461/2018 vom 22.10.2019, E. 1.1.

1026 Statt vieler BGE 140 II 214, E. 2.3; BGE 133 II 181, E. 3.2.2.

1027 Statt vieler BGer, Urteil 1C_461/2018 vom 22.10.2019, E. 1.1.

1028 BGE 131 III 414, E. 2.3; BGer, Urteil 1C_283/2016 vom 11.1.2017, E. 1.2; WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 33 Rz. 43.

b Begründung des Gehörsanspruchs Dritter im erstinstanzlichen Verfahren

*(i Kooperation als Einbruch in den Grundsatz
prozessualer Chancengleichheit*

466 Das für kooperative Planungen charakteristische informelle Vorverfahren sowie die für das förmliche Planerlassverfahren typische Kommunikation zwischen Staat und privaten Kooperationsparteien entfalten gegenüber betroffenen Dritten eine Ausschlusswirkung (Rz. 442). Während die privaten Kooperationsparteien als Beteiligte der Verhandlungen früh im Verfahren Zugang zu behördlichen Informationen erhalten und zudem weitreichende Mitwirkungsmöglichkeiten geniessen, die nicht nur funktionale Äquivalente zum Gehörsanspruch bilden, sondern teilweise über diesen hinausgehen (Rz. 460 ff.), bleibt die Teilhabe der übrigen Parteien im nichtstreitigen Planerlassverfahren auf die Mitwirkung nach Art. 4 RPG und allenfalls auf die politische Einflussnahme als Stimmberechtigte beschränkt. Zwar haben auch sie Anspruch auf rechtliches Gehör. Vorbehaltlich anderslautender kantonaler Bestimmungen erfolgt die Gehörsgewährung jedoch erstmals im Rechtsmittelverfahren und damit in einer Phase des Verfahrens, in welcher die Einwendungen Dritter typischerweise nur noch bei schweren Rechtsfehlern durchdringen (Rz. 454). Die Möglichkeiten schutzwürdig berührter Dritter, auf den planerischen Entscheid gestaltend Einfluss zu nehmen, sind damit vergleichsweise begrenzt.

467 Diese mit der kooperativen Methode stets einhergehende Ungleichbehandlung steht im Konflikt mit dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 29 Abs. 1 BV (Rz. 383). Es wird verletzt, wenn sich die Parteien, ohne dass eine qualifizierte Rechtfertigung vorliegt, nicht gleich wirksam in ein Verfahren einbringen können.¹⁰²⁹ Soweit die Ungleichbehandlung das informelle Vorverfahren betrifft, wird sie aus zweckrationalen und verfahrensökonomischen Gründen zunächst hinzunehmen sein (Rz. 427 ff.). Im Sinne eines möglichst schonenden Ausgleichs der beteiligten Interessen – der Wahrung der Subjektstellung Dritter einerseits und der Erhöhung staatlicher Steuerungsfähigkeit im Bereich der Nutzungsplanung andererseits – sind die Behörden

1029 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 591 ff. m.w.H., insb. Rz. 593; i.d.S. auch NÜSSELE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 241, und HÖSLI, Informell-kooperatives Verwaltungshandeln, S. 77f. THURNHERR weist darauf hin, dass dem prozesualen Diskriminierungsverbot unter der tradierten Rechtsprechung des Bundesgerichts, das den sachlichen Anwendungsbereich der allgemeinen Verfahrensgarantien auf Verfügungen beschränken will, kaum eigenständige Bedeutung zukommt, weil kaum Quervergleiche zwischen den sich insbesondere auf den Gehörsanspruch berufenden Personen und den übrigen Parteien gezogen werden können (Verfahrensgrundrechte, Rz. 591).

indes gehalten, wo möglich kompensatorische Massnahmen zu ergreifen.¹⁰³⁰ Als solche kommt die Gehörs-gewährung Dritter im nichtstreitigen Planerlassverfahren infrage.

(ii) Einwendungsverfahren als kompensatorische Massnahme

Der Einbruch in den Grundsatz der prozessualen Chancengleichheit lässt sich 468 abmildern, indem schutzwürdig betroffenen Dritten das rechtliche Gehör im nichtstreitigen Planerlassverfahren gewährt wird – d.h. in einem Zeitpunkt des Verfahrens, in dem die Zuständigkeit bei den Planungsbehörden liegt. In diesem sind die Chancen, mit Einwendungen durchzudringen, jedenfalls grösser sind als im Rechtsmittelverfahren, in dem die zuständige Instanz nur zurückhaltend in Ermessensentscheide der Fachbehörden eingreift.¹⁰³¹ Diese für die Nutzungsplanung generell formulierte Forderung der Lehre erfährt für kooperative Planungen folglich eine Akzentuierung und Aktualisierung (Rz. 454). Da der Kreis berührter Dritter bei projektbezogenen Planungen als kleinräumigen Planungen in aller Regel überschaubar ist, stehen dem auch Gründe der Verfahrensökonomie, welche das Bundesgericht gegen die Gehörs-gewährung im nichtstreitigen Verfahren vorbringt (Rz. 453), nicht entgegen. Im Gegenteil würde die frühzeitige Klärung etwaiger Einwände das Rechtsmittelrisiko senken und damit – weil die Nachverhandlung eines einmal erzielten Konsenses meist schwierig ist – die Chancen für das Gelingen einer Kooperation erhöhen. Und selbst wenn die Gehörs-gewährung an Dritte die Verfahrensökonomie erheblich beeinträchtigen würde, wären diese Einschränkungen aus Gründen eines adäquaten verfahrensrechtlichen Schutzes der Betroffenen hinzunehmen.

c Auswirkung der Gehörs-gewährung auf die behördliche Meinungsbildung

Für die Planungsbehörden bedeutet die Gehörs-gewährung im erstinstanz- 469 lichen Verfahren, dass sie ihre Verhandlungsposition anhand der vorgebrachten Stellungnahmen kritisch zu reflektieren und diese nötigenfalls anzupassen haben. Die Meinungsbildung der privaten Kooperationsparteien bleibt davon mangels Grundrechtsbindung unberührt. Ihnen steht es jedoch frei, privatrechtliche Absprachen zu treffen, die in Bezug auf einen befürchteten Nachteil einen Interessenausgleich dergestalt herstellen, dass Dritte auf das Ergreifen von Rechtsmitteln verzichten.¹⁰³²

1030 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 596.

1031 NÜSSELE, Demokratie in der Nutzungsplanung, S. 241 f., 249 f.

1032 Zur Zulässigkeit des vertraglichen Rechtsmittelverzichts siehe BGE 123 III 101, E. 2c; BGer, Urteil 6P.5/2006 vom 12.6.2006, E. 7.2. Demnach verstösst es nicht gegen die guten Sitten, sich für den Verzicht auf ein Rechtsmittel eine Entschädigung versprechen

6.5 Ausgestaltung des Einwendungsverfahrens

a Grundzüge des Verfahrens

(i) Mitteilung des Einwendungsverfahrens

- 470 Die effektive Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs im Einwendungsverfahren setzt voraus, dass durch kooperative Planungen schutzwürdig berührte Dritte über die öffentliche Auflage der Planentwürfe und die Möglichkeit, Einwendungen innert der Auflagefrist zu erheben, zuverlässig Kenntnis erhalten. Das Bundesgericht verneint einen Anspruch auf persönliche Mitteilung (Rz. 457). Ob diese Rechtsprechung auch für projektbezogene und damit verfügungsähnliche Sondernutzungspläne gelten kann, ist offen.¹⁰³³ Im Kontext kooperativer Planungen sind betroffene Dritte nach hier vertretener Ansicht zum Ausgleich der privilegierten Stellung der privaten Kooperationsparteien jedenfalls insoweit persönlich zu informieren, als dies mit verhältnismässigem Aufwand möglich ist. Von den Behörden dürfte dabei ein gewisser Einsatz zu erwarten sein.¹⁰³⁴ Bei projektbezogenen Sondernutzungsplänen, die wesentliche Teile der Baubewilligung vorwegnehmen, empfiehlt sich zudem die Aussteckung des Bauvorhabens als zusätzliches Mittel der Publikation.¹⁰³⁵

(ii) Aufzulegende Dokumente und Begründungspflicht

- 471 Gemäss Art. 33 Abs. 1 RPG sind Nutzungspläne als Ausgangspunkt für den Rechtsschutz im streitigen Verfahren öffentlich aufzulegen. Eine Pflicht zur Auflage ergänzender Dokumente lässt sich aus dem Bundesrecht nicht ableiten. Weitergehende Publikationspflichten können sich jedoch aus dem kantonalen Recht ergeben, das die Auflage der den Plänen zugrundeliegenden Berichte und Erläuterungen vorsehen kann.¹⁰³⁶ Im Einwendungsverfahren, das den Ausgangspunkt für die Gehörsgewährung im nichtstreitigen Verfahren bildet, sind analog zu Art. 33 Abs. 1 RPG die Planentwürfe öffentlich aufzulegen.

zu lassen, sofern die Erhebung des Rechtsmittels nicht aussichtslos erscheint. Dazu auch DUSSY, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 7.127.

1033 THURNHERR, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 8.7.

1034 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 406. Siehe dazu schon JAAG, der diese Auffassung teilt (Rz. 457). Da die persönliche Information der Verwirklichung des verfassungsrechtlich verbürgten Anspruchs auf rechtliches Gehör dient und insofern von der Sachkompetenz der Planungsbehörde gedeckt ist, ist sie auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage zulässig.

1035 Vgl. § 109 Abs. 2 BPG/BS, wonach schwer verständliche Pläne durch Hilfsmittel wie u.a. Aussteckungen zu veranschaulichen sind. Vgl. ferner § 61 Abs. 3 PBG/LU, wonach neue Bauzonen im Gelände in geeigneter Weise zu markieren sind.

1036 DUSSY, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 7.80; vgl. AEMISEGGER/HAAG, Praxiskommentar Rechtsschutz RPG, Art. 33 Rz. 31.

Um der latenten Gefahr der Abschottung kooperativer Lösungen nach aussen, des Capture der Behörden (Rz. 440 ff.) und behördlicher Obstruktion insofern, als die Behörden versucht sein könnten, informell-kooperative Inhalte unbemerkt im förmlichen Planentscheid zu verarbeiten¹⁰³⁷, entgegenzuwirken, ist für kooperative Planungen zusätzlich zur Auflage der Planentwürfe de lege ferenda die öffentliche Auflage des Planungsberichts gemäss Art. 47 RVP im Entwurf zu fordern bzw. sind die entsprechenden Informationen legitimierten Dritten de lege lata in geeigneter Weise zugänglich zu machen. Ohnehin folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ein Anspruch auf Orientierung. Diese kann und soll mit dem Entwurf des Planungsberichts erfolgen.¹⁰³⁸ Aufgrund der verfahrensrechtlichen Bedeutung des Berichts für Dritte, die letztlich erst durch diesen in die Lage versetzt werden, sich sachgerecht und zielgerichtet zu kooperativen Planungen zu äussern, sind hohe Anforderungen an dessen Begründungsdichte und -breite zu stellen und ist die konsequente Offenlegung der kooperativen Genese des Plans zu fordern (Rz. 436, 447). Dem Gebot prozessualer Fairness entsprechend, ist schutzwürdig betroffenen Dritten sodann vorbehaltlich überwiegender Geheimhaltungsinteressen Einsicht in alle Akten zu gewähren, die auch den privaten Kooperationsparteien zugänglich gemacht wurden bzw. diesen zugänglich zu machen sind (Rz. 464).

(iii) Anspruch Dritter auf Stellungnahme zur rechtlichen Würdigung

Im Bestreben, die ungleichen Teilhabemöglichkeiten schutzwürdig berührter Dritter gegenüber den privaten Kooperationsparteien auszugleichen, ist Ersteren sodann ergänzend zum Anspruch auf Stellungnahme zum rechts-erheblichen Sachverhalt als Teilgehalt des Gehörsanspruchs die Möglichkeit einzuräumen, sich auch zur rechtlichen Würdigung dieser Tatsachen zu äussern.¹⁰³⁹ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts haben Behörden Betroffene über ihre Rechtsauffassung zu orientieren und ihnen Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen, wenn sie unbestimmt gehaltene Normen anwenden oder ein Entscheid in Ausübung besonders grosser Ermessensspielräume ergeht und dieser Entscheid für die Parteien von grosser Tragweite ist. Der Verlust an Rechtsunsicherheit, der mit der Unbestimmtheit von Normen einhergeht, wird verfahrensrechtlich kompensiert, und die Betroffenen werden im Ergebnis vor überraschender Rechtsanwendung geschützt.¹⁰⁴⁰

1037 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 996.

1038 MUGGLI, Planungsbericht, S. 30; TSCHANNEN, in: Praxiskommentar Richt- und Sachplanung, Art. 3 Rz. 34.

1039 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 407.

1040 BGE 128 V 272, E. 5b/dd; BGE 127 V 431, E. 2b/cc; BGer, Urteil 2C_695/2014 vom 16.1.2015, E. 4.3; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 407.

Die vom Bundesgericht formulierten Voraussetzungen, namentlich die Offenheit der anwendbaren Normen und erhebliches behördliches Ermessen, sind für die Festsetzung von Nutzungsplänen ohne weiteres gegeben. Soweit diese Pläne für die Betroffenen von grosser Tragweite sind, haben sie folglich Anspruch auf den beschriebenen verfahrensrechtlichen Schutz. Für die Gewährung des Anspruchs im Kontext kooperativer Planungen spricht wiederum das Gebot prozessualer Chancengleichheit (Rz. 427): Da bei diesen Planungen die privaten Kooperationsparteien ihre Rechtsauffassung in den Austausch mit den Behörden typischerweise einbringen und diese mit der Rechtsauffassung der Behörden abgleichen können¹⁰⁴¹, ist diese Möglichkeit auch schutzwürdig betroffenen Dritten einzuräumen.

b Einwendungsverhandlungen als besondere Form

- 473 In einigen Kantonen werden Einwendungen in Einspracheverhandlungen, die richtigerweise als Einwendungsverhandlungen bezeichnet werden müssten, behandelt.¹⁰⁴² Anlässlich der Verhandlungen wird mit den Einwendenden geklärt, welche Anpassungen des strittigen Nutzungsplans es bedarf, damit die von ihnen vorgebrachten Einwendungen ausgeräumt werden können. Die Planungsbehörde protokolliert die Verhandlungen. Deren Ergebnisse werden zusammen mit den Anträgen der Planungsbehörde dem Erlassorgan vorgelegt, das über die Einwendungen und die Anträge entscheidet.¹⁰⁴³ Führen Einwendungen zu Änderungen der Planentwürfe, sind die Planaufgabe und das Einwendungsverfahren entweder zu wiederholen oder die Einwendenden schriftlich zur nochmaligen Stellungnahme einzuladen.¹⁰⁴⁴ Das Verfahren ist wohl nur für kleinere Gemeinden mit einer überschaubaren Zahl schutzwürdig Betroffener praktikabel. In Bezug auf kooperative Planungen weist es aber erhebliche Vorteile auf; denn die einwendenden Parteien erhalten damit die Möglichkeit, in den mündlichen Austausch mit den Behörden zu treten – ein Privileg, das sonst nur den privaten Kooperationsparteien vorbehalten ist. Die Behörden wären folglich gezwungen, sich kritischen Nachfragen unmittelbar zu stellen, was sie dazu veranlassen könnte, die Interessenabwägung besonders gründlich vorzunehmen bzw. das Für und Wider einer kooperativen Planung besonders sorgsam abzuwägen.

1041 BGE 140 I 326, 6.1.

1042 Vgl. Art. 60 Abs. 2 BauG/BE; § 62 Abs. 1 PBG/LU; Art. 35 Abs. 1 kRPG/VS.

1043 Siehe ZAUGG/LUDWIG, Kommentar BauG/BE Bd. II, Art. 60 Rz. 6, zur Regelung im Kanton Bern.

1044 Vgl. Art. 60 Abs. 3 und 4 BauG/BE; § 62 Abs. 2 PBG/LU.

c Verhältnis von Mitwirkungs- und Einwendungsverfahren

In grundsätzlicher Weise stellt sich die Frage, inwieweit das Mitwirkungs- und das Einwendungsverfahren kombiniert durchgeführt werden können und auch sollen. Das Bundesgericht lässt die Verknüpfung beider Verfahren für einfache Planungen wie Sondernutzungsplanungen zu, wenngleich beide Verfahrensabschnitte formal getrennt voneinander zu behandeln sind.¹⁰⁴⁵ Einige Kantone gestatten die kombinierte Durchführung aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen ausdrücklich.¹⁰⁴⁶ Da die Mitwirkung in diesen Fällen aber erst spät im Planerlassverfahren erfolgen kann und die Gefahr besteht, dass die Behörden Hinweise, die aus dem Mitwirkungsverfahren hervorgehen, nur noch mit Zurückhaltung entgegennehmen¹⁰⁴⁷, beschränken einige Kantone die Kombination beider Verfahren auf untergeordnete Planänderungen.¹⁰⁴⁸ Sie ist diesfalls nur zulässig, wenn zu erwarten ist, dass die Stellungnahmen der Bevölkerung für die Planungen nicht von grundlegender Bedeutung sind, und deshalb angenommen werden darf, dass eine adäquate Berücksichtigung im Einwendungsverfahren noch möglich ist. Kombinierte Verfahren kommen damit am ehesten für Pläne in Betracht, die kleinräumig und von geringem allgemeinem Interesse sind. Für kooperative Sondernutzungsplanungen, die zwar kleinräumige Planungen darstellen, typischerweise aber einen massgeblichen Beitrag zur städtebaulichen Entwicklung einer Gemeinde leisten sollen, dürfte diese Voraussetzung häufig nicht gegeben sein.¹⁰⁴⁹ Zudem ist die Mitwirkung der Bevölkerung als Gegengewicht zu den Einflussmöglichkeiten der privaten Kooperationsparteien von derart grosser Bedeutung, dass deren Ergebnisoffenheit so weit wie möglich zu wahren ist (Rz. 432 ff.). Die Kombination von Mitwirkung und Einwendungsverfahren stünde diesem Bestreben entgegen.

7. Planfestsetzung

7.1 Zuständigkeiten

a Problemstellung

Die Festsetzung von Nutzungsplänen erfolgt auf Antrag der zuständigen Behörde entweder durch das Gemeindeparlament oder die Gemeindeversammlung als Legislativorgane des Gemeinwesens, mit oder ohne Referendum,

¹⁰⁴⁵ BGE 114 Ia 233, E. 2ce; BGer, Urteil 1C_176/2007 vom 24.1.2008, E. 4.3; GOSSWEILER, in: Kommentar BauG/AG, § 3 Rz. 31; WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 4 Rz. 15.

¹⁰⁴⁶ Siehe u.a. § 3 Abs. 1 Satz 2 BauG/AG; Art. 58 Abs. 3 lit. c BauG/BE.

¹⁰⁴⁷ GOSSWEILER, in: Kommentar BauG/AG, § 3 Rz. 31.

¹⁰⁴⁸ Vgl. § 3 Abs. 1 Satz 2 BauG/AG; Art. 58 Abs. 3 lit. c BauG/BE.

¹⁰⁴⁹ ZAUGG/LUDWIG, Kommentar BauG/BE Bd. II, Art. 58 Rz. 6.

oder durch dessen Exekutive. Dem Erlassorgan steht es dabei vorbehaltlich anderslautender Bestimmungen frei, Nutzungspläne abzulehnen, unverändert zu verabschieden, anzupassen oder zur Überarbeitung an die zuständige Behörde zurückzuweisen. Für kooperativ erarbeitete Pläne, die auf dem Konsens von Planungsbehörden und privaten Kooperationsparteien beruhen und oft vertraglich eingebettet sind, geht diese Gestaltungsfreiheit des Erlassorgans, wenn nicht rechtlich¹⁰⁵⁰, dann doch faktisch verloren. Will es die Planungen nicht gefährden, muss das Erlassorgan dem Planentwurf jedenfalls in seinen wesentlichen Elementen zustimmen. Andernfalls provoziert es entweder das Dahinfallen der auf den Plan bezogenen städtebaulichen Verträge¹⁰⁵¹ oder Nachverhandlungen, wobei sich Letztere in der Praxis meist als schwierig erweisen, weil die Parteien einen einmal gefundenen Kompromiss aufschnüren und die Verhandlungen neu aufnehmen müssen. Die Gestaltungsmöglichkeiten des Erlassorgans beschränken sich deshalb faktisch auf ein «kritikloses Ja oder ein destruktives Nein». ¹⁰⁵² Diese Situation befriedigt nicht. Während sich das Erlassorgan in seinem politischen Gestaltungsanspruch beschnitten sehen wird, finden sich die privaten Kooperationsparteien am Ende eines meist ressourcenintensiven Planungsprozesses mit einer überaus risikoreichen Alles-oder-nichts-Entscheidung konfrontiert. Verschiedentlich wird deshalb diskutiert, ob und wie sich diese Situation auflösen liesse. Es wird sich aber zeigen, dass die beschriebenen Rigiditäten letztlich als verfahrensinhärent anzuerkennen sind.

b Festsetzung durch Legislative

(i) Festsetzung durch Gemeindeparlament oder -versammlung

- 476 Die institutionelle Einbindung der Legislative in den Prozess der Planerarbeitung scheidet mangels eines mit Entscheidungsbefugnis ausgestatteten Repräsentanzorgans des Gemeindeparlaments bzw. der Gemeindeversammlung

1050 Rechtliche Grenzen können darin bestehen, dass eine Planungsmassnahme der Zustimmung der Grundeigentümerschaft bedarf, weil sie andernfalls als unverhältnismässiger Eingriff in das Grundeigentum bzw. als unverhältnismässige Konkretisierung des Eigentums zu qualifizieren wäre (Rz. 84). Rechtliche Grenzen bestehen sodann, wenn das Gesetz die Entscheidungskompetenz des Erlassorgans beschränkt (dazu sogleich Rz. 477).

1051 MUGGLI, *Kooperative Planung*, S. 32. In den Verhandlungen wird typischerweise festgelegt, inwieweit eine Planungsmassnahme durch das Erlassorgan abgeändert werden darf, ohne dass die Kooperation scheitert. Städtebauliche Verträge werden deshalb unter einer entsprechenden Bedingung abgeschlossen (Rz. 223 ff.) oder enthalten Klauseln, welche den Parteien für den Fall, dass die rechtskräftige Planungsmassnahme von dem zuvor informell Vereinbarten erheblich abweicht, ein Rücktrittsrecht einräumen (vgl. § 22 Abs. 2 MAG/ZH).

1052 NÜSSELE, *Demokratie in der Raumplanung*, S. 145.

von vornherein aus. Fraglich ist, ob verbindliche Teil- oder materielle Zwischenentscheide (sog. Vorentscheide)¹⁰⁵³ einen gangbaren Weg darstellen könnten, um das legislative Erlassorgan stärker in kooperative Planungen einzubinden, seinen Gestaltungsanspruch Nachachtung zu verschaffen und das Risiko ablehnender Entscheide zu reduzieren. Zu denken ist beispielsweise an die Genehmigung des Tauschverhältnisses im Grundsatz. Solche sequenziellen Planentscheide sind aber wohl aus rechtlichen Gründen abzulehnen. Namentlich sind Vor- und Teilentscheide nur insofern zulässig, als sie über Fragen ergehen, deren isolierte Betrachtung möglich und zulässig ist.¹⁰⁵⁴ Demgegenüber erfordern planerische Entscheide gemäss Art. 3 RPV eine umfassende Interessenabwägung (Rz. 437), was insbesondere Teilentscheide ausschliesst.¹⁰⁵⁵ Mit dem Erfordernis der Mitwirkung der Bevölkerung und dem Anspruch der Parteien, sich zu den entscheidewesentlichen Tatsachen im Einwendungsverfahren äussern zu können, stehen sequenziellen Entscheiden weitere verfahrensrechtliche Hürden entgegen. Diese liessen sich nur auflösen, wenn die Etappen des Entscheids als selbständige förmliche Verfahren ausgestaltet würden, was das Verfahren erheblich belasten würde.¹⁰⁵⁶ Den an der Kooperation Beteiligten bleibt damit nur, für möglichst breite politische Akzeptanz zu werben – namentlich, indem sie das Erlassorgan frühzeitig und transparent informieren und die Bevölkerung im Mitwirkungsverfahren (Rz. 430) und allenfalls auch durch partizipative Ansätze (Rz. 48 f.) breit einbinden.¹⁰⁵⁷

Interessant ist in diesem Zusammenhang die «Lösung», die der Kanton Zürich mit dem privaten Gestaltungsplan kennt. Bei diesem handelt es sich um ein Instrument, mit dem der kantonale Gesetzgeber Grundeigentümerschaften die Möglichkeit einräumt, Planentwürfe autonom, d.h. ohne die Mitwirkung oder Zustimmung der Planungsbehörden, zu erarbeiten. Das Erlassorgan kann diese von Gesetzes wegen annehmen oder ablehnen, nicht aber zur

1053 Vorentscheide beantworten rechtliche Teilfragen, ohne materielle Rechte und Pflichten zu begründen (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Rz. 452). Teilentscheide bilden eine Unterkategorie der Endentscheide. Sie behandeln nur einen Teil des gestellten Rechtsbegehrens bzw. schliessen ein Verfahren nur für einen Teil der Streitgenossen ab (a.a.O., Rz. 449).

1054 Siehe GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 213, zu insb. baurechtlichen Vorentscheiden; ferner KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Rz. 449, zu Teilentscheiden. Dazu auch schon Fn. 1053.

1055 Vgl. BGE 117 Ib 20, E. 3c.

1056 Der Kanton Bern hat eine solche sequenzielle Entscheidfolge für Zonen mit Planungspflicht etabliert, wobei die Eckpfeiler der Planung der Legislative vorbehalten sind, während die Detailplanung der Exekutive obliegt (Rz. 351 und 480).

1057 Vgl. MUGGLI, Kooperative Planung, S. 32.

Überarbeitung zurückweisen oder ändern.¹⁰⁵⁸ Damit bildet das Instrument die Interessenlage der privaten Kooperationspartei und letztlich die faktischen Gestaltungsmöglichkeiten des Erlassorgans bei kooperativen Planungen ab.

(ii) *Vorbehalt des fakultativen oder obligatorischen Referendums*

478 In zahlreichen Kanton stehen planerische Entscheide unter dem Vorbehalt des obligatorischen oder fakultativen Referendums.¹⁰⁵⁹

c *Festsetzung durch Exekutivbehörde*

479 Das kantonale Planungsgesetz kann den Entscheid über den Erlass von (Sonder-)Nutzungsplänen auch einer Exekutivbehörde einer Gemeinde oder eines Kantons übertragen.¹⁰⁶⁰ Die strukturelle Nähe der Fachbehörde als verfahrensleitende Behörde im Erarbeitungsprozess zum exekutiven Entscheidorgan erlaubt es, planerische Vorhaben frühzeitig mit diesem abzustimmen.¹⁰⁶¹ Dadurch wird das Risiko des Scheiterns einer Planung in letzter Minute verringert. Für kooperative Planungen, bei denen das Zurückkommen auf einen einmal erzielten Konsens ein erhebliches Projektrisiko birgt, erweist sich dieser Umstand als vorteilhaft. Dem steht die Gefahr der unzulässigen Vorbefassung des Erlassorgans bzw. einzelner seiner Mitglieder gegenüber (Rz. 481 ff.). Zudem sind planerische Entscheide der Exekutive weniger stark demokratisch abgestützt als jene der Legislative.

d *Gestufte Zuständigkeiten als vermittelnde Lösung*

480 Als für kooperative Planungen besonders geeignet erweisen sich gestufte Kompetenzausscheidungen zwischen Legislative und Exekutive dergestalt, dass die Rahmennutzungsplanung der Legislative vorbehalten ist, während die Sondernutzungsplanung zumindest in gewissen Grenzen der Exekutive obliegt¹⁰⁶²,

1058 §§ 85 ff. PBG/ZH; siehe insb. den Wortlaut von § 86 Satz 1 PBG/ZH, wonach «Private Gestaltungspläne [...] der Zustimmung des für den Erlass der Bau- und Zonenordnung zuständigen Organs [bedürfen]» (Hervorhebung der Verf.), im Vergleich zum Wortlaut von § 88 PBG/ZH, wonach «Bau- und Zonenordnungen, Sonderbauvorschriften und öffentliche Gestaltungspläne [...] erlassen, geändert oder aufgehoben [werden]» (Hervorhebungen der Verf.). Zur Unzulässigkeit von Rückweisungen, die auf eine Änderung der Vorlage abzielen, siehe BGer, Urteil 1P.820/2005 vom 4.5.2006, E. 3.2.

1059 MOOR, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 14 Rz. 15.

1060 Siehe bspw. § 26 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 3 PBG/TG.

1061 In der Stadt Zürich steht es dem federführenden Departement etwa frei, die Haltung des Stadtrats (Regierung) zu einem Projekt, das noch nicht beschlussreif ist, mit dem Instrument der Einfrage frühzeitig zu erfragen (Art. 10 Abs. 3 und Art. 31 GeschO STR).

1062 Siehe für ein Beispiel den Kanton Aargau, in dem die Legislative gemäss § 25 Abs. 1 BauG i.V.m. § 16 Abs. 1 lit. a und b und Abs. 2 GG die Grundordnung erlässt, während die Exekutive gemäss § 25 Abs. 3 lit. a BauG i.V.m. § 36 GG Sondernutzungspläne festsetzt (HÄUPTLI, in: Kommentar BauG/AG, § 25 Rz. 5, 7).

oder die Legislative wie im Kanton Bern Zonen bestimmt, für die sie die Eckpfeiler der Planung (den Planungszweck, die Art der Nutzung, deren Mass und die Gestaltungsgrundsätze für Bauten, Anlagen und Aussenräume) definiert, welche die Exekutive konkretisiert.¹⁰⁶³ Auf diese Weise liessen sich das Bestreben nach demokratischer Legitimation kooperativer Planungen einerseits und dasjenige nach Minimierung des Projektrisikos andererseits vereinen. Soweit es das kantonale Recht zulässt, einen Sondernutzungsplan in der Verantwortung der Exekutive mit der Genauigkeit der Baubewilligung festzulegen, so dass das Baubewilligungsverfahren entfallen kann, kann durch die kompetenzmässige Stufung des Planungsprozesses die Schaffung der notwendigen rechtlichen Grundlagen für planungsbedürftige Bauvorhaben beschleunigt werden.¹⁰⁶⁴

7.2 Mehrfachbefassung von Behörden

a Problemstellung

Kooperative Planungen bedürfen unter dem Aspekt des Anspruchs schutzwürdig betroffener Dritter auf Beurteilung einer Sache durch eine *unvoreingenommene Behörde* einer eingehenden Prüfung. Der Anspruch auf unvoreingenommene Entscheide leitet sich aus Art. 29 Abs. 1 BV ab (Rz. 383). Er begründet die Ausstandspflicht von Behördenmitgliedern, denen es an subjektiver und/oder objektiver Unabhängigkeit fehlt.¹⁰⁶⁵ An subjektiver Unabhängigkeit fehlt es Behördenmitgliedern, die an der zu beurteilenden Sache ein persönliches Interesse haben. Die Ausstandspflicht stellt insofern sicher, dass Sach- und Rechtsfragen anhand von Sachargumenten beurteilt werden, die Beurteilung also nicht von sachfremden Motiven geleitet ist.¹⁰⁶⁶ Im Zusammenhang mit kooperativen Planungen von grösserer Bedeutung ist das Erfordernis *objektiver Unabhängigkeit* bzw. Unvoreingenommenheit. Nachfolgend wird zu zeigen sein, dass die Stufung kooperativer Planungen in ein informelles Vorverfahren und ein formelles Verfahren zur unzulässigen Mehrfachbefassung von Behördenmitgliedern führen kann. Der Ausgestaltung kooperativer Planungen ist zum Schutz unvoreingenommener Entscheide deshalb besondere Beachtung zu schenken.

1063 Art. 93 Abs. 4 BauG/BE ordnet für das Entwerfen von Überbauungsplänen die Zusammenarbeit zwischen Gemeinde und Grundeigentümerschaften sogar an. Zum Berner Modell der Planungszonen siehe schon Rz. 351.

1064 Vgl. Art. 88 Abs. 6 BauG/BE.

1065 WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 35 f.

1066 WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 35; STEINMANN, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 36.

b Anspruch auf Unvoreingenommenheit der Behörde: Grundsätze

482 Gemäss Rechtsprechung und Lehre fehlt es Behördenmitgliedern an objektiver Unabhängigkeit, wenn sich diese mit der zu beurteilenden Sache bereits in einem früheren Verfahrensabschnitt in amtlicher Funktion befasst haben und dabei ähnliche Fragen zu beantworten hatten wie bei der neuerlichen Befassung mit der Sache.¹⁰⁶⁷ Behördenmitgliedern, denen es an objektiver Unabhängigkeit fehlt, sind verpflichtet, in den Ausstand zu treten, wobei bereits der *Anschein* fehlender objektiver Unabhängigkeit die Ausstandspflicht begründet. Des Nachweises tatsächlicher Befangenheit bedarf es nicht.¹⁰⁶⁸ Mit der Ausstandspflicht wird vermieden, dass Entscheiderinnen und Entscheider ihre in einem früheren Verfahrensabschnitt gebildeten Erwartungen auf den aktuellen Austausch mit den Parteien projizieren, diesen im Sinne ihrer Erwartungen interpretieren und relevante Sachverhaltsaspekte aufgrund des oft unbewussten Mangels an Ergebnisoffenheit nicht erkennen und insofern «betriebsblind» sind.¹⁰⁶⁹ Letztlich stellt der Anspruch auf objektive Unabhängigkeit sicher, dass die Parteien eines Verfahrens mit den gleichen Erfolgsaussichten mit den Behörden kommunizieren können. Damit steht er in engem Zusammenhang mit dem Gehörsanspruch.¹⁰⁷⁰

483 Die Frage der objektiven Unabhängigkeit stellt sich nach der tradierten Rechtsprechung und Lehre, wenn einem Verfahren ein *selbständiger Verfahrensabschnitt* vorausging, d.h. ein Verfahrensabschnitt, der mit einem Endentscheid abgeschlossen wurde. Behördenmitglieder sind dagegen nicht schon deshalb unzulässig vorbefasst, weil sie einen Verfahrensabschnitt über einen längeren Zeitraum begleiten, Zwischenentscheide fällen oder den Sachverhalt abklären, bevor sie diesen rechtlich würdigen.¹⁰⁷¹ In jüngerer Zeit wird die unzulässige Vorbefassung von Behördenmitgliedern auch in Bezug auf solche formellen Verfahren diskutiert, denen – wie bei kooperativen Planungen – kein formelles, sondern ein informelles Vorverfahren vorausgeht, d.h. ein Verfahrensabschnitt, der nicht mit einem verbindlichen Endentscheid, sondern mit einer informellen Absprache abschliesst.¹⁰⁷²

1067 Statt vieler BGE 140 I 326, E. 5.1; BGE 131 I 113, E. 3.4; BGE 114 Ia 50, E. 3d; dazu auch SCHINDLER, Befangenheit, S. 146 ff. m.w.H.

1068 Vgl. statt vieler BGE 142 III 732, E. 4.2.2; BGE 134 I 20, E. 4.2 (Pra 2008 Nr. 73); BGE 114 Ia 50, E. 3b; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, S. 146.

1069 BGE 131 I 113, E. 3.4; BGE 114 Ia 50, E. 3d.

1070 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 201, 987.

1071 SCHINDLER, Befangenheit, S. 147 f.

1072 Vgl. Rz. 494 ff., 503 f.

Die Ausstandspflicht mangels objektiver Unabhängigkeit wurde zunächst nur in Bezug auf Gerichtsbehörden diskutiert. Dass auch Verwaltungsbehörden in unzulässiger Weise objektiv vorbefasst sein können, wird erst in jüngerer Zeit anerkannt, wobei die Lehre die diesbezügliche dogmatische Entwicklung vorangetrieben hat, während das Bundesgericht lange Zeit der Ansicht verhaftet blieb, die Anforderungen an die objektive Unabhängigkeit von Exekutivmitgliedern seien aufgrund der funktionalen Vielfalt der Verwaltung und weil Behördenmitglieder die Interessen des Gemeinwesens vertreten und damit per se parteiisch sind, tiefer als jene, die an Gerichtsbehörden zu stellen sind. Der nachfolgende kurze Abriss der Rechtsentwicklung soll helfen, das Thema dogmatisch einzuordnen. 484

c Anspruch auf Unvoreingenommenheit der Behörde: Entwicklung

(i) Vorbefassung von Gerichtsbehörden

Für Richterinnen und Richter leitet sich das Erfordernis objektiver Unabhängigkeit aus Art. 30 Abs. 1 BV ab, wonach jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein unabhängiges Gericht hat. Das Bundesgericht handhabt diesen Anspruch aufgrund der Gefahr, dass bei fehlender Unabhängigkeit des Gerichts der Instanzenzug und die gewaltenteilige Staatsorganisation unterlaufen würden, streng.¹⁰⁷³ Richterinnen und Richter haben in den Ausstand zu treten, wenn das Verfahren aufgrund ihrer vorgängigen Befassung mit dem zu beurteilenden Sachverhalt und/oder der zu beantwortenden Fragen *nicht mehr offen erscheint*. Die fehlende Offenheit des Verfahrens ist anzunehmen, wenn der Eindruck entsteht, die Gerichtsperson könne sich von ihren seinerzeit geäusserten Feststellungen oder Wertungen nicht mehr lösen.¹⁰⁷⁴ Ob ein gerichtliches Verfahren trotz Vorbefassung noch als offen gelten kann, beurteilt das Bundesgericht anhand dreier Kriterien: erstens danach, inwieweit die Fragen, die in den verschiedenen Verfahrensabschnitten zu entscheiden waren bzw. sind, sich ähneln oder zusammenhängen, zweitens danach, inwieweit die Verwaltungsbehörden bei der Beurteilung der sich stellenden Rechtsfragen über Ermessen verfügen, und drittens nach der Bedeutung der Entscheide des ersten Verfahrensabschnitts für den Fortgang des Verfahrens.¹⁰⁷⁵ 485

Danach ist jede Gerichtsperson klarerweise vorbefasst, die sich aufgrund eines Funktionenwechsels in einem laufenden Verfahren über mehrere 486

1073 BGE 125 I 119, E. 3f (Pra 1999 Nr. 165); BGE 114 Ia 50, E. 3d; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, S. 136; vgl. THURNHERR, Urteilsbesprechung, S. 959.

1074 BGE 133 I 89, E. 3.2; BGE 131 I 113, E. 3.4; BGE 114 Ia 50, E. 3d; REICH, in: Basler Kommentar BV, Art. 30 Rz. 24.

1075 BGE 114 Ia 50, E. 3d; KIENER, in: Kommentar VRG/ZH, § 5a Rz. 26.

Instanzen hinweg mit derselben Sache befasst.¹⁰⁷⁶ Dagegen führt die Mehrfachbefassung, die dadurch entsteht, dass die Gerichtsperson zu Beginn des Verfahrens vorsorgliche Massnahmen trifft oder die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und am Ende des Verfahrens in der Hauptsache den Entscheid trifft, regelmässig nicht zum Ausstand.¹⁰⁷⁷ Nach dem sogenannten Referentensystem ist es ferner zulässig, wenn sich die Richterin oder der Richter eine vorläufige Meinung über einen Rechtsstreit bildet, die sie oder er dem Spruchkörper als Grundlage für den Entscheid darlegt. Bei den beiden letztgenannten Beispielen ist freilich zu beachten, dass diese nicht unabhängige Verfahrensabschnitte betreffen, sondern die Mehrfachbefassung das Ergebnis informellen Handelns innerhalb eines Verfahrensabschnitts ist.¹⁰⁷⁸

(ii) *Vorbefassung von Verwaltungsbehörden*

- 487 Für die Beurteilung, ob die Vorbefassung einer Verwaltungsbehörde zulässig ist, knüpft das Bundesgericht an seine Rechtsprechung zur unzulässigen Vorbefassung von Gerichtsbehörden an – modifiziert diese aber mit Blick auf die Stellung und die Funktionen der Verwaltung. Demnach sei anzuerkennen, dass Verwaltungsbehörden mit vielfältigen Aufgaben, namentlich Regierungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsaufgaben, betraut sind, die sich nicht voneinander trennen liessen, ohne die Effizienz der Verwaltung sowie die politische Tragfähigkeit und demokratische Legitimation von Entscheiden zu untergraben.¹⁰⁷⁹ Erstinstanzliche Verwaltungsbehörden seien im Unterschied zu Justizbehörden «*nicht allein zur neutralen [...] Rechtsanwendung verpflichtet*». Sie verträten die Interessen des Gemeinwesens und handelten insofern parteiisch.¹⁰⁸⁰ Die Mehrfachbefassung von Behördenmitgliedern sei deshalb nicht per se unzulässig. Das gelte insbesondere, wenn diese in der Organisation der Verwaltung begründet, d.h. systembedingt und damit unvermeidbar ist, oder wenn sie wie im Wiedererwägungs- oder Einspracheverfahren verfahrensrechtlich bewusst angelegt ist.¹⁰⁸¹ Dabei ging das Bundesgericht lange Zeit davon aus, dass nichtrichterliche Amtspersonen typischerweise nur bei fehlender subjektiver Unabhängigkeit ausstandspflichtig sind,

1076 KIENER, in: Kommentar VRG/ZH, § 5a Rz. 26.

1077 BGE 131 I 113, E. 3.6 f.; BGE 116 Ia 28, E. 2a; STEINMANN, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 30 Rz. 25.

1078 Statt vieler BGE 140 I 326, E. 6.3; BGE 137 I 227, E. 2.6.2 ff.; BGE 134 I 238, E. 2.4 ff.

1079 BGE 140 I 326, E. 5.2; BGE 125 I 119, E. 3f (Pra 1999 Nr. 165); siehe auch BREITENMOSEER/SPORI FEDAIL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 10 Rz. 10.

1080 BGE 140 I 326, E. 5.2; BGer, Urteil 1C_477/2016 Urteil vom 16.8.2017, E. 3.1.

1081 BGE 140 I 326, E. 5.2; BGer, Urteil 1C_26/2016 vom 16.11.2016, E. 2.3; SCHINDLER, Befangenheit, S. 150 f.

d.h., wenn sie in der Sache persönliche Interessen verfolgen, sich gegenüber der Partei in einem früheren Verfahrensabschnitt geringschätzig geäußert oder ihre Abneigung anderweitig zum Ausdruck gebracht haben oder wenn ihnen wiederholt schwere Verfahrens- oder Ermessensfehler unterlaufen, die als schwere Amtspflichtverletzung zu bewerten sind.¹⁰⁸² Nicht umsonst, so das Gericht, hätten die systembedingten Unzulänglichkeiten von Verwaltungsverfahren zur Schaffung unabhängiger Gerichte geführt.¹⁰⁸³ Die Wahrnehmung öffentlicher Interessen führe dagegen grundsätzlich nicht zur Ausstandspflicht wegen fehlender objektiver Unabhängigkeit. Diese bestehe nur, wenn zusätzlich zu einer Mehrfachbefassung Anhaltspunkte gegeben seien, die den Anschein der Befangenheit erweckten.¹⁰⁸⁴ Die Verletzung der Ausstandspflicht ziehe zudem nur dann die Aufhebung des Entscheids nach sich, wenn sie einen massgeblichen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens gehabt hat.¹⁰⁸⁵

In der Lehre wurde diese Rechtsprechung verschiedentlich kritisiert. 488 Zwar ist mehrheitlich anerkannt, dass die Anforderungen an die objektive Unabhängigkeit in Gerichtsverfahren nicht unbesehen auf das nichtstreitige Verwaltungsverfahren übertragen werden kann, weil die Verwaltung eigene Interessen verfolgt und informelle Kontakte der Behörden zu den Adressatinnen und Adressaten des Verwaltungsakts üblich sind, während sie in Gerichtsverfahren verpönt sind.¹⁰⁸⁶ Der Anspruch auf eine unvoreingenommene Behörde sei aber dennoch formeller Natur, weshalb es auf die Ergebnisrelevanz fehlender Unvoreingenommenheit nicht ankomme.¹⁰⁸⁷ Zudem gebiete es das verfahrensrechtliche Fairnessgebot, dass die Ergebnisoffenheit von Entscheiden in Verwaltungsverfahren ebenso wie in Gerichtsverfahren gewahrt bleibt. Äußerten sich Mitglieder einer politischen Behörde öffentlich derart in einer Sache, dass der Eindruck entstehe, sie seien bereits festgelegt, seien sie verpflichtet, in den Ausstand zu treten.¹⁰⁸⁸ Das Bundesgericht nimmt diese Stimmen zunehmend wahr. Es hat seine Rechtsprechung in Bezug auf die Ergebnisoffenheit jüngst ausdifferenziert. Sie bleibt nach wie vor aber

1082 BGer, Urteil 2C_36/2010 vom 14.6.2010, E. 3.3; vgl. BGE 125 I 119, E. 3e (Pra 1999 Nr. 165); BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 10 Rz. 97.

1083 BGE 140 I 326, E. 5.2.

1084 BGer, Urteil 1A.11/2007 vom 16.5.2007, E. 3.5.3; BGer, Urteil vom 2.5.1979, E. 1b (ZBl 1979 484 ff.).

1085 BGer, Urteil 1P.426/199 vom 20.6.2000, E. 2c (ZBl 2002 36 ff.).

1086 STEINMANN, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 34 ff.; STEINMANN, Urteilsbesprechung, S. 563; THURNHERR, Urteilsbesprechung, S. 959; MARTI, Urteilsbesprechung, S. 486.

1087 KIENER, Rechtsprechung Verfahrensgarantien, S. 730.

1088 KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, S. 165; so auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 10 Rz. 13 f., 18 ff.

stark kasuistisch geprägt.¹⁰⁸⁹ In seinem neueren Entscheid hat es zudem anerkannt, dass informelle Vorverfahren die unzulässige Vorbefassung von Behördenmitgliedern in förmlichen Verwaltungsverfahren nach sich ziehen können.¹⁰⁹⁰ Nachfolgend werden vier markante Entscheide der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts vorgestellt und deren Rezeption in der Literatur wiedergegeben.

d Aktuelle Rechtsprechung im Raumplanungs- und Baurecht

(i) Gesetzliche Mehrfachbefassung zweier Behördenmitglieder im Baubewilligungsverfahren (BGer, Urteil 1A.11/2007 vom 16.5.2007)

489 Als nach Massgabe des Gebots objektiver Unabhängigkeit zulässig beurteilte das Bundesgericht die positiven Stellungnahmen zweier Vertreter der kommunalen Bauberatung und der kantonalen Denkmalpflege zu einem Bauprojekt, obwohl sich beide Behördenmitglieder bereits zuvor als Mitglieder der Wettbewerbsjury eines Architekturwettbewerbs für das Projekt ausgesprochen hatten.¹⁰⁹¹ Das Bundesgericht begründet seinen Entscheid damit, dass der Beizug der Fachstellen während der Projektierungsphase *gesetzlich vorgesehen* war. Zudem habe die Mehrfachbefassung im öffentlichen Interesse gelegen, da sie nicht nur verhindere, dass Bauherrschaften Zeit und Aufwand in ein von vornherein nicht bewilligungsfähiges Projekt investierten. Durch den frühzeitigen Beizug der Fachstellen werde auch vermieden, dass sich diese im Baubewilligungsverfahren genötigt fühlen, ein unbefriedigendes Projekt mit Blick auf die bereits getätigten Aufwendungen zu bewilligen. Die Vorbefassung der Experten sei *systembedingt und folglich unvermeidlich* gewesen.¹⁰⁹² Nicht zuletzt hätten keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass sachfremde Argumente in die Gutachten eingeflossen waren. Die Vorbefassung sei daher zulässig.¹⁰⁹³

(ii) Unzulässige Mehrfachbefassung einer Baukommission im Voranfrage- und Baubewilligungsverfahren (BGer, Urteil 1C_150/2009 vom 8.9.2009)

490 Dagegen nahm das Bundesgericht eine unzulässige Vorbefassung in einem Fall an, in welchem sich die Baukommission einer Gemeinde mit einer an den Stadtrat (Exekutive) gerichteten Voranfrage der Bauherrschaft ausführlich befasst hatte und das Projekt dem Stadtrat zur Bewilligung empfahl. Die

1089 THURNHERR, Urteilsbesprechung, S. 962.

1090 Dazu auch Rz. 494 ff.

1091 BGer, Urteil 1A.11/2007 vom 16.5.2007, E. 3.

1092 BGer, Urteil 1A.11/2007 vom 16.5.2007, E. 3.5.2.

1093 BGer, Urteil 1A.11/2007 vom 16.5.2007, E. 3.5.3.

Empfehlung erfolgte, nachdem die Baukommission gegenüber der Bauherrschaft Projektanpassungen angeregt hatte, welche diese umsetzte und daraufhin das Baugesuch formell einreichte.¹⁰⁹⁴ Der Stadtrat folgte der Empfehlung der Baukommission und erteilte die Baubewilligung. Das Gericht erachtete die Baukommission im Baubewilligungsverfahren als unzulässig vorbefasst, nicht dagegen den Stadtrat.

In Bezug auf die Baukommission hielt es fest, dass allein aus dem Umstand, dass sich diese mehrfach mit dem Baugesuch auseinanderzusetzen hatte – nämlich zunächst in einem Voranfrageverfahren und sodann im Baubewilligungsverfahren –, nicht auf die unzulässige Vorbefasstheit der Kommissionsmitglieder geschlossen werden könne.¹⁰⁹⁵ Die Auskunftserteilung durch fachkundige Behörden im Vorfeld förmlicher Verfahren werde im Gegenteil im Einklang mit der Lehre von einer «bürgerlichen» Verwaltung erwartet.¹⁰⁹⁶ Der Eindruck fehlender Unabhängigkeit sei im konkreten Fall aber deshalb entstanden, weil sich die Kommission im Voranfrageverfahren bereits intensiv mit dem Projekt auseinandergesetzt und nicht nur Rechtsfragen (u. a. zur Gebäudevolumetrie) beantwortet, sondern auch Vorschläge für eine Projektanpassung unterbreitet hatte. Damit habe sie die Bauherrschaft *beraten*.¹⁰⁹⁷ Erschwerend trete hinzu, dass das Voranfrageverfahren *ohne Anhörung der betroffenen Nachbarn* erfolgt war. Da das überarbeitete Baugesuch die Hinweise der Baukommission umfassend berücksichtigte, konnte bei Dritten der Eindruck entstehen, die Baukommission sei bei der Prüfung des Baugesuchs im Baubewilligungsverfahren bereits festgelegt und für Einwände nicht mehr offen gewesen.¹⁰⁹⁸

Der Eindruck fehlender Unvoreingenommenheit werde sodann durch weitere Faktoren verstärkt: So wurde die Durchführung des Voranfrageverfahrens im Baubewilligungsverfahren *nicht von Beginn an offengelegt*, sondern erst auf Anfrage der späteren Einsprecher. Ferner bezog sich die Voranfrage auf Rechtsfragen, bezüglich deren die Gemeinde über *erhebliches Ermessen* verfügte und die sich aufgrund der zurückhaltenden Prüfung solcher Entscheide durch die Gerichte der richterlichen Kontrolle weitgehend entziehen.

1094 Das Voranfrageverfahren war in § 28 aABauV/AG geregelt, wonach Bauherrschaften die zuständigen Behörden bei komplexen und grösseren Bauvorhaben um Vorentscheide ohne Drittverbindlichkeit ersuchen konnten.

1095 BGER, Urteil 1C_150/2009 vom 8.9.2009, E. 3.5.3 (ZBl 2011 478 ff.).

1096 BGER, Urteil 1C_150/2009 vom 8.9.2009, E. 3.4, 3.5.1 sowie 3.5.2.

1097 BGER, Urteil 1C_150/2009 vom 8.9.2009, E. 3.5.5. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass die mittlerweile aufgehobene Regelung in § 28 Abs. 3 aABauV/AG die «Beratung» der Privaten durch die Behörden ausdrücklich gestattete.

1098 BGER, Urteil 1C_150/2009 vom 8.9.2009, E. 3.5.5 (ZBl 2011 478 ff.).

Anlass für die Vermutung der Befangenheit der Baumkommission gebe auch, dass der für das Projekt verantwortliche Architekt formelles Mitglied der Baukommission war. Trotz seines Ausstands wies er während des Verfahrens eine *besondere Nähebeziehung zur Kommission* auf. Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass zwar der Stadtrat formelles Beschlussorgan war, die materielle Beurteilung des Gesuchs aber im Kern durch die Baukommission erfolgte.¹⁰⁹⁹

493 Aus diesen Gründen hob das Bundesgericht den Entscheid auf und wies die Baukommission an, das Baugesuch erneut und unter Ausschluss der mit der Voranfrage befassten Mitglieder zu prüfen.¹¹⁰⁰ Dagegen verneinte das Bundesgericht unter Verweis auf die Aufgabenteilung zwischen Baukommission und Stadtrat die Befangenheit des Stadtrats, solange diejenigen Stadträte, die als Mitglieder der Baukommission das Voranfrageverfahren begleitet hatten, in den Ausstand treten. Der Stadtrat trage zwar sowohl für die Beantwortung der Voranfrage als auch für die Erteilung der Baubewilligung die formelle Verantwortung. Es sei aber in erster Linie die Baukommission, die sich mit Voranfrage- und Baugesuchen materiell auseinandersetze.¹¹⁰¹

(iii) *Unzulässige Mehrfachbefassung zweier Mitglieder einer Planerlassbehörde aufgrund ihrer Rolle als Juroren eines Architekturwettbewerbs (BGE 140 I 326)*

494 Für die Frage der (un)zulässigen Vorbefassung von Behördenmitgliedern ist sodann ein Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2014 wegweisend: Das Gericht hatte zu entscheiden, ob zwei Mitglieder des Gemeinderats (kommunale Exekutivspitze), die im Planerlassverfahren über Einwendungen und die Festsetzung eines Sondernutzungsplans zu befinden hatten, unzulässig vorbefasst waren, weil sie im Vorfeld des förmlichen Verfahrens der Jury eines Architekturwettbewerb beisassen, aus dem der zu beurteilende Plan hervorging. Das Gericht bejahte die unzulässige Vorbefassung im konkreten Fall.

495 Der Entscheid ist in zweierlei Hinsicht bemerkenswert: Zum einen ging das Bundesgericht ganz selbstverständlich davon aus, dass das förmliche Verfahren durch ein vorgelagertes informelles Verfahren eine Stufung erfuhr und der Anspruch auf einen unvoreingenommenen Entscheid durch das informell-kooperative Vorverfahren berührt war.¹¹⁰² Zum anderen erwog das Bundesgericht in Konkretisierung seiner bisherigen Rechtsprechung, dass die strengen Anforderungen an die Unvoreingenommenheit von gerichtlichen

1099 BGer, Urteil 1C_150/2009 vom 8.9.2009, E. 3.5.5.

1100 BGer, Urteil 1C_150/2009 vom 8.9.2009, E. 3.6.

1101 BGer, Urteil 1C_150/2009 vom 8.9.2009, E. 3.6.

1102 THURNHERR, Urteilsbesprechung, S. 958; dazu noch Rz. 503f.

Amtspersonen zwar nicht ohne weiteres auf Verwaltungsverfahren übertragen werden könnten, die Übertragung im Einzelfall aber gerechtfertigt sein könne.¹¹⁰³

In Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung sah das Gericht zunächst allein in dem Umstand, dass zwei Mitglieder einer Gemeinderegierung erst informell und später formell mit einem Sondernutzungsplan und damit mehrfach mit diesem befasst waren, noch keinen Ausstandsgrund. Der informelle Austausch zwischen Behörden und Privaten liege bei komplexen Projekten im Interesse der Prozessökonomie und der Verfahrenskoordination, denn das gänzliche Untersagen informeller Kontakte würde die effiziente und sachgerechte Erfüllung von Verwaltungsaufgaben unverhältnismässig erschweren.¹¹⁰⁴ Dabei gelte es aber zu beachten, dass solche Kontakte bei Dritten die berechnete Befürchtung wecken können, die vorbefasste Behörde sei im förmlichen Verfahren nicht mehr imstande, Einwände mit der nötigen Offenheit und Unabhängigkeit zu prüfen und eine ausgewogene Abwägung aller relevanten Interessen vorzunehmen. Informelle Absprachen würden Behörden zwar nicht rechtlich binden; diese fühlten sich daran aber oft faktisch gebunden.¹¹⁰⁵ In Anbetracht der Funktion *des Einwendungsverfahrens*, das der Gehörgewährung betroffener Dritter diene, seien *hohe Anforderungen* an die Unbefangenheit von Behördenmitgliedern zu stellen. Namentlich sei sicherzustellen, dass diese ihre Rolle als «echte Mittler» zwischen widerstreitenden Interessen glaubwürdig wahrnehmen könnten. In dem zu beurteilenden Fall sei es deshalb gerechtfertigt, so das Bundesgericht, auf die Exekutivbehörden die strengen Massstäbe an die Unbefangenheit im Gerichtsverfahren anzuwenden und auf die Rechtsprechung zum Referentensystem (Rz. 486) zurückzugreifen.¹¹⁰⁶

Besonderes Augenmerk legte das Gericht auf die Beantwortung der Frage, wie weit die Kontakte zwischen Behörden und einzelnen Parteien eines Verfahrens reichen dürfen. Hierzu unterschied es vier Formen behördlicher Stellungnahmen nach dem Grad der Konkretisierung und ihrer Bindungswirkung, namentlich unverbindliche Stellungnahmen zu abstrakten Rechtsfragen, die Beantwortung projektbezogener Rechtsfragen, die Beratung von Bauherrschaften und schliesslich verbindliche Vorentscheide.¹¹⁰⁷ Im Lichte des Unbefangenheitsgebots seien lediglich unverbindliche Behördenauskünfte

1103 BGE 140 I 326, E. 5.2, 6.2.

1104 BGE 140 I 326, E. 6.1.

1105 BGE 140 I 326, E. 6.2.

1106 BGE 140 I 326, E. 6.2 f.

1107 BGE 140 I 326, E. 6.3. Zur Figur des Vorentscheids Fn. 1053.

zu abstrakten Rechtsfragen unproblematisch. Beratungstätigkeiten und informelle Zusicherungen über den Ausgang eines Verfahrens seien dagegen geeignet, bei Dritten berechtigte Zweifel an der Offenheit eines förmlichen Verfahrens zu wecken. Sie zögen deshalb die Ausstandspflicht der betreffenden Behördenmitglieder aufgrund unzulässiger Vorbefasstheit nach sich.¹¹⁰⁸ Die Beantwortung konkreter, projektbezogener Fragen könne, müsse aber nicht zur unzulässigen Vorbefassung führen. Hier komme es auf den Detaillierungsgrad der Antworten an sowie darauf, inwieweit die Interessen Dritter bei der Auskunftserteilung berücksichtigt wurden.¹¹⁰⁹

498 Im dem konkreten Fall qualifizierte das Bundesgericht die Tätigkeit der Gemeinderäte als Juroren eines Architekturwettbewerbs als eine beratende. Die Jury hatte das Siegerprojekt einstimmig aus acht Projekten ausgewählt, wobei die Beurteilung der Wettbewerbsprojekte im Wesentlichen nach denselben Kriterien erfolgte, die auch für die rechtliche Beurteilung von Sondernutzungsplänen im Einwendungs- und Erlassverfahren massgeblich waren.¹¹¹⁰ Mit der Auswahl des Siegerprojekts bestätigten die Gemeinderäte, dass das Projekt diesen Kriterien entsprochen hatte, und waren insofern gegenüber der Bauherrschaft beratend tätig geworden.¹¹¹¹ Hinzu trat, dass sich die Jury ihre Meinung gebildet hatte, ohne zuvor betroffene Dritte anzuhören, und dass der letztlich zur Bewilligung eingereichte Plan nur geringfügig vom Siegerprojekt abwich. Nach Ansicht des Bundesgerichts waren diese Umstände geeignet, bei Dritten die berechtigte Sorge zu begründen, die Gemeinderäte seien im Planerlassverfahren bereits festgelegt und damit nicht mehr in der Lage gewesen, Einwendungen sachgerecht zu beurteilen.¹¹¹² Der Anschein fehlender Unvoreingenommenheit wurde nach Ansicht des Gerichts zudem noch dadurch verstärkt, dass die Planungsbehörden über erhebliche Beurteilungsspielräume verfügten, deren Ausübung Gerichte nur zurückhaltend überprüften.¹¹¹³ Im Ergebnis bejahte das Bundesgericht daher die Ausstandspflicht der Gemeinderäte in Bezug auf das Einwendungs- und Erlassverfahren. Den Festsetzungsentscheid hob es wegen Befangenheit im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV auf.¹¹¹⁴

1108 BGE 140 I 326, E. 6.3 und E. 7.4.

1109 BGE 140 I 326, E. 6.3.

1110 BGE 140 I 326, E. 7.1.

1111 BGE 140 I 326, E. 7.2.

1112 BGE 140 I 326, E. 7.2.

1113 BGE 140 I 326, E. 7.3.

1114 BGE 140 I 326, E. 7.3 und E. 8 (nicht publiziert).

(iv) *Zulässige Mehrfachbefassung einer kommunalen Einsprache- und kantonalen Genehmigungsbehörde (BGer, Urteil 1C_903/2013 vom 10.8.2015)*

Das Bundesgericht bestätigte seine Ansicht, dass Gründe der Prozessökonomie und der Verfahrenskoordination informelle Behördenkontakte zu einzelnen Parteien eines Verfahrens rechtfertigen können, solange sie die Funktion der Behörden als echte Mittler im Einwendungsverfahren nicht unterlaufen, nur kurze Zeit später. In dem zu beurteilenden Fall hatte das Gericht zu entscheiden, ob eine Planungsbehörde, die einen Sondernutzungsplan im Einvernehmen mit der Grundeigentümerschaft erarbeitet hatte, ohne die Nachbarn einzubeziehen, im Einwendungsverfahren unzulässig vorbefasst war.¹¹¹⁵ Es verneinte dies mit dem Argument, der Kontakt zwischen der Behörde und der Grundeigentümerschaft sei im konkreten Fall nicht über das übliche Mass hinausgegangen. Er habe sich auf die Erörterung der rechtlichen Anforderungen an den Plan und auf rechtliche Hinweise beschränkt. Eine abschliessende Beurteilung des Vorhabens nahm die Behörde im Vorfeld des förmlichen Verfahrens dagegen nicht vor. Zudem hatte die Behörde die Interessen der Nachbarn, anders als in dem vorgängig erläuterten Fall, bereits früh in der Planung mitberücksichtigt. Es bestünden deshalb keine Anhaltspunkte dafür, dass das Einwendungsverfahren aufgrund der Vorbefasstheit der Behörde nicht mehr offen war. Ein Ausstandsgrund liege deshalb nicht vor.¹¹¹⁶

Neben der Frage der Befangenheit der Planungsbehörde im Einwendungsverfahren musste das Gericht zudem über die Befangenheit der kantonalen Genehmigungsbehörde entscheiden, die den strittigen Nutzungsplan auf Wunsch der Gemeinde vor dessen Festsetzung einer Vorprüfung unterzogen hatte. Es verneinte auch für diese Behörde eine unzulässige Vorbefassung. Der frühzeitige Einbezug der kantonalen Genehmigungsbehörde in die Planung liege im öffentlichen Interesse, da er helfe, planerische Leerläufe zu vermeiden. Zudem diene er der Prozessökonomie. Zwar führe die Vorprüfung der Genehmigungsbehörde dazu, dass diese während eines längeren Zeitraums mit derselben Sache befasst sei. Die Befassung betreffe aber denselben Verfahrensabschnitt, weshalb sie für sich genommen keinen Ausstandsgrund darstelle. Um den Anschein der Befangenheit zu begründen, müssten weitere Aspekte hinzutreten, die Anlass böten, anzunehmen, die Behörde habe sich, ohne alle sachrelevanten Aspekte zu kennen, bereits früh im Verfahren festgelegt. Für eine solche Annahme biete der zu beurteilende

¹¹¹⁵ BGer, Urteil 1C_903/2013 vom 10.8.2015, E. 2; siehe dazu auch den Entscheid der Vorinstanz VGer/SG, Urteile B 2012/91 und B 2013/132 vom 8.11.2013, E. 5.3.

¹¹¹⁶ BGer, Urteil 1C_903/2013 vom 10.8.2015, E. 2.2.

Fall keinen Anlass, zumal unterschiedliche Personen für die Vorprüfung und die Genehmigung des Plans verantwortlich zeichneten und die Interessen der rekurrierenden Nachbarn im Rahmen der Vorprüfung Beachtung gefunden hatten.¹¹¹⁷

(v) *Zusammenfassung*

- 501 Mit seiner neueren Rechtsprechung zur unzulässigen Vorbefassung von Verwaltungsbehörden löst sich das Bundesgericht von seiner bisherigen Haltung, die Befangenheit von Behördenmitgliedern kenne in Verwaltungsverfahren fast ausschliesslich subjektive Gründe. War bisher zum Beispiel nicht zu beanstanden, wenn sich Behördenmitglieder vor oder ausserhalb förmlicher Verfahren eine Meinung bildeten und diese auch öffentlich äusserten¹¹¹⁸, wäre diese mit Blick auf die *Offenheit des Verfahrensausgangs* heute zu hinterfragen. In seiner Beurteilung der (Un-)Zulässigkeit der Mehrfachbefassung von Behördenmitgliedern trägt das Bundesgericht den Bedürfnissen der Verwaltung nach wie vor Rechnung. Demnach kann eine Vorbefassung namentlich zulässig sein, wenn sie gesetzlich vorgesehen und damit systembedingt ist (Rz. 489) oder dem Zweck der effizienten und sachgerechten Erfüllung von Verwaltungsaufgaben dient (Rz. 496). Als *unproblematisch* erachtet das Bundesgericht namentlich die Stellungnahmen von Fachbehörden, die das Gesetz vorschreibt (Rz. 489), Behördenauskünfte zu Rechtsfragen allgemeiner Natur (Rz. 497) oder auch die Mehrfachbefassung von Behörden, welche die formelle Verantwortung für einen Entscheid tragen, ohne mit diesem materiell intensiv befasst zu sein (Rz. 493). Dagegen können projektspezifische Rechtsauskünfte begründete Zweifel an der Offenheit des Verfahrensausgangs wecken. Dies vor allem dann, wenn die Interessen Dritter nicht erwogen werden und die Auskünfte einen hohen Detaillierungsgrad aufweisen (Rz. 497). Als im Hinblick auf die Offenheit des Verfahrens in jedem Fall problematisch erachtet das Bundesgericht demgegenüber beratende Tätigkeiten von Behördenmitgliedern sowie verbindliche Vorentscheide, die ohne den Einbezug berechtigter Dritter zustande kommen. Diese seien geeignet, Zweifel an der objektiven Unabhängigkeit zu wecken, und begründeten deshalb die Ausstandspflicht der mehrfachbefassten Behördenmitglieder (Rz. 497 sowie Rz. 491 f.). Eine unzulässige Mehrfachbefassung soll zudem neu in Betracht fallen, wenn Behördenmitglieder mit der Sache in amtlicher Tätigkeit in einem förmlichen Verfahren vorgängig befasst waren (Rz. 491 ff.). Auch die

1117 BGer, Urteil 1C_903/2013 vom 10.8.2015, E. 2.2.

1118 BGer, Urteil 2A.364/1995 vom 14.2.1997, E. 3a f. m.w.H. (ZBl 1998 289 ff.), dazu auch THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 388.

Befassung in einem *informellen Vorverfahren* kann die Ursache für die *Ausstandspflicht* im förmlichen Verfahren setzen (Rz. 496 ff., vgl. Rz. 499 f.). Insofern anerkennt das Bundesgericht, dass förmliche Verfahren durch informelle Vorverfahren eine Stufung insoweit erfahren, als das behördliche Handeln in informellen Vorverfahren verfahrensrechtliche Reflexwirkungen auf den formellen Verfahrensabschnitt zeitigt. Hierdurch erfährt die Bedeutung der objektiven Unabhängigkeit der Behörde für den Gehörsanspruch im formellen Verfahren eine Schärfung.

e Rezeption in der Lehre

MARTI, der sich zum Entscheid 1C_150/2009 vom 8. September 2009 äussert (Rz. 490 ff.), begrüsst die Rechtsprechung des Bundesgerichts.¹¹¹⁹ Es sei seit langem anerkannt, dass es für die behördliche Auskunftserteilung und Beratung Privater trotz reduzierter Anforderungen an die Unvoreingenommenheit im Verwaltungsverfahren Grenzen gebe, deren Überschreitung zu unzulässiger Vorbefassung führe. Bekannt sei auch, dass generelle Auskünfte zu einem Bauvorhaben unproblematisch seien, während die vorgängige Beratung Privater als Tätigwerden der Behörden zugunsten einer Verfahrenspartei die Pflicht zum Ausstand begründe.¹¹²⁰ Die seinerzeit im Kanton Aargau gesetzlich verankerte Verpflichtung der Baubehörden zur Beratung der und Zusammenarbeit mit den Gesuchstellern und mit ihr die praxisgemäss umfangreiche und detaillierte Prüfung konkreter projektbezogener Fragen im Rahmen eines Voranfrageverfahrens berge die Gefahr der Vorbestimmung des Baubewilligungsverfahrens und stelle «heikle Abgrenzungsfragen und Ausstandsprobleme». Das Bundesgericht habe diese richtigerweise im Kontext der bestehenden weiteren Verfahrens- und Rechtsschutzgarantien, namentlich des Anspruchs auf rechtliches Gehör, beantwortet. Der Eindruck fehlender Ergebnisoffenheit werde verstärkt und führe im Ergebnis zur Ausstandspflicht, wenn die Baubehörden über grossen Ermessensspielraum verfügten und die Voranfrage im Baubewilligungsverfahren nicht offenlegten.¹¹²¹ Der vom Bundesgericht vorgebrachten Kritik, die Baubehörde habe sich im Rahmen des Voranfrageverfahren eine Meinung zum Bauprojekt gebildet, ohne die Argumente der betroffenen Nachbarn zu kennen, hält MARTI entgegen, diese Kritik sei nicht hilfreich, da praxisfern, zumal der Einbezug Dritter die «intensive behördliche Baubegleitung [...] kaum zu ersetzen» vermöge.¹¹²²

1119 MARTI, Urteilsbesprechung, S. 485 ff.

1120 MARTI, Urteilsbesprechung, S. 486.

1121 MARTI, Urteilsbesprechung, S. 487.

1122 MARTI, Urteilsbesprechung, S. 488.

Um sowohl dem Bedürfnis von Gesuchstellenden nach Vorabklärung als auch dem Bedürfnis Dritter nach Ergebnisoffenheit gerecht zu werden, schlägt MARTI vor, die Bauberatung besonderen Kommissionen oder Amtsstellen zu übertragen, die keine entscheidungsvorbereitende Funktion haben. Die Befangenheitsproblematik lasse sich damit deutlich abschwächen.¹¹²³

503 STEINMANN, der BGE 140 I 326 im Zusammenhang mit der Relevanz informeller Vorverfahren für die Ergebnisoffenheit förmlicher Verwaltungsverfahren kommentiert, pflichtet MARTI insofern bei, als auch er für unterschiedliche Massstäbe an die Unvoreingenommenheit von Behördenmitgliedern in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren plädiert.¹¹²⁴ Richtigerweise stelle das Bundesgericht für die Prüfung der Unvoreingenommenheit zweier mehrfachbefasster Gemeinderäte auf Art. 29 Abs. 1 BV ab, wobei sich die Anforderungen an die Unvoreingenommenheit nicht auf eine einfache Formel bringen liessen. Es müsse dem Einzelfall sowie dem Umstand, dass die Verwaltung eigene Interessen vertrete und damit nicht gänzlich unparteilich sei, Rechnung getragen werden.¹¹²⁵ Dass das Bundesgericht für die Grenzziehung zwischen zulässiger und unzulässiger Vorbefasstheit der Gemeinderäte auch auf das Referentensystem abstellt und damit auf die Rechtsprechung zur Unvoreingenommenheit von Gerichtspersonen gemäss Art. 30 Abs. 1 BV (Rz. 496), sieht STEINMANN kritisch. Die Analogie überzeuge nicht, da die Mehrfachbefassung im Referentensystem durch eine gewisse Dauer des förmlichen Verfahrens bedingt sei, während die Vorbefassung im formellen Verfahren, dem ein informelles Vorverfahren vorausgeht, durch verschiedenartige Entscheide verursacht werde.¹¹²⁶

504 THURNHERR, die BGE 140 I 326 ebenfalls kommentiert und sich intensiv mit den verfahrensrechtlichen Konsequenzen der Stufung förmlicher Verfahren durch informelle Vorverfahren befasst hat, stellt zunächst fest, dass das Bundesgericht die allgemeinen Verfahrensgarantien auf diese durch Informalität gekennzeichnete Konstellation selbstverständlich und ohne dies zu erörtern zur Anwendung bringt.¹¹²⁷ Dagegen kritisiert sie, dass das Bundesgericht bei der Frage, unter welchen Umständen die Mehrfachbefassung von Verwaltungsbehörden zulässig sei, zu vage bleibe.¹¹²⁸ Zur Beurteilung der Befangenheit stelle das Gericht auf drei Kriterien ab: das Einspracheverfahren

1123 MARTI, Urteilsbesprechung, S. 488.

1124 STEINMANN, Urteilsbesprechung, S. 563.

1125 STEINMANN, Urteilsbesprechung, S. 563.

1126 STEINMANN, Urteilsbesprechung, S. 563f.

1127 THURNHERR, Urteilsbesprechung, S. 858.

1128 THURNHERR, Urteilsbesprechung, S. 959

zur Gewährung des rechtlichen Gehörs, den Anschein der Voreingenommenheit und die Reichweite des behördlichen Entscheidungsspielraums.¹¹²⁹ Diese werden von THURNHERR kritisch gewürdigt. Zunächst konkretisiert THURNHERR die Aussage des Gerichts, dass informelles Verwaltungshandeln den Einspracheentscheid «in keiner Weise vorwegnehmen»¹¹³⁰ dürfe, insoweit, als im Zeitpunkt der Gehörsgewährung vielmehr eine «reelle Möglichkeit zur Beeinflussung des Entscheids» bestehen müsse. Auch das Abstellen auf den «Anschein der Befangenheit» sei wenig hilfreich. Dieser könne stets entstehen, wenn Behörden und Private Vorabsprachen trafen. Tatsächlich seien die Hürden für legitime Vorabsprachen höher, was auch das Bundesgericht zum Ausdruck bringe, wenn es vom «Anschein der Festlegung» bzw. vom «Anschein, sich davon nicht mehr lösen zu können»¹¹³¹, spreche.¹¹³² Nicht zuletzt sei zu bedenken, dass erhebliche Ermessensspielräume zwar den Anschein der Befangenheit verstärken könnten, zugleich aber vermehrt das Bedürfnis nach informellen Absprachen weckten.¹¹³³ Dieser Widerspruch lasse sich insoweit auflösen, als einerseits über Vorabsprachen *Transparenz* geschaffen werde, was es Dritten im förmlichen Verfahren ermögliche, hierzu gezielt Stellung zu nehmen, und andererseits geprüft werde, ob die *Interessen Dritter* bei der Entscheidungsfindung hinreichend gewürdigt worden seien.¹¹³⁴ Wie STEINMANN kommt THURNHERR zum Fazit, dass die Bejahung der Befangenheit aufgrund der Beratungstätigkeit der beiden Gemeinderäte im zu beurteilenden Fall zwar richtig gewesen sei. Das Bundesgericht habe aber mit den «zahlreichen Querbezüge[n] zum gerichtlichen Verfahren» der spezifischen Situation bei informellen Absprachen nicht genügend Rechnung getragen.¹¹³⁵

f Konsequenzen für kooperative Planungen

(i) Kooperative Planungen als Herausforderung für das Unbefangenheitsgebot

Durch die Stufung des Erlassverfahrens stellt sich das Problem der Vorbefassung bei informell-kooperativen Planungen insbesondere für die Fachbehörde, die in Vorbereitung des planerischen Entscheids typischerweise die

1129 THURNHERR, Urteilsbesprechung, S.961.

1130 BGE 140 I 326, E. 6.2.

1131 BGE 140 I 326, E. 6.2 bzw. E. 7.3.

1132 THURNHERR, Urteilsbesprechung, S.961.

1133 THURNHERR, Urteilsbesprechung, S.961.

1134 THURNHERR, Urteilsbesprechung, S.961f.

1135 THURNHERR, Urteilsbesprechung, S.962.

Verhandlungen mit der privaten Kooperationspartei führt, zugleich aber das förmliche Verfahren verantwortet – namentlich das Mitwirkungs- und ein all-fälliges Einwendungsverfahren führt und den Antrag zur Genehmigung des Plans an das Erlassorgan verfasst. Den Kern kooperativer Planungen bildet die Festlegung eines Austauschverhältnisses insoweit, als die Parteien die planerische Besserstellung der Privaten bestimmen und hierfür eine Gegenleistung vereinbaren, die öffentliche Interessen befriedigt (Rz. 165). Die hierzu nötigen Verhandlungen werden die Intensität von Stellungnahmen zu abstrakten Rechtsfragen oder die blosser Verständigung auf den Verfahrensablauf in aller Regel übersteigen. Stattdessen werden die Verhandlungen typischerweise projektbezogen geführt, wobei konkrete Rechtsfragen wie das Potenzial für Mehrausnützungen durch sondernutzungsplanerische Massnahmen oder gestalterische Fragen eines Bauvorhabens erörtert werden. Da sich das Nachverhandeln eines einmal gefundenen Kompromisses oft als schwierig erweist, die Absprachen deshalb faktische Bindungswirkungen zeitigt und informell-kooperatives Handeln mit der Gefahr des Capture sowie der Abschottung der Behörden nach aussen einhergeht (Rz. 441 ff.), sind sie geeignet, bei Dritten den Anschein zu wecken, die Behörden könnten sich von dem gefundenen Ergebnis nicht mehr lösen, so dass die sachgerechte Berücksichtigung widerstreitender Drittinteressen nicht zu erwarten ist. Die Methode der Kooperation steht damit im latenten Konflikt zum Gebot unvoreingenommener Entscheide.

(ii) *Massnahmen zur Gewährleistung der Unbefangenheit der entscheidungsvorbereitenden Behörde*

- 506 Dem Einbruch in das verfahrensrechtliche Fairnessgebot, den kooperative Planungen stets zulasten Dritter bewirken, steht das legitime Bedürfnis nach Erhöhung der Steuerungsleistung planerischer Massnahmen und nach Beschleunigung der Verfahren, d.h. Gründe der effektiven Rechtsdurchsetzung und der Prozessökonomie, gegenüber (Rz. 62). Soweit der Einbruch in das Fairnessgebot verfahrensrechtlich abgefedert wird, kann es gerechtfertigt sein, informelle Absprachen mit einer «gewissen Grosszügigkeit» zu beurteilen.¹¹³⁶ Als kompensatorische Massnahme ist mit THURNHERR in erster Linie das Schaffen von Transparenz zu nennen, namentlich indem das Ergebnis des informellen Vorverfahrens im förmlichen Verfahren jedenfalls in summarischer Form offengelegt wird (Rz. 504). Tangierte Dritte werden hierdurch in die Lage versetzt, die Rechtmässigkeit der Absprachen zu prüfen und sich bei der Ausübung des Gehörsrechts gezielt zu diesen zu äussern,

1136 THURNHERR, Urteilsbesprechung, S. 961.

was nicht nur ihre verfahrensrechtliche Position stärkt, sondern zudem präventive Wirkung gegen behördliche Obstruktion entfaltet (Rz. 436, 447). Daneben können Wettbewerbsverfahren, für welche die Behörden in Absprache mit den privaten Kooperationsparteien zwar Rahmenbedingungen definieren, deren Ergebnisse aber von Jurys beurteilt werden, die mit unabhängigen externen Expertinnen und Experten besetzt sind, einen Beitrag dazu leisten, den Anschein der Befangenheit der Fachbehörde zu mindern. Das grösste Mass an Unabhängigkeit böte wohl ein Verfahren, in dem sich Private und Planungsbehörden zunächst über ihre Erwartungen an die Planung austauschen und die Eckpfeiler der Planung grob definieren, die Erarbeitung der Pläne aber durch eine unabhängige Fachkommission ohne entscheidungsvorbereitende Funktion begleitet wird. Damit würde das informelle vom formellen Verfahren organisatorisch weitgehend getrennt werden, so dass die Planungsbehörden bei der materiellen Prüfung der Stellungnahmen im Mitwirkungs- und Einwendungsverfahren in hohem Masse unbelastet entscheiden könnten. Dieses Modell würde auch berücksichtigen, dass Planungen anders als Baubewilligungsentscheide rechtsetzende Elemente aufweisen und deshalb in hohem Mass politischer Natur sind. Indem die Planungsbehörden, die als Teil der Zentralverwaltung der Regierung unterstellt und mit politischen Entwicklungen unmittelbar konfrontiert sind, die Eckpfeiler der Planung definieren, wäre die valide Abschätzung der politischen Tragfähigkeit des Vorhabens in einem frühen Zeitpunkt des Verfahrens sichergestellt. Dies würde freilich voraussetzen, dass die Grundeigentümerschaften wie im Kanton Zürich berechtigt sind, Planentwürfe autonom auszuarbeiten und diese dem Erlassorgan vorzulegen (Rz. 477).

(iii) Massnahmen zur Gewährleistung der Unbefangenheit des Erlassorgans

Neben den Mitgliedern der entscheidungsvorbereitenden Behörde können auch die Mitglieder des Planerlassorgans unzulässig vorbefasst und deshalb zum Ausstand verpflichtet sein, wenn sie am informellen Vorverfahren mitwirken – und zwar ungeachtet dessen, ob der Planerlass der Regierung oder dem Legislativorgan obliegt. Dies gilt es vor allem bei der Besetzung von Juries städtebaulicher oder architekturbezogener Wettbewerbe zu beachten, wobei auf Jurorinnen und Juroren aus den Reihen des Erlassorgans zu verzichten sein wird. Im Hinblick auf die gebotene Unvoreingenommenheit unproblematisch dürfte dagegen sein, wenn das Planerlassorgan der Planungsbehörde bzw. einer hierfür mandatierten Kommission oder Amtsstelle ein Verhandlungsmandat erteilt, das Voraussetzungen für die politische Tragfähigkeit des Projekts definiert bzw. konkretisiert.

7.3 Begründungspflicht

a Erhöhte Anforderungen bei kooperativen Planungen

- 508 Gemäss Art. 3 Abs. 2 RPV sind planerische Anordnungen zu begründen. Die Begründungspflicht resultiert zudem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Für kooperative Planungen, die stets mit einem Einbruch in das verfahrensrechtliche Fairnessgebot und mit der Gefahr des Capture und der Tendenz zur Abschottung der Planungen gegen äussere Störfaktoren einhergehen, gelten wie bereits ausgeführt erhöhte Anforderungen an die Begründungsdichte und -breite (insb. Rz. 471).

b Kein Anspruch auf Begründung bei Verzicht auf Festsetzung

- 509 Auf die Festsetzung von (kooperativ erarbeiteten) Sondernutzungsplänen besteht kein Anspruch, wenn eine Grundordnung existiert, welche die Überbauung eines Grundstücks erlaubt. Die Behörden entscheiden vielmehr nach dem Opportunitätsprinzip, ob sie eine Planung an die Hand nehmen und die Planentwürfe festsetzen wollen oder nicht. Aufgrund dessen und weil planerische Entscheide in weiten Teilen politischer Natur sind, haben die privaten Kooperationsparteien für den Fall, dass das Erlassorgan die Planfestsetzung verweigert, keinen Anspruch auf Begründung.

8. Planaufgabe und Genehmigungsverfahren

8.1 Planaufgabe

- 510 Im Anschluss an die Festsetzung der Pläne sind diese gemäss Art. 33 Abs. 1 RPG öffentlich aufzulegen. Die Auflage dient der Information der Parteien und bildet den Ausgangspunkt für den Rechtsschutz.¹¹³⁷ Der Planungsbericht gemäss Art. 47 RPV ist, vorbehaltlich anderslautender kantonaler Bestimmungen, nicht Gegenstand der Planaufgabe. Er ist Beschwerdelegitimierten aber zugänglich zu machen (Rz. 436) und unterliegt im Übrigen dem Öffentlichkeitsprinzip, wo dieses vorgesehen ist.

8.2 Genehmigungsverfahren

a Grundsätze

- 511 Gemäss Art. 26 Abs. 1 und 3 RPG bedürfen Nutzungspläne zu ihrer Verbindlichkeit der Genehmigung der zuständigen kantonalen Behörde¹¹³⁸, welche die Pläne dem Wortlaut von Art. 26 Abs. 2 RPG nach auf ihre Vereinbarkeit mit den vom Bundesrat genehmigten kantonalen Richtplänen prüft. Indes geht

¹¹³⁷ AEMISEGGER/HAAG, in: Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 33 Rz. 30.

¹¹³⁸ EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 26 Rz. 11.

die Prüfung darüber hinaus. Sie beinhaltet die Einhaltung des gesamten Bundesrechts, allem voran der Ziele und Grundsätze der Raumplanung gemäss Art. 1 und 3 RPG.¹¹³⁹ Dabei bleibt die Prüfung auf die Rechtskontrolle beschränkt. Sie umfasst eine Zweckmässigkeitskontrolle insoweit, als die kantonale Behörde die Genehmigung verweigern kann, wenn der Nutzungsplan den erwähnten Zielen zu wenig Rechnung trägt oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben des Kantons in unzumutbarer Weise behindern würde.¹¹⁴⁰ Eine Angemessenheitskontrolle, d.h. die Prüfung, ob die innerhalb des Ermessensspielraums der verantwortlichen Behörde gewählte Lösung auch von der Genehmigungsbehörde gewählt worden wäre, sieht das Bundesrecht nicht vor, kann aber im kantonalen Recht vorbehalten sein.¹¹⁴¹ Gegenstand der Prüfung bildet neben dem Nutzungsplan unter anderem auch der Planungsbericht gemäss Art. 47 RPV.

Die kantonale Genehmigungsbehörde kann die Genehmigung unter Vorbehalt oder mit Auflagen erteilen oder die Zustimmung verweigern.¹¹⁴² Auch die Teilgenehmigung ist denkbar. Aufgrund der Pflicht zur umfassenden Interessenabwägung ist sie allerdings nur zulässig, wenn zwischen den genehmigungsfähigen und den nicht genehmigungsfähigen Anordnungen kein Zusammenhang besteht, was die Ausnahme darstellen dürfte.¹¹⁴³ Die Anpassung von Plänen durch die Genehmigungsbehörde ist zulässig, wenn das kantonale Gesetz dies gestattet. Die Genehmigung stellt diesfalls – wie bei der Genehmigung unter Vorbehalt oder mit Auflagen – nicht nur Mittel der Aufsicht, sondern auch der Koordination dar und kann als «Akt der Nutzungsplanung» verstanden werden.¹¹⁴⁴ Eine Anpassung soll auf offensichtliche Mängel oder Planungsfehler beschränkt sein und hat die Ermessensspielräume der Gemeinden zu respektieren.¹¹⁴⁵

1139 RUCH, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 26 Rz. 30 sowie 38 ff.; EJPB/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 26 Rz. 7.

1140 RUCH, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 26 Rz. 42; i.d.S. auch EJPB/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 26 Rz. 9.

1141 RUCH, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 26 Rz. 43. Für eine Übersicht der Kantone, die auch eine Angemessenheitsprüfung vorsehen: WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 26 Rz. 15.

1142 RUCH, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 26 Rz. 24.

1143 RUCH, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 26 Rz. 26; vgl. Rz. 476.

1144 RUCH, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 26 Rz. 5; EJPB/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 26 Rz. 11.

1145 RUCH, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 26 Rz. 25.

b Anpassung kooperativ erarbeiteter Pläne?

- 513 Besteht bei kooperativ erarbeiteten (Sonder-)Nutzungsplänen, die im Einvernehmen mit den privaten Kooperationsparteien erarbeitet werden, seitens der Genehmigungsbehörde Anpassungsbedarf, kommt letztlich nur die Rückweisung der Pläne an die Planungsbehörde in Betracht. Diese hat mit den privaten Parteien zu prüfen, ob eine gemeinsam getragene Lösung unter Berücksichtigung der Vorbringen der Genehmigungsbehörde gefunden werden kann oder der Nutzungsplan zurückgezogen und die Kooperation ergebnislos beendet werden muss.

c Empfehlung zur Vorprüfung

- 514 Vielfach räumt das kantonale Gesetz den kommunalen Planungsträgern die Möglichkeit ein, Nutzungspläne bereits im Entwurfsstadium einer Vorprüfung zu unterziehen.¹¹⁴⁶ Eine Vorprüfung ist aber auch ohne explizite gesetzliche Grundlage zulässig.¹¹⁴⁷ In einigen Kantonen ist sie obligatorisch.¹¹⁴⁸ Planentwürfe sollten insbesondere dann einer Vorprüfung unterzogen werden, wenn die Planerarbeitung – wie oft in kleinen Gemeinden – durch fachliche Laien erfolgt. Die kantonalen Genehmigungsbehörden übernehmen in diesen Fällen, etwa indem sie auch auf Unzweckmässigkeiten hinweisen, eine wichtige Beratungsfunktion.¹¹⁴⁹ Gerade für kooperative Planungen bietet sich eine Vorprüfung der Planentwürfe durch die kantonale Genehmigungsbehörde an. Soweit die Behörde bei der Prüfung der Nutzungspläne an ihren Vorprüfungsbericht gebunden ist¹¹⁵⁰, erlangen die an der Kooperation beteiligten Akteure frühzeitig Sicherheit über die Genehmigungsfähigkeit ihres Vorhabens. Damit wird vermieden, dass dem Planerlassorgan nicht genehmigungsfähige Vorlagen unterbreitet werden.¹¹⁵¹ Zugleich erhält das Erlassorgan mit einem positiven Vorprüfungsbericht der kantonalen Genehmigungsbehörde die Bestätigung einer unabhängigen Instanz, dass die Pläne trotz ihrer kooperativen Genese mit übergeordnetem Recht vereinbar sind und im Einklang mit den Zielen und Grundsätzen der Raumplanung stehen. Das schafft Vertrauen. Sind grössere Anpassungen erforderlich, kann die Planungsbehörde diese mit den privaten Kooperationsparteien nicht zuletzt in

1146 Siehe bspw. § 19 Abs. 2 PBG/LU (für Gestaltungspläne); § 87a PBG/ZH.

1147 RUCH, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 26 Rz. 16.

1148 Siehe bspw. § 19 Abs. 1 PBG/LU (für Zonen- und Bebauungspläne).

1149 ZAUGG/LUDWIG, Kommentar BauG/BE Bd. II, Art. 59 Rz. 1.

1150 Vgl. § 89 Abs. 2 PBG/ZH.

1151 ZAUGG/LUDWIG, Kommentar BauG/BE Bd. II, Art. 59 Rz. 1.

einem Zeitpunkt bereinigen, in dem den Parteien der Aushandlungsprozess noch präsent ist. Dies dürfte die Chancen für einen erfolgreichen Abschluss der Kooperation erhöhen.

9. Änderung von Plänen

Gemäss Art. 21 Abs. 2 RPG sind Änderungen von Nutzungsplänen – ungeachtet dessen, ob es sich um Rahmen- oder Sondernutzungspläne handelt – zulässig, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben und ein überwiegendes Interesse an der Planänderung besteht.¹¹⁵² Die Prüfung erfolgt mithin zweistufig. Erheblich geänderte Verhältnisse liegen vor, wenn die rechtlichen oder tatsächlichen Grundlagen eines Nutzungsplans in der Hauptsache dahingefallen oder wesentliche neue Bedürfnisse belegt sind.¹¹⁵³ In diesen Fällen besteht ein öffentliches Interesse, die Planung der Wirklichkeit anzugleichen.¹¹⁵⁴ Im zweiten Schritt der Prüfung sind das Interesse der Gemeinde an der Aktualisierung der Pläne einerseits und das Interesse der Grundeigentümerschaften an der Beständigkeit der Pläne andererseits gegeneinander abzuwägen.¹¹⁵⁵ Ins Gewicht fallen dabei die bisherige Geltungsdauer des Nutzungsplans, das Ausmass seiner Detaillierung und Realisierung, das Motiv der Änderung sowie der Umfang der und das öffentliche Interesse an der beabsichtigten Planänderung.¹¹⁵⁶

515

Demgemäss geniessen projektbezogene Sondernutzungspläne aufgrund ihrer kooperativen Genese, die sich in dem hohen Detaillierungsgrad der Pläne niederschlägt (Rz. 174 ff.), höhere Bestandskraft als Rahmennutzungspläne.¹¹⁵⁷ Andererseits können innert der durch das Gesetz bestimmten oder von den Parteien vereinbarten Frist nicht realisierte projektbezogene Sondernutzungspläne vergleichsweise leicht abgeändert werden. Das Bundesgericht begründet die Erleichterung damit, dass auch Baubewilligungen, zu denen projektbezogene Sondernutzungspläne Ähnlichkeiten aufweisen, üblicherweise dahinfallen, wenn nicht innert Frist mit den Bauarbeiten begonnen wird.¹¹⁵⁸ Bei kooperativen Sondernutzungsplänen, deren Reali-

516

1152 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 90 f.; TANQUEREL, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 21 Rz. 36.

1153 HÄNNI, Planungsrecht, S. 113.

1154 BGE 132 II 408, E. 4.2 (Pra 2007 Nr. 66); HÄNNI, Planungsrecht, S. 114.

1155 BGE 140 II 25, E. 3; TANQUEREL, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 21 Rz. 34.

1156 BGE 140 II 25, E. 3.1; BGer, Urteile 1C_143/2014 und 1C_147/2014 vom 23.2.2015, E. 3.1; HÄNNI, Planungsrecht, S. 114.

1157 BGE 128 I 190, E. 4.2; BGer, Urteil 1C_536/2012 vom 24.6.2013, E. 4.2; TANQUEREL, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Art. 21 Rz. 36, 41.

1158 BGE 116 Ib 185, 4b.

sierung durch eine (vertragliche) Baupflicht gesichert ist, werden Grundeigentümerschaften spätestens mit dem unbenutzten Verstreichen der vereinbarten Realisierungsfrist mit dem Argument des Vertrauensschutzes nur noch schwer durchdringen.

IV. Vertragsabschlussverfahren

1. Formfreiheit des Vertragsabschlussverfahren

- 517 Im Unterschied zum stark formalisierten Verfügungs- oder Planerlassverfahren erfolgt das Vertragsabschlussverfahren weitgehend formfrei.¹¹⁵⁹ In der Regel sind die Verwaltungsverfahrensgesetze ausschliesslich auf Verfügungsverfahren ausgerichtet – erfassen das verwaltungsvertragliche Handeln des Staates also nicht.¹¹⁶⁰ Damit kommen auch die in diesen Gesetzen verankerten Rechte und Pflichten der Verfahrensbeteiligten nicht zur Anwendung. Punktuell existieren zwar spezialgesetzliche Regelungen.¹¹⁶¹ Diese bilden aber die Ausnahme. Soweit ersichtlich hat der Kanton Glarus als einziger Kanton mit Art. 123-126 VRG das Vertragsabschlussverfahren in seinem Verwaltungsverfahrensgesetz ausdrücklich geregelt. Die Bestimmungen regeln neben Zulässigkeitsvoraussetzungen und Formvorschriften das auf verwaltungsrechtliche Verträge anwendbare Recht, den Vorbehalt der Zustimmung Dritter und von Behörden sowie die Fälle der Nichtigkeit. Trotz der weitgehenden Formfreiheit von Vertragsabschlussverfahren stimmt die Lehre darin überein, dass die Behörden auch beim vertraglichen Handeln ein Mindestmass an prozeduraler Fairness zu wahren haben.¹¹⁶² Dies folge aus Art. 35 Abs. 2 BV, wonach der Staat bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, ungeachtet der Handlungsform, deren er sich bedient, an die Grundrechte gebunden ist.¹¹⁶³ Damit stellt sich die Frage, welche Rechte und Pflichten die Parteien verwaltungsrechtlicher Verträge treffen und inwieweit sich diese aus den allgemeinen Verfahrensgarantien von Art. 29 BV ableiten lassen.

1159 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 34 Rz. 2. Die Formfreiheit ist heute insofern eingeschränkt, als die herrschende Lehre und wohl auch das Bundesgericht die Gültigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge an die Schriftform knüpfen wollen (Rz. 146).

1160 Siehe etwa Art. 1 Abs. 1 VwVG e contrario für den Bund.

1161 Siehe Art. 13 ff. BöB oder auch Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 f. SuG.

1162 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 34 Rz. 2; WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 21; vgl. HÄNER, Umweltschutzvollzug, S. 597; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 511.

1163 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 34 Rz. 2; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 607.

2. Prozedurale Fairness als Ausdruck von Rechtsstaatlichkeit

2.1 Dogmatische Fundierung in Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV

Zur Frage, aus welchen Grundrechten sich das Gebot eines Mindestmasses an prozeduraler Fairness auch beim verwaltungsvertraglichen Handeln des Staates ableitet, herrscht wenig Klarheit. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI wollen wohl am ehesten auf das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV und das Gebot von Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 BV als Verfassungsgrundsätze sowie auf das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV als verfassungsmässiges Individualrecht abstellen, aus denen sich insbesondere Informations- und Begründungspflichten des Staates ableiten liessen.¹¹⁶⁴ Art. 29 BV, dessen persönlicher Schutzbereich auf Personen mit Parteistellung beschränkt sei, finde in sachlicher Hinsicht deshalb nur auf Verfügungs-, nicht aber auf Vertragsabschlussverfahren Anwendung.¹¹⁶⁵ Diese Differenzierung sei angesichts des Zwecks von Art. 29 BV gerechtfertigt, der den Rechtsunterworfenen persönlichkeitsbezogene Mitwirkungsrechte einräumt, die ein Gegengewicht zur Anordnungsautorität des Staates darstellen und Letzteren dazu zwingen, einzelfallgerecht und begründet zu handeln. Im Unterschied zu Verfügungsverfahren bestehe in Vertragsabschlussverfahren aufgrund der rechtlichen Gleichstellung der Parteien kein Subordinationsverhältnis und damit auch kein verfahrensrechtliches Schutzbedürfnis der privaten Seite.¹¹⁶⁶

2.2 Dogmatische Fundierung in Art. 29 BV

In jüngerer Zeit wird die abstrakte Anbindung der Verfahrensgarantien an eine bestimmte Handlungsform des Staates kritisch hinterfragt (Rz. 382). Mit dem Aufkommen verwaltungsrechtlicher Verträge hat sich zwar das Formenspektrum staatlichen Verwaltungshandelns erweitert. Verfahrensrechtlich sind verwaltungsrechtliche Verträge aber stets als Sonderfall behandelt worden. Ihre verfahrensrechtliche Verortung in der Dogmatik der Verfahrensgarantien ist ausgeblieben. Trotz der rechtlichen Gleichstellung der Vertragsparteien können verwaltungsrechtliche Vertragsbeziehungen gemäss dieser Lehrmeinung durch die Anordnungsautorität des Staates derart geprägt sein, dass die private Partei ein vergleichbares Schutzbedürfnis wie in Verfügungsverfahren hat. Für die Geltung der Verfahrensgarantien gemäss Art. 29 BV

1164 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rz. 376.

1165 BGer, Urteil 2P.104/2004 vom 14.3.2005, E. 4.4; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rz. 376; siehe Rz. 379.

1166 STEINMANN, in: *St. Galler Kommentar BV*, Art. 29 Rz. 43, der u.a. die Gehörgewährung an die Parteistellung im Verfahren anknüpfen will.

soll deshalb nicht abstrakt auf die Handlungsform abgestellt werden, sondern auf das individuelle Schutzinteresse der Betroffenen staatlichen Handelns.¹¹⁶⁷

3. Geltung der allgemeinen Verfahrensgarantien im Kontext städtebaulicher Verträge

3.1 Verfahrensrechtliches Schutzbedürfnis

- 520 Vertragsverhandlungen, die der Staat mit Privaten im Hinblick auf die Festsetzung eines Sondernutzungsplans führt, sind aufgrund fehlender Alternativen für vergleichbare Vereinbarungen am Markt durch eine spezifische Form der Subordination der Privaten gegenüber dem Staat geprägt (Rz. 134). Trotz ihrer rechtlichen Freiheit, einen Vertrag einzugehen, unterliegen die Privaten einem faktischen Kontrahierungszwang. Ist der Umfang der Leistungspflichten der Privaten nicht gesetzlich geregelt und den Vertragsverhandlungen damit entzogen, sind diese nicht durch marktwirtschaftliche Rationalitäten geprägt, sondern durch die Angebotsmacht des Staates (Rz. 134 f., 215). Der Vertrag erscheint unter diesen Umständen weniger als Ergebnis eines Aushandlungsprozesses unter «Freien und Gleichen» «denn als staatliches Handeln mit diskursiven Elementen».¹¹⁶⁸ Die Verfahrensgarantien – allen voran der Anspruch auf rechtliches Gehör und auf Entscheid durch eine unabhängige Behörde – schaffen diesfalls einen Ausgleich zur strukturellen Verhandlungsübermacht des Staates. Gälten sie nicht, würden die Privaten ihr «Plus an Partizipation» mit «einem Minus an verfahrensgrundrechtlichem Schutzbedürfnis» erkaufen müssen.¹¹⁶⁹

3.2 Diskursideal als Massstab der Verhandlungen

- 521 Das Bedürfnis nach kooperativen Lösungen ist immer dann stark ausgeprägt, wenn der Determinierungsgrad des materiellen Rechts gering und der Ermessensspielraum der Behörden gross ist. In einem solchen rechtlichen Umfeld kommt dem Verfahren wesentliche Bedeutung für die Akzeptanz des staatlichen Handelns zu. Dieses wird von den Rechtsunterworfenen umso eher als materiell richtig anerkannt, wenn es das Ergebnisse eines regelbasierten Verfahrens bildet.¹¹⁷⁰ Soweit das Vertragshandeln des Staates auf die unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben gerichtet und nicht marktwirtschaftlichen

1167 Dazu eingehend THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 612 ff.; i.d.S. auch MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 4 Rz. 36. So tendenziell auch BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 29 Rz. 3; WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Art. 29 Rz. 15; WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 21.

1168 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 647.

1169 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 657.

1170 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 216, 232 f.

Rationalitäten unterworfen ist, sind die Verhandlungen nicht von der Durchsetzung von Partialinteressen geprägt. Das Verfahren ist vielmehr auf das Ringen um das bessere Argument angelegt und soll möglichst sachgerechte Entscheide hervorbringen. Die Geltung der allgemeinen Verfahrensgarantien ist deshalb auch im Lichte dieses Diskursideals zu sehen.¹¹⁷¹

3.3 Verhältnis zu vorvertraglichen Pflichten aus culpa in contrahendo

Der Aushandlungsprozess verwaltungsrechtlicher Verträge wird sodann durch die vorvertraglichen Pflichten aus *culpa in contrahendo* strukturiert, welche als allgemeine Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen, soweit öffentlichrechtliche Regelungen fehlen.¹¹⁷² Ihre Verletzung zieht Schadenersatzansprüche nach sich.¹¹⁷³ Zu den vorvertraglichen Pflichten zählen primär die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme, die Pflicht zu gegenseitigem redlichem Verhalten sowie die Pflicht zur gegenseitigen Aufklärung und Information über rechtserhebliche Umstände, die für den Vertragsabschluss und den Vertragsinhalt von Bedeutung sind.¹¹⁷⁴ Diese Obliegenheiten erwachsen den Parteien auch aus dem Verfassungsgrundsatz von Treu und Glauben.¹¹⁷⁵ Soweit die Pflichten die Behörden treffen und nicht in den allgemeinen Verfahrensgarantien aufgehen, sind sie mit Art. 9 BV grundrechtlich fundiert.¹¹⁷⁶

4. Verfahrensrechte der privaten Vertragsparteien

4.1 Funktionale Äquivalenz verfahrensinhärenter Kommunikation

Für den verfahrensrechtlichen Schutz der privaten Vertragsparteien wesentlich sind der Anspruch auf rechtliches Gehör als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht sowie der Anspruch auf eine objektiv und subjektiv unabhängige Behörde als Voraussetzung für sachgerechte Entscheide. Im Unterschied zum Verfügungsverfahren sind dem Vertragsabschlussverfahren Kommunikationsprozesse eigen, die – ohne dass die Behörde spezielle Vorkehrungen treffen müsste – einzelne Teilgehalte des rechtlichen Gehörs befriedigen. Wie für das informell-kooperative Staatshandeln bereits ausgeführt, trifft dies auf den Anspruch auf individuelle Anhörung und auf Teilhabe am Beweisverfahren (Rz. 461 f.) zu. Der Anspruch auf Begründung wird im Zuge

1171 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 212 ff. m.w.H., 232 ff. m.w.H.; vgl. MÄCHLER, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, § 4 Rz. 36.

1172 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 98, 654.

1173 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 98.

1174 HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 1539 ff.; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 98.

1175 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 658; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 5 Rz. 24.

1176 BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 9 Rz. 2.

der Verhandlungen zwar nicht automatisch abgedeckt. Er kann aber leicht befriedigt werden, indem die Behörde ihre Motive offenlegt und erklärt, weshalb sie den Begehren der privaten Vertragspartei nicht oder nur teilweise entspricht (Rz. 463). Durch die verfahrensinhärenten Kommunikationsstrukturen nicht automatisch erfüllt wird dagegen der Anspruch auf Akteneinsicht.¹¹⁷⁷ Diesen gilt es nachfolgend eingehender zu beleuchten.

4.2 Zum Recht auf Akteneinsicht im Besonderen

a *Materieller Gehalt des Akteneinsichtsrechts*

- 524 Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche Akten, die im Laufe eines Verfahrens von den Behörden erstellt oder beigezogen werden, ohne dass von den Verfahrensbeteiligten ein besonderes Interesse geltend gemacht werden müsste.¹¹⁷⁸ Es stellt sicher, dass diese von allen entscheidungswesentlichen Grundlagen Kenntnis haben und sich dazu gezielt und sachbezogen äussern können.¹¹⁷⁹ Aus dem Anspruch wird eine allgemeine Pflicht der Behörden zur Aktenführung abgeleitet, da nur durch vollständige Akten die effektive Mitwirkung am Verfahren gewährleistet ist.¹¹⁸⁰ Das Recht auf Akteneinsicht gilt wie die meisten Grundrechte nicht absolut. Vielmehr können überwiegende öffentliche oder private Interessen an einer Geheimhaltung Einschränkungen rechtfertigen.¹¹⁸¹ In Vergabeverfahren etwa ist die Einsichtnahme in Konkurrenzofferten zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse der Offerenten ausgeschlossen.¹¹⁸²

b *Anspruch auf Akteneinsicht bei Vertragsverhandlungen: Stand der Lehre*

- 525 Fraglich ist, ob die Behörden ihre Akten auch bei Vertragsverhandlung offenlegen und sich von den Vertragsparteiern damit «in die Karten schauen lassen» müssen.¹¹⁸³ Die Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts in Verfahren, die auf den Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen gerichtet sind, wäre etwa dann gerechtfertigt, wenn durch die Aktenkenntnis der Gegenseite der *Zweck des Verfahrens* vereitelt würde. MÄCHLER spricht sich

1177 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 649.

1178 BGE 144 II 427, E. 3.1.1; BGE 129 I 249, E. 3.

1179 BGE 129 I 85, E. 4.1; vgl. BGE 142 I 86, E. 2.2; dazu auch BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 29 Rz. 21.

1180 BGE 142 I 86, E. 2.2; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 19 Rz. 21.

1181 BGE 144 II 427, E. 3.1.1; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 19 Rz. 21.

1182 Für den Bund siehe Art. 26 Abs. 2 BÖB i.V.m. Art. 26–28 VwVG; dazu auch BGER, Urteil 2P.193/2006 vom 29.11.2006, E. 3.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 1909.

1183 MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 4 Rz. 37.

deshalb für eine differenzierte Betrachtung aus, wobei seines Erachtens – in Anknüpfung an eine umstrittene Rechtsprechung – zwischen parteiöffentlichen und internen Akten unterschieden werden könne.¹¹⁸⁴ Zu den parteiöffentlichen Akten zählten demnach alle Akten, die für die Entscheidung wesentlich sind. Dagegen wären Vertragsentwürfe, amtsinterne Analysen und dergleichen als intern zu qualifizieren und vom Anspruch auf Akteneinsicht ausgenommen.¹¹⁸⁵

Gemäss THURNHERR ist ein überwiegendes Interesse am Schutz der behördeninternen Willensbildung nur für jene Verhandlungen gegeben, die wie die öffentliche Beschaffung durch marktwirtschaftliche Prinzipien gekennzeichnet sind. In solchen Verhandlungen gehe es primär um die Durchsetzung von Partikularinteressen, weshalb die Beschränkung der Akteneinsicht nötig sei, um den Verfahrenszweck nicht zu gefährden.¹¹⁸⁶ Bestehe der Zweck von Vertragsverhandlungen hingegen darin, möglichst «sachrichtige und sachgerechte» Ergebnisse zu erzielen, sei nicht ersichtlich, wie die Gewährung der Akteneinsicht das Verfahren beschädigen könne.¹¹⁸⁷

c Schlussfolgerungen für städtebauliche Verträge

Das Argument THURNHERRS leuchtet für Vertragsverhandlungen im Kontext von kooperativen Planungen unmittelbar ein. Deren Zweck besteht gerade darin, private *und* öffentliche Interessen derart zu einem Ausgleich zu bringen, dass im Ergebnis die Interessen beider Seiten möglichst optimal abgebildet werden und die vertragliche Lösung nicht lediglich dem kleinsten gemeinsamen Nenner entspricht. Nicht marktwirtschaftliche Effizienzbestrebungen zeichnen den Aushandlungsprozess aus behördlicher Sicht aus, sondern die Suche nach der besten Lösung. Der Unterschied zwischen beiden Verhandlungsmodi wird deutlich, wenn der in der vorliegenden Arbeit vorgeschlagene Verhandlungsrahmen unterstellt wird, der den Umfang der Belastung der Privaten gesetzlich fixiert und folglich dem Aushandlungsprozess entzieht. Für den vertraglichen Mehrwertausgleich beispielsweise soll die

1184 Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts werden verwaltungsinterne Akten nicht vom verfassungsmässigen Akteneinsichtsrecht erfasst. Als «verwaltungsintern» gelten Akten, die ausschliesslich der verwaltungsinternen Willensbildung dienen und denen kein Beweischarakter zukommt. Statt vieler BGE 132 II 485, E. 4; BGE 115 V 297, E. 2g/bb; BGer, Urteil 1C_159/2014 vom 10.10.2014, E. 4.3; WALDMANN/OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 26 Rz. 67.

1185 MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 4 Rz. 38.

1186 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 659; wohl a.A. HOFFMANN-RIEM, der auf die Durchsetzung von Partialinteressen und damit auf ein durch marktwirtschaftliche Rationalitäten geprägtes Verhandlungsmodell abstellt (Selbstbindung, S. 209).

1187 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 232, 659.

Höhe des Mehrwertausgleichs als Preis des von den Behörden angebotenen «Gutes» – die bessere Nutzung einer Parzelle – gesetzlich bestimmt sein. Die Vertragsverhandlungen konzentrieren sich deshalb auf die *Form* des Mehrwertausgleichs, die auch dafür mitentscheidend ist, ob an einer kooperativen Planung ein öffentliches Interesse besteht oder nicht (Rz. 299). Städtebauliche Verträge sind zudem oft unvollkommen zweiseitige Verträge zulasten der privaten Vertragspartei (Rz. 222), wobei sich die darin vereinbarten Leistungspflichten auf nutzungsplanerische Entscheide beziehen und damit auf Akte, die der Optimierung aller im konkreten Fall relevanten Interessen verpflichtet sind (Rz. 438). Unter diesen Umständen sind überwiegende Interessen an der Geheimhaltung der behördlichen Willensbildung nicht erkennbar. Demgemäss sind die Behörden gehalten, über die Verhandlung städtebaulicher Verträge Akten zu führen und diese auf Gesuch der privaten Kooperationsparteien hin offenzulegen.

5. Verfahrensrechte schutzwürdig berührter Dritter

5.1 Anspruch; fehlende funktionale Äquivalenz

- 528 Verträge sind rechtsverbindliche Absprachen, welche die Partialinteressen der Vertragsparteien abbilden, Drittinteressen aber naturgemäss unberücksichtigt lassen.¹¹⁸⁸ Obwohl durch Verträge lediglich Leistungspflichten der Vertragsparteien, nicht aber solche Dritter wirksam begründet werden können (Rz. 82), können sie die rechtlichen oder tatsächlichen Interessen Dritter dennoch nachteilig berühren. Bei verwaltungsrechtlichen Verträgen ist dies gegeben, wenn Dritte in einem Verfügungsverfahren, zu dem die vertragliche Lösung die Alternative bildet, aufgrund ihrer besonderen Betroffenheit und ihres schutzwürdigen Interesses am Verfahrensgegenstand Parteistellung hätten.¹¹⁸⁹ Damit sich der Staat durch die Wahl der Handlungsform nicht seinen verfahrensrechtlichen Pflichten entziehen kann, darf er sich Verträgen als Handlungsform nur bedienen, wenn sichergestellt ist, dass betroffenen Dritten das rechtliche Gehör gewährt wird und sie damit die Möglichkeit haben, ihre Ansichten und Begehren wirksam in das Verfahren einzubringen.¹¹⁹⁰ Dieses Erfordernis leitet sich sowohl aus dem Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 29 Abs. 1 BV als auch aus dem Gehörsanspruch gemäss

1188 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 34 Rz. 2, ADANK, Contrat de planification, Rz. 829.

1189 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 691, 694; WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 21.

1190 WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 21 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 34 Rz. 2.

Art. 29 Abs. 2 BV ab.¹¹⁹¹ Da Dritte in die Vertragsverhandlungen typischerweise nicht einbezogen werden und die den Verhandlungen inhärenten Kommunikationsprozesse für sie deshalb keine funktionalen Äquivalente ihres Gehörsanspruchs bilden, sind die Behörden gehalten, verfahrensrechtliche Schutzmassnahmen zu treffen.¹¹⁹² Dabei ist hinzunehmen, dass der Aushandlungsprozess durch den Einbezug Dritter belastet wird. Verfahrensökonomische Interessen sind jedenfalls im Grundsatz nicht derart gewichtig, dass sie das verfahrensrechtliche Schutzbedürfnis Dritter überwiegen könnten.¹¹⁹³ Zudem ist festzuhalten, dass die Gewährung der Verfahrensrechte die verwaltungsinterne Willensbildung betrifft und die Verhandlungsposition der privaten Vertragspartei davon folglich unberührt ist.¹¹⁹⁴

5.2 Möglichkeiten zur Integration von Drittinteressen in den Aushandlungsprozess

a Variante 1: Zwei-Stufen-Theorie

Auf die Frage, wie die Perspektiven Dritter in Verwaltungsvertragsverfahren integriert werden können, haben Lehre und Praxis unterschiedliche Antworten gefunden. Die Zwei-Stufen-Theorie, welche den Vertragsschluss in zwei Teilschritte zerlegt, stellt die wohl meistdiskutierte Variante dar. Sie kommt heute insbesondere im Submissionsrecht zur Anwendung, wo sie positivrechtlich verankert ist¹¹⁹⁵, hat sich ansonsten aber nicht durchgesetzt.¹¹⁹⁶ Gemäss der Zwei-Stufen-Theorie ist zwischen der öffentlichrechtlich strukturierten behördeninternen Willensbildung über die Bedingungen des Vertragsschlusses und dem Abschluss des (privatrechtlichen) Vertrags zu unterscheiden.¹¹⁹⁷ Die behördeninterne Willensbildung schliesst mit dem Zuschlag als anfechtbarem Hoheitsakt ab.¹¹⁹⁸ Dritten wird damit die Möglichkeit eröffnet, ihre Interessen im Rechtsmittelverfahren geltend zu machen.¹¹⁹⁹

1191 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 697, 698 ff. m.w.H.

1192 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 696; i.d.S. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 34 Rz. 6; WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 21.

1193 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 704.

1194 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 706.

1195 Für das Submissionsverfahren des Bundes siehe Art. 29 lit. a sowie Art. 22 BöB.

1196 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1403 m.w.H.

1197 BGE 134 II 297, E. 2.1; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 34 Rz. 6; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 91.

1198 BGE, Urteil 2C_314/2013 vom 19.3.2014, E. 1.1.2; BVGer, Urteil B-6872/2017 vom 16.5.2018, E. 2, insb. E. 2.1 und 2.2.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1394.

1199 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1394; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 693.

Die auf den ersten Blick interessante Lösung bringt bei näherer Betrachtung aber zahlreiche Probleme mit sich. Im Zentrum der Kritik steht der Umstand, dass bei einem bloss nachträglichen Rechtsschutz die Wahrung von Parteirechten nur in beschränktem Masse möglich ist und Dritte gegenüber den privaten Vertragsparteien eine rechtliche Schlechterstellung erfahren. Negativ ins Gewicht fällt zudem, dass die Beschwerdeführenden zwar die Aufhebung des Zuschlagsentscheids erwirken können, nicht aber die Auflösung des Vertrags.¹²⁰⁰

- 530 Umstritten ist, ob die Zwei-Stufen-Theorie auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Anwendung kommen kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Entscheid des Staates, einen Vertrag eingehen zu wollen, nur anfechtbar, wenn es das Gesetz vorsieht. Ausnahmen sollen gelten, wenn ein Anspruch auf Vertragsschluss besteht oder die Behörden frei sind, das Rechtsverhältnis auch durch Verfügung zu konkretisieren.¹²⁰¹ ABEGG¹²⁰², PAPP/JAGGI¹²⁰³ sowie TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER¹²⁰⁴ lehnen demgegenüber die Beschwerde gegen den behördlichen Entscheid, einen Vertrag abzuschliessen zu wollen, ohne spezialgesetzliche Grundlage ab. WALDMANN will die Anfechtung trotz aller Probleme jedenfalls für den Personenkreis öffnen, der in einem Verfügungsverfahren Parteistellung hätte.¹²⁰⁵ In diesem Sinne argumentiert auch HÄNER.¹²⁰⁶

b Variante 2: Zustimmungserfordernis Dritter

- 531 Eine weitere Variante, Dritten in Vertragsabschlussverfahren das rechtliche Gehör zu gewähren, kennt der Kanton Glarus. Art. 125 Abs. 1 VRG/GL sieht vor, dass öffentlichrechtliche Verträge, die in die Rechte Dritter eingreifen, erst wirksam werden, wenn der bzw. die Dritte dem Vertrag schriftlich zugestimmt

1200 WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 22.

1201 BGer, Urteil 2C_314/2013 vom 19.3.2014, E. 1.1.2 (ZBl 2015 146 ff.); ferner SEILER, in: Handkommentar BGG, Art. 82 Rz. 34, der auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verweist (BGE 125 I 209, E. 5b [nicht publiziert], sowie nicht publiziertes Urteil 2A.34/1991, E. 3 und 4) (gesehen bei PAPP/JAGGI, Rechtsschutz, S. 803 f.).

1202 ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 107.

1203 PAPP/JAGGI, Rechtsschutz, S. 806, 814. PAPP/JAGGI betonen, dass sich ein entsprechender Anspruch auch nicht aus der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV ableiten lasse. Der Entscheid, ob und wie der Rechtsweg geöffnet werde, sei dem Gesetzgeber vorbehalten (Rechtsschutz, S. 809 f., 814).

1204 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 34 Rz. 5. Die Autoren räumen gleichwohl ein, dass die Situation mit Blick auf die Rechtsschutzinteressen Dritter nicht befriedigt (a.a.O., § 34 Rz. 6).

1205 WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 22.

1206 HÄNER, Verfahrensfragen, S. 46.

hat. Bis zur Zustimmung bleiben die Verträge in der Schwebe.¹²⁰⁷ Damit wird Dritten ein eigentliches *Vetorecht* eingeräumt.¹²⁰⁸ Die Lösung ist in der Schweiz einmalig. Sie hat Vor-, aber auch gewichtige Nachteile. Ein wesentlicher Vorteil besteht darin, dass schutzwürdig betroffene Dritte den privaten Vertragsparteien verfahrensrechtlich absolut gleichgestellt werden, weil ihre Zustimmung gleichermaßen konstitutiv ist.¹²⁰⁹ Darin liegt zugleich der wesentliche Nachteil eines faktischen Vetorechts Dritter. Dritten wird mit dem Vetorecht eine Form der Mitwirkung eingeräumt, die weit über den Anspruch auf rechtliches Gehör hinausgeht. Sieht das materielle Recht eine Zustimmungspflicht Dritter vor¹²¹⁰, führt dies dazu, dass nicht nur zwischen den Vertragsparteien Konsens herrschen muss, sondern auch zwischen diesen und einer unbestimmten Zahl Drittbetroffener. Damit steht die Wirksamkeit der Verträge letztlich unter dem Vorbehalt der vollständigen Berücksichtigung der vorgebrachten Drittinteressen.¹²¹¹ Die Verfahrensabläufe werden hierdurch nicht nur erheblich erschwert und verlangsamt. Im Vergleich zu den übrigen öffentlichen und privaten Interessen erfahren die Interessen Dritter auch eine übermässige Betonung.¹²¹²

c Variante 3: Anhörung Dritter im Aushandlungsprozess

Sowohl die Zwei-Stufen-Theorie als auch das Zustimmungserfordernis weisen Schwächen auf, wenn es darum geht, die Perspektiven Dritter in einem ausgewogenen Mass in das Vertragsabschlussverfahren zu integrieren. Alternativ zu diesen zwei Varianten schlägt THURNHERR deshalb die Anhörung Dritter während der Vertragsverhandlungen vor.¹²¹³ Während dabei der grosse Beurteilungsspielraum der Behörden und verfahrensökonomische Gründe dafür sprechen, Dritte früh im Verfahren anzuhören, um sämtliche relevanten Interessen von Beginn an berücksichtigen zu können¹²¹⁴, bildet der Umstand, dass die entscheidungsrelevanten Grundlagen häufig erst am Ende von Verhandlungen feststehen, einen Grund dafür, das rechtliche Gehör erst

1207 HÄNER, Verfahrensfragen, S. 49.

1208 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 700.

1209 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 699.

1210 Diese Lösung kennt das deutsche Recht. Die willkürliche und rechtsmissbräuchliche Verweigerung der Zustimmung kann jedoch durch richterliche Entscheidung aufgehoben werden (HÄNER, Verfahrensfragen, S. 49f.; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 700).

1211 Vgl. HÄNER, Verfahrensfragen, S. 49f.; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 700.

1212 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 699.

1213 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 705ff.

1214 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 704.

in einem fortgeschrittenen Stadium der Verhandlungen zu gewähren.¹²¹⁵ THURNHERR schlägt deshalb die Staffelung des Verfahrens vor.¹²¹⁶ Demnach sollen die Behörden die Verhandlungen mit den privaten Vertragsparteien zunächst aufnehmen und die Ergebnisse der Gespräche dokumentieren. Die entsprechenden Akten sollen Drittbetroffenen sodann vorbehaltlich überwiegender Geheimhaltungsinteressen offengelegt werden; dabei soll ihnen die Möglichkeit eingeräumt werden, sich zum Sachverhalt und dessen rechtlicher Würdigung zu äussern und Beweismittel zu benennen. Im Anschluss prüft die Behörde die Stellungnahmen, passt ihre Verhandlungsposition gegebenenfalls an und schliesst den Vertrag ab.¹²¹⁷ Für einen wirksamen Rechtsschutz soll Dritten der Vertragsinhalt – wie bei der Zwei-Stufen-Theorie auch – sodann formell eröffnet und ihnen der Rechtsweg gewährt werden.¹²¹⁸ Dieses gestaffelte Vorgehen hat gegenüber der Verwirklichung der Zwei-Stufen-Theorie den Vorteil, dass materiellrechtliche Fragen geklärt werden, bevor der Vertrag geschlossen wird, Dritte nicht lediglich auf den nachträglichen Rechtsschutz verwiesen und schwierige Fragen, die sich im Falle der Gutheissung einer Beschwerde über den Bestand des Vertrags und dessen allfällige Rückabwicklung stellen, reduziert werden.¹²¹⁹

5.3 Relevanz für städtebauliche Verträge

a *Pro memoria: Verhältnis von Plan und Vertrag*

- 533 Nach den obenstehenden allgemeinen Überlegungen zur prozessrechtlichen Stellung Dritter im Vertragsabschlussverfahren gilt es nun, für städtebauliche Verträge im Besonderen zu klären, inwieweit diese die Interessen Dritter tangieren und deshalb ein Bedürfnis nach verfahrensrechtlichem Schutz besteht. Hierzu sei zunächst daran erinnert, dass städtebauliche Verträge – anders als andere verwaltungsrechtliche Verträge – stets Bezug auf einen Nutzungsplan nehmen und damit auf einen einseitig-hoheitlichen Akt, an dessen Erlass Dritte mitwirken (Rz. 465 ff.). Die Nutzungsplanung ist Auslöser für den Abschluss der Verträge, die sie vorbereiten, konkretisieren, sichern oder durchführen (Rz. 216 ff.). Dabei bestimmt sich die Ausscheidung der Regelungsinhalte als *planerisch* oder *vertraglich*, auch daran sei erinnert, nach Art. 2 RPG. Danach unterstehen raumbezogene Themen, die wie die räumliche Zuweisung von Nutzungen der Koordination bedürfen, der Planungspflicht,

1215 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 707; vgl. Rz. 433.

1216 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 707.

1217 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 707.

1218 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 708.

1219 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 713; WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 22.

während Themen ohne relevante Auswirkungen auf den Raum vertraglich geregelt werden können (Rz. 196 ff., 337). Weil städtebauliche Verträge typischerweise bedingt abgeschlossen und damit erst mit dem Inkrafttreten der Nutzungspläne, auf die sie sich beziehen, wirksam werden (Rz. 223 ff.) und weil raumwirksame Themen Gegenstand von Plänen sind, stellt sich die Frage, ob das Rechtsschutzinteresse Dritter mit der Möglichkeit, Einwendung gegen den Nutzungsplan zu erheben und diesen anzufechten, bereits hinreichend befriedigt ist.¹²²⁰ Dies gilt es nachfolgend für Bauverpflichtungs-, Mehrwertausgleichs- sowie Erschliessungsverträge zu erörtern.

b Drittrechtsschutz im Kontext vertraglicher Baupflichten

Vertragliche Baupflichten verpflichten die Grundeigentümerschaft im Kern, ihre Parzelle innerhalb einer festgelegten Frist einer baulichen Nutzung zuzuführen (Rz. 243). Die Interessen Dritter werden durch Bauverpflichtungsverträge weder rechtlich noch tatsächlich berührt. Eine allfällige schutzwürdige Betroffenheit resultiert entweder aus dem Nutzungsplan selbst oder aus der Baubewilligung, welche die Grundeigentümerschaften gestützt auf diesen Plan vor Baubeginn erwirken. Mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs sowohl im Planerlass- als auch im Baubewilligungsverfahren und weil Nutzungspläne und Baubewilligungen im Rechtsmittelverfahren angefochten werden können (Rz. 540), ist der verfahrensrechtliche Schutz Dritter umfassend gewährt. Zusätzlicher verfahrensrechtlicher Vorkehrungen in Bezug auf das Vertragsabschlussverfahren bedarf es deshalb in aller Regel nicht.¹²²¹

c Drittrechtsschutz im Kontext von Mehrwertausgleichsverträgen

Mehrwertausgleichsverträge regeln den Ausgleich der durch nutzungsplanerische Massnahmen geschaffenen Grundstücksmehrwerte (Rz. 269). Gegenstand der Verträge bildet nach der hier vertretenen Ansicht lediglich die Art der geschuldeten Leistung, nicht aber die Tatsachen, welche die Ausgleichspflicht begründen, oder die Höhe des Ausgleichs (Rz. 299). In den Grenzen von Art. 5 Abs. 1ter RPG ist das Gemeinwesen frei, welche Art der Leistung es sich versprechen lässt. Zu den typischen Leistungen zählen Massnahmen, welche die städtebauliche Attraktivität erhöhen, was z.B. durch die Errichtung von Parks oder von Sport- und Spielmöglichkeiten, oder durch sozialpolitisch motivierte Massnahmen wie die Schaffung von Wohnraum zur Kostenmiete erreicht werden kann. Ungeachtet dessen, ob die Massnahmen die zu beplanende Parzelle oder aber Parzellen ausserhalb des Planungserimeters

¹²²⁰ ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 833 ff.

¹²²¹ Vgl. ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 886.

betreffen, schlagen sie sich entweder in einem Nutzungsplan nieder oder bedürfen der Baubewilligung, gegen die sich Dritte nach dem einschlägigen Verfahrensrecht zur Wehr setzen können. Wiederum entsteht durch den Rückgriff auf vertragliche Regelungen keine verfahrensrechtliche Schutzlücke.¹²²²

d Drittrechtsschutz im Kontext von Erschliessungsverträgen

- 536 Erschliessungsverträge haben die Erschliessung von Grundstücken zum Gegenstand. Die Absprachen sind vielfältiger Natur. Sie reichen von der Konkretisierung der Beiträge der von der Erschliessung betroffenen Grundeigentümerschaften bis hin zur Regelung der Privaterschliessung (Rz. 309, 311). Erschliessungsanlagen bedürfen in der Regel einer planerischen Grundlage.¹²²³ Sodann erfolgt die Projektierung und Realisierung der Anlagen meist in Verfahren, für die das kantonale bzw. kommunale Recht ein Einwendungsverfahren vorsieht.¹²²⁴ Sofern vertragliche Absprachen über die Realisierung von Erschliessungsanlagen bestehen, bilden diese in aller Regel lediglich das bereits festgesetzte Erschliessungsprojekt ab bzw. stehen sie unter der Bedingung eines entsprechenden rechtskräftigen Projekts. In beiden Fällen sind die Entscheide, die Dritte in ihren schutzwürdigen Interessen tangieren könnten, Gegenstand staatlicher Akte, an denen sie zur Mitwirkung berechtigt sind. Eine Schutzlücke durch das verwaltungsvertragliche Handeln lässt sich abermals nicht ausmachen. Etwas anderes gilt, wenn die planerischen Grundlagen der Erschliessung vertraglich ausdifferenziert werden (Rz. 312). In diesem Fall kann eine schutzwürdige Betroffenheit Dritter analog zum Baubewilligungsverfahren bestehen.

e Fazit

- 537 Durch die enge rechtliche Verbindung zwischen Raumplänen und städtebaulichen Verträgen, namentlich weil städtebauliche Verträge gegenüber kooperativ erarbeiteten Plänen akzessorischer Natur sind, haben schutzwürdig

1222 In diesem Zusammenhang sei auf das Beispiel des Stadtzürcher Gestaltungsplans «Hauptsitz SwissRe» verwiesen (Rz. 13). Bei dieser kooperativen Planung vereinbarten die Parteien die Umnutzung des Mythenschlosses in ein öffentliches, durch die SwissRe zu betreibendes Parkhaus, was der Stadt Zürich die Aufhebung eines Parkplatzes am Seebecken und die Realisierung einer überkommunalen Veloroute ermöglicht. Die Umnutzung des Mythenschlosses untersteht dem Baubewilligungsverfahren. Die Realisierung einer überkommunalen Veloroute untersteht dem Plangenehmigungsverfahren gemäss §§ 16f. StrG/ZH. Schutzwürdig betroffene Dritte können ihre Rechte im Rahmen der Verfahren wahren, sind also nicht auf die Beteiligung am Vertragsverfahren angewiesen.

1223 EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 19 Rz. 8.

1224 Statt vieler § 70 StrG/LU für kantonale Strassen bzw. § 71a f. StrG/LU für die übrigen Strassen; ferner § 17 StrG/ZH.

betroffene Dritte stets die Möglichkeit, ihre Parteirechte im Planerlass- oder Baubewilligungsverfahren wahrzunehmen und sich damit im nichtstreitigen Verfahren wirksam zu beteiligen. Darüber hinaus können sie sich auf dem Beschwerdeweg gegen die entsprechenden Akte zur Wehr setzen.¹²²⁵ Eine verfahrensrechtliche Schutzlücke zulasten Dritter, die durch städtebauliche Verträge hervorgerufen wird, ist nicht ersichtlich. Ist eine solche im Einzelfall dennoch gegeben, ist Betroffenen freilich auch im Vertragserlassverfahren das rechtliche Gehör zu gewähren. Dies setzt vorbehaltlich überwiegender schutzwürdiger privater oder öffentlicher Interessen die Publizität der Verträge voraus.

V. Verhältnis von Planerlass- und Vertragsabschlussverfahren

Soweit städtebauliche Projekte nicht nur in (Sonder-)Nutzungsplänen, sondern auch in städtebaulichen Verträgen ihren Niederschlag finden, ist das Vertragsabschlussverfahren mit dem Planerlassverfahren zu koordinieren. Im Interesse grösstmöglicher Transparenz und als Voraussetzung dafür, dass sich die verschiedenen Anspruchsgruppen ein umfassendes Bild über die angestrebte planerische Massnahme machen und die Rechtmässigkeit und politische Opportunität der Planung beurteilen können, sollte das Regelwerk de lege ferenda als materielle Einheit publiziert werden. Das betrifft das Mitwirkungsverfahren ebenso wie das Einwendungsverfahren, bei denen den Berechtigten neben den Planentwürfen auch die Entwürfe der städtebaulichen Verträge zur Kenntnis zu bringen sind, und ferner die öffentliche Planaufgabe gemäss Art. 33 Abs. 1 RPG, die um die Auflage der abgeschlossenen Verträge zu ergänzen ist.¹²²⁶ Mit der Publikation der Vertragsentwürfe im Einwendungsverfahren und der Verträge im Rahmen der öffentlichen Auflage könnte zugleich die von THURNHERR vorgeschlagene zeitliche Staffelung der Gehörsvergewährung Dritter umgesetzt und ein umfassender Drittrechtsschutz gewährleistet werden (Rz. 532). Soweit schützenswerte private oder öffentliche Interessen einer vollständigen Offenlegung der Verträge oder der entsprechenden Entwürfe entgegenstehen, sind diese jedenfalls insoweit zu publizieren, als dies ohne Verletzung der zu schützenden Interessen möglich ist, bzw. sind die Inhalte der Vereinbarungen wenigstens in summarischer Form darzulegen.

1225 ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 886 ff. Zur Frage, inwieweit Dritten das rechtliche Gehör im Planerlassverfahren zu gewähren ist, siehe Rz. 465 ff.

1226 Eine entsprechende Regelung findet sich im Kanton Zürich. Gemäss § 22 Abs. 1 MAG i.V.m. § 7 Abs. 2 und § 5 Abs. 3 PBG sind städtebauliche Verträge zunächst im Mitwirkungsverfahren und hernach mit dem Entscheid der kantonalen Genehmigungsbehörde zu veröffentlichen bzw. aufzulegen.

Kapitel 13: Fehlerfolgenregime und Rechtsschutz

I. Nutzungspläne

1. Grundlagen

1.1 Fehlerfolgen

- 539 Nutzungspläne, die inhaltliche Mängel aufweisen, sind grundsätzlich anfechtbar.¹²²⁷ Die Nichtigkeit planerischer Entscheide kommt gemäss der Evidenztheorie nur infrage, wenn der Mangel «besonders schwer» wiegt und «offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist» und «die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird».¹²²⁸ Nichtigkeitsgründe sind in der funktionellen und sachlichen Unzuständigkeit einer Behörde sowie in schwerwiegenden Verfahrensfehlern zu sehen, namentlich wenn ein Nutzungsplan nicht publiziert worden ist.¹²²⁹ Dabei bedeutet Nichtigkeit ursprüngliche Unwirksamkeit.¹²³⁰ Inhaltliche Mängel führen nur in seltenen Ausnahmefällen zur Nichtigkeit.¹²³¹

1.2 Rechtsschutz

a Bundesrechtliche Mindestanforderungen an den Rechtsschutz

- 540 Für die Raumplanung definiert Art. 33 RPG Mindestanforderungen an den kantonalen Rechtsschutz. Gemäss Abs. 1 sind «Nutzungspläne» öffentlich aufzulegen, wozu neben den kartographisch dargestellten Anordnungen auch die Bau- und Zonenvorschriften zählen (Rz. 82). Die Planaufgabe dient der Publizität planerischer Entscheide. Sie bildet Voraussetzung und Beginn des Rechtsmittelverfahrens. Gemäss Abs. 2 hat das kantonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel vorzusehen, wobei gemäss Abs. 3 lit. a und b zu gewährleisten ist, dass alle Privaten und Behörden, die vor Bundesgericht zur Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten berechtigt sind, Zugang zum kantonalen Rechtsschutz haben und wenigstens eine kantonale Beschwerdebehörde die volle Überprüfung der Entscheide gewährleistet. Mit Blick auf die bundesrechtlichen Mindestanforderungen an das kantonale Rechtsmittelverfahren – namentlich Art. 82 lit. a und b BGG (betr. die Gewährung des Rechtswegs), Art. 111 Abs. 1 i.V.m. Art. 89 BGG (betr. die Anforderungen an die

1227 AEMISEGGER/HAAG, Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 33 Rz. 50; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 37 Rz. 26.

1228 BGE 138 II 501, E. 3.1; BGE 98 Ia 568, E. 4.

1229 BGE 114 Ib 180, E. 2a (Pra 1988 Nr. 194); AEMISEGGER/HAAG, Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 33 Rz. 36.

1230 AEMISEGGER/HAAG, Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 33 Rz. 36.

1231 BGE 138 II 501, E. 3.1.

Beschwerdelegitimation) sowie Art. 110 i.V.m. Art. 86 Abs. 2 BGG (betr. die Anforderungen an die Kognition) hat Art. 33 RPG allerdings heute kaum noch eigenständige Bedeutung.¹²³²

b Anfechtung und akzessorische Überprüfung von Nutzungsplänen durch Private

Die räumliche und parzellenscharfe Zuweisung einzelner Grundstücke zu einer bestimmten Zone sowie die zonenspezifischen Vorschriften eines Nutzungsplans, die Art und Umfang der zulässigen Nutzung festlegen, unterliegen den Regeln über die Einzelaktanfechtung.¹²³³ Damit sind nur jene Personen zur Anfechtung legitimiert, die von planerischen Anordnungen schutzwürdig betroffen sind.¹²³⁴ Es gilt das Prinzip des einmaligen Rechtsschutzes.¹²³⁵ Die akzessorische Prüfung von Nutzungsplänen im Rechtsmittelverfahren gegen eine Baubewilligung ist deshalb nur ausnahmsweise zulässig, nämlich dann, wenn die Tragweite der Eigentumsbeschränkung im Zeitpunkt des Planerlasses oder der Planänderung objektiv nicht erkennbar war¹²³⁶, wenn die schutzwürdig Betroffenen aus objektiven Gründen keine Möglichkeit hatten, ihre Interessen wahrzunehmen¹²³⁷, oder wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse seit der Planfestsetzung oder -änderung wesentlich geändert haben.¹²³⁸ Zonenübergreifende Regelungen ohne räumliche Zuordnung haben dagegen Erlasscharakter. Ihre Anfechtung setzt lediglich virtuelle Betroffenheit und damit die minimale Wahrscheinlichkeit, dass die Beschwerdeführenden von der angefochtenen Anordnung früher oder später einmal unmittelbar betroffen sein werden, voraus.¹²³⁹ Die akzessorische Prüfung solcher Regelungen ist zulässig.¹²⁴⁰

1232 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 244 ff. m.w.H.

1233 Statt vieler BGE 145 II 83, E. 5.1; BGE 133 II 353, E. 3.3; BGE 117 Ia 302, E. 3b; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 268.

1234 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 268.

1235 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 268.

1236 BGer, Urteil 1C_283/2016 vom 11.1.2017, E. 4.4; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 269.

1237 BGE 119 Ib 480, E. 5c; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 269.

1238 Statt vieler BGE 145 II 83, E. 5.1; BGE 127 I 103, E. 6b; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 269.

1239 BGer, Urteil 1C_167/2018 vom 8.1.2019, E. 1.

1240 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 268 f.

c Anfechtung durch Gemeinden und Kantone, Behördenbeschwerde und ideelle Verbandsbeschwerde

- 542 Kantone und Gemeinden sind gemäss Art. 34 Abs. 2 RPG zur Beschwerde gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen über Entschädigungen als Folge von Eigentumsbeschränkungen (lit. a) sowie die Zonenkonformität von Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen (lit. b) und diesbezügliche Ausnahmegewilligungen (lit. c) berechtigt. Zudem bleibt den Gemeinden die Beschwerde wegen Verletzung ihrer Gemeindeautonomie gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG vorbehalten.¹²⁴¹ Der Bundeskanzlei und den Departementen des Bundes steht die Behördenbeschwerde gemäss Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG offen – ebenso wie dem Bundesamt für Raumentwicklung, wobei sich dessen Beschwerdebefugnis auf Art. 48 Abs. 4 RPV i.V.m. Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG stützt. Die Beschwerdelegitimation kantonaler Behörden regelt das kantonale Gesetz.¹²⁴² Im Unterschied zum Bundesgesetz über den Umweltschutz und jenem über den Natur- und Heimatschutz kennt das Raumplanungsgesetz des Bundes keine ideelle Verbandsbeschwerde.¹²⁴³ Allerdings kann die Bewilligung von Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen sowie die Ausscheidung und Dimensionierung von Bauland als Bundesaufgabe durch die gesamtschweizerischen Natur- und Heimatschutzverbände mit ideeller Verbandsbeschwerde gemäss Art. 12 ff. NHG angefochten werden.¹²⁴⁴ Einige Kantone haben die ideelle Verbandsbeschwerde für gesamtkantonal tätige Natur- und Heimatschutzverbände geschaffen.¹²⁴⁵

d Anforderungen an die Kognition

(i) Kantonale Rechtsmittelinstanz

- 543 Wie bereits dargelegt, verlangt Art. 33 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 lit. b RPG die volle Überprüfung von Nutzungsplänen durch wenigstens eine kantonale Beschwerdebehörde. Diese hat neben der Sachverhalts- und der Rechtskontrolle auch eine Ermessenskontrolle vorzunehmen. Das heisst, sie hat auch zu prüfen, ob ein innerhalb des gesetzlich eingeräumten Ermessens getroffener Entscheid der Planungsträgerin die konkreten Umstände hinreichend berücksichtigt.¹²⁴⁶ Ist dies nicht gegeben, ist der Entscheid unzweckmässig und

1241 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 263.

1242 Siehe etwa § 338c PBG/ZH.

1243 Siehe Art. 55 ff. USG sowie Art. 12 ff. NHG.

1244 BGE 138 II 281, E. 4.4 bzw. BGE 142 II 509, E. 2.3 ff.; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 265.

1245 Siehe etwa § 4 Abs. 3 BauG/AG; § 338b Abs. 1 PBG/ZH.

1246 THURNHERR, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 8.25.

folglich fehlerhaft und die Rechtsmittelinstanz hat einzuschreiten.¹²⁴⁷ Trotz voller Kognition hat sie aber ihre Rolle als Rechtsmittelinstanz zu wahren. Namentlich darf sie sich nicht als Planungsbehörde gerieren und ihr eigenes Ermessen an die Stelle des haltbaren Ermessens der verantwortlichen Planungsträgerin setzen. Andernfalls würde sie die Gemeindeautonomie der Planungsträgerin verletzen.¹²⁴⁸

(ii) Bundesgericht

Der Entscheid der obersten kantonalen Rechtsmittelinstanz kann ohne sachliche Einschränkung an das Bundesgericht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 82 ff. BGG weitergezogen werden. Im Zentrum der Überprüfung steht häufig die Interessenabwägung als Kern planerischer Entscheide (Rz. 438). Das Bundesgericht überprüft diese als Rechtsfrage grundsätzlich frei, soweit die Anwendung von Bundesrecht oder kantonalem verfassungsmässigem Recht infrage steht.¹²⁴⁹ Sind keine Anhaltspunkte für eine unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz gegeben, auferlegt sich das Bundesgericht bei der Prüfung allerdings Zurückhaltung, wenn örtliche Verhältnisse zu würdigen sind, welche die Vorinstanz besser kennt als das Bundesgericht¹²⁵⁰, wenn sich technische Probleme stellen und sich der angefochtene Entscheid auf Berichte der zuständigen Fachbehörde stützt oder wenn andere Fragen im Grenzbereich zwischen Recht und Ermessen aufgeworfen werden.¹²⁵¹ Die Verletzungen von kantonalem und kommunalem Recht prüft das Bundesgericht nur auf Willkür hin¹²⁵², was für die Raumplanung besonders relevant ist, weil diese stark von kantonalen und kommunalen Normen geprägt ist.¹²⁵³

2. Besonderheiten bei kooperativen Planungen

Die Methode der Kooperation ändert an den Fehlerfolgen und am gesetzlichen Rechtsschutz in Bezug auf Nutzungspläne grundsätzlich nichts.¹²⁵⁴ Gleichwohl gehen mit kooperativen Planungen Gefahren einher, die es bei

1247 BGE 127 II 238, E. 3b/aa; BGE 109 Ib 121, E. 5c.

1248 BGE 109 Ib 121, E. 5c; AEMISEGGER/HAAG, Praxiskommentar Rechtsschutz, Art. 33 Rz. 84; HÄNNI, Planungsrecht, S. 551.

1249 Statt vieler BGE 145 II 70, E. 3.2; BGE 121 II 378, E. 1e/bb; BGE 117 Ib 285, E. 4.

1250 Statt vieler BGE 135 II 286, E. 5.2; BGE 127 II 238, E. 3b/aa.

1251 BGE 117 Ib 285, E. 4; AEMISEGGER/KISSLING, in: Praxiskommentar Nutzungsplanung, Vorbemerkungen Rz. 22.

1252 Statt vieler BGE 144 II 281, E. 3.3.

1253 GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 249.

1254 NÜSSELE, Demokratie in der Raumplanung, S. 250.

der Ausgestaltung eines möglichst *wirksamen Rechtsschutzes* zu beachten gilt. Wie bereits dargelegt, sind kooperative Planungen zum einen anfällig für ein «Capture» der verantwortlichen Behörden, was zur selektiven Informationsgewinnung und -verarbeitung, zur Berücksichtigung sachfremder Aspekte im Rahmen der Interessenabwägung, zu Gewichtungsfehlern und letztlich zu einem Fehlentscheid zulasten öffentlicher und berechtigter Drittinteressen führen kann (Rz. 441 ff.). Die kooperative Methode stellt insofern ein Risiko für die richtige Rechtsanwendung dar, wobei Fehler im informellen Vorverfahren die Entscheidung des förmlichen Verfahrens präjudizieren.¹²⁵⁵ Zum Zweiten ist die kooperative Methode aufgrund des intensiven Einbezugs der privaten Kooperationsparteien in den hoheitlichen Planungsentscheid anfällig für verfahrensrechtliche Fehler – dies entweder, weil Drittbetroffene gegenüber den Kooperationsparteien verfahrensrechtlich ins Hintertreffen geraten (Rz. 397) oder weil die verantwortlichen Behörden derart intensiv mit Privaten zusammenarbeiten, dass ein unvoreingenommener Entscheid nicht mehr zu erwarten ist (vgl. Rz. 505). Die Probleme der materiellen Fehleranfälligkeit der Interessenabwägung und des hinreichenden verfahrensrechtlichen Schutzes Betroffener im Planerlassverfahren sind zwar nicht neu, sie werden durch die Methode der Kooperationen aber akzentuiert bzw. erfahren neue Facetten.¹²⁵⁶ Zudem stellen sich durch die kooperative Methode neue Fragen betreffend den Rechtsschutz. Dies, weil unter anderem zu klären ist, wie die privaten Kooperationsparteien materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Fehler, die im informellen Vorverfahren auftreten, geltend machen können. Auch hierzu gilt es nachfolgend Antworten zu finden.

3. Materielle Fehlerhaftigkeit

3.1 Geltendmachung durch private Kooperationsparteien

a Fehler wird vor Planfestsetzung erkannt

- 546 Wie bereits ausgeführt, besteht das Risiko, dass die Behörden im informellen Vorverfahren (Rz. 425 ff.) in Ausübung ihrer Verhandlungsmacht Anforderungen an die Festsetzung des infrage stehenden Nutzungsplans definieren, für die eine genügende gesetzliche Grundlage nicht besteht (Rz. 190 f.). Zwar kann sich die private Kooperationspartei im Rechtsmittelverfahren gegen die entsprechenden Festlegungen zur Wehr setzen. Es besteht aber die Gefahr, dass ihr das Gericht treuwidriges Verhalten vorhält, wenn sie dem betreffenden Nutzungsplan zunächst zustimmt, um sich im Anschluss daran im Rechtsmittelverfahren dagegen zur Wehr zu setzen. Besonders augen-

¹²⁵⁵ NÜSSLE, Demokratie in der Raumplanung, S. 247f.

¹²⁵⁶ Diese Schlussfolgerung zieht auch NÜSSLE, Demokratie in der Raumplanung, S. 248.

scheinlich ist das Problem bei Plänen, die wie private Gestaltungspläne im Kanton Zürich von den Privaten selbst erarbeitet werden (Rz. 477). Es liesse sich lösen, wenn die Privaten gegen die Forderung der Behörden direkt im informellen Vorverfahren vorgehen könnten. Bleibt die informelle Konfliktlösung erfolglos, kommt die Realaktanfechtung infrage. In der Praxis ist dabei zu unterscheiden, ob das kantonale Recht den Rechtsschutz bei Realakten an den Erlass einer Verfügung knüpft oder nicht. Im ersten Fall muss die private Partei eine Feststellungsverfügung über die Rechtmässigkeit des staatlichen Akts erwirken und diese anfechten.¹²⁵⁷ Im zweiten Fall, d.h., wenn das kantonale Recht dies ausdrücklich zulässt oder eine anderweitige Regelung nicht kennt, steht ihr die direkte Anfechtung des Realakts offen.¹²⁵⁸ Beide Fälle setzen voraus, dass die private Kooperationspartei durch das staatliche Handeln *in ihren Rechten und Pflichten schutzwürdig berührt* ist.¹²⁵⁹ Das schutzwürdige Interesse kann dabei tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein und ist im Kontext kooperativer Planungen wohl insoweit gegeben, als die Verhandlungen ohne die Klärung der streitigen Frage ins Stocken geraten und letztlich ergebnislos abbrechen würden.¹²⁶⁰ Fraglich ist, ob die Privaten durch das staatlichen Handeln in ihren Rechten und Pflichten berührt sind, zumal der Rechtsschutz nach der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf rechtlich geschützte Interessen beschränkt ist.¹²⁶¹ Schützenswerte Rechtspositionen ergeben sich aus den Grundrechten, aber auch aus anderen Rechtstiteln.¹²⁶² Bei kooperativen Planungen kommt eine Gefährdung der durch die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV vermittelten Rechtspositionen infrage, da das Handeln des Staates «geeignet» ist, in die «Rechte und Pflichten» der Privaten einzugreifen, wenn er mehr fordert, als rechtlich zulässig ist, und daran sein weiteres Tätigwerden im Rahmen der Kooperation knüpft.¹²⁶³ Zwar haben die Privaten keinen Anspruch auf Kooperation.

1257 Siehe etwa § 10c VRG/ZH; vgl. SCHINDLER, Rechtsschutz, S. 220. Demgegenüber sind PAPPA/JAGGI der Auffassung, dass eine Feststellungsverfügung ausserhalb eines gesetzlich geordneten Verfahrens mangels Anspruchs auf einen kooperativen Entscheid ausscheidet (Rechtsschutz, S. 811; siehe dazu auch Fn. 1342).

1258 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER führen aus, dass Realakte vor dem Hintergrund der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV als Anfechtungsobjekt toleriert werden müssen, wenn das Verfahrensrecht den Erlass einer anfechtbaren Verfügung nicht vorsieht (Verwaltungsrecht, § 38 Rz. 22 f.). Dazu auch SCHINDLER, Rechtsschutz, S. 220 m.w.H.

1259 BGE 144 II 233, E. 7.1; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Kommentar VwVG, Art. 25a Rz. 22, 28.

1260 BGE 144 II 233, E. 7.2.

1261 BGE 144 II 233, E. 7.3; BGE 140 II 315, E. 4.3 ff.; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Kommentar VwVG, Art. 25a Rz. 22.

1262 BGE 140 II 315, E. 4.3.

1263 Vgl. BGE 144 II 233, E. 7.3.2.

Zugleich ist aber zu bedenken, dass sie aufgrund des faktischen Kontrahierungszwangs, dem sie unterliegen, nicht auf den Abbruch der Verhandlungen vertröstet werden können.¹²⁶⁴

- 547 Soweit eine Feststellungsverfügung erwirkt werden muss und kann, was hier letztlich offenbleiben muss, dürfte diese eine Endverfügung darstellen, welche die private Partei unmittelbar anfechten kann. Dies, weil das informelle Vorverfahren in eine informelle Absprache und damit in einen Realakt und nicht in einen Rechtsakt mündet und weil die Verhandlungen regelmäßig gescheitert und damit beendet sein werden, wenn die Behörden den Begehren der Privaten nicht stattgeben wollen.¹²⁶⁵ Allerdings wäre die Feststellungsverfügung auch dann unmittelbar anfechtbar, wenn sie als Zwischenverfügung zu qualifizieren wäre. Das informelle Vorverfahren würde diesfalls als Verfahrensabschnitt begriffen werden, der letztlich auf den Erlass eines Rechtsaktes abzielt. Die selbständige Anfechtbarkeit wäre gegeben, weil andernfalls ein nicht wiedergutzumachender Nachteil insoweit drohte, als eine vorbehaltlose Einigung seitens der Privaten ohne den Entscheid über das materiellrechtliche Begehren nicht erzielt werden kann.¹²⁶⁶ Dringen die Privaten mit ihrem Begehren im Rechtsmittelverfahren durch, müsste die Behörde ihre Verhandlungsposition revidieren. Dabei wäre sie an ihren Entscheid, Verhandlungen aufzunehmen, insofern gebunden, als der Abbruch der Verhandlungen nur bei Vorliegen sachlicher Gründe gerechtfertigt ist und damit nicht willkürlich erfolgt.¹²⁶⁷ Andernfalls wäre der Rechtsschutz unbehelflich.

b Fehler wird nach Planfestsetzung erkannt

- 548 Wird der Fehler erst nach der Planfestsetzung erkannt, muss der privaten Kooperationspartei die Anfechtung des Plans offenstehen (Rz. 540), ohne dass sie sich dem Vorwurf des treuwidrigen Verhaltens ausgesetzt sieht.

3.2 Geltendmachung durch Dritte, Verbände und Behörden

a Anforderungen an das Gerichtsverfahren

(i) Verfahrensrechtliche Erleichterungen bei unzureichender Dokumentation des informellen Vorverfahrens

- 549 Wie im nichtstreitigen Verfahren kommt auch im Rechtsmittelverfahren *prozessualen Vorkehrungen* eine besondere Bedeutung zu, wenn es darum geht,

1264 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 973; vgl. Rz. 168.

1265 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 973.

1266 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 973.

1267 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 975, vgl. Rz. 884.

die materielle Richtigkeit kooperativ erarbeiteter planerischer Entscheide zu stärken. Eine erste diesbezügliche Möglichkeit besteht gemäss THURNHERR darin, Beschwerdeberechtigten erleichterten Zugang zum Rechtsschutzverfahren zu gewähren, wenn das informelle Vorverfahren ungenügend dokumentiert ist. Ist unklar, auf welchen tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen eine Planung beruht, oder fällt die Begründung nur oberflächlich aus, gestaltet sich eine substanziierte Anfechtung regelmässig schwierig.¹²⁶⁸ Als Kompensation sind deshalb verfahrensrechtliche Erleichterungen erforderlich, um den Zugang zum Gericht zu öffnen – namentlich die Reduktion der Anforderungen an die Begründung der Beschwerde in Bezug auf das Vorverfahren.¹²⁶⁹ Weiter sind die Folgen mangelnder Beweisbarkeit eines Vorbringens Dritter im Hinblick auf das informelle Vorverfahren den handelnden Behörden aufzubürden.¹²⁷⁰ Die nur lückenhafte Dokumentation des Vorverfahrens kann zudem durch eine höhere Kontrolldichte des Abwägungsprozesses bei Ermessensentscheiden kompensiert werden.¹²⁷¹ In diesem Zusammenhang schlägt NÜSSELE vor, die Handhabung des Beurteilungsspielraums der Planungsbehörde mit Hilfe von sachverständigen Gutachten zu prüfen. Das Problem mangelnder Dokumentation und Nachvollziehbarkeit des Vorverfahrens könne damit zwar nicht gelöst werden. Immerhin könne der Beizug externer Gutachten aber helfen, aufzudecken, wenn ein planerischer Entscheid nicht das Ergebnis einer sorgfältigen Interessenabwägung bildet, sondern die Interessenabwägung auf ein zu Beginn des Verfahrens bereits bestehendes Ergebnis hin formuliert worden ist.¹²⁷² Der Beizug externer Gutachten sei deshalb geeignet, den Einfluss von den Zielen der Raumplanung zuwiderlaufenden Partialinteressen vor allem in «lobbyanfälligen kleinräumigen Verhältnissen» zurückzudrängen.¹²⁷³ Fehlen aussagekräftige Unterlagen und ist der Planungsbericht gemäss Art. 47 RPV lückenhaft (Rz. 436, 510), hat das Gericht den angefochtenen Entscheid an die Planungsbehörde zur Neu Beurteilung zurückzuweisen.¹²⁷⁴

1268 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz.1000.

1269 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz.1002.

1270 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz.1000; vgl. SPANNOWSKY, Grenzen, S. 420 f.

1271 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 1001; i.d.S. auch NÜSSELE, Demokratie in der Raumplanung, S. 249.

1272 NÜSSELE, Demokratie in der Raumplanung, S. 248.

1273 NÜSSELE, Demokratie in der Raumplanung, S. 249. Dass solch eine Forderung zu einem «Richterstaat in der Raumplanung» führen kann, sei angesichts des anhaltenden Vollzugsdefizits in der Raumplanung (vgl. Rz. 53) hinzunehmen.

1274 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 1001.

(ii) *Prüfung der Verarbeitung widerstreitender Interessen im informellen Vorverfahren*

550 Ist das Vorverfahren dagegen ausreichend dokumentiert, ist die materielle Prüfung des Entscheids insbesondere auch darauf zu richten, ob die Interessen Dritter sowie widerstreitende öffentliche Interessen im informellen Vorverfahren Berücksichtigung gefunden haben und, wenn dies nicht der Fall ist, inwieweit sie im förmlichen Verfahren – d.h. im Rahmen der Interessenabwägung – ausreichend gewürdigt und verarbeitet worden sind.¹²⁷⁵

(iii) *Prüfung der Unabhängigkeit der Behörden*

551 Besonderes Augenmerk hat das Gericht sodann auf die Prüfung der objektiven Unabhängigkeit der Erlassbehörde zu legen, die eine wesentliche Voraussetzung für sachlich richtige Entscheide bildet.¹²⁷⁶

b Ideelle Verbandsbeschwerde

552 Für die Durchsetzung öffentlicher Interessen steht das Instrument der ideellen Verbandsbeschwerde zur Verfügung, das ideellen Organisationen die Anfechtung öffentlichrechtlicher Entscheide ohne Nachweis eines rechtlich geschützten Interesses gestützt auf eine spezialgesetzliche Norm ermöglicht.¹²⁷⁷ Wie bereits dargelegt, kennt das Raumplanungsrecht des Bundes die ideelle Verbandsbeschwerde nicht. Die für kooperative Planungen besonders relevanten Massnahmen zur Ausgestaltung des Siedlungsgebiets können auch nicht von gesamtschweizerischen Natur- und Heimatschutzverbänden mit ideeller Verbandsbeschwerde gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. b NHG angefochten werden. Sie scheidet aus, weil das Raumplanungsgesetz des Bundes für die Gestaltung von Siedlungsgebieten nur Rahmenvorgaben bereithält, welche die kantonalen Gesetzgeber ausfüllen. Entsprechenden Massnahmen erfolgen deshalb nicht in Erfüllung einer Bundesaufgabe, was Art. 12 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 2 NHG voraussetzt.¹²⁷⁸ Eine kantonale Verbandsbeschwerde, die etwa die Kantone Aargau und Zürich kennen, kann diese Lücke füllen.¹²⁷⁹ Im Interesse richtiger Anwendung des Raumplanungsrechts und zum Schutz vor der für kooperative Planungen typischen Gefahr des «Capture» sind allfällige Verfahrensverzögerungen, die ein ideelles Verbandsbeschwerderecht

1275 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 1001.

1276 NÜSSELE, Demokratie in der Raumplanung, S. 250; dazu Kapitel 12 III.7.2.

1277 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Rz. 1482 ff.

1278 BGE 142 II 509, E. 2.7; GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 51.

1279 Dazu bereits Rz. 542; ferner GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 259 f. zur ideellen Verbandsbeschwerde gemäss § 338b PBG/ZH.

mit sich bringt, hinzunehmen.¹²⁸⁰ Bedeutsam ist zudem die präventive Wirkung, die ein ideelles Verbandsbeschwerderecht auf Behörden entfaltet, deren Aufgabe es ist, öffentliche Natur- und Heimatschutz- sowie private Nutzungsinteressen in einen sachgerechten und damit rechtskonformen Ausgleich zu bringen.¹²⁸¹

c Behördenbeschwerde

Für die Durchsetzung öffentlicher Interessen und der richtigen Rechtsanwendung bedeutsam ist sodann die Behördenbeschwerde. Diese stellt die spezialgesetzliche Befugnis einer Behörde dar, den Entscheid föderal gleich- oder nachgeordneter Verwaltungsbehörden ohne Nachweis eines schutzwürdigen Interesses anzufechten.¹²⁸² In der Raumplanung steht die Behördenbeschwerde gemäss Art. 48 Abs. 4 RPV insbesondere dem Bundesamt für Raumentwicklung zu, vorausgesetzt, der angefochtene Akt kann die Bundesgesetzgebung in dessen Aufgabenbereich verletzen.¹²⁸³ In der Praxis wird die Behördenbeschwerde insbesondere zur Ahndung klarer Rechtsverletzungen und in Fällen, deren gerichtliche Beurteilung zur Klärung der Rechtslage beiträgt, ergriffen.¹²⁸⁴ Für kooperative Planungen, die in Anwendung vor allem kantonalen Rechts festgesetzt werden, ist sie jedoch kaum relevant – dies, weil Nutzungspläne gemäss Art. 26 Abs. 1 RPG der Genehmigung einer kantonalen Behörde bedürfen und die richtige Rechtsanwendung folglich bereits im nichtstreitigen Verfahren geprüft wird. Soweit das kantonale Gesetz die Behördenbeschwerde vorsieht, stellt diese in erster Linie ein Instrument der kantonalen Genehmigungsbehörde dar, mit dem diese ihre Vollzugspraxis gegenüber den kantonalen Gerichten verteidigt.¹²⁸⁵ Immerhin wird die Behördenbeschwerde wie die ideelle Verbandsbeschwerde auch eine gewisse präventive Wirkung entfalten.¹²⁸⁶

1280 Dies umso mehr, als ideelle Verbandsbeschwerden eine hohe Erfolgsquote aufweisen und sich damit bei der Durchsetzung öffentlicher Interessen als besonders effektiv erweisen. Auf Bundesebene werden rund 50 Prozent der Beschwerden wenigstens teilweise gutgeheissen (BAFU, Auswertung der abgeschlossenen Beschwerdefälle der beschwerdeberechtigten Umweltorganisationen für das Jahr 2018 vom 16.7.2019, S. 1 [www.bafu.admin.ch > Themen > Recht > Fachinformation > Verbandsbeschwerderecht > Statistik und Evaluation, S. 1]).

1281 GOSSWEILER, in: Kommentar BauG/AG, § 4 Rz. 13.

1282 WALKER SPÄH, Behördenbeschwerde, S. 5 f. Neben der materiellen setzt die Behördenbeschwerde auch nicht die formelle Beschwerdevoraus. Sie ist deshalb «abstrakter und autonomer» Natur (BGE 136 II 359, E. 1.2).

1283 SEILER, Handkommentar BGG, Art. 89 Rz. 75.

1284 WALKER SPÄH, Behördenbeschwerde, S. 14.

1285 ABl/ZH 2011/1119 ff., S. 1140.

1286 WALKER SPÄH, Behördenbeschwerde, S. 15 m.w.H.

4. Verfahrensrechtliche Fehlerhaftigkeit

4.1 Geltendmachung durch private Kooperationsparteien

a Fälle verfahrensrechtlicher Fehlerhaftigkeit: Überblick

554 Im Folgenden wird darzulegen sein, wie die privaten Kooperationsparteien ihre verfahrensrechtlichen Ansprüche im informellen Vorverfahren sowie im anschließenden förmlichen Verfahren durchsetzen können. Drei Fälle sind zu unterscheiden:

- die Verletzung der Verfahrensgarantien erfolgt im Vorverhandlungsstadium und wird auch dort erkannt,
- die Verletzung der Verfahrensgarantien erfolgt im Vorverhandlungsstadium, der Fehler wird aber erst im förmlichen Verfahren offenkundig, und
- die Verletzung der Verfahrensgarantien erfolgt im Vorverhandlungsstadium oder im förmlichen Verfahren, sie wird aber erst nach Erlass des Plans festgestellt.

555 Vorausgeschickt sei, dass die private Partei aufgrund des Verhältnisses spezifisch gearteter Subordination, das kooperative Planungen typischerweise prägt (Rz. 161), wiederum nicht darauf vertröstet werden darf, sie könne sich im Falle der Verletzung ihrer Verfahrensgarantien im informellen Vorverfahren der faktischen Bindung der Vorabsprache jederzeit entziehen, indem sie die Zustimmung zu dem kooperativ erarbeiteten Planentwurf verweigert.¹²⁸⁷ Vielmehr ist den berechtigten Rechtsschutzinteressen der Parteien Nachachtung zu verschaffen, indem ihnen mit Blick auf Art. 29a BV der Zugang zu Rechtsschutz gewährt und die Möglichkeit zur Durchsetzung ihrer verfahrensrechtlichen Ansprüche eröffnet wird. Andernfalls liefe die Bejahung des Anspruchs auf verfahrensrechtlichen Schutz (Rz. 400 f.) ins Leere.

b Verletzung der Verfahrensgarantien im Vorverhandlungsstadium; Fehler wird im Vorverhandlungsstadium erkannt

556 Nach dem Gebot von Treu und Glauben sind die Privaten verpflichtet, verfahrensrechtliche Fehler frühzeitig geltend zu machen, um prozessuale Leerläufe zu vermeiden. Andernfalls laufen sie Gefahr, ihre Ansprüche zu verirken.¹²⁸⁸ Soweit die Verletzung der Verfahrensgarantien bereits im informellen Vorverhandlungsstadium erfolgt und dort auch erkannt wird, hat

¹²⁸⁷ Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 675; vgl. Rz. 546.

¹²⁸⁸ Statt vieler BGE 141 III 210, E. 5.2; BGE 132 II 485, E. 4.4; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 673.

die private Partei ihre Ansprüche gemäss Art. 29 Abs. 2 BV zunächst auf dem informellen Weg einzufordern. Lehnt die Behörde ihr Begehren ab, hat sie sodann nach den Regeln der Realaktanfechtung vorzugehen (Rz. 546). Soweit nach dem kantonalen Recht eine Feststellungsverfügung erwirkt werden muss, wird diese wie bereits ausgeführt eine Endverfügung darstellen, welche die Private unmittelbar anfechten kann (Rz. 547). Dringt sie mit ihrem Begehren im Rechtsmittelverfahren durch, sind die betroffenen Verfahrensschritte durchzuführen bzw. zu wiederholen.¹²⁸⁹ Dabei ist die Behörde an ihren Entscheid, Verhandlungen aufzunehmen, wiederum insofern gebunden, als der Abbruch der Verhandlungen nur bei Vorliegen sachlicher Gründe gerechtfertigt ist und damit nicht willkürlich erfolgt.¹²⁹⁰

c Verletzung der Verfahrensgarantien im Vorverhandlungsstadium; Fehler wird im förmlichen Planerlassverfahren erkannt

Geht die Verletzung der Verfahrensgarantien auf das informelle Vorverfahren zurück, wird diese aber erst im förmlichen Verfahren erkannt, wird die private Kooperationspartei den Verfahrensfehler nur geltend machen, wenn sie erwartet, dass sich dieser für sie nachteilig auf den Abspracheinhalt ausgewirkt hat und folglich auch das formelle Verfahren belastet.¹²⁹¹ Die private Kooperationspartei wird ihre Ansprüche zunächst wiederum informell einfordern müssen bzw. hat – soweit die Behörde nicht bereit ist, dem Begehren zu entsprechen – auf die Auflösung der verfahrensrechtlich fehlerhaften informellen Absprache nach den Regeln der Realaktanfechtung hinzuwirken (Rz. 546 f.). Dringt sie mit ihrem Begehren im Rechtsmittelverfahren durch, sind zunächst die fehlerhaften Verfahrensschritte zu wiederholen bzw. die notwendigen Verfahrensschritte durchzuführen. Soweit daraus wesentliche Änderungen der informellen Absprache und damit auch des Planinhalts resultieren, müssen auch die Elemente des förmlichen Planerlassverfahrens wiederholt werden.¹²⁹²

d Verletzung der Verfahrensgarantien im Vorverhandlungsstadium oder förmlichen Verfahren; Fehler wird nach Planerlass erkannt

Geht die Verletzung der Verfahrensgarantien auf das informelle Vorverfahren zurück, wird der Verfahrensfehler aber erst nach der Planfestsetzung erkannt und hat sich dieser in den förmlichen Akt übersetzt, oder geht die

1289 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 975.

1290 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 975, 884; siehe Rz. 547.

1291 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 974.

1292 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 975 f.

Verletzung der Verfahrensgarantien auf das förmliche Verfahren zurück und wird ebenfalls erst nach der Planfestsetzung erkannt, ist der Nutzungsplan anfechtbar und es greifen die diesbezüglichen Rechtsfolgen.¹²⁹³ Demnach ist der Plan aufzuheben, wenn die zuständige Behörde entweder befangen war oder eine Gehörsverletzung infrage steht, die im Rechtsmittelverfahren nicht geheilt werden kann. Dabei kommt die Heilung einer Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur in Betracht, wenn der Verfahrensfehler mit grösster Wahrscheinlichkeit keinen Einfluss auf das Verfahrensergebnis hatte und die Rückweisung deshalb einem formalistischen Leerlauf gleicht.¹²⁹⁴ Da bei Entscheiden, die wie kooperative Planungen auf einem Aushandlungsprozess beruhen, von der Unerheblichkeit eines Verfahrensfehlers kaum je ausgegangen werden kann, wird die Heilung einer Gehörsverletzung regelmässig ausgeschlossen sein.¹²⁹⁵

4.2 Geltendmachung durch Dritte

- 559 Drittbetroffene sind aus verfahrensökonomischen Gründen und aufgrund der Gefahr, dass die Kooperationsparteien bei einer diesbezüglichen Formalisierung des informellen Vorverfahrens in andere Strukturen ausweichen, vom informellen Vorverfahren in der Regel ausgeschlossen (Rz. 427 ff.). Zur Gewährleistung eines hinreichenden verfahrensrechtlichen Schutzes und als Kompensation für den Einbruch in das verfahrensrechtliche Fairnessgebot ist ihnen der Inhalt der Ergebnisse des informellen Vorverfahrens jedoch im *förmlichen Verfahren* offenzulegen und das rechtliche Gehör diesbezüglich zu gewähren (Rz. 466 f.). Lehnt die Behörde ein entsprechendes Begehren ab, hat sie nach dem kantonalen Verfahrensrecht in der Regel eine Feststellungsverfügung zu erlassen, die als Zwischenverfügung nur dann selbständig anfechtbar ist, wenn entweder ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht oder die Gutheissung der Beschwerde einen sofortigen Endentscheid herbeiführt.¹²⁹⁶ Ein nicht wiedergutzumachender Nachteil ist im Verfahren vor kantonalen Instanzen zu bejahen, wenn die Beschwerdeführenden dadurch einen tatsächlichen oder rechtlichen Nachteil von einem gewissen Gewicht¹²⁹⁷

1293 BGE 116 Ia 215, E. 2c; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 976.

1294 Statt vieler BGE 143 IV 408, E. 6.3.2; BGE 137 I 195, E. 2.3.2; BGE 119 V 208, E. 6; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 453 m.w.H.

1295 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 453.

1296 Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 1003.

1297 Vor Bundesgericht ist ein Nachteil rechtlicher Natur erforderlich, d.h. ein Nachteil, der auch dann nicht oder nicht vollständig behebbar ist, wenn der Endentscheid für die beschwerdeführende Partei günstig ist (BGE 134 II 188, E. 2.1; VON WERDT, in: Handkommentar BGG, Art. 93 Rz. 19).

erleiden könnten, dass sie die Zwischenverfügung erst zusammen mit dem Endentscheid anfechten können, und ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung besteht.¹²⁹⁸ Für Dritte, die nicht an den Verhandlungen beteiligt sind, wird das Vorliegen eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils tendenziell zu verneinen sein. Auch lässt sich mit der Beurteilung der Zwischenverfügung kein Endentscheid herbeiführen, weshalb auch deshalb die selbständige Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung ausscheidet. Dasselbe gilt, wenn verfahrensrechtliche Fehler, infrage kommt primär die Verletzung des Unbefangenhitsgebots (Rz. 383, 481 ff.), ausnahmsweise doch bereits im *informellen Vorverfahren* geltend gemacht werden.¹²⁹⁹ Wird ein verfahrensrechtlicher Fehler erst nach der Planfestsetzung erkannt, muss dieser im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden. Es greift dann das auf Nutzungspläne anwendbare Fehlerfolgenregime (Rz. 539).

II. Städtebauliche Verträge

1. Überblick

1.1 Fehlerfolgen

Die Rechtsfolgen fehlerhafter verwaltungsrechtlicher Verträge und von Leistungsstörungen sind weitgehend unklar.¹³⁰⁰ Eine systematische rechtsdogmatische Aufarbeitung fehlt. Nur selten finden sich spezialgesetzliche Regelungen, die Klärung schaffen.¹³⁰¹ Die Lehre ist sich vielfach uneinig, wobei der Diskurs im Spannungsfeld zwischen zwei Sichtweisen auf den Vertrag stattfindet. Einerseits spricht der Charakter des Vertrags als auf der Gleichberechtigung der Parteien und auf Konsens beruhender Rechtsbeziehung, die durch den Grundsatz *pacta sunt servanda* geprägt ist, für die Anwendung des zivilrechtlichen Rechtsfolgenregimes als subsidiäres öffentliches Recht.¹³⁰² Andererseits legt die Tatsache, dass verwaltungsrechtliche Verträge der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen und der Staat als Vertragspartei dem Gemeinwohl verpflichtet ist, nahe, das für Verfügungen etablierte Fehlerfolgenregime

1298 MARTIN/PAPADOPOULOS/ALTMANN, in: Kommentar VwVG, Art. 46 Rz. 7 ff.; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 46 Rz. 4 ff.

1299 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Fn. 3120.

1300 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 86.

1301 Eine vielzitierte Ausnahme findet sich mit Art. 123 ff. VRG im Kanton Glarus.

1302 ADANK, Contrat de planification, Rz. 708; KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 112; MÜLLER, Systemtheoretische Analyse, S. 236 ff.; VOGEL, Clausula, S. 302, WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis Bd. I, Rz. 3022; vgl. RICHLI, Regelungsdefizit, S. 199.

anzuwenden.¹³⁰³ Mit diesem ginge insbesondere die Möglichkeit der Behörden einher, fehlerhafte Verträge einseitig zu widerrufen und damit entweder aus der Welt zu schaffen oder abzuändern.¹³⁰⁴ Das Bundesgericht hat für den Umgang mit fehlerhaften Verwaltungsverträgen und Leistungsstörungen trotz der wenigen Fälle, die ihm bisher zum Entscheid vorgelegt worden sind, eine differenzierte Rechtsprechung entwickelt: Bei Willensmängeln (Irrtum, Täuschung und Drohung) und Leistungsstörungen greift es auf die Regeln des Obligationenrechts zurück.¹³⁰⁵ Dagegen orientiert es sich bei Verträgen, welche ursprünglich fehlerhaft sind, weil die Vertragsform unzulässig, die vertragschliessende Behörde nicht zuständig oder der Vertragsinhalt fehlerhaft ist, an den Rechtsfolgen fehlerhafter Verfügungen.¹³⁰⁶ Keine Einigkeit besteht in Bezug auf die Rechtsfolgen nachträglich fehlerhafter Verträge. Nach der herrschenden Lehre sind sie anfechtbar (Rz. 565 f.) und nach einem Teil der Lehre auch widerrufbar (Rz. 567). Nichtigkeit als Rechtsfolge fehlerhafter Verträge bildet wie bei Verfügungen auch die Ausnahme (Rz. 564).

1.2 Rechtsschutz

- 561 Auch in Bezug auf die Geltendmachung von vertraglichen Mängeln und Leistungsstörungen besteht Unsicherheit. Die meisten kantonalen Gesetze und das Bundesrecht sehen zwar das verwaltungsrechtliche *Klageverfahren* vor.¹³⁰⁷ Wie mit diesem aber namentlich der Rechtsschutz Drittbetroffener gewährleistet werden kann, ist nicht abschliessend geklärt.

1.3 Besonderheiten städtebaulicher Verträge

- 562 Städtebauliche Verträge sind – soweit sie die Verpflichtung der privaten Vertragsparteien zur baulichen Realisierung eines Nutzungsplans, zum Mehrwertausgleich oder zur Erschliessung des zu beplanenden Grundstücks begründen – häufig unvollkommen zweiseitiger Natur (Rz. 222), weil die private

1303 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 115. Im Hinblick auf die «hybride Gestalt» subordinationsrechtlicher verwaltungsrechtlicher Verträge kommen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER zum Schluss, diese seien weder «Fisch noch Vogel» (Verwaltungsrecht, § 35 Rz. 4).

1304 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1352, 1355. Siehe aber a.a.O., Rz. 1374, wo die Autoren darauf hinweisen, dass der Widerruf «in einem gewissen Widerspruch zur Rechtsnatur verwaltungsrechtlicher Verträge steht». Dazu ferner MÄCHLER, Auflösung, S. 98 f.; NGUYEN, Contrat de collaboration, S. 117 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 35 Rz. 7, 8.

1305 BGE 132 II 161, E. 3; BGE 122 I 328, E. 7b; BGE 105 Ia 207, E. 2c.

1306 BGE 138 V 147, E. 2.2 ff.; BGE 105 Ia 207, E. 2b; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1355.

1307 Für den Bund siehe Art. 35 lit. a VGG; auf kantonomer Ebene siehe u.a. § 60 Abs. 1 lit. a VRPG/AG; Art. 87 Abs. 1 lit. b VRPG/BE; § 50 Abs. 1 lit. a VPO/BL; Art. 109 Abs. 1 lit. b VRG/GL; Art. 63 Abs. 1 lit. b VRG/GR; § 64 Abs. 1 Ziff. 1a VRG/TG; § 81 lit. b VRG/ZH.

Partei Leistungen im Hinblick auf die Festsetzung eines Nutzungsplans verspricht und damit auf eine «Gegenleistung» des Staates setzt, die vertraglichen Regelungen entzogen ist (Rz. 196 ff.). Stellen sich solche Verträge nach der Planfestsetzung als fehlerhaft heraus oder kommt es zu Leistungsstörungen, trägt vor allem der Staat das Risiko der Durchsetzung seiner Ansprüche und damit der Verwirklichung öffentlicher Interessen, die in den vertraglich begründeten Ansprüchen ihren Ausdruck finden. Diesen Aspekt gilt es bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes zu berücksichtigen. Für kooperative Planungen ist sodann die Frage zu beantworten, inwieweit sich private Akteure gegen Leistungsbegehren zur Wehr setzen können, die Behörden in Ausübung ihrer Angebotsmacht stellen. Nicht zuletzt ist zu klären, wie die privaten Parteien und Drittbetroffene ihre verfahrensrechtlichen Ansprüche, konkret den Anspruch auf rechtliches Gehör und prozessuale Gleichbehandlung, durchsetzen können.

2. Materielle Fehlerhaftigkeit

2.1 Ursprüngliche Fehlerhaftigkeit

a *Definition und Formen*

Ursprünglich fehlerhaft sind verwaltungsrechtliche Verträge, die bereits bei ihrem Abschluss mangelhaft sind¹³⁰⁸ – namentlich weil die Wahl der Vertragsform unzulässig war, der Vertrag rechtswidrige Inhalte umfasst, an Formmängeln leidet, von einer unzuständigen Behörde geschlossen wurde oder mit einem Willensmangel (Irrtum, Täuschung, Drohung) behaftet ist.¹³⁰⁹ 563

b *Rechtsfolgen*

(i) *(Teil-)Nichtigkeit*

Ursprünglich fehlerhafte Verträge sind grundsätzlich anfechtbar und nach einem Teil der Lehre durch die vertragschliessende Behörde auch widerrufbar. Die *Nichtigkeit* bzw. *Teilnichtigkeit* von Verträgen wird dagegen nur mit grosser Zurückhaltung angenommen.¹³¹⁰ Analog zur Evidenztheorie, die für Verfügungen etabliert ist, fällt sie nur in Betracht, wenn der Fehler besonders schwer wiegt, offensichtlich ist und die Rechtssicherheit durch die Aufhebung des Vertrags nicht gefährdet ist.¹³¹¹ Mit den hohen Hürden für die 564

1308 Statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1349.

1309 Statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1352 ff.

1310 BGE 136 II 415, E. 1 und E. 3.2; ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 701; KLEIN, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag*, S. 181.

1311 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1352, 1354, 1372; KLEIN, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag*, S. 132 ff. m.w.H. Zur Evidenztheorie statt vieler BGE 144 IV 362, E. 1.4.3.

Nichtigkeitsfolge wird zum einen dem Grundsatz *pacta sunt servanda* Nachachtung verschafft. Zum anderen werden die Privaten in ihrem Vertrauen darauf geschützt, dass der Staat das Gesetz kennt und dieses rechtmässig anwendet.¹³¹² Die Nichtigkeitsfolge kommt für materiell rechtswidrige Verträge deshalb nur infrage, wenn die Norm, gegen die der Vertrag verstösst, direkt darauf abzielt, die Abrede bzw. den durch sie bezweckten Erfolg zu unterbinden.¹³¹³ Sodann zieht die offensichtliche örtliche, sachliche oder funktionelle Unzuständigkeit der vertragschliessenden Behörde die Nichtigkeit des Vertrags nach sich, sofern dem nicht überwiegende Rechtssicherheitsinteressen entgegenstehen.¹³¹⁴ Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts und dem wohl überwiegenden Teil der Lehre sind schliesslich auch verwaltungsrechtliche Verträge, die dem Schriftformerfordernis nicht genügen, grundsätzlich nichtig.¹³¹⁵ Allerdings schützt sie das Bundesgericht insoweit, als die Berufung auf den Formfehler rechtsmissbräuchlich erfolgt¹³¹⁶ oder das Festhalten an der Schriftform überspitzt formalistisch erscheint.¹³¹⁷

(ii) *Anfechtbarkeit*

- 565 Verträge mit weniger gravierenden Fehlern sind in der Regel mit Klage, allenfalls mit Rekurs oder Beschwerde anfechtbar.¹³¹⁸ Geht die Fehlerhaftigkeit auf einen Willensmangel zurück, erfolgt die Anfechtung gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts gestützt auf Art. 31 OR analog.¹³¹⁹ Demzufolge finden auch die Art. 23 ff. OR betreffend den Irrtum, die Täuschung oder die rechtswidrige Drohung analog Anwendung. Der Rückgriff auf Normen des Obligationenrechts als Ersatz für fehlende öffentlichrechtliche Normen erweist sich hier als sachgerecht. Demgegenüber wendet das Bundesgericht in den übrigen Fällen ursprünglicher Fehlerhaftigkeit zur Klärung der Gültigkeit der Verträge die Regeln des Widerrufs von Verfügungen analog an (Rz. 560). Ob ein Vertrag (teilweise) abgeändert bzw. aufgehoben wird oder Bestand hat, ist folglich unter Abwägung der betroffenen Interessen – namentlich des

1312 Vgl. KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 179 f.

1313 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 181.

1314 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1353.

1315 BGer, Urteil 1C_61/2010 vom 2.11.2010, E. 4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1359; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 35 Rz. 6; a.A. wohl WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis Bd. I, Rz. 3064. Zum Schriftformerfordernis siehe Rz. 139.

1316 Vgl. BGE 116 II 700, E. 3b; BGer, Urteil 4C.162/2005 vom 18.5.2006, E. 3.2.

1317 VGer/ZH; Urteil VR.2001.00001 vom 10.11.2001, E. 3b.

1318 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1372; dazu schon Rz. 561.

1319 BGE 132 II 161, E. 3.1; BGE 105 Ia 207, E. 2c.

Interesses an der Durchsetzung des objektiven Rechts oder anderer öffentlicher Interessen einerseits und des Schutzes des Vertrauens der privaten Parteien in den Bestand des Vertrags andererseits – zu entscheiden.¹³²⁰ Im Unterschied zur Verfügung kommt dem Vertrauensschutz der privaten Partei aufgrund der konsensualen Genese der Verträge tendenziell ein höheres Gewicht zu, wenn der Vertrag sie begünstigt, was bei städtebaulichen Verträgen aber meist nicht der Fall ist.¹³²¹

Anfechtbar und nicht nichtig sind u.a. Verträge, die gegen das *Koppelungsverbot* verstossen.¹³²² Auch die *unzulässige Wahl der Vertragsform* stellt nach Ansicht der Lehre grundsätzlich keinen derart gewichtigen Fehler dar, der zur Nichtigkeit des Vertrags führt.¹³²³ Soweit der Vertragsinhalt rechtskonform ist und das vorgesehene Verfahren eingehalten worden ist, soll auch die Konversion vertraglicher Abreden in eine Verfügung infrage kommen.¹³²⁴ Nichtigkeit dürfte allerdings für solche Verträge anzunehmen sein, die raumwirksame Aufgaben regeln, die gemäss Art. 2 Abs. 1 RPG der Richt- bzw. der Nutzungsplanung bedürfen. Der Verzicht auf das förmliche Planerlassverfahren wird aufgrund seiner rechtsstaatlichen und demokratisierenden Bedeutung einen derart schwerwiegenden und offensichtlichen Fehler darstellen, dass ein der Nichtigkeitsfolge allenfalls entgegenstehendes Rechtssicherheitsbedürfnis zurücktreten muss. Im Fall der *Übervorteilung* ist nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts analog zum Zivilrecht auf Begehren der betroffenen Partei auch die richterliche Korrektur des Austauschverhältnisses möglich.¹³²⁵

(iii) *Widerruf*

Ob der Widerruf verwaltungsrechtlicher Verträge durch die Behörden möglich sein soll, ist umstritten. Ein Teil der Lehre will die Möglichkeit des Widerrufs grundsätzlich in Betracht ziehen, und zwar auch dann, wenn das geltende Prozessrecht das Klageverfahren vorsieht (Rz. 560). Analog zum Verfügungshandeln des Staates dürfte diese Position auf der Überlegung gründen, dass

1320 Statt vieler TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 35 Rz. 4 i.V.m. § 31 Rz. 49.

1321 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 114, 118.

1322 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 184. Die deutsche Rechtslehre knüpft daran die Nichtigkeit des Vertrags (SPANNOWSKY, Grenzen, S. 269 f.). Zum Koppelungsverbot siehe Rz. 145.

1323 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1352.

1324 Dazu KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 177 f., der diese Möglichkeit in Betracht zieht.

1325 BGE 130 III 49, E. 3.2; BGE 123 III 292, E. 2e/aa.

erstinstanzliche Verwaltungsakte deshalb nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, weil sie das geltende Recht konkretisieren und die Behörden in Ausnahmefällen, namentlich bei der nachträglichen Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die Möglichkeit haben sollen, bestehende Rechtsverhältnisse mit dem geltenden Recht in Einklang zu bringen.¹³²⁶ Dagegen lehnt ein anderer Teil der Lehre die Möglichkeit einer einseitigen Aufhebung von Verträgen durch den Staat ab. Die betreffenden Autorinnen und Autoren argumentieren, dass die Möglichkeit zum Widerruf eine institutionelle Verschiebung der Machtverhältnisse zugunsten des Staates mit sich bringe, die im Widerspruch zur für Verträge charakteristischen rechtlichen Gleichstellung der Parteien stehe (Rz. 560).

c Ursprüngliche Fehlerhaftigkeit mangels Freiwilligkeit der Einwilligung

(i Fehlerhaftigkeit der Einwilligung als Form der Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts)

- 568 Die fehlende Freiwilligkeit der Einwilligung der privaten Partei in einen verwaltungsrechtlichen Vertrag aufgrund der zu weit reichenden Verhandlungsmacht der Behörden (Rz. 134) wurde als Form der ursprünglichen Fehlerhaftigkeit von Verträgen soweit ersichtlich bislang kaum diskutiert.¹³²⁷ Sie stellt jedenfalls keinen Willensmangel aufgrund einer widerrechtlichen Drohung gemäss Art. 29 f. OR analog dar. Diese setzt gemäss Art. 30 OR begründete Furcht voraus, d.h. die unmittelbare und erhebliche Bedrohung von Leib, Leben, Ehre oder Vermögen der Vertragspartei oder einer ihr nahestehenden Person.¹³²⁸ Eine solche wird bei städtebaulichen Verträgen in aller Regel nicht vorliegen. Die fehlende Freiwilligkeit der Einwilligung ist vielmehr strukturell begründet. Sie geht auf eine rechtlich relevante, faktische Zwangslage zurück, die sich aus der Alternativlosigkeit zum staatlichen Angebot speist und in welcher der privaten Kooperationspartei bei der Verweigerung der Zustimmung zum Vertrag ein derart schwerwiegender Nachteil droht, dass die Pflichtenübernahme als das geringere Übel erscheint (Rz. 128). Konkret akzeptiert die private Partei die vertragliche Pflichtenübernahme als «Preis» für die planerische Besserstellung und mit ihr einhergehend die Möglichkeit zur Realisierung eines Bauvorhabens, das den Rahmen des geltenden Nutzungsplans übersteigt. HÄNER zufolge liegt deshalb ein *Tatbestand*

1326 Insofern geht die Widerrufsmöglichkeit der Behörden auf das Legalitätsprinzip zurück (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 31 Rz. 21, vgl. Rz. 8f.).

1327 Eine Ausnahme bildet HÄNER, Einwilligung, S. 69.

1328 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, in: Basler Kommentar OR I; Art. 29/30 Rz. 9c.

sui generis vor.¹³²⁹ Da die fehlende Freiwilligkeit der Einwilligung letztlich darin begründet ist, dass die vertragliche Absprache nicht mit einer genügend bestimmten gesetzlichen Grundlage bzw. eine Verfügungsoption unterlegt ist, kann diese Fallkonstellation als ursprüngliche Fehlerhaftigkeit des Vertrags aufgrund rechtswidrigen Inhalts verstanden werden.¹³³⁰

(ii) *Rechtswidrigkeit vertraglicher Inhalte mangels gesetzlicher Grundlage:
Stand der Rechtsprechung*

Das Bundesgericht hat sich mit den Anforderungen an die Einwilligung in vertragliche Absprachen als Surrogat für ein genügend bestimmtes Gesetz noch nicht vertieft auseinandergesetzt. Für die Annahme der Freiwilligkeit von Einwilligungen begnügt es sich mit dem Verweis auf den konsensualen Charakter von Verträgen.¹³³¹ In den wenigen Fällen, in denen das Gericht über die Begehren der privater Parteien zu entscheiden hatte, ein Vertrag sei aufzuheben, weil er einer genügenden gesetzlichen Grundlage entbehre, hat es diesen Begehren regelmässig entgegeng gehalten, es verstosse gegen Treu und Glauben, wenn die private Partei einer Pflichtenübernahme zunächst zustimme, um sich von dieser später unter Berufung auf die Rechtswidrigkeit der Leistung zu befreien.¹³³² Ein Verstoß gegen Treu und Glauben sei dabei insbesondere dann anzunehmen, wenn die private Partei geschäftserfahren war, den Ungültigkeitsgrund kannte oder kennen musste¹³³³, bei Vertragsschluss eine anfechtbare Verfügung hätte erlangen können¹³³⁴ und der Staat seine Leistung bereits erbracht hat.¹³³⁵

(iii) *Rechtswidrigkeit vertraglicher Inhalte mangels gesetzlicher Grundlage:
Stand der Lehre*

Die Lehre beurteilt die Rechtsprechung des Bundesgerichts unterschiedlich. 570 KLEIN hält im Einklang mit ihr fest, die vorgängige Einwilligung führe bei der

1329 HÄNER, Einwilligung, S. 69.

1330 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 180. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN definieren als Form der ursprünglichen Fehlerhaftigkeit die Kategorie der Unzulässigkeit der Regelung durch Vertrag. Dieser ordnen sie neben der Unzulässigkeit der Vertragsform, welche die Lehre üblicherweise als eigene Kategorie ursprünglicher Fehlerhaftigkeit betrachtet, auch die Unzulässigkeit vertraglicher Inhalte mangels gesetzlicher Grundlage zu (Verwaltungsrecht, Rz. 1352).

1331 BGE 105 Ia 207, E. 2c; BGer, Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2017, 4.3.

1332 BGE 105 Ia 207, E. 2c; BGer, Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2017, 4.3; so auch HÄNER, Einwilligung, S. 75.

1333 BGer, Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2017, 4.3.

1334 BGE 105 Ia 207, E. 2b.

1335 BGE 105 Ia 207, E. 2b; BGer, Urteil 1P.360/2006 vom 15.1.2017, E. 4.2 f.

Geltendmachung der Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts nach Abschluss des Vertrags nur dann nicht zu einem Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn die private Partei den Mangel im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder kannte noch kennen musste.¹³³⁶ Nach Ansicht NGUYENS soll sich die private Partei auf die Widerrechtlichkeit des sie belastenden Vertragsteils nur berufen können, wenn zugleich ein Willensmangel wie Irrtum oder Drohung vorliegt.¹³³⁷ Dagegen will HÄNER die Berufung auf die Ungültigkeit des Vertrags nur für den Falle des Rechtsmissbrauchs ausschliessen.¹³³⁸ Da die Einwilligung der Privaten in einen verwaltungsrechtlichen Vertrag unter Umständen nicht freiwillig erfolgt und weil nicht abschliessend geklärt ist, ob der Entscheid der Behörden, einen Vertrag einzugehen, anfechtbar ist, bedürfe die strenge Praxis des Bundesgerichts einer Lockerung.¹³³⁹

(iv) Einordnung in den Kontext städtebaulicher Verträge

- 571 Werden verwaltungsrechtliche Verträge in einem Verhältnis spezifisch gearterter Subordination verhandelt und besteht kein Gesetz, welches den Verhandlungsspielraum der Behörden klar definiert und die vertragliche Lösung durch eine Verfügungslösung unterlegt, so dass die Einwilligung der Privaten als freiwillig erteilt gelten kann, oder setzen sich die Behörden über die entsprechenden Regelung hinweg, muss es den Privaten aus rechtsstaatlichen Gründen möglich sein, die Unzulässigkeit der vertraglichen Inhalte geltend zu machen. Andernfalls wären sie der Verhandlungsübermacht des Staates schutzlos ausgesetzt. Dabei erscheint die Geltendmachung erst im Klageverfahren zu spät, wenn der Fehler bereits vor Vertragsabschluss erkannt wird. Sie steht im Widerspruch zum Grundsatz von Treu und Glauben, widerspricht der Vorstellung, der Vertrag beruhe auf einem Konsens, mit dem das Rechtsmittelverfahren gerade vermieden werden soll, und führt zu erheblichen Unsicherheiten, wenn der Vertrag rückabzuwickeln ist.¹³⁴⁰ Auch mit Blick auf die Wahrung öffentlicher Interessen kann die späte Klärung der Frage der materiellen Rechtmässigkeit vertraglicher Absprachen nicht befriedigen. Zu denken ist etwa an Mehrwertausgleichsverträge, welche die privaten Akteure auf Leistungen verpflichten, die dem Gemeinwesen nicht ohne weiteres zugänglich sind, die für den Entscheid der Behörden, eine Kooperation eingehen zu wollen, aber massgeblich sind (Rz. 299).

1336 KLEIN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 155.

1337 NGUYEN, Contrat de collaboration, S. 131f.

1338 HÄNER, Umweltschutzvollzug, S. 606.

1339 HÄNER, Verfahrensfragen, S. 48f.

1340 MÜLLER-TSCHUMI, Leistungsstörungen, S. 64.

(v) *Sachverhaltsvariante 1: Fehler wird vor Vertragsschluss erkannt*

Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, die – bis anhin im Zusammen- 572
hang mit dem Drittrechtsschutz diskutierte – Zwei-Stufen-Theorie auf ver-
waltungsrechtliche Verträge, deren Zustandekommen durch ein Verhältnis
spezifisch gearteter Subordination geprägt ist, anzuwenden. Dahingestellt
bleiben kann dabei, ob der Entscheid des Staates, einen Vertrag einzugehen,
anfechtbar ist oder der Rechtsweg über eine Verweigerungsverfügung¹³⁴¹ ge-
öffnet wird.¹³⁴² In diesen Fällen ist das Verfügungsverfahren auch nicht sys-
temfremd, da die private Partei im rechtlichen Sinne gerade nicht frei ist, dem
Vertrag die Zustimmung zu versagen, und folglich das Vertragsverhältnis
zwar rechtlich, nicht aber faktisch von der Gleichstellung der Parteien ge-
prägt ist.¹³⁴³ Dass ein allfälliges Klage- und das Verfügungs- bzw. Beschwer-
deverfahren dadurch nebeneinander existieren, ist hinzunehmen.¹³⁴⁴ Soweit
die private Partei die Rechtswidrigkeit des vertraglichen Inhalts mangels
genügender gesetzlicher Grundlage geltend macht und das angerufene Ge-
richt den Vertragsentwurf aufgrund seiner materieller Fehlerhaftigkeit zur
Neubeurteilung bzw. Nachverhandlung zurückweist, bleibt die Behörde an
ihren zuvor gefällten Entscheid, in eine kooperative Planung einzuwilligen,
grundsätzlich gebunden. Der Abbruch der Verhandlungen durch die Behörde

1341 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 674. Im Unterschied zum informellen Vor-
abspracheverfahren hat die Behörde bei Vertragsverhandlungen eine Verfügung über
die Verweigerung, einen Vertrag mit bestimmtem Inhalt abzuschliessen, und keine
Feststellungsverfügung zu erlassen. Dies weil die Verhandlungen nicht bloss auf eine
informelle Absprache ohne Rechtswirkungen abzielen, sondern auf Rechtsverbind-
lichkeit (a.a.O., Fn. 2238).

1342 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 675; vgl. Rz. 546 f. PAPPA/JAGGI weisen da-
rauf hin, dass der Weg über eine Feststellungsverfügung ausserhalb eines gesetzlich
geordneten Verfahrens mangels Anspruchs auf Vertragsabschluss ausscheidet. Ge-
genstand der Feststellungsverfügung könne nur die Feststellung sein, dass Rechte
oder Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben wurden. Dies setze einen Rechts-
anspruch voraus, der beim vertraglichen Handeln gerade nicht bestehe. Das Bundes-
gericht anerkennt die Verfügungsqualität des behördlichen Entscheids, einen Vertrag
eingehen zu wollen, wenn ein Rechtsanspruch auf den Vertragsschluss besteht oder
wenn die Behörden frei sind, zwischen Vertrag und Verfügung zu wählen (Rz. 530).
Letzteres ist nach dem hier vorgeschlagenen Modell, wonach städtebauliche Verträge
durch Verfügungen zu unterlegen sind, gegeben (Rz. 135). Ungeachtet dessen müssen
die Privaten eine Feststellungsverfügung aufgrund des Verhältnisses spezifischer
Subordination, das städtebauliche Verträge typischerweise prägt und das ein beson-
deres Schutzbedürfnis der Privaten begründet (Rz. 134), und weil das staatliche Han-
deln geeignet ist, eine Verletzung der Eigentumsgarantie herbeizuführen (Rz. 546),
erwirken können. Der Entscheid über die Verhandlungsposition des Staates begrün-
det dabei keinen Anspruch auf Vertragsschluss.

1343 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 677.

1344 HÄNER, Verfahrensfragen, S. 48.

kommt nur infrage, wenn die Abkehr von ihrem zunächst eingenommenen Standpunkt, die Kooperation einzugehen, sachlich begründet ist und deshalb nicht willkürlich erfolgt.¹³⁴⁵ Nur unter diesen Voraussetzungen steht den Privaten der Rechtsweg auch faktisch offen (vgl. Rz. 547).

(vi) *Sachverhaltsvariante 2: Fehler wird nach Vertragsabschluss erkannt*

- 573 Wird der Fehler dagegen erst nach Vertragsabschluss erkannt, greift das Anfechtungsverfahren. Im Klageverfahren wird sich die private Partei im Rahmen einer Erfüllungsklage seitens des Gemeinwesens auf die Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts berufen.¹³⁴⁶ Bei quantitativen Fehlern, beispielsweise wenn der vereinbarte Mehrwertausgleich das gesetzlich zulässige Mass übersteigt, stünden grundsätzlich auch die richterliche Korrektur im Sinne einer geltungserhaltenden Reduktion und damit die Teilungültigkeit des Vertrags offen (Rz. 564). Das Risiko, dass die Privaten mit ihrem Begehren durchdringen, die richterliche Korrektur des Vertrags aufgrund der Art der versprochenen Leistung nicht möglich ist und die Leistung deshalb verweigert werden kann, wiegt bei unvollkommen zweiseitigen städtebaulichen Verträgen besonders schwer (Rz. 222). Da die Nutzungspläne, auf die sich die Verträge beziehen, im Zeitpunkt der Klage oder Beschwerde in der Regel bereits festgesetzt sein werden, haben die privaten Parteien keinerlei Anreiz, für erneute Verhandlungen Hand zu bieten. Zudem ist fraglich, ob die Behörden in Ausübung ihres Formenwahlermessens bei einem Dahinfallen des Vertrags die infrage stehende Rechtsbeziehung nachträglich durch Verfügung konkretisieren dürfen. Dies wird wohl für die Fälle zu bejahen sein, in denen die Parteien mit dem Vertrag Anforderungen konkretisiert haben, an die das Gesetz den Erlass von Nutzungsplänen knüpft; beispielsweise die Begründung einer Baupflicht bei der Ausscheidung neuen Baulands (Rz. 246). Diese «Rückfallposition» des Staates muss der privaten Partei von Beginn an bewusst sein (vgl. Rz. 135). Sie setzt gegenüber der privaten Partei zudem den Anreiz, in Nach- bzw. Neuverhandlungen einzuwilligen, wobei die Behörden an ihre ursprüngliche Verhandlungsposition jedenfalls insoweit gebunden sind, als dieser keine sachlichen Gründe entgegenstehen (Rz. 547).

2.2 Nachträgliche Fehlerhaftigkeit

a Definition und Formen

- 574 Verwaltungsrechtliche Verträge sind nachträglich fehlerhaft, wenn ihr Mangel auf eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse oder der rechtlichen Grund-

¹³⁴⁵ Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 884, 975.

¹³⁴⁶ HÄNER, Verfahrensfragen, S. 48.

lagen zurückgeht, die nach dem Vertragsschluss eintritt.¹³⁴⁷ Über die Rechtsfolgen bei Eintritt nachträglicher Fehlerhaftigkeit besteht wenig Klarheit.

b Anpassung an veränderte tatsächliche Verhältnisse

(i) Grundlagen

Das Risiko tatsächlich veränderter Verhältnisse tragen grundsätzlich die Parteien. Wertmässige Verschiebungen des Austauschverhältnisses zulasten einer Partei bzw. Abstriche bei der Verwirklichung öffentlicher Interessen genügen folglich nicht, um die richterliche Korrektur der ursprünglichen Absprache zu begründen. Die Parteien bleiben an die vereinbarten Pflichten gebunden.¹³⁴⁸ Die Anpassung oder Aufhebung eines Vertrags aufgrund veränderter Verhältnisse ist nur ausnahmsweise möglich, nämlich nur, wenn sich die Verhältnisse seit Vertragsabschluss so stark verändert haben, dass einer Partei die Bindung an ihr Versprechen nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden darf, die Änderung nicht absehbar war und keine anderweitigen Regelungen bestehen.¹³⁴⁹ Unter diesen Umständen liegt ein Fall der *clausula rebus sic stantibus* vor. Ob der Vertrag anzupassen oder aufzuheben ist, entscheidet das Gericht.¹³⁵⁰ In der Lehre wird in diesem Zusammenhang die Meinung vertreten, die *clausula rebus sic stantibus* sei im Verwaltungsrecht *weniger restriktiv* zu handhaben als im Zivilrecht, weil der Grundsatz *pacta sunt servanda* im öffentlichen Recht stets in Bezug auf die verwaltungsrechtlichen Prinzipien wie das Verhältnismässigkeitsprinzip zu interpretieren sei. Der Schutz eines Vertragsgenusses deshalb keine generelle Priorität.¹³⁵¹

(ii) Bedeutung für städtebauliche Verträge

Städtebauliche Verträge knüpfen stets an einen bestimmten Nutzungsplan an, indem sie entweder die Realisierung des Plans vorbereiten, diesen sichern oder detaillieren oder dessen Realisierung regeln (Rz. 216 ff.). Die Änderung oder Aufhebung dieser Verträge kommt deshalb vor allem dann in Betracht, wenn die (Sonder-) Nutzungspläne, auf die sie Bezug nehmen, unter den Voraussetzungen von Art. 21 Abs. 2 RPG (Rz. 515) noch vor ihrer Realisierung angepasst werden müssen und durch die Anpassungen kein Fall der

1347 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1360.

1348 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1360; WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 18.

1349 BGE 122 I 328, E. 7b; BGE 103 Ia 31, E. 3b; MÜLLER, in: Berner Kommentar Art. 1-18 OR, Art. 18 Rz. 558 ff., dazu auch Rz. 568 und 656 ff. m.w.H.

1350 VOGEL, Clausula, S. 299; vgl. MÜLLER, in: Berner Kommentar Art. 1-18 OR, Art. 18 Rz. 561, 633.

1351 VOGEL, Clausula, S. 307 ff.; dazu auch ADANK, Contrat de planification, Rz. 641.

Unmöglichkeit eintritt.¹³⁵² Bei Bauverpflichtungsverträgen etwa, die Laufzeiten von bis zu 15 Jahren aufweisen (Rz. 250), kann bei *unvorhergesehenen Ereignissen*, die das bei von den Parteien selbst zu tragende Risiko tatsächlicher Veränderungen übersteigen, gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* die Verlängerung der Realisierungsfristen infrage stehen. Das setzt freilich voraus, dass keine anderweitigen gesetzlichen oder vertraglichen Regelungen greifen.¹³⁵³

c Anpassung an veränderte rechtliche Verhältnisse

(i) Grundlagen

- 577 Rechtsänderungen können dazu führen, dass Verträge dem geltenden Recht widersprechen oder in diesem keine Grundlage mehr finden.¹³⁵⁴ Die Frage, ob ein Vertrag unter diesen Umständen anzupassen oder aufzuheben ist oder trotz der eingetretenen Rechtswidrigkeit Bestand hat, ist nach der Lehre analog zum Widerruf von Verfügungen anhand einer Interessenabwägung zu entscheiden, mit dem Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts auf der einen Seite und dem Vertrauensschutzinteresse der Vertragsparteien auf der anderen Seite.¹³⁵⁵ Dabei soll dem Bestand des Vertrags aufgrund des Grundsatzes *pacta sunt servanda* gegenüber Verfügungen erhöhtes Gewicht beigemessen werden.¹³⁵⁶ Zudem steht der Widerruf durch das vertragsschliessende Gemeinwesen unter dem Vorbehalt, dass dieses die Änderung der rechtlichen Verhältnisse nicht selbst herbeigeführt hat.¹³⁵⁷ Die Enteignung vermögenswerter Ansprüche ist durch den Staat zu entschädigen.¹³⁵⁸ VOGEL will in der Änderung der rechtlichen Grundlagen jedenfalls dann einen Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus* sehen, wenn das vertragsschliessende Gemeinwesen die Rechtsänderung nicht zu verantworten hat, sie also ausserhalb seines Machtbereichs liegt.¹³⁵⁹ Sofern sich die Parteien

1352 Bei Rahmennutzungsplänen beträgt der Planungshorizont 15 Jahre (vgl. Art. 15 Abs. 1 RPG). Dazu auch GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 92.

1353 ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 643.

1354 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rz. 1366.

1355 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rz. 1366; i.d.S. wohl auch WALDMANN, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag*, S. 18 f. MÄCHLER vertritt die Auffassung, dass eine Anpassung oder Aufhebung verwaltungsrechtlicher Verträge aufgrund veränderter Rechtsverhältnisse nur infrage komme, wenn das Gemeinwesen den Rechtsverlust zu tragen hat (Auflösung, S. 99 f).

1356 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Verwaltungsrecht*, Rz. 1367.

1357 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, § 35 Rz. 13; vgl. ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 683.

1358 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, § 35 Rz. 13; WALDMANN, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag*, S. 18 f.

1359 VOGEL, *Clausula*, S. 305 f.

nicht einigen können, bleibt die Anpassung oder Änderung eines Vertrags – wenn von der Möglichkeit des Widerrufs abgesehen wird (Rz. 567) – dem Gericht vorbehalten.¹³⁶⁰

(ii) Bedeutung für städtebauliche Verträge

Für städtebauliche Verträge, deren Erfüllung zum Teil erst Jahre nach Vertragsabschluss fällig ist, empfiehlt es sich, den Umgang mit Rechtsänderungen vertraglich festzulegen, etwa indem sich die Parteien zu Nachverhandlungen bei Eintreten wesentlicher Rechtsänderungen, welche die Planungsbehörde nicht zu verantworten hat, verpflichten. 578

2.3 Geltendmachung durch Dritte

a Grundlagen

Die Wahl der Vertragsform steht stets unter dem Vorbehalt, dass es gelingt, die schutzwürdigen Interessen Dritter, die in einem Verfügungsverfahren Parteistellung hätten, in einem *Klageverfahren* mangels materieller Berechtigung aus Vertrag aber nicht aktivlegitimiert sind, zu wahren.¹³⁶¹ Wie der Einbezug geschehen soll, bleibt oft vage. Soweit die Lehre konkrete Lösungen vorbringt, zielen diese meist darauf ab, den Entscheid der Behörden zum Vertragsschluss in Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie als anfechtbare Verfügung auszugestalten (Rz. 529).¹³⁶² Zwar folgt das Bundesgericht der Zwei-Stufen-Theorie ausserhalb des Beschaffungsrechts grundsätzlich nicht. Es hat aber in Einzelfällen, wie bereits ausgeführt (Rz. 530), die dem Vertragsschluss vorausgehende Willensbildung als anfechtbaren Hoheitsakt betrachtet.¹³⁶³ Angesichts der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV wird Dritten mit ausgewiesenem Rechtsschutzinteresse eine anfechtbare Verfügung auch kaum verwehrt werden können.¹³⁶⁴ Mit der Lehre ist die Schaffung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung jedoch dringend zu empfehlen (Rz. 530). HÄNER zufolge bestünde alternativ zudem die Möglichkeit, Dritten

1360 VOGEL, Clausula, S. 308f. m.w.H., siehe auch Rz. 301f.

1361 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1403; WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 22. Zur Aktivlegitimation schutzwürdig betroffener Dritter HÄNER, Verfahrensfragen, S. 49.

1362 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 91; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1403; HÄNER, Verfahrensfragen, S. 49f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/ MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 34 Rz. 6; WALDMANN, Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 22.

1363 BGE 112 II 35, E. 2; BGer, Urteil 2C_314/2013 vom 19.3.2014, E. 1.1.2 (ZBl 2015 146 ff.).

1364 WALDMANN betont, dass die Frage, ob ein Entscheid durch Dritte anfechtbar ist, eine «Frage der Legitimation und nicht der Rechtsnatur des Anfechtungsobjekts» sei (Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 22). Deziiert a.A. PAPPA/JAGGI, Rechtsschutz, S. 809f., 814 (vgl. Fn. 1342). Siehe dazu auch Rz. 532.

im Klageverfahren (Rz. 565) das Recht auf eine Gestaltungsklage einzuräumen.¹³⁶⁵ Weniger problematisch ist der Rechtsschutz Dritter im *Beschwerdeverfahren*, sofern die Verträge mit den Nutzungsplänen, auf die sie sich beziehen, öffentlich aufgelegt werden, so dass diese davon Kenntnis erhalten (Rz. 538), und die im Zusammenhang mit kooperativ erarbeiteten Nutzungsplänen erwähnten Erleichterungen bezüglich der Anforderungen an die Begründungspflicht und die Beweisführung greifen (Rz. 549).

b Bedeutung für städtebauliche Verträge

580 Für städtebauliche Verträge ist die Frage des Drittrechtsschutzes, wie bereits erörtert, weniger kritisch, da dieser durch die Möglichkeit Drittbetroffener zur Anfechtung des Nutzungsplans, auf den sich die Verträge beziehen, in der Regel gewährleistet ist (Rz. 533 ff.). Reichen diese verfahrensrechtlichen Vorkehrungen ausnahmsweise nicht aus, ist ihnen der Rechtsweg aber zwingend in der beschriebenen Form zu öffnen.¹³⁶⁶

3. Verfahrensrechtliche Fehlerhaftigkeit

3.1 Geltendmachung durch private Vertragspartei

a Vor Vertragsabschluss

581 Gemäss THURNHERR greifen die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien auch für den Abschluss verwaltungsrechtlicher Verträge, sofern ein subjektives und objektives Bedürfnis nach verfahrensrechtlichem Schutz der privaten Vertragspartei besteht (Rz. 523). Wie im Planerlassverfahren hat die private Partei die Verletzung der Garantien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben geltend zu machen. Andernfalls läuft sie Gefahr, ihre Ansprüche zu verirken.¹³⁶⁷ Lehnt die Behörde das verfahrensrechtliche Begehren, etwa auf Akteneinsicht oder auf Begründung der Verhandlungsposition der Behörde, ab, ist diese verpflichtet, eine negative Verfügung (Rz. 572) zu erlassen, die der Privaten während der Verhandlungen den Rechtsweg öffnet. Diese Verfügung stellt eine Zwischenverfügung dar – und zwar deshalb, weil die Behörden den Entscheid zum Abschluss eines Vertrags nach Abschluss der Verhandlungen nach hier vertretener Auffassung ungeachtet einer expliziten diesbezüglichen Regelung als anfechtbare Verfügung eröffnen müssen¹³⁶⁸ und die erste Verfügung deshalb lediglich einen Schritt zur Verfahrenserledigung

¹³⁶⁵ HÄNER, Verfahrensfragen, S. 50. Trotz dieser Option präferiert HÄNER das Verfüngungsverfahren.

¹³⁶⁶ Vgl. § 25 Abs. 3 MAG/ZH, der Dritten den Rechtsweg in Bezug auf städtebauliche Verträge öffnet, die sich auf das RPG, das USG oder das PBG/ZH stützen.

¹³⁶⁷ THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 673.

¹³⁶⁸ THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 675; vgl. Rz. 529.

darstellt.¹³⁶⁹ Sie ist selbständig anfechtbar, weil sie einen nicht wiedergutmachenden Nachteil insoweit bewirken kann, als die Verhandlungen ohne den verfahrensrechtlichen Entscheid regelmässig ins Stocken geraten und die Ungewissheit über den verfahrensrechtlichen Anspruch einem Vertragsschluss entgegensteht.¹³⁷⁰ Dringt die private Partei mit ihrem Begehren durch, sind die fehlenden bzw. fehlerbehafteten Verfahrensschritte unter Gewährung der Verfahrensgrundrechte durchzuführen bzw. zu wiederholen, und die Behörde hat ihre Verhandlungsposition gegebenenfalls entsprechend anzupassen.¹³⁷¹

b Nach Vertragsabschluss

Soweit das anwendbare Prozessrecht den Klageweg vorsieht, stehen der privaten Partei nach Vertragsschluss grundsätzlich zwei Möglichkeiten offen, die Verletzung ihrer verfahrensrechtlichen Ansprüche geltend zu machen. Entweder sie verweigert die vertraglich zugesicherte Leistung und erhebt für den Fall einer Leistungsklage des Gemeinwesens die Einwendung, der verwaltungsrechtliche Vertrag sei aufgrund verfahrensrechtlicher Mängel rechtswidrig.¹³⁷² Bei diesem Vorgehen besteht allerdings die Gefahr, dass sie mit dem Zuwarten der Geltendmachung des verfahrensrechtlichen Fehlers gegen Treu und Glauben verstösst und ihre Ansprüche deshalb verwirkt.¹³⁷³ Zielführender wird deshalb eine Gestaltungsklage sein, die auf die Aufhebung des Vertrags gerichtet ist und den Weg für Neuverhandlungen öffnet.¹³⁷⁴ Aufgrund der formellen Natur der Verfahrensgarantien (Rz. 385) und weil es der Gegenpartei typischerweise nicht gelingen wird, darzulegen, dass der Fehler ohne Auswirkung auf das Verhandlungsergebnis geblieben ist, werden die Verträge in der Regel aufzuheben sein.¹³⁷⁵ Die Voraussetzungen des Widerrufs finden Anwendung.¹³⁷⁶ Gemäss THURNHERR soll an den Verträgen aber nur dann festgehalten werden, wenn die effektive Realisierung des Gesetzeszwecks, auf den der Vertrag gerichtet war, durch die Vertragsaufhebung vereitelt würde.¹³⁷⁷ Dasselbe gilt für das Beschwerdeverfahren.

1369 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Rz. 450.

1370 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 676; vgl. Rz. 555.

1371 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 684.

1372 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 680; vgl. HÄNER, Verfahrensfragen, S. 48.

1373 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 680; vgl. HÄNER, Verfahrensfragen, S. 48; ferner Rz. 555.

1374 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 681.

1375 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 686.

1376 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 718; dazu auch Rz. 565.

1377 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 687.

583 Für städtebauliche Verträge, die sich auf Nutzungspläne beziehen, wiegt die Aufhebung der Verträge besonders schwer: Da die Privaten nach der Planfestsetzung keinen Anreiz mehr haben, unvollkommen zweiseitige Verträge einzugehen, würde deren Aufhebung allenfalls bedeuten, dass der Zweck der Kooperation, die Verwirklichung gewichtiger öffentlicher, städtebaulicher Interessen (Rz. 62), vereitelt wird. Das Festhalten an verfahrensrechtlich fehlerhaften Verträgen wird dennoch nicht infrage kommen, wenn der vertragschliessenden Behörde nach der Aufhebung des Vertrags der Verfügungsweg offensteht – zumal die private Partei in diesem Fall einen Anreiz für Nachverhandlungen hat (Rz. 573). Soweit die private Partei Nachverhandlungen zustimmt, sind die Behörden wiederum an ihre ursprüngliche Verhandlungsposition gebunden, soweit keine sachlichen Gründe für eine Abweichung bestehen (Rz. 547).

3.2 Geltendmachung durch Dritte

a Vor Vertragsabschluss

584 Im Sinne eines effektiven verfahrensrechtlichen Schutzes sind Drittbetroffene in das Vertragsabschlussverfahren einzubeziehen. Als geeignet scheint dabei, wie bereits erörtert, ein gestaffeltes Verfahren, in dem die vertragsschliessende Behörde das vorläufige Ergebnis der Verhandlungen Dritten zunächst eröffnet und ihnen Gelegenheit gibt, sich zum Sachverhalt und dessen rechtlicher Würdigung zu äussern und Beweismittel zu benennen, um anschliessend ihre Verhandlungsposition zu prüfen und gegebenenfalls zu revidieren (Rz. 532). Nach Abschluss der Vertragsverhandlungen ist Dritten sodann der Vertragsinhalt formell zu eröffnen (Rz. 529, 538). Wollen Dritte in einem solchen Verfahren ihre verfahrensrechtlichen Ansprüche vor Vertragsabschluss geltend machen, haben sie ihr Begehren, wie die private Vertragspartei auch, zunächst bei der zuständigen Behörde zu stellen und können sodann, d.h., wenn ihrem Begehren nicht entsprochen wird, eine negative Verfügung erwirken (Rz. 572). Da Drittbetroffene nicht an den Vertragsverhandlungen teilnehmen, wird diese Verfügung typischerweise eine nicht selbständig anfechtbare Zwischenverfügung sein, die mit dem formell eröffneten Vertragsinhalt anzufechten ist.¹³⁷⁸

b Nach Vertragsabschluss

585 Wird der verfahrensrechtliche Fehler erst nach Vertragsabschluss erkannt und sieht das Verfahrensrecht den Klageweg vor, ist der Rechtsschutz Dritter – im Unterschied zum Beschwerdeverfahren (Rz. 579) – nach Vertrags-

1378 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 711.

abschluss mangels Aktivlegitimation prekär (Rz. 395). Zugleich darf Dritten der Rechtsweg bei einem ausgewiesenen Rechtsschutzinteresse nicht verweigert werden (Rz. 528). Dabei ist der Rechtsweg Dritten aufgrund der formalen Natur der Verfahrensgarantien ungeachtet des materiellen Gehalts der Verträge zu öffnen. THURNHERR vertritt deshalb die Ansicht, dass die Aktivlegitimation Dritter zur Einreichung einer Gestaltungsklage in Bezug auf verfahrensrechtliche Begehren bejaht werden muss.¹³⁷⁹ Ob ein Vertrag im Klageverfahren aufzuheben ist oder Bestand hat, ist dabei analog zur Beurteilung der materiellen Rechtmässigkeit von Verträgen anhand der Widerrufskriterien zu entscheiden (Rz. 582). Dabei verdient das Vertrauen der privaten Partei in den Bestand des Vertrags dann vergleichsweise geringeren Schutz, wenn diese im Rahmen der Verhandlungen annehmen musste, dass schutzwürdige Drittinteressen bestehen.¹³⁸⁰ Andernfalls gebührt dem Vertrauensschutz aufgrund des Grundsatzes *pacta sunt servanda* erhöhtes Gewicht (Rz. 577, vgl. aber Rz. 575). In Rahmen der Interessenabwägung ist das Vertrauensschutzinteresse der privaten Vertragspartei der Wahrscheinlichkeit gegenüberzustellen, dass die Gewährung des rechtlichen Gehörs oder die Verletzung des Anspruchs auf Entscheid einer unabhängigen Behörde Einfluss auf den Vertragsinhalt gehabt hätte.¹³⁸¹ Diese Lösung – so führt THURNHERR aus – habe zwar zur Folge, «dass sich die formelle Natur [...] nicht mehr voll zu entfalten vermag». Der «eigenständige Wert der Verfassungsgarantien [beeinflusse] aber immerhin die Handhabung der Widerrufskriterien».¹³⁸²

4. Leistungsstörungen

4.1 Grundlagen

Der Begriff der Leistungsstörung kann als ein Sammelbegriff aller Störungen 586 im Zusammenhang mit der Abwicklung von Verträgen gefasst werden.¹³⁸³ Eine Leistungsstörung liegt vor, wenn die vertraglich versprochene Leistung nicht, nicht im versprochenen Umfang oder nicht in der versprochenen Art erfüllt wird.¹³⁸⁴ Leistungsstörungen können in vielfältiger Form auftreten, namentlich als Nichtleistung aufgrund von Unmöglichkeit, als Schlecht- oder Späterfüllung sowie als Schuldner- oder Gläubigerverzug.¹³⁸⁵ Sieht das

1379 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 715.

1380 HÄNER, Umweltschutzvollzug, S. 607.

1381 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 718.

1382 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 718.

1383 HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 802.

1384 HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 802; vgl. Art. 97 Abs. 1 OR.

1385 HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 806.

kantonale Recht keine besonderen Bestimmungen vor und haben die Parteien auch nichts anderes vereinbart bzw. lässt sich ein anderweitiger hypothetischer Parteiwille nicht feststellen¹³⁸⁶, sollen sich die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts nach den Regeln des Obligationenrechts richten, die als «Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze» Anwendung finden.¹³⁸⁷ Der Anspruch von Gläubigern geht primär auf Realerfüllung und wird mit Leistungsklage geltend gemacht.¹³⁸⁸ Sind Schuldner nicht dazu in der Lage, (innert zumutbarer Zeit) zu leisten, wandelt sich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in einen Anspruch auf Schadenersatz um.¹³⁸⁹ Dieser kann je nach Art der Störung auf den Ersatz des positiven Interesses gehen – der Gläubiger bzw. die Gläubigerin ist dann so zu stellen, wie wenn die Vertragsverletzung ausgeblieben wäre¹³⁹⁰ – oder auf das negative Interesse – in diesem Fall hat der Gläubiger bzw. die Gläubigerin Anspruch auf Ersatz allenfalls nutzlos gewordener Aufwendungen.¹³⁹¹ Nach HÄNER hat das Gemeinwesen, das seine Leistung verweigern will, aufgrund der Bindungen an das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot die private Partei zunächst zu mahnen, die Leistungsverweigerung zu begründen, und allenfalls auch auf Rechtsschutzmöglichkeiten hinzuweisen. Dem Klageverfahren wird hierdurch ein Vorverfahren vorgeschaltet.¹³⁹² Soweit das kantonale Recht das Beschwerdeverfahren vorsieht, wird der Rechtsweg bei Leistungsstörungen über eine anfechtbare Verfügung geöffnet.

4.2 Grenzen des privatrechtlichen Leistungsstörungenrechts

587 Für verwaltungsrechtliche Verträge erweist sich das Schadensersatzregime des Obligationenrechts, soweit der Staat Gläubiger ist, nur bedingt als geeignet. Als positiven Schaden im Sinne des Leistungsstörungenrechts kann der Gläubiger bzw. die Gläubigerin gemäss Differenzhypothese nämlich nur jenen Betrag geltend machen, der sich aus der Gegenüberstellung der hypothetischen Vermögensposition bei ordnungsgemässer Erfüllung des Vertrags und

1386 MÜLLER-TSCHUMI, Leistungsstörungen, S. 67, 69, vgl. S. 74.

1387 BGE 122 I 328, E. 7b; vgl. Rz. 560.

1388 HÄNER, Verfahrensfragen, S. 50; HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 810.

1389 WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis Bd. I, Rz. 3024.

1390 HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 873.

1391 HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 874.

1392 HÄNER, Verfahrensfragen, S. 51. In diesem Zusammenhang weist HÄNER darauf hin, dass die Einführung eines solchen Verfahrens dem Gesetzgeber vorbehalten sein sollte (a.a.O., S. 52). Der Kanton Aargau hat mit § 6i VRPG ein dem Klageverfahren vorangestelltes Vorverfahren verwirklicht.

der tatsächlichen Vermögensposition errechnet. Die Differenzhypothese setzt also an der wertmässigen Erfassung zweier Zustände an. Demgegenüber sucht der Staat durch vertragliche Absprachen öffentliche Interessen zu erfüllen, deren Wert sich meist nicht oder nur schwer beziffern lässt. Und selbst wenn ein Schaden gemäss Differenzhypothese vorliegt und dieser vom Schuldner bzw. der Schuldnerin ausgeglichen wird, ist dadurch noch nicht garantiert, dass das vertraglich verfolgte öffentliche Interesse erreicht werden kann.¹³⁹³

4.3 Bedeutung für städtebauliche Verträge

Das Problem zeigt sich im Zusammenhang mit städtebaulichen Verträgen 588 zunächst für vertragliche Baupflichten, durch deren Verletzung kein Schaden im Sinne der Differenzhypothese entsteht. Es zeigt sich weiter bei Mehrwertausgleichsverträgen, mit denen die privaten Vertragsparteien Sachleistungen versprechen, auf welche der Staat nicht ohne weiteres Zugriff hat. Auch wenn bei einer Leistungsstörung, etwa einer verschuldeten Unmöglichkeit, ein Schaden gemäss Differenzhypothese vorliegt, weil die Höhe der geschuldeten Leistung beziffert werden kann, geht die mit dem Mehrwertausgleichsvertrag intendierte Erfüllung eines konkreten öffentlichen Interesses fehl, wenn Naturalersatz nicht infrage kommt und der Anspruch des Staates als Gläubiger auf Schadensersatz geht. Vor diesem Hintergrund zeigt sich die Bedeutung eines vertraglichen und/oder gesetzlichen Sanktionsregimes, das auf die Durchsetzung der mit städtebaulichen Verträgen verfolgten raumplanerischen Ziele gerichtet ist.¹³⁹⁴

1393 ADANK, *Contrat de planification*, Rz. 722 f. sowie 732 ff.

1394 Vgl. MÜLLER-TSCHUMI, *Leistungsstörungen*, S. 70, 86.

Zusammenfassung

1. Kooperative Planungen sind potente Verfahren zur aktiven Steuerung städtebaulicher Entwicklungen

589 Kooperative Planungen sind Planungen, die für eine rechtskonforme Raumordnung in der Regel nicht erforderlich sind und auf welche die privaten Kooperationsparteien keinen Anspruch haben, die aber dennoch angestrebt werden, weil sie für die Beteiligten vorteilhaft sind. Während die privaten Akteure von einer besseren Nutzung ihrer Grundstücke profitieren, gewinnen die staatlichen Akteure über die Begleitung der Planungen und diesbezügliche Absprachen an *Einflussmöglichkeiten* auf das Ob und das Wie der baulichen Realisierung dieser Grundstücke. Kooperative Planungen stellen damit einen potenten Ansatz zur Steuerung einer qualitätsvollen Siedlungsentwicklung dar.

2. Kooperative Planungen sind gekennzeichnet durch das Zusammenspiel von kooperativ erarbeiteten (Sonder-)Nutzungsplänen und städtebaulichen Verträgen

590 Kooperative Planungen werden typischerweise in Form von projektbezogenen Sondernutzungsplänen als Spezialbauordnungen für kleinräumige Areale realisiert. Die Inhalte dieser Pläne werden im Dialog zwischen Staat und Privaten entwickelt. Sie beruhen auf dem Konsens der beteiligten Akteure, erwachsen durch diesen aber nicht in Rechtskraft. Ergebnis der Kooperation bildet vielmehr ein Planentwurf, der erst mit dem einseitig-hoheitlichen Akt des Planerlasses Rechtskraft erlangt. Die *kooperative Genese der Planinhalte* ist mit der *einseitig-hoheitlichen Form* als Hülle folglich nicht kongruent.

591 Der Planentwurf stellt eine *informelle Absprache* dar, die das informelle Vorverfahren abschliesst und als Zwischenspeicher der von den Kooperationsparteien getroffenen Vereinbarungen der *Vorbereitung des förmlichen Verfahrens* dient. Im Laufe des Planerlassverfahrens, in dem der Planentwurf durch die Mitwirkung der Bevölkerung, allfällige Einwendungen schutzwürdig betroffener Dritter, das Erlassorgan oder die kantonale Genehmigungsbehörde angepasst wird, erfährt die informelle Absprache insoweit eine stete Aktualisierung, als die private Kooperationspartei an dem Vorhaben festhält; andernfalls ist die Kooperation gescheitert. Mit ihrer Festsetzung binden kooperativ erarbeitete Nutzungspläne jede Grundeigentümerschaft, und zwar ungeachtet dessen, ob diese an der Kooperation beteiligt war oder nicht.

592 Kooperativ erarbeitete Nutzungspläne werden typischerweise von städtebaulichen Verträgen begleitet, d.h. von verwaltungsrechtlichen Verträgen

zwischen den Kooperationsparteien, die der *Erfüllung raumordnungsbezogener Aufgaben* dienen. Als formell-kooperative Form staatlichen Handelns ergänzen und sichern sie die Pläne, sind gegenüber diesen – da raumwirksame Tätigkeiten der Planungspflicht unterliegen – aber *akzessorischer Natur*. In der Regel handelt es sich um *unvollkommen zweiseitige Verträge*, mit denen die Privaten Leistungen in Erwartung eines bestimmten Plans zusichern, während die Behörden versprechen, sich nach besten Kräften für den Erlass dieses Plans einzusetzen. Die materielle Bezogenheit beider Rechtsakte wird typischerweise dadurch hergestellt, dass die Verträge unter der *Bedingung* geschlossen werden, der gemeinsam erarbeitete Nutzungsplan trete wie vereinbart in Kraft.

Zu den etablierten städtebaulichen Verträgen zählen Erschliessungsverträge. In jüngerer Zeit haben sich mit *vertraglichen Baupflichten* und *Mehrwertausgleichsverträgen* zwei weitere Typen städtebaulicher Verträge etabliert. Erstere verpflichten die Grundeigentümerschaften, ihre Grundstücke innert Frist zu realisieren. Sie gelten als wichtige Massnahme zur Baulandmobilisierung. Letztere regeln den Ausgleich planerischer Grundstücksmehrwerte. Organisatorische Fragen einer Planung werden in Rahmenverträgen geregelt. 593

3. Wesenskern kooperativer Planungen bilden die Schaffung und der Ausgleich planerischer Grundstücksmehrwerte

Kooperative Planungen sind stets durch ein *Synallagma* geprägt. Nur wenn die Parteien imstande sind, der jeweils anderen Partei ein überzeugendes Angebot zu unterbreiten, werden sie eine Kooperation eingehen. Ungeachtet dessen, welche Partei, Staat oder Private, die Planung anstösst, den Kern der Verhandlungen bilden die Einräumung einer planerischen Mehrausnutzung zugunsten eines Grundstücks durch das Gemeinwesen einerseits und der Ausgleich des hierdurch geschaffenen Grundstücksmehrwerts durch die Privaten andererseits. 594

Der Mehrwertausgleich kann in zweierlei Form erfolgen: Entweder als Mehrwertausgleich gemäss Art. 5 RPG, der als *Rechtsfolge* eines Planerlasses bzw. einer Planänderung konzipiert ist, oder durch nutzungsplanerische Massnahmen selbst, beispielsweise wenn für Bauvorhaben, die Wohnzwecken dienen, Anteile an preisgünstigem Wohnraum ausgeschieden werden. Diese Form des Mehrwertausgleichs kann als *«antizipiert»* bezeichnet werden, da sie zwar das Ergebnis der Verhandlungen der Kooperationsparteien ist, nicht aber Rechtsfolge, sondern Gegenstand der Planfestsetzung bildet. 595

4. Kooperative Planungen sind geprägt durch ein Verhältnis spezifisch gearteter Subordination

596 Kooperative Planungen sind durch ein Verhältnis spezifisch gearteter Subordination geprägt, das sich aus der *Abhängigkeit der privaten Kooperationspartei vom Staat* als alleinigem «Anbieter» von Planungen speist. Gemäss Art. 2 RPG ist die Raumplanung dem Staat vorbehalten. Den privaten Akteuren fehlt folglich eine marktmässige Alternative zum «Angebot» des Staates. Existiert für ein Grundstück eine Grundordnung, besteht zudem kein Anspruch auf eine planerische Massnahme. Vielmehr steht es den Planungsträgern frei, ob sie für eine kooperative Planung Hand bieten oder nicht. Die Privaten unterliegen damit einem *faktischen Kontrahierungszwang*, d.h. einem rechtlich relevanten faktischen Zwang, der geeignet ist, ihre Willensfreiheit zu beschränken. Mit diesem geht die Gefahr der Übervorteilung durch den kooperativ handelnden Staat einher. Wollen die privaten Akteure einen (Sonder-)Nutzungsplan erwirken, müssen sie sich letztlich den Bedingungen der Behörden unterwerfen.

5. Kooperative Planungen bedürfen der materiellrechtlichen Einhegung – erst dieser Ordnungsrahmen vermittelt echte Handlungsfreiheiten

597 Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für kooperatives Staatshandeln sind vor allem für das verwaltungsvertragliche Handeln des Staates dogmatisch aufgearbeitet. Demnach sind verwaltungsrechtliche Verträge zulässig, wenn das Gesetz für die Vertragsform *Raum* lässt und die vertragliche Option gegenüber der Verfügung die *geeigneterere Handlungsform* zur Regelung eines Rechtsverhältnisses darstellt. Der Vertragsinhalt muss sich auf eine *genügende gesetzliche Grundlage* stützen können, durch öffentliche Interessen gedeckt und verhältnismässig sein. Diese Zulässigkeitsvoraussetzungen gelten im Grundsatz auch für informelle Absprachen, wobei Absprachen, die wie bei kooperativ erarbeiteten Plänen im förmlichen Verfahren in einen rechtsverbindlichen Akt überführt werden, den rechtlichen Anforderungen an diesen Rechtsakt genügen müssen. Wird der kooperativ handelnde Staat in Erfüllung öffentlicher Aufgaben tätig, ist er sodann an die Grundrechte und die verfassungsmässigen Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns, allen voran das Legalitätsprinzip und das Gleichheitsgebot, gebunden. Privatautonomie, verstanden als Abschluss-, Partnerwahl- und Inhaltsfreiheit, kommt ihm dagegen nicht zu.

598 Nicht abschliessend geklärt sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage kooperativen Staatshandelns. Mit dem Bundesgericht ist davon

auszugehen, dass die Anforderungen an die Normdichte (nicht Normstufe) gegenüber Verfügungen geringer sein können, wenn das Bedürfnis der privaten Handlungsadressatinnen und -adressaten nach *Rechtssicherheit und -gleichheit* aufgrund ihrer *Einwilligung* in das infrage stehende Rechtsverhältnis geringfügig erscheint. Die Einwilligung stellt allerdings nur dann ein taugliches Surrogat für eine genügend bestimmte Norm dar, wenn sie *freiwillig und informiert* erfolgt. Daran bestehen bei kooperativen Planungen, die im Schatten der Angebotsmacht des Staates stattfinden, allerdings insofern Zweifel, als die private Kooperationspartei nicht in der Lage ist, dieser Angebotsmacht eigene, in erster Linie ökonomische Verhandlungsmacht entgegenzusetzen.

Echte *Handlungsfreiheiten* gewinnen die privaten Akteure diesfalls nur, wenn die *Bedingungen*, an die der Staat den Erlass von (Sonder-)Nutzungsplänen und den Abschluss städtebaulicher Verträge knüpft, dem Grundsatz nach definiert sind und die Vertragsoption durch eine Verfügungsoption unterlegt ist, auf die sich die Parteien zurückziehen können (*Zwei-Schichten-Modell*). Trotz dieser weitreichenden gesetzlichen Einhegung besteht Spielraum für Verhandlungslösungen. Dieser betrifft die aus städtebaulicher Sicht besonders interessante *Form der Leistungserbringung*. Dagegen sind der Auslöser und der Umfang der Leistungspflichten dem Aushandlungsprozess der Parteien entzogen. 599

Der Regelungsmechanismus lässt sich anhand des vertraglichen *Mehrwertausgleichs* illustrieren: Ohne gesetzliche Vorgaben würde der Umfang der Gegenleistung für eine planerische Besserstellung das Ergebnis des Kräfteverhältnisses zwischen den Kooperationspartei, Staat und Privaten, abbilden. Dieses Ergebnis ist weder mit dem Legalitätsprinzip oder dem Gleichheitsgebot noch mit dem Bedürfnis nach demokratischer Legitimation staatlichen Handelns vereinbar: Der Mehrwertausgleich stellt eine *kostenunabhängige Kausalabgabe* dar, für deren Erhebung das *Legalitätsprinzip im Abgaberecht* gilt. Demnach sind die Essentialia der Abgabe formell-gesetzlich zu regeln. Sie stellen rechtliche Schranken dar, die für Vereinbarungslösungen keinen Raum lassen. Die Einwilligung der privaten Kooperationspartei vermag dabei weder das Bedürfnis nach einem Grundsatzentscheid des Gesetzgebers über das Ob und das Wie des Ausgleichs ersetzen, noch ist sie geeignet, dem Bedürfnis nach formaler *Gleichbehandlung*, das bei standardisierbaren Rechtsverhältnissen wie dem Mehrwertausgleich besteht, zu befriedigen. Selbst wenn man annimmt, dass es den Privaten freisteht, auf ihren Gleichbehandlungsanspruch bis zu einem gewissen Grad zu verzichten, muss man sich fragen, warum sie – ökonomische Rationalität vorausgesetzt – einer gegenüber Dritten vergleichsweise stärkeren Belastung zustimmen sollten. 600

Erklärbar ist dies nur mit einer Drucksituation, in der die Einwilligung gerade nicht freiwillig erfolgt und diese deshalb kein taugliches Surrogat einer genügend bestimmten Norm bildet. Immerhin kann der Gesetzgeber Spielraum in Bezug auf die Art der Leistungserbringung einräumen, so dass der Mehrwertausgleich nicht nur als Abgabe, sondern auch durch Sach- oder Dienstleistungen, wie die Abtretung von Land, erfolgen kann.

601 Die vorgenannten Überlegungen sind auch auf *planerische Massnahmen*, die dem *antizipierten Mehrwertausgleich* dienen, übertragbar, wobei der Anordnungsspielraum, der durch die Einwilligung der privaten Partei eröffnet wird, ohnehin beschränkt sein dürfte. Zwar räumt das Raumplanungsrecht den Planungsträgern in Bezug auf die örtliche Zuweisung von Nutzungen erheblichen Ermessensspielraum ein. Es definiert mit spezifischen Nutzungskategorien und Bauweisen zugleich aber harte gesetzliche Schranken, die nicht disponibel sind bzw. für Verhandlungslösungen keinen Raum lassen.

602 Der skizzierte Ordnungsrahmen dient nicht nur dem Schutz der Willensfreiheit der Privaten, sondern zugleich dem Schutz der Unabhängigkeit planerischer Entscheide. Bedeutung kommt ihm zu, wenn sich die Machtverhältnisse verkehren, weil die Privaten der strukturell begründeten Verhandlungsmacht des Staates *ökonomische Verhandlungsmacht* entgegensetzen können. Sind die Anforderungen an eine kooperative Planung diesfalls im Grundsatz definiert und den Verhandlungen damit entzogen, kommt das Gemeinwesen nicht in Bedrängnis, Zugeständnisse machen zu müssen, die dem Gleichheitsgebot oder einer rationalen Planung entgegenstehen. Zudem wird der allfällige Vorwurf der Käuflichkeit planerischer Entscheide von vornherein ausgeräumt.

6. Kooperative Planungen bergen besondere verfahrensrechtliche Risiken bzw. Herausforderungen

603 Kooperative Planungen sind durch eine *Stufung* des Planerlassverfahrens gekennzeichnet, weil dem förmlichen Verfahren (inkl. Mitwirkung der Bevölkerung und eines allfälligen Einwendungsverfahrens) ein *informelles Vorverfahren* vorausgeht. Während das förmliche Verfahren mit der Festsetzung eines Nutzungsplans als rechtsverbindlichem Entscheid abschliesst, mündet das informelle Vorverfahren in *informelle Absprachen* der Kooperationsparteien über den Gegenstand und die Bedingungen der Planfestsetzung. Diese sind zwar rechtlich unverbindlich. Sie entfalten aber *faktische Bindungswirkungen*, die sich aus der Erwartung der Beteiligten auf einen Vorteil speisen und das Risiko bergen, berechnigte öffentliche und Drittinteressen mit dem Planerlass unzulässig zu verkürzen. Das Risiko besteht auch deshalb, weil der informelle Austausch der Kooperationsparteien mit der Gefahr des *«Capture» der Behör-*

den und des *asymmetrischen Distanzabbaus* einhergeht, d.h. mit den Phänomenen, dass es den privaten Akteuren im Lauf der Verhandlungen gelingt, die Behörden für ihre Anliegen einzunehmen, und die Behörden die gemeinsam erarbeitete Lösung zunehmend gegenüber äusseren Störfaktoren abschotten.

Neben dem Schutz berechtigter öffentlicher und Drittinteressen stellt – da der Aushandlungsprozess durch ein Verhältnis spezifisch gearteter Subordination geprägt ist – der *verfahrensrechtliche Schutz der privaten Kooperationspartei* eine besondere Herausforderung dar. Der adäquate Einbezug schutzwürdig betroffener Dritter in das nichtstreitige Planerlassverfahren ist mit Blick auf das verfahrensrechtliche Gleichheitsgebot am Schutzniveau der privaten Kooperationspartei auszurichten. Analoge Fragen stellen sich auch für das Vertragsabschlussverfahren. 604

7. Für die Richtigkeit kooperativer Planungen sind verfahrensrechtliche Kompensations- und Sicherungsmassnahmen im Planerlassverfahren erforderlich

Die dezidiert auf den Ausgleich widerstreitender Interessen ausgelegte Raumplanung erfährt durch den *Einbezug weniger* eine gewisse Unwucht. Im Interesse ausgewogener Entscheide und um den mit einer Kooperation einhergehenden Gefahren entgegenzuwirken, sind *Kompensations- und Sicherungsmassnahmen* im nichtstreitigen Planerlassverfahren erforderlich, die dazu beitragen, den berechtigten öffentlichen und Drittinteressen zum Durchbruch zu verhelfen. Das Bedürfnis nach verfahrensrechtlicher Sicherung ist auch deshalb gross, weil das Raumplanungsrecht aufgrund der Vielgestaltigkeit räumlicher Strukturen vergleichsweise offen normiert ist und das Planerlassverfahren *Garant richtiger Entscheide* ist. Der Grad der Formalisierung insbesondere des informellen Vorverfahrens stellt hierbei einen schwierigen Balanceakt dar, für den es das Bedürfnis nach einem rechtsstaatlich tragfähigen Verfahren mit jenem nach raschen und flexiblen Entscheiden abzuwägen gilt. 605

Leitmotiv für das kooperative Planerlassverfahren ist die konsequente *Herstellung von Transparenz* über die kooperative Genese des Planentwurfs im Mitwirkungs- und Einwendungsverfahren, die es der Bevölkerung sowie betroffenen Dritten ermöglicht, sachgerecht Stellung zu nehmen. Neben dem Planentwurf ist deshalb de lege ferenda auch der *Planungsbericht gemäss Art. 47 RPV im Entwurf* öffentlich aufzulegen bzw. sind die relevanten Informationen den Berechtigten in geeigneter Form zugänglich zu machen. An den Planungsbericht sind dabei hohe Anforderungen zu stellen. Darzulegen sind die Resultate des informellen Vorverfahrens in summarischer Form, im Kern also das Verhältnis von planerischer Mehrausnützung und der hierfür zu erbringenden Gegenleistung der privaten Partei; ferner, inwieweit allenfalls 606

widerstreitende öffentliche und Drittinteressen im Vorverfahren berücksichtigt und in der Interessenabwägung verarbeitet wurden; sowie nicht zuletzt eine Folgenabschätzung des Vorhaben betreffend. Dieselben Anforderungen sind an die öffentliche Planaufgabe als Ausgangspunkt des Rechtsmittelverfahrens zu stellen.

607 Weiter ist der *unzulässigen Vorbefassung* von Behördenmitgliedern, die das Risiko unsachgemässer Entscheide birgt, *entgegenzuwirken*. Diese kann aus der Stufung des Planerlassverfahrens resultieren und betrifft typischerweise die Fachbehörde, die in Vorbereitung planerischer Entscheide Verhandlungen mit den Privaten führt, zugleich aber das förmliche Verfahren, inklusive Beschlussantrags an das Erlassorgan, verantwortet. Mit dem Bundesgericht ist von einer *unzulässigen Vorbefassung* jedenfalls dann auszugehen, wenn Behörden beratend tätig werden. Ein Mittel, unzulässige Vorbefassung zu vermeiden, ist in *städtebaulichen Wettbewerben* zu sehen, für welche die Kooperationsparteien zwar Rahmenbedingungen definieren, deren Ergebnisse aber von unabhängigen Jurys beurteilt werden. Das grösste Mass an Unabhängigkeit böte ein Verfahren, in dem Behörden und Private zunächst ihre Erwartungen an eine Planung austauschen und Eckpfeiler definieren, die Planerarbeitung dann aber von Fachkommissionen ohne entscheidungsvorbereitende Funktion begleitet wird. Das informelle würde hierdurch vom förmlichen Verfahren weitgehend organisatorisch getrennt werden – freilich auf Kosten interessanter städtebaulicher Lösungen. Zudem setzt ein solches Verfahren die Berechtigung der Privaten voraus, Planentwürfe zuhänden des Erlassorgans autonom zu erstellen.

608 Mit Blick auf die *Gestaltungsmöglichkeiten des Planerlassorgans* ist festzustellen, dass sich diese bei kooperativ erarbeiteten Plänen – die im Zusammenspiel mit städtebaulichen Verträgen den meist fein austarierten und deshalb schwer abänderbaren Kompromiss der Kooperationsparteien abbilden – faktisch auf die *kritiklose Zustimmung* zum Planentwurf oder dessen *umfassende Ablehnung* beschränken. Diese Situation befriedigt deshalb nicht, weil sich das Erlassorgan durch die kooperative Methode in seinem politischen Gestaltungsanspruch beschnitten sehen wird, während sich die Kooperationsparteien am Ende eines meist ressourcenintensiven Planungsprozesses mit einer Alles-oder-nichts-Entscheidung konfrontiert sehen. Da planerische Vorhaben aber der umfassenden Interessenabwägung bedürfen und sequenzielle Entscheide deshalb kaum möglich sind, bleibt den Parteien nur, für breite politische Akzeptanz zu werben, namentlich, indem sie das Erlassorgan frühzeitig informieren und die Bevölkerung auch über partizipative Ansätze breit einbinden. Der Planentwurf sollte ferner der *kantonalen Genehmigungsbehörde zur Vorprüfung* vorgelegt werden. Mit dem positiven

Vorprüfungsbericht erhält das Erlassorgan die Bestätigung einer unabhängigen Instanz, dass die Planung trotz kooperativer Genese im Einklang mit dem Recht steht, was Vertrauen schafft.

Aus Gründen *prozessualer Chancengleichheit* ist sodann betroffenen 609
Dritten das *rechtliche Gehör bereits* im nichtstreitigen Planerlass- und nicht erst – eine Besonderheit der Raumplanung – im Rechtsmittelverfahren zu gewähren. Das Erfordernis besteht, weil der für kooperative Planungen typische informelle Austausch zwischen den staatlichen und den privaten Kooperationsparteien eine *Ausschlusswirkung* gegenüber Dritten entfaltet: Während die private Kooperationspartei weitreichende Mitwirkungsmöglichkeiten geniesst, die zum Teil *funktionale Äquivalente zum Gehörsanspruch* bilden, bleibt die Teilhabe der übrigen Parteien ohne ergänzende Vorkehrungen auf die Mitwirkung der Bevölkerung und allenfalls die politische Teilhabe als Stimmberechtigte beschränkt. Dieser Einbruch in das verfahrensrechtliche Gleichheitsgebot zulasten Dritter wiegt besonders schwer, weil die Vorbringen Dritter im Rechtsmittelverfahren meist nur bei schweren Rechtsfehlern durchdringen. Sieht man von deren Einbezug in das informelle Vorverfahren aus zweckrationalen und verfahrensökonomischen Gründen ab, ist ihnen, soweit das kantonale Recht dies nicht ohnehin vorsieht, das rechtliche Gehör im förmlichen Verfahren zu gewähren. Ein Einwendungsverfahren bietet sich hierfür an.

Da kooperative Planungen durch ein Abhängigkeitsverhältnis der *privaten Kooperationspartei* zum Staat geprägt sind, besteht auch ein Bedürfnis 610
nach *verfahrensrechtlichem Schutz* dieser Partei und müssen die verfassungsmässigen Verfahrensgarantien auch für sie greifen. Jedenfalls können ihr die Garantien nicht leichthin mit dem Argument versagt werden, sie könne ihre Zustimmung zu einer Absprache jederzeit verweigern. Zugleich soll sich der Staat durch die Wahl einer kooperativen Handlungsform nicht eines Mindestmasses an prozeduraler Fairness entziehen können. Ansonsten würde die Möglichkeit zur Kooperation durch den Verzicht auf verfahrensrechtlichen Schutz teuer erkaufte werden. Die Reichweite der Verfahrensgarantien mit dem Gehörsanspruch als deren Kern, der ein Gegengewicht zur staatlichen Anordnungsautorität bildet, richtet sich nach dem konkreten Schutzinteresse der Betroffenen. *Teilaspekte des Gehörsanspruchs*, namentlich der Anspruch auf individuelle Anhörung, Begründung sowie Beweiserhebung, werden dabei durch die für kooperative Planungen *typischen Kommunikationsstrukturen im informellen Vorverfahren* befriedigt. *Ergänzende Vorkehrungen* sind in Bezug auf den Anspruch auf Akteneinsicht erforderlich sowie den Anspruch, zu Sachverhaltsaspekten, die im förmlichen Verfahren erstmals bekannt gewordenen sind, gehört zu werden.

8. Städtebauliche Verträge bedürfen zu ihrer Rechtmässigkeit verfahrensrechtlicher Vorkehrungen

611 Im Unterschied zum Planerlass- oder Verfügungsverfahren erfolgt das Planerlassverfahren weitgehend formfrei. Aufgrund des Verhältnisses spezifisch gearteter Subordination besteht aber auch hier ein *verfahrensrechtliches Schutzbedürfnis der privaten Partei*, das mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs befriedigt wird. Wiederrum bilden die der Kooperation inhärenten Kommunikationsstrukturen funktionale Äquivalente für die meisten Teilaspekte des Gehörsanspruchs. Fraglich ist jedoch, ob die Behörden im Rahmen der Verhandlungen *Akteneinsicht* gewähren und sich mithin «in die Karten schauen» lassen müssen. Für Verträge, die wie städtebauliche Verträge in unmittelbarer Erfüllung öffentlicher Aufgaben geschlossen werden, lautet die Antwort «Ja» – und zwar deshalb, weil die Vertragsverhandlungen diesfalls nicht von der Durchsetzung von Partialinteressen geprägt und den Rationalitäten des Marktes unterworfen sind, sondern möglichst sachgerechte Entscheide hervorbringen sollen. Der Gehörsanspruch ist im Lichte dieses Diskursideals zu sehen, weshalb der privaten Kooperationspartei Akteneinsicht zu gewähren ist.

612 Die wohl grösste Herausforderung für verwaltungsvertragliche Verfahren bildet die Einbindung schutzwürdig betroffener Dritter, deren Interessen im Zuge der Vertragsverhandlungen naturgemäss nicht berücksichtigt werden. Obwohl die Vertragsparteien nur Leistungspflichten begründen können, die sie binden, ist nicht ausgeschlossen, dass Verträge die rechtlichen oder tatsächlichen Interessen Dritter schutzwürdig berühren. Dies ist namentlich der Fall, wenn ein Rechtsverhältnis auch in einem Verfügungsverfahren hätte konkretisiert werden können, in dem den betreffenden Dritten Parteistellung zugekommen wäre. Damit sich der Staat durch die Wahl seiner Handlungsform seiner verfahrensrechtlichen Pflichten abermals nicht entziehen kann, darf er sich verwaltungsrechtlicher Verträge nur bedienen, wenn die Rechte Dritter gewährleistet sind. Dass deren Einbezug das Verfahren belastet, ist mit Blick auf das verfahrensrechtliche Fairnessgebot hinzunehmen.

613 In der Literatur werden verschiedene Wege aufgezeigt, wie der Einbezug Dritter *de lege ferenda* erfolgen kann: erstens durch die Verwirklichung der Zwei-Stufen-Theorie, nach der die Offerte des Staates als Ergebnis der behördeninternen Willensbildung als anfechtbarer Akt ausgestaltet wird; zweitens, indem verwaltungsrechtliche Verträge unter den *Zustimmungsvorbehalt* betroffener Dritter gestellt werden, wodurch diesen jedoch faktisch ein *Vetorecht* einräumt wird, welches geeignet ist, Verfahrensabläufe zu erschweren und Drittinteressen überzubetonen; und drittens durch die Zwei-Stufen-Theorie,

die um die Anhörung Dritter im Aushandlungsprozess angereichert wird und unter dem Aspekt verfahrensrechtlicher Chancengleichheit deshalb überzeugt.

Für städtebauliche Verträge, die auf Nutzungspläne Bezug nehmen, ist der verfahrensrechtliche Schutz Dritter in der Regel weniger virulent, da dieser – soweit Drittinteressen überhaupt tangiert sind – typischerweise im Planerlass- bzw. im anschliessenden Baubewilligungsverfahren gewährleistet ist. 614

9. Planerlass- und Vertragsabschlussverfahren sind zu koordinieren

Soweit städtebauliche Projekte nicht nur in (Sonder-)Nutzungspläne, sondern auch in städtebauliche Verträge münden, ist das Planerlass- mit dem Vertragsabschlussverfahren zu koordinieren. Im Interesse grösstmöglicher Transparenz und als Voraussetzung dafür, dass sich die verschiedenen Anspruchsgruppen (Bevölkerung, Dritte, Erlassorgan, kantonale Genehmigungsbehörde) ein umfassendes Bild über das planerische Vorhaben machen und dessen Rechtmässigkeit sowie politische Opportunität beurteilen können, ist das *Regelwerk de lege ferenda als Ganzes zu publizieren*. Das betrifft das Mitwirkungs- und das Einwendungsverfahren sowie die öffentliche Auflage der Pläne. Dabei steht die vollständige Offenlegung städtebaulicher Verträge unter dem Vorbehalt überwiegender Geheimhaltungsinteressen der privaten Vertragspartei. 615

10. Die verfahrensrechtlichen Vorkehrungen im Planerlass- und Vertragsabschlussverfahren bedürfen einer Entsprechung im Rechtsschutzverfahren

Die Methode der Kooperation ändert an den Fehlerfolgen und am gesetzlichen Rechtsschutz in Bezug auf Nutzungspläne grundsätzlich nichts. Gleichwohl gilt es, den Besonderheiten kooperativer Planungen bei der Ausgestaltung eines möglichst *wirksamen Rechtsschutzes* Beachtung zu schenken, namentlich der Gefahr, dass aufgrund des informellen Vorverfahrens sachfremde Aspekte Eingang in die Interessenabwägung finden und relevante öffentliche und berechnete Drittinteressen verkürzt werden, sowie ferner dem Bedürfnis der privaten Kooperationspartei nach Rechtsschutz in Bezug auf materiell- und verfahrensrechtliche Fehler, die im informellen Vorverfahren auftreten. 616

Der Gefahr der Verkürzung relevanter öffentlicher und Drittinteressen kann das Gericht im Rechtsmittelverfahren zunächst dadurch begegnen, dass es die *Anforderungen an die Begründung einer Beschwerde reduziert* und beschwerdelegitimierten Personen damit erleichterten Zugang zum Rechtsschutz gewährt. Sodann sind die *Folgen mangelnder Beweisbarkeit* von Vorbringen in Bezug auf das informelle Vorverfahren *dem Gemeinwesen aufzubürden*. 617

Einer nur lückenhaften Dokumentation des Vorverfahrens kann das Gericht eine *erhöhte Kontrolldichte in Bezug auf Ermessensentscheide* entgegensetzen und die materielle Prüfung eines Nutzungsplans zudem gezielt auf die Frage richten, inwieweit *widerstreitende öffentliche und Drittinteressen* im informellen Vorverfahren berücksichtigt bzw. im förmlichen Verfahren *verarbeitet* wurden sind. Besonderes Augenmerk der richterlichen Prüfung ist schliesslich auf die *objektive Unabhängigkeit* der an der Planung beteiligten Amtspersonen zu legen, die ein wichtiger Faktor für die Richtigkeit planerischer Entscheide ist. Ein *ideelles Verbandsbeschwerderecht* kann den öffentlichen Interessen zum Durchbruch verhelfen, muss aber im kantonalen Recht vorgesehen sein.

618 Die *privaten Kooperationsparteien* haben ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis in Bezug auf das *informelle Vorverfahren*, namentlich wenn die Behörden in Ausübung ihrer strukturell bedingten Verhandlungsmacht planerische Massnahmen fordern, die einer genügenden gesetzlichen Grundlage entbehren. Bleibt die informelle Konfliktlösung erfolglos, sollen die Privaten im Interesse einer raschen Klärung der streitigen Fragen und zum Schutz der Verhandlungen nicht auf den Rechtsschutz nach dem Erlass eines Plans vertröstet werden, sondern unmittelbar gegen die Forderung der Behörden vorgehen können. Der Rechtsweg führt über die *Realaktanfechtung*. Er setzt voraus, dass die Privaten durch das staatliche Handeln in ihren Rechten und Pflichten schutzwürdig berührt sind. Das schutzwürdige Interesse ist für kooperative Planungen insoweit gegeben, als der Verhandlungsprozess der Parteien ohne die Klärung der strittigen Frage ins Stocken geraten und ergebnislos abgebrochen würde. Fordert der Staat mehr ein, als rechtlich zulässig ist, und knüpft er sein weiteres Tätigwerden daran, greift dies zudem in die Eigentumsposition der Privaten ein, mithin in deren Rechte und Pflichten. Dringen die Privaten mit ihrem Begehren im Rechtsmittelverfahren durch, müssen die Behörden ihre *Verhandlungsposition revidieren*. Dabei sind sie an ihren Entscheid, Verhandlungen aufzunehmen, insofern gebunden, als ein Abbruch nur aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist und folglich nicht willkürlich erfolgt. Der Rechtsschutz wäre ansonsten unbehelflich. Analoges gilt für die Geltendmachung von Verfahrensfehlern.

619 Für das *Vertragsabschlussverfahren* gilt, dass die Parteien den Rechtsweg mit ihrer Einwilligung in einen Vertrag grundsätzlich ausschliessen wollen. Untersteht die private Partei jedoch einem rechtlich relevanten Kontrahierungszwang, weil die durch den Staat geforderte Leistung einer genügenden gesetzlichen Grundlage entbehrt, und ist ihre Einwilligung deshalb nicht freiwillig erfolgt, kann sie den Vertrag infolge *ursprünglicher Rechtswidrigkeit* anfechten. Sie läuft dabei freilich Gefahr, sich *treuwidriges Verhalten*

entgegenhalten lassen zu müssen, sofern sie den Fehler vor Vertragsschluss kannte. Für einen wirksamen Schutz vor Übervorteilung ist den Privaten deshalb der Rechtsweg vor Vertragsschluss zu öffnen, wobei sich hierfür die im Zusammenhang mit dem Drittrechtsschutz diskutierte *Zwei-Stufen-Theorie* anbietet. Wird der materiellrechtliche Fehler hingegen erst nach Vertragsschluss erkannt, greift das Klage- bzw. Anfechtungsverfahren. Über den Bestand des Vertrags ist diesfalls anhand der Widerrufskriterien zu entscheiden. Bei *verfahrensrechtlichen Fehlern* haben die Privaten vor Vertragsschluss analog zur Geltendmachung materiellrechtlicher Fehler vorzugehen und, soweit die informelle Konfliktlösung erfolglos bleibt, eine negative Verfügung zu verlangen, die ihnen den Rechtsweg öffnet. Nach Vertragsschluss steht wiederum das Klage- bzw. Anfechtungsverfahren offen.

Der *Rechtsschutz Dritter* erfolgt im Vertragsabschlussverfahren über den gestaffelten Einbezug derselben und deren Möglichkeit, bei Bedarf eine anfechtbare Verfügung zu erwirken. Wird der Fehler erst nach Vertragsabschluss erkannt, ist die Lage Dritter im Klageverfahren mangels Aktivlegitimation allerdings prekär. Da der Rechtsweg bei einem ausgewiesenen Rechtsschutzinteresse aber nicht verweigert werden darf, wird die Aktivlegitimation zur Einreichung einer Gestaltungsklage zu bejahen sein. 620

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich hat vorliegende Arbeit am 30. September 2020 auf Antrag von Prof. Dr. iur. Alain Griffel und Prof. Dr. iur. Daniela Thurnherr Keller LL.M. als Dissertation angenommen und mit dem Prädikat «magna cum laude» versehen.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzesmaterialien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

sui generis Buchreihe

herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen

In dieser Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher dieser Reihe erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum auf der folgenden Seite angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, sondern den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Bisher in der *sui generis* Reihe erschienen:

- 001 — **Monika Simmler:** Normstabilisierung und Schuldvorwurf
- 002 — **Marc Thommen:** Introduction to Swiss Law
- 003 — **Silvio Hänsenberger:** Die zivilrechtliche Haftung für autonome Drohnen unter Einbezug von Zulassungs- und Betriebsvorschriften
- 004 — **Mais A.M. Qandee:** Enforcing Human Rights of Palestinians in the Occupied Territory
- 005 — **Moritz Oehen:** Der Strafläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren
- 006 — **Jens Lehne:** Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?
- 007 — **Lorenz Garland:** Waffengleichheit im Vorverfahren
- 008 — **Christoph Urwyler:** Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug
- 009 — **Dominik Elser:** Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben
- 010 — **David Henseler:** Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private
- 011 — **Lorenz Raess:** Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration
- 012 — **Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber:** Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht
- 013 — **Emanuel Bittel:** Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht
- 014 — **Stephan Bernard:** Was ist Strafverteidigung?
- 015 — **Frédéric Erard:** Le secret médical
- 016 — **Valentin Botteron:** Le contrôle des concentrations d'entreprises
- 017 — **Monica Pfyffer:** Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen
- 018 — **Kristin Hoffmann:** Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*, herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen.

1. Auflage 23. Mai 2021

© 2021 Kristin Hoffmann

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers erfordert (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



Die vorliegende Dissertation wurde durch Beiträge aus dem Forschungskredit «Candoc» der Universität Zürich unterstützt.

Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

ISBN: 978-3-907297-18-6

DOI: 10.38107/018

Korrektorat: Christoph Meyer

Gestaltung: Müller+Hess, Basel

Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

KOOPERATIVE RAUMPLANUNG HANDLUNG UND VERFAHREN

Kooperative Planungen stellen einen potenten Ansatz zur Steuerung einer qualitätsvollen Siedlungsentwicklung nach innen dar. Mit der Kombination aus (Sonder-)Nutzungsplänen und städtebaulichen Verträgen setzen sie dort an, wo die traditionelle Raumplanung mangels Absprachen mit Grundeigentümerschaften oder Investoren eine angestrebte Raumordnung nicht zuverlässig hervorzubringen vermag. Während die Privaten von einer besseren Nutzung ihrer Grundstücke profitieren, gewinnt der Staat an Einfluss auf das «Ob» und «Wie» der baulichen Realisierung dieser Grundstücke.

Der erheblichen städtebaulichen Bedeutung kooperativer Planungen stehen rechtsstaatliche Bedenken an der Methode gegenüber. Kooperative Planungen laufen Gefahr, berechnete öffentliche und Drittinteressen zu verkürzen und die private Kooperationspartei aufgrund der Angebotsmacht des Staates im Bereich der Raumplanung zu übervorteilen.

Dieses Buch zeigt Wege auf, wie kooperative Planungen nach rechtsstaatlichen Massstäben ausgestaltet und dadurch gestärkt werden können.

sui generis

ISBN 978-3-907297-18-6

DOI 10.38107/018