

# ÜBERBAUUNGSORDNUNGEN DURCH KOOPERATION VON STAAT UND PRIVATEN

Alexander RUCH

Prof. Dr. iur. Alexander RUCH, Ordinarius für öffentliches Recht an der ETH Zürich

## 1 PROBLEMSTELLUNG : BÜRGERNÄHE UND FLEXIBILISIERUNG

### 1.1 Ausgangspunkt: Hoheitliche Gestaltung der Raumordnung

Die Entwicklung einer Stadtbauordnung ist eine öffentliche Aufgabe, zu deren Erfüllung grundsätzlich hoheitliche Instrumente einzusetzen sind. Einerseits werden Interessen der Allgemeinheit berührt und wahrgenommen, die in einem offenen, politischen Diskurs festgestellt und austariert werden müssen. Andererseits müssen zu Gunsten der Einzelnen (Grundeigentümer, Bauherrschaften, Investoren, je auch als Drittbetroffene) nach allen Seiten Transparenz und Sicherheit der Entscheidungen gewährleistet sein. Unter beiden Gesichtspunkten müssen die allgemeinen Verfahren der Entscheidungen und der Rechtsvorkehren (Beschwerdewege) für alle Betroffenen in gleicher Weisein beschriftet werden können. Diesen zentralen Anliegen der Demokratie und des Individualrechtsschutzes (Eigentumsgarantie, Rechtssicherheit) kann im Grunde nur durch hoheitliche und einseitige Akte des Staates (Raumordnungs- und Baugesetze, Flächenwidmungs- und Bebauungspläne, individuelle Verwaltungsakte) Genüge getan werden.

Freilich ist es längst geboten, dass die staatlichen Behörden, vorzugsweise der Exekutivebene, mit den betroffenen Privaten das Gespräch suchen, ihre Interessen ergründen, darauf eingehen und namentlich angedrohte behördliche Massnahmen erörtern. Umgekehrt geht der sorgfältige Grundeigentümer und Investor frühzeitig auf die Verwaltung zu, unterbreitet seine Vorstellungen, sucht nach Übereinstimmungen. Hier der Staat, der schlechthin von oben herab diktiert, dort der Private, der drohend den Staat unter Druck setzt, sind nicht überlebensfähige, sind überlebte Handlungsweisen. Sowohl das planende Gemeinwesen als auch die von Planung Betroffenen (und Begünstigten) suchen die Zusammenarbeit. Gewisse Kooperationen (informeller wie formeller Art) sind also längst existent. Dennoch spielt die hoheitlich-einseitige Planfestsetzung nach wie vor die zentrale Rolle und stellt das letztlich massgebende Instrument der Raumordnung und der Stadtentwicklung dar.

### 1.2 Optimierung der Steuerungsfunktion von Planungsakten

Die Steuerungswirkung der hoheitlich-einseitigen Planung ist begrenzt. Die vom Gemeinwesen für Bauland vorgesehenen und vorgeschriebenen Nutzungen werden häufig nicht realisiert, weil das Land beispielsweise als Kapitalanlage gehortet wird. Dadurch geht Bauland «verloren» und muss andernorts, meist zu Lasten unbebauter und eigentlich für andere Zwecke zu verwendender Flächen, neu geschaffen werden [9, S. 33]. Sodann besteht häufig keine Kongruenz zwischen den Vorstellungen des Gemeinwesens an einer bestimmten Stadtbauordnung und den Bedürfnissen der Eigentümer an einer bestimmten Nutzung ihrer Grundstücke. Einseitigkeit gibt es aber auch auf der Seite der Privaten: Zum Beispiel wird die Wahl von Standorten durch Betriebe und Investoren nicht selten durch kurzfristige, unmittelbare Nachfragedefinition gelenkt und wenig an weiten Horizonten der Betriebs- und Raumentwicklung ausgerichtet. Diese Mängel sollen durch Kooperation von Staat und Privaten zu beheben oder wenigstens zu mildern versucht werden.

Die klassischen Nutzungsordnungen sind Rahmenordnungen: Sie regeln die zulässigen Nutzungen. Damit steuern sie aber nur den Ausschluss der nicht erlaubten Nutzungen (Negativplanung). Sie können nicht gewährleisten, dass die vorgesehenen Nutzungen tatsächlich realisiert werden. Eine Positivplanung könnte etwa durch hoheitliche Regelungen angestrebt werden, die die Grundeigentümer in Pflicht nehmen, die durch Planung festgesetzten Nutzungen zu realisieren. So könnten in die Baugesetze allgemeine Nutzungspflichten aufgenommen werden; als Sanktion könnte zum Beispiel die Rückstufung der Grundstücke in einen Status von Nichtbauland vorgesehen werden. Denkbar wäre auch, dass die Planungsakte, die die Nutzungen für ein umgrenztes Areal festsetzten, selbst konkrete Nutzungspflichten vorsähen. Der mangelnden Steuerungsfähigkeit der hoheitlich-einseitigen Planung kann aber auch – unter Vermeidung neuer hoheitlicher, vielleicht auch unverhältnismässiger Regulierung (Verletzung der Eigentumsgarantie?) – durch anreizbildende Kooperationen zwischen Staat und Privaten entgegen gewirkt werden. Dadurch kann sich der hoheitliche Eingriff im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu einem «Interventionsminimum» [12, S. 974] reduzieren.

### 1.3 Gesellschaftlicher Wandel: Versuche des Ausgleichs und neues Bürgerverständnis

Der Wandel der Gesellschaft erfasst auch das Verhältnis von Staat und Privaten. Hier interessiert, dass die individuelle Bedürfnisverfolgung immer stärker hervortritt und kollektives Denken abgeschwächt wird. Damit einher geht eine veränderte Einschätzung der Stellung des Bürgers zum Staat. Das Konzept der Subordination des Bürgers unter den Staat: der Bürger als «Rechtsunterworfenen», weicht einem mehr partnerschaftlichen Verständnis des Verhältnisses von Staat und Privaten. Der Bürger bildet Ansprüche auf Teilhabe und Rücksichtnahme aus; der Staat erscheint ihm vermehrt in seiner dienenden Funktion. Der Staat seinerseits reagiert darauf mit einer Umorientierung der Verwaltungsführung und -tätigkeit an Kriterien der Dienstleistung, der Produkt- und Ergebnissteuerung, der Nutzensteuerung (New Public Management oder neuer: Public Management). Die Rechts- und Planverwirklichung ist dadurch nicht allein auf den Erlass hoheitlich-einseitiger Akte fokussiert, sondern erheischt den Einsatz wirkungsorientierter Instrumente, zu denen namentlich der Vertrag gerechnet wird.

### 1.4 Akzeptanzerfordernisse und Flexibilisierung der Problemlösung

Damit einher gehen Erfordernisse der Erleichterung und Flexibilisierung der Problemlösung. Man rechnet damit, dass Lösungen, die von den Betroffenen akzeptiert werden oder worden sind, leichter und schneller umgesetzt werden. Und: Wer akzeptiert, ist zur verzögernden Beschwerde nicht berechtigt. Hinzu kommt, dass die Vorstellung Raum gewinnt, dass starre Instrumente mit stark formalisierter Ausprägung durch bewegliche Formen abgelöst oder wenigstens ergänzt werden sollen. Dadurch sollen inhaltliche, zeitliche, soziale und finanzielle Beengungen aufgebrochen werden. Kooperatives Handeln ist schneller, bietet mehr Flexibilität und vermag deshalb die (wirtschaftlichen, sozialen, politischen) Kosten zu senken. Zu bedenken ist allerdings auch, dass einmal getroffene Planungsentscheide leichter abänderbar sind, wenn sie in hoheitliche Formen gegossen worden sind als wenn sie auf Vertrag beruhen, dessen Abänderung die Zustimmung der Vertragspartner voraussetzt.

## 2 VERFASSUNGSRECHTLICHE ANKNÜPFUNG

### 2.1 Offenheit und Geschlossenheit der Verfassung

Die Verfassung eines demokratischen Staates bildet dessen rechtliche Grundordnung. Sie begründet die staatliche Organisation als Rechtsgemeinschaft (Kurt Eichenberger) und schafft eine bestimmte Ordnung der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben, die sie konstituiert. Hierzu stellt sie die unerlässlichen Mittel und Instrumente zur Verfügung.

Eine offene Verfassung lässt bei gleichbleibendem Verfassungstext zeitgemässe Entwicklungen zu, die von den nachfolgenden Behörden (Gesetzgeber, Verwaltung, Gerichte), dem gesellschaftlichen Wandel folgend, ausgebildet werden können. Eine geschlossene Verfassung bietet demgegenüber keine Flexibilität, sondern normiert streng und abschliessend. Eine und dieselbe Verfassung kann offene und geschlossene Elemente und sämtliche Zwischenformen enthalten; ihre Normen sind einzeln danach zu befragen. Im Allgemeinen neigt das Verfassungsverständnis zur Annahme eher offener Verfassungsnormen.

### 2.2 Keine Vorausbestimmung der Handlungsformenwahl durch die Verfassung

Die Frage, ob von offener oder geschlossener Verfassung auszugehen ist, erweist sich als wegleitend für die nächste Frage, ob die Verfassung die Wahl der Handlungsformen vorweg eindeutig bestimmen muss. Wird die Frage bejaht, so können Gesetzgeber und Verwaltung kooperative Handlungsformen nur einsetzen, wenn dies von der Verfassung ausdrücklich erlaubt oder vorgeschrieben ist. In seinem Erkenntnis vom 13. Oktober 1999 zur Salzburger Vertragsraumordnung (G77/99, V29/99) hat der österreichische Verfassungsgerichtshof entschieden, dass eine zwingende Verknüpfung eines (privatrechtlichen) Vertrags mit der Erlassung von Raumordnungsplänen «vom System der Bundesverfassung nicht vorgesehen» sei. Daraus ist abgeleitet worden, mangels ausdrücklicher Zulassungsnorm verbiete die Verfassung den Einsatz von Verträgen in der Raumordnung. Indessen muss das genannte Erkenntnis anders gelesen werden: Es ist verfassungswidrig, dass der Abschluss eines Vertrags der Erlassung eines Planungsakts zwingend vorangehen muss, so dass infolge der Weigerung, einen Vertrag abzuschliessen, die Planungsmassnahme ausbleibt und dadurch verfassungsmässige Rechte (Eigentum, Rechtsgleichheit, Rechtsschutzgarantie) unverhältnismässig

eingeschränkt werden [19; 9, S. 87 ff.]. Es ging mit andern Worten nicht darum, dass das Planungsinstrumentarium in der Verfassung bestimmt geregelt sein muss, sondern um den generell geltenden Grundsatz, dass verfassungsmässige Rechte der Bürger durch Rechtsanwendung und -durchsetzung nicht in verfassungswidriger Weise eingeschränkt werden.

Es kann nicht Aufgabe der Verfassung sein, die Handlungsformen der Verwaltung im Einzelnen vorzuschreiben. Der Umstand allein, dass die Verfassung die Verwendung des Vertrags im Zusammenhang mit einer Planfestsetzung nicht vorsieht, kann nicht zur Unzulässigkeit der Massnahme führen. Namentlich im Planungsrecht muss just von Verfassungen wegen Offenheit darüber bestehen, wie die Ziele erreicht werden. Zentral ist indessen, dass den einzelnen Planungsmassnahmen und Planungsverordnungen ein Gesetz zugrunde liegen muss (Legalitätsprinzip).

### 2.3 Legalitätsprinzip

Art. 18 Abs. 1 des Bundes-Verfassungsgesetzes von Österreich (B-VG) enthält dieses Legalitätsprinzip; er schreibt vor, dass die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf. Art. 18 Abs. 2 B-VG bestimmt, dass jede Verwaltungsbehörde auf Grund der Gesetze innerhalb ihres Wirkungsbereiches Verordnungen erlassen kann; damit wird nur der sogenannten sekundären Rechtssetzung der Boden bereitet, die sich freilich als gesetzmässig erweisen muss. Die Verfassungen anderer demokratischer Rechtsstaaten regeln das Legalitätsprinzip in nicht wesentlich abweichender Weise. Jegliches Handeln der Verwaltung muss auf ein Gesetz zurückgeführt werden können.

Kooperatives Handeln von Staat und Privaten tritt in verschiedensten Formen auf, vom Aushandeln von Planinhalten im Vorfeld der Planfestsetzung bis zum planeretzenden Vertrag. Welche Formen müssen vom Gesetz vorbestimmt sein und in welcher Dichte und Bestimmtheit? Verlangt das Legalitätsprinzip eine gesetzliche Grundlage für Verständigungen, die von den Parteien im Vorfeld von Planfestsetzungsarbeiten gesucht werden? Solange die Kooperation sich auf die Vorbereitung von Planakten des Gemeinwesens beschränkt und selbst nicht in eigenständige Handlungsformen (z.B. den Vertrag) ausmündet, ist eine gesetzliche Grundlage nicht erforderlich. Soweit dagegen die Privaten Pflichten oder Rechte übernehmen sollen (Durchführung städtebaulicher Massnahmen, Finanzierungsleistungen), erscheint eine Gesetzesgrundlage unentbehrlich [8 für privatrechtliche Verträge]. Die Grenzziehung ist keineswegs eindeutig. Der Gesetzgeber regelt eher zu viel [14: Vergesetzlichung], wohl in der Annahme, dass die Neuheit des vertraglichen Instrumentariums in der Raumordnung und Stadtplanung Ausführlichkeit und Einlässlichkeit erwarten lasse. Zu weit geht der Gesetzgeber, der die Vertragsform nicht nur für die Ausarbeitung städtebaulicher Planungen zulässig erklärt, sondern auch noch für die einzelnen Berichte, die zur städtebaulichen Planung notwendig sind [1, S. 330].

Das Legalitätsprinzip stellt auch eine Schranke der Vertragsgestaltung dar. Besteht beispielsweise auf die Aufstellung von Bauleitplänen kein Anspruch, so kann ein solcher Anspruch auch nicht durch Vertrag begründet werden [10]. Mit städtebaulichen Verträgen dürfen hoheitliche Planungsformen nicht umgangen und keine Interessen verfolgt werden, die nicht öffentliche Interessen der Stadtplanung sind [9, S. 286].

### 2.4 Prinzip des Sachzusammenhangs

Verfassungsrechtlich geboten ist ein zielorientierter Zusammenhang von kooperativem Handeln und hoheitlich-einseitiger Planfestsetzung. Namentlich vertragliche Bindungen sind nur insoweit zulässig, als sie in einem sachlichen Zusammenhang mit der Planung stehen. Das Gebot des Sachzusammenhangs wird auch als Koppelungsverbot bezeichnet. Richtungsweisend ein Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 12. Mai 2004 (20 N 04.329 und 336): Die Gemeinde Wenzenbach, Landkreis Regensburg, hatte einen Bebauungsplan aufgestellt und mit der Baugebietsausweisung den Grundeigentümer vertraglich verpflichtet, sein ebenfalls im Gemeindegebiet, aber abseits des Baugebiets gelegenes Schloss zu sanieren. Die Bindung des Grundeigentümers wurde nicht direkt an den Bebauungsplan gekoppelt, sondern in einem «Nachfolgelastenvertrag» vereinbart, in dem sich der Eigentümer zur Zahlung eines Infrastrukturbeitrags verpflichtet hatte. Der BayVGH entschied, dass der Bebauungsplan abwägungsfehlerhaft und nichtig sei, weil zwischen der Baugebietsausweisung und der Sanierung des Schlosses trotz des Austauschverhältnisses keinerlei planungsrechtlicher Zusammenhang besteht. Der städtebauliche Vertrag konnte selbstverständlich wegen Verstoßes gegen das Koppelungsverbot ebenfalls keinen Bestand haben.

## 2.5 Staatliche und gesellschaftliche Verantwortung

Zum Abschluss der verfassungsrechtlichen Betrachtungen ist darauf hinzuweisen, dass im Einbezug betroffener Privater, in der Kooperation von Staat und Privaten, grundsätzlich kein (fragwürdiger) Verzicht des Staates auf Hoheitsbefugnisse liegt. In praktisch die meisten Aufgabenerfüllungen teilen sich Staat und Private. In der Raumordnung besteht die Verantwortung des Gemeinwesens in der Sorge für die Raumentwicklung, der Aufstellung einer Raumordnung, der Festlegung und Zulassung von Nutzungen und der Zuweisung der nutzungsfähigen Flächen sowie in der Zurverfügungstellung der Verfahren. Die Verantwortung der Privaten geht auf Teilnahme an den Entwicklungs- und Realisierungsprozessen, der Mitgestaltung des Raums, der Aktivierung von Vermögenswerten, namentlich Grundeigentum und Finanzen auf der Grundlage der Gemeinwohlverpflichtung des Eigentums [10]. Wenn sich auch die Interessen von Staat und Privaten nicht durchwegs decken, laufen sie einander doch nicht inhärent zuwider. Jedenfalls liegt die Verantwortung für die Raumordnung nicht allein beim Staat; die Privaten werden in eine Art Mitwirkungs- und Erfüllungsverantwortung eingebunden. Raumordnung und Siedlungsentwicklung sind gemeinsame Aufgaben von Staat und Privaten.

Das Gesamthafte des zu Verantwortenden kommt erst recht auf der Ebene der vom Staat zu ergreifenden Massnahmen zum Ausdruck. Der Staat kann seine Massnahmen der Raumordnung sowohl als hoheitlich-einseitige wie auch als nicht hoheitliche, nicht einseitige ausgestalten. Die Aufgabe der Raumordnung, als Gesamtaufgabe verstanden, umfasst beide – alle – Typen. In jedem Fall handelt es sich um Rechtstypen zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Der viel beschworene ökonomische Ansatz besteht denn auch nicht darin, dass privatwirtschaftliche Mittel eingesetzt werden – von Privatwirtschaft kann keine Rede sein –, sondern vielmehr darin, dass sich das Raumordnungs- und Städtebaurecht anderen als hoheitlich-einseitigen Regelungsformen, nämlich solchen des Konsenses und der Kooperation, öffnet.

## 3 RECHTLICHE PROBLEME VERTRAGLICHER LÖSUNGEN

### 3.1 Probleme aus der Planungshoheit des Gemeinwesens

Der Vertrag ist eine Form kooperativen Handelns von staatlichen Behörden und Privaten. Die Besonderheiten des Vertrags als Instrument im Raumordnungs- und Städtebaurecht werfen rechtliche Probleme auf, von denen einige kurz angesprochen werden sollen. – In erster Linie stellt sich das Problem des Verhältnisses von Hoheitsrechten des Staates zu zweiseitigen Vereinbarungen mit Privaten: Wieweit können die Zuständigkeiten des Staates in der Festsetzung planerischer Anordnungen durch Vertrag abgelöst werden, oder anders: wieweit müssen sich hoheitlich-einseitige Planfestsetzungen nach wie vor behaupten? Es herrscht allgemein die Auffassung vor, das hoheitliche Instrumentarium könne durch Verträge nicht ersetzt, sondern nur ergänzt werden; der Staat müsse seine Hoheit in der Raumordnung und Stadtentwicklung aufrecht erhalten. – Im gleichen Verhältnis stellt sich die Frage, ob der Vertrag auch für Probleme eingesetzt werden kann, die mit dem traditionellen hoheitlichen Instrumentarium nicht gelöst werden könnten: Abgesehen von einer klaren gesetzlichen, einschränkenden Regelung müssten gerade massnahmenneutrale Normierungen zur Bejahung der Frage Anlass geben. Sonst würde der Vertrag seine besondere Funktionalität einbüßen [7; 23, S. 116].

Wenn als Leistung des Gemeinwesens die Erlassung einer Planungsmassnahme vereinbart wird, kann es sich nicht um einen umfassend zweiseitigen Vertrag handeln. Denn ein Hoheitsakt kann nicht Gegenstand eines Vertrags sein. Die Leistung des Gemeinwesens ist vielmehr blosser Bedingung der Leistung des Privaten (z.B. der plankonformen Grundstücksnutzung) [2, 5]. Die vertragliche Leistung des Gemeinwesens kann nur sein, die Planfestsetzung in die Wege zu leiten. Zudem könnte sich das Gemeinwesen nur binden, wenn diejenige Behörde den Vertrag abschliesst, die zur Beschlussfassung über den Plan zuständig ist. Eine Bindung des Gemeinwesens an einen vertraglich vereinbarten Planinhalt ist im allgemeinen unzulässig.

### 3.2 Probleme aus der Natur des Vertrags

Der Vertrag verpflichtet und berechtigt nur die Vertragsparteien (*res inter alios acta aliis non nocet*): Der Vertrag eignet sich demnach nicht für Regelungen, die weitere an einer Planung Interessierte betreffen (können). – Damit hängt zusammen, dass Planfestsetzungen, anders eben als Verträge, drittbeschwerdefähig sind. Ihre Korrektur durch ein Gericht berührt den Vertrag, sofern dieser in irgendeiner Weise an den Plan



gebunden und nicht eigenständig rechtswirksam sein kann. – Eine grundsätzliche Problematik ist die mangelnde Gleichstellung von Staat und Privaten. Verträge setzen die Gleichordnung (Horizontalrelation) geradezu voraus. Unzulässig wäre, wenn der Staat seine Macht ausnützen würde, um auf vertraglichem Weg zu erreichen, was er mit traditionellen Mitteln nicht erreichen könnte [5]. Es gilt das Übermassverbot bzw. das Gebot der Angemessenheit der Gegenleistung des Privaten [13; 21, S. 322 f.]. Die Gleichordnung ist allerdings auch im reinen Privatrechtsverkehr häufig nicht vorhanden (etwa im Verhältnis von Bank und Kunden).

### 3.3 Probleme aus der Planungspflicht des Gemeinwesens

Der Vertrag kann keine Gegenstände miteinander verknüpfen, die nicht in einem engen Sachzusammenhang stehen (Koppelungsverbot, oben Ziffer 2.4) – Was vertraglich festzulegende finanzielle Gegenleistungen der Privaten angeht, dürfen sie nicht dazu dienen, Planungsakte des Gemeinwesens käuflich zu machen. Das ist nicht der Fall, wenn die finanzielle Leistung des Privaten (wie z.B. ein Erschliessungsbeitrag) zwingender Bestandteil der Planungsanordnung ist, dazu bestimmt, «sachlich begründete Hindernisse eines Planungsvorhabens zu beseitigen» [7, S. 181] – Verträge dürfen nicht eingesetzt werden, um das Gemeinwesen zu begünstigenden Zusicherungen zu veranlassen, die sich als einseitig und nicht neutral erweisen. Der Investor als Vertragspartner muss sich eine umfassende (planerische) Abwägung durch das Gemeinwesen auch in der Vertragsaushandlung gefallen lassen und die Gemeinde selbst muss die ihr obliegende umfassende Abwägung vornehmen. Eine zu enge Nähe von Investor und Gemeinwesen kann schon ein Indiz für einen Abwägungsfehler sein [29].

### 3.4 Rechtsfolgen fehlerhafter Vertragsgestaltung

Die Folgen fehlerhafter, vor allem nichtiger Verträge und Planungsmassnahmen können die Unwirksamkeit der Planung oder die Pflicht zur Rückabwicklung der Verträge sein. Der Anspruch einer Grundeigentümerin auf Rückerstattung ihrer vertraglich vereinbarten Geldleistung wurde wegen Nichtigkeit des Vertrags geschützt, obschon die Gemeinde ihre Gegenleistung, die Baugenehmigung, erbracht hatte [1, S. 327]. – Der Abschluss rechtswidriger Verträge kann die Straftatbestände der Bestechung, Vorteilsnahme, Vorteilsgewährung, Korruption o.ä. erfüllen [21].

### 3.5 Zur Rechtsnatur der Verträge

Insbesondere für die Anfechtungs- und Durchsetzungsverfahren ist es wichtig zu entscheiden, ob ein privatrechtlicher oder ein verwaltungsrechtlicher Vertrag abgeschlossen wird. Die Prüfung kann zunächst nach funktionellen Gesichtspunkten durchgeführt werden: Wenn mit dem Vertrag an der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe partizipiert werden soll, ist er verwaltungsrechtlicher Natur. Das ist dann der Fall, wenn der Vertrag unmittelbar zur Bildung oder Durchführung planungsrechtlicher Massnahmen beiträgt (Verträge über die Grundstücksnutzung, die Erschliessung), oder wenn er selbst direkt öffentliche Interessen des Gemeinwesens wahrnimmt (Verträge zur Deckung des Wohnbedarfs). Andererseits können vorbereitende Verträge privatrechtlicher Art sein: Grundstückskaufverträge, Parzellarordnungs- und Umlegungsverträge. Wesentlich ist, dass seine Beteiligung an einem städtebaulichen Vertrag das Gemeinwesen in keinem Fall in die Stellung eines Privaten versetzen und ihm Privatautonomie verleihen kann. Es ist an die Erfüllung der öffentlichen Interessen gebunden, damit bei der Wahl und der Ausgestaltung des Instrumentariums an die verfassungsrechtlichen Grundsätze (vor allem die Verhältnismässigkeit) gebunden.

In den folgenden Kapiteln sollen Modelle vorgestellt werden, die die Kooperationen typisieren. Es sollen Modelle sein, d.h. sie kennzeichnen eine bestimmte Idee des Zusammenwirkens, sie sind nicht absolut und in sich geschlossen gedacht, und sie sind mit andern und weiteren Modellen kombinierbar. Zuzugeben ist, dass wie alle Modelle und Typisierungen auch die hier präsentierten an Unvollständigkeit und Inkohärenz leiden: Jeder Leser würde Modelle und Typen anders bilden und zusammenstellen. Das hält nicht davon ab, Versuche zu wagen.

## 4 KOOPERATIONSMODELLE AUF HOHEITLICHER BASIS

Von Kooperationsmodellen auf hoheitlicher Basis kann man sprechen, wenn die Kooperationsvorgänge in die vom Staat hoheitlich festzusetzenden Raumordnungsmassnahmen eingebunden sind.

#### 4.1 Rechtliches Gehör, Konsultation, informale Absprachen

Das Gemeinwesen macht von seiner Kompetenz zur Planfestsetzung nicht ohne die Mitwirkung der Privaten (Betroffenen) Gebrauch. Diese Mitwirkung kann formaler Art sein. Das ist namentlich insofern der Fall, als Verfassung oder Gesetz Privaten einen Rechtsanspruch gewähren, vor Erlass sie berührender staatlicher Anordnungen angehört zu werden; das sind vor allem die Eigentümer der beplanten Grundstücke, können aber auch «Nachbarn» bzw. «Dritte» dieser Grundstücke sein, deren Situation sich durch die Planungsmaßnahme verändert. Formal ist sodann auch der allgemeine Anspruch der Bürger, sich im Auflageverfahren zu beteiligen.

Die Mitwirkung Privater kann informaler Art sein, d.h. nicht oder weniger vom Recht strukturiert. Beispielsweise werden Private (Grundeigentümer, Investoren, Dritte) zur Meinungsäußerung im Sinne des Versuchs informaler Konsensfindung einbezogen; Beweggrund kann etwa die sachliche Optimierung eines Bebauungsplans oder/und die Gewinnung von Akzeptanz durch die Betroffenen sein. Ferner von Interesse sind die informalen Absprachen, die sich vornehmlich dadurch auszeichnen, dass sie faktische (weitergehend auch rechtliche?) Bindungen der staatlichen Behörden bewirken, wodurch deren hoheitliche Entscheidungen beeinflusst werden. Die Absprachen können unter Ausschluss der Öffentlichkeit und insbesondere weiterer Interessierter stattfinden, weil «man unter sich» sein will. Mitwirken können aber auch Drittinteressierte, etwa Landschafts- oder Denkmalschutzverbände, die sich ihr Prozessverhalten nicht selten – verpönte Weise – abgelenken lassen. Informale Absprachen bergen die Gefahr, die umfassende Abwägungspflicht der Behörden in rechtswidriger Weise zu beeinträchtigen [18].

#### 4.2 Planvorbereitende Verträge

Gegenstand eines Vertrags zwischen Gemeinwesen und Privaten können Massnahmen sein, deren Durchführung Voraussetzung für die Umsetzung einer Überbauungsordnung ist. Die Massnahmen müssen in dem Zeitpunkt, da an die Realisierung des Überbauungsplans herangetreten wird, bereits durchgeführt sein. Es geht zum Beispiel um Neuordnungen von Grundstücken, Erschliessungsmassnahmen, Bodensanierungen, Altlastenbereinigungen. Die Verträge werden im Vorfeld der gemeindlichen Planfestsetzung abgeschlossen, wobei vereinbart werden kann, dass die Massnahmen erst nach der Beschlussfassung über die Überbauungsordnung ausgeführt werden. Wenn die Massnahmen (sachlich und finanziell) ohnehin Sache der Grundeigentümer sind, bestünde die Gegenleistung des Gemeinwesens etwa in der Besorgung des Planungsverfahrens. Sind die Massnahmen aber an sich vom Gemeinwesen zu treffen, so handelt es sich um eine Vorleistung der Privaten, mit der die Planungsaktivität des Gemeinwesens, das sich zudem zur Bereinigung der Kostenverlegung verpflichten kann, katalysiert wird. Problematisch ist es, wenn das Gemeinwesen dem Grundeigentümer Zusicherungen über Verfahren und Inhalte der Planfestsetzung abgibt. Es kann sich höchstens um unverbindliche Absichtserklärungen handeln (s. oben 3.1).

#### 4.3 Verträge zur Plansicherung

Gegenstand von Verträgen zwischen Gemeinde und Grundeigentümern können Massnahmen sein, die die Realisierung einer Überbauungsordnung sichern. Das können insbesondere Verträge über die Grundstücksnutzung sein (vgl. § 11 Abs. 1 Ziffer 2 des deutschen Baugesetzbuchs), mit denen beispielsweise eine Bauverpflichtung der Grundeigentümer oder eine Verpflichtung, einen bestimmten (Flächen- oder Raum-) Anteil für Wohnnutzung zur Verfügung zu halten, begründet wird [1, S. 331; 13, S. 67 ff.; 20, S. 133]. Die Verträge werden als Planverwirklichungsverträge [1, S. 331], Verwendungsverträge [9, S. 290 ff.], Baurealisierungsverträge [13, S. 67] bezeichnet. Der Private könnte zur Beachtung strengerer Standards verpflichtet werden, als das Gesetz vorsieht, etwa im Bereich von Immissionsgrenzwerten [9, S. 292]. Die Verträge werden im Vorfeld der Planfestsetzung abgeschlossen. Auch bei diesen Verträgen besteht zwar die Gefahr fehlerhafter Abwägung, doch liegt das Hauptproblem solcher Verträge darin, dass sie dem Gemeinwesen Anreiz geben könnten, seine Planungspflicht zu Gunsten vertraglicher Planrealisierungsvereinbarungen zu vernachlässigen.

#### 4.4 Durchführende Verträge

Denkbar ist sodann, dass nach Erlassung der hoheitlichen Planungsakte Verträge zwischen Gemeinwesen und Grundeigentümern über Einzelheiten der Bauten und Anlagen abgeschlossen werden. Ungelöste Nutzungsfragen, offene Gestaltungsprobleme, technische Belange u.ä. können auf vertraglichem Weg geklärt werden. Dass einzelne Punkte in der Überbauungsordnung nicht gelöst worden sind, liegt daran, dass

Details der Realisierung auf die Ebene der Bauprojektierung und -genehmigung verwiesen werden. Der Vertrag würde gewissermassen (auch) der Vorbereitung des Baugesuchs dienen.

## 5 KOOPERATIONSMODELLE AUF PRIVATER BASIS

### 5.1 Entwurfserstellung durch Private

Eine erste Frage ist, wieweit die Gemeinde Private an der Ausarbeitung eines Bebauungsplans beteiligen kann, ohne die ihr gesetzlich obliegende Planungspflicht und die Anhörungsrechte der Bürger zu verletzen. Wesentlich ist, dass die Rollen klar verteilt sind: die Gemeinde ist Bestellerin der Bebauungsordnung, der Private ist blosser Auftraggeber und besorgt ein fremdes Geschäft. Das ist die Konstellation, wenn die Gemeinde einem privaten Planungsbüro, das mit dem Investor nicht identisch ist, den Auftrag zur Erstellung eines Planentwurfs erteilt. Die umfassende Abwägung durch die Gemeinde ist grundsätzlich gewährleistet. Eine besondere gesetzliche Grundlage für die vertragliche Bindung ist nicht erforderlich.

### 5.2 Private Bebauungsordnungen

Nicht mehr eindeutig ist die Zuordnung der Aufgaben, wenn der Entwurf vom Investor oder Grundeigentümer selbst erstellt werden soll. Die Planungsfreiheit der Gemeinde erscheint – auch bloss abstrakt – als eingeschränkt. Das Planungsergebnis des Privaten hat daher eher als sogenannte private Bebauungsordnung zu gelten. Indes ist das Demokratiedefizit offensichtlich, wenn ein Privater Bebauungspläne beschliesst. Auch die umfassende Abwägung ist nicht ohne Weiteres gewährleistet. Ein kommunales Auflage- und Prüfungsverfahren ist unumgänglich; der private Bebauungsplan bedarf zu seiner rechtlichen Perfektionierung der Genehmigung durch die Gemeinde. Dieses Modell ist gesetzlich abzustützen.

Ein anderes Modell geht dahin, dass die Gemeinde lediglich eine raumplanerische Rahmenordnung für ein bestimmtes Areal erlässt und insoweit ihre Planungspflicht wahrnimmt. Sie widmet das Areal einer bestimmten Nutzungsart und legt auch noch die höchstzulässigen Geschossflächen fest, damit die Nutzungsdichte hoheitlich bestimmt ist. Die konkretisierende Ordnung (Festlegung von Bauweise, Anordnung und Dimensionierung der Bauten usw.) aber wird abschliessend den Privaten überlassen. Der Staat kann damit den Privaten Freiräume gewähren. Man kann sich dieses Modell als Abbild der rechtlichen Stufenordnung vorstellen: demokratisch fundierte Grundordnung (kommunaler Bebauungsplan) – präzisierende, ausfüllende Sekundärordnung (private Planung). Diese zweigestufige Planung mit zwar abgeleiteter, aber eigenständiger Privatkompetenz benötigt eine klare Rechtsgrundlage.

Das kooperative Element besteht darin, dass die Gemeinde auf ein Stück ihrer Planungstätigkeit zu Gunsten privater Aktivitäten verzichtet. Die Erstellung privater Bebauungspläne ohne jede Einschaltung der Gemeinde (verbindliche Rahmensetzung im Voraus, Genehmigung privater Pläne im Nachhinein) erscheint aber rechtlich nicht vertretbar.

### 5.3 Städtebauliche Wettbewerbe

Eine Qualitätssteigerung im Städtebau versprechen die städtebaulichen Wettbewerbe. Der Staat verzichtet gegenüber den Grundeigentümern auf die Aufstellung besonderer Vorschriften zum Beispiel über die Gestaltung der Bauten. Er vertraut den Privaten ein Verfahren an, das Gestaltungen optimieren soll. Auch hier besteht die vertragliche Leistung des Staates in einem Regulierungsverzicht, und in der Anerkennung der privaten Lösung als realisierbares Resultat. Der Private verpflichtet sich, ein Wettbewerbsverfahren nach besten Standards durchzuführen.

## 6 EIGENSTÄNDIGE KOOPERATIONSMODELLE

### 6.1 Objektschutz

In Kapitel 4 ging es um Verträge, die in irgendeiner Weise in die hoheitlichen Planungsmassnahmen eingebunden sind. In Kapitel 5 wurden Kooperationen vorgestellt, die den Privaten Eigenverantwortung belassen. Im vorliegenden Kapitel sollen Verträge besprochen werden, die an die Stelle hoheitlicher planerischer Akte treten. Dabei ist zu beachten, dass der Staat sich nicht in unzulässiger Weise der Planungshoheit begibt. Er nutzt vielmehr die Möglichkeiten des Vertrags zu selbstständiger Regulierung, für die er eine klare gesetzliche Grundlage setzt. Im Natur- und Heimatschutzrecht begegnet man solchen

eigenständigen Planungsverträgen. Objekte werden durch Vertrag zwischen Gemeinwesen und Eigentümer unter Schutz gestellt; der Vertrag regelt Erhaltungspflichten der Eigentümer und Abgeltungspflichten des Staates (aus den Pflichten korrelieren Ansprüche). Im Bereich des Biotopschutzes unterbreitet der Eigentümer dem Staat die Offerte für die Programme des ökologischen Ausgleichs; die Behörde befindet über das Akzept und bringt allenfalls, als Gegenofferte, Auflagen ein. Am Ende wird über den gemeinsamen Konsens entschieden und der Vertrag unter gegenseitiger Willensübereinstimmung abgeschlossen [24].

## 6.2 Nutzung von öffentlichem Grund

Für die Inanspruchnahme von öffentlichem Grund für die Realisierung privater Vorhaben wird die Verleihung von hoheitlichen Rechten benötigt. Abgetreten wird nicht das Eigentum am öffentlichen Grund, sondern das Recht, ihn zu nutzen. Zu einem erheblichen Teil bergen diese Rechtseinräumungen vertragliche Elemente. Eine einseitige Entziehung der Rechte oder von Teilen von ihnen ist nur wiederum durch gegenseitige Übereinkunft möglich; für den Fall, dass das öffentliche Interesse einen Rechtsentzug rechtfertigen würde, muss der Konzessionsinhaber entschädigt werden. Einerseits steht das ihm verliehene Recht unter dem Schutz der Eigentumsgarantie, andererseits genießt der Rechtsinhaber den Vertrauensschutz, wie er im Vertragsrecht als grundlegendes, ja konstitutives Prinzip anerkannt ist.

## 7 SEKTORIELLE UND INTEGRATIVE VERTRÄGE

Städtebauliche Verträge können unterschiedliche Systemweiten aufweisen. Ihr Geltungsbereich kann räumlich und sachlich eng begrenzt sein. Das trifft wohl auf die meisten städtebaulichen Verträge zu, da sie vorwiegend der Vorbereitung und Sicherung der Verwirklichung von örtlich begrenzten Bauleitplanungen dienen (vertragliche Einzelfallregelung). Demgegenüber haben Verträge, die etwa zur Durchführung von Bebauungsplänen eingesetzt werden, ganze Bündel von Realisierungsmassnahmen zu Lasten des Grundeigentümers zum Gegenstand. Noch weiter gehen Vertragswerke und –geflechte, die räumlich integrierend wirken, weil sie systematisch eine Vielzahl von Raumplanungsaufgaben als Einheit erfüllen sollen. Erwähnt wird das sogenannte Einheimischenmodell, das Verträge zwischen dem Gemeinwesen und Grundeigentümern erfasst, in denen diese sich verpflichten, ihr Grundeigentum nur an Einheimische zu veräußern; die Rechte und Pflichten reichen von Veräußerungspflichten des Eigentümers bis zu Vorkaufs- und Kaufsrechten der Gemeinde [29]. Das Integrative besteht darin, dass solche Verträge weitreichende Konsequenzen raumplanerischer, wirtschaftlicher und sozialer Art haben. Diese weit fassende Charakteristik weisen sodann auch Verträge über die Baulandmobilisierung und Nutzung brachliegender Flächen auf [28].

## 8 LITERATUR

- [1] BATTIS, U./KRAUTZBERGER M./LÖHR R.-P.: Baugesetzbuch, Kommentar 9. Auflage, München 2005.
- [2] BINDER, M.: Zivilrechtliche Aspekte der Vertragsraumordnung unter besonderer Berücksichtigung der Salzburger Situation, in: (österreichische) Zeitschrift für Verwaltung ZfV 20 1995, S. 609-626.
- [3] BURMEISTER, J.: Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer VVDStRL 52 1993, S. 190-247.
- [4] BURMEISTER, Th.: Der städtebauliche Vertrag als rechtliches Instrument der Kooperation mit Privaten bei der Baulandentwicklung und -erschließung, Berlin 2003.
- [5] DULLINGER, S.: Vertragsraumordnung aus privatrechtlicher Sicht, in: (österreichische) Zeitschrift für Verwaltung ZfV 22 1997, S. 11-21.
- [6] HENGSTSCHLÄGER, J.: Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten in Österreich, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer VVDStRL 52 1993, S. 298-313.
- [7] HUBER, P.M.: Rechtliche Grenzen von Planungswertausgleich und städtebaulichen Verträgen, in: Die Öffentliche Verwaltung DöV 52 1999, S. 173-183 (Deutschland).
- [8] KALSS, S.: Vereinbarungen über die Verwendung von Grundflächen, in: (österreichische) Zeitschrift für Verwaltung ZfV 18 1993, S. 551-566.
- [9] KLEWEIN, W.: Vertragsraumordnung. Zugleich ein Beitrag zum Einsatz privatrechtlicher Verträge im Verwaltungsrecht, Wien/Graz 2003.
- [10] KRAUTZBERGER, M.: Zum Stellenwert von städtebaulichen Verträgen im heutigen Städtebaurecht, in: Umwelt und Planungsrecht UPR 2006, S. 1-4.
- [11] KREBS, W.: Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebaurecht, in: Die Öffentliche Verwaltung DöV 42 1989, S. 974 ff. (Deutschland).
- [12] KREBS, W.: Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer VVDStRL 52 1993, S. 248-284.
- [13] LAHNOR U., Städtebauliche Verträge nach § 11 BauGB unter besonderer Berücksichtigung der Angemessenheit (§ 11 Absatz 2 Satz 1 BauGB), Frankfurt a.M. u.a. 1998.
- [14] LORZ, A.: Unzulänglichkeiten des Verwaltungsvertragsrechts am Beispiel der städtebaulichen Verträge, in: Die Öffentliche Verwaltung DÖV 55 2002, S. 177-186 (Deutschland).



- [15] LUTZ J., Vertragsraumordnung am Beispiel Tirol, Bayern und Südtirol. Ein Rechtsvergleich, Innsbruck/Wien/München 2000.
- [16] MAST, F.: Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Alternative zur Tiroler Vertragsraumordnung?, Wien 2003.
- [17] MORAND, Ch.-A.: Les nouveaux instruments d'action de l'Etat et le Droit, in: Ch.-A. Morand (Hrsg.), Les instruments d'action de l'Etat, Basel/Frankfurt a.M. 1991, S. 237-252.
- [18] NÜSSELE, T.: Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen, Zürich 2005.
- [19] ÖHLINGER, Th.: Phantasie und Recht oder Vertragsraumordnung und Bundesverfassung, in: Ein Leben in Praxis und Wissenschaft, Festschrift für Walter Barfuß, Wien 2002, S. 197-208.
- [20] OEHMEN, K./BÖNKER, Chr.: Einführung in das öffentliche Baurecht, Düsseldorf 1999.
- [21] OTTO, Chr.-W.: Unzulässige Klauseln in städtebaulichen Verträgen und Fragen zu ihrer strafrechtlichen Relevanz, in: Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht ZfBR 2006, S. 320-326.
- [22] PFENNINGER, H.: Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Freiburg/Schweiz 1996.
- [23] RUCH, A.: Das Recht in der Raumordnung, Basel/Frankfurt a.M. 1997.
- [24] RUCH, A.: Kooperation und Konsens in der Raumplanung, in: Ruch, A./Hertig, G./Nef, U. (Hrsg.), Das Recht in Raum und Zeit, Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, S. 425-444.
- [25] RUCH, A.: Informalisierung und Deregulierung nach schweizerischem Verfassungsrecht, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht ZBl 103/2002, S. 505-528.
- [26] SCHMIDT-ASSMANN, E./KREBS, W.: Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, Vertragstypen und Vertragsrechtslehren, 2. Aufl. Köln 1992.
- [27] SCHWEIZER, R.: Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten in der Schweiz, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer VVDStRL 52 1993, S. 314-322.
- [28] SPANNOWSKY, W.: Vertragliche Regelungen als Instrumente zur Sicherung der nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung, in: Die Öffentliche Verwaltung DÖV 53 2000, S. 569-579 (Deutschland).
- [29] STÜER, B.: Möglichkeiten vertraglichen Handelns im Bauplanungsrecht, in: Ziekow J. (Hrsg.), Bauplanungsrecht vor neuen Herausforderungen, Speyer 1999, S. 45-72.
- [30] ZIAMOS G., Städtebaurecht im Vergleich. Eine Untersuchung zur Steuerung des privaten Wohnungsbaus durch das Städtebaurecht in Deutschland, England und Frankreich, Frankfurt a.M. 1998.

