

Zeitfragen

der schweizerischen Wirtschaft und Politik
Etudes d'économie et de politique suisses

Nr. 106

Herausgegeben vom Redressement National
Edité par l'Action pour la liberté,
le fédéralisme et le droit

Februar 1976

Prof. Dr. iur. Pascal Simonius, Basel

Eigentum und Raumplanung

Eigentum und Raumplanung¹

Von Prof. Dr. iur. Pascal Simonius,
Ordinarius für schweizerisches Zivilrecht an der Universität Basel

Der Grossteil unserer privatrechtlichen Bestimmungen befasst sich in irgend einer Weise mit dem Erwerb und der Erhaltung von Eigentum. Sozusagen jeder Vertrag ist letztlich auf die Übertragung von Eigentum ausgerichtet: Der Käufer will Eigentum an der Kaufsache, der Arbeitnehmer erstrebt Eigentum am Lohn, der Geschädigte Eigentum an der Schadenersatzleistung usw. Alle diese privatrechtlichen Bestimmungen wären sinnentleert, wenn die Herrschaft über die Sache, um die es geht, nur gegenüber dem einzelnen Mitmenschen, nicht aber auch gegenüber dem Staat Bestand hätte. Auf der anderen Seite wären die Skrupel, die der Staat in Bezug auf die Beanspruchung der Güter seiner Bürger an den Tag legt, sinnlos, wenn deren Rechte nicht auch gegenüber jedem einzelnen geschützt, also privatrechtliche Rechtsgüter wären.

So kann man sagen, dass es kein privatrechtliches Eigentum gibt, das von einem öffentlichrechtlichen zu trennen wäre, sondern nur *eine* umfassende Sachherrschaft, die sich notwendigerweise sowohl gegenüber dem einzelnen Mitmenschen als auch gegenüber dem Gemeinwesen entfalten muss. Diese ist, zugleich in ihrer öffentlichrechtlichen wie privatrechtlichen Komponente, das hauptsächliche Objekt der privatrechtlichen Rechtsverhältnisse.

Für den Privatrechtler liegt darin die Rechtfertigung für eine Betrachtung unseres, auf den ersten Blick dem öffentlichen Recht zuzuordnenden Themas. Eine grundlegende Veränderung der Rechte des Eigentümers durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts kann nicht ohne einschneidende Rückwirkungen auf die privatrechtlichen Teile der Rechtsordnung bleiben. Man denke hier nur an das Beispiel einer durch staatliche Eingriffe bewirkten wesentlichen Wertverminderung der Grundstücke: Alle darauf bezüglichen Erwerbsverträge, Mietverträge, Erbteilungen, Pfandverhältnisse usw. kommen aus dem Gleichgewicht; ja, vielleicht verlieren gar die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Eigentümers, wie etwa Versicherungsverträge, ihre Deckung!

Unserem Ausgangspunkt entsprechend soll hier versucht werden, die in jüngster Zeit vielbearbeitete Raumplanung vom Bestande des Eigentums her zu betrachten und zu prüfen, wie sich die raumplanerischen Eingriffe auf das Institut des Eigentums auswirken. Die rein öffentlichrechtlichen Probleme der Raumplanung, etwa die Kompetenzverteilung zwischen Verfassung, Gesetz und Verwaltungsakten, die verwaltungsrechtliche Regelung der Planung oder die Verwirklichung eines genügenden Rechtsschutzes werden bewusst übergangen.

Redaktion: Dr. Rudolf Rohrer, Mythenquai 22, 8002 Zürich
Bestellungen sind zu richten an:
Redressement National, Postfach 430, 8027 Zürich
Preis der Einzelnummer: Fr. 6.—

I. Eigentum und Eigentumsschranken

1. Die Eigentumsfreiheit

- a) Die Existenz einer allseits umfassenden Sachherrschaft, wie sie das Eigentum verkörpert, kann an dieser Stelle nicht ausführlich gerechtfertigt werden. Sie ist die Grundlage einer Gesellschaftsordnung, welche die Lebensgestaltung im Prinzip der Initiative und Selbstverantwortung der Bürger überlassen will und die namentlich auch den «Ausgleichsmechanismus» für alles Unrecht in privatrechtlichem Schadenersatz sieht, was voraussetzt, dass dort, wo grosse Verantwortung übernommen wird, auch beträchtliche Mittel akkumuliert werden². Das Bekenntnis zu dieser Konzeption ist der Ausfluss einer gesetzgeberischen Grundentscheidung, deren Richtigkeit als Theorie ein Axiom darstellt und höchstens durch pragmatische Vergleiche mit anderen Gesellschaftsordnungen bewiesen werden könnte.

Aus der Grundentscheidung zur Selbstverantwortung ergibt sich die Notwendigkeit des Eigentums an Grund und Boden, denn wesentliche Freiheitsrechte hängen von der Möglichkeit ab, unabhängig vom Staate den nötigen Raum für die freiheitliche Entfaltung zu beschaffen. Dies gilt vor allem für die Handels- und Gewerbefreiheit und für die Niederlassungsfreiheit. Wenn dem Staat das Monopol für den Wohnraum und die gewerblichen oder landwirtschaftlichen Lokalitäten gegeben würde, so würden diese Rechte zu Scheinfreiheiten. Eigentum an Grund und Boden bedeutet dabei grundsätzlich auch Baufreiheit.

Das Eigentum an Grund und Boden dient vorweg der Freiheit des *aktuellen Eigentümers*. Es gibt ihm die Möglichkeit, *auf seinem Land* und damit frei vom Willen und der Meinung anderer Personen und Organisationen, den technischen und kommerziellen Fortschritt auszunützen oder gar zu schaffen, seinen Wohnsitz zu wählen und zu gestalten, sein Vermögen anzulegen und zu nützen, seinen Geschmack zu entfalten.

Das Eigentum an Grund und Boden dient aber auch dem weiteren Kreise der *potentiellen Eigentümer*. Für sie schafft es die Möglichkeit, wiederum *auf eigenem Lande* und damit grundsätzlich frei vom Willen Dritter, *irgendwo* ein bestimmtes Gewerbe zu betreiben, irgendwo nach eigenen Wünschen zu wohnen, irgendwo ihr Geld in Land und Gebäuden anzulegen.

Endlich beruht aber auch die Freiheit des weitesten Kreises von Menschen, des *Publikums*, zum Teil auf der Existenz von privatem Grundeigentum. Dieses ermöglicht erst, dass *andere* Gewerbe aller Art betreiben und so Arbeitsplätze zur freien Wahl offerieren können, dass von anderen der technische Fortschritt nach allen Richtungen ausgenützt und

so von jedermann als Konsument im weitesten Sinne genossen werden kann, dass Wohnungen aller Art entsprechend der Nachfrage des Publikums erstellt werden.

- b) Eine brauchbare Begriffsbestimmung des Eigentums können wir Artikel 641 Absatz 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches entnehmen:

«Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen.»

Nach dieser Bestimmung und der an sie anknüpfenden Lehre ist das Eigentum das umfassende Herrschaftsrecht einer Person gegenüber jedermann in Bezug auf eine bestimmte Sache. Kraft seines Rechtes kann der Eigentümer im Prinzip über die Sache nach seinem Willen verfügen. Er kann entscheiden, *ob* er in Bezug auf eine bestimmte Sache tätig werden will, *was* er damit tun will, *wie* er es tun will und *wann* etwas zu geschehen hat. Namentlich bestimmt er so,

- ob er eine Sache erwerben oder veräussern will,
- welche Nutzart gewählt werden soll (z. B. Brachland, Landwirtschaft, Eigenheim, Miethaus, Geschäftshaus, Industrie),
- wie die Nutzung im einzelnen gestaltet werden soll (Intensität, technische und ästhetische Gestaltung),
- wann von einer Nutzungsart zur andern übergegangen, die Nutzung im einzelnen geändert oder das Eigentum veräussert werden soll.

Diese Freiheit macht das Wesen der Selbstverantwortung aus. Wird diese vorausgesetzt, so ist sie aber auch das *notwendige Gegenstück* zur Tatsache, dass die meisten Nutzarten eine beträchtliche Investition an Kapital und Arbeit erfordern und damit ein *wirtschaftliches Risiko* mit sich bringen. Ein solches ist nur zumutbar, wenn es frei gewählt und gestaltet werden kann.

- c) Eine pragmatische Betrachtung der verschiedenen Verwendungen von Grund und Boden zeigt freilich, dass längst nicht in allen Fällen der Eigentümer alle genannten Befugnisse tatsächlich ausüben kann. Es gibt Grundstücke, die nur einer einzigen Art von Nutzung, z. B. als Wald, oder einer eng begrenzten Gruppe von Verwendungen, z. B. als Wiese oder Acker, zugeführt werden können. Die Beschränkung geht dabei meist auf die Tatsache zurück, dass andere Nutzungen aus praktischen oder wirtschaftlichen Gründen nicht zur Frage stehen. In anderen Fällen ist sie die Folge von gesetzlichen Vorschriften. Dem Berechtigten bleiben dann nur wenige Befugnisse des Eigentümers: etwa der abgabefreie Genuss und das Recht, die Sache zu freigewählter Zeit und zu freigewähltem Preise einem anderen abzutreten.

Man könnte versucht sein, dementsprechend zwei Typen von Grundeigentum zu unterscheiden, ein mehr «statisches» von der obigen Art und ein «dynamisches», bei dem wirklich frei verfügt werden kann.

Allein, ein Blick auf die nähere und fernere Vergangenheit beweist, dass die Zuordnung zum einen oder anderen Typ nicht dauernd ist. «Statisch» genutztes Landwirtschaftsgebiet geht häufig in «dynamisches» Bauland über. Aber auch das umgekehrte kommt vor: Was z. B. heute Acker und Wiese ist, wurde einmal mit grossem Kapitalaufwand gerodet. Statischer und dynamischer Zustand sind also Phasen ein und desselben Eigentums, die sich notwendigerweise ablösen. Die Möglichkeit dieses Wechsels hat geradezu eine besondere Kategorie von Grundstücken entstehen lassen: Das sogenannte Bauerwartungsgebiet. Die aktuelle Nutzung ist bei diesem Lande zwar immer noch eng beschränkt; die Chance einer später möglichen anderen Verwendung hat aber im Verkehrswert ihren Niederschlag gefunden.

2. Die Eigentumsschranken

- a) Es liegt auf der Hand, dass ein Recht von der Tragweite des Eigentums mit einer Unzahl von Interessen anderer Personen kollidiert. Was auch immer der Eigentümer tut oder lässt, jemand anderes fühlt sich dadurch betroffen: Die anderen Eigentümer von Grundstücken werden durch Immissionen gestört; andere Individuen, z. B. die Mieter, trifft es, wenn das Haus abgerissen wird; eine unbestimmte Vielzahl von Individuen ist benachteiligt, wenn der Eigentümer den Zutritt verbietet oder hässliche Bauten errichtet; der Staat wird betroffen, wenn der Eigentümer kein Land zur Durchsetzung der Staatsaufgaben zur Verfügung stellt; politische Gruppierungen ärgert es, wenn der Eigentümer sein Gut für seine und nicht für ihre Zwecke nützt.
- b) Die betroffenen Interessen sind nicht selten solche, die der Staat durch objektives oder als subjektives Recht zu schützen geneigt ist. Trifft dies zu, und zieht die Rechtsordnung das kollidierende Recht dem Eigentum vor, so muss dieses zurückweichen: Es entsteht eine *Eigentumsschranke*³. Der Eigentümer hat dann im Bereiche der Kollision auf die Ausübung seiner Befugnisse zu verzichten⁴. Beim Umfang des Eigentumsrechts ist die Existenz von Schranken selbstverständlich. Für das Zivilrecht wird sie in ZGB Artikel 641 Abs. 1 ausdrücklich bestätigt:
- «Wer Eigentümer einer Sache ist, kann *in den Schranken der Rechtsordnung* über sie nach seinem Belieben verfügen.»
- c) Das Verhältnis von Eigentum und Eigentumsschranke ergibt sich bereits aus dieser gesetzlichen Definition: Die Freiheit des Eigentümers besteht in *jeder* Richtung soweit, als ihr keine *konkrete* Schranke entgegensteht. Die «subsidiäre Allseitigkeit» ist recht eigentlich das Wesen

eines *jeden* Freiheitsrechtes. Nur wo die Freiheit der Grundsatz, die Schranke die Ausnahme ist, kann man von «Freiheit» sprechen.

Daraus ergibt sich auch zwingend, dass bei Schaffung neuer Schranken der Freiheitsbereich komprimiert wird, wogegen der Wegfall von Beschränkungen eine entsprechende Ausdehnung der Freiheit zur Folge hat. Jede Freiheit, und damit auch das Eigentum, ist «elastisch»⁵.

- d) Auf die buntscheckige Auswahl von möglichen Eigentumsschranken kann hier im einzelnen nicht eingetreten werden. Die Schranken unterscheiden sich einmal nach ihrer *Entstehung*, wo neben dem Rechte inhärenten und durch die Gesetzgebung nur bestätigten⁶ Schranken solche stehen, welche auf politische Entschlüsse des Gesetzgebers oder gar Rechtsgeschäfte zurückzuführen sind. Unterscheiden kann man auch nach den *Begünstigten* (einzelne Individuen, Publikum, Staat), nach dem *Zweck* (Abgrenzung der Eigentumsrechte verschiedener Personen, Abgrenzung zwischen Eigentum und Persönlichkeitsrechten, Beizug der Eigentumssache bei der Lösung öffentlicher Aufgaben, Mitgenuss bestimmter Personen oder des Publikums usw.), nach der *Intensität in Bezug auf die Funktion* (Entzug einzelner Befugnisse, Entzug aller Befugnisse bis auf wenige) und nach der *Intensität in Bezug auf den Wert* (wertneutrale Beschränkung⁷, wertzerstörende Beschränkung).
- Für die nachfolgenden Überlegungen besonders bedeutungsvoll ist aber die Unterscheidung nach dem *Inhalt*. Hier trifft man im Grunde nur eine beschränkte Reihe von Eingriffen an: Die Eigentumsschranke kann einmal im Verbot eines bestimmten Gebrauches bestehen (z. B. bei Bauverboten). Sie kann ferner eine Mitbenützung durch andere, nämlich bestimmte Individuen, das Publikum oder den Staat zum Inhalt haben (z. B. beim Wegrecht, dem Zutrittsrecht zu Wald und Weide nach ZGB 699, der militärischen Requisition). Sodann kann die Beschränkung in der Pflicht des Eigentümers bestehen, die Sache in einer ganz bestimmten Art und Weise zu verwenden (z. B. als Folge von kriegswirtschaftlichen Anbauvorschriften)⁸. Schliesslich gibt es Eigentumsschranken, welche im Grunde gar keine mehr sind, sondern Bestimmungen, wonach das Eigentum unter gewissen Voraussetzungen ein Ende nimmt (z. B. durch Expropriation oder, auf vertraglicher Basis, durch Pfandverwertung).
- e) Die Tatsache, dass sich die Eigentumsschranken im Bereiche des Grundeigentums in jüngster Zeit rapid vermehren, kann als bekannt vorausgesetzt werden. Ihre Ursache liegt vorweg in den zahlreichen Problemen, welche die technische und demographische Entwicklung (Vermehrung der Industrie, der Fahrzeuge und der Bevölkerung) an den Staat herangetragen haben. Ferner sind auch psychologische Entwicklungen des Menschen

im Spiele, so seine Lärmbedürftigkeit und hektische Mobilität, wie auch die Erfindung des hässlichen Bauens. Daneben stehen politische Entwicklungen, wonach der Souverän immer mehr Wünsche verschiedener Gruppierungen auf Kosten der Eigentümer verwirklichen will. Und schliesslich muss eine gewisse Eigengesetzlichkeit der Vermehrung der Eigentumsschranken in Rechnung gestellt werden; die vom Staate mit Planungsaufgaben betrauten Organe erfüllen ihre Aufgabe durch die Entwicklung ständig neuer Eigentumsschranken.

3. Die Raumplanung

a) Gekennzeichnet sind die jüngsten Gesetzgebungsbestrebungen durch die Entwicklung von Sammelbezeichnungen, die verschiedene alte oder neue Probleme, Anliegen und Massnahmen zusammenfassen. Begriffe wie «Umweltschutz», «Gewässerschutz» oder «Heimatschutz» gehören in diesen Rahmen, aber auch die «Raumplanung» als Schlagwort ist hier einzureihen. Die begriffliche Zusammenfassung ist vor allem als Vorstufe zur Schaffung neuer Gesetzgebungskompetenzen des Bundes von grosser Bedeutung.

Dabei ist aber zu beachten, dass hinter dem Sammelbegriff, der regelmässig nur auf ein materielles Objekt Bezug nimmt, kaum je ein einheitlicher Gedanke steht. Vielmehr geht es in erster Linie um die Erfassung, Systematisierung und Ergänzung von Vorschriften, die den verschiedensten Zwecken dienen. Gemeinsam ist vielen, aber nicht allen von ihnen, neben dem im Sammelbegriff genannten Objekt nur die Tatsache, dass sie eine Einschränkung der Eigentumsfreiheit zur Folge haben.

b) Das gilt im Besonderen auch bei der Raumplanung. Neu ist zwar die begriffliche Zusammenfassung aller Massnahmen des Staates zur Regelung der Bautätigkeit, zur Erschliessung des Territoriums und zur Regelung der sonstigen Benützung des Bodens. Neu ist auch der Versuch, alle Aspekte dieser Tätigkeit gesamthaft zu erfassen und durchgreifend zu koordinieren.

Dagegen sind die bisherigen Ziele der Raumplanung und der daran anknüpfenden Planverwirklichung Aufgaben, welche der Staat seit langem als die seinen betrachtet: die Anlage öffentlicher Wege und Strassen und die daraus erwachsende Erschliessung des Baulandes durch Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität, Telefon sowie die Beseitigung der Abwässer; die Bereitstellung von Land für sämtliche öffentlichen Dienste; die Regelung der Bautätigkeit, nicht nur durch Vorschriften im Interesse der Hygiene und der Feuerpolizei, sondern auch durch geographische Trennung der verschiedenen Nutzungsarten zum Zwecke der Verminderung der gegenseitigen störenden Einwirkungen und zur Erleichterung der Erschliessung; die Erhaltung einer gedeihenden Landwirtschaft und endlich die Erhaltung von Bauwerken und Landschaftsbildern.

Dennoch darf man vom neuen Begriff der Raumplanung – unabhängig vom Schicksal des Bundesgesetzes – einen Einfluss auf die Rechtssetzung erwarten. Während die bisher massgeblichen Einzelgesetze regelmässig ihre Vorschriften mit ganz *bestimmten* Zwecken in Verbindung brachten, von denen ausgehend die Gesetze auch wieder ausgelegt werden konnten, setzt sich die Raumplanung ganz allgemeine Ziele (BV Art. 22quater: «Zweckmässige Nutzung des Bodens», «geordnete Besiedlung des Landes»). Deren Konkretisierung ist auf sehr verschiedene Weise möglich und lässt namentlich auch eine Ordnung bloss um der Ordnung willen zu.

c) Die Massnahmen, die bisher im nun als Raumplanung umschriebenen Gebiet angewendet wurden, fallen nicht aus dem Rahmen der sonstigen Eigentumsschranken.

Die bisher vorwiegend kantonale Gesetzgebung ist vor allem in drei Richtungen vorgegangen:

– *Expropriationen*: Für die Durchführung der Erschliessung von Bauland und die Bereitstellung der Infrastruktur kann der Staat zwangsweise privates Land in öffentliches Eigentum überführen.

– *Verbote in Form der Zoneneinteilung*: Das ganze oder Teile des Territoriums werden in Zonen eingeteilt. Diese Zonen werden mit verschiedenen weitgehenden Bauverboten belegt: Teils wird die bauliche Nutzung ganz verboten, teils nur in einer ganz bestimmten Weise gestattet. Dabei wird nach der Art der Nutzung und nach ihrer Intensität unterschieden. Die letztere wird meist in höhenmässiger Begrenzung der Bauten und in den sogenannten Ausnutzungskoeffizienten umschrieben.

– *Verbote in Form von Bauvorschriften*: Die Ausführung eines Baues muss bestimmten Regeln folgen, deren Einhaltung oft durch eine Genehmigungspflicht gewährleistet wird. Neben der Pflicht zur Einhaltung von technischen Regeln, von Bauabständen und Strassenlinien usw. ist hier vor allem das Gebot von grosser Bedeutung, den Neubau an das öffentliche Strassennetz, an die Wasser- und Stromversorgung und die Kanalisation anzuschliessen. Daran knüpft sich häufig das Verbot, auf nichterschlossenem Gebiet zu bauen.

Die Vorschrift einer *Zwangsnutzung*, wie sie im Eidgenössischen Forstgesetz vorgesehen ist, stellt eine Ausnahme im Gefüge der bisherigen Raumplanung dar.

Neben diesen eigentlichen Eingriffen in die Eigentumsfreiheit steht eine Massnahme, die zwar nicht das Eigentum des Grundherrn unmittelbar betrifft, aber doch dessen wirtschaftliche Bedeutung einschränkt: Nach vielen Gesetzen hat der Eigentümer *Beiträge an die Erschliessungskosten* seines Landes zu leisten.

II. Die Eigentumsschranken im Konflikt mit der Eigentumsfreiheit

1. Die Bedrohung des Eigentums

a) Es braucht wohl nicht im einzelnen erörtert zu werden, dass Eigentumsschranken im allgemeinen und die Massnahmen der Raumplanung im besonderen unvermeidlich sind. Gerade auch bei dieser geht es zu einem guten Teil um den Schutz von essentiellen Bedürfnissen des Menschen und seiner persönlichen Freiheit, Anliegen, die bei den gegenwärtigen technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten durch eine hemmungslose Ausübung von Eigentumsrechten in Frage gestellt wären.

Auf der anderen Seite kann aber nicht einfach übersehen werden, dass eine ungehemmte Vermehrung der Schranken, insbesondere der dem Eigentümer entgegengestellten Benützungsverbote, das Eigentum als grundlegendes Institut unserer Rechtsordnung in Frage stellen muss, denn die Zahl der Verwendungsmöglichkeiten einer Sache ist praktisch beschränkt. Der Zustand ist durchaus denkbar, da die Summe aller Schranken so gross wird, dass das restliche Eigentumsrecht seinen Zweck als Grundlage der Selbstverantwortung im allgemeinen und der Vermögens-, Berufs- und Niederlassungsfreiheit im speziellen nicht mehr erfüllen kann. Ist dieser Punkt einmal erreicht, dann ist das übrigbleibende «Resteigentum» weitgehend sinnentleert, so dass sich seine Fortexistenz nicht mehr ohne weiteres rechtfertigen lässt.

Damit das Eigentum seine Funktion erfüllen kann, muss ihm ein Entfaltungsraum vorbehalten bleiben. Eine auf Selbstverantwortung aufgebaute Rechtsordnung braucht eine Eigentumsgarantie⁹.

b) Eine vollständige, «ideale» Eigentumsgarantie müsste das Eigentum unter drei Aspekten gewährleisten¹⁰:

- als Rechtsinstitut, das als Grundlage der freien Betätigung jedermann zur Verfügung steht, das insbesondere jedem potentiellen Eigentümer zugänglich ist und dessen mittelbare Auswirkungen auch den Nichteigentümern im eingangs geschilderten Sinne zukommen (sog. Institutsgarantie),
- als subjektives Recht des konkreten Eigentümers, das dieser in allen zur Frage stehenden Richtungen ausüben kann (sog. Bestandesgarantie) und
- subsidiär im Hinblick auf die Tatsache, dass in Einzelfällen der Entzug der Sachherrschaft oder einzelner Befugnisse derselben im Allgemeininteresse unvermeidlich ist, in der Form eines Anspruches des Eigentümers auf Ersatz des weggenommenen Wertes (sog. Wertgarantie)¹¹.

Alle drei Garantien werden in einem bestimmten Rahmen von der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung anerkannt und können heute als im neuen Art. 22ter der Bundesverfassung verankert gelten¹².

c) Bei unserer auf die Eigentumsfreiheit gerichteten Betrachtung interessiert vorab die Institutsgarantie. Welcher Inhalt kann ihr zukommen, wenn doch klar ist, dass unbeschränkte Befugnisse des Grundeigentümers und damit eine *absolute* Institutsgarantie undenkbar sind? Wir sehen die Konkretisierung des meist ganz allgemein umschriebenen Begriffs¹³ in zwei Richtungen:

1 Das Eigentum hat als vollwertiges, ja wichtiges Recht zu gelten. Bei der Auflösung eines Konfliktes mit anderen Interessen dürfen Gesetzgeber und Richter nicht einfach über die Rechte des Eigentümers hinwegschreiten. Es muss vielmehr in jedem einzelnen Konfliktfall eine Regel gesucht werden, die die grundsätzliche Existenz der Eigentumsfreiheit respektiert¹⁴. Den Trägern der entgegenstehenden Interessen *dürfen* dabei Einschränkungen zugemutet werden, z. B. der Bewegungsfreiheit oder auch sog. sozialer Anliegen¹⁵.

2 Das Eigentum darf bei der Abwägung gegen kollidierende Interessen nie soweit zurückgesetzt werden, dass es seiner Funktion als Basis der Selbstverantwortung verlustig geht. Die Anliegen der Raumplanung und alle anderen der Eigentumsfreiheit entgegenstehenden Interessen können höchstens soweit geschützt werden, als noch ein funktionsfähiges Eigentum übrigbleibt. *Es muss somit einen Kernbereich des Eigentums geben, dessen Garantie absolut zu sein hat*¹⁶.

2. Der «Kernbestand» des Eigentums: Verwendbarkeit

Der Sinn der Eigentumsfreiheit, die Selbstverantwortung, lässt uns den «Kerngehalt» vor allem im Grundsatz sehen, dass *Eigentum für alle Zwecke zur Verfügung stehen muss, die damit angestrebt werden können*.

a) Dies kann nach gesagtem nicht bedeuten, dass der Grundeigentümer überall und jederzeit tun kann, was ihm passt, sondern vorerst nur, dass man jede von Grundeigentum abhängige Tätigkeit *irgendwo* ausüben können muss¹⁷. Keinen Raum darf es nur für Verrichtungen geben, die aus besonderen Gründen, etwa wegen ihrer Schädlichkeit, im Staatsgebiet nicht geduldet werden können.

«Irgendwo» heisst nun aber nicht, in irgend einem entlegenen Zipfel des Landes, sondern in zumutbarer Distanz vom Orte, den die interessierte Person wählen möchte. Was zumutbar ist, bestimmt sich nach dem bei jeder Abgrenzung von Rechten anzuwendenden Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Je stärker die Ausübung eines Rechtes in die rechtlich anerkannten Interessen anderer Menschen oder des Staates eingreift,

desto mehr Auflagen und Beschränkungen muss der Berechtigte in Kauf nehmen.

Bei der Raumplanung wird es vor allem auf die Belastung der Mitmenschen, der Umwelt und der Infrastruktur durch die zur Frage stehende Verrichtung ankommen. Je mehr diese ins Gewicht fällt, desto weitere Ortsverschiebungen können dem Interessierten zugemutet werden. Unter diesem Gesichtspunkt mag man etwa die Erfüllung elementarer Bedürfnisse, wie Wohnen oder ruhiges Gewerbe, in einzelne Teile einer Ortschaft, Industrie in bestimmte Gegenden der Region und grosse Industriekomplexe in einzelne Gebiete des Landes verweisen. Was darüber hinausgeht, stellt – von Ausnahmefällen wie überbevölkerten Siedlungen usw. abgesehen – die Eigentumsfreiheit als Basis der Selbstverantwortung bereits in Frage.

Daraus ergibt sich als erste Voraussetzung einer funktionierenden Eigentumsfreiheit *die Existenz eines Marktes von Land für alle in Frage kommenden Zwecke*. Wo die Landerschliessung ein Monopol des Staates ist, muss dieser – wenn er die Selbstverantwortung der Bürger zu seinen Grundlagen zählt – auch Land für diesen Markt erschliessen.

- b) Für den einzelnen Eigentümer einer Liegenschaft genügt die Möglichkeit, seine Pläne «irgendwo» verwirklichen zu können, nicht. Er braucht zusätzlich die Möglichkeit, den Grundbesitz, den er schon hat, aber nicht in der gewünschten Weise verwenden kann, gegen taugliches Land auszutauschen, denn nur so ist der von Eigentumsschranken getroffene Eigentümer in der Lage, wenigstens den im Lande steckenden Vermögenswert zur Realisierung seiner freigewählten Aktivitäten einzusetzen. Wir möchten behaupten, *dass die freie Austauschbarkeit des Grundbesitzes geradezu das Element ist, das einen wesentlichen Teil der Eigentumsfreiheit neben der immer engermaschigeren Raumplanung zu erhalten vermag*. Gegenwärtig ist dieser Weg jedoch vielfach durch hohe Gewinn- und Handänderungssteuern, die beim Verkauf einer Liegenschaft anfallen, versperrt.
- c) Die Austauschbarkeit ist allerdings kein Universalmittel: Jeder Wechsel schafft für den Eigentümer zahllose Probleme und Lasten: Auch abgesehen von den fiskalischen Verlusten ist der Verkauf einer Liegenschaft und der Ankauf einer anderen ein riskanter Prozess. Es ist nicht leicht, diese Geschäfte zu günstigen Bedingungen abzuwickeln. Die Ortsverlegung kann auch an sich Nachteile mit sich bringen, etwa das Abspringen von Kunden. Will der Eigentümer gar keine völlig neue Nutzung beginnen, sondern bloss vorhandene Gebäude und Anlagen verändern oder ergänzen, so ist sie überhaupt nicht durchführbar. Darüber hinaus hat der Eigentümer zu seinem Gut häufig nicht nur wirtschaftliche, sondern auch seelische Beziehungen. Der Zwang etwa, den Erbhof aufzugeben, kann eine unzumutbare Belastung darstellen.

So muss der Grundeigentümer auch ohne Veräusserung und Neuanschaffung eine gewisse Freiheit bewahren, *eine Auswahl an Nutzungsarten* zur Verfügung haben. Wo diese ganz fehlt, ist die Freiheit des Eigentums aufgehoben¹⁸.

Wie im einzelnen dieser engste Kreis der Eigentumsfreiheit zu umschreiben ist, lässt sich wohl kaum allgemein, sondern nur anhand der Verhältnisse des einzelnen Falles sagen. Grundsätzlich ist aber festzuhalten, dass dort, wo eine bestimmte Disposition des Eigentümers im Vergleich zur bisherigen Verwendung weder eine besondere Gefährdung oder Belästigung der Mitmenschen, noch eine nennenswerte zusätzliche Belastung der Infrastruktur oder der Umwelt mit sich bringt, ein Verbot nicht mehr ernsthaft mit «raumplanerischen» Anliegen motiviert werden kann. Wir denken hier etwa an kleinere Umbauten und Ergänzungen von gewerblichen Bauten, die Umstellung von solchen auf andere Sparten, die Ausübung von stillen und stillsten Gewerben in Wohnhäusern¹⁹, die Einrichtung von Ferienwohnungen oder zusätzlichen Wohnungen für Angehörige in Bauernhöfen, die Teilung von Einfamilienhäusern in Wohnungen usw. Wo das Verbot solcher Verrichtungen nicht von gesetzgeberischen Überlegungen getragen wird, die von der Raumplanung verschiedene Ziele²⁰ anstreben, handelt es sich um Artikulationen eines Polizeistaates alten Stils, der davon ausgeht, dass seine Beamten besser wissen, was dem Bürger frommt, als dieser selbst.

- d) Zum innersten Bestand gehört endlich auch das Recht des Eigentümers, zu bestimmen, *in welchem Zeitpunkt* die Nutzung verändert oder die Liegenschaft überhaupt veräussert werden soll. Diese Möglichkeit ist das notwendige Gegenstück zum Risiko, das der Grundeigentümer trägt.

3. Der «Kernbestand» des Eigentums: Beständigkeit und Werterhaltung

- a) Ein in seiner Bedeutung heute oft unterschätzter Faktor des Eigentumsrechts ist seine zeitliche Unbeschränktheit. Ich bin aber überzeugt, dass man, wenn die in den letzten Jahren vielfach begründeten Baurechte ihrem Ende entgegengehen, die grossen Nachteile einer zeitlich begrenzten, von einem gewissen Moment an keine Investitionen mehr rechtfertigenden Grundherrschaft erkennen wird.

Um wirklich vielseitig disponieren zu können, muss der Eigentümer für längere Zeit planen. Er muss damit rechnen dürfen, dass seine Befugnisse dauern und ihm normalerweise nie entzogen werden. Nur unter diesen Voraussetzungen kann beispielsweise ein im Aufbau befindliches Unternehmen eine sinnvolle «Landpolitik» betreiben.

Daraus ergibt sich das Postulat zuhanden der Raumplanung, *langfristig* zu legiferieren. Die Gefahr besteht, dass ein ständiger Wechsel der geltenden Bestimmungen, ein Auf und Ab der Eigentumsschranken von

Tag zu Tag, den langfristig denkenden potentiellen Grundeigentümer verunsichert und den Bodenmarkt damit noch in vermehrtem Masse zum Tummelplatz der kurzfristigen Spekulanten macht. Zur Vorsicht mahnt die in der Rückschau verblüffende Tatsache, dass die Ziele der Raum- und Ortsplanung sich längstens alle zehn Jahre vollständig umkehren und dass dann gerade diejenigen Massnahmen, die kurz zuvor mit Nachdruck verfolgt wurden, durch gegenteilige, ebenso energische Vorkehrungen kompensiert werden. Man denke etwa an die folgenden Begriffspaare: Entlastungsstrassen durch die Innerstadt – «Fussgänger-city»; «Auskernung» der Altstadt – Erhaltung ihrer Struktur; Verbreiterung der Strassen – Erhaltung der Baulinien; Trennung von Wohn- und Gewerbezone – «Durchmischung»; strikte Landwirtschaftszone – «Ghettostadt» usw.

- b) Auch ein gutausgebautes Entschädigungssystem für den Fall der Enteignung oder Eigentumsbeschränkung kann diese Beständigkeit nicht ersetzen.

Die im Recht auf Entschädigung liegende Garantie des im Grundbesitz steckenden Vermögenswertes kann nur den Sinn einer subsidiären Lösung in den zwar unvermeidlichen, aber im Rechtsleben als Ausnahme empfundenen Fällen haben, da im Interesse des Staates oder des Publikums das Eigentum entzogen oder eingeschränkt werden muss. In diesem Rahmen ist es freilich nicht nur im Interesse der Rechtsgleichheit, sondern auch der *Funktionsfähigkeit* des Eigentums eine notwendige Ergänzung und gehört damit zum Kernbestand i. S. der Institutsgarantie: Zum Gefühl der Beständigkeit des Eigentums, das erst die langfristige Disposition ermöglicht, gehört auch die Gewissheit, selbst bei Eingriffen des Staates den investierten Wert nicht zu verlieren.

- c) Die Entschädigungspflicht des Staates bei Expropriationen ist heute unbestritten. Wie steht es aber beim blossen Entzug von einzelnen Befugnissen, etwa dem Recht des Bauens auf einer Liegenschaft? – Schon aus wirtschaftlichen Gründen ist eine Abfindung aller betroffenen Eigentümer ausgeschlossen. Wann muss dann aber, im Sinne des «Kernbestandes» des Eigentums dennoch eine Entschädigung ausgerichtet werden?

Vorweg kann eine Entschädigung nur dort verlangt werden, wo ein *geldwerter Schaden* eintritt. Im allgemeinen ist das nur der Fall, wenn der Verkehrswert der Liegenschaft kleiner wird. Eigentümer, die Befugnisse einbüßen, die ihnen zwar wichtig sind, deren Entzug aber keine Werteinbusse zur Folge hat, sind auf die Auswechselbarkeit des Grundbesitzes zu verweisen. Etwas anderes ist nur anzunehmen, wenn besondere Verumständlungen beim Eigentümer, z. B. sein in oder neben der Liegenschaft angesiedeltes Gewerbe, eine Ortsverlegung ausschliessen. Dann ist der individuelle Schaden zu vergüten.

Sodann muss aber vor allem auf die Frage abgestellt werden, wie *aktuell* die dem Eigentümer nun verschlossene Verwendungsmöglichkeit war. Unter Übergehung der Zwischenstufen mag man drei Fallvarianten unterscheiden: die fernliegende Möglichkeit (z. B. die Überbauung einer Bergwiese mit Ferienhäusern), die naheliegende, aber zeitlich noch nicht aktuelle Möglichkeit (z. B. die Überbauung von Bauernland am Rande einer wachsenden Stadt) und die aktuelle oder praktisch aktuelle Möglichkeit (z. B. die Überbauung von erschlossenem oder demnächst zu erschliessendem Land).

- Im ersten Fall entzieht die raumplanerische Eigentumsschranke dem Eigentümer keine echte Befugnis: Die spätere Überbaubarkeit ist hier nur eine *Chance*, deren Realisierung von vielen Faktoren abhängt, auf die der Eigentümer keinen Einfluss hat (z. B. Bevölkerungswachstum, Wirtschaftslage, Erschliessungsmassnahmen des Staates usw.). Zu diesen Zufälligkeiten, mit denen der Eigentümer rechnen muss, gehört auch die Entwicklung der Rechtslage.
- Beim Entzug der aktuellen Befugnis auf der anderen Seite ist klar, dass der Staat dem Eigentümer etwas wegnimmt, mit dem er rechnen durfte. Demgemäss drängt sich die Entschädigung auf.
- Schwieriger ist die Behandlung der Zwischenstufe des Verbots einer zwar als spätere Möglichkeit deutlich vorauszu sehenden aber in nächster Zeit noch nicht realisierbaren Verwendung. Der vorausschauende Unternehmer kommt nicht darum herum, sich auch solches Land für spätere Zwecke zu sichern; aber auch Eigentümer, die ursprünglich das Land zu anderen Zwecken erworben haben, können bei ihrer Vermögensplanung, z. B. im Falle einer Erbteilung, nicht über die zukünftige Nutzung hinwegsehen. Man kann sagen, dass solches Land zwar nur virtuell, aber doch durch konkrete und in ihrem Eintritt wahrscheinliche Ereignisse bedingt, die zusätzliche Eigentümerbefugnis einschliesst. Dass die Befugnis im Augenblick noch nicht ausgeübt werden kann, unterscheidet damit den Fall *nicht wesentlich* vom Entzug einer aktuellen Eigentümerbefugnis. Die Dauerhaftigkeit ist ja, wie wir sahen, eine Hauptdimension des Eigentums; die Zukunft spielt für den Eigentümer eine fast ebenso wichtige Rolle wie die Gegenwart. So stellt auch dieses Verbot einen enteignungsähnlichen Tatbestand dar und sollte, wenn der Verkehrswert betroffen wird, wie der Entzug einer aktuellen Befugnis entschädigt werden. In der Höhe der Abfindung wäre selbstverständlich zu berücksichtigen, dass über die tatsächliche spätere Verwendbarkeit im nun verbotenen Sinne auch aus anderen als raumplanerischen (etwa wirtschaftlichen oder bevölkerungsmässigen) Gründen Ungewissheit bestanden hat.

Im vorigen haben wir ausschliesslich auf die objektiven Verwendungsmöglichkeiten abgestellt. Auf sie kommt es wohl allein an. Der subjektive Wille des Eigentümers – etwa die bereits bestehende Absicht, zu bauen, oder der Wille weiterzubauen – ist darum unerheblich, weil er

jederzeit, von Minute zu Minute, ändern kann. Das Recht, in jedem Moment neue Beschlüsse zu fassen, ist ein wesentlicher Teil der Eigentumsfreiheit. Bereits im Moment der Expropriation oder Eigentumseinschränkung getroffene Entscheidungen des Eigentümers sind nur insofern relevant, als damit zusammenhängende aufgelaufene Unkosten, wie Auslagen für Baupläne usw., zum Enteignungsschaden gehören²¹.

- d) Auch eine Beschränkung der Entschädigungspflicht auf den Entzug mehr oder weniger aktueller Befugnisse des Eigentümers könnte freilich die staatliche Tätigkeit und dabei ganz besonders die Raumplanung wirtschaftlich verunmöglichen. Anerkennt man die Notwendigkeit der letzteren, so muss man auch die entschädigungslose Errichtung wertzerstörender Eigentumsschranken wohl oder übel zulassen. Erst von einer gewissen Intensität an kann ein Eingriff entschädigt werden. Die rechtsstaatliche Begründung bereitet freilich einiges Kopfzerbrechen.

Mit dem Hinweis, dass auch andere Freiheitsrechte entschädigungslos eingeschränkt werden können – und somit die Entschädigung des Eigentümers eine Ausnahme von einer alle treffenden Last sei –, lässt sich nichts ausrichten: Die übrigen Freiheitsrechte werden im wesentlichen nur im Rahmen der Polizei eingeschränkt und für polizeiliche Eigentumsschranken wird, nach herrschender Lehre, ohnehin keine Entschädigung ausgerichtet. Entschädigungspflichtig sind nur Einschränkungen des Eigentums, die in einem über die Wahrung der öffentlichen Ordnung hinausgehenden öffentlichen Interesse verfügt werden²².

Ob mit der Anwendung eines schönen Begriffs, wie der «Sozialpflichtigkeit des Eigentums» viel gewonnen ist, bleibt fraglich. Die Einschränkung *einzelner* Eigentümer berührt ja die Rechtsgleichheit, ein Prinzip, das nach rechtsstaatlichen Grundregeln bei der Durchsetzung *aller* Bürgerpflichten angewandt werden müsste²³!

Ich glaube, man sollte klar vor Augen haben, dass man hier an einer Stelle steht, an welcher der ideale Rechtsstaat einfach nicht mehr praktikabel ist und deshalb vor dem Machtstaat zurücktreten muss. Eine reine Machtfrage ist es ja auch oft in der Praxis, zu entscheiden, welche von mehreren Eigentümern mit einer Schranke belastet werden sollen.

Erträglich, und zwar nicht nur unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, sondern auch im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Eigentums in einer Ordnung, in welcher *häufig* in die Eigentümerbefugnisse eingegriffen wird, ist die Ausnahme von der Entschädigungspflicht nur, wenn sie auf relativ leichte Eingriffe beschränkt bleibt. Die Schwere ist dabei nicht so sehr nach dem Inhalt der aufgehobenen Befugnisse zu bestimmen²⁴, als nach der wirtschaftlichen Einbusse²⁵. Ihrer Art nach unerwünschten Beschränkungen kann der Eigentümer durch Austausch des Grundstückes ausweichen, dem Wertverlust dagegen nicht.

Leichte Werteinbussen können in einem marktwirtschaftlichen System in der Tat schon darum «verdaut» werden, weil auf längere Frist gese-

hen Variationen in den Nutzungsbefugnissen, die einen gewissen Rahmen nicht überschreiten, nur *ein* Element der Preisbestimmung sind. Daneben spielen andere Faktoren, wie Ortsentwicklung, Konjunktur, Bevölkerungswachstum usw. eine weit grössere Rolle.

Eine allgemeine Regel, dass die Ab- oder Auszoning von Liegenschaften keine Entschädigungspflicht auslösen könne²⁶, hat somit in einer wirklichen Institutsgarantie keinen Platz. Entscheidend müsste vielmehr der Umfang des damit jeweils verbundenen Wertverlustes sein²⁷.

4. Die verfassungsmässige Eigentumsgarantie

- a) Eine eingehende Betrachtung der verfassungsmässigen Eigentums-garantie kann hier nicht erfolgen. Dagegen müssen wir prüfen, inwiefern diese Garantie den minimalen Bestand an Eigentumsfreiheit schützt, der nach gesagtem für das Funktionieren der Selbstverantwortlichkeit unentbehrlich ist.

Die Tatsache allein, dass unsere Eigentumsordnung bis anhin gut gespielt hat, schafft keine Gewissheit, dass ihr Schutz genügt. Bedenken ergeben sich aus der raschen Vermehrung der Eigentumsschranken, nicht zuletzt im Zusammenhang mit der Raumplanung: Bisher wurde nur eine Minderheit von Eigentümern von Expropriationen oder neu-eingeführten Eigentumsschranken betroffen, die ihnen Befugnisse und Werte entzogen, mit denen *ernsthaft* gerechnet wurde. In Zukunft wird sich dagegen eine grosse Zahl, ja vielleicht die Mehrheit, mit enteignungsartigen Vorgängen konfrontiert sehen.

Nun ist aber in der Natur des Menschen beschlossen, dass seltene Unglücksfälle, die wie der Blitzschlag prinzipiell nur andere treffen, seine Aktivität nicht bremsen. Angesichts der bloss für andere vorstellbaren Expropriation mochte sich jeder mit dem Satze trösten, dass Gemeinnutz vor Eigennutz kommen muss. Wenn dagegen ständig fortschreitende Planungsmassnahmen jeden Eigentümer bedrohen, so hängt die Ruhe des Einzelnen und damit seine Fähigkeit und Geneigtheit, langfristig zu planen, von der Garantie des Bestandes und Wertes, die er nun auf sich bezieht, ab.

Eine Überprüfung der Eigentumsgarantie in ihrer praktischen Verwirklichung sollte daher mit einer Radikalisierung der Raumplanung einhergehen.

- b) Die früher als ungeschriebener Verfassungssatz vom Bundesgericht anerkannte²⁸ und heute in Artikel 22ter der Bundesverfassung ausdrücklich erwähnte Eigentums-garantie umfasst grundsätzlich alle drei Aspekte der «idealen» Gewährleistung, die Instituts-, Bestandes- und Wert-garantie²⁹.

Soweit sie nicht reflexweise aus den Entscheidungen zur Bestandesgarantie hervorgeht, wird die *Institutsgarantie* in der bundesgerichtlichen Praxis freilich mehr angetönt als ausgesprochen³⁰. Der hauptsächliche Grund dürfte in der Tatsache liegen, dass sich nur selten private Prozessparteien zum Kampf um die generelle Umgrenzung des Instituts «Eigentum» einfinden können³¹. Ein weiteres Hindernis, das bei der gegenwärtigen Gesetzgebungstätigkeit des Bundes möglicherweise bald eine bedeutende Rolle spielen wird, liegt im Ausschluss der Überprüfung von Bundesgesetzen durch das Bundesgericht.

Die Bewahrung des Instituts ist damit weitgehend der Legislative des Bundes und der Kantone sowie der rechtssetzenden tätigen Verwaltung anvertraut. Ob dies heute noch als Schutz des Grundrechts genügt, mag hier offen bleiben. Von der «reinen» Institutsgarantie hängen namentlich zwei der unentbehrlichen Elemente einer funktionierenden Eigentumsordnung ab: die Existenz eines Marktes, auf dem sich der potentielle Eigentümer Land für seine Zwecke beschaffen kann, und die Möglichkeit, Land, das mit einer unerwünschten Eigentumsschranke belegt wird, ohne übermässige Belastung gegen anderes Land auszutauschen. – Es sind wohl die gefährdetsten dieser Elemente.

- c) Im Rahmen der *Bestandesgarantie* verlangt das Bundesgericht vorweg, dass sich jeder Eingriff in das Eigentum auf ein Gesetz im materiellen Sinne stützt³². Wir können uns hier mit der Feststellung begnügen, dass die Erlasse, mit denen bisher raumplanerische Massnahmen verfügt worden sind, insbesondere auch die hierher gehörenden Pläne, dieser Anforderung entsprechen³³.

Das Gesetz muss im *öffentlichen Interesse* geboten sein. Ein solches wird vom Bundesgericht bei ständig weiteren Massnahmen des Staates anerkannt³⁴. Dafür, dass die Vorkehrungen der Raumplanung im öffentlichen Interesse liegen, gibt die laufende Gesetzgebung geradezu eine authentische Interpretation.

Zur Feststellung des öffentlichen Interesses gehört auch die Prüfung der *Verhältnismässigkeit* der Massnahme: Hier gilt es nicht nur zu prüfen, ob die Massnahme für die Erreichung des angestrebten Zieles zweckmässig ist, sondern es ist auch zwischen dem öffentlichen Interesse, das beim Eingriff im Spiele ist, und der Schwere der Beeinträchtigung des betroffenen Eigentümers abzuwägen³⁵. In dieser Abwägung kommt vor allem zum Ausdruck, dass die Eigentumsfreiheit ein vollwertiges Freiheitsrecht ist, vor dem zuweilen auch Interessen, die als öffentlich bezeichnet werden, zurücktreten müssen.

Die Abwägung wäre der Ort, an dem das Bundesgericht einmal den minimalen Ansprüchen eines funktionierenden Eigentums, seinem «Kerngehalt», Nachachtung verschaffen könnte. Mit der hier bestehenden reflexweisen Institutsgarantie liesse sich namentlich das Postulat durchsetzen, dass der Eigentümer stets einen gewissen Entscheidungs-

spielraum bewahren muss. Auch hier wird sich aber das Fehlen einer bundesgerichtlichen Kognition für Bundesgesetze einschränkend auswirken.

- d) In vollem Umfang spielt die *Wertgarantie* nur bei der «formellen» Enteignung, dem Entzug des Eigentums zur Befriedigung öffentlicher Interessen. Bei der blossen Einschränkung der Befugnisse des Eigentümers macht das Bundesgericht einen Unterschied danach, ob eine «materielle Enteignung» anzunehmen sei oder nicht. Nur eine solche berechtigt zu Ersatz.

Keine «materielle Enteignung» enthalten vorweg Eingriffe, die nur eine relativ geringe Werteinbusse nach sich ziehen³⁶. Die Unvermeidlichkeit dieser Einschränkung wurde bereits erörtert³⁷.

Ein unbedingter Ersatzanspruch besteht nur, wenn der Eingriff sehr schwer ist³⁸. Das Bundesgericht stellt dabei auf die Verwendung des Grundstückes ab. Materielle Enteignung liegt vor, wenn dem Eigentümer eine *wesentliche Befugnis* entzogen wird³⁹, die er tatsächlich ausgeübt hat oder *mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft* ausgeübt hätte. Das trifft nach vielen Entscheidungen etwa zu bei Verhängung eines Bauverbots über Land, das bereits als Bauland erschlossen ist oder doch, ohne den Eingriff, bald einmal erschlossen worden wäre⁴⁰. Nach den im Entscheid 97 I 632ff formulierten Grundsätzen könnte auch die Rückzonung eines Grundstückes zur Entschädigung Anlass geben.

Die Wesentlichkeit der entzogenen Befugnis bestimmt sich auch nach den *subjektiven Absichten* des Eigentümers. Die längere Nichtausübung einer Befugnis kann als Verzicht gewertet werden: So etwa im Fall, da eine höher überbaubare Parzelle mit einer Villa bewohnt wird⁴¹.

Weniger weitgehende (mittelschwere) Einschränkungen gelten nur dann als materielle Enteignung, wenn ein einziger oder einzelne Grundeigentümer so betroffen werden, dass ihr Opfer für die Allgemeinheit als unzumutbar erscheint, wenn keine Entschädigung geleistet würde⁴².

Von der «idealen» Garantie weicht diese Praxis einmal dadurch ab, dass sie auf die Wichtigkeit der dem Eigentümer entzogenen Befugnis und nicht auf die Werteinbusse abstellt. Im Rahmen einer *Wertgarantie* kommt es aber vor allem auf die letztere an; einer unerwünschten Nutzungsbeschränkung kann der Eigentümer, von Ausnahmen abgesehen, durch Austausch seiner Liegenschaft ausweichen.

Schwerer betroffen wird die Funktionsfähigkeit des Eigentums durch die Tatsache, dass mittelschwere Beeinträchtigungen normalerweise nicht entschädigt werden. Wenn sich solche Fälle häufen, entsteht zwangsläufig eine lähmende Ungewissheit.

Endlich vermögen die Beschränkung der Entschädigung auf Verbote, welche gegenwärtige oder nahe bevorstehende Nutzungsarten betreffen, und das Abstellen auf das augenblickliche subjektive Verhalten des Eigentümers nicht zu befriedigen. Die langfristige Disposition, die dau-

ernde Werterhaltung und die ständige Entscheidungsfreiheit des Eigentümers sind essentielle Bestandteile des Eigentums.

5. Der Anspruch auf positive Leistungen des Staates

- a) Um die Eigentumsfreiheit effektiv benützen zu können, muss der Bürger nicht nur vor zu weit gehenden Eingriffen des Staates geschützt sein, sondern auch gewisse Zugeständnisse und Leistungen in jenen Bereichen, die sich der Staat vorbehalten hat, vorausplanen können. Er muss etwa damit rechnen können, dass bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen der Staat eine Baubewilligung erteilen, eine Liegenschaft erschliessen oder gar ein Bauverbot in Form einer Zonenvorschrift abändern wird. Nur so wird dem Charakter der Langfristigkeit aller mit dem Eigentum zusammenhängenden Dispositionen Rechnung getragen.

Das häufige Fehlen von klaren Bestimmungen und die Tatsache, dass die staatlichen Organe in diesen Bereichen oft mehr nur intuitiv das Richtige tun, führen indessen nicht selten zu einer Unsicherheit, deren negative Wirkung sich mit zunehmender Macht der Verwaltung verstärkt. Der Bürger hat nicht selten das Gefühl, dass einfach alles «Gummi» sei. Er sieht sich darob zu unschönem Feilschen mit den Behörden veranlasst und verfällt zuweilen in seltsame Verdachtsgefühle, wie etwa, dass der politische Einfluss von Bauherren oder Architekten oder andere sachfremde Faktoren eine Rolle spielen könnten.

Die einzige Regel des Bundesrechts, deren Anwendung hier allgemein anerkannt wird, ist das Verbot von Willkür (BV 4). Es schliesst nicht nur ein Handeln oder Unterlassen der staatlichen Organe ohne jede zureichende sachliche Begründung aus, – was praktisch selten angerufen werden kann –, sondern verlangt vor allem die Einhaltung der geltenden Gesetze. Die Wahrung der Eigentumsfreiheit ist also auch in diesem Bereich vorab dem Gesetzgeber anheimgestellt. Dieser unterlässt aber gerade hier vielfach die Formulierung klarer Rechtsansprüche.

Entgegen einer vom Bundesgericht geäusserten Meinung⁴³, ist von berufener Seite⁴⁴ die Frage aufgeworfen worden, ob nicht aus der Eigentums-garantie unter Umständen ein Anspruch auf bestimmte positive Leistungen des Staates entstehen kann. Im Hinblick auf die im Vorstehenden dargelegten Erfordernisse einer funktionierenden Eigentumsordnung möchten wir dies jedenfalls für jene Fälle bejahen, bei denen die «positive» Leistung des Staates die partielle Aufhebung einer vorher verfügbaren Eigentums-schranke enthält, so beispielsweise bei der Baubewilligung als Aufhebung eines generellen Bauverbots, der Erschliessung als Gegenstück zu einem staatlichen Erschliessungsmonopol, der Aufzoning als Lockerung eines in Zonenform gefassten Verbots. Die Verweigerung der Baubewilligung oder Erschliessung kann hier einer temporär gedachten Eigentums-schranke dauernden Charakter verleihen und damit in Kombination mit dieser eine materielle Enteignung bewirken.

- b) Unter raumplanerischen Gesichtspunkten interessieren namentlich die Probleme der Ein- und Aufzoning:

Eine Pflicht des Staates, bestimmte Parzellen in die Bauzone aufzunehmen, kann nach dem Grundsatz bestehen, dass auch der Staat konsequent zu handeln hat: Wenn das Gemeinwesen bestimmte Teile seines Gebietes als «Bauentwicklungs-», «Bauerwartungsgebiet» oder ähnlich bezeichnet, so werden die betreffenden Eigentümer und alle Interessenten eingeladen, dieses Gebiet als zukünftiges Bauland zu betrachten. Eine ähnliche «Einladung» ergeht in Bezug auf alle einer wachsenden Siedlung nahegelegenen Grundstücke dann, wenn es der Staat unterlässt, für die weitere Entwicklung genügende Bau- und Bauerwartungszonen abzugrenzen.

Beschliesst nun das Gemeinwesen, sein Baugebiet auszudehnen, so müssen, zum Schutze der mit der Eigentumsfreiheit notwendig verbundenen langfristigen Disposition, vorweg die so vorgezeichneten Liegenschaften berücksichtigt werden, und zwar grundsätzlich in der Reihenfolge, wie die Beteiligten die Einzoning erwarten mussten. Auch Treu und Glauben und damit das Willkürverbot dürften dies verlangen.

Ähnliches gilt für die Erschliessung der Bauliegenschaften. Ob und wieviel Bauland der Staat erschliessen will, steht in seinem Ermessen. Wenn er aber zur Erschliessung schreitet, dann verlangen die genannten Grundsätze, dass er das entsprechend eingezonte Land bevorzugt⁴⁵.

III. Das Bundesgesetz über die Raumplanung vom 4. 10. 1974 (RPG)

1. Allgemeines, die Zonenordnung

- a) Das eidgenössische Raumplanungsgesetz, das nun zur Diskussion steht, dient vorab den gleichen Zielen wie die bisherige kantonale Gesetzgebung. Hinzu treten noch zwei wichtige zusätzliche Zielsetzungen: die sparsame Raumnutzung (Verhinderung der «Zersiedlung» des Raumes) und die Verhinderung von übermässigen Ballungen der Bevölkerung. Der Inhalt des Gesetzes braucht hier nicht im einzelnen vorgestellt zu werden.

Entsprechend der Kompetenznorm des neuen Artikels 22quater der Bundesverfassung ersetzt das Gesetz die kantonale Gesetzgebung nicht, sondern gibt ihr nur Richtlinien. Insbesondere bestimmt es die Instrumente, die für die Raumplanung zur Verfügung stehen, und darunter auch die rechtlichen Eingriffe in die Eigentumsfreiheit.

Für die Erreichung seiner Ziele stellt das Raumplanungsgesetz einmal das klassische Instrumentarium der bisherigen kantonalen Gesetze zur Verfügung, d. h. die Einzonung, die Bauvorschriften und die Expropriation. Hinzu treten zwei weitere Instrumente, die in ihrer Art oder jedenfalls ihrer Bedeutung neu sind, nämlich die Zwangsnutzung und die Mehrwertabschöpfung. Ferner sieht das Gesetz Beiträge der Eigentümer an die Erschliessung ihrer Grundstücke vor.

Die Grundidee des Gesetzes liegt in der Einteilung des gesamten kantonalen Territoriums in Siedlungsgebiete und Gebiete, die nicht zur Siedlung bestimmt sind. Diese Einteilung geschieht in einem «Gesamtrichtplan». Zu Siedlungsgebieten sollen nur die bereits weitgehend überbauten Bereiche bestimmt werden, sowie jenes Land, das in absehbarer Zeit, längstens aber innert 20 bis 25 Jahren für eine geordnete Siedlung benötigt wird und innert dieser Frist erschlossen werden kann. Innerhalb des Siedlungsgebietes wird durch «Nutzungspläne» der lokalen Behörden ein Baugebiet ausgeschieden, das allein zur Überbauung bestimmt ist. Das Baugebiet umfasst neben dem bereits überbauten Gebiet jenes Land, das innerhalb von 10 bis 15 Jahren benötigt wird und erschlossen werden kann.

Durch die Nutzungspläne wird endlich auch bestimmt, wie das Baugebiet im einzelnen zu verwenden ist, ob es Wohn- oder Industriezone ist, und welcher Ausnutzungskoeffizient dafür Anwendung findet.

Gesamtricht- und Nutzungspläne werden ständig revidiert, längstens in Abständen von 10 Jahren. Bei wachsenden Siedlungen wird es also laufend zu Umzonungen kommen.

Das nicht zur Siedlung bestimmte Gebiet teilt sich, abgesehen von Sondergebieten wie Forstgebiet, Erholungsräumen und Schutzgebieten, in ein Landwirtschafts- und das unproduktive «übriges Gebiet». Dem Landwirtschaftsgebiet wird jenes Land zugeordnet, das im Gesamtinteresse landwirtschaftlich genutzt werden soll. In diesem Gebiet sind nur Bauten und Anlagen zulässig, die der landwirtschaftlichen Nutzung dienen.

Nach dem Entwurf des Bundesrates hätte sich zwischen das Landwirtschaftsgebiet und das Siedlungsgebiet eine, ebenfalls mit «übriges Gebiet» überschriebene Pufferzone einschieben sollen, das die kantonalen Behörden ganz oder teilweise als «Bauentwicklungsgebiet» hätten bezeichnen und so für die spätere Ausdehnung der Siedlung vormerken können⁴⁶. Diese Einrichtung ist in der Beratung der Eidgenössischen Räte gestrichen worden; Land, welches die Siedlung in einem weiteren Zeitraum als längstens 20 bis 25 Jahren beansprucht, gehört zur Landwirtschaftszone⁴⁷.

- b) Hinter der Einteilung des ganzen Landes in bestimmte Zonen steht stellenweise die Vorstellung von einem einmal zu erreichenden statischen Zustand, in welchem jedes Grundstück ganz langfristig auf eine bestimmte Verwendungsart festgelegt ist⁴⁸. Dadurch sollen eine Beruhigung des Bodenmarktes und verschiedene raumplanerische Anliegen realisiert werden.

Für die Eigentumsfreiheit wäre eine solche Stabilisierung an sich nicht von vornherein untragbar. Sie setzt nur voraus, dass dem Eigentümer ein bestimmter Spielraum der Disposition verbleibt⁴⁹ und dass ein genügender Markt von Grundstücken aller einschlägigen Arten entstehen kann, um die Austauschbarkeit und den Zugang neuer Interessenten zu gewährleisten.

Dieser Zustand ist bei enger Bemessung der überbaubaren Zonen freilich nur denkbar, wenn die Raumbedürfnisse der Wohnbevölkerung und Wirtschaft nicht mehr wachsen, so dass für jedes neue Bedürfnis alter Raum frei wird. Ja, es müsste sogar ein Rückgang der Ansprüche vorliegen, da nicht anzunehmen ist, dass die neuen Bedürfnisse stets gerade am gleichen Ort anfallen und der gleichen Nutzungsart angehören, wie das gleichzeitig freiwerdende Land. Ob dieser stabile oder rezessive Zustand wirklich ideal ist, mag heute schon fraglicher erscheinen als im Zeitpunkt der Formulierung des Gesetzes.

Werden dagegen die einzelnen Zonen mit reichlichen Landreserven ausgestattet, so wird die Stabilität nicht mehr verwirklicht.

- c) Das Gesetz als solches schliesst das Wachstum der überbauten Fläche nicht aus. Nach dem vom Bundesrat vorgelegten Entwurf hätte es sogar ein System zur Verfügung gestellt, welches das früher erörterte Problem der Vorausschbarkeit zukünftiger Zonenänderungen einer befriedigenden Lösung zugeführt hätte. An das erschlossene Baugebiet hätten sich

die übrige Bauzone, das übrige Siedlungsgebiet, das Bauenwicklungsgebiet und eventuell das «übrige Gebiet» angeschlossen. Jede dieser Zonen wäre sukzessiv zur Überbauung berufen gewesen, was von den Landeigentümern und Interessenten hätte vorausgesehen werden können.

Mit der Streichung des zwischen Siedlungs- und Landwirtschaftsgebiet eingeschobenen übrigen Gebietes endigt die Reihe mit dem übrigen Siedlungsgebiet, also jenem Land, welches im Zeitpunkt der Erstellung des Gesamttrichtplanes längstens in 20 bis 25 Jahren für Siedlungszwecke beansprucht wird. Im Zeitpunkt der periodischen Revision der Pläne reicht die vorgezeichnete Entwicklung nur noch etwa 10 bis 15 Jahre weit; dies ist für die notwendigen langfristigen Dispositionen kaum genügend. Es wird sich so der problematische Zustand nicht vermeiden lassen, dass auch siedlungsnahes Landwirtschaftsgebiet von den gegenwärtigen und potentiellen Eigentümern als zukünftiges Baugebiet betrachtet werden muss.

Voraussetzung dafür, dass die vom Gesetze vorgeschriebene Erschliessungsreihenfolge der Entfaltung des Eigentums nützen kann, ist die Bindung der planenden Behörden an diese Ordnung. Das Gesetz sieht die im Rahmen des ganzen Planungssystems eigentlich selbstverständliche Regel höchstens implicite vor.

2. Die Erschliessung und Zwangsnutzung

- a) Die vorerst rein polizeiliche⁵⁰ Vorschrift, dass nur erschlossenes Land baulich genutzt werden darf, bringt gegenüber dem bisherigen Baurecht keine prinzipielle Neuerung. Die Tatsache, dass die zuständige Behörde nach Ermessen über die Erschliessung entscheidet, bleibt der Punkt, in welchem die Entfaltung des Eigentums von unbestimmten Faktoren abhängt.

Die hier liegenden Gefahren für die Eigentumsfreiheit können nur durch die Anerkennung eines subjektiven Rechts auf Erschliessung gebannt werden. Wenn der im Raumplanungsgesetz enthaltenen Regel (RPG Art. 28 Abs. 1), dass die zuständigen Behörden verpflichtet sind, die Erschliessung der Bauzone zeitgerecht durchzuführen, der Charakter eines subjektiven Rechts des Grundeigentümers zuerkannt würde, dann wäre für das Funktionieren der Eigentumsordnung Wesentliches gewonnen.

- b) Artikel 35 Absatz 2 des Raumplanungsgesetzes ermöglicht es, den Eigentümer durch Androhung der Enteignung zu zwingen, ein in der Bauzone befindliches Grundstück der Überbauung zuzuführen⁵¹. Vorausgesetzt wird ein ungenügendes Angebot an erschlossenem Land im betreffenden Gebiet.

Dass durch eine solche Massregel der Inhalt des Eigentums schwerwiegend getroffen wird, steht ausser Frage. Sie geht viel weiter als die bisher allgemein üblichen Formen der Zwangsnutzung, die (wie die Kriegswirtschaft) nur temporäre oder (wie die Pflicht zum Gebäudeunterhalt) nur sekundär von einer freigewählten Nutzungsform abhängige Pflichten vorsahen⁵². Dem Eigentümer wird das Dispositionsrecht darüber entzogen, *wann* das Grundstück genutzt werden soll, und damit zum Teil auch darüber, *wie* es genutzt werden soll. Die Einschränkung schafft ein Ungleichgewicht; denn nach wie vor gilt der Grundsatz «periculum est domini»: Das wirtschaftliche Risiko der Nutzung trifft den Eigentümer. Dass zur Unzeit erstellte Bauten, die keinen Mieter oder Käufer finden, enormen Schaden stiften können, dürfte heute allgemeiner bekannt sein, als im Zeitpunkt, da der Gesetzesentwurf formuliert wurde!

Auf der anderen Seite gilt es zu berücksichtigen, dass das hauptsächlich gesetzgeberische Ziel der Massregel einleuchtend ist. Verhindert soll werden, dass durch künstliche Verknappung des Angebotes an Bauland rein spekulative Preissteigerungen herbeigeführt werden. Von der freien Ausübung der Eigentümerbefugnisse, wie sie die Eigentumsfreiheit gewähren soll, ist dieser spekulative Vorgang so weit entfernt, wie Rechtsmissbrauch vom Recht. Es wird mithin alles von der Anwendung der Bestimmung abhängen. Wird sorgfältig auf die Voraussetzung geachtet, dass der Zwang nur einzusetzen ist, wo tatsächlich ein ungenügendes Angebot besteht, und wird nach Treu und Glauben auch darauf geschaut, ob die Knappheit nicht einfach auf eine übermässige Zurückhaltung des Staates bei der Landerschliessung zurückgeht, so wäre die Bedrohung der Eigentumssubstanz gering.

In der Hand expansiver Behörden kann aber die weit gefasste Vorschrift zu Versuchen führen, das Grundeigentum in staatliche oder in andere private Hände überzuleiten. Man stelle sich etwa eine harte Durchführung der Zwangsnutzung verbunden mit einer allgemeinen Kreditbeschränkung vor!

- c) Problematischer ist das zweite Ziel der Zwangsnutzung, das in den Gesetzesmaterialien erwähnt worden ist. Durch Vermeidung von unüberbauten erschlossenen Parzellen soll dem Staat ermöglicht werden, möglichst wenig Bauland erschliessen zu müssen. Konsequenter durchgeführt, bedeutet dies, dass die Besitzer von unerschlossenem Bauland oder übrigem Siedlungsland mit ihren Projekten warten müssen, bis auch die letzte erschlossene Parzelle einen Bauherrn gefunden hat. Dem Baulustigen, der noch kein Land besitzt, wird dagegen die Möglichkeit genommen, zwischen verschiedenen Parzellen zu wählen.

Wenn es auch selbstverständlich zutrifft, dass in dieser Weise Einsparungen möglich sind, deren Bedeutung allerdings durch die von den Anwändern zu bezahlenden Erschliessungsbeiträge stark gemindert wird,

so kann doch nicht ausser acht gelassen werden, dass ein grundsätzlicher Zwiespalt zwischen Verwaltungstechnik und persönlicher Freiheit einseitig gelöst wird. Die Freiheit besteht ja darin, dass der Bürger individuelle Wünsche durchsetzen kann; individuelle Wünsche des Bürgers sind aber stets ein verwaltungstechnisches Ärgernis. Soll die individuelle Freiheit erhalten bleiben, so muss der Staat vorerst fast immer eine Verteuerung seiner Leistungen in Kauf nehmen, die nur indirekt durch die von der Freiheit abhängige allgemeine Prosperität ausgeglichen wird. Bei der Einführung einer Zwangsmassnahme darf nicht entscheiden, ob sie die Verwaltung vereinfacht und verbilligt, sondern es kommt einzig auf die Grenze an, wo die durch die Entfaltungsfreiheit des Bürgers dem Staate zugemuteten Lasten unerträglich werden.

3. Die Enteignung

- a) Artikel 22quater der Bundesverfassung ist als Ermächtigungsnorm gedacht; als solche können darauf gestützte Gesetze die Grundrechte der Verfassung nicht abändern. Dies beabsichtigt das Raumplanungsgesetz auch nicht in Bezug auf die Eigentumsgarantie; die vom Bundesgericht entwickelten und in Artikel 22ter bestätigten Grundsätze bleiben vorbehalten.

Eine formelle Enteignung bedarf einer gesetzlichen Grundlage und geschieht gegen volle Entschädigung. Grundsätzlich neu ist nur die Verwendung der Enteignung als Zwangsmittel zur Durchsetzung der Nutzungspflicht (RPG Art. 35 Abs. 2)⁵³. Auch die Regeln der materiellen Enteignung will das Gesetz nicht ändern. In Artikel 48 wird vielmehr versucht, die vom Bundesgericht erarbeiteten Grundsätze gesetzlich zu fixieren⁵⁴. Man kann an der Zweckmässigkeit zweifeln, nicht nur weil die Praxis noch in voller Entwicklung steht, sondern vor allem weil die Raumplanung selbst eine solche Vermehrung der strittigen Fälle schaffen wird, dass eine Überprüfung mancher Ergebnisse der letzten Jahre bestimmt nötig werden wird.

- b) Soll die vom Gesetz vorgesehene Beschränkung des Siedlungs- und Baugebietes auf das in kurzen Zeiträumen benötigte Bauland verwirklicht werden, so wird man bei der Einführung nicht darum herumkommen, grosse Gebiete, die bisher «Bauland» gewesen sind, aus diesem wegzuweisen, d. h. wie man sagt, einer Rückzonung zu unterwerfen. Es werden mithin in weiten Gebieten Nutzungen ausgeschlossen, die bisher gestattet oder doch in näherer oder fernerer Zukunft denkbar gewesen sind. Damit gewinnt das Problem, ob mit derartigen Eigentumsbeschränkungen eine Verletzung der verfassungsmässigen Wertgarantie verbunden ist, an praktischer Bedeutung.

Das Gesetz stellt hierüber einige Bestimmungen auf und erwähnt besondere Fälle (RPG 48 Abs. 2, 49). So wird gesagt, dass ein Bauverbot auf einer erschlossenen und als Bauland eingezonten Parzelle die materielle Enteignung bedeute. Andererseits sei die Eingliederung eines Grundstückes in die Landwirtschaftszone oder Forstzone keine solche. Es besteht wohl Einigkeit darüber, dass auch diese Bestimmungen keine Änderung, sondern nur eine Exemplifikation der bisherigen Regelung der Eigentumsgarantie bedeuten⁵⁵. Entscheidend ist mithin nach der bundesgerichtlichen Praxis auch hier, ob die Eigentumsbeschränkung eine gegenwärtige oder in naher Zukunft voraussehbare Nutzung verbietet oder wesentlich einschränkt.

Die grosse Zahl der Fälle wird dabei die schon erörterte Problematik des Kriteriums der «nahen Zukunft» verschärfen. Bei der Rückzonung wird es ja vielfach um Grundstücke gehen, bei denen die Baumöglichkeit zwar nur mittel- oder längerfristig in Aussicht gestanden hat, aber angesichts der Einzonung als Bauland doch nicht nur als entfernte Chance in Betracht gezogen werden durfte. Wo die Möglichkeit bereits im Preise Niederschlag gefunden hat, wird dem ausgezonten Eigentümer ein Vermögenswert entzogen, mit dem er in guten Treuen rechnen durfte und musste. Es fragt sich, ob diesen Fällen mit dem im Gesetz vorgesehenen «Härteausgleich» beizukommen wäre.

- c) Auch nach Inkrafttreten des Gesetzes werden ähnliche Fälle nicht zu vermeiden sein: Planänderungen werden eintreten; dabei wird es vorkommen, dass Parzellen der Bauzone und des übrigen Siedlungsgebietes rückgezont oder an das Siedlungsgebiet angrenzende Landwirtschafts-parzellen definitiv zur Freihaltung bestimmt werden. Da bei der engen Umgrenzung der Bauzone solches Land *zwangsläufig* als zukünftiges Bauland behandelt und bewertet werden muss, wird die Rückversetzung Werte vernichten und damit die Frage nach der materiellen Enteignung aufwerfen.

Auch hierüber schweigt das Gesetz. Es gilt aber das früher Gesagte: Wenn nur seltene Ausnahmefälle ohne Entschädigung ausgehen, wird «nur» die Rechtsgleichheit tangiert, wenn aber jeder Eigentümer die Drohung der entschädigungslosen Enteignung fühlt, dann wird das Funktionieren der Rechtsordnung in Frage gestellt!

4. Die Mehrwertabschöpfung

- a) Artikel 37 Absatz 1 des Raumplanungsgesetzes sieht vor, dass «erhebliche Mehrwerte», die durch Nutzungspläne oder sonstige planerische Vorkehren geschaffen werden, durch Abgaben oder Landabtretungen vom Gemeinwesen «in angemessener Weise abzuschöpfen sind». Die Bestimmung ist naturgemäss das heisse Eisen der ganzen Gesetzgebung.

Geht man von den Materialien und der daran anknüpfenden Literatur aus, so bedeutet sie, dass der Eigentümer jeden Mehrwert, der entweder durch die Ein- oder Umzonung seines Grundstückes entsteht oder die Folge der Erschliessung als Bauland ist, «in angemessener Weise» dem Gemeinwesen abzuliefern hat. Solche Mehrwerte dürften beim Eigentümer periodisch auftreten; der Extremfall ist ein Grundstück ausserhalb der Siedlungszone, das nach und nach ins Zentrum einer wachsenden Stadt rückt: Planungsmehrwerte entstehen hier bei der Einzonung ins Siedlungsgebiet, bei der Einzonung ins Baugebiet, bei der Erschliessung sowie bei jeder Aufzonung im Sinne einer Erhöhung der Ausnutzungsmöglichkeiten.

Nach dem Entwurf des Bundesrates wäre die Ablieferungspflicht unmittelbar im Anschluss an die raumplanerische Massnahme eingetreten. Dadurch wäre der wirtschaftlich schwächere Eigentümer, der die liquiden Mittel für die Abgabe nicht anderweitig besitzt, gezwungen worden, sein Land zu veräussern. Die Eigentumsfreiheit wäre in einem wesentlichen Punkte, nämlich dem Recht zur Bestimmung des Zeitpunktes von Verfügungen, geschmälert worden. Die Eidgenössischen Räte haben die Ablieferungspflicht dahingehend gemildert, dass sie erst bei Realisierung des Mehrwertes fällig wird: Die Tragödie der modernen Philemon und Baucis, die durch den abgabefreudigen Staat aus ihrem aufgezonten Altershäuschen vertrieben werden, tritt also nicht so leicht ein^{56, 57}.

- b) Das Problem, mit dem sich der Gesetzgeber von Anfang an auseinandergesetzt hat, ist die Vereinbarkeit mit der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement und der Eidgenössische Delegierte für Raumplanung haben hierüber Gutachten eingeholt.

Das sogenannte Ergänzungsgutachten von Aubert und Jagmetti⁵⁸ behauptet die Verfassungsmässigkeit vor allem mit dem Hinweis auf die Symmetrie, die zwischen der Abgabe des planerischen Mehrwertes und der Pflicht des Staates zur Entschädigung materieller Enteignungen besteht. Dieses Argument hat auch in der Botschaft des Bundesrates Aufnahme gefunden⁵⁹.

Vorweg ist dagegen einzuwenden, dass es logisch nicht ohne weiteres zwingend ist⁶⁰. Die Wegnahme eines Wertes in Form der materiellen Enteignung macht den Staat aufgrund einer konkreten Rechtsbestimmung, der Eigentumsgarantie, ersatzpflichtig. Eine umgekehrte Regel, welche die Wegnahme von dem Bürger zugefallenen Vorteilen rechtfertigen würde, lässt sich *daraus* nicht ableiten. Die Rechtsordnung kennt im Gegenteil zahlreiche Fälle, bei welchen das Zufügen von Schaden zwar eine Ersatzpflicht, das Zuführen von Nutzen aber durchaus kein Wegnahmerecht entstehen lassen; denken wir etwa an die privatrechtlichen Regeln über das Delikt und die Geschäftsführung ohne Auftrag. Bleibt die Entschädigungsordnung bei materieller Enteignung auf dem

heutigen Stande stehen, so fehlt die Symmetrie ohnehin: Nicht jeder raumplanerische Wertenzug, sondern nur ganz bestimmte Vorgänge geben dann einen Anspruch auf Entschädigung.

Unter den hier geprüften Gesichtspunkten fällt aber vor allem ins Gewicht, dass die Meinung, wonach planerische Massnahmen wie Aufzonung und Erschliessung dem Eigentümer einen Wert zukommen lassen, der eigentlich der Öffentlichkeit gebührt, nach der bisherigen Eigentumskonzeption nicht haltbar ist. Gerade diese Vorstellung durchzieht jedoch wie ein roter Faden die ganze Vorgeschichte des Artikels 37 RPG. Nach der klassischen Lehre, wie sie durch ZGB Art. 641 Abs. 1 auch gesetzgeberisch bestätigt wird, ist das Eigentum das Recht auf *alle* Befugnisse an der Sache, soweit sie nicht durch besondere rechtliche Schranken ausgeschlossen sind. Fällt eine Schranke weg, so dehnt sich die Befugnis des Eigentümers automatisch aus. Die zonenmässige Baubeschränkung und das Verbot des Bauens auf nichterschlossener Parzelle sind nichts anderes als solche Schranken. Werden sie aufgehoben oder eingeschränkt, so entsteht kein Vakuum, sondern das präexistente Eigentum kann in entsprechend weiterer Masse ausgeübt werden.

Wenn man mit den Vätern der Mehrwertabschöpfung in der Aufzonung oder Erschliessung eine Gabe des Staates an den Eigentümer sieht, so würde das im Grunde eine völlige Neukonzeption des Eigentums voraussetzen. Diese Konzeption würde etwa dahin lauten, dass das Eigentum nicht ein Recht ist, das dem Eigentümer um seiner Persönlichkeit willen zusteht, das er gleichsam «aus eigener Kraft» beanspruchen kann, sondern eine Konzession, welche der im Grunde berechnigte Staat dem Eigentümer zum Zwecke einer bestimmten Nutzung gewährt hat und welche bei Veränderung dieser Nutzung oder aus anderen Gründen wieder abgeändert oder widerrufen werden kann. Wäre das Raumplanungsgesetz der Ort, wo solche Lehren in unser Eigentumsrecht und vielleicht später auch in andere Freiheitsrechte Eingang finden, so wäre das in den Räten gefallene Wort vom «Gesetz des Jahrhunderts» bestimmt nicht übertrieben⁶¹.

Nach klassischer Lehre ist somit festzuhalten, dass die Mehrwertabschöpfung die wirtschaftliche Abgabe eines Wertes beinhaltet, der nach der Rechtsordnung dem Eigentümer zusteht. Somit ist sie, wenn keine besondere Rechtfertigung vorliegt, mit der Eigentumsgarantie nicht zu vereinbaren.

- c) Angesichts dieser Problematik haben Kuttler und Zaugg in ihrem Gutachten⁶² versucht, die Mehrwertabschöpfung bei einer jener Formen von öffentlichen Abgaben unterzubringen, welche mit der Eigentumsgarantie vereinbar sind. Unter Ablehnung der Einordnung bei den Gebühren oder Steuern haben sie die Abschöpfung als sogenannte Kausalabgabe klassifiziert, als eine jener Abgaben, die der Bürger bei Anlass von besonderen Leistungen des Staates zu seinen Gunsten zu erbringen

hat. Die Feststellung einer besonderen Leistung des Staates bereitet allerdings einige Mühe:

- Bei der Wertvermehrung infolge einer Erschliessung fallen die Erschliessungskosten als solche, also die Erstellung der Strasse, die Zuführung von Energie und Wasser und die Abführung der Abwässer, nicht in Betracht; sie werden bereits mit den Erschliessungsbeiträgen abgegolten. Dagegen sehen die Experten die besondere Leistung in der allgemeinen Ausstattung der neuen Quartiere mit öffentlichen Diensten wie Schulen, Verkehrsverbindungen, Bereitstellung von Spitalraum usw. Dem wäre aber entgegenzuhalten, dass die öffentlichen Infrastrukturleistungen sich nicht an die Eigentümer, sondern an die *Bewohner* der Liegenschaften richten. Der Staat erbringt sie diesen, weil es zu seinen Staatsaufgaben gehört, sie *allen* Einwohnern des Staatsgebietes zur Verfügung zu stellen. Warum gerade die Eigentümer der von solchen Personen bewohnten Neuwohnungen, und damit indirekt sehr oft auch diese selbst, durch besondere Abgaben für solche Dienste aufkommen sollen, während sie die Bewohner von Altliegenschaften unentgeltlich empfangen, ist nicht einzusehen und mit der Rechtsgleichheit m. E. auch kaum zu vereinbaren.
- Gewinnen, die aus blosser Um- und Aufzoning resultieren, ist mit dieser Argumentation ohnehin nicht beizukommen. Deshalb wird argumentiert, die Leistung des Staates bestehe hier in der Raumplanung als ganzes. Die Aufzoning sei nur ein Ausfluss der über das ganze Territorium erstreckten Planungstätigkeit des Gemeinwesens mit allen zugehörigen Massnahmen. Darum habe der durch die Planung begünstigte Bürger nicht nur für die minimalen Kosten der Umzoning seines eigenen Grundstückes, sondern für die Kosten der gesamten Raumplanung eine Gegenleistung zu erbringen. Auch diese Argumentation scheint mir gezwungen zu sein: Die Raumplanung als ganzes ist keineswegs eine Staatsleistung im Interesse des zufällig von einer Massnahme profitierenden Eigentümers, sondern des ganzen Volkes. Ihre Kosten müssten deshalb aus fiskalischen Mitteln bezahlt werden. In jedem Fall führt die Argumentation der Experten grundsätzlich sehr weit. Mit ihr würde sich etwa auch rechtfertigen lassen, den Studenten zur Finanzierung der Primarschule und den Blinddarmpatienten für die Irrenhäuser heranzuziehen, weil die Universität nur ein Teil des gesamten Schulwesens, die chirurgische Klinik nur ein Teil des öffentlichen Gesundheitswesens und durch deren Existenz bedingt sind⁶³. Kuttler und Zaugg⁶⁴ vertreten im übrigen die Meinung, dass die Eigentumsgarantie die völlige Abschöpfung der Planungsgewinne verbietet, was bei der Kausalabgabe nicht ohne weiteres auf der Hand liegt. Diese Beschränkung sei durch das vom Gesetz verwendete Attribut «angemessen» gewährleistet.

- d) Auch die Mehrwertabschöpfung beeinträchtigt das Institut des Eigentums in seiner Funktionsfähigkeit als Basis der Selbstverantwortung und kollidiert so mit der Institutsgarantie. Von den Elementen, die wir zum «Kerngehalt» des Instituts zählten, wird dasjenige der *Austauschbarkeit* der Grundstücke stark eingeschränkt.

Bei den ständigen Umzonungen, die das Gesetz vorsieht, werden bei sehr vielen Kaufgeschäften Mehrwerte realisiert, die vorhergehenden planerischen Massnahmen zugeschrieben werden könnten. Dementsprechend werden Abgaben fällig. Wer eine Parzelle, die er nicht im gewünschten Sinne verwenden kann, gegen anderes Land austauschen will, wird also häufig als Verkäufer oder in Form von Kaufpreiszuschlägen einen wesentlichen Teil des Vermögenswertes für Mehrwertabgaben einsetzen müssen. Verstärkt wird damit die hemmende Wirkung auf die Austauschbarkeit und mit ihr die Entscheidungsfreiheit des Eigentümers, welche heute schon als negative Folge allzu hoher Gewinn- und Handänderungssteuern verzeichnet werden muss.

- e) In der Diskussion, die meinem Vortrag folgte, ist auf das unbehagliche Gefühl hingewiesen worden, das ob der krassen Unterschiede besteht, die Verfügungen der Raumplanung zur Folge haben können: Der eine wird z. B. einer mässigen Bauzone zugeteilt, der andere, sein Nachbar, darf viel höher bauen; sein Grundstück wird darum viel mehr wert. Bringt hier die Mehrwertabschöpfung keine Remedur im Sinne der Rechtsgleichheit? – Zu dieser interessanten Frage ist zu sagen: Rechtsgleichheit gibt keinen Anspruch auf *wirtschaftliche* Gleichheit. – Aber selbst, wenn dem so wäre, so würde es sich bei der Mehrwertabschöpfung um eine Medizin des Dr. Eisenbarth handeln: Um die Gleichheit der Gewinne zu bewirken, nimmt man sie allen weg! Dass sich Landwerte verschieden entwickeln, ist an sich nicht verwerflich, sondern ein Effekt der Marktwirtschaft. Der Eigentümer einer Sache trägt das Risiko der Preisentwicklung seiner Habe, die zu einem guten Teil von Faktoren abhängt, auf die er keinen Einfluss ausüben kann. Zum Teil gelingt es ihm durch geschickte Disposition, rechtzeitigen Kauf oder Verkauf, die unsteuerbaren Faktoren aufzufangen oder gar auszunützen. Soweit die Disposition unsteuerbare zukünftige Faktoren betrifft, wird sie nicht immer günstig ausfallen; die so erlittenen Verluste oder verfehlten Gewinne sind Schicksal und müssen als solches getragen werden, wie andere sich mit schlechten Zähnen abfinden müssen. Ein Grund zum Staatseingriff besteht im freiheitlichen Staat nicht. An sich könnten auch die planerischen Verfügungen des Staates in dieser Weise gerechtfertigt werden: Dass der Staat aus dem öffentlichen Interesse an einer geplanten Urbanistik heraus an einer Stelle höhere Häuser duldet als an einer anderen, gehört zu den Faktoren, die wie die ganze wirtschaftliche und bevölkerungsmässige Entwicklung der Siedlung vom einzelnen Eigentümer kaum gesteuert, aber eventuell in der Dis-

position zum voraus berücksichtigt werden können. Dies erscheint an sich im liberalen Rechtsstaat durchaus akzeptabel. Problematisch wird die Sache aus zwei Gründen:

- Aufgrund einer *konsequent* durchgebildeten Eigentumsgarantie sollte der, dem durch staatliche Eigentumsbeschränkungen wesentliche Werte genommen werden, auch Ersatz erhalten. Dazu gehört neben dem, dem eine bisher zulässige Nutzung verboten wird, auch der, dem eine zukünftige Nutzung abgeschnitten wird, – der letzte, sofern er sich aufgrund der bisherigen Entwicklung der Siedlung und des Verhaltens der Behörden auf die Möglichkeit dieser Nutzung verlassen durfte und sich dies bereits im Preise niedergeschlagen hat. Fehlt es an einer Ersatzleistung an den Geschädigten, so schafft die *Lückenhaftigkeit der Entschädigungspraxis*, nicht die verschiedene Einzonung Ungleichheiten.
- Im Sinne der Marktwirtschaft verläuft der Prozess nur, wenn die Beschlüsse der verantwortlichen Behörde *rein objektiv* nach Prinzipien der bestmöglichen Planung gefasst würden. Wenn dies nicht der Fall ist, tritt eine Perversion des liberalen Systems durch staatliche Korruption ein. – Eine Vermehrung der Macht der Verwaltung ist indessen alles andere als ein Mittel, um *diesem* Übelstand abzuhelpfen.

Eine sinnvolle Ergänzung der geltenden Regelung wäre allenfalls ein Ausgleich der Zufälle einer Planung in dem Sinne, dass diejenigen Eigentümer, die im Rahmen eines solchen Vorgangs eine besonders weitgehende Erleichterung ihrer Eigentumsschranken erfahren, diejenigen entschädigen, die gleichzeitig Schaden erleiden, ohne nach den engen Regeln der materiellen Enteignung Ersatz zu erhalten. Soll die Eigentumsfreiheit unverseht bleiben, so ist ein solcher Ausgleich aber nur in einem relativ engen geographischen Rahmen denkbar, nämlich dort, wo die Zurücksetzung einiger Eigentümer in *unmittelbarem kausalem Zusammenhang* mit der Begünstigung anderer Eigentümer steht, etwa wenn einem Eigentümer die Erstellung eines hohen Gebäudes in der Idee gestattet wird, dass die Nachbarn nur niedrig bauen dürfen. Dabei müsste aber darauf geachtet werden, dass nur die Zufälle der Planung, nicht auch die Folgen der geschäftlichen Dispositionen ausgeglichen werden. Disposition ist etwa, vorauszuahmen, dass ein Quartier sich besonders entwickeln, eine Strasse mit der Zeit Geschäftslage werden wird, planerischer Zufall dagegen die Entscheidung, auf welcher von zwei benachbarten äquivalenten Parzellen das einzige mögliche Hochhaus erstellt werden darf⁶⁵.

Anmerkungen

- 1 Überarbeiteter Text eines Vortrages, gehalten am 6. März 1975 im Zürcher Juristenverein.
- 2 Vgl. BGE (Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung) 90 I 37, wo die Gewährleistung des Privateigentums als «fundamentale Institution der schweizerischen Rechtsordnung» bezeichnet wird.
- 3 Eigentumsschranke oder Eigentumsbeschränkung im weiteren Sinne. Zu den Begriffen vgl. A. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, Systematischer Teil (4. Auflage) N 193–195.
- 4 Vgl. z. B. BGE 99 II 32: Das Eigentum kann nur in den Schranken ausgeübt werden, die sich nicht nur aus ZGB Art. 667ff, sondern aus der ganzen Rechtsordnung ergeben.
- 5 Vgl. Meier-Hayoz, a. a. O. Syst. Teil N 196, N 2 zu ZGB Art. 641.
- 6 Die theoretische Frage ist kontrovers: pro: Haab, Kommentar zum Sachenrecht, Zürich 1929ff N 4 zu ZGB 641; contra: Meier-Hayoz a. a. O. Syst. Teil N 184–187.
- 7 Hier spricht man zuweilen von einer blossen Umschreibung des Eigentumsinhalts.
- 8 Besonders häufig sind Leistungspflichten, die als Nebenfolge einer bestimmten Nutzungsart entstehen und zur Abwendung von Nachteilen dienen, welche anderen Individuen oder der Öffentlichkeit aus dieser Nutzung erwachsen könnten, z. B. die Pflicht zum Unterhalt von Gebäuden, zur Errichtung von Parkplätzen bei Gebäuden usw. Vgl. BGE 97 I 794, 98 Ia 590.
- 9 Die verfassungstechnische Frage, ob die Realisierung der Garantie direkt über eine in der Verfassung verankerte Eigentumsgarantie oder – wie in der Schweiz teilweise praktiziert – über die Garantien der Rechtsgleichheit und der Handels- und Gewerbe-freiheit geschehen soll, kann hier nicht erörtert werden. Entscheidend für den Bestand des Eigentums ist nur, *dass* eine Garantie gewährt wird. Vgl. dazu Meier-Hayoz, a. a. O. Syst. Teil N 210 b und c.
- 10 Betr. das Verhältnis der Garantien: Vgl. Meier-Hayoz, a. a. O. Syst. Teil N 212.
- 11 Die letztere wird freilich häufig nicht so sehr als ein Ausfluss der Eigentumsfreiheit denn der Rechtsgleichheit empfunden, die eine allzu einseitige Verteilung der Opfer für das Gemeinwohl verbietet. Vgl. W. Schaumann, Die Landesplanung, im schweiz., engl. und franz. R., Diss. ZH 1950, S. 223ff; a. M. u. a. M. Imboden, ZSR (Zeitschrift für Schweizerisches Recht) 1953, S. 556ff; Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Bd. I, S. 513ff. Die Wertgarantie wird zuweilen als Teil der Bestandesgarantie aufgefasst. Vgl. Meier-Hayoz, a. a. O. Syst. Teil N 218e.
- 12 Vgl. A. Grisel, Droit Administratif Suisse, Neuchâtel 1970, S. 357ff.
- 13 Vgl. Schaumann, Landesplanung S. 46ff; Giacometti, a. a. O. S. 507ff; Meier-Hayoz, a. a. O. Syst. Teil N 213b.

- 14 Vgl. A. Kuttler, Der Beitrag des Bundesgerichts an die Entwicklung des Raumplanungsrechts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hunderjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 178f; Raumplanungsgesetz (RPG) Art. 4; BGE 87 I 51; 97 I 584; 97 I 799; 98 Ia 378.
- 15 Vgl. H. Huber, ZBJV (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins) 1974, S. 442.
- 16 Vgl. BGE 96 I 126, 99 Ia 37: Nur Eingriffe sind zulässig, die den «Wesenskern» des Privateigentums als fundamentale Einrichtung der schweizerischen Rechtsordnung unangetastet lassen.
- 17 Vgl. M. Hofmann, Die Pflicht zur Nutzung des Bodens, Diss. ZH 1974, S. 76ff: Die Unmöglichkeit, dies zu tun, trifft nicht nur die Handels- und Gewerbefreiheit, die nur vom aktiv Gewerbetätigen angerufen werden könnte, sondern auch die Eigentumsfreiheit, denn der betroffene Eigentümer, etwa der Vermieter, muss mit dem Gewerbetreibenden nicht identisch sein.
- 18 Vgl. M. Hofmann, a. a. O. S. 72ff. Wohl abweichend, unter Berufung auf einen «neuen Eigentumsbegriff»: BGE 99 Ia 617. Kritik: H. Huber, ZBJV 1974, S. 443f.
- 19 Als raumplanerische Massnahme an sich zulässig ist natürlich die gerade jetzt in Mode stehende Verhinderung eines Übermasses solcher Umwandlungen und der damit zusammenhängenden Entvölkerung der Innenstädte. Gerade hier zeigt sich aber auch sehr deutlich die Gefahr planerischer Pedanterie. Zur Erreichung des gesetzgeberischen Zieles würde es genügen, wenn ein gewisser Prozentsatz des umbauten Raumes als Wohnungen eingerichtet werden muss. Vgl. Hofmann, a. a. O. S. 70ff.
- 20 Z. B. Bekämpfung einer echten Wohnungsnot.
- 21 Vgl. J. F. Aubert, Traité de Droit Constitutionnel Suisse, Neuchâtel 1967, S. 768, Anm. 2.
- 22 Vgl. Aubert, a. a. O. S. 764f. Kritik: F. Gygi, Expropriation, materielle Enteignung und Lastenausgleich, Rechtliche Probleme des Bauens, Bern 1968, S. 98.
- 23 Eine Kompensation mit dem «Nutzen», der dem Eigentümer durch die mit der Eigentumsschranke verbundene Ordnung zufliesst, kann nur in den Ausnahmefällen eine Begründung liefern, wo eine im allgemeinen wertneutrale Eigentumsschranke wegen besonderer Verumständlungen bei einem bestimmten Eigentümer Schaden stiftet und deshalb die Frage eines Schadenersatzes aufkommen lässt (vgl. vorne Lit. c). Wo sich dagegen eine Eigentumsschranke negativ auf den Verkehrswert auswirkt, liefert schon der Markt den Beweis dafür, dass sie nicht im Interesse des betroffenen Eigentümers sondern im Interesse Dritter oder der Allgemeinheit verfügt wird. Vgl. Gygi, a. a. O. S. 102.
- 24 So in verschiedenen Bundesgerichtsentscheiden, vgl. Aubert, a. a. O. S. 767.
- 25 Vom Bundesgericht in Erwägung gezogen in BGE 97 I 638: 20% Wertverlust gelten danach noch als leichte Einbusse. Anders bei Immissionsschaden, wo die Grenze bei 15% Werteinbusse gezogen wird: BGE 94 I 30.
- 26 Vgl. Aubert, a. a. O. S. 767.
- 27 Dabei wären auch frühere «Abzungen» in Betracht zu ziehen, um eine Aushöhlung des Eigentums nach der «Salomitaktik» zu vermeiden.
- 28 Vgl. Aubert, a. a. O. S. 757ff.
- 29 Vgl. neuestens: U. Zimmerli, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur materiellen Enteignung, Zbl. für Staats- und Gemeindeverwaltung 75/1974, S. 134ff.
- 30 Vgl. Aubert, a. a. O. S. 759f; Saladin, Grundrechte im Wandel, Basel 1970, S. 122ff; H. Huber, ZBJV 1971, S. 396; BGE 96 I 126, 96 I 558, 99 Ia 37. Der Gesetzgeber kann nach der letztgenannten Urteilsbegründung nur Eingriffe vornehmen, die den «Wesenskern» des Privateigentums als fundamentale Einrichtung der Schweizerischen Rechtsordnung unangetastet lassen. Die eigentliche Entscheidung wird dann aber nach den Grundsätzen der Bestandegarantie getroffen.
- 31 Die Aktivlegitimation dürfte jedenfalls beim potentiellen Käufer gegeben sein: Ein virtuelles Interesse genügt als Legitimation für die staatsrechtliche Beschwerde. Vgl. Aubert, a. a. O. S. 606.
- 32 Vgl. Aubert, a. a. O. S. 760f; Saladin, a. a. O. S. 162ff; Grisel, a. a. O. S. 367; Kuttler, a. a. O. S. 182; BGE 97 I 795, 98 Ia 591. Die freie Kognition über diese Frage beansprucht das Bundesgericht nur, wo es sich um einen besonders schweren Eingriff in die Eigentümerrechte handelt; sonst prüft das Bundesgericht hier nur auf Willkür. Vgl. BGE 96 I 133, 97 I 795, 98 Ia 590. Jede zweckmässige Auslegungsmethode des Gesetzes ist zulässig, insbesondere Analogieschlüsse. Vgl. BGE 98 Ia 199 (Mietzinsbeschränkung lässt analogieweise auch Kaufpreisbeschränkungen zu).
- 33 Vgl. dazu Grisel, a. a. O. S. 394ff.
- 34 Die Kognition des Bundesgerichts ist hier frei, ausser wo die Antwort «von der Würdigung der örtlichen Verhältnisse abhängt». Vgl. Meier-Hayoz, a. a. O., Syst. Teil N 224 c; Huber, ZBJV 1974, S. 440ff; Aubert, a. a. O. S. 761ff; Grisel, a. a. O. S. 398ff; BGE 95 I 554, 97 I 796, 98 Ia 376, 99 Ia 38. (Die Frage, ob die Erhaltung billiger Wohnungen in Form eines Abbruchverbots im öffentlichen Interesse liegt, beantwortet sich nach der Würdigung der örtlichen Verhältnisse).
- 35 Vgl. Literaturangaben in vorstehender Anmerkung, BGE 97 I 792ff, 99 Ia 479: Auch finanzielle Interessen des Staates können berücksichtigt werden.
- 36 BGE 97 I 638 m. Hinw.: Vgl. Zimmerli, a. a. O. S. 151f. Die Grenze kann wohl nicht weit über dem Wertverlust von 20% liegen. Hofmann, a. a. O. S. 91f, sieht sie bei einem Drittel.
- 37 Keine materielle Enteignung ferner bei polizeilichen Eingriffen: BGE 96 I 357 m. Hinw.: Vgl. Zimmerli, a. a. O. S. 152f.
- 38 BGE 97 I 634.
- 39 Das Verbleiben wesentlicher Befugnisse beim Eigentümer kann die «materielle Enteignung» ausschliessen: BGE 93 I 343, 97 I 636. Wesentliche Befugnisse in diesem Sinne sind: Veräusserung und Nutzung der Liegenschaft im bisherigen Rahmen (BGE 99 Ia 41), Unterhalten (!), Umbauen und Vergrössern eines Gebäudes (BGE 97 I 636.)
- 40 Vgl. M. Baschung, Die Ordnung der Nutzung von Grund und Boden im Lichte der Grundsätze über die materielle Enteignung, Zbl. f. Staats- und Gemeindeverwaltung 75/1974, S. 162ff; Grisel, a. a. O. S. 404ff; Aubert, a. a. O. S. 768; BGE 96 I 126, 96 I 357, 97 I 634, 98 Ia 384.

Von grosser praktischer Bedeutung ist die Relativierung, die der Begriff der «nahen Zukunft» in den Erwägungen zu BGE 98 Ia 386 erfahren hat: Der Begriff soll nicht zu eng gefasst werden; Bauland muss nicht erschlossen sein, aber geeignet und erschliessbar. Dazu Meier-Hayoz, a. a. O. Syst. Teil N 250 bis; Gygi, a. a. O. S. 100ff. Die Grundsätze gelten auch für Änderungen der Einzonung: BGE 94 I 349, 97 I 635.

- 41 BGE 97 I 634. Vgl. auch BGE 98 Ia 376: Längerdauernde (10 Jahre) nicht ausgenützte Einzonung lässt die Rückzonung zumutbar erscheinen.
- 42 Vgl. Grisel, a. a. O. S. 406f; Aubert, a. a. O. S. 766ff; BGE 97 I 634.
- 43 BGE 92 I 369ff; 92 I 503f: Ablehnung eines Anspruchs auf Erschliessung einer Liegenschaft.
- 44 Saladin, a. a. O. S. 137ff.
- 45 Vgl. Botschaft des Bundesrates zum BG über die Raumplanung vom 31. 5. 1972, Separatdruck, S. 13f.
- 46 Vgl. Botschaft, S. 36; Entwurf z. RPG Art. 12, Abs. 2, 15.
- 47 Die Bezeichnung «Bauentwicklungsgebiet» kann nur noch für Bauland verwendet werden, das mit der Einführung des Raumplanungsgesetzes in die Landwirtschaftszone oder evtl. eine andere Zone zurückversetzt wird. Besondere Rechtsfolgen verknüpft das Gesetz mit dieser Bezeichnung nicht. RPG Art. 11 Abs. 2.
- 48 Vgl. Botschaft, S. 41f.
- 49 Problematisch in dieser Hinsicht ist beim Gesetz namentlich die sehr enge Bemessung der Eigentümerbefugnisse im Landwirtschaftsgebiet. RPG Art. 12, 29 Abs. 2 und 3.
- 50 Vgl. BGE 79 I 235.
- 51 In Kraft steht eine ähnliche Massregel bereits im Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974, Art. 9: Im Rahmen der Umlegung von Bauland kann die Wiederzuteilung von Land an einen erfassten Eigentümer mit der Auflage verbunden werden, dass das Land innert zumutbarer Frist überbaut oder für Bauzwecke zur Verfügung gestellt werden muss.
- 52 Vgl. Meier-Hayoz, a. a. O. Syst. Teil N 211b.
- 53 Vereinzelte Vorläufer im Kantonalen Recht stützen sich nicht auf eigentlich raumplanerische Überlegungen, sondern die Bezeichnung des Wohnungsbaus als öffentliche Aufgabe. Vgl. Kuttler, a. a. O. S. 190, Anm. 40; BGE 88 I 254f.
- 54 Vgl. Kuttler, a. a. O. S. 190f, 192ff; Kritik: U. Zimmerli, a. a. O. S. 144; Baschung, a. a. O. S. 159ff.
- 55 Vgl. Kuttler, a. a. O. S. 193.
- 56 Eine Nebenwirkung der Änderung ist zu beachten: Mit der Zwangswirkung fällt auch das *hauptsächliche* Argument weg, mit dem eine Bundeskompetenz für die Mehrwertabschöpfung aus den Raumplanungsartikeln abgeleitet wurde: Vgl. A. Zaugg, ZBJV 1973, S. 229f.

- 57 Wie die Mehrwerte berechnet werden sollen, steht noch offen. Der Bundesrat soll hierüber Richtlinien erlassen. Die Umschreibung des Grundrechts Eigentum wird damit in wesentlichen Teilen in die Hand der Exekutive gelegt. Vgl. dazu M. Wirth, Die Ausgestaltung der Planungsmehrwertabschöpfung, Wirtschaft und Recht 24/1972, S. 223ff; A. Zaugg, Die Mehrwertabschöpfung, ZBJV 1973, S. 217ff; P. Meyer, Planungsmehrwertabschöpfung, Probleme der praktischen Durchführung, Schweiz. Zbl. für Staats- und Gemeindeverwaltung 75/1974, S. 1ff; F. Zuppinger, Möglichkeiten der Mehrwertabschöpfung im Rahmen der Raumplanung, Schweiz. Zbl. für Staats- und Gemeindeverwaltung 75/1974, S. 196ff; ferner Richtlinienentwurf der Arbeits- und Beratergruppe für Mehrwertabschöpfung v. 30. 11. 1972; Bericht der Schweiz. Bausekretärenkonferenz v. 23. 1. 1973.
In Frage kommen etwa die folgenden Berechnungsarten:
 - Vergleich der bezahlten Preise vor und nach der Umzonung oder Erschliessung. Die Methode hat den Nachteil, dass die Auswirkungen der Planungsmassnahme, die allein zur Mehrwertabschöpfung Anlass geben dürfte, sich nicht von anderen Wertsteigerungen, wie Konjunkturgewinnen und Auswirkungen der Geldentwertung, unterscheiden lassen.
 - Vergleich der nach der Umzonung oder Erschliessung bezahlten Preise mit hypothetischen Preisen, die ohne die planerische Massnahme bezahlt worden wären. Das fast unlösbare Problem ist die Konstruktion der hypothetischen Preise.
 - Erhebung einer in Prozenten des Landwertes berechneten Abgabe, die kraft einer Praesumptio iuris et de iure den Mehrwert verkörpert. So sieht ein Entwurf von Basel-Stadt bei der Eingliederung des Landes in die Bauzone eine Abgabe von 20% des ganzen neuen Landwertes vor. Der Nachteil dieser Lösung ist, dass der Charakter einer Steuer unverhüllt zu Tage tritt.
- 58 J. F. Aubert/R. L. Jagmetti, Ergänzungsgutachten zur Frage der Verfassungsmässigkeit des Entwurfs vom 27. 10. 1971 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, Wirtschaft und Recht 24/1972, S. 50ff; i. gl. Sinne: K. Furgler, Referat anlässlich der Eintretensdebatte im Nationalrat vom 28./29. 1. 1974.
- 59 Botschaft, S. 43f, 70.
- 60 Vgl. A. Kuttler/A. Zaugg, Rechtliche Grundlagen der Planungsmehrwertabschöpfung, Wirtschaft und Recht 24/1972, S. 261ff.
- 61 Diese Bedeutung tönen an: M. Lendi, Das Raumplanungsgesetz, Vortrag gehalten an der HSG am 7. November 1974, S. 30; BGE 99 Ia 617 (dazu H. Huber, ZBJV 1974, 443f.)
- 62 Vgl. Kuttler/Zaugg, a. a. O. S. 225ff, 261ff.
- 63 Zaugg, ZBJV 1973, S. 222f, 231ff, unterscheidet zwischen Nutzungsmehrwerten (als Folge der Aufhebung oder Reduktion einer Eigentumsschranke), Erschliessungsmehrwerten (als Folge der Erschliessung der Parzelle mit Strassen usw.) und Ausstattungsmehrwerten (im Sinne der vorgenannten Infrastrukturleistungen). Er sieht die Problematik, die dadurch entsteht, dass die Aufhebung einer Eigentumsschranke und damit der Nutzungsmehrwert keinen Sondervorteil gewähren, sondern eine aus dem Eigentum fliessende Befugnis aufleben lassen. Er glaubt aber, dass dieser Tatsache bereits mit einem Freibetrag und einem dem Eigentümer nicht entzogenen Rest des Mehrwertes genügend Rechnung getragen ist. Damit ist aber jedenfalls dort nicht durchzukommen, wo der Mehrwert überwiegend oder ausschliesslich auf eine Änderung der Eigentumsschranken (Aufzonung) zurückzuführen ist.

Daneben erscheinen auch die Begriffe des Erschliessungs- und Ausstattungsmehrwertes fragwürdig: Der Wert eines Grundstückes bestimmt sich nach seinen Nutzungsmöglichkeiten. Die Erschliessung ist zwar eine Voraussetzung dafür, dass die Nutzung realisiert werden kann, nicht aber ihre Ursache. Diese liegt im Grundstück selbst als dem Objekt der Nutzung. Der Sondervorteil, den der Staat dem Grundeigentümer zuwendet, entspricht somit nur den Erschliessungskosten, soweit sie sich auf das betreffende Grundstück beziehen. Dass im Anschluss an die Erschliessung der Verkehrswert der Liegenschaft steigt, ist eine Folge davon, dass die Nutzung nun aktuell wird und die Ungewissheit über den Zeitpunkt ihres Beginnes dahinfällt, nicht aber des Eigenwertes der Erschliessungseinrichtungen.

Die Leistung des Gemeinwesens kann nicht anders beurteilt werden, als die Leistungen einzelner Bauhandwerker. Einen Mietwert hat ein Haus z. B. auch erst, wenn die Fenster eingesetzt sind. Niemand würde deshalb den Mietwert als das Resultat der Leistungen des Glasers bezeichnen.

Die in der Erschliessung liegenden Sondervorteile können also adäquat nur mit Beiträgen abgegolten werden, die sich nach den Erschliessungskosten richten. Solche sind im Raumplanungsgesetz bereits unabhängig von der Mehrwertabschöpfung vorgesehen (RPG 28 Abs. 2).

Könnte die Ausstattung im obigen Sinne als Sondervorteil für die Grundeigentümer gelten, so wäre das gleiche festzustellen. Diese Zuordnung ist jedoch wohl nicht haltbar.

64 Kuttler/Zaugg, a. a. O. S. 260.

65 Die im Vortrag enthaltenen Erörterungen über die zivilrechtlichen Wirkungen der Raumplanung beabsichtige ich an anderer Stelle aufzunehmen.