

Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern

Umsetzung der Planungserklärung Nr. 2 des Grossen Rates des Kantons Bern zum Controllingbericht ADT vom 22. März 2021

Rechtsgutachten zu möglichen Kompetenzver-
schiebungen in der Nutzungsplanzuständigkeit, de-
ren rechtlicher Zulässigkeit sowie den organisatori-
schen Konsequenzen

Rudolf Muggli, Dr. h.c., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV für Bau- und Immobilienrecht

Bern, 26. Oktober 2022

Inhaltsverzeichnis

1 AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG	4
11 AUSGANGSLAGE	4
12 GUTACHTENSAUFTRAG UND GRENZEN DES GUTACHTENS.....	6
2 AUFBAU DER ABHANDLUNG.....	7
3 BUNDESRECHTLICHER RAHMEN FÜR DIE KANTONE BEI DER REGELUNG DER NUTZUNGSPLANUNGSZUSTÄNDIGKEITEN	8
31 GRUNDSATZGESETZ RPG.....	8
32 KEINE BUNDESVORSCHRIFTEN ÜBER DIE ERLASSZUSTÄNDIGKEIT	9
33 ZWISCHENFAZIT	10
4 GELTENDE KOMPETENZREGELUNG DES KANTONS BERN IN DER NUTZUNGS- PLANUNG.....	10
41 VERFASSUNGSRECHTLICHER RAHMEN	10
42 IM ZUSTÄNDIGKEITSBEREICH DER GEMEINDEN	12
43 IM ZUSTÄNDIGKEITSBEREICH DER REGIONALKONFERENZEN	14
44 IM ZUSTÄNDIGKEITSBEREICH DES KANTONS.....	16
45 ZWISCHENFAZIT ZUR GELTENDEN BERNISCHEN KOMPETENZORDNUNG.....	17
5 KOMPETENZREGELUNG DER KANTONE FREIBURG UND SOLOTHURN.....	18
51 FREIBURG	18
52 SOLOTHURN.....	19
53 ZWISCHENFAZIT ZU DEN KANTONEN FREIBURG UND SOLOTHURN	21
6 BLICK AUF WEITERE KANTONE: AARGAU, LUZERN, ST. GALLEN UND ZÜRICH	21
61 AARGAU.....	21
62 LUZERN	23
63 ST. GALLEN	25
64 ZÜRICH.....	27
65 ZWISCHENERGEBNIS	29
7 MODELLE DER KOMPETENZVERSCHIEBUNG MIT SKIZZE IHRER BESONDERHEI- TEN	29
71 MODELLE EINER HORIZONTALEN KOMPETENZVERSCHIEBUNG.....	30
72 MODELLE EINER VERTIKALEN KOMPETENZVERSCHIEBUNG	33
73 MISCHLÖSUNGEN: HORIZONTALE UND VERTIKALE KOMPETENZVERSCHIEBUNGEN	36
8 BEWERTUNG DER MODELLE	36
81 BEWERTUNGSRASTER	36
82 BEWERTUNG DER MODELLE A BIS I.....	39
821 HORIZONTALE KOMPETENZVERSCHIEBUNG (MODELLE A BIS F)	39
MODELL A: DAS GEMEINDEPARLAMENT IST ABSCHLIESSEND FÜR ALLE SONDERNUT- ZUNGSPLÄNE ZUSTÄNDIG.....	39

MODELL B: DAS GEMEINDEPARLAMENT IST ABSCHLIESSEND FÜR ALLE NUTZUNGSPLÄNE ZUSTÄNDIG.....	39
MODELL C: DIE GEMEINDEEXEKUTIVE IST ABSCHLIESSEND FÜR ALLE SONDERNUTZUNGSPLÄNE ZUSTÄNDIG.....	40
MODELL D: DIE GEMEINDEEXEKUTIVE IST ABSCHLIESSEND FÜR ALLE NUTZUNGSPLÄNE ZUSTÄNDIG.....	41
MODELL E: DAS GEMEINDEPARLAMENT IST ABSCHLIESSEND FÜR ALLE ADT-SONDERNUTZUNGSPLÄNE ZUSTÄNDIG.....	42
MODELL F: DIE GEMEINDEEXEKUTIVE IST ABSCHLIESSEND FÜR ALLE ADT-SONDERNUTZUNGSPLÄNE ZUSTÄNDIG.....	43
822 VERTIKALE KOMPETENZVERSCHIEBUNG: MODELLE G UND H	44
MODELL G: DER KANTON IST ABSCHLIESSEND FÜR DIE RICHTPLANMÄSSIG FESTGESETZTEN ADT-SONDERNUTZUNGSPLÄNE ZUSTÄNDIG	44
MODELL H: DER KANTON IST ABSCHLIESSEND FÜR ALLE ADT-SONDERNUTZUNGSPLÄNE ZUSTÄNDIG.....	46
823 GEMISCHTE KOMPETENZVERSCHIEBUNG: MODELL I	46
MODELL I: GEMISCHE ZUSTÄNDIGKEIT FÜR ADT-SONDERNUTZUNGSPLÄNE: KANTON UND GEMEINDEEXEKUTIVE	46
824 REKAPITULATION DER BEWERTUNG.....	47
9 ANTWORTEN AUF DIE FRAGEN DES AGR	49

1 Ausgangslage und Fragestellung

1.1 Ausgangslage

- (1) Der Regierungsrat des Kantons Bern hat im Jahr 2012 einen kantonalen Sachplan „Abbau, Deponie und Transporte“ (Sachplan ADT) erlassen. Damit erfüllt er die kantonale Planungspflicht in diesem Bereich (Art. 2 RPG)¹. Im Sachplan sind die aus kantonaler Sicht angestrebten Ziele und die zu deren Erreichung nötigen Massnahmen festgelegt. Nach Kapitel 56 des Sachplans ist der Kanton verantwortlich für die Sammlung, Auswertung und Veröffentlichung der für die Raum- und Umweltplanung relevanten Daten. Der Kanton führt zu diesem Zweck Erhebungen über die abgebauten und abgelagerten Materialmengen durch. Diese sollen eine Orientierung über die Erreichung der Ziele des Sachplans ermöglichen. Zu diesem Thema veröffentlicht der Kanton periodisch einen Controllingbericht, der dem Grossen Rat vorgelegt wird. Ende 2020 bzw. anfangs 2021 hat der Regierungsrat dem Grossen Rat den zweiten solchen Bericht unterbreitet (Geschäft-Nr. 2019.JGK.7189).
- (2) Anlässlich der Beratung des Controllingberichts ADT 2021 beschloss der Grosse Rat am 22. März 2021 grossmehrheitlich folgende Planungserklärung Nr. 2²:
„Der Grosse Rat unterstützt die Absicht des Regierungsrates, zu prüfen, ob die Nutzungsplankompetenz neu zugewiesen werden kann, und aufzuzeigen, welche Auswirkungen dies bezüglich Gesetzgebung und Ressourcen hätte. Der Regierungsrat prüft dabei gestützt auf einen interkantonalen Vergleich nicht nur eine Verschiebung zum Kanton, sondern weitere Varianten, namentlich eine Verschiebung zur Gemeinde-Exekutive.“
- (3) Dem Protokoll der Grossratssitzung³ lässt sich unter anderem entnehmen, dass der Regierungsrat im Bemühen, das Parlament verstärkt in die Sachplanung einzubeziehen, konkrete Grundsatzfragen zur künftigen Ausrichtung gestellt hat. Beim hier interessierenden Thema der Planungserklärung Nr. 2, der Nutzungsplankompetenz für planungspflichtige ADT-Anlagen, wurde u.a. der Umstand beklagt, dass es zufolge der Zuständigkeit des Gemeinsouveräns (für die Nutzungsplanung) vorkommen kann,

¹ Vgl. PIERRE TSCHANNEN, Praxiskommentar RPG, Zürich 2019, Art. 2 Rz. 7.

² Tagblatt des Grossen Rates, Frühjahrssession 2021 S. 594

³ Tagblatt des Grossen Rates, Frühjahrssession 2021 S. 575 ff., insbesondere das Votum des GPK-Sprechers FRITZ RUCHTI auf S. 585.

dass langjährige Planungsarbeiten zum Thema ADT „von einer Gemeindeversammlung versenkt werden können“⁴. Gewünscht wurde eine Verstärkung der „Planungssicherheit“ von ADT-Planungen, was immer man darunter auch verstehen mag⁵. Der Grosse Rat einigte sich dann im Einvernehmen mit dem Regierungsrat auf den Prüfungsauftrag, welche Vor- und Nachteile bzw. Konsequenzen eine Verschiebung der Nutzungsplankompetenz zum Kanton oder zu den Gemeindeexekutiven haben könnten. Kompetenzverlagerungen zum Kanton stand der Grosse Rat jedoch eher kritisch gegenüber. Immerhin lehnte er einen Vorschlag einer GPK-Minderheit ab, der die Prüfung einer Zuständigkeitsverlagerung zum Kanton ausschliessen wollte⁶. So sollte die richtplanerische Festsetzung von ADT-Standorten unwidersprochen bei den Planungsregionen bzw. den Regionalkonferenzen bleiben, wobei der kantonale Einfluss bei der übergeordneten Steuerung jedoch durchaus gestärkt werden soll⁷. Auch wollte der Grosse Rat eine deutliche Beschleunigung der Planungsverfahren⁸. Dies zeigt, dass es dem Grossen Rat im Ergebnis um eine *Verbesserung und Beschleunigung der Planungsabläufe für ADT-Projekte* geht. Im Zusammenspiel der Ebenen Gemeinde (Exekutive und Legislative) – Region – Kanton sollen Varianten einer Verschiebung der Nutzungsplanungskompetenz untersucht und deren Konsequenzen dargestellt werden. Manche Parlamentsmitglieder dürften die Kompetenzordnung des Kantons Solothurn

⁴ Votum des Kommissionssprechers FRITZ RUCHTI: Tagblatt des Grossen Rates, Frühjahrsession 2021 S. 585.

⁵ Es existiert kein juristischer Begriff der „Planungssicherheit“ in dem Sinne, dass eine fehlerfreie Planung Anspruch auf ihre Gutheissung verleihe; denn die sachliche Zuständigkeit des Gemeindesouveräns beinhaltet auch seine Kompetenz, eine Vorlage ohne Begründung abzulehnen. Der Ruf nach mehr Planungssicherheit kann darum nur die Frage beinhalten, mit welchen Mitteln die Wahrscheinlichkeit erhöht werden kann, dass eine von langer Hand erarbeitete Nutzungsplanung vom dafür beschlusszuständigen Organ auch gutgeheissen wird. Im Politikbereich meint „Erhöhung der Planungssicherheit“ deshalb das Ergreifen von Massnahmen, welche die Chancen der Annahme einer Beschlussvorlage erhöhen. Dazu gehören insbesondere die Information der Öffentlichkeit und der Einbezug wichtiger Bevölkerungsgruppen durch Mitwirkung/Bürgerbeteiligung/Einsatz sozialer Medien (vgl. dazu Art. 4 RPG: Information und Mitwirkung). Siehe ferner zum nebulösen Begriff der Planungssicherheit DOMINIK FELDGES: Planungssicherheit – was soll das heissen? in NZZ vom 11.11.2015. Zur Abgrenzung von der „Rechtssicherheit“ und ihren zahlreichen Facetten wie etwa die Beständigkeit und damit Voraussehbarkeit des geltenden Rechts, die Verlässlichkeit des Rechtsmittelsystems, die Rechtskraft und Durchsetzbarkeit von Entscheidungen: CHRISTOPHE CUENI: Planbeständigkeit und ihre Funktion, ihre Tragweite und Grenzen, in: KPG-Bulletin 2/2015. Ferner zur Bedeutung von geänderten politischen Einstellungen der Bevölkerung bei Planänderungen: THIERRY TANQUEREL, Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich 2016, Art. 21 Rz 49.

⁶ Vgl. die abgelehnte Planungserklärung Nr. 3 zur Grundsatzfrage Nutzungsplanung.

⁷ Vgl. die angenommene Planungserklärung Nr. 1 zur Grundsatzfrage Richtplanung.

⁸ Vgl. die angenommene Planungserklärung Nr. 8 Beschleunigung der Verfahren.

(bzw. Freiburg) mit der Zuständigkeit der Gemeindeexekutive für die gesamte Nutzungsplanung vor Augen gehabt haben (vgl. dazu nachfolgend Kapitel 5)⁹.

- (4) Ziel der Planungserklärung Nr. 2 des Grossen Rates ist es somit, eine *Auslegeordnung zu verschiedenen Modellen von Verschiebungen der Nutzungsplanungskompetenzen im Bericht ADT* zu erhalten.
- (5) Zu erwähnen bleibt, dass das Thema der Zuweisung der Kompetenzen für die Nutzungsplanung die Politik schon verschiedentlich beschäftigt hat. So fand etwa eine längere Debatte statt rund um die Frage, wie sich die überkommunale Abstimmung in der Raumplanung allgemein und insbesondere bei der Bereitstellung von Arbeitszonen erzielen liesse. Konkrete Gesetzesänderung haben sich daraus indessen nicht ergeben. Die geltende Kompetenzordnung für die Nutzungsplanung im Kanton Bern ist deshalb seit langem unverändert (vgl. dazu nachfolgend Kapitel 4).

12 Gutachtensauftrag und Grenzen des Gutachtens

- (6) Das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) hat die kanzlei konstruktiv ag zwecks Erfüllung des parlamentarischen Prüfungsauftrages beauftragt, mit einem juristischen Gutachten die folgenden Fragen zu beantworten:

(1) *Darstellung von Modellen für die Verschiebung der Nutzungsplankompetenz im Bereich ADT*

- a) *innerhalb der kommunalen Ebene (horizontale Kompetenzverschiebung von der kommunalen Legislative an die Exekutive)*
- b) *zwischen der kommunalen und der kantonalen Ebene (vertikale Kompetenzverschiebung an den Kanton).*

(2) *Darstellung der rechtlichen Zulässigkeit/Machbarkeit und der organisatorischen Auswirkungen einer horizontalen bzw. vertikalen Kompetenzverschiebung (insbesondere Skizzieren des allfälligen Gesetzgebungsbedarfs).*

(3) *Rechtsvergleiche der Nutzungsplanzuständigkeiten im Bereich ADT in ausgewählten Kantonen.*

⁹ Vgl. das Votum des Kommissionssprechers FRITZ RUCHTI gemäss Tagblatt des Grossen Rates, Frühjahrssession 2021 S. S. 585.: „Explizit geprüft haben möchte die Kommission das Solothurner Modell. Bei diesem Modell kann der Gemeinderat, das heisst die Gemeindeexekutive, abschliessend über die Nutzungsplanung entscheiden. Das erachtet die GPK als sehr interessante und prüfungswerte Option, um eine gewisse Planungssicherheit zu schaffen und sicherzustellen, dass Projekte, die sämtliche Prüfungen durchlaufen haben, am Schluss nicht einfach so gnadenlos von einer Gemeindeversammlung versenkt werden können. ...“ Ferner das Votum der Direktorin für Inneres und Justiz EVI ALLEMANN auf S. 590.

- (7) Der Auftrag umfasst einen detaillierten Zeitplan mit Zwischenbesprechungen im September und einer Schlussbesprechung Ende Oktober 2022. Als Abgabetermin ist spätestens Ende 2022 vorgesehen.
- (8) Die rechtliche Zulässigkeit sowie der Gesetzgebungsbedarf sind Fragen, die sich in einem Rechtsgutachten abhandeln lassen. Die „Machbarkeit“ betrifft nach hier vertretener Auffassung auch die Frage der politischen Opportunität, welche in den Zuständigkeitsbereich der politischen Behörden gehört. Dementsprechend fallen Ausführungen dazu kursorisch aus (vgl. Kapitel 8 Bewertung). Auch die organisatorischen Auswirkungen können vom Autor kaum zuverlässig abgeschätzt werden. Insbesondere Ressourcenabschätzungen bei den Regionalkonferenzen (für regionale Überbauungsordnungen) sowie beim Kanton (für kantonale Überbauungsordnungen) fallen in den Aufgabenbereich der betroffenen Amtsstellen. *Auch hier bleiben die Ausführungen deshalb allgemein im Sinne eines Bewertungsvorschlags* (vgl. Kapitel 8 Bewertung).

2 Aufbau der Abhandlung

- (9) Die folgende Abhandlung ist wie folgt gegliedert (mit Kapitelnummern):
 - 3. Bundesrechtlicher Rahmen für die Kantone bei der Regelung der Nutzungsplanungszuständigkeiten.
 - 4. Darstellung des verfassungsrechtlichen Rahmens und der geltenden Kompetenzregelung des Kantons Bern bei der Nutzungsplanung: Im Grundsatz: *Souverän* mit punktuellen Zuständigkeiten von Gemeindeexekutive, Regionalkonferenz und Kanton.
 - 5. Darstellung der geltenden Kompetenzregelung der Kantone Freiburg und Solothurn: Im Grundsatz: *Exekutive* mit punktueller Zuständigkeit des Kantons.
 - 6. Blick auf weitere Kantone: AG, LU, SG, ZH.
 - 7. Beschreibung von Modellen horizontaler und vertikaler Kompetenzverschiebung mit Erläuterung ihrer Besonderheiten.
 - 8. Möglicher Kriterienraster für die rechtliche (und politische) Bewertung der Modelle: Recht, Demokratie, Verfahrenseffizienz.
 - 9. Beantwortung der Fragen des AGR.

3 Bundesrechtlicher Rahmen für die Kantone bei der Regelung der Nutzungsplanungszuständigkeiten

31 Grundsatzgesetz RPG

- (10) Der Bund hat gestützt auf Art. 75 der Bundesverfassung (BV) Grundsätze über die Raumplanung erlassen. Zu den Grundsätzen zählen insbesondere die massgeblichen Instrumente der Raumplanung, darunter die „Raumpläne“ (Sachpläne und Konzepte des Bundes, Richtpläne und Nutzungspläne der Kantone). Die Kantone werden in Art. 14 des Raumplanungsgesetzes (RPG) verpflichtet, die zulässige Nutzung des Bodens mittels in der Regel flächendeckender Nutzungspläne allgemeinverbindlich zu ordnen¹⁰. Dabei müssen sie vor allem das Baugebiet vom Nichtbaugebiet trennen. Damit ist der Begriff des „Nutzungsplans“ – ebenso übrigens wie der Begriff des „kantonalen Richtplans“ – ein bundesrechtlicher. Die Grundsätze dazu sind verbindlich, das übrige ist den Kantonen überlassen¹¹. Die Kantone können folglich keine abweichenden Planarten vorsehen, soweit sie dadurch das Instrument des Nutzungsplans mit seinen bundesrechtlichen Regelungen verunklären oder umgehen wollen. Illustrativ dazu ist der Bundesgerichtsentscheid BGer 1C_408/2008 vom 16.7.2009, demzufolge auch eine Verordnung des Freiburger Regierungsrates als Nutzungsplan im Sinne von Art. 14 RPG gelten kann, sofern er die Nutzung des Bodens für jeden und jede verbindlich ordnet¹². Vergleichbar äusserte sich das Bundesgericht zur Kleinsiedlungsverordnung des Kantons Thurgau¹³. Das ist insofern für die hier abzuhandelnde Fragestellung bedeutsam, als es keine kommunalen „Vornutzungspläne“ geben kann, die zwar die Nutzung des Bodens verbindlich und parzellengenau ordnen, aber dennoch nicht allgemeinverbindlich sind. Das stimmt auch dann, wenn man berücksichtigt, dass der Kanton Zürich eine „kantonale Landwirtschaftszone“ kennt; denn es handelt

¹⁰ ELOI JEANNERAT/PIERRE MOOR, Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich 2016, Art. 14 Rz. 6.

¹¹ So schon EJPD/BRP: Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 1981, S. 194.

¹² Vgl. E. 2.2. dieses Bundesgerichtsentscheids: „Sur le vu des mesures suffisamment précises et détaillées qu'elle contient, l'ordonnance litigieuse doit être assimilé matériellement à un plan d'affectation. En effet, comme un plan d'affectation, elle règle l'utilisation du sol (art. 14 al. 1 LAT) en déterminant de façon contraignante pour chaque parcelle, le mode, le lieu et la mesure de l'utilisation admissible du sol ...“. Ferner: JEANNERAT/MOOR, Praxiskommentar RPG, Art. 14 Rz. 8.

¹³ BGE 147 II 300 = 1C_351/2020 vom 31.3.2021 (Kt. Thurgau, Kleinsiedlungsverordnung): Die Kleinsiedlungsverordnung enthält Nutzungsvorschriften für gewisse in den Anhängen genannte und parzellenscharf bestimmte Kleinsiedlungen. Sie ist daher materiell als Nutzungsplan zu qualifizieren und unterliegt den Rechtsschutzanforderungen von Art. 33 RPG.

sich eben nicht um eine Richt- oder um eine „Vornutzungsplanung“, sondern um eine kantonale Nutzungsplanung¹⁴.

32 Keine Bundesvorschriften über die Erlasszuständigkeit

- (11) Während der Begriff und Inhalt des Nutzungsplans bundesrechtlich präzise geregelt sind, gibt es nur einige punktuelle Anforderungen an ihren Erlass: Bundesrechtlich vorgeschrieben sind nur die Information und Mitwirkung (Art. 4 RPG), die Genehmigung durch die zuständige Kantonsbehörde (Art. 26 RPG) sowie die Grundzüge des Rechtsschutzes (Art. 33 und 34 RPG). Insbesondere wird kein Beschluss durch die Legislative bzw. den Souverän gefordert. Bundesrechtlich zulässig dürften damit auch die Regelungen der Kantone Freiburg und Solothurn sein, wo die Gemeindeexekutive abschliessend für sämtliche Nutzungspläne zuständig ist. Ob sich die (bundesrechtliche) Zuständigkeit des formellen Gesetzgebers – also der Legislative – dennoch aus dem (bundesrechtlichen) Erfordernis einer formellen gesetzlichen Grundlage für erhebliche Grundrechtseingriffe herleiten lässt, erscheint dem Autor dieser Abhandlung fraglich, aber jedenfalls ungeklärt¹⁵: Wenn man davon ausgeht, dass das Bundesrecht lediglich Grundsätze für die Raumplanung aufstellt (Art. 75 BV) und insbesondere die konkrete Organisation der Raumplanung den Kantonen überlässt, erscheint eine bundesrechtliche Zuweisung der Nutzungsplankompetenz an die Legislativen nicht zwingend. Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich bisher nicht zu dieser Frage äussern müssen¹⁶. Schliesslich würde eine solche Argumentation wesentliche Elemente der aktuellen kantonalen Regelungen ändern (vgl. dazu die nachfolgenden Kapitel 5 und 6). Auch haben die Zuständigkeitsordnungen der Kantone Freiburg und Solothurn im Bereich der Nutzungsplanung seit dem Inkrafttreten des RPG im Jahre 1980 Bestand. Es wird deshalb im Folgenden davon ausgegangen, dass eine Nutzungsplan-

¹⁴ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ: Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 1, Wädenswil 2019, S. 144: kantonale und regionale Nutzungsplanung. Zur „Durchstossung“ (d.h. Abweichung) der kantonalen Landwirtschaftszone mittels Gestaltungsplänen nach PBG-ZH: BGE 148 II 139 vom 12.11.2021 (Dübendorf, Wangen-Brüttisellen, Zulässigkeit eines kantonalen Gestaltungsplans für den Innovationspark Zürich auf dem Militärflugplatz Dübendorf).

¹⁵ Siehe dazu ELOI JEANNERAT/PIERRE MOOR, Praxiskommentar RPG, Nutzungsplanung, Zürich 2016, Art. 14 Rz. 25. Vgl. dazu die Auffassung des Schaffhauser Obergerichts in OGE 60/2020/1 vom 29.6.2021 E. 3.4, in: ZBI 2022 414 mit kritischem Kommentar von MICHAEL PLETSCHER.

¹⁶ Zuletzt: BGer 1C_147/2019 vom 1.11.2019, E. 3.2 (Kanton Solothurn, Gemeinde U.): Das Bundesgericht konnte eine Antwort auf „die nachvollziehbaren Einwände“ der Beschwerdeführer gegen die Zuständigkeitsordnung des Kantons Solothurn offen lassen, weil keine Argumente für eine akzessorische Überprüfung des Zonenplans vorgebracht worden waren. Siehe zu dieser Frage weiter PETER SALADIN, GERHARD HAUSER: Nutzungspläne als formelles Gesetz? Forschungsauftrag Nr. 87106 G; Rechtsgutachten für das Bundesamt für Raumplanung, Bern 1988 (unveröffentlicht).

zuständigkeit von Gemeindeexekutiven nicht bundesrechtswidrig ist. Das letzte Wort dazu dürfte wohl aber noch nicht gesprochen sein (vgl. dazu auch die Ausführungen zum Kt. St. Gallen mit dem II. Nachtrag zum Planungs- und Baugesetz: Kapitel 63).

- (12) Das „Demokratieprinzip“¹⁷ steht dieser Regelung nach hier vertretener Auffassung nicht entgegen: Die föderalistische schweizerische Rechtsordnung überlässt es den Kantonen, über die konkrete Ausgestaltung der demokratischen Entscheidungsrechte der Bevölkerung zu entscheiden. Die Nutzungsplanung in der Schweiz ist somit nicht notwendigerweise direktdemokratisch in dem Sinne, dass die stimmberechtigte Bevölkerung unmittelbar über sie abstimmen kann¹⁸.

33 Zwischenfazit

- (13) Als Zwischenfazit lässt sich deshalb festhalten, dass einer horizontalen und vertikalen Kompetenzverschiebung für den Erlass von Nutzungsplänen im Bereich ADT keine bundesrechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

4 Geltende Kompetenzregelung des Kantons Bern in der Nutzungsplanung

41 Verfassungsrechtlicher Rahmen

- (14) Die bernische Kantonsverfassung (KV) äussert sich nicht zur Form und zur Zuständigkeit für den Erlass von Nutzungsplänen nach Art. 14 RPG. Bei Grundrechtseingriffen – für die Raumplanung sind das primär Einschränkungen des Grundeigentums bis hin zur Enteignung – müssen Gesetze (im formellen Sinne) Inhalt, Zweck und Umfang der Einschränkungen hinreichend bestimmen (Art. 28 KV). Zudem sind alle grundlegenden und wichtigen Rechtssätze des kantonalen Rechts in Form eines (formellen) Gesetzes zu erlassen (Art. 69 Abs. 4 KV). In bestimmtem Rahmen können „Befugnisse des Volkes“ weiterdelegiert werden (Art. 69 Abs. 1 bis 3 KV). Das formelle Gesetz, hier das BauG, sieht differenzierte Zuständigkeiten im Bereich der Nutzungsplanung vor (vgl. nachfolgend Kapitel 42 ff.). Auf kommunaler und regionaler Ebene ist die Legislative

¹⁷ Das Demokratieprinzip ist neben dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 5 BV), dem Föderalismusprinzip sowie dem Sozialstaatsprinzip eine zentrale Säule der schweizerischen Rechtsordnung. Eine konkrete Ausgestaltung der demokratischen Rechte lässt sich indessen aus diesen Prinzipien nicht ableiten, siehe dazu Art. 34 Abs. 1 BV, GEROLD STEINMANN, St. Galler Kommentar zur BV, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 34 Rz. 10, ferner: BGE 129 I 232 E. 5 (Stadt Zürich).

¹⁸ Vgl. MUGGLI RUDOLF, Ist der Föderalismus an der Zersiedlung schuld? Pilotstudie und Thesen, Zürich 2014, Kapitel 5.2 Rolle der Demokratie in der Raumplanung.

zuständig, auf kantonaler Ebene dagegen die Kantonsverwaltung (Art. 102 BauG). Dies gilt neben den kantonalen Überbauungsordnungen auch für kantonale Strassenpläne, Wasserbaupläne und dergleichen, die den Nutzungsplänen gleichgestellt sind.

- (15) Es kann sich die Frage stellen, ob Nutzungspläne, also eigentümergebundene Raumpläne, in einem der formellen Gesetzgebung entsprechenden Verfahren von der Legislative erlassen werden müssten. Dazu äussern sich die Verfassung und der Verfassungskommentar¹⁹ wie erwähnt nicht. Gewisse Hinweise ergeben sich aus einem Urteil des Verwaltungsgerichts zur Delegationsnorm von Art. 144 Abs. 2 Bst. i BauG, wonach der Regierungsrat unter anderem Vorschriften über das Verfahren und die Zuständigkeit bei der geringfügigen Änderung von Nutzungsplänen erlässt (umgesetzt in Art. 122 BauV). Dabei wendet das Gericht Art. 69 KV sowie Art. 53 Abs. 2 GG an und erachtet die sehr allgemein gehaltene Delegationsnorm im formellen Gesetz für ausreichend, da es bloss um „geringfügige Änderungen“ gehe, welche eine Anpassung der Pläne an den „manifestierten Willen“ der Stimmberechtigten bezweckten. Es gehe deshalb bei solchen Änderungen eher um einen exekutiven als einen legislativen Akt²⁰. Aus dem Entscheid folgt wenigstens, dass eine umfangreiche, ja umfassende Delegation von Nutzungsplanzuständigkeiten an die Exekutive im Sinne etwa des „Solothurner Modells“ einer ausführlichen Delegationsnorm im BauG bedürfte.
- (16) Offen bleibt, ob eine allgemeine oder punktuelle Delegation der kommunalen Nutzungsplanungskompetenz an Gemeindeexekutiven vor Art. 69 KV standhalten würde: Erforderlich wäre, dass sich die Delegation auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt und dass das (formelle) Gesetz den Rahmen der Delegation festlegt, d.h. die Umschreibung des Rahmens hinreichend präzise ist. Vorbild dafür ist Art. 102 Abs. 1 BauG, der die Kompetenz zum Erlass kantonalen Überbauungsordnungen gestützt auf Art. 69 KV an die Direktion für Inneres und Justiz (DIJ) delegiert.
- (17) Hier wird deshalb die Auffassung vertreten, dass aus Sicht der bernischen Kantonsverfassung der formelle Gesetzgeber grundsätzlich die Nutzungsplanungskompetenz der kommunalen Exekutive zuweisen dürfte: Die Delegation wäre auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt und hinreichend bestimmt²¹.

¹⁹ KÄLIN/BOLZ (HRSG.): Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1994.

²⁰ Einlässlich dazu VGE 100.2014.191 vom 21. Mai 2015, E. 5.3, in: BVR 2015 459 (Worben).

²¹ KÄLIN/BOLZ (HRSG.): Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1994. S. 142 und 434.

42 Im Zuständigkeitsbereich der Gemeinden

- (18) Soweit ein Nutzungsplan in die Zuständigkeit der Gemeinden fällt (vgl. Art. 55 BauG), sind wie in vielen andern Kantonen grundsätzlich die Stimmberechtigten²² für den Erlass von Nutzungsplänen zuständig (Art. 66 Abs. 2 BauG)²³. Im Kanton Bern sind das die „baurechtliche Grundordnung“ (Zonenplan und Baureglement) sowie die Überbauungsordnungen (Sondernutzungspläne). Das bedeutet die Zuständigkeit der Gemeindeversammlung bzw. der Urnenabstimmung. Möglich ist auch die Zuständigkeit eines Gemeindeparlaments unter Vorbehalt des fakultativen Referendums. Bei Überbauungsordnungen, die bezüglich Art und Mass der Nutzung nicht von der baurechtlichen Grundordnung abweichen, kann in Parlamentsgemeinden das fakultative Referendum entfallen. Parlamentsgemeinden haben also einen gewissen Spielraum, um die Anzahl Volksabstimmungen über Nutzungspläne zu begrenzen²⁴.
- (19) Von dieser *grundsätzlichen Zuständigkeit des formellen Gesetzgebers* gibt es drei bedeutende Abweichungen²⁵:
- (a) *Überbauungsordnungen*, die lediglich *Detailerschliessungsanlagen* festlegen, werden von der Exekutive beschlossen, wiewohl damit erhebliche Grundrechtseingriffe verbunden sein können. So verleihen rechtskräftige Detailerschliessungspläne ein Enteignungsrecht für die zum Bau der Anlagen benötigten Flächen (Art. 128 Abs. 1 Bst. c BauG). Die Rechtfertigung für diese Kompetenzdelegation liegt darin, dass es bloss noch um die Feinerschliessung eines Gebietes geht, für das die baurechtliche Grundordnung die massgeblichen Parameter bereits festgelegt haben sollte. Die Delegation erscheint deshalb mit Art. 69 KV vereinbar (vgl. vorstehend Kapitel 41). Eine solche Kompetenzverschiebung erscheint auch deshalb sinnvoll, weil die Gemeinden bundesrechtlich zur Erschliessung ihrer Bauzonen verpflichtet sind (Art. 19 Abs. 2 und 3 RPG): Mit der Einzonung der Fläche durch die Stimmberechtigten haben diese bereits entschieden, dass die Bauzone auch (fein)erschlossen werden soll.

²² Art. 12 des Gemeindegesetzes (GG): Gemeindeversammlung oder Urnenabstimmung.

²³ ALDO ZAUGG/PETER LUDWIG, Kommentar BauG, Bern 2017, Art. 66 Rz. 2.

²⁴ Beispiel: Art. 38 Bst. b und c der Stadtverfassung Thun vom 23. September 2001 (https://www.thun.ch/fi-leadmin/media/reglemente_verordnungen/grundlagen_organisation_behoerden/verfassung/101.1.pdf, zuletzt konsultiert am 28.9.2022).

²⁵ Vgl. zu den weiteren, weniger bedeutenden Abweichungen ALDO ZAUGG/PETER LUDWIG, Kommentar BauG, Bern 2017, Art. 66 Rz. 2 Bst. c, d und e.

Einwenden könnte man allenfalls, dass damit noch nicht über die Verleihung konkreter Enteignungsrechte entschieden worden ist – solche werden erst aus dem Detailerschliessungsplan ersichtlich (vgl. vorstehend Kapitel 32 mit dem Verweis auf den Praxiskommentar Nutzungsplanung in Fussnote 15)

(b) *Überbauungsordnungen*, die sich *im Rahmen einer Zone mit Planungspflicht* (ZPP)²⁶ bewegen, werden ebenfalls von der Exekutive beschlossen. Die Rechtfertigung dafür dürfte im Umstand begründet sein, dass die Stimmberechtigten mit dem Beschluss der ZPP den Rahmen für Art und Mass der Nutzung festgelegt haben sollten (Art. 92 BauG). Es handelt sich um eine Delegation der Planfestsetzungskompetenz innerhalb eines konkreten, vom formellen Gesetzgeber festgelegten Rahmens (Planungszweck, Art der Nutzung, Mass der Nutzung als Planungswert, Gestaltungsgrundsätze)²⁷. Auch das hält vor Art. 69 KV stand, sofern die ZPP-Vorschriften den Anforderungen von Art. 92 BauG tatsächlich genügen.

(c) Schliesslich liegt auch die „*geringfügige Änderung*“ *sämtlicher Nutzungspläne* in der Kompetenz der Legislative (Art. 144 Abs. 2 Bst. i in Verbindung mit Art. 122 BauV²⁸). Geringfügig ist eine Änderung, wenn anzunehmen ist, die Änderung hätte den ursprünglichen Entscheid der Stimmberechtigten nicht beeinflusst. Der Gesamtcharakter der Planung und die ihr zugrundeliegenden Ziele dürfen also nicht geändert werden²⁹.

(20) *Insgesamt erscheint die Kompetenzordnung des bernischen Baugesetzes für den Erlass von kommunalen Nutzungsplänen konsequent*: Weil es um erhebliche Grundrechtseingriffe wie beispielsweise die Bestimmung des Werts eines Grundstücks und gar um die Verleihung von Enteignungsrechten geht, werden grundsätzlich die Stimmberechtigten als zuständig erklärt. Eine Delegation an ein Gemeindeparlament ist nur unter dem Vorbehalt des fakultativen Referendums oder in Fällen zulässig, wo Art und Mass der Nutzung – d.h. die wesentlichen Parameter des Grundstückswerts – nicht geändert werden. Die drei gewichtigen Fälle, in denen ausnahmsweise die Gemeinde-

²⁶ Art. 73 Abs. 2 BauG.

²⁷ ALDO ZAUGG/PETER LUDWIG, Kommentar BauG, Bern 2017, Art. 92/93 Rz. 2.

²⁸ Zur Zulässigkeit der Delegation vgl. VGE 100.2014.191 vom 21.5.2015 E. 5.3 (Worben), in BVR 2015 450, mit zustimmendem Kommentar von PETER LUDWIG.

²⁹ Vgl. statt vieler VGE 100.2020.115 vom 17.6.2021 (Bern) in BVR 2022 202, bestätigt durch BGer 1C_483/2021 vom 10.3.2022.

exekutive zuständig ist, betreffen entweder die blosse (Fein)Erschliessung von bereits eingezonten Grundstücken (für die eine Erschliessungspflicht gilt), die Umsetzung von konkreten Planungsaufträgen der Stimmberechtigten in Form einer ZPP oder Fälle von geringfügigen Nutzungsplanänderungen.

- (21) Spezifische Themen oder Bereiche, in denen die Gemeindeexekutive auch für nicht geringfügige Nutzungsplanentscheide allein zuständig ist, sind mit Ausnahme der Detailerschliessungspläne nicht vorgesehen. Insbesondere kann die Exekutive keine Nutzungspläne beschliessen, mit denen ein ADT-Standort allgemeinverbindlich festgelegt wird. Das ist nicht in allen Kantonen so: Zwei Kantone überlassen sämtliche Nutzungspläne den Gemeindeexekutiven (siehe nachfolgend Kapitel 5), einige überlassen die Sondernutzungspläne den Exekutiven, oft aber nur insoweit, als diese Sondernutzungspläne die baurechtliche Grundordnung nicht „materiell ändern“ (siehe nachfolgend Kapitel 6).

43 Im Zuständigkeitsbereich der Regionalkonferenzen

- (22) Die Regionalkonferenzen nach Art. 97a BauG können als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften nach Art. 137 ff. des Gemeindegesetzes (GG) „zur Wahrung regionaler Interessen“ ebenfalls Nutzungspläne in Form „regionaler Überbauungsordnungen“ erlassen (Art. 98b BauG). Deren Rechtswirkungen entsprechen der kommunalen Überbauungsordnung, schliessen also beispielsweise das Enteignungsrecht ein und können auch von der baurechtlichen Grundordnung der betreffenden Gemeinde abweichen. Die Erlasszuständigkeit entspricht jener der Gemeindeparlamente mit fakultativem Referendum: Die Regionalversammlung (Art. 145 GG) beschliesst die Überbauungsordnung unter Vorbehalt des fakultativen Referendums (Art. 146 Abs. 1 Bst. a GG i.V. mit Art. 98b Abs. 3 BauG und Art. 121a BauV). Massgebend in der regionalen Volksabstimmung ist das doppelte Mehr der Stimmenden und der Gemeinden (Art. 152 Abs. 3 GG).
- (23) Was zur „Wahrung regionaler Interessen“ im Zweifelsfall genau bedeutet, ist ungeklärt, weil soweit ersichtlich noch keine regionale Überbauungsordnung erlassen worden ist³⁰. Der Kommentar zum BauG nennt mögliche Beispiele³¹. Als gesetzliche Beispiele

³⁰ In Vorbereitung ist eine Regionale Überbauungsordnung „Holzlagerplätze“ der Regionalkonferenz Oberland-Ost. Erläuterungsbericht zur Mitwirkungsaufgabe vom 15. Mai 2020: https://www.oberland-ost.ch/images/pdf/verkehrs_und_siedlungsplanung/200515_RUEO_Holzlagerplätze_Erlaeuterungsbericht.pdf (zuletzt besucht am 27.9.2022).

³¹ ALDO ZAUGG/PETER LUDWIG, Kommentar BauG, Bern 2017, Art. 98b Rz. 1.

können auch die Aufzählungspunkte in Art. 102 Abs. 1 BauG zu den kantonalen Überbauungsordnungen gelten; denn kantonale Überbauungsordnungen dürfen auch zur Wahrung „gefährdeter regionaler Interessen“ von der zuständigen Direktion des Kantons erlassen werden (dazu nachfolgend Kapitel 43)³². Nach hier vertretener Auffassung müsste das regionale Interesse in einem regionalen Richtplan bzw. RGSK näher umschrieben worden sein, um den Erlass einer regionalen Überbauungsordnung zu rechtfertigen (Art. 8 Abs. 2 RPG).

- (24) Damit steht fest, dass regionale Überbauungsordnungen etwa zwecks Festsetzung von ADT-Standorten erlassen werden können, sofern das regionale Interesse in einem kantonalen oder regionalen Richtplan dokumentiert ist. Im Gegensatz zu einer kantonalen Überbauungsordnung muss das zu wahrende regionale Interesse nicht „gefährdet“ sein (siehe nachfolgend Kapitel 44). Es ist also nicht erforderlich, dass vorher versucht worden ist, den ADT-Standort kommunal in der Nutzungsplanung zu verankern. Ein solcher Versuch würde nicht rechtlicher, sondern praktischer bzw. politischer Überlegung entspringen.
- (25) Die Erfahrung zeigt indessen, dass die regionale Überbauungsordnung trotz ihres theoretischen Potenzials kaum für die Durchsetzung einer regionalen ADT-Standortpolitik taugt: Zum einen ist sie als hoheitliches Planungsinstrument nur den Regionalkonferenzen zugänglich. Solche existieren bisher nur in Teilen des Kantons Bern (Oberland-Ost, Emmental, Bern-Mittelland). Zum zweiten ist sie eher für grundsätzlich unbestrittene, gemeinsame interkommunale Projekte geeignet (vgl. das Projekt der Regionalkonferenz Oberland-Ost zu den Holzlagerplätzen) und nicht für die Festsetzung von Nutzungsplänen, die nur der Standortgemeinde Lasten auferlegen. Es verhält sich diesbezüglich ähnlich wie bei den regionalen Arbeitszonen. Es ist also wenig erstaunlich, dass es in der langen Zeit seit der Einführung der Regionalkonferenzen im Kanton Bern noch keine regionale Überbauungsordnungen gibt³³. Aus diesen Gründen wird die Möglichkeit der horizontalen Kompetenzverschiebung zur Regionalkonferenz im Folgenden nicht weiterverfolgt und in der Auslegeordnung möglicher Modell von Kompetenzverschiebungen nicht dargestellt (vgl. Kapitel 7 und 8).

³² Vgl. dazu als Anschauungsbeispiel die Aushubdeponie Eyacher in Thierachern in VGE 100.2016.1 vom 16. Dezember 2016, E. 3. und 5.

³³ Siehe dazu den Evaluationsbericht des Regierungsrates vom 16. August 2017 „Zukunft der regionalen Zusammenarbeit – Folgerungen aus der Evaluation der Strategie für Agglomerationen und Regionale Zusammenarbeit (SARZ): Im Vordergrund stehen bei den Planungsinstrumenten das RGSK und die regionalen Richtpläne.

44 Im Zuständigkeitsbereich des Kantons

- (26) Der Kanton kann „zur Wahrung kantonaler Interessen“ sowie „zur Wahrung gefährdeter regionaler Interessen“³⁴ Überbauungsordnungen erlassen (Art. 102 BauG). Bei den regionalen Interessen geht der Gesetzgeber also von einer Subsidiarität des Handelns des Kantons aus. Mit der Revision des BauG vom 24. November 2004 war Art. 102 BauG dahingehend geändert worden, dass der Erlass einer kantonalen Überbauungsordnung nicht mehr voraussetzt, dass kantonale Interessen „gefährdet“ sein müssen. Im Bereich der kantonalen Interessen braucht es also keinen „Gefährdungsnachweis“, es genügt vielmehr, dass die Standortgemeinde die für das Vorhaben nötige Nutzungsplanung nicht erarbeitet³⁵. Zur Wahrung gesamtkantonaler Interessen kann der Kanton auch Planungszonen erlassen, die direkt in die Ortsplanung eingreifen³⁶. Die Wirkungen der kantonalen Überbauungsordnung sind dieselben wie bei kommunalen Überbauungsordnungen. Die Zwecke sind thematisch nicht beschränkt, da die Aufzählung in Art. 102 Abs. 1 BauG nur beispielhaften Charakter hat – es muss somit nur das Gewicht³⁷ sowie die überkommunale Natur des Interesses nachgewiesen werden³⁸. Der Nutzungsplan muss inhaltlich ein Sondernutzungsplan, d.h. eine Überbauungsordnung nach Art. 88 BauG sein. Der Erlass einer kantonalen Überbauungsordnung ist somit zu unterscheiden von jenen Fällen, in denen der Kanton in kommunale Rahmennutzungspläne (Zonenplan und Baureglement nach Art. 69 BauG) aufsichtsrechtlich eingreifen kann (Art. 65 Abs 2 BauG). Die gesetzliche Regelung lässt die Definition „kantonomer Interessen“ als überflüssig erscheinen, denn es reichen bereits „gefährdete regionale Interessen“. Das erscheint in einem grossflächigen und heterogenen Kanton sinnvoll, denn eine Auswirkung auf den ganzen Kanton nachzuweisen, wäre

³⁴ vgl. dazu wiederum die kantonale Überbauungsordnung für die Aushubdeponie Eyacher in Thierachern in VGE 100.2016.1 vom 16. Dezember 2016, E. 5.1: Regionale Interessen erscheinen als gefährdet, wenn die bestehende planungsrechtliche Ordnung oder ein kommunales Planverfahren nicht gestatten, sie in zweckmässiger Weise wahrzunehmen, oder wenn das notwendige Instrumentarium zwar vorhanden ist, davon aber auf kommunaler und regionaler Ebene nicht Gebrauch gemacht wird ...

³⁵ Vgl. dazu Ziff. 5 des Vortrages des Regierungsrates an den Grossen Rat vom 17. März 2004 betreffend Änderung des Baugesetzes: Kantonale Überbauungsordnung. Erwähnt werden kantonale Aufgaben wie die Spitalversorgung und die Sekundarstufe II.

³⁶ BGE 114 Ia 291 E. 3 (Kanton Bern, Planungszonen zur Sicherung von Fruchtfolgeflächen).

³⁷ Der Gesetzestext spricht zwar nicht von „gewichtigen Interessen“, doch kann das Gewicht des öffentlichen Interesses im Rahmen der Interessenabwägung und der Verhältnismässigkeitsprüfung eine massgebliche Rolle spielen.

³⁸ ALDO ZAUGG/PETER LUDWIG, Kommentar BauG, Bern 2017, Art. 102 Rz. 2.

wohl nicht immer einfach. Zudem ist eine präzise Abgrenzung zwischen kantonalen und regionalen Interessen bisweilen unmöglich.

- (27) Für den Erlass der kantonalen Überbauungsordnung ist die Direktion für Inneres und Justiz (DIJ) zuständig. Rechtsmittelinstanzen sind der Regierungsrat und das Verwaltungsgericht. Die Verfahren haben die Anforderungen von Art. 33 und 34 RPG zu erfüllen.
- (28) Damit wird ebenfalls klar, dass kantonale Überbauungsordnungen für ADT-Standorte festgesetzt werden können, sofern das kantonale bzw. das gefährdete regionale Interesse in Sach- und Richtplänen – also auf der Stufe der behördenverbindlichen Koordinationsplanung – dokumentiert werden kann³⁹. Die kann-Formulierung verdeutlicht, dass der kantonalen Planerlassbehörde DIJ ein bedeutendes Planungsermessen zusteht⁴⁰.

45 Zwischenfazit zur geltenden bernischen Kompetenzordnung

- (29) Auch wenn das BauG die Gemeindeautonomie in den Vordergrund zu stellen scheint (Art. 109 Abs. 2 KV, Art. 3 GG, Art. 65 BauG), so sieht es doch eine konsequent stufengerechte Planung vor: Regionale Aufgaben können von Regionalkonferenzen oder – bei Gefährdung – subsidiär vom Kanton auf dem Wege der Nutzungsplanung umgesetzt werden. Auch kantonale Aufgaben können bei Bedarf von diesem direkt mit Überbauungsordnungen verwirklicht werden. Diese Kompetenz bezieht sich wie erwähnt immer nur auf konkrete Projekte – Arbeitsplatzzonen, Schutzzonen, Strassen und andere öffentliche Werke, Abbau- und Deponieprojekte usw. (vgl. Art. 102 Abs. 1 BauG) – und nicht auf die flächendeckende baurechtliche Grundordnung. Diese ist den Gemeinden überlassen – dem Kanton kommen nur Aufsichtskompetenzen zu. Bei kantonalen oder regionalen Überbauungsordnungen handelt sich also immer um „projektbezogene Sondernutzungspläne“⁴¹.
- (30) Die Praxis folgt dem Subsidiaritätsgedanken bei regionalen Aufgaben: Kantonale Überbauungsordnungen werden dann festgelegt, wenn die Gemeinden oder die Re-

³⁹ Aushubdeponie Eyacher in Thierachern in VGE 100.2016.1 vom 16. Dezember 2016, E. 5.2.

⁴⁰ Zum Planungsermessen auf kantonomer Ebene: Richtplanung: BGer 1C_19/2019 vom 7. Oktober 2019 E. 3.4 (Bätterkinden, Eisenbahndepot); Nutzungsplanung: BGer 1C 351/2018 del 27 novembre 2018 (Locarno, kantonaler Nutzungsplan Piano di Magadino).

⁴¹ Siehe zu den Begriffen: MICHAEL PLETSCHER, Der Gestaltungsplan i.e.S. - Eine Würdigung des Abweichungspotenzials, Basel 2021, S. 35.

gionalkonferenzen nicht handeln (können). So etwa bei der Kehrlichtverbrennungsanlage Thun und bei der Deponie Eyacher/Thierachern, wo der Kanton schliesslich anstelle der nicht handlungsbereiten Gemeinde tätig wurde. Beispiele für eine gesamtkantonales Arbeitsplatzinteresse sind demgegenüber die Arbeitszone für die CSL in Lengnau sowie die strategische Arbeitszone (SAZ) Zbangmatte in Ins (unlängst aufgegeben). Kantonale Überbauungsordnungen existieren bzw. sind geplant für die Infrastruktur für die Fahrenden (vgl. Art. 102 Abs. 1 Bst. e BauG). Eine weitere kantonale Überbauungsordnung galt dem Erhalt der Wassermatten im Oberaargau, womit ein überkommunales kulturhistorisches und landschaftsschützerisches Ziel verfolgt wurde. Diese Beispiele illustrieren die nicht nur legislatorische, sondern auch praktische Breite der Themen.

5 Kompetenzregelung der Kantone Freiburg und Solothurn

51 Freiburg

- (31) Die Ordnung über die Nutzungsplanung im Freiburger Bau- und Planungsrecht (Raumplanungs- und Baugesetz, RPBG-FR 710.1) ist vergleichbar mit der bernischen. Der Hauptunterschied liegt in der Zuständigkeit für die kommunale Nutzungsplanung: Kommunale Nutzungspläne werden vom Gemeinderat, also der Gemeindeexekutive erlassen (Art. 85 RPBG-FR). Nutzungspläne sind der Zonennutzungsplan mit Vorschriften sowie die Detailbebauungspläne. Dem Gemeinderat beigeordnet ist eine beratende Planungskommission mit mindestens 5 Mitgliedern, deren Mehrheit von der Gemeindeversammlung oder vom Gemeindeparlament ernannt wird.
- (32) Regionale Nutzungspläne gibt es nicht. Immerhin sind die Gemeinden verpflichtet, ihren Ortsplan an den behördenverbindlichen regionalen Richtplan anzupassen.
- (33) Die Regelung zu den kantonalen Nutzungsplänen ist vergleichbar mit der bernischen: Die Zwecke sind nicht abschliessend aufgeführt. Als Beispiele erwähnt sind Zonen für Werke von nationalem oder kantonalem Interesse, Arbeitszonen von kantonaler Bedeutung, Zonen für Anlagen zur Versorgung mit Rohstoffen von kantonaler Bedeutung.

52 Solothurn⁴²

- (34) Die solothurnische Ordnung über die Nutzungsplanung ist mit der freiburgischen vergleichbar (vgl. § 9 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes, PBG-SO 711.1): Auch hier liegt die Zuständigkeit zum Erlass von kommunalen Nutzungsplänen (Zonenplan, Erschliessungspläne, Gestaltungspläne: § 14 PBG-SO) beim Gemeinderat, also der Gemeindeexekutive. Allerdings sind Gemeinderäte manchmal anders zusammengesetzt als im Kanton Bern: So umfasst der Gemeinderat der Stadt Solothurn 30 Mitglieder und 15 Ersatzmitglieder, die in geheimer Urnenwahl nach Proporz gewählt werden. Ein Gemeindeparlament gibt es dagegen nicht. Anders die Stadt Olten: Sie kennt ein Gemeindeparlament und eine Gemeindeexekutive, den Stadtrat. Zuständig für den Erlass von Nutzungsplänen ist folglich der Stadtrat von Olten.
- (35) Abweichend von der Freiburger Ordnung ist *der Solothurner Nutzungsplanung ein räumliches Leitbild* vorgeschaltet, welches der Gemeindeversammlung bzw. dem Gemeindeparlament erlauben soll, sich zu den Grundzügen der anzustrebenden räumlichen Ordnung zu äussern (§ 9 Abs. 3 PBG-SO). Damit wird Art. 4 RPG über die Information und Mitwirkung der Bevölkerung in einer ausgebauten Variante umgesetzt. Das Leitbild stellt „nur“ eine Grundlage für die Nutzungsplanung dar. Es ist weder eigentümerverbindlich noch im eigentlichen Sinne behördenverbindlich⁴³ und nicht parzellenscharf. Es muss denn auch keine Pläne umfassen. Seine wesentlichen Aussagen sind von der Exekutive in der Nutzungsplanung immerhin „zu berücksichtigen“⁴⁴. Das wird man nach hier vertretener Ansicht wie folgt auslegen können: Die wesentlichen Aussagen sind aufzunehmen und umzusetzen, indessen bleiben Abweichungen mit einer sachlichen Begründung zulässig⁴⁵.
- (36) Ein solches Leitbild kann sich im konkreten Fall sehr detailliert zur angestrebten Entwicklung äussern und damit in die Nähe einer parzellengenauen Nutzungsplanung rü-

⁴² „Solothurner Modell“, welches der GPK explizit erwähnt wurde: Tagblatt des Grossen Rates, Frühjahrssession 2021 S. 575 ff., insbesondere das Votum des GPK-Sprechers FRITZ RUCHTI auf S. 585.

⁴³ Mit der Änderung von § 9 Abs. 2 PBG-SO wurde per 1. Januar 2008 die Möglichkeit abgeschafft, dass die Gemeindeversammlung „Grundsatzbeschlüsse“ als behördenverbindlich erklären kann.

⁴⁴ Urteil des Verwaltungsgerichts VWBES.2018.404 vom 9. Januar 2019 i.S. A. c. Regierungsrat des Kantons Solothurn und Einwohnergemeinde der Stadt Solothurn, E. II. 2.2. Die dagegen erhobene Stimmrechtsbeschwerde hat das Bundesgericht abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist (BGer 1C_100/2019 vom 16. Mai 2019, Solothurn).

⁴⁵ Vgl. in Analogie dazu die „Berücksichtigungspflicht“ der Bundesinventare bei kantonalen Aufgaben: statt vieler BGer 1C_398/2015 vom 9. August 2016 E. 5.3 (Luzern, Ortsplanung, Hochhausstandort mit Bebauungsplanpflicht, ISOS).

cken. Die Verbindlichkeit des Leitbilds beschränkt sich nach dem oben Gesagten dennoch auf die politische Bindungswirkung – ausgedrückt in einer „Berücksichtigungspflicht“. Die Exekutive ist mehr oder weniger frei, in der Nutzungsplanung vom Leitbild abzuweichen. Als Beispiel sei auf den Entwurf für ein räumliches Leitbild der Stadt Olten hingewiesen⁴⁶. Darin werden nicht nur mögliche Räume für höhere Häuser und Hochhäuser dargestellt, sondern auch detaillierte Entwicklungsvorstellungen für bestimmte Räume („Fokusgebiete“).

- (37) Massgebend für die Rechtsnatur des räumlichen Leitbildes ist das bereits erwähnte Verwaltungsgerichtsurteil VWBES.2018.404 (Stadt Solothurn): Darin wird klar festgehalten, dass das Leitbild vom Gemeinderat beim Erlass der Nutzungspläne bloss zu berücksichtigen sei. Das Leitbild dürfe nicht in die Zuständigkeit des Gemeinderates eingreifen. Die Beschwerdeführenden hatten beklagt, das räumliche Leitbild sei unklar und enthalte keine Pläne, weshalb sich die Stimmberechtigten nicht hätten genau informieren und gestützt darauf entscheiden können. Sie drangen damit nicht durch, weil eben diese Unschärfe und Unverbindlichkeit vom Gesetzgeber gewollt ist. Es dürfte deshalb auch kaum möglich sein, eine Exekutive mit juristischen Mitteln auf dem räumlichen Leitbild zu behaften. *Die Bindungswirkung ist somit eine politische und nicht eine rechtliche*. Es genügt, wenn sich der Gemeinderat in ausreichendem Masse mit dem Leitbild auseinandersetzt und allfällige Abweichungen sachlich begründet. Es verhält sich somit ähnlich wie mit der Bindungswirkung eines Mitwirkungsergebnisses⁴⁷.
- (38) Wie der Kanton Freiburg kennt auch der Kanton Solothurn keine regionalen Nutzungspläne. Dagegen kann der Regierungsrat ebenfalls kantonale Nutzungspläne erlassen zu gewissen abschliessend aufgezählten Themen (§ 68 PBG-SO). Dazu zählen beispielsweise Versorgungs- und Entsorgungs- sowie Gewässerschutzanlagen von kantonaler oder regionaler Bedeutung (Bst. d) sowie Kiesabbaugebiete, Steinbrüche und Deponien (Bst. g).

⁴⁶ STADT OLTEN: Räumliches Leitbild, Entwurf für öffentliche Mitwirkung /kant. Stellungnahme (Stand vom 4. Juni 2021: <https://www.oltten.ch/dokumenteabisz/310886> (Zugriff: 11.8.2022))

⁴⁷ Siehe dazu MUGGLI RUDOLF, Praxiskommentar RPG, Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich 2020, Art. 4 Rz. 27.

53 Zwischenfazit zu den Kantonen Freiburg und Solothurn

- (39) In beiden Kantonen liegt die Kompetenz zum Erlass *sämtlicher* kommunaler Nutzungspläne bei der Gemeindeexekutive. Der Rahmen für die Nutzungsplanung wird vom übergeordneten Recht sowie insbesondere von den kantonalen und regionalen Richtplänen vorgegeben. Die RPG-Revision 2012 hat die Anforderungen an die Präzision der kantonalen Richtpläne im Bereich der Bauzonenausscheidung markant erhöht und damit die Freiheit der Gemeinderäte bei der Ausscheidung von Bauzonen wie überall in der Schweiz eingeschränkt⁴⁸. Im Kanton Solothurn wird der Handlungsspielraum der Exekutive auf politischer Ebene zusätzlich eingegrenzt durch das von der Gemeindeversammlung bzw. dem Parlament beschlossene räumliche Leitbild, das indessen nicht behördenverbindlich ist, sondern nur „berücksichtigt“ werden muss.
- (40) In keinem der beiden Kantone existieren punktuelle, beispielsweise auf ein Thema wie ADT beschränkte Nutzungsplanzuständigkeitsregeln, wie sie in der Planungserklärung Nr. 2 des Grossen Rates erwähnt worden sind. Das „Solothurner Modell“ in der Sprachregelung des GPK-Sprechers beschränkt sich somit nicht auf ADT-Themen (vgl. vorstehend Kapitel 11).

6 Blick auf weitere Kantone: Aargau, Luzern, St. Gallen und Zürich

61 Aargau

- (41) Der Kanton Aargau kennt wie der Kanton Bern erhebliche regionale Unterschiede, auch wenn er sich nicht bis in die Hochalpen erstreckt. Zwischen dem Fricktal vor den Toren Basels und dem Raum Baden/Wettingen vor den Toren von Zürich sowie dem Seetal dürften unterschiedliche politische Kulturen gelten, welche ein föderalistisches Raumplanungssystem wie im Kanton Bern erfordern⁴⁹. Ein Vergleich mit dem Kanton Aargau erscheint deshalb sinnvoll.

⁴⁸ Sie dazu beispielsweise die Rückzonungsstrategie des Kantons Luzern: Um die Zersiedelung der Landschaft zu stoppen, hat das Schweizer Stimmvolk 2013 mit grosser Mehrheit beschlossen, dass zu grosse Bauzonen reduziert werden müssen. Im Kanton Luzern betrifft dieser Entscheid 21 Gemeinden: Sie haben sogar bei einem Szenario mit hohem Bevölkerungswachstum zu grosse unüberbaute Bauzonen. Insgesamt 67 ha Bauland müssen deshalb in den nun anstehenden Ortsplanungen rückgezont werden. Der Kanton unterstützt und begleitet die Gemeinden bei dieser Aufgabe mit verschiedenen Massnahmen, Quelle: <https://baurecht.lu.ch/Rueckzonung> (zuletzt besucht am 31.8.2022).

⁴⁹ Vgl. dazu das Raumkonzept Aargau im kantonalen Richtplan 2015, R1 und H6: <https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/byu/raumentwicklung/grundlagen-und-kantonalplanung/richtplanung/richtplantext/gesamter-richtplan.pdf> (zuletzt besucht am 25.10.2022)

- (42) Im Kanton Aargau beschliessen die Stimmberechtigten (Gemeindeversammlung oder Urnenabstimmung) oder das Gemeindeparlament (Einwohnerrat) die baurechtliche Grundordnung („allgemeiner Nutzungsplan“ nach § 15 BauG-AG, „Bau- und Nutzungsordnung“ BNO: § 25 BauG-AG)⁵⁰. „Unwesentliche Änderungen“ an der BNO beschliesst die Gemeindeexekutive⁵¹. Zur Bau- und Nutzungsordnung einer Gemeinde gehören auch die Materialabbau- und Deponiezonen nach § 15 Abs. 2 Bst. f sowie § 41 BauG-AG. Eine „ADT-Zone“ im Sinne von Art. 18 RPG im Nichtsiedlungsgebiet muss also wie die BNO vom Gemeindegesetzgeber festgesetzt werden.
- (43) Sondernutzungspläne setzen demgegenüber abschliessend der Gemeindeexekutiven fest (§ 25 BauG-AG). Als Themen der Sondernutzungspläne sind die „Erschliessungs- und Gestaltungsplanung“ genannt. Diese Themenpalette ist somit weniger offen als die der Überbauungsordnung nach Art. 88 BauG-BE. Ein Sondernutzungsplan, der die „ADT-Zone“ bloss detailliert, beispielsweise bezüglich Erschliessung, Etappierung, Auffüllung, Landschaftsschutz usw. liegt somit in Kompetenz des Gemeinderates. Im Kanton Bern wäre das nicht der Fall, ausser der Sondernutzungsplan läge in einer ZPP (vgl. vorstehend Kapitel 42).
- (44) Ein Aargauer Sondernutzungsplan (Gestaltungsplan) darf in beschränktem Rahmen vom Rahmennutzungsplan (BNO) abweichen (vgl. dazu § 8 BauV-AG). Auf jeden Fall dürfen diese Abweichungen nicht dazu führen, dass die planerisch und demokratisch abgestützte Grundordnung „ihres Sinngehalts entleert“ würde⁵².
- (45) Der Grosse Rat des Kantons Aargau kann wie im Kanton Bern kantonale Nutzungspläne zur Wahrung kantonaler oder regionaler Interessen erlassen. Beispielhaft sind auch die Themen ADT genannt (§ 10 Abs. 1 BauG-AG). Die Zuständigkeit des Kantonsparlaments – statt wie im Kanton Bern des zuständigen Departements der Kantonsverwaltung – scheint darauf hinzudeuten, dass ein politischer Konsens für den Erlass kantonaler Nutzungspläne gewünscht ist. Hauptgegenstand aktueller Nutzungspläne des Kantons sind Kantonsstrassen, Gewässer- und Naturschutzgebiete

⁵⁰ HÄUPTLI CHRISTIAN, Kommentar zum Baugesetz des Kt. Aargau, § 25 Rz. 5.

⁵¹ HÄUPTLI CHRISTIAN, Kommentar zum Baugesetz des Kt. Aargau, § 25 Rz. 21: Der Bereich der „unwesentlichen Änderungen“ scheint schmäler zu sein als bei den geringfügigen Nutzungsplanänderungen nach Art. 122 BauV-BE.

⁵² Zitiert aus der kantonalen Arbeitshilfe BNR: DEPARTEMENT BAU, VERKEHR UND UMWELT: Erläuterungen zum Bau- und Nutzungsrecht des Kantons Aargau, Aarau Juni 2014, S. 27 und 28 unter Verweis auf BGE 135 II 209 E. 2 (Rüti ZH).

(„Schutzdekrete“), Halteplätze für Fahrende sowie ADT-Themen⁵³. So gibt es etwa zwei kantonale Nutzungspläne für Deponien in Suhr sowie Auenstein/Möriken-Wildegg/Rupperswil. Die kantonale Steuerung erfolgt mit dem kantonalen Richtplan⁵⁴.

- (46) Regionale Nutzungspläne sind im Kanton Aargau unbekannt. Für die behördenverbindliche regionale Koordination steht der regionale Sachplan zur Verfügung (§ 12a BauG-AG). Die Regionalplanungsverbände erarbeiten indessen Grundlagen für die kantonalen und kommunalen Planungen und sorgen für eine regionale Abstimmung. (§ 11 Abs. 1 BauG-AG).
- (47) Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass die Zuständigkeitsregelung des Kantons Aargau mit jener des Kantons Bern vergleichbar ist: Nutzungspläne für ADT-Vorhaben liegen in der Kompetenz des formellen Gesetzgebers, d.h. je nach Gemeindeorganisation beim Parlament oder bei den Stimmberechtigten. Der Sondernutzungsplan, der bloss Einzelheiten regelt, steht dagegen in der Kompetenz der Gemeindeexekutive. Er darf nur „unwesentlich“ von der BNO abweichen. Den Grundsatzentscheid für die Ausscheidung einer ADT-Zone fällt also der formelle Gesetzgeber der Standortgemeinde⁵⁵.

62 Luzern

- (48) Auch der Kanton Luzern ist von seiner Grösse und Vielgestaltigkeit her gesehen interessant für einen Vergleich mit dem Kanton Bern.
- (49) Nutzungspläne nach luzernischem Recht sind ebenfalls der kantonale Nutzungsplan, der (kommunale) Zonenplan, sowie die beiden Sondernutzungsplantypen Bebauungsplan und Gestaltungsplan (§ 15 PBG-LU)⁵⁶.

⁵³ <https://www.ag.ch/en/verwaltung/bvu/spatial-development/grundlagen-kantonplanungsplanungsplaene?jumpTo=MjZMzg4OC9iOGYzNGJkOC02MGZlLTQzYjktYTE1MC1INDY4ZWJlMjAxN2Q> (zuletzt besucht am 27.9.2022).

⁵⁴ Vgl. dazu das Kapitel V 2.1 des kantonalen Richtplans 2015 mit der Festsetzung der Materialabbaugebiete von kantonalen Bedeutung: <https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/bvu/raumentwicklung/grundlagen-und-kantonplanungsrichtplanungsrichtplantext/v21.pdf> (zuletzt besucht am 25.10.2022).

⁵⁵ Beispiel: Mitwirkungsvorlage zu einer Anpassung des Kantonalen Richtplans für die Aufnahme des Standorts „Steibode“ in Birrhard als Materialabbaugebiet von kantonalen Bedeutung und als Deponie des Typs A: <https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/bvu/raumentwicklung/grundlagen-und-kantonplanungsrichtplanungsmitwirkung/steibode-information.pdf> (zuletzt besucht am 28.9.2022).

⁵⁶ Vgl. zum ganzen Kapitel 62 die Erläuterungen des zuständigen Departements für Bau-, Umwelt und Wirtschaft zum PBG-LU: https://baurecht.lu.ch/Erlaeuterungen_PBG (konsultiert am 23.8.2022).

- (50) Zonenpläne einschliesslich die dazugehörigen Bau- und Zonenreglemente sowie Bebauungspläne werden von den Stimmberechtigten erlassen. Wie im Kanton Bern kann diese Befugnis unter Vorbehalt des fakultativen Referendums an ein allfälliges Gemeindeparlament delegiert werden (§17 PBG-LU).
- (51) Der in Kompetenz der Stimmberechtigten stehende Sondernutzungsplantyp, der Bebauungsplan nach § 68 PBG-LU, kann wie die bernische Überbauungsordnung erheblich von Zonenplan und Baureglement abweichen⁵⁷.
- (52) In der Zuständigkeit der Exekutive stehen also nur die Gestaltungspläne. Diese sind eine Singularität im schweizerischen Raumplanungsrecht: Sie gelten nicht als bundesrechtlicher Nutzungsplan im Sinne von Art. 14 RPG, weshalb sie auch keiner Genehmigung durch den Kanton bedürfen (§ 20 Abs. 1 PBG-LU). Das Bundesgericht hat diese Praxis bisher geschützt, obwohl der Plantyp durchaus einen Nutzungsplan nach Art. 14 RPG darstellt. Auch Luzerner Gestaltungspläne können bis zu einem gewissen Mass von der baurechtlichen Grundordnung (Zonenplan und Baureglement) abweichen: Solange es indessen bei einer „Verfeinerung“ der Grundordnung bleibt und das Nutzungsmass um höchstens 10% erhöht wird, ist nach der Rechtsprechung des Kantonsgerichts davon auszugehen, dass die Abweichung zulässig ist und der rechtliche Rahmen des Instruments Gestaltungsplan nicht gesprengt wird⁵⁸. Das erscheint vergleichbar mit der Aargauer Lösung (vorstehend Kapitel 61).
- (53) Möglich sind schliesslich kantonale Nutzungspläne, ohne dass deren Themen eingeschränkt wären (Art. 33a PBG-LU). Erforderlich sind einzig ein überkommunales Interesse sowie eine Festsetzung im kantonalen Richtplan. In den Erläuterungen des zuständigen Departements sind beispielhaft auch Deponien und Kiesgruben sowie kantonale strategische Arbeitsplatzgebiete erwähnt. Besonders hinweisen wird auf den häufigen lokalen Widerstand gegen Abfallanlagen als Anlass für den Einsatz des kantonalen Nutzungsplans⁵⁹.

⁵⁷ Erläuterungen des zuständigen Departements für Bau-, Umwelt und Wirtschaft zum PBG-LU: § 17 PBG-LU: https://baurecht.lu.ch/Erlaeuterungen_PBG (konsultiert am 23.8.2022).

⁵⁸ Erläuterungen des zuständigen Departements für Bau-, Umwelt und Wirtschaft zum PBG_LU: § 17 PBG-LU unter Verweis auf die Rechtsprechung des Kantonsgerichts und des Bundesgerichts: BGer 1C_87/2012 vom 27. November 2012 E. 3.3 (Hochdorf, RPG 26) = https://baurecht.lu.ch/Erlaeuterungen_PBG (konsultiert am 23.8.2022).

⁵⁹ Erläuterungen des zuständigen Departements für Bau-, Umwelt und Wirtschaft zum PBG_LU: § 33a PBG-LU = https://baurecht.lu.ch/Erlaeuterungen_PBG (konsultiert am 23.8.2022).

- (54) Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Nutzungsplanzuständigkeiten gleich wie im Kanton Bern geregelt sind. Einzige Abweichung bildet der Luzerner Gestaltungsplan, der in Kompetenz der Gemeindeexekutive liegt, deshalb jedoch nur in beschränktem Umfang von der baurechtlichen Grundordnung abweichen darf: Er soll die Grundordnung „verfeinern“ und darf das Nutzungsmass um maximal 10% steigern. Mit einem Luzerner Gestaltungsplan könnte also kein ADT-Nutzungsplan festgesetzt werden⁶⁰.

63 St. Gallen

- (55) Der Kanton St. Gallen ist in regionalpolitischer und regionalwirtschaftlicher Hinsicht trotz seiner geringeren Grösse gut mit dem Kanton Bern vergleichbar: Zwischen Bodensee und Alpen befinden sich sehr unterschiedliche Regionen. Kulturelle Unterschiede könnten immer noch auf die Kantonsbildung im Jahr 1803 zurückgehen⁶¹. Auch geniesst die Gemeindeautonomie wie im Kanton Bern einen hohen Stellenwert. Im Vergleich mit dem Kanton Bern fällt indessen auf, dass auch kleinere Gemeinden professioneller aufgestellt sind, weil sie eine/n hauptamtliche/n GemeindeverwalterIn kennen. Trotz diverser kultureller Unterschiede macht ein Vergleich der Nutzungsplan-kompetenzen daher Sinn.
- (56) Im Kanton St. Gallen beschliesst die Gemeindelegislative die Rahmennutzungspläne (Zonenplan und Baureglement: Art. 7 PBG-SG). Dies geschieht im Kanton St. Gallen durch Unterstellung des Beschlusses unter das fakultative Referendum (Art. 36 Abs. 1 PBG-SG).
- (57) Kommunale Sondernutzungspläne erlässt die Gemeindeexekutive. Themen sind insbesondere Abbau- und Deponiestandorte (Art. 23 Abs. 1 Bst. c Ziff. 4 in Verbindung mit Art. 27 PBG-SG)⁶². Greifen Sondernutzungspläne in die baurechtliche Grundordnung ein, so sind sie wie im Kanton Bern den Stimmberechtigten zu unterbreiten. Dies geschieht nach Art. 36 Abs. 1 PBG-SG, indem der Plan dem fakultativen Referendum unterstellt wird. Die Abgrenzung, wann ein Sondernutzungsplan dem Referendum un-

⁶⁰ Zum Prozessablauf für die Festsetzung und Bewilligung von Materialabbauprojekten gibt es einen Prozessbeschreibung des Kantons: https://rawi.lu.ch/-/media/RAWI/Dokumente/Downloads/baubewilligungen/7_Materialabbauprojekte_Prozessbeschreibung.pdf, das Pendant zu Deponieprojekten: https://rawi.lu.ch/-/media/RAWI/Dokumente/Downloads/baubewilligungen/8_Deponieprojekte_Prozessbeschreibung.pdf (zuletzt besucht am 28.9.2022).

⁶¹ Siehe dazu die Zusammensetzung des neuen Kantons aus sehr unterschiedlichen Gebieten gemäss Wikipedia: https://de.wikipedia.org/wiki/Geschichte_des_Kantons_St._Gallen (zuletzt besucht am 25.10.2022).

⁶² Siehe zur früheren Regelung des BauG-SG: BALTHASAR HEER, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, S. 55 ff. zum Deponieplan und zum Abbauplan.

tersteht, unterscheidet sich vom Kanton Bern: Massgebliches Kriterium ist, ob der Sondernutzungsplan eine „materielle Zonenplanänderung bewirkt“. Was das genau bedeutet, lässt das Gesetz offen. Die Bestimmung geht auf eine Rechtsprechung des kantonalen Verwaltungsgerichts zurück, welches beim Entscheid, ob eine „materielle Zonenplanänderung“ vorliegt, eine gesamthafte Würdigung der konkreten Umstände verlangt⁶³. Aus bernischer Sicht liegt auf der Hand, dass Abbau- bzw. Deponiezonen jedenfalls im Nichtsiedlungsgebiet den Rahmennutzungsplan „materiell ändern“ und entsprechende Entscheide dem formellen Gesetzgeber zu unterbreiten sind. Im Kanton St. Gallen wird das anders gesehen: Seit dem II. Nachtrag zum PBG-SG⁶⁴ präzisiert Art. 36 Abs. 1 Bst. c, dass „Sondernutzungspläne für den Abbau und die Deponie von Materialien“ nicht als materielle Zonenplanänderung gelten. Der Gesetzgeber hat damit für den Fall von ADT-Sondernutzungsplänen den Begriff der „materiellen Zonenplanänderung“ generell-abstrakt umschrieben. Oder anders gesagt wird das fakultative Referendum offenbar ungeachtet der konkreten Umstände generell für ADT-Sondernutzungspläne ausgeschlossen. Die Rechtfertigung dafür soll im Umstand liegen, dass ADT-Sondernutzungspläne befristet sein müssten, weil ja eine Wiederauffüllung und Renaturierung der Oberfläche stattfinden sollte⁶⁵. Dabei wird eine Analogie zu Art. 5 Abs. 1^{bis} zweitem Satz RPG hergestellt, wonach nur „dauerhafte Zuweisungen zur Bauzone“ bundesrechtlich einen Planungsmehrwertausgleich erfordern. Das steht natürlich in Konflikt zur Begriffsbildung des Verwaltungsgerichts; denn dieses will eine gesamthafte Würdigung der konkreten Umstände. Im Ergebnis lässt die neue Regelung des Kt. St. Gallen Fragen offen: Wie verhält es sich bei sehr langfristigen oder gar unbefristeten ADT-Vorhaben: Müssen diese in St. Gallen dem fakultativen Referendum unterstellt werden? Die erwähnte Begründung in den Gesetzesmaterialien legen einen solchen Schluss nahe.

- (58) Das Handbuch der Rechtsabteilung des Baudepartements⁶⁶ hält zur früheren Version gestützt auf die Entstehungsgeschichte fest, dass Abbau- und Deponiesondernut-

⁶³ Siehe dazu BETTINA DEILLON, Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St. Gallen, Basel 2020, Art. 25 Rz. 14 bis 16 unter Verweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts.

⁶⁴ Inkraftsetzung per 1. Oktober 2022 gemäss Regierungsratsbeschluss Nr. 570 vom 16. August 2022.

⁶⁵ Vgl. dazu Kapitel 3.1.2 auf Seite 15 der Vernehmlassungsvorlage zum II. Nachtrag zum Planungs- und Baugesetz (Bericht und Antrag des Baudepartements vom 6. April 2021) sowie den Antrag der vorberatenden Kommission des Kantonsrates vom 29. Mai 2022 zu Art. 36 Abs. 1 Bst. c PBG-SG.

⁶⁶ https://www.sg.ch/recht/planungs-bau-umweltrecht/Planungs_und_Baugesetz/Handbuch_PBG_Rechtsabteilung/_jcr_content/Par/sgch_downloadlist/DownloadListPar/sgch_download.ocFile/Handbuch%20zum%20PBG%20der%20Rechtsabteilung.pdf (letzter Zugriff am 17.8.2022)

zungspläne zwar in der Kompetenz der Gemeindeexekutive stünden, dass diese Kompetenz indessen auf kleine lokale Vorhaben beschränkt bleibe⁶⁷. Für die grösseren, richtplanpflichtigen Vorhaben komme der kantonale Richtplan sowie der kantonale Sondernutzungsplan zu Anwendung (vgl. die nachfolgende Randziffer). Dies relativiert die Kompetenzverschiebung zu den Gemeindeexekutiven deutlich: Nur gerade diese wohl eher seltenen lokalen ADT-Sondernutzungspläne würden von den Gemeindeexekutiven beschlossen.

- (59) Im weiteren kann die Kantonsregierung zur Wahrung kantonaler oder wesentlicher regionaler Interesse kantonale Sondernutzungspläne festsetzen. Themen sind wie bei anderen Kantonen unter anderem ADT-Anlagen (Art. 32 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 33 Abs. 1 Bst. a und b PBG-SG). Nach der Entstehungsgeschichte des Art. 27 PBG-SG über Abbau- und Deponie von Materialien steht für im Sinne von Art. 8 Abs. 2 RPG richtplanungspflichtige Vorhaben der kantonale Sondernutzungsplan im Vordergrund.
- (60) Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass in St. Gallen die Kompetenzen in Sachen ADT gestützt auf das PBG 2016 auf einer *weitgehenden Kantonalisierung* der Nutzungsplanung zu beruhen scheinen. Soweit dennoch kommunale Sondernutzungspläne zum Einsatz kommen, stehen diese aufgrund des II. Nachtrags zum PBG-SG in der abschliessenden Kompetenz der Gemeindeexekutive, dies ungeachtet der Frage, ob damit der kommunale Rahmennutzungsplan im Sinne der bisherigen Rechtsprechung „materiell geändert“ wird. Nicht geklärt ist die Frage, was bei ADT-Sondernutzungsplänen gilt, die unbefristet sind oder jedenfalls sehr langfristig in Funktion bleiben, etwa weil sie auch Recyclinganlagen umfassen⁶⁸.

64 Zürich

- (61) Der Kanton Zürich unterscheidet sich namentlich bezüglich des Zentralisierungsgrades deutlich vom Kanton Bern. Zwar gibt es Planungsregionen, aber deren Richtpläne werden vom Regierungsrat beschlossen. Ein Vergleich macht deshalb Sinn, weil der Kanton Zürich schon aufgrund seiner wirtschaftlichen und bevölkerungsmässigen Dynamik eine wichtige Referenz darstellt.

⁶⁷ So auch BETTINA DEILLON, Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St. Gallen, Basel 2020, Art. 27 Rz. 4 bis 6.

⁶⁸ Vgl. dazu für den Kanton Bern etwa die Deponie Teuftal, die seit 1973 in Betrieb ist, also seit 50 Jahren. Die Auffüllung soll im Jahr 2040 beendet sein: <https://www.teuftal.ch/uberuns/geschichte> (zuletzt besucht am 26.10.2022).

- (62) Im Kanton Zürich erlässt die Gemeindelegislative die Bau- und Zonenordnung, also die baurechtliche Grundordnung (BZO, „Rahmennutzungsplan“) sowie die Sonderbauvorschriften und die öffentlichen Gestaltungspläne (§ 88 PBG-ZH). Je nach Gemeindeordnung kann das die Gemeindeversammlung, das Gemeindeparlament oder eine Urnenabstimmung sein.
- (63) Sondernutzungspläne in Form von Gestaltungsplänen müssen grundsätzlich die Rahmennutzungsplanung beachten. In gewissen Fällen ist jedoch eine Abweichung von der Bau- und Zonenordnung möglich. Das Ausmass dieser Abweichungen wird im Planungs- und Baugesetz nicht geregelt (vgl. § 80 Abs. 2 sowie § 83 Abs. 1 PBG-ZH). Dazu kann auf die detaillierte Übersicht im aktuellen PBG-Kommentar⁶⁹ verwiesen werden. Auf die Einzelheiten dieses Abweichungsrechts kommt es indessen anders als in anderen Kantonen bei ADT-Vorhaben im Kanton Zürich nicht an:
- (64) Für ADT-Vorhaben gilt eine Sonderregelung, die aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung „Chrüzlen“⁷⁰ entstanden ist: Erforderlich ist für Abbau- und Deponieeinrichtungen ein kantonaler oder regionaler Gestaltungsplan, den die kantonale Bauverwaltung erlässt (§ 44a in Verbindung mit § 84 Abs. 2 PBG-ZH)⁷¹. Der Gestaltungsplan erfordert eine Grundlage im kantonalen oder regionalen Richtplan. Die Regelung ist vergleichbar mit der bernischen kantonalen Überbauungsordnung – bloss dass dieser Weg in Zürich obligatorisch und in Bern fakultativ ist – d.h. weitgehend im planungspolitischen Ermessen des Kantons liegt.
- (65) Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass das *Zürcher Modell eine konsequente Kompetenzverlagerung auf die kantonale Ebene* vorsieht. Konsequenterweise deshalb, weil auch die Richtplanung dort angesiedelt ist. Weil im Gegensatz zum Kanton Bern nicht die Kantonsregierung, sondern der Kantonsrat (Kantonsparlament) für den kantonalen Richtplan zuständig ist, bleibt dennoch eine stufengerechte demokratische Legitimation erhalten. Dass das bei starkem Widerstand der lokalen Bevölkerung dennoch nicht immer zum Ziel führt, illustriert die ursprünglich geplante Vergrößerung des bestehenden Kiesabbaugebiets im Ustermer Wald⁷².

⁶⁹ FRITZSCHE, BÖSCH, WIPF, KUNZ: Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 1, Wädenswil 2019, S. 181.

⁷⁰ BGE 116 Ib 50 (Deponie Chrüzlen).

⁷¹ FRITZSCHE, BÖSCH, WIPF, KUNZ: Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 1, Wädenswil 2019, S. 187.

⁷² NZZ vom 23. August 2022: Kiesabbaugebiet endet als Planungsleiche – Kantonsrat befürwortet Kiesgrube im Ustermer Wald, doch die Stadt als Landeigentümerin verhindert sie.

65 Zwischenergebnis

- (66) Unter den vier neben Freiburg und Solothurn zusätzlich betrachteten Kantonen finden sich zwei – Aargau und Luzern – die eine mit dem Kanton Bern vergleichbare Regelung kennen. Bei ihnen liegen ADT-Nutzungspläne in der Kompetenz des formellen Gemeindegesetzgebers. Ihre Sondernutzungspläne sind zwar zum Teil in Kompetenz der Gemeindeexekutiven, jedoch kann mit diesen soweit ersichtlich kein ADT-Nutzungsplan festgesetzt werden, weil damit der Rahmennutzungsplan (baurechtliche Grundordnung, Zonenplan und Baureglement) geändert würde. In beiden Kantonen existiert wie in Bern eine – nicht immer rechtlich, aber doch politisch – subsidiäre Kompetenz des Kantons, Nutzungspläne für ADT-Anlagen festzusetzen. Dass dazu kommunale Planungsvorlagen gescheitert sein müssen, ist wie im Kanton Bern nicht Voraussetzung für ein Tätigwerden der kantonalen Planungsbehörde (vgl. vorstehend zur Frage der Subsidiarität Kapitel 45).
- (67) Im Kanton St. Gallen liegt zwar wie in den Kantonen Aargau und Luzern die Rahmen-nutzungsplanung in Kompetenz der Stimmberechtigten und Sondernutzungspläne müssen folglich bei wesentlichen Abweichungen vom Rahmennutzungsplan dem fakultativen Referendum unterstellt werden (vgl. die soeben geänderte Art. 36 Abs. 1 Bst. c PBG-SG: Kapitel 63). Indessen legt das Gesetz ausdrücklich fest, dass ADT-Sondernutzungspläne keine „materielle Zonenplanänderung“ bewirken und deshalb stets in Kompetenz der Gemeindeexekutive liegen. Diese Kompetenzzuweisung wird relativiert durch die Absicht, ADT-Anlagen von regionaler und kantonaler Bedeutung jeweils mit einem kantonalen Sondernutzungsplan festzusetzen. Im Ergebnis ist somit im Kanton St. Gallen eine Annäherung an die Regelung des Kantons Zürich festzustellen.
- (68) Im Kanton Zürich sind ADT-Sondernutzungspläne Sache des Kantons. Dazu steht das Instrument des kantonalen Gestaltungsplans zur Verfügung.

7 Modelle der Kompetenzverschiebung mit Skizze ihrer Besonderheiten

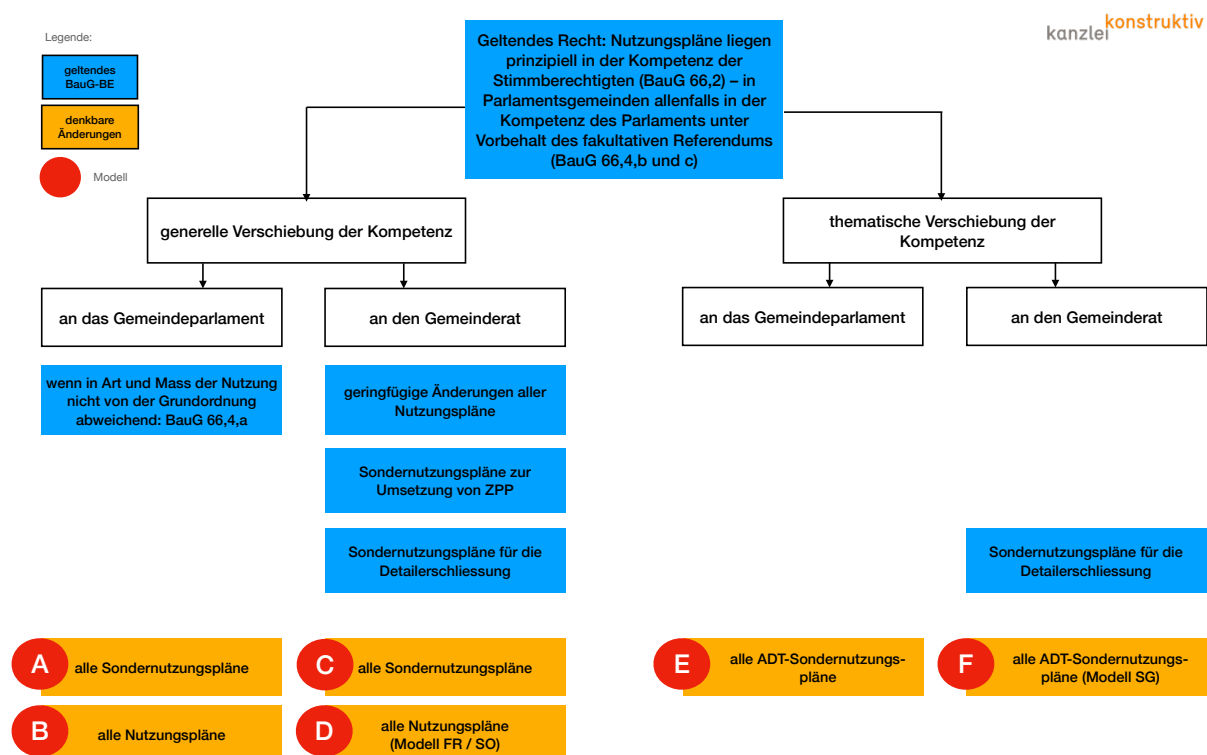
- (69) Die folgenden Modelle stellen den Versuch einer möglichst breiten Auslegeordnung dar. Wie im Folgenden gezeigt wird, vermögen nicht alle Kompetenzverschiebungen die vom Grossen Rat in der Planungserklärung Nr. 2 anvisierten Ziele zu erreichen. Es werden also nicht bloss die „interessantesten“ Modelle dargestellt.

71 Modelle einer horizontalen Kompetenzverschiebung

- (70) Horizontale Kompetenzverschiebung meint nach hier verstandener Lesart Varianten für die Zuweisung der Kompetenz zum Erlass von Nutzungsplänen im Sinne von Art. 14 RPG an unterschiedliche Gemeindeorgane. Gemeindeorgane sind nach Art. 10 Abs. 2 des Gemeindegesetzes (GG) soweit hier interessierend insbesondere der *Gemeinderat*, das *Gemeindeparlament* und die *Stimmberechtigten*.
- (71) Zu diskutieren sind im Vergleich zur aktuellen Regelung des Kantons Bern (vorstehend Kapitel 4) *Modelle mit genereller Verschiebung* – alle Nutzungspläne liegen in Kompetenz der Exekutive oder des Parlaments („Solothurner bzw. Freiburger Modell“). Als Alternative können die *Modelle mit punktueller bzw. auf ein Thema beschränkter Verschiebung* betrachtet werden – Nutzungspläne zu einem bestimmten Thema liegen in der Kompetenz der Exekutive oder des Parlaments (so anscheinend die Idee der GPK: vgl. vorstehend Kapitel 11 und die Regelung des Kantons St. Gallen in Kapitel 63).
- (72) Bei den Modellen mit punktueller Verschiebung der Kompetenz gibt es zwei Varianten: Verschiebung nach der Bedeutung des Nutzungsplans oder Verschiebung bezogen auf bestimmte Themen.
- (73) Die *aktuelle Regelung des bernischen BauG* geht in die erste Richtung: Nutzungspläne von geringerer Bedeutung (Detailerschliessungspläne, geringfügige Änderungen von Nutzungsplänen sowie Umsetzung von ZPP: vgl. vorstehend Kapitel 42) liegen in der Kompetenz der Exekutive. Zur gleichen Kategorie gehört die Möglichkeit, das Gemeindeparlament als abschliessend zuständig zu erklären für Sondernutzungspläne, die bezüglich Art und Mass der Nutzung nicht von der baurechtlichen Grundordnung abweichen (Art. 66 Abs. 4 Bst. a BauG). Als Kompetenzverschiebung bezüglich eines bestimmten Themas kann einzig die Zuständigkeit des Gemeinderates für den Erlass von Detailerschliessungsplänen gelten (Überbauungsordnungen, die nur die Festlegung von Anlagen der Detailerschliessung beinhalten: Art. 66 Abs. 3 BauG). Solche Detailerschliessungspläne können gleichzeitig auch als Nutzungspläne von untergeordneter Bedeutung betrachtet werden: Es geht bloss noch um die rationelle Baulanderschliessung durch die dafür zuständige Gemeinde (vgl. Art. 19 Abs. 2 RPG). Schliesslich bleibt der Kanton in der Verantwortung, dass die Gemeinden diese Pflicht tatsächlich erfüllen (Art. 32 Abs. 1 RPV)⁷³.

⁷³ Zur Erschliessungspflicht des Gemeinwesens: ALAIN GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2021, S. 134. ELOI JEANNERAT, Praxiskommentar RPG, Nutzungsplanung, Zürich 2016, Art. 19 Rz. 45.

- (74) Denkbar wäre schliesslich ein *Modell*, welches die Zuständigkeit für den Erlass von Nutzungsplänen der Regelung durch die einzelnen Gemeinden überlässt⁷⁴. Dies in Erweiterung der aktuellen Möglichkeit, ein allfälliges Gemeindeparlament für den Erlass von Nutzungsplänen zuständig zu erklären, welche in Art und Mass der Nutzung nicht von der Grundordnung abweichen. Ob unterschiedliche Zuständigkeiten für die Nutzungsplanung von Gemeinde zu Gemeinde wünschbar wären, erscheint aber fraglich. Es entstünde bezüglich Nutzungsplankompetenzen ein kleinräumiger Flickenteppich, der für die Bürgerinnen und Bürger schwer nachvollziehbar wäre. Föderalismus hat zwar notwendiger eine gewissen Rechtszersplitterung zur Folge. Die wichtigsten Zuständigkeitsfragen sollten indessen nach hier vertretener Auffassung kantonsweit einheitlich geregelt sein. Dieses Modell wird deshalb in der folgenden Diskussion nicht weiterverfolgt.
- (75) In der Übersicht lassen sich die naheliegenden Möglichkeiten horizontaler Kompetenzverschiebung beispielsweise wie folgt darstellen:



- (76) **Modelle A und B:** Hier würde der bernische Gesetzgeber in Parlamentsgemeinden die *Parlamente abschliessend zum Erlass von Sondernutzungsplänen bzw. von sämtli-*

⁷⁴ Zur Zurückhaltung des bernischen Gesetzgebers bei der Bestimmung der unübertragbaren Geschäfte der Stimmberechtigten: MÜLLER STEFAN, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Art. 9 Rz. 5 und Art. 23, Bern 1999.

chen Nutzungspläne ermächtigen. Dazu gehörte auch die baurechtliche Grundordnung. Die Zuständigkeit der Parlamente könnte auch auf Sondernutzungspläne beschränkt werden – die baurechtliche Grundordnung wäre dann ausgenommen (Aargauer und Luzerner Modell, vgl. vorstehend Kapitel 6). Es bedürfte dann einer Regelung, inwieweit diese Sondernutzungspläne die baurechtliche Grundordnung „materiell ändern“ dürfen. Weil nach bernischem Recht Sondernutzungspläne von der baurechtlichen Grundordnung abweichen dürfen, ginge diese Lösung weiter als die bisherige nach Art. 66 Abs. 4 Bst. a BauG. Als Variante könnte der bernische Gesetzgeber die Parlamentsgemeinden – wie heute – lediglich ermächtigen, eine solche Kompetenzordnung vorzusehen.

- (77) In den **Modellen C und D** gälte dasselbe für die Gemeindeexekutive. In diesen Modellen wäre nicht mehr der formelle Gesetzgeber⁷⁵ für die Nutzungsplanung zuständig. Das entspräche den Modellen der Kantone Freiburg bzw. Solothurn (vorstehend Kapitel 5). In weiteren Kantonen sind die Gemeindeexekutiven lediglich für Sondernutzungspläne zuständig. Das führt zum Problem, dass Regeln definiert werden müssen über die Zulässigkeit von Abweichungen von der baurechtlichen Grundordnung (vgl. dazu Kapitel 6). In den Kantonen Luzern und St. Gallen haben Gesetzgeber und Rechtsprechung diese Grenze für die Sondernutzungspläne mindestens ungefähr umschrieben („kommunale Sondernutzungspläne, die eine materielle Zonenplanänderung bewirken“, unterstehen dem fakultativen Referendum: Art. 36 Bst. c PGB-SG).
- (78) Im **Modell E** könnte ein allfälliges Gemeindeparlament thematisch beschränkt einzig ADT-Sondernutzungspläne erlassen, ohne sie dem fakultativen Referendum zu unterstellen. Das würde es erlauben, Teile der Nichtbauzone gestützt auf Richtplanfestsetzungen einer kommunalen Abbau- oder Deponiezone zuzuweisen.
- (79) Im **Modell F** gälte dasselbe für die Gemeindeexekutive. Dies ist gemäss Art. 36 Bst. c des II. Nachtrags zum PBG-SG vom 15. Juni 2022 die neue (und gleichzeitig alte) Regelung für den Kanton St. Gallen (siehe dazu vorstehend Kapitel 63).

⁷⁵ Vgl. zum Begriff des formellen Gesetzes auf Bundesebene: TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2014, § 13 Rz 3; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2021, Rz. 1575 ff.; nach bernischem Verfassungsrecht: WALTER KÄLIN, URS BOLZ (HRSG.): Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995 S. 129: Wo die Verfassung von Gesetz spricht, ist stets ein Gesetz in formellem Sinne gemeint.

72 Modelle einer vertikalen Kompetenzverschiebung

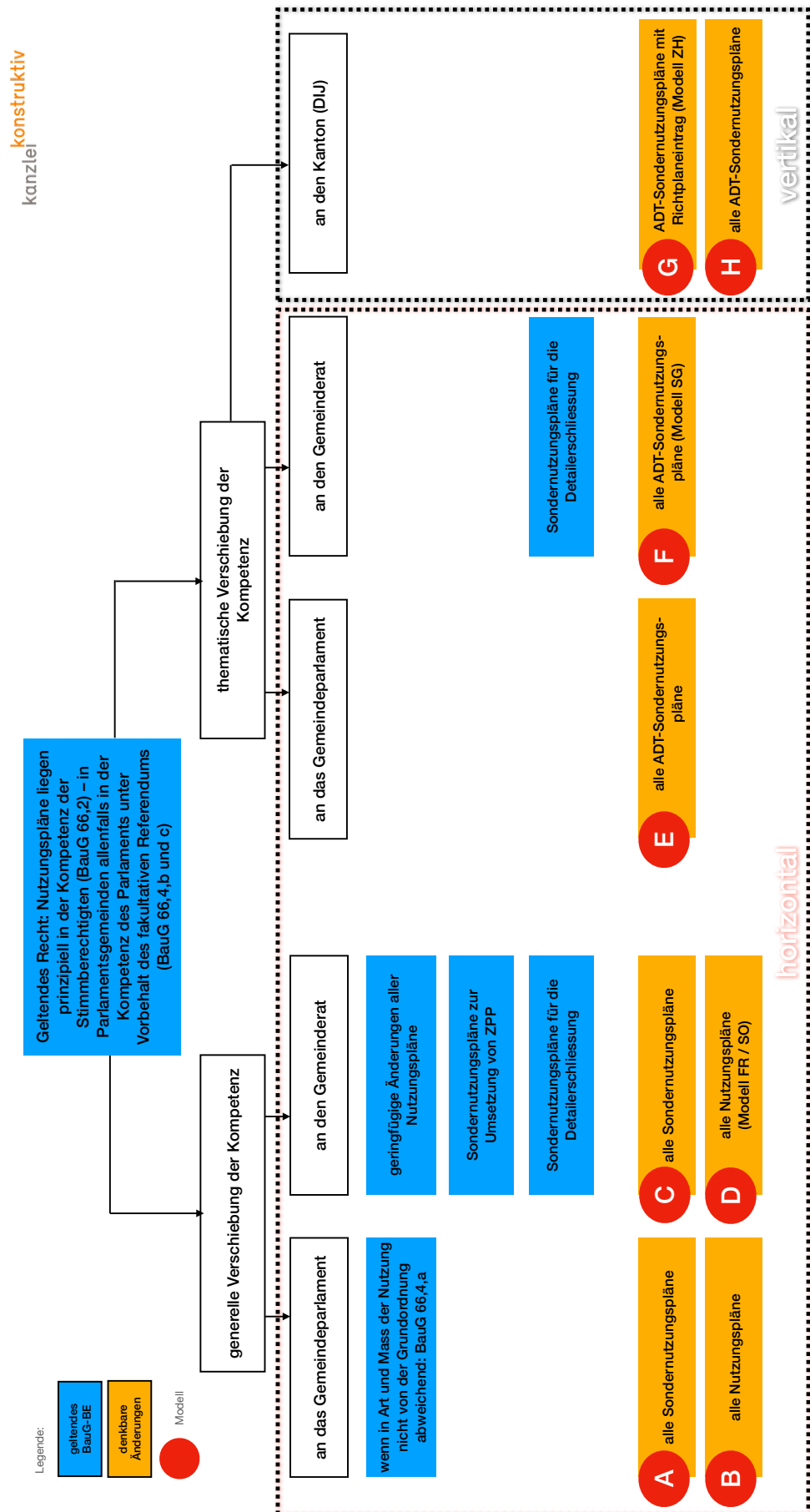
- (80) Unter vertikaler Kompetenzverschiebung wird hier die Verschiebung der Zuständigkeit zum Erlass von Nutzungsplänen im Sinne von Art. 14 RPG an eine überkommunale Behörde verstanden. Dies kann auf regionaler Ebene eine Regionalkonferenz und auf kantonaler Ebene eine kantonale Behörde sein.
- (81) Schon heute spielen der Kanton und auf regionaler Ebene die Regionalkonferenzen (bzw. andere Regionalplanungsorganisationen) eine wichtige Rolle in der ADT-Planung⁷⁶. Der Kanton erarbeitet die Grundlagen, legt die Planungsgrundsätze und die Handlungsmaximen im kantonalen Richtplan sowie im Sachplan ADT fest, während die Regionalkonferenzen (bzw. die anderen Regionalplanungsorganisationen) für die konkrete Standortplanung auf regionaler Richtplanebene zuständig sind. Diese Aufgabenteilung wurde von der GPK und vom Grossen Rat bei der Beratung des Controllingberichts als sachgerecht erachtet (vgl. vorstehend Kapitel 11)⁷⁷.
- (82) Die Möglichkeit zum Erlass regionaler und kantonaler Überbauungsordnungen existiert im Kanton Bern wie in den anderen Kantonen generell (vgl. vorne Kapitel 43 und 44). Solche Nutzungspläne müssen Überbauungsordnungen im Sinne von Art. 88 BauG sein und können von der baurechtlichen Grundordnung der betreffenden Gemeinde abweichen.
- (83) Wie vorne in den Kapiteln 43 und 44 dargelegt, gibt es zahlreiche Konstellationen, in denen die Regionalkonferenzen und der Kanton gestützt auf entsprechende Richtplangrundlagen den Erlass von regionalen bzw. kantonalen ADT-Überbauungsordnungen an sich ziehen können. Dass davon nur mit (wohl berechtigter) Zurückhaltung Gebrauch gemacht wird, hat politische Gründe und muss im vorliegenden Rechtsgutachten nicht diskutiert werden. Es genügt die Feststellung, dass der bernische Gesetzgeber ausreichende Rechtsgrundlagen für eine *vertikale Kompetenzverschiebung im Einzelfall* geschaffen hat. *Bloss für eine allgemeine bzw. umfassende Kompetenzverschiebung wie im Kanton Zürich bräuchte es eine Gesetzesänderung* (vgl. Kapitel 64).
- (84) Während die Kompetenz beim Kanton bei der DIJ liegt, sind in den Regionen die Regionalversammlungen unter Vorbehalt des fakultativen Referendums zuständig (Art.

⁷⁶ Kantonaler Sachplan ADT 2012 mit seinen Vorgaben für die nachgeordneten Planungsträger: <https://www.raumplanung.dij.be.ch/de/start/raumplanungsthemen/wirtschaft-und-energie/sachplan-abbau--deponie--transporte--adt-.html> (Zugriff: 24.8.2022).

⁷⁷ vgl. das Votum von Regierungsrätin Evi ALLEMANN im Tagblatt des Grossen Rates vom 22. März 2021 - Vormittag – S. 590.

98a Abs. 3). Es lässt sich somit sagen, dass auf regionaler Ebene die Stimmberechtigten, und auf kantonaler Ebene die Verwaltung (Departement) zuständig sind. Eine regionale Referendumsabstimmung ist allerdings relativ umständlich (vgl. Kapitel 42). Auch ist in praktischer Hinsicht die regionale Ebene schwerlich geeignet, um einer Mitgliedsgemeinde hoheitlich Lasten aufzuerlegen, zumal dies ohnehin nur in Regionalkonferenzen möglich wäre (vgl. vorstehend Kapitel 43). *Deshalb wird im folgenden unter dem Aspekt der vertikalen Kompetenzverschiebung einzig die Verschiebung zum Kanton betrachtet.*

- (85) Als **Modell G der vertikalen Kompetenzverschiebung** kann somit eines in Betracht gezogen werden, welches die *Nutzungsplanung für richtplanerisch festgesetzte Abbau- und Deponiestandorte gleich welcher Grösse generell dem Kanton überträgt* (Zürcher Modell: vgl. Kapitel 64). Von (gesamt)kantonaler Bedeutung könnten beispielsweise Anlagen sein, deren Einzugsbereich deutlich über die betroffene Region hinausreicht.
- (86) Ein **Modell H** würde demgegenüber *generell die Nutzungspläne mit ADT-Themen dem Kanton zuweisen* – dies unabhängig von Grösse, Bedeutung und Richtplaneintrag. Modell H hätte zur Folge, dass die kantonalen Behörden auch für kleine Anlagen von bloss lokaler Bedeutung zuständig wären.
- (87) Die Erweiterung der Grafik zu Kapitel 71 würde damit folgendes Bild zeigen:



73 Mischlösungen: horizontale und vertikale Kompetenzverschiebungen

- (88) Denkbar sind schliesslich Kombinationen von horizontaler und vertikaler Kompetenzverschiebung. Eine denkbare Mischlösung wäre das **Modell I**: So könnten Sondernutzungspläne für ADT-Anlagen, die im regionalen Richtplan festgesetzt sind, grundsätzlich in der Kompetenz des Kantons liegen (vgl. vorne Kapitel 72). Im Übrigen – also für die (wohl wenigen und rein lokalen) Anlagen ohne Richtplanfestsetzung – wären die Gemeinderäte für ADT-Nutzungspläne zuständig. Im Lichte von Art. 8 Abs. 2 RPG würde das heissen, dass Anlagen ohne „gewichtige Auswirkungen auf Raum und Umwelt“ von den Gemeinderäten nutzungsplanerisch festgesetzt würden. Das wäre eine Mischung aus den Modellen F und G. Diese Lösung dürfte aufgrund des II. Nachtrags zum PBG-SG im Kanton St. Gallen zum Zuge kommen (vgl. vorstehend Kapitel 63).
- (89) Damit sind zweifellos nicht alle denkbaren Mischlösungen aufgezählt. Die Modelle A bis I genügen nach hier vertretener Auffassung indessen, um die vom Grossen Rat gewünschte Auslegeordnung vorzunehmen.

8 Bewertung der Modelle

81 Bewertungsraster

- (90) Die vorstehend kurz skizzierten Modelle A bis I der horizontalen, vertikalen und gemischten Kompetenzverschiebung in der Nutzungsplanungszuständigkeit sollen im Folgenden bewertet werden.
- (91) Als Bewertungskriterien werden die folgenden Punkte vorgeschlagen:
- (a) *rechtliche Zulässigkeit*: Wie bereits dargelegt (Kapitel 3), gibt es nach der bisherigen Rechtsprechung keine bundesrechtlichen Normen, welche die Organisationshoheit der Kantone bei der Nutzungsplanung einschränken. Allenfalls setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 8 BV Grenzen in dem Sinne, dass es sachliche Gründe braucht, um einen bestimmten Bereich wie das Abbau- und Deponiewesen anders als andere Nutzungspläne zu behandeln (vgl. dazu die neueste Begründung dafür im Kanton St. Gallen: Kapitel 63). Einen übergeordnetes „Demokratieprinzip“ existiert dagegen in der schweizerischen Rechtsordnung wie vorne in Kapitel 32 dargelegt nicht. Ebenfalls wird davon ausgegangen, dass die bernische Kantonsverfassung einer umfassenden oder

punktuellen Delegation der Nutzungsplankompetenz an Gemeindeparlamente oder Gemeindeexekutiven nicht entgegenstünde (vgl. vorne Kapitel 41). Zudem wird hier die Auffassung vertreten, dass Art. 109 Abs. 2 KV einer im BauG präzise umschriebenen Delegation von Nutzungsplankompetenzen an den Kanton für ADT-Anlagen mit „gewichtigen Auswirkungen auf Raum- und Umwelt“ und folglich einer Richtplanpflicht (vgl. Art. 8 Abs. 2 RPG) nicht entgegenstünde⁷⁸.

- (2) *Verfahrenseffizienz*: Was raumplanerische Verfahrenseffizienz meint, ist nicht einfach zu sagen. Gemeint sein könnte ein schlankes, übersichtliches Nutzungsverfahren. Dazu setzt die bundesrechtliche Grundsatzgesetzgebung Leitplanken (vor allem bei der Mitwirkung und beim Rechtsschutz: vorstehend Kapitel 3). Wer zuständig ist für den Entscheid über einen Nutzungsplan, erscheint nach hier vertretener Auffassung nicht sehr wichtig für die Beurteilung der Verfahrenseffizienz: Ob eine Exekutive oder eine Legislative bzw. die Stimmberechtigten abschliessend entscheiden, ist weniger eine Frage der Verfahrenseffizienz, sondern vielmehr eine solche nach der gewünschten demokratischen Legitimation eines Entscheids: Ist die Stimmung in einer Gemeinde klar gegen ein ADT-Vorhaben, so dürften nicht nur die Stimmberechtigten, sondern auch die Gemeinderäte Nein sagen (vgl. dazu den Fall Eyacher Thierachern oder auch des Ustermer Waldes in Kapitel 64). In zeitlicher Hinsicht gilt lediglich, dass Urnenabstimmungen regelmässig etwas mehr Zeit brauchen als Exekutiventscheide. Gegenüber dem umfangreichen Vorverfahren für ein ADT-Projekt, also der Sammlung der Planungsgrundlagen, der Richtplanung einschliesslich einer ersten Umweltverträglichkeitsuntersuchung, der Partizipation und der Diskussion mit den wichtigen Bevölkerungsgruppen fällt der Zeitbedarf indessen nicht ins Gewicht. Ob eine vertikale Kompetenzverschiebung zum Kanton für effizientere Verfahren sorgen würde, lässt sich nach hier vertretener Auffassung ebenfalls nicht allgemein sagen: Solches wäre wohl bei einem Standort in einer kleinen Gemeinde ohne professionelle Verwaltung zu bejahen, dagegen nicht bei grösseren Gemeinden mit entsprechendem Verwaltungsapparat und der Möglichkeit, gezielt fachliche Unterstützung einzukaufen.

⁷⁸ ULRICH ZIMMERLI, in: KÄLIN/BOLZ (Hrsg.): Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1994, S. 204.

- (3) *demokratiepolitische Legitimität*⁷⁹ *des Entscheids*: Zu bewerten ist die Nachvollziehbarkeit und Akzeptanz einer bestimmten Entscheidzuständigkeit⁸⁰ im Lichte der gesamten Kompetenzordnung der bernischen Raumplanung: Wie sehr passt die Lösung ins bestehende räumliche Planungssystem wie z.B. die Aufgabenteilung zwischen Gemeinden, Regionen und Kanton sowie innerhalb der Gemeinde zwischen Stimmberechtigten und Legislativen bzw. Exekutive? *Das sind primär politische Fragen, die im vorliegenden Rechtsgutachten nur kurz skizziert dargestellt werden. Es ist Sache der politischen Behörden, hier ihre Wertungen vorzunehmen.*
- (4) *Rechtssetzungsbedarf*: Nicht detailliert diskutiert wird im Folgenden der Gesetzgebungsbedarf: Denn aufgrund von Kapitel 41 erscheint klar, dass eine Verschiebung der Nutzungsplankompetenz weg von den Stimmberechtigten einer ausführlichen *Delegationsnorm im BauG* bedürfte. Verfassungsrechtlich unzulässig wäre es, diese Verschiebung bloss auf der Ebene der BauV vorzunehmen.
- (5) *Verwaltungsorganisation*: Ebenfalls nicht detailliert diskutiert werden die Auswirkungen auf die Verwaltungsorganisation. Es liegt auf der Hand, dass horizontale Verschiebungen innerhalb der Gemeinden keine Auswirkungen hätten und dass eine stärkere Verschiebung zum Kanton dort zusätzliche Kapazitäten unbekannten Umfangs erfordern würden. Heute gibt es beim Kanton soweit bekannt keine Ressourcen für die Durchführung komplexer Nutzungsplanverfahren in Form kantonaler Überbauungsordnungen. Die entsprechenden Arbeiten müssten deshalb oft unter Kostenfolge verwaltungsextern in Auftrag gegeben werden. *Detailliert beziffern könnten das nur die betroffenen Amtsstellen.* Entsprechende Erfahrungen wurden etwa bei der kantonalen Überbauungsordnung Wässermatten gesammelt.

⁷⁹ Unter Legitimität wird hier das Vertrauen in die Rechtmässigkeit und Fairness von politischen Prozessen verstanden. Die Frage lautet: Wird ein raumplanerischer Entscheid angesichts seiner Entstehungsgeschichte und seines Zustandekommens als legitim, d.h. gerechtfertigt akzeptiert? Das ist zugegebenermassen stark vereinfacht. Vgl. zu den zahlreichen Facetten des Begriffs: online-Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Stichwort Legitimität, verfügbar unter: <https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Legitimität> (zuletzt besucht am 24.8.2022).

⁸⁰ Siehe zu den Vor- und Nachteilen einer direktdemokratischen Ordnung RUDOLF MUGGLI, Ist der Föderalismus an der Zersiedelung schuld? Pilotstudie und Thesen, Zürich 2014, Kapitel 5: Rolle der Demokratie in der Raumplanung.

82 Bewertung der Modelle A bis I

821 horizontale Kompetenzverschiebung (Modelle A bis F)

Modell A: Das Gemeindeparlament ist abschliessend für alle Sondernutzungspläne zuständig

- (92) Hier wird die *abschliessende Kompetenz zum Erlass von Sondernutzungsplänen* (Überbauungsordnungen) zum Gemeindeparlament verschoben. Ein fakultatives Referendum wie heute bei Änderungen bezüglich Art oder Mass der Nutzung gäbe es nicht.
- (93) Das wäre *rechtlich grundsätzlich zulässig*, ergäbe aber Probleme bei der Abgrenzung zur baurechtlichen Grundordnung. Wenn die baurechtliche Grundordnung von den Stimmberechtigten festgesetzt wird, darf ein Sondernutzungsplan des Parlaments diese Regelung nicht unterlaufen. Das BauG müsste deshalb den Abweichungsspielraum der Überbauungsordnungen eingrenzen (vgl. Kapitel 43 zum PBG-SG: keine „materielle Zonenplanänderung“). Das Ziel, die Festsetzung von Nutzungsplänen für ADT-Standorte zu erleichtern, würde damit kaum nicht erreicht, zumal nur wenige Gemeinden über ein Parlament verfügen.
- (94) Bezüglich *Verfahrenseffizienz* schneidet ein solches Modell lediglich deshalb etwas besser ab, weil eine Volksabstimmung entfielen. Die Möglichkeit, für die entscheidende Gemeindeversammlung oder Urnenabstimmung die Bevölkerung zu mobilisieren, würde wegfallen. Man kann darüber streiten, ob das „effizienter“ wäre (vgl. dazu die demokratiepolitischen Nachteile).
- (95) Eine solche Kompetenzdelegation könnte die *demokratiepolitische Legitimität der Nutzungsplanentscheide eher negativ beeinflussen*. Entscheidend wäre ferner, inwieweit die Sondernutzungspläne die baurechtliche Grundordnung, die ja in der Zuständigkeit der Stimmberechtigten bliebe, abändern könnten.

Modell B: Das Gemeindeparlament ist abschliessend für alle Nutzungspläne zuständig

- (96) Hier wird die *abschliessende Kompetenz zum Erlass aller Nutzungspläne* (baurechtliche Grundordnung und Überbauungsordnungen) zum Gemeindeparlament verschoben. Ein fakultatives Referendum wie heute gäbe es nicht.

- (97) Das wäre wohl ebenso wie das Modell A *rechtlich zulässig*. Abgrenzungsprobleme zur baurechtlichen Grundordnung gäbe es im Unterschied zum Modell A nicht.
- (98) Bezüglich *Verfahrenseffizienz* schneidet ein solches Modell wie Modell A insofern etwas besser ab, als eine Volksabstimmung bei allen Nutzungsplänen entfielen. Die Möglichkeit, für die entscheidende Gemeindeversammlung oder Urnenabstimmung die Bevölkerung zu mobilisieren, würde wegfallen; weil das Parlament abschliessend entscheidet. Man kann darüber streiten, ob das „effizienter“ wäre. Die Einflussnahme müsste sich einfach ans Gemeindeparlament richten (vgl. dazu die demokratiepolitischen Nachteile bei Kapitel 81).
- (99) Auch Modell B würde die *demokratiepolitische Legitimität der Nutzungsplanung wie Modell A eher negativ beeinflussen*. Die Bevölkerung könnte gegen eine missliebige Ortsplanung nur noch mit Planungsinitiativen reagieren – wobei auch dann das Parlament über die Initiative entscheiden würde. Immerhin bliebe eine indirekte demokratische Legitimation in Form der Proporzwahl des Parlaments gewährleistet. Die Demokratie in der Nutzungsplanung wäre nicht mehr eine direkte, sondern eine repräsentative.

Modell C: Die Gemeindeexekutive ist abschliessend für alle Sondernutzungspläne zuständig

- (100) Hier wird die abschliessende Kompetenz zum *Erlass aller Sondernutzungspläne* (Überbauungsordnungen) zur Gemeindexekutive verschoben. Es gibt weder Initiative noch Referendum. Das entspricht einer in den Schweizer Kantonen verbreiteten Regelung (z.B. AG, SG, in gewisser Hinsicht auch LU und ZH).
- (101) Das wäre wohl aus Sicht des Bundesrechts und der Kantonsverfassung (vorstehend Kapitel 3 und 41) *rechtlich grundsätzlich zulässig*, ergäbe aber wie bereits bei Modell A erwähnt Probleme bei der Abgrenzung zur baurechtlichen Grundordnung. Denn wenn die baurechtliche Grundordnung von den Stimmberechtigten festgesetzt wird, darf ein Sondernutzungsplan diese Regelung nicht unterlaufen bzw. „materiell ändern“. Das BauG müsste deshalb den Abweichungsspielraum der Überbauungsordnungen eingrenzen. Das Ziel, die Festsetzung von Nutzungsplänen für ADT-Standorte zu erleichtern, würde damit wohl nicht erreicht.
- (102) Bezüglich *Verfahrenseffizienz* schneidet ein solches Modell deshalb noch etwas besser als Modell A ab, als sowohl ein Parlamentsbeschluss (in Parlamentsgemeinden) als auch eine Volksabstimmung entfielen. Die Möglichkeit, für die entscheidende Gemein-

deversammlung oder Urnenabstimmung die Bevölkerung gegen missliebige ADT-Projekte zu mobilisieren, würde wegfallen. Man kann darüber streiten, ob das „effizienter“ wäre, weil ja auch eine Einflussnahme auf die Gemeindeexekutive möglich bliebe. .

- (103) Eine solche Kompetenzdelegation würde die *demokratiepolitische Legitimität der Sondernutzungspläne negativ beeinflussen*. Mitentscheidend bei der Bewertung wäre, inwieweit die Sondernutzungspläne die baurechtliche Grundordnung, die ja in der Zuständigkeit der Stimmberechtigten bliebe, abändern könnten. Die Kompetenz des Gemeinderates wäre nicht mehr wie heute im Kanton Bern auf Sondernutzungspläne von untergeordneter Bedeutung beschränkt (vgl. vorstehend Kapitel 42).

Modell D: Die Gemeindeexekutive ist abschliessend für alle Nutzungspläne zuständig

- (104) Hier wird die abschliessende Kompetenz zum *Erlass aller Nutzungspläne* (baurechtliche Grundordnung und Überbauungsordnungen) zur Gemeindeexekutive verschoben. Eine Mitsprache des Parlaments und ein fakultatives Referendum wie heute gäbe es nicht. Das entspricht der aktuellen Kompetenzordnung in den Kantonen Freiburg und Solothurn.
- (105) Das wäre wohl ebenso wie das Modell C *rechtlich zulässig*, obwohl es dazu noch keine wirkliche Klarheit zu geben scheint (vgl. vorne die Ausführungen in Kapitel 5 zu den Kantonen Freiburg und Solothurn). Abgrenzungsprobleme zur baurechtlichen Grundordnung gäbe es wie bei Modell B und anders als beim Modell C nicht.
- (106) Bezüglich *Verfahrenseffizienz* schneidet ein solches Modell noch deutlicher als Modell C deshalb etwas besser ab, als sowohl ein Parlamentsbeschluss (in Parlamentsgemeinden) als auch eine Volksabstimmung entfielen. Die Möglichkeit, für die entscheidende Gemeindeversammlung oder Urnenabstimmung die Bevölkerung gegen missliebige ADT-Projekte zu mobilisieren, würde auch hier wegfallen. Man kann darüber streiten, ob das „effizienter“ wäre, denn je nach Zusammensetzung können auch Exekutiven durch politische Streitfragen blockiert werden.
- (107) Eine solche Kompetenzdelegation würde die *demokratiepolitische Legitimität der gesamten Nutzungsplanung klar negativ beeinflussen*; denn das Entscheidungsrecht der Stimmberechtigten wie auch der Parlamente in der „Ortsplanung“ entfielen vollständig. Ob ein vorgeschalteter „Richtplan“ bzw. ein „Leitbild“ dies ausgleichen könnte, erscheint zweifelhaft, solange die Stimmberechtigten keine die Exekutive bindenden Beschlüsse fassen können (vgl. dazu das Beispiel des Kantons Solothurn in Kapitel 52).

Das Modell D wäre wohl noch stärker als Modell C mit einem entscheidenden „Kulturwandel“ in den bernischen Ortsplanungen verbunden: Die Stimmberechtigten würden sich nicht mehr mit der Ortsplanung befassen, da sie nicht mitentscheiden können – und zwar nicht einmal bei der baurechtlichen Grundordnung, also der räumlichen „Ortsverfassung“. Das könnte in der Konsequenz die politischen Auseinandersetzungen noch mehr als bisher ins Rechtsmittelverfahren verlagern. Solches ist schon deshalb anzunehmen, weil die Annahme einer Nutzungsplanung nach durchgeführtem Abstimmungskampf in der Regel die Legitimität des Beschlusses erhöht und damit nach traditioneller Auffassung die Neigung zum Ergreifen von Rechtsmitteln dämpft.

Modell E: Das Gemeindeparlament ist abschliessend für alle ADT-Sondernutzungspläne zuständig

- (108) Hier wird die abschliessende Kompetenz zum Erlass von ADT-Sondernutzungsplänen (Überbauungsordnungen) zum Gemeindeparlament verschoben. Ein fakultatives Referendum wie heute gäbe es nicht. Die Delegation wäre also punktuell bzw. thematisch eingegrenzt.
- (109) Ob das *rechtlich zulässig wäre, erscheint nach hier vertretener Auffassung zweifelhaft*: Es fehlen gewichtige Gründe, um nur gerade ein Thema der Nutzungsplanung der Kompetenz der Stimmberechtigten zu entziehen. Es entstünde der Eindruck, dass die Kompetenzen der Stimmberechtigten im Interesse einer bestimmten Branche bzw. eines bestimmten ökonomischen Interesses eingeschränkt werden. Wie beim Modell A müsste zudem klar festgehalten werden, wie das Verhältnis solcher ADT-Sondernutzungspläne zur baurechtlichen Grundordnung ist: Nach hier vertretener Auffassung weichen ADT-Sondernutzungspläne jedenfalls ausserhalb der Bauzonen notwendigerweise von der baurechtlichen Grundordnung ab, weil sie eine intensive Bodennutzung im Überbauungsplanperimeter definieren. Die Argumentation des Kantons St. Gallen, ADT-Nutzungspläne seien bloss eine temporäre Nutzungsplanänderung, mag zwar zutreffen, doch können die Zeiträume für die Existenz solcher Anlagen derart gross sein, dass kaum von einer bloss vorübergehenden Zonenplanänderung (bzw. einer fehlenden „materiellen Zonenplanänderung“: Art. 36 Bst. b PBG-SG) ausgegangen werden kann. Auch die in St. Gallen angeführte Analogie zur Mehrwertabgabe erscheint aus mehreren Gründen wenig stichhaltig: So geht es etwa in Art. 5 Abs. 1^{bis} 2. Satz RPG bloss um eine Mindestvorschrift des Bundes an die Adresse der kantonalen Gesetzgeber im Bereich des Mehrwertausgleichs. Zudem sind die Themen völlig verschieden: Während beim Mehrwertausgleich einmalige Abgaben bezahlt werden,

welche bei befristeten Einzonungen unter Umständen zurückbezahlt werden müssten, geht es bei der Nutzungsplanungskompetenz um die (politische) Frage, welches Gemeindeorgan zuständig sein soll für den Beschluss über weitreichende Veränderungen des Lebensraumes, die selten oder doch erst nach mehreren Jahrzehnten verschwinden dürften. Mit der St. Galler Lösung wird vielmehr deutlich, dass die Nutzungsplanung für ein bestimmtes Thema den kommunalen Stimmberechtigten entzogen werden soll. Solches kommt zwar auch in anderen Bereichen vor, doch handelt es sich dort durchwegs um Nutzungspläne übergeordneter Staatsebenen: Kantonale Überbauungsordnungen, kantonale Strassen- und Wasserbaupläne, bundesrechtliche Plangenehmigungsverfahren für Eisenbahnen, Nationalstrassen, Seilbahnen, Luftfahrtanlagen, Militäranlagen, Asyleinrichtungen und dergleichen.

- (110) Bezüglich *Verfahrenseffizienz* schneidet ein solches Modell deshalb etwas besser ab, weil eine Volksabstimmung entfielen. Die Möglichkeit, für die entscheidende Gemeindeversammlung oder Urnenabstimmung die Bevölkerung zu mobilisieren, würde wegfallen. Man kann wie bei den vorstehenden Modellen diskutieren, ob das „effizienter“ wäre.
- (111) Eine solche Kompetenzdelegation würde die *demokratiepolitische Legitimität* der ADT-Sondernutzungspläne klar negativ beeinflussen. Es wäre schwer vermittelbar, weshalb die Stimmberechtigten in der Ortsplanung dann ausgeschlossen sind, wenn es um ADT-Sondernutzungspläne geht. Man könnte immerhin die Meinung vertreten, es sei noch besser, wenn das Gemeindeparlament abschliessend eine ADT-Sondernutzungsplan erlässt als wenn dies der Kanton über die Gemeinde hinweg beschliesst; denn das Parlament ist immerhin vom Gemeindesouverän gewählt.

Modell F: Die Gemeindeexekutive ist abschliessend für alle ADT-Sondernutzungspläne zuständig

- (112) Hier wird die abschliessende Kompetenz zum Erlass aller ADT-Sondernutzungspläne zur Gemeindeexekutive verschoben. Eine Mitsprache eines (allfälligen) Parlaments und ein fakultatives Referendum wie heute gäbe es nicht. Diese Kompetenzregelung kennt der Kanton St. Gallen (vorstehend Kapitel 63). Dasselbe galt übrigens schon unter dem früheren St. Galler Baugesetz („Deponiepläne“). Nach einigen Jahren Unklarheit ist dieser Kanton wieder zu einer solchen Lösung zurückgekehrt.
- (113) Die *rechtliche Zulässigkeit* beurteilt sich wie beim Modell E: Es fehlen wie dort dargelegt gewichtige Gründe, um nur gerade ein Thema der Nutzungsplanung der Kompe-

tenz der Stimmberechtigten und des (allfälligen) Parlaments zu entziehen. Das Argument – ADT-Nutzungspläne umfassten wegen der Rekultivierungspflicht nur eine vorübergehende Änderung der baurechtlichen Grundordnung und seien deshalb von untergeordneter Bedeutung, ist nach hier vertretener Auffassung kaum stichhaltig. Es kann dazu auf die Überlegungen zu Modell E verwiesen werden. Wie beim Modell A müsste zudem klar festgehalten werden, wie das Verhältnis solcher ADT-Sondernutzungspläne zur baurechtlichen Grundordnung ist: Weil nach hier vertretener Auffassung ADT-Sondernutzungspläne jedenfalls ausserhalb der Bauzonen notwendigerweise von der baurechtlichen Grundordnung abweichen, müsste eine Lösung wie im Kanton St. Gallen getroffen werden: Das Gesetz erklärt im Sinne einer Legaldefinition ausdrücklich, dass alle ADT-Sondernutzungspläne keine „materielle Zonenplanänderung“ bewirken (Art. 36 Bst. b Satz 2 PBG-SG).

- (114) Bezüglich *Verfahrenseffizienz* schneidet ein solches Modell gleich wie das Modell D deshalb besser ab, als sowohl ein Parlamentsbeschluss (in Parlamentsgemeinden) als auch eine Volksabstimmung entfielen. Die Möglichkeit, für die entscheidende Gemeindeversammlung oder Urnenabstimmung die Bevölkerung gegen missliebige ADT-Projekte zu mobilisieren, würde auch hier wegfallen.
- (115) Eine solche Kompetenzdelegation würde die *demokratiepolitische Legitimität der ADT-Sondernutzungspläne noch klarer als bei Modell F negativ beeinflussen*. Es wäre schwer vermittelbar, weshalb die Stimmberechtigten in der Ortsplanung gerade dann ausgeschlossen sind, wenn es um ADT-Sondernutzungspläne mit ihren oft schwerwiegenden Auswirkungen auf Raum und Umwelt geht.

822 vertikale Kompetenzverschiebung: Modelle G und H

Modell G: Der Kanton ist abschliessend für die richtplanmässig festgesetzten ADT-Sondernutzungspläne zuständig

- (116) In diesem Modell würde die DIJ *sämtliche in den Richtplänen ADT festgesetzten ADT-Standorte* mit kantonalen Überbauungsordnungen umsetzen. Den Gemeinden blieben noch ADT-Vorhaben ohne Richtplanvorbehalt, d.h. ohne „gewichtige Auswirkungen auf Raum und Umwelt“ (Art. 8 Abs. 2 RPG). Die Zuweisung an den Kanton müsste der kantonale Richtplan vornehmen (vgl. dazu das Massnahmenblatt C_15 des aktuellen kantonalen Richtplans).

- (117) Das wäre wie bereits erwähnt *rechtlich zulässig*. Art. 109 Abs. 1 KV gewährleistet den Gemeinden die Autonomie nur im Umfang des kantonalen Rechts – sachlich begründete kantonale bzw. regionale Zuständigkeiten sind also möglich. Sachlich begründet würde die abschliessende kantonale oder regionale Nutzungsplanungskompetenz für richtplanmässig festgesetzte ADT-Anlagen durch den kantonalen bzw. regionalen Koordinationsbedarf. Deshalb steht einer solchen vertikalen Kompetenzverschiebung auch Art. 109 Abs. 2 KV nicht entgegen, wonach das kantonale Recht den Gemeinden einen möglichst weiten Handlungsspielraum zu gewähren hat. Diese Vorschrift würde dagegen wohl einer generellen Verlagerung *aller* ADT-Nutzungsplanungen zum Kanton entgegenstehen. Die Nutzungsplanung mit bloss lokaler Relevanz muss also verfassungsrechtlich gesehen bei den Gemeinden verbleiben.
- (118) Bezüglich *Verfahrenseffizienz fällt die Beurteilung uneindeutig aus*: Das Modell G schneidet nicht unbedingt besser ab, weil die Kantonsverwaltung weniger nah bei der Standortbevölkerung ist und deshalb unter Umständen mehr Mühe bei der lokalen Implementierung der Überbauungsordnung hat als Gemeindebehörden. Dem steht der Vorteil gegenüber, dass der Gemeinde kein Vetorecht mehr zusteht, weil weder die Stimmberechtigten noch das Gemeindeparlament oder die Gemeindexekutive entscheidungszuständig sind. Ihre Argumente fliessen zwar ein (Mitwirkung, Zusammenarbeit usw.), sind jedoch rechtlich nicht entscheidend. Dieses fehlende kommunale Vetorecht kann das Verfahren beschleunigen, muss es aber nicht. Hinzu kommt, dass sich die Auseinandersetzungen vermehrt auf den Rechtsmittelweg verlagern könnten. Möglich sind Rechtsmittel der besonders betroffenen Gemeinden gegen das Vorhaben bereits auf Richtplanstufe⁸¹ und später auch auf der Nutzungsplanebene.
- (119) Aus Sicht der *demokratiepolitischen Legitimität* wäre das Modell G nach hier vertretener Auffassung deshalb nicht negativ zu bewerten, weil die Zuständigkeit nur auf die kantonale oder regionale Ebene gehoben wird, falls das Anliegen ein kantonales oder regionales ist. Das erscheint nachvollziehbar und legitim: Das Modell kommt ja auch bei zahlreichen anderen Planerlassverfahren des Bundes und des Kantons zur Anwendung (z.B. Kantonsstrassenpläne). Erhöht werden kann die Legitimität durch eine enge Zusammenarbeit der zuständigen Stelle mit den Gemeinden – was mehr sein muss als eine bloss Anheörung oder Mitwirkung. Dass das Vetorecht der Gemeinde entfiel, kann natürlich aus politischer Sicht als negativ gewertet werden: Die Gemein-

⁸¹ Beispiele: BGE 1C_687/2020 vom 13. Januar 2022 (Kt Zug, kantonaler Richtplan, Kiesabbaugebiet, planungspolitisches Ermessen). BGE 147 I 433 vom 4. Februar 2021 (Deponie Tägernauer Holz).

deautonomie würde im gesamtkantonalen bzw. regionalen Interesse in vergleichbarer Weise wie bei Kantonsstrassen zurückgestuft.

Modell H: Der Kanton ist abschliessend für alle ADT-Sondernutzungspläne zuständig

- (120) Hier entfielen die kommunale Kompetenz auch für rein lokale, nicht im Richtplan ADT festgesetzte ADT-Anlagen. Es wäre deshalb noch etwas zentralistischer als das Modell G.
- (121) Es erscheint *rechtlich fraglich*, ob eine solche umfassende ADT-Kompetenz der überkommunalen Ebene mit Art. 109 Abs. 2 KV vereinbar ist (vgl. Kapitel 41).
- (122) Bezüglich *Verfahrenseffizienz* fällt die Beurteilung schlechter aus als beim Modell G: Auch rein lokale Anlagen würden vom Kanton nutzungsplanerisch umgesetzt. Das erscheint nicht effizient.
- (123) Auch aus Sicht der *demokratiepolitischen Legitimität* schneidet das Modell H jedenfalls schlechter als das Modell G ab. Wenn nachvollziehbar erscheint, dass Anlagen von kantonaler oder regionaler Bedeutung in der Kompetenz überkommunaler Behörden sind, so gilt das andererseits nicht für die kleineren Anlagen ohne gewichtige Auswirkungen auf Raum und Umwelt.

823 gemischte Kompetenzverschiebung: Modell I

Modell I: Gemische Zuständigkeit für ADT-Sondernutzungspläne: Kanton und Gemeindeexekutive

- (124) Hier würden die auf der Ebene des kantonalen Richtplans⁸² festgesetzten ADT-Standorte vom Kanton mit Überbauungsordnungen festgesetzt. Die übrigen Standorte gemäss den regionalen Abbau- und Deponierichtplänen würden dagegen von den Gemeindeexekutiven nutzungsplanerisch umgesetzt. Das Modell stellt eine Mischung aus den Modellen F und G dar.
- (125) Auch dieses Modell wäre *rechtlich fragwürdig*, weil die abschliessende Zuständigkeit der Gemeindeexekutive für ADT-Überbauungsordnungen ohne kantonale Bedeutung sachlich schwer begründbar ist (vgl. dazu Modell F). Die Regelung wäre indessen weniger problematisch als beim Modell F, weil sich die Zuständigkeit der Gemeindeexe-

⁸² Zur Zeit werden nur Abbau- und Deponievorhaben im kantonalen Richtplan aufgeführt, welche Bundesinteressen oder die Interessen von Nachbarkantonen berühren: Kantonaler Richtplan 2030, Massnahme C_14 und C_15.

kutive auf Anlagen ohne gewichtige Auswirkungen auf Raum und Umwelt im Sinne von Art. 8 Abs. 2 RPG beschränken würde.

- (126) Für die *Verfahrenseffizienz* gilt das zu den Modellen F und G Gesagte: ADT-Überbauungsordnungen von kantonaler Bedeutung und damit im kantonalen Richtplan als solche bezeichneten liegen in Kompetenz der überkommunalen Ebene. Das hat die beim Modell G genannten Vor- und Nachteile, führt aber wohl zur einfacheren Realisierbarkeit dieser Anlagen. Die Zuständigkeit der Gemeindeexekutive für die übrigen ADT-Überbauungsordnungen würde die Realisierbarkeit in gewissen Konstellationen ebenfalls fördern, sofern sich der Gemeinderat nicht von der wahrnehmbaren Stimmung in der Gemeindebevölkerung leiten lässt. Es gilt das zum Modell F Gesagte.
- (127) Bezüglich der *demokratiepolitischen Legitimität* wäre die Kompetenzverlagerung für kantonal bedeutsame ADT-Überbauungsordnungen positiv zu werten. Weniger positiv fällt nach hier vertretener Auffassung die Bewertung der Elemente des Modells F aus: Die Zuständigkeit der Gemeindeexekutive für die ADT-Überbauungsordnungen ohne gewichtige Auswirkungen auf Raum und Umwelt lässt sich vor den Stimmberechtigten der Gemeinde nur schwer sachlich begründen. Es gilt das zum Modell F vorstehend Gesagte.

824 Rekapitulation der Bewertung

- (128) In einer tabellarischen Zusammenfassung präsentiert sich die Bewertung wie folgt:

* Die Auswirkungen auf die Verwaltungsorganisation können vom Autor nicht abgeschätzt werden.

** Es handelt sich um politische Fragen, die von Regierung und Parlament zu beurteilen sind. Hier werden nur Vorschläge gemacht.

Bewertungskriterium = Kap. 81		rechtliche Beurteilung	Verfahrenseffizienz	demokratiepolitische Legitimität**	Gesetzgebungsbedarf	Verwaltungsorganisation*
Modell = Kap. 7						
horizontale Kompetenzverschiebung	A: Das Gemeindeparlament ist abschliessend für alle Sondernutzungspläne zuständig > Rz. 92	möglich	fraglich	fraglich	Änderung BauG, Abweichungsregeln bezüglich Grundordnung nötig	unverändert
	B: Das Gemeindeparlament ist abschliessend für alle Nutzungspläne zuständig > Rz. 96	möglich	fraglich	fraglich	Änderung BauG	unverändert

Bewertungskriterium = Kap. 81		rechtliche Beurteilung	Verfahrenseffizienz	demokratiopolitische Legitimität**	Gesetzgebungsbedarf	Verwaltungsorganisation*
Modell = Kap. 7						
	C: Die Gemeindeexekutive ist abschliessend für alle Sondernutzungspläne zuständig > Rz. 100	möglich	fraglich	negativ	Änderung BauG, Abweichungsregeln bezüglich Grundordnung nötig	unverändert
	D: Die Gemeindeexekutive ist abschliessend für alle Nutzungspläne zuständig > Rz. 104	möglich	positiv	klar negativ	Änderung BauG	unverändert
	E: Das Gemeindeparlament ist abschliessend für alle ADT-Sondernutzungspläne zuständig > Rz. 108	fraglich	fraglich	negativ	Änderung BauG, Abweichungsregeln bezüglich Grundordnung nötig	unverändert
	F: Die Gemeindeexekutive ist abschliessend für alle ADT-Sondernutzungspläne zuständig > Rz. 112	fraglich	positiv	klar negativ	Änderung BauG, Abweichungsregeln bezüglich Grundordnung nötig	unverändert
vertikale Kompetenzverschiebung	G: Der Kanton ist abschliessend für alle richtplanmässig festgesetzten ADT-Sondernutzungspläne zuständig > Rz. 116	möglich	positiv	neutral	Änderung BauG	Aufstockung der Kapazitäten beim Kanton
	H: Der Kanton ist abschliessend für alle ADT-Sondernutzungspläne zuständig > Rz. 120	fraglich	negativ	klar negativ	Änderung BauG	Aufstockung der Kapazitäten beim Kanton
gemischte Kompetenzverschiebung	I: Gemische Zuständigkeit für ADT-Sondernutzungspläne: Kanton und Gemeindeexekutive > Rz. 124	fraglich	positiv	fraglich	Änderung BauG	Aufstockung der Kapazitäten beim Kanton

9 Antworten auf die Fragen des AGR

(129) *Darstellung von Modellen für die Verschiebung der Nutzungsplankompetenz im Bereich ADT*

a) *innerhalb der kommunalen Ebene (horizontale Kompetenzverschiebung von der kommunalen Legislative an die Exekutive)*

b) *zwischen der kommunalen und der kantonalen Ebene (vertikale Kompetenzverschiebung an den Kanton).*

(130) Die Modelle A bis F zeigen Möglichkeiten einer horizontalen Kompetenzverschiebung sowie ihre Vor- und Nachteile auf. Nach hier vertretener Auffassung (vgl. Kapitel 824 Rekapitulation) weist kein Modell gesamthaft gesehen entscheidende Vorteile gegenüber dem Status quo auf. Das Modell D verlagert die Kompetenz für sämtliche Nutzungspläne zu den Gemeindeexekutiven, was den althergebrachten Regelungen der Kantone Freiburg und Solothurn entspricht. Modell F kennt neuerdings wieder der Kanton St. Gallen: Die Gemeindeexekutiven sind für alle ADT-Sondernutzungspläne zuständig. Die Begründung dafür liegt im Umstand, dass Abbau- und Deponieeinrichtungen bloss vorübergehender Natur seien, weil sie wieder aufgefüllt und renaturiert werden müssten. Längerfristig geplant ist im Kt. St. Gallen indessen eher das Modell I mit einer Kantonalisierung der ADT-Sondernutzungspläne von mindestens regionaler Bedeutung.

(131) Die Modelle G und H zeigen mögliche vertikale Kompetenzverschiebungen, das Modell I dagegen eine Variante von vielen denkbaren gemischten Kompetenzverschiebungen. Nach hier vertretener Auffassung wäre ein Modell G, welches den Kanton als allein zuständig für die richtplanmässig festgesetzte ADT-Nutzungsplanung erklärt, und im Übrigen die Zuständigkeiten bei den Gemeinden belässt, dem Status quo ebenbürtig. Der Kanton müsste dann nicht zur „Ersatzvornahme“ schreiten, wenn eine Gemeinde Nein gesagt hat. Das läge nahe beim Modell des Kantons Zürich (vgl. Kapitel 64).

(132) *Darstellung der rechtlichen Zulässigkeit/Machbarkeit und der organisatorischen Auswirkungen einer horizontalen bzw. vertikalen Kompetenzverschiebung (insbesondere Skizzieren des allfälligen Gesetzgebungsbedarfs).*

(133) Bei der *rechtlichen Zulässigkeit* fällt auf, dass isoliert auf ADT-Themen beschränkte horizontale Kompetenzverschiebungen kaum sachlich zu begründen sein dürften, weil

die unterschiedliche Behandlung von ADT-Anlagen etwa im Vergleich zu anderen Infrastrukturbauten nicht nachvollziehbar ist. Ob die Begründung des Kantons St. Gallen haltbar ist, sämtliche ADT-Anlagen bewirkten bloss vorübergehende Änderungen der baurechtlichen Grundordnung, erscheint nach hier vertretener Auffassung fraglich und dürfte möglicherweise noch die Gerichte beschäftigen.

- (134) Rechtlich möglich, dafür politisch wohl heikler wäre eine gegenüber heute ausgeweitete Verschiebung der Nutzungsplankompetenz zu den Gemeindeexekutiven (vgl. Kapitel 42). Dies liefe indessen auf einen grundlegenden Kulturwandel in Ortsplanungsfragen hinaus.
- (135) Eine vertikale Kompetenzverschiebung ist somit rechtlich möglich – sie erscheint indessen unnötig, weil diese Möglichkeit heute jedenfalls im Einzelfall schon besteht. Die Modelle einer weitergehenden vertikalen Kompetenzverschiebung hin zur Regelung des Kantons Zürich (vgl. Kapitel 44) dürften deshalb nicht im Vordergrund stehen. Dies scheint auch der Grosse Rat in seinen Planungserklärungen so gesehen zu haben.
- (136) Die „*Machbarkeit*“ eines bestimmten Modells ist nach hier vertretener Lesart das Resultat einer politischen Gesamtabwägung, welche Regierung und Parlament vornehmen müssen.
- (137) Beim *Gesetzgebungsbedarf* ist klar, dass das BauG in allen Fällen von Kompetenzverschiebung geändert werden müsste, denn dieses regelt die Nutzungsplanzuständigkeiten im Kanton Bern (vgl. Kapitel 4). Das wäre – politische Akzeptanz vorausgesetzt – keine hohe Hürde.
- (138) Die *organisatorischen Auswirkungen* einer horizontalen Kompetenzverschiebung sind minimal: Es entfallen je nach Lösung gegenüber heute Gemeindeversammlungen und Urnenabstimmungen.
- (139) Bei den Modellen einer vertikalen Kompetenzverschiebung müssten die Personal- und Finanzressourcen beim Kanton (DIJ bzw. BVD) aufgestockt werden. Diesen Bedarf zu quantifizieren, ist dem Autor dieses Gutachtens nicht möglich.
- (140) ***Rechtsvergleiche der Nutzungsplanzuständigkeiten im Bereich ADT in ausgewählten Kantonen***
- (141) Darstellt sind in den Kapiteln 5 und 6 die unterschiedlichen Nutzungsplanzuständigkeiten für die Kantone FR und SO (Kapitel 5) sowie AG, LU, SG und ZH (Kapitel 6). Dabei fällt auf, dass praktisch alle möglichen Lösungen vorkommen: Von der alleinigen

Zuständigkeit der Gemeindexekutive für die Nutzungsplanung (FR und SO) zur alleinigen Zuständigkeit des Kantons (und der von ihm gesteuerten Regionen) für sämtliche ADT-Nutzungspläne (ZH). Dazwischen liegen die näher beim „Berner Modell“ liegenden Kantone Aargau und Luzern sowie das soweit ersichtlich singuläre Modell des Kantons St. Gallen, wo die ADT-Sondernutzungspläne in der Kompetenz der Gemeindexekutive liegen und das fakultative Referendum anders als bei den übrigen Sondernutzungsplänen explizit ausgeschlossen wird. Diese St. Galler Regelung wird relativiert durch die klare Absicht des Kantons, überkommunale ADT-Sondernutzungspläne in Form eines kantonalen Nutzungsplans festzusetzen. Damit dürfte nur wenig Raum für kommunale Sondernutzungspläne zu ADT-Anlagen bestehen.



Rudolf Muggli