

Konzeptionelle und methodische Probleme der Rechtsetzung, dargestellt am Beispiel der Totalrevision des aargauischen Baugesetzes

GEORG MÜLLER

1. Einleitung

Es gibt zwar bereits eine mehr oder weniger "etablierte" Gesetzgebungslehre¹ und viele wissenschaftliche Untersuchungen einzelner Probleme der Rechtsetzung. Wenig Hilfe bietet die Theorie bisher allerdings, wenn es um konzeptionelle und methodische Fragen der Rechtsetzung geht². Hier muss sich die Praxis vorwiegend mit *Erfahrungswissen* behelfen und von einem intuitiv-pragmatischen Ansatz ausgehen³. Es mag deshalb nützlich sein, am Beispiel der kürzlich abgeschlossenen Totalrevision des aargauischen Baugesetzes - sozusagen in der Form eines Werkstattberichts - zu zeigen, wie man gewisse Probleme des Vorgehens und der Konzeption bei einem solchen Gesetzgebungsvorhaben zu lösen versucht

¹ Vgl. dazu etwa MARTIN KELLER, Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Schweiz, ZG 1986, S. 197ff.

² Siehe jedoch die Ausführungen von WERNER HUGGER, *Gesetze - Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung*, Baden-Baden 1983, S. 107f., von CHARLES-ALBERT MORAND, Die Erfordernisse der Gesetzgebungsmethodik und des Verfassungsrechts im Hinblick auf die Gestaltung der Rechtsvorschriften, *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 13 (1988), S. 11ff. und von PETER NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek b. Hamburg 1973, S. 63ff., ferner die Darstellung der für eine gute Vorbereitung von Erlassen notwendigen Verfahrensschritte von REINHOLD HOTZ, *Methodische Rechtsetzung*, Zürich 1983, S. 290ff. sowie des "inneren Gesetzgebungsverfahrens" bei HERMANN HILL, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg 1982, S. 162ff.

³ Siehe THOMAS FLEINER-GERSTER, *Wie soll man Gesetze schreiben? Leitfaden für die Redaktion normativer Texte*, Bern/Stuttgart 1988, S. 29ff.; KELLER (Fn 1), S. 210, 214.

hat. Vielleicht kann damit auch ein Anstoss zur Entwicklung einer eigentlichen Methodenlehre der Gesetzgebung gegeben werden.

2. Ausgangslage

Im Kanton Aargau wurde am 2. Februar 1971 ein Baugesetz⁴ erlassen. Es handelte sich um eine *bedeutende gesetzgeberische Leistung*, weil das Gesetz eine der ersten umfassenden Regelungen des Bau- und Planungsrechtes in der Schweiz darstellte. Das ist vor allem das Verdienst des Gesetzesredaktors Dr. iur. Dr. h.c. ERICH ZIMMERLIN, der mit seinem Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau⁵ dessen Handhabung in der Praxis stark erleichterte und beeinflusste. Das Gesetz hat sich in den mehr als zwanzig Jahren seiner Anwendung bewährt und im Bund, in anderen Kantonen und in der Wissenschaft Beachtung gefunden. Seit Ende der siebziger Jahre trat aber eine *Veränderung des rechtlichen und politischen Umfeldes* der Baugesetzgebung ein, welche eine Revision unumgänglich machte. Vor allem drängte sich eine Anpassung an die vom Bund inzwischen erlassenen Gesetze auf, die für die Raumplanung und das Bauwesen in Kantonen und Gemeinden von grosser Tragweite sind⁶. Dazu kam, dass das Gesetz von 1971 primär ein vom Glauben an das Wachstum geprägtes "Bauförderungsgesetz" war und den Zielen des sparsamen Umgangs mit dem Boden sowie des Natur-, Landschafts- und Umweltschutzes, die durch den inzwischen eingetretenen Wertwandel in der Politik an Bedeutung stark gewonnen haben, zu wenig Rechnung trug. Zu berücksichtigen waren sodann die Veränderungen im gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und technischen Bereich (Bevölkerungsentwicklung und -struktur, Trend zur Kleinfamilie, Trennung von Arbeits- und Wohnort, steigender Wohlstand, zunehmende Mobilität, wachsende Bedeutung des Dienstleistungssektors in der Wirtschaft usw.) sowie *Erfahrungen bei der Anwendung der Baugesetzgebung*, die gezeigt hatten, dass Verfahren teilweise zu langwierig, gewisse

4 AGS Bd. 8 S. 125; Änderungen im Bd. 10 S. 39, Bd. 11 S. 403.

5 1. Aufl.: Aarau 1977, 2. Aufl.: Aarau 1985.

6 Namentlich das Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG) (SR 700) und das Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz [USG]) (SR 814.01) samt den vielen Verordnungen dazu.

Institutionen zu kompliziert und die Regelungen insgesamt zu dicht waren⁷.

3. Zielsetzungen

Aus den Gründen, die zur Revision des Baugesetzes führten, ergeben sich auch deren Zielsetzungen. In seiner Botschaft führte der Regierungsrat an, mit der Revision sollten⁸:

- "die rechtlichen Voraussetzungen für einen effizienten Vollzug der Bundesgesetzgebung über Raumplanung und Umweltschutz geschaffen werden;
- die gewandelten Wertvorstellungen in die Regelungen über Planen und Bauen - vor allem durch Betonung ihrer Schutzfunktionen - einbezogen und den Veränderungen der Lebensverhältnisse Rechnung getragen werden;
- Verfahren und Instrumente möglichst vereinfacht und die Regelungsdichte tendenziell abgebaut werden, um die Entscheidungsprozesse zu beschleunigen, den Freiraum der Privaten zu vergrößern und den Spielraum der Gemeinden zu erhöhen."

Der Regierungsrat verkannte nicht, dass diese *Ziele teilweise in Widerspruch* zueinander stehen und sich deshalb nicht alle vollständig realisieren lassen. So könne schon der Vollzug der Bundesgesetzgebung, aber auch die Verstärkung der Schutzfunktionen der Planungs- und Bauvorschriften zur Folge haben, dass zusätzliche Regelungen erlassen, Verfahren eingeleitet, Eigentumsbeschränkungen auferlegt und der Entscheidungsspielraum der Gemeinden begrenzt werden müssten. Die angestrebte Vereinfachung und Beschleunigung der Verfahren lasse sich ohne

⁷ Vgl. dazu Botschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 21. Mai 1990 betreffend Raumplanungs-, Umwelt- und Baugesetz (Baugesetz), Totalrevision des Baugesetzes vom 2. Februar 1971 (Vorlage Nr. 5397), S. 5.

⁸ Botschaft des Regierungsrates (Fn 7), S. 6.

einen gewissen Abbau der demokratischen Mitwirkungsrechte und der Rechtsschutzmöglichkeiten nicht verwirklichen.

4. Vorgehen bei der Ausarbeitung des Entwurfs und Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens

Zum *Auftakt der Gesetzgebungsarbeiten* veranstaltete der damalige Vorsteher des Baudepartementes, Regierungsrat Dr. Ulrich Siegrist, am 20. Februar 1987 im Stapferhaus des Schlosses Lenzburg eine Art "*Hearing*", an welchem ein grösserer Kreis von interessierten Personen Revisionsanliegen vorbringen konnte und ein erster Gedankenaustausch über die sich stellenden Fragen und das geplante Vorgehen stattfand.

Anfangs 1987 setzte das Baudepartement fünf aus Fachbeamten sowie verwaltungsunabhängigen Sachverständigen und Politikern zusammengesetzte *Arbeitsgruppen* ein, die Problemübersichten und Lösungsvarianten zu folgenden Themenkreisen erstellten:

- Anpassung an das Raumplanungsgesetz und das Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege,
- Gemeindebauvorschriften und Nutzungsplanung,
- Wasserbau, Natur- und Landschaftsschutz,
- Umweltschutz,
- Strassen und Verkehr.

Eine *Expertengruppe*, die vom damaligen Vorsteher des Baudepartementes geleitet wurde, und der Chefbeamte der kantonalen Verwaltung sowie aussenstehende Fachleute und Politiker angehörten, legte aufgrund der Berichte und Vorschläge der Arbeitsgruppen die materiellen Revisionsanliegen fest und grenzte den Revisionsstoff ab. Auf dieser Basis redigierte ich im Sommer 1987 Textvorschläge für eine Teilrevision des Baugesetzes, die vom Herbst 1987 bis zum Frühjahr 1988 in der Expertengruppe beraten wurden. Daraus entstand ein Rohentwurf, der noch nicht vollständig in das geltende Recht eingefügt war und verschiedene

Detailfragen offen liess. Er wurde im Jahre 1988 einem Vernehmlassungsverfahren unterzogen. Die Expertengruppe wertete die eingegangenen Stellungnahmen aus und legte die Schwerpunkte und die Richtung für die Überarbeitung des Entwurfs fest. Die von mir vorgelegte Neufassung unterzog die Expertengruppe im Frühjahr 1989 einer Detailberatung. Erst jetzt warf der Vorsteher des Baudepartementes die Frage auf, ob nicht anstelle einer *Teil- eine Totalrevision des Gesetzes* vorzunehmen sei. Die Expertengruppe diskutierte diese Frage, indem sie den vorhandenen Entwurf für eine Teilrevision mit einem Entwurf für ein total revidiertes Baugesetz verglich⁹. Sie entschied sich für die Totalrevision. Im September 1989 stimmte sie dem inzwischen von einem Ausschuss weiterbearbeiteten Entwurf für ein Raumplanungs-, Bau- und Umweltschutzgesetz zu, welches das Baugesetz von 1971 ablösen sollte.

Der *Regierungsrat* behandelte in zwei Lesungen¹⁰ den Gesetzesentwurf und verabschiedete ihn zusammen mit der Botschaft¹¹ an den Grossen Rat am 21. Mai 1990.

Die vorberatende *Kommission des Grossen Rates* führte im Hinblick auf Umfang und Gewicht der Vorlage und die Komplexität der Materie in Abweichung vom üblichen Verfahren *zwei Lesungen* durch¹². Zwischen den beiden Lesungen erhielten die *Fraktionen* Gelegenheit zu einer ersten Meinungsbildung und Stellungnahme, die sie vor allem über ihre Kommissionsmitglieder in die zweite Lesung einbrachten. Dieses Vorgehen hatte Vor- und Nachteile: Einerseits wurden die Fraktionen frühzeitig für die Grundsatzfragen sensibilisiert, was eine breitere politische Abstützung ermöglichte; andererseits mussten in der zweiten Kommissionslesung gewisse zentrale Probleme erneut diskutiert und getroffene Entscheidungen überprüft werden. In dieser Zeit übernahm auch der neu in den Regierungsrat gewählte Bundesrichter und Raumplanungsspezia-

⁹ Diesen Entwurf hatte ich im Sommer 1989 erstellt. Für die Teile "Landumlegung" und "Enteignung" basierte der Entwurf auf Textvorschlägen des Präsidenten der Schätzungskommission, Dr. Pius Guthauser, der auch Mitglied der Expertengruppe war.

¹⁰ Dezember 1989 und April 1990.

¹¹ Die Botschaft redigierten Pius Guthauser und ich gemeinsam, wobei er den grösseren Teil des Textes entwarf.

¹² Herbst 1990 bis Frühjahr 1991 und Spätherbst 1991.

list Dr. Thomas Pfisterer die Leitung des Baudepartementes. Er brachte ebenfalls eine grössere Zahl von Vorschlägen für Änderungen und Ergänzungen des Gesetzesentwurfes ein, was die Arbeit der Kommission nicht erleichterte, es aber dem neuen Vorsteher des zuständigen Departementes erlaubte, sich voll für die bisher ohne seine Mitwirkung entstandene Vorlage einzusetzen.

Der *Regierungsrat* nahm im Dezember 1991 zum Ergebnis der Beratungen der grossrätlichen Spezialkommission für die Revision des Baugesetzes Stellung. Er stimmte den zahlreichen Änderungsanträgen der Kommission mit wenigen Ausnahmen zu.

Die Beratungen im *Plenum des Grossen Rates* fanden von Januar bis Mai 1992 statt. Das Kantonsparlament verabschiedete das Ergebnis der ersten Lesung des Gesetzes am 12. Mai 1992.

Das Baudepartement überarbeitete den Entwurf im Sommer 1992 und überprüfte ihn zusammen mit mir unter allgemeinen Gesichtspunkten wie Verständlichkeit, Systematik, Sprache, Begriffsverwendung und Praktikabilität. Es legte dem Regierungsrat *eine Botschaft und einen Entwurf für die zweite Beratung* des Gesetzes vor, welche dieser am 17. August 1992 verabschiedete.

Die vorberatende *Kommission des Grossen Rates* behandelte die Vorlage von August bis November 1992, das Plenum - nach Vorbereitung durch die Fraktionen - im Januar 1993¹³.

Die *Redaktionskommission* bereinigte das Ergebnis der zweiten Beratung sprachlich und formal im Februar 1993, so dass es im März 1993 zuhanden der *Volksabstimmung* verabschiedet werden konnte. Diese fand am 6. Juni 1993 statt und führte zu einer deutlichen Annahme des neuen Gesetzes über Raumplanung, Umweltschutz und Bauwesen (Baugesetz, BauG) vom 19. Januar 1993.

¹³ Das Gesetz wurde am 19. Januar 1993 in zweiter Lesung mit grosser Mehrheit angenommen.

5. Zum Konzept der Regelung

5.1 Art und Zeitpunkt der Festlegung des Konzepts

Nachdem die fünf Arbeitsgruppen in den von ihnen zugewiesenen Themenbereichen, mit deren Umschreibung der Vorsteher des Baudepartementes bereits eine erste Zielsetzung für die Gesetzgebungsarbeiten vorgenommen hatte, den Ist-Zustand festgestellt und die Regelungsbedürfnisse analysiert hatten, wurden die Ergebnisse von der Expertengruppe überprüft und gestützt darauf einige Grundsatzfragen geklärt. An sich wäre es wichtig und richtig gewesen, *vor Beginn der Redaktionsphase* ein eigentliches Konzept für die Verwirklichung der Ziele der Revision zu entwickeln, um die Grundlage für eine einheitliche, widerspruchsfreie, sich harmonisch in die bestehende Rechtsordnung einfügende Gesetzesvorlage zu schaffen. Die konzeptionellen Entscheide wurden jedoch nicht alle vorweg und ausdrücklich getroffen. Einige lagen der Redaktionsarbeit und den Beratungen der Entwürfe in der Expertengruppe *unausgesprochen* zugrunde; andere erfolgten erst in einer *späteren Phase*. Dass über das Gesetzgebungskonzept nicht vor der Inangriffnahme der Redaktionsarbeit separat diskutiert, beschlossen und informiert wurde, könnte ein Grund dafür sein, dass die Einheitlichkeit der Vorlage - namentlich bezüglich Regelungsdichte und Regelungsart - in den parlamentarischen Beratungen nicht gewahrt werden konnte. Als sinnvoll erwies sich dagegen, auf die Grundsatzfrage der Teil- oder Totalrevision nach dem Vernehmlassungsverfahren zurückzukommen, denn dieses hatte ergeben, dass in allen Teilen des Gesetzes Regelungsbedürfnisse bestanden.

Im folgenden soll auf einige der sich stellenden Grundsatzfragen näher eingegangen werden.

5.2 Teil- oder Totalrevision?

Wie ausgeführt bestand ursprünglich die Absicht, nur Teile des Gesetzes zu ändern. Namentlich die Anpassung an das neue Bundesrecht hätte bloss eine Revision der Bestimmungen über die Planung erfordert. Schon die Auslegeordnung, die zu Beginn von den fünf Arbeitsgruppen erstellt worden war, zeigte allerdings Änderungs- und Ergänzungsbedürfnisse

auch in anderen Teilen des Gesetzes auf. Die Expertengruppe berücksichtigte eine grosse Zahl von teilweise punktuellen Revisionsanliegen, so dass der in die Vernehmlassung geschickte Entwurf einer Teilrevision als "Flickenteppich" erschien.

Für eine - wenn auch weitgehende und teilweise tiefgreifende - Partialrevision sprach vor allem das Interesse an der Wahrung der *Kontinuität der Rechtsordnung*, d.h. an der Rechtssicherheit. Die in der Praxis eingeführte und bewährte Ordnung sollte nicht ohne Not geändert werden; die von der Rechtsprechung¹⁴ und der Lehre - namentlich von ERICH ZIMMERLIN¹⁵ - während zwanzig Jahren entwickelten Konkretisierungen und Präzisierungen des Gesetzes sollten nicht alle hinfällig werden; die für den Vollzug des Planungs- und Baurechts verantwortlichen kantonalen und kommunalen Behörden und Arbeitsstellen, aber auch Architekten, Ingenieure und Bauunternehmer, denen das Baugesetz vertraut geworden war, und die sich an den Umgang mit dessen Regelungen gewöhnt und dabei eine gewisse Routine erworben hatten, sollten nicht verunsichert werden; eine Vermehrung der Vollzugsprobleme und Vollzugskosten sollte vermieden werden.

Auf der andern Seite bestand ein Interesse daran, die *Einheitlichkeit des Gesetzes* zu wahren, nicht nur bezüglich der Sprache und des Stils, sondern auch bezüglich des Aufbaus und insbesondere des "Geistes", d.h. der das Gesetz prägenden Wertvorstellungen. Diesem Interesse konnte man nur mittels einer Totalrevision gerecht werden. Ausserdem musste damit gerechnet werden, dass im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zahlreiche zusätzliche Bestimmungen in die Revision einbezogen würden, so dass es am Schluss doch praktisch zu einer Totalrevision gekommen wäre. Die Kontinuität der Regelung wäre jedenfalls stark beeinträchtigt worden und die bisherige Praxis hätte nicht mehr fortgeführt werden können. Den Ausschlag gab wohl, dass es nur auf dem Weg der Totalrevision möglich war, die *gewandelten politischen Wertvorstel-*

¹⁴ Vor allem des Verwaltungsgerichts, aber auch des Baudepartementes und des Regierungsrates, publiziert in den jährlich erscheinenden Aargauischen Gerichts- und Verwaltungsentscheiden (AGVE) sowie in Mitteilungen des Baudepartementes und gelegentlich im Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht.

¹⁵ Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Aarau 1. Aufl. 1977, 2. Aufl., 1985.

lungen, namentlich die Verstärkung der staatlichen Schutzfunktionen im Bereich der Umwelt, *im ganzen Gesetz zum Ausdruck zu bringen*¹⁶.

Allerdings wurden nur die Abschnitte über die Raumplanung und die Bauvorschriften *inhaltlich* wesentlich umgestaltet, die anderen Teile (Allgemeine Bestimmungen, Strassen, Gewässer, öffentliche Gebäude des Staates, Landumlegung und Grenzbereinigung, Enteignung und Entschädigung, Verwaltungszwang und Verwaltungsstrafe) dagegen bloss vereinzelt materiell geändert und im übrigen bloss bezüglich Regelungsart und Regelungsstil vereinheitlicht. Eine grössere Zahl von Bestimmungen wurde sogar im Wortlaut aus dem Baugesetz übernommen oder lehnte sich eng an die bisherige Fassung an. Es handelte sich also eigentlich bloss um eine *formale Totalrevision, verbunden mit einer materiellen Teilrevision*, wurde doch der grössere Teil des Gesetzes nur einer "sanften Renovation" unterzogen, blieb aber inhaltlich weitgehend unverändert¹⁷. Lehre und Rechtsprechung zum bisherigen Gesetz werden deshalb in weitem Masse auch für die Auslegung des neuen Gesetzes herangezogen werden können; die Vollzugsorganisation und die eingelebte Verfahrensweise und Praxis müssen nicht völlig umgestaltet werden. Dies ist namentlich für kleinere Gemeinden mit Milizverwaltungen ein wichtiger Gesichtspunkt!

5.3 Abgrenzung des Regelungsbereichs

Zu den konzeptionellen Fragen gehört auch diejenige nach dem Umfang der zu regelnden Materie. Was soll Gegenstand eines Erlasses sein? Welche Regelungen gehören in andere Erlasse?

In vielen Kantonen enthalten die Baugesetze im wesentlichen nur Bestimmungen über die *Raumplanung* und *Bauvorschriften*. Das aargauische Baugesetz von 1971 regelte daneben aber auch noch das *Strassenwesen* (ohne Finanzierung), die *Gewässer* (ohne Gewässerschutz), die *öffentlichen Gebäude* des Kantons, die *Landumlegung* und die *Grenzbereinigung* sowie die *Enteignung*. Zwischen diesen Gebieten bestehen

¹⁶ Ein Anliegen, das dem damaligen Vorsteher des Baudepartementes, Regierungsrat Dr. Ulrich Siegrist, besonders wichtig war.

¹⁷ Vgl. Botschaft des Regierungsrates (Fn 7), S. 8.

viele Zusammenhänge, z.B. bei der Frage der Erschliessung von Bauland durch Strassen, der Herbeiführung der Baureife von Grundstücken durch Landumlegung, der Planung und des Baus von Strassen, des Verhältnisses von Strassen und Gewässern zum benachbarten Grundeigentum, der Inanspruchnahme von Grundeigentum für die Erstellung öffentlicher Werke durch Enteignung oder der entschädigungspflichtigen Eigentumsbeschränkung durch Raumpläne oder durch Bauvorschriften. Der Einbezug dieser Gebiete in das Baugesetz erleichterte eine *Normierung nach einheitlichen Gesichtspunkten*, welche diese Zusammenhänge berücksichtigte und sich harmonisch in die Rechtsordnung einfügte. Der ausserordentlich weite Regelungsbereich des Gesetzes erschwerte dagegen das *Auffinden* von Vorschriften, die der Adressat nicht in einem Baugesetz sucht. Für eine Aufteilung der Materie auf mehrere Erlasse - z.B. ein Baugesetz, ein Strassengesetz, ein Wasserbaugesetz und ein Enteignungsgesetz - sprechen auch gewisse *politische Überlegungen*: Man kann damit verhindern, dass die Opposition gegen bestimmte Regelungen in den verschiedenen Gebieten sich kumuliert. Auf der andern Seite bietet ein grosses Paket von Vorschriften die Möglichkeit, Erwünschtes mit Unbeliebtem zusammen zu verpacken und damit Lösungen, die für sich allein kaum akzeptiert würden, zum Durchbruch zu verhelfen.

Die Frage, wie der Regelungsgegenstand abzugrenzen sei, stellte sich nicht, solange nur eine Teilrevision des Baugesetzes geplant war. Nach dem Entscheid für eine Totalrevision wurde eine Aufteilung des Stoffes auf mehrere Gesetze nicht näher geprüft; denn die während zwanzig Jahren mit dem "Multipaket" des Baugesetzes gemachten Erfahrungen gaben keinen Anlass dazu, die bewährte Abgrenzung des Regelungsbereiches zu ändern. Bei der Überarbeitung von Bestimmungen des Raumplanungs- und Baurechts, vor allem auch bei ihrer stärkeren Ausrichtung auf die Anliegen des Umweltschutzes, zeigten sich übrigens erneut die Vorteile einer Regelung, die gemeinsam mit den Vorschriften über Strassen- und Wasserbau erfolgt.

Keine besonderen Schwierigkeiten bereitete die Abgrenzung des Regelungsbereichs im Zusammenhang mit *Verfahrensregeln* (Folgen missbräuchlicher Prozessführung, Massenverfahren, Wohnsitz von Beteiligten im Ausland) und den bisher im Baugesetz enthaltenen Bestimmungen über das *Erlöschen öffentlich-rechtlicher Forderungen* durch Zeitablauf und über deren Verzinsung: Sie waren nicht im Baugesetz unterzubrin-

gen bzw. zu belassen, sondern im Hinblick auf ihren über das Baugesetz hinausreichenden Anwendungsbereich¹⁸ in das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. Juli 1968¹⁹ einzufügen.

5.4 Regelungsdichte

Das Baugesetz von 1971 wies 227 Paragraphen auf. Das total revidierte Gesetz von 1993 kommt mit 170 Paragraphen aus. Das ist das Resultat eines Grundsatzentscheides, die Regelungsdichte *abzubauen*. Verschiedene Vorschriften sind auch *knapper, offener oder unbestimmter* formuliert als bisher. Mit dieser Beschränkung auf das Grundsätzliche werden drei verschiedene Ziele verfolgt:

- *Dezentralisierung* der Regelungsbefugnisse durch Vergrößerung des Entscheidungsspielraums der Gemeinden,
- *Deregulierung* durch Schaffung vermehrter Freiräume für die Privaten,
- *Flexibilisierung* durch Zuordnung von Regelungsbefugnissen an den Grossen Rat oder den Regierungsrat, um eine raschere Anpassung der Regelungen an veränderte Verhältnisse zu ermöglichen²⁰, was auf dem Gebiet der Raumplanung und des Bauwesens besonders wichtig ist.

Soweit Regelungen *dezentralisiert* oder *flexibilisiert* wurden, verringerte sich zwar die Regelungsdichte des *Gesetzes*. Da dieses aber auf der Ebene der Gemeinden oder durch Dekrete und Verordnungen konkretisiert wird, braucht die Regelungsdichte *gesamthaft* nicht abzunehmen. Dagegen ist der Erlass von Ausführungsbestimmungen dort ausgeschlos-

¹⁸ § 167 Abs. 1 BauG.

¹⁹ AGS Bd. 7 S. 199.

²⁰ Nach NOLL (Fn 2), S. 268ff., ergeben sich die Kriterien dafür, wo und in welchem Umfang der Gesetzgeber delegieren bzw. unbestimmt regeln darf oder soll, aus der Grundfunktion der Normen, vor allem aufgrund des Präventions- oder des Gleichbehandlungsinteresses, das sie verfolgen. Zu den Anforderungen an die Regelungsdichte vgl. auch HILL (Fn 2), S. 108ff.

sen, wo das Gesetz auf eine Regelung verzichtet oder sie unbestimmt fasst, um *Freiräume für die Privaten* zu schaffen. In diesen Fällen wird die Regelungsdichte *insgesamt bewusst reduziert*.

Unbestimmte Normierungen können auch bezwecken, die Entscheidung dem rechtsanwendenden Organ zu überlassen, um eine *den Umständen des Einzelfalles gerecht werdende, "billige" Lösung* zu ermöglichen²¹. Solche "Delegationen" von Entscheidungsbefugnissen an Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte - meist in der Form der Einräumung von Ermessen oder der Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen - enthielt bereits das Gesetz von 1971 in grösserer Zahl; in dieser Beziehung wurde die Regelungsdichte bei der Totalrevision nicht generell verändert, sondern die bisherige Verteilung der Regelungslast zwischen Gesetzgeber und Rechtsanwender im wesentlichen beibehalten.

Durch entsprechende Formulierungen wurde versucht, jeweils zum Ausdruck zu bringen, ob die Offenheit oder Unbestimmtheit einer Regelung der Dezentralisierung, der Deregulierung, der Flexibilisierung oder der Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit dient²².

Der Gesetzesentwurf vom 21. Mai 1990, welchen der Regierungsrat dem Grossen Rat unterbreitete, sah eine noch *deutlichere Reduktion der Regelungsdichte* vor²³. Das Konzept eines "schlanken", instrumentalen Gesetzes, das sich auf das normativ Wesentliche beschränkt und auf Absichts- und andere Erklärungen verzichtet, konnte in den parlamentarischen Beratungen nicht vollständig beibehalten werden. Vor allem die Suche nach *politischen Kompromisslösungen* führte zu zusätzlichen Regelungen. Dagegen erwies es sich als praktisch unmöglich, Konsens durch Verzicht auf eine vorgeschlagene Bestimmung zu erzielen, obwohl

²¹ Zu den verschiedenen Funktionen der Unbestimmtheit von Rechtsnormen wegweisend RENÉ A. RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik*, Basel/Stuttgart 1979, insb. S. 195ff. und 244ff. Siehe auch THOMAS COTTIER, *Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage*, Diessenhofen 2. Aufl. 1991, S. 189ff., HANS DUBS, Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, *ZSR* 1974 II, S. 223ff., 243f.

²² Vgl. Botschaft des Regierungsrates (Fn 7), S. 7.

²³ Der Entwurf umfasste 152 Paragraphen, 75 weniger als das Baugesetz von 1971 und 18 weniger als das neue Gesetz von 1993.

das Ziel, die Regelungsdichte abzubauen, an sich nicht umstritten war. Man darf auch nicht übersehen, dass die Mitglieder des Parlamentes, vor allem der vorberatenden Kommission, das an sich legitime Bedürfnis haben, sich im Gesetzgebungsverfahren zu profilieren und ihre Mitwirkung vor der Öffentlichkeit und ihren Wählern zu beweisen, was am besten durch das Einbringen von Vorschlägen für neue Regelungen oder für Änderungen am regierungsrätlichen Entwurf zu erreichen ist²⁴. Das Parlament kann sich offenbar mit einer Vorlage der Regierung nur dann genügend identifizieren und sie politisch mittragen, wenn es sie bis zu einem gewissen Grade umgestaltet, d.h. mit "eigenen" Regelungen "angereichert" hat.

5.5 Gliederung des Gesetzes

Der äussere Aufbau (Gliederung, Systematik) eines Erlasses, d.h. die Bildung von Regelungseinheiten durch Aufteilung des Regelungstoffes in Teile, Abschnitte, Paragraphen, Absätze usw. und die Bestimmung ihrer Reihenfolge, sollte in den Grundzügen bereits *in der Konzeptphase* festgelegt, in späteren Phasen des Rechtsetzungsprozesses allerdings konkretisiert und gegebenenfalls auch korrigiert werden.

Der Aufbau muss sich auf den *Inhalt* des Erlasses ausrichten. Umgekehrt kann die systematische Einordnung einer Norm auch deren Inhalt prägen. Inhalt und Aufbau von Erlassen stehen also in einem *dialektischen Verhältnis* zueinander.

Die Kriterien für die Gliederung von Erlassen ergeben sich aus den *Funktionen* der Systematik. Sie soll einerseits die Information über das geltende Recht und die geistige Beherrschung des Rechtsstoffes durch Gedankenspeicherung und Gedankenvermittlung erleichtern, dient also *der Auffindbarkeit, der Erkennbarkeit und der Einprägbarkeit* der Regelungen. Andererseits soll sie die *Problemsicht des Gesetzgebers* zum Ausdruck bringen und damit diejenige der rechtsanwendenden Organe

²⁴ Auch Mitglieder des Parlaments, die politisch vehement für die Deregulierung im Planungs- und Baurecht eintraten, gehörten zum Teil zu den Initianten neuer Regelungen, oft mit der Begründung, es müsse durch die Errichtung zusätzlicher rechtlicher Schranken verhindert werden, dass der Staat in die Rechte Privater oder in die Autonomie der Gemeinden eingreife.

bestimmen. Der äussere Aufbau ist für *die Verständlichkeit, die Auslegung und damit die Wirksamkeit* einer Regelung von grosser Bedeutung. Der Sinn einer Vorschrift ergibt sich oft erst aus dem Zusammenhang, in welchem sie steht. Die Gliederung bezweckt also auch, den Regelungen einen bestimmten Sinn zu geben und deren Ziel verständlich zu machen²⁵.

In der Regel weisen Erlasse folgende *Grundstruktur* im Sinne eines "Normalaufbaues" auf²⁶:

- Einleitung mit Leitvorschriften über Ziele und Geltungsbereich des Erlasses sowie Begriffsbestimmungen,
- Hauptteil, gegliedert nach logischen, sachlichen, chronologischen oder normativen Kriterien,
- Vorschriften über Organisation, Verfahren, Kosten und Vollzug,
- Strafbestimmungen,
- Schlussbestimmungen über Inkrafttreten, Aufhebung und Änderung geltender Vorschriften und Übergangsrecht.

Dieser "Normalaufbau" folgt dem *logischen Kriterium*, dass vom Allgemeinen und Wichtigen zum Spezielleren und Sekundären voranzuschreiten sei. Das logische Kriterium gilt auch für die *Reihenfolge der Regelungen* in einem einzelnen Abschnitt. Diese Gliederungsart hat sich eingebürgert und erleichtert auch aus diesem Grunde das Auffinden von Regelungen. Natürlich kann bei vielen Erlassen auf einzelne Abschnitte des "Normalaufbaus" verzichtet werden.

Solange es nur um eine *Teilrevision* des Baugesetzes ging, bot der Aufbau keine besonderen Probleme. Zu prüfen war nur, an welcher Stelle

²⁵ Zu den Funktionen der Systematik NOLL (Fn 2), S. 204ff. Siehe auch HILL (Fn 2), S. 98.

²⁶ Vgl. dazu vor allem HANS SCHNEIDER, *Gesetzgebung*, Heidelberg 2. Aufl. 1991, S. 210ff.; zu den Kriterien für die Gliederung des Hauptteils namentlich NOLL (Fn 2), S. 210ff.

des Baugesetzes von 1971 die neuen Regelungen systematisch richtig einzuordnen und wo die beabsichtigten Änderungen vorzunehmen seien.

Nach dem Entscheid für eine *Totalrevision* musste untersucht werden, ob die *bisherige Systematik* des Baugesetzes beizubehalten oder zu ändern sei. Das Baugesetz von 1971 war in zehn Teile gegliedert. Es begann mit einem ersten Teil, der - nicht ganz zutreffend - mit "Allgemeine Bestimmungen" überschrieben war²⁷. Es folgten Teile über die Strassen, die Gewässer, die Planung, die öffentlichen Bauvorschriften, Landumlegung und Grenzberichtigung, Enteignung und Entschädigung, Verwaltungszwang und Verwaltungsstrafe sowie Schluss- und Übergangsbestimmungen. Es handelte sich also um einen der Regelungsmaterie angepassten "Normalaufbau". Für die Gliederung waren einerseits *sachliche Kriterien* massgebend, d.h. es wurde auf die geregelten Tätigkeiten, Institutionen oder Rechtsgüter abgestellt (z.B. bezüglich der Teile über Strassen, Gewässer und öffentliche Gebäude). Daneben spielten auch *normative Kriterien* (von der Dogmatik entwickelte Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute) eine Rolle, so etwa in den Teilen über Planung, öffentliche Bauvorschriften, Landumlegung und Enteignung. Einen teilweise *chronologischen Aufbau* wiesen die Teile über öffentliche Bauvorschriften und über Enteignung auf, denn dort entsprach die Reihenfolge der einzelnen Bestimmungen dem zeitlichen Ablauf der geregelten Verfahren.

Die *Reihenfolge der Teile* bestimmte sich nach dem *logischen Kriterium*, wonach die wichtigen, allgemeinen Regelungen an den Anfang, die weniger wichtigen Detailvorschriften an den Schluss gehören. Hier wirkte sich der *politisch-gesellschaftliche Wertwandel* auf die Gliederung aus: *Wichtiger* als das Strassenwesen und die Gewässer sind heute die *Raumplanung und die Nutzungs-, Bau- und Schutzvorschriften*. Die

²⁷ Allgemeine Teile enthalten Bestimmungen, die für alle folgenden Teile des Erlasses von Bedeutung sind, und deshalb vorweg geregelt, sozusagen "vor die Klammer gezogen" werden, damit sie nicht in jedem einzelnen Teil wiederholt werden müssen; vgl. dazu HILL (Fn 2), S. 104, NOLL (Fn 2), S. 210, SCHNEIDER (Fn 26), S. 212f., HARALD KINDERMANN, Der Allgemeine Teil des Sozialgesetzbuches. Eine Kritik aus der Sicht der Gesetzgebungstheorie, *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht*, Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdig, Berlin/Heidelberg/New York 1978, S. 99ff. Der erste Teil des Baugesetzes enthielt zwar Leitvorschriften von allgemeiner Bedeutung und grosser Abstraktheit, die sich nicht in einem besonderen Teil unterbringen liessen, stellte aber keinen allgemeinen Teil im oben umschriebenen Sinne dar.

betreffenden Teile wurden deshalb - nach dem nun korrekt als Einleitung bezeichneten ersten Teil - an den *Anfang* des Gesetzes gestellt; dazwischengeschoben wurde ein neuer Teil mit Vorschriften über Baureife und Erschliessung, die sozusagen das Scharnier zwischen der Raumplanung und der baulichen Nutzung des Bodens bilden, weil Baureife und Erschliessung einerseits regelmässig gewisse raumplanerische Massnahmen voraussetzen und andererseits Voraussetzungen der Überbaubarkeit von Grundstücken sind²⁸. Wegen des engen Zusammenhangs von Raumplanung, Nutzungs-, Bau- und Schutzvorschriften sowie Landumlegung und Grenzberichtigung blieb die Reihenfolge dieser Teile unverändert. Angefügt wurden die Teile über Strassen, Gewässer und die (stark reduzierten) Bestimmungen über öffentliche Gebäude. Die Enteignung, die Mittel für die Realisierung öffentlicher Werke, aber auch mögliche Folge von Planungen und Landumlegungen ist, wird neu am Schluss - vor Verwaltungszwang und Verwaltungsstrafe und den Schluss- und Übergangsbestimmungen - geregelt. Im übrigen wurde die bisherige Gliederung weitgehend übernommen, um "Traditionsanschlüsse" herzustellen und die Einführung des neuen Rechts zu erleichtern. Das war in den stark überarbeiteten Teilen über Raumplanung, Baureife und Erschliessung sowie Nutzungs-, Bau- und Schutzvorschriften allerdings nur beschränkt möglich. Die Straffung der gesamten Regelung führte zudem in gewissen Teilen zu Modifikationen²⁹.

Auch beim Gliederungskonzept musste aus *politischen Gründen* in den parlamentarischen Beratungen eine *Konzession* gemacht werden. Das Gesetz verpflichtet im zweiten Teil (Die Raumplanung) unter Abschnitt C (Kommunale Raumplanung) in § 15 die Gemeinden dazu, das Gemeindegebiet in verschiedene Nutzungszonen einzuteilen sowie Art und Mass der Nutzung zu regeln, und zählt mögliche Nutzungszonen beispielhaft, aber nicht abschliessend auf. Interessenvertreter der Landwirtschaft verlangten, dass die Voraussetzungen für die Errichtung von Bauten in Landwirtschafts- und Weilerzonen im Gesetz umschrieben werden müssten, obwohl dies bereits weitgehend im Bundesrecht geschehen ist und im übrigen nach dem Konzept des Gesetzes die *Gemeinden* befugt sind, Nutzungs- und Bauvorschriften für die von ihnen ausgeschiedenen

²⁸ Vgl. Botschaft des Regierungsrates (Fn 7), S. 8, 22.

²⁹ Vor allem im Teil über die Enteignung, geringfügiger in den Teilen über Strassen und Gewässer.

Zonen zu erlassen. Die Interessenvertreter der Landwirtschaft vermochten sich durchzusetzen, so dass sich nun im vierten Teil (Nutzungs-, Bau- und Schutzvorschriften) systemwidrig und zusammenhangslos ein Abschnitt "D. Bauten in Landwirtschafts- und Weilerzonen" findet.

5.6 Regelungsart

5.6.1 Instrumentale oder finale Regelung?

Im Rahmen des Gesetzgebungskonzeptes ist auch die Regelungsart festzulegen. Dabei stellt sich vorab die Frage, welche Instrumente eingesetzt werden sollen: Sind die Zielsetzungen mit sanktionsbewehrten Ver- und Geboten, mit Anreizen finanzieller oder anderer Natur, mit Plänen und Programmen, Postulaten und Absichtserklärungen oder mit anderen Mitteln der Überzeugung zu verwirklichen? Sollen die Regelungen instrumental oder final oder beides sein³⁰?

Bei der Totalrevision des Baugesetzes entschied man sich bald für eine *Beschränkung auf die Normierung von Rechtsverhältnissen* sowie von *Organisation und Verfahren* und verzichtete weitgehend auf program-

³⁰ Zu den Instrumenten der Regelung vgl. etwa EIKE v. HIPPEL, *Regelungstypen - Ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre*, ZG 1987, S. 1ff., HUGGER (Fn 2), S. 130ff., 151ff., aus politologischer und soziologischer Sicht WOLF LINDER, *Politische Entscheidung und Gesetzesvollzug in der Schweiz*, Bern/Stuttgart 1987, insbesondere S. 217ff., RENATE MAYNTZ (Hrsg.), *Implementation politischer Programme, Empirische Forschungsberichte*, Königstein/Ts. 1980, dieselbe, *Implementation politischer Programme II. Ansätze zu einer Theoriebildung*, Opladen 1983.

Zur Wahl der für die Zielverwirklichung wirksamsten Instrumente können auch die Ergebnisse der neuen, interdisziplinären Forschungsrichtung beitragen, die meist als "Gesetzesevaluation" bezeichnet wird; vgl. etwa WOLFGANG ZEH, *Vollzugskontrolle und Wirkungsbeobachtung als Teilfunktion der Gesetzgebung, Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik* (Fn 2), S. 194ff., LUZIUS MADER, *L'évaluation législative*, Lausanne 1985; *Die Wirkungen staatlichen Handelns besser ermitteln: Probleme, Möglichkeiten, Vorschläge*, Arbeitsgruppe "Gesetzesevaluation", *Schlussbericht an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement*, Oktober 1991. Weitere Aufschlüsse dürften die im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms 27 ("Wirksamkeit staatlicher Massnahmen") durchgeführten Untersuchungen und der entsprechende Schlussbericht geben.

matische Bestimmungen. Dieser Grundsatzentscheid bedeutet, wie der Regierungsrat³¹ ausführte, nicht, dass der Gesetzesentwurf nicht von klaren politischen Zielvorstellungen ausgeht und nicht von einer bestimmten ethischen Grundhaltung geprägt ist. Bei einer realistischen Einschätzung der Möglichkeiten des kantonalen Gesetzgebers schein es jedoch angezeigt, von einer gesetzlichen Umschreibung dieser Zielsetzungen abzusehen und es den verantwortlichen Staatsorganen - vor allem dem Grossen Rat und dem Regierungsrat, aber auch den Gemeindebehörden - zu überlassen, diese in Regierungsprogrammen und Leitbildern festzulegen und im Einzelfall zu konkretisieren und gegeneinander abzuwägen. Dieses Konzept dränge sich um so mehr auf, als das Bundesrecht³² und die Kantonsverfassung³³ die wichtigsten Ziele für die Raumplanung, das Bauwesen und den Umweltschutz bereits festlegen. Der *instrumentale Charakter* kommt in § 1 des neuen Baugesetzes zum Ausdruck. Danach soll das Gesetz die Voraussetzungen dafür schaffen, dass die Ziele und Grundsätze des Bundesrechts und der Kantonsverfassung sowie die Leitbilder der kantonalen und kommunalen Behörden auf den Gebieten der Raumplanung, des Bauwesens und des Umweltschutzes verwirklicht werden können. Das Gesetz soll also "Rahmen und Mittel festlegen, der politischen Dynamik jedoch den nötigen Spielraum belassen, immer bezogen auf die Ziele der übergeordneten Gesetze und der Kantonsverfassung"³⁴. Ein solches Konzept entspricht auch dem ausgeprägten Bedürfnis nach *Flexibilität* im Bereich der Entwicklung raumplanerischer Zielvorstellungen, bei welchen die sich oft rasch ändernden gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten einbezogen werden müssen.

Im übrigen stellten sich bei der Auswahl der gesetzgeberischen Instrumente kaum Grundsatzfragen. Die Instrumente des Raumplanungs- und Baurechts sind zu einem grossen Teil durch das Bundesrecht vorgegeben; soweit die Kantone sie bestimmen oder näher ausgestalten können, bestand kein Anlass, das dem Baugesetz von 1971 zugrundeliegende

³¹ Botschaft des Regierungsrates (Fn 7), S. 6.

³² Vgl. z.B. Art. 22quater, 24sexies und 24septies BV; Art. 1 und 3 RPG, Art. 1 USG, Art. 1 und 18ff. des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (SR 451).

³³ Vor allem §§ 42, 45, 47 und 49.

³⁴ Botschaft des Regierungsrates (Fn 7), S. 7.

Konzept, das sich bewährt hatte, zu ändern. Im einzelnen wurden allerdings zahlreiche Modifikationen vorgenommen.

Der Grundsatz, dass der Gesetzgeber sich auf die Regelung der Instrumente beschränken soll, um die politischen Ziele zu erreichen, wurde in der *parlamentarischen Beratung* des Gesetzesentwurfes allerdings immer wieder *durchbrochen*. Vor allem die Einreichung einer Volksinitiative zu einem Gesetz über den Natur- und Landschaftsschutz veranlasste Regierungsrat und Grossen Rat dazu, im Sinne eines indirekten Gegenvorschlages die in § 31 des Entwurfs des Regierungsrates vom 21. Mai 1990 vorgesehenen Massnahmen des Natur-, Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes durch einen langen Katalog von Schutzziele und Schutzobjekten zu ergänzen³⁵. Auch an einigen anderen Stellen fand *politische Programmatik* in das Gesetz Eingang, meist in der Form von Formelkompromissen, die angesichts ihrer Unbestimmtheit, zum Teil auch Widersprüchlichkeit, und wegen des ungeklärten Verhältnisses zu den bundesrechtlichen Zielnormen kaum Lenkungswirkung entfalten dürften³⁶. Sie ermöglichten aber eine *breitere politische Abstützung der Vorlage* und erhöhten damit die Chancen der Annahme im Parlament und in der Volksabstimmung. Wie gross die Bedeutung derartiger politischer Glaubensbekenntnisse und Absichtserklärungen in Gesetzesform für die Beschaffung von Mehrheiten ist, lässt sich allerdings nicht nachweisen.

5.6.2 Normative oder informative Funktion des Gesetzes?

Das Baugesetz zeichnet sich durch einen weiten Regelungsbereich aus. Es kann aber niemals alle für die Raumplanung, das Bauwesen und den Umweltschutz relevanten Bestimmungen umfassen und damit als Informationsmittel, Handbuch oder Nachschlagewerk für Private und Behörden dienen. Ein grosser Teil des massgeblichen Rechts findet sich in Erlassen des Bundes sowie in kantonalen Spezialgesetzen oder in kommu-

³⁵ Siehe § 40 des Baugesetzes vom 19. Januar 1993.

³⁶ Zur Bedeutung von Kompromissen im Gesetzgebungsverfahren, vgl. HELMUTH SCHULZE-FIELITZ, *Der politische Kompromiss als Chance und Gefahr für die Rationalität der Gesetzgebung, Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik* (Fn 2), S. 290ff., VERENA BÜCHLER-TSCHUDIN, *Demokratie und Kompromiss*, Basel/Stuttgart 1980, S. 54ff.

nen Ordnungen. Das Baugesetz darf diese vielen Regeln *nicht wiederholen oder darauf verweisen*, um einen vollständigen Überblick über das anwendbare Recht zu geben. Das Gesetz würde dadurch nicht nur so umfangreich, dass es kaum mehr lesbar wäre, sondern es würde auch bald unrichtig oder es müsste ständig revidiert werden, wenn die wiedergegebenen Bestimmungen aus anderen Erlassen geändert werden. Zudem bestünde ein erhebliches Risiko, dass es zu Widersprüchen zwischen wiederholenden und wiederholten Normen oder zu Auslegungsproblemen bei abweichenden Formulierungen kommt. Vor allem hätte der Versuch, mit dem Baugesetz umfassend über das geltende Recht (einschliesslich des Bundesrechts) zu informieren, zur Folge, dass der Gesetzgeber eine Vielzahl von Regelungen beschliessen müsste, ohne das Recht zu haben, daran etwas zu ändern - eine Situation, die m.E. den Mitgliedern des Parlaments und den Stimmberechtigten kaum erklär- und zumutbar wäre!³⁷

Nach dem Konzept der Vorlage sollte das Baugesetz deshalb nur Anordnungen mit *selbständigem normativem Gehalt* enthalten, die in die Kompetenz des Kantons fallen. Von der *Wiederholung* bundesrechtlicher oder kantonaler Vorschriften, die ebenfalls den Bereich der Raumplanung, des Bauwesens oder des Umweltschutzes betreffen, wurde grundsätzlich *abgesehen*. Der Gesetzesentwurf knüpfte an solche Normen nur an, verwies darauf oder behielt sie vor, wenn dies zum Verständnis der betreffenden Regelung oder zur Klarstellung des Verhältnisses mehrerer, den gleichen Gegenstand erfassender Vorschriften unerlässlich schien³⁸.

Der Regierungsrat bekannte sich klar zum Grundsatz, dass der Gesetzgeber *normieren, nicht informieren* soll. Es sei nicht Sache des Gesetzgebers, darüber zu orientieren, welche weiteren Normen neben den im Gesetz enthaltenen auch noch Anwendung finden könnten. Diese Aufgabe hätten Leitfäden oder Erläuterungen, wissenschaftliche Kommentare und vor allem die sachkundigen Stellen des Kantons und der Gemeinden

³⁷ Ablehnend gegenüber Wiederholungen auch SCHNEIDER (Fn 26), S. 245; ebenso die von der Regionalkonferenz der Regierungen der Nordwestschweiz am 14. Juni 1974 beschlossenen und vom Regierungsrat des Kantons Aargau am 24. Juni 1974 genehmigten Richtlinien der Gesetzestchnik (1. Teil, C., III.) und die vom Regierungsrat des Kantons Zürich am 26. September 1979 erlassenen Richtlinien zur Gesetzestchnik (VIII., 2.).

³⁸ Vgl. Botschaft des Regierungsrates (Fn 7), S. 7.

durch Erteilung von Auskünften zu erfüllen³⁹. Im Rahmen der Einführung des neuen Baugesetzes ist deshalb vorgesehen, zur Information über die Neuerungen Handbücher, Anleitungen, Checklisten und Register auszuarbeiten, die auch den Zugang zu den mit dem Baugesetz zusammenhängenden Regelungen in anderen Erlassen erleichtern sollen⁴⁰.

Die Konzentration auf Regelungen mit normativem Gehalt konnte in den parlamentarischen Beratungen *nicht vollständig beibehalten* werden. Der Grosse Rat wünschte aus Gründen der "*Allgemeinverständlichkeit*"⁴¹, manchmal auch zur Betonung eines wichtigen, aber sich schon aus dem Bundesrecht ergebenden Prinzips gewisse *Wiederholungen* oder *Erläuterungen* informativen Charakters⁴², strebte jedoch ebenfalls keine eigentliche Informationsfunktion des Gesetzes an.

6. Regelungskonzept und Selbstverständnis des Gesetzgebers - ein Kommunikationsproblem?

Wie schon ausgeführt, gelang es nicht, das der Totalrevision zugrundeliegende Konzept vollständig zu verwirklichen. Vor allem die Ziele, die Regelungsdichte wesentlich abzubauen und sich auf instrumentale Regelungen mit eigenständigem normativem Gehalt zu beschränken, wurden nur teilweise erreicht. Dass es zu solchen "*Verwässerungen*" von *Konzepten* kommt, ist in einem Prozess der politischen Willensbildung und Entscheidungsfindung, der Konsens durch Kompromiss anstrebt, bis zu einem gewissen Grade *unvermeidlich*. Parlamentarische Beratungen führen fast immer zu zusätzlichen Regelungen, weil das Parlament eine

³⁹ Botschaft des Regierungsrates (Fn 7), S. 7.

⁴⁰ Siehe hinten, 7.4.

⁴¹ Zu diesem vieldeutigen Begriff habe ich Stellung genommen in: Adressatengerechtigkeit und Allgemeinverständlichkeit - der Verständnishorizont des Adressaten als Kriterium der Gesetzessprache, in: Heinz Schäffer/Otto Triffterer (Hrsg.), *Rationalisierung der Gesetzgebung*, Baden-Baden 1984, S. 35ff., und Rechtskenntnis und Gesetzessprache, in: *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 549ff.

⁴² Z.B. die Umschreibung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit raumplanerischer Massnahmen in § 2 BauG oder des Inhalts der Richtplanung in § 8 BauG.

Vorlage der Regierung offenbar nur dann auch zu der seinen machen kann, wenn es ihr etwas "Eigenes" hinzufügt.

Es gab aber bei der Totalrevision des aargauischen Baugesetzes m.E. noch einen *weiteren Grund* dafür, dass bei der Realisierung des Konzepts Abstriche gemacht werden mussten. Die Grundsatzentscheide über Regelungsdichte und Regelungsart gingen von einer *bestimmten Vorstellung über Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung gesellschaftlicher Entwicklungen durch Rechtsetzung* im allgemeinen⁴³ und durch kantonales Raumplanungs- und Baurecht im besonderen aus. Man war sich in der Expertengruppe und im Regierungsrat einig darüber, dass die *Wirksamkeit gesetzgeberischer Massnahmen* gerade im Bereich der Raumplanung, des Bauwesens und des Umweltschutzes relativ *gering* ist, und dass es für den Grad der Verwirklichung der politischen Ziele ganz wesentlich auf die *Qualität der Umsetzung*, des Vollzugs der Gesetze ankommt. Zudem ist der Spielraum für eigenständige kantonale Normierungen angesichts des dichten Regelungsnetzes auf Bundesebene beschränkt; ein kantonales Baugesetz hat sich einzufügen in die bundesrechtlichen Vorgaben auf dem Gebiet der Raumplanung, des Umwelt- und des Natur- und Heimatschutzes; seine primäre Aufgabe besteht darin, für eine *effektive, den kantonalen Gegebenheiten Rechnung tragende Ausführung des Bundesrechts* zu sorgen.

Diese realistische Einschätzung der Möglichkeiten des Gesetzgebers, das Verhalten der Adressaten zu beeinflussen, und die Erkenntnis, dass das Bundesrecht für kantonale Regelungen wenig Raum lässt, konnte *den*

⁴³ Zum Bedeutungswandel der Rechtsetzung als soziales Steuerungsmittel siehe die Beiträge in: DIETER GRIMM (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990, namentlich von KLAUS GÜNTHER, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts*, S. 51ff., ERNST-HASSO RITTER, *Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat*, S. 69ff. und GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, *Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht*, S. 217ff.; vgl. ferner HELMUT HELSTER / WALTRAUD HOCHREIN, *Gesellschaftsgestaltendes Recht und überlieferte Gesetzgebungskunst*, ZG 1988, S. 22ff., THEO OEHLINGER, *Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen*, in: Theo Oehlinger (Gesamtredaktion), *Methodik der Gesetzgebung*, Wien/New York 1982, S. 22ff. FRANZ-XAVER KAUFMANN, *Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht*, *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik* (Fn 2), S. 65ff. Die Grenzen der Leistungsfähigkeit normativer Regelungen und der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen überhaupt zeigt auch die Evaluationsforschung auf (s. dazu die Hinweise in Fn 30).

Mitgliedern des Parlamentes zuwenig vermittelt werden. In der Botschaft des Regierungsrates⁴⁴ ist zwar deutlich darauf hingewiesen und in den Kommissions- und Plenumsberatungen immer wieder daran erinnert worden. Der Glaube der Politikerinnen und Politiker an die "Macht des Gesetzes" oder vielleicht eher an die "Machbarkeit durch Gesetz" liess sich aber dadurch kaum erschüttern. Dass viele Probleme der Raumplanung oder des Umweltschutzes durch die Statuierung von Ge- und Verboten oder die Umschreibung von Zielen in Gesetzen nicht gelöst werden können, sondern erst durch konkrete Massnahmen der Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, die einen entsprechenden politischen Willen, angemessene finanzielle und personelle Mittel, eine geeignete Organisation usw. voraussetzen, wurde nicht genügend klar gesehen. Die Mitglieder des kantonalen Parlamentes konnten nicht davon überzeugt werden, dass ein kantonaler Gesetzgeber sich eigentlich darauf konzentrieren sollte, optimale Rahmenbedingungen für die Umsetzung des Bundesrechts und die Realisierung politischer Zielsetzungen zu schaffen, also Instrumente und Verfahren bereitzustellen (und dass schon dies eine sehr anspruchsvolle Aufgabe ist). Vielleicht fehlte es auch weniger an der Einsicht in die beschränkten Fähigkeiten des Gesetzgebers zur Problemlösung als am Willen, nach dieser Einsicht zu handeln ...

Die Realisierung eines Gesetzgebungskonzeptes setzt also voraus, dass allen am Gesetzgebungsprozess beteiligten Organen und der Öffentlichkeit rechtzeitig die dem Konzept zugrundeliegende Vorstellung über die Funktion des Gesetzes vermittelt wird. Diese *Informations- und Kommunikationsaufgabe* muss schon zu Beginn der Gesetzgebungsarbeiten in Angriff genommen und während des ganzen Entscheidungsprozesses erfüllt werden; es muss aber auch möglich sein, Änderungen am Konzept vorzunehmen, wenn sich aus der öffentlichen Diskussion ergibt, dass darüber kein Konsens zu erzielen ist.

Im nachhinein muss wohl festgestellt werden, dass bei der Totalrevision des aargauischen Baugesetzes die *Kommunikation über das Regelungskonzept vernachlässigt* wurde, obwohl ein Mitglied der Expertengruppe⁴⁵ frühzeitig auf dieses Informationsbedürfnis aufmerksam gemacht hatte.

⁴⁴ A.a.O. (Fn 7), S. 6f.

⁴⁵ Dr. Markus Meyer, ehemaliger Stadtammann von Aarau und Mitglied des Grossen Rates.

Nicht auszuschliessen ist allerdings, dass sich die Auffassung des Gesetzgebers über seine Rolle, insbesondere seine Fähigkeit, künftiges Geschehen zu programmieren und politische Zielsetzungen zu verwirklichen, trotz intensiver Kommunikation nicht im Hinblick auf ein bestimmtes Gesetzgebungsverfahren ändern lässt, sondern nur im Rahmen eines allmählichen und grundlegenden *Wandels des Selbstverständnisses des Gesetzgebers* möglich ist.

7. Einführung des neuen Rechts

Eine der anspruchsvollsten und oft zuwenig ernst genommenen Aufgaben ist die Einfügung des neuen Rechts in die bestehende Rechtsordnung und dessen Umsetzung durch Erlass von Ausführungsrecht, Information der Betroffenen, Ausbildung der mit der Anwendung betrauten Organe und durch andere Hilfen, die den Übergang vom bisherigen zum neuen Recht erleichtern.

7.1 Schaffung des Übergangsrechts

Die Anpassung des geltenden an das neue Recht setzt eine sorgfältige *Aufnahme des rechtlichen Ist-Zustandes*, der *Schnittstellen* von altem und neuem Recht und der *Auswirkungen des neuen Rechts* auf die bisherige Ordnung voraus. Hierauf ist zu prüfen, welche *bestehenden Vorschriften aufgehoben oder geändert* werden müssen, damit die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gewahrt bleibt und der Übergang vom alten zum neuen Recht möglichst reibungslos vonstatten geht⁴⁶.

Mit dem Problem des Übergangsrechts zum total revidierten Baugesetz befasste sich ein Ausschuss der Expertengruppe. Er legte einen Vor-

⁴⁶ Näheres dazu bei MARKUS BÖCKEL, *Instrumente der Einpassung neuen Rechts in die Rechtsordnung*, Berlin 1993, und in meinem Beitrag "Die Einführung neuer Rechtsnormen in die bestehende Rechtsordnung", in: Kurt Eichenberger / Walter Buser / Alexandre Métraux / Paul Trappe (Hrsg.), *Grundfragen der Rechtssetzung*, Basel 1978, S. 369ff.; zum Einführungs- oder Übergangsrecht vgl. insbesondere ALFRED KÖLZ, *Intertemporales Verwaltungsrecht*, ZSR 1983 II, S. 224ff.

schlag vor, der vor allem die *Wirkungen des neuen Rechts auf bestehende Pläne und Vorschriften sowie auf hängige Verfahren* regelte⁴⁷.

Die Eruierung aller möglichen Kollisionen zwischen altem und neuem Recht, welche einer übergangsrechtlichen Regelung bedürfen, setzt nicht nur umfassende *Rechtskenntnisse* und grosse *Erfahrungen* in der Rechtsanwendung voraus, sondern vor allem *Vorstellungskraft, Gründlichkeit und Ausdauer*: Es gibt meines Wissens keine andere Methode zur Erarbeitung des Übergangsrechts als diejenige, jede einzelne Vorschrift des neuen Rechts daraufhin zu prüfen, ob sie sich auf unter dem alten Recht begründete Rechtsverhältnisse, eingeleitete Verfahren oder erlassene Vorschriften in einer Weise auswirkt, die aus Gründen der Verhältnismässigkeit, des Vertrauensschutzes oder der Rechtsklarheit eine besondere Regelung notwendig macht. Ob es gelungen ist, alle übergangsrechtlich relevanten Sachverhalte zu erfassen, wird sich erst in einigen Jahren feststellen lassen.

Die vom Grossen Rat dem Entwurf hinzugefügten Übergangsbestimmungen⁴⁸ füllen keine "Lücken" der Übergangsordnung, sondern tragen sehr speziellen politischen Anliegen Rechnung und gehören eher in den Bereich der "*Alibi-Gesetzgebung*"⁴⁹.

7.2 Konzept der Einführungsmassnahmen

Für die nach der Annahme des neuen Baugesetzes notwendigen Massnahmen zur Einführung hat das Baudepartement ein Konzept entwickelt, das am 16. Juni 1993 vom Regierungsrat genehmigt worden ist. Es sieht die *sofortige Inkraftsetzung* der §§ 39, 40, 165 und (teilweise) 167 des Baugesetzes vor, damit möglichst rasch die gesetzlichen Grundlagen für

⁴⁷ §§ 151 und 152 des Entwurfs vom 21. Mai 1990, §§ 168 - 170 des BauG vom 19. Januar 1993.

⁴⁸ § 170 Abs. 2 betreffend Einweisung von Grundstücken, die bei der Anpassung von Nutzungsplänen an das RPG von der Bauzone ausgeschlossen werden müssen, in eine "Übergangszone", und § 170 Abs. 5 betreffend Bemessung der Entschädigung für unter altem Recht einer Grünzone oder einer Zone für öffentliche Bauten zugeteilte Grundstücke (die Bundesrechtmässigkeit dieser Bestimmung ist umstritten).

⁴⁹ Dazu HARALD KINDERMANN, Symbolische Gesetzgebung, in: *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik* (Fn 2), S. 234ff.

den Erlass von Ausführungsbestimmungen auf verschiedenen Gebieten zur Verfügung stehen und die der Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung dienenden Änderungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes wirksam werden⁵⁰. Die übrigen Vorschriften des Baugesetzes sollen im ersten Quartal des Jahres 1994 in Kraft treten, wenn das notwendige Ausführungsrecht geschaffen worden ist.

Das Konzept gliedert die weiteren Massnahmen zur Einführung des neuen Gesetzes in den Erlass des Ausführungsrechts, die Information und Ausbildung sowie die Organisation, insbesondere die Schaffung der für den Vollzug des Gesetzes notwendigen neuen Stellen⁵¹. Es ist m.E. sehr zu begrüessen, dass die Einführungsarbeiten in dieser Weise geplant, auf bestimmte Ziele ausgerichtet und aufeinander abgestimmt worden sind.

7.3 Erarbeitung des Ausführungsrechts

Methodisch ideal wäre die *Vorbereitung des Ausführungsrechts parallel zur Redaktion und Beratung des Gesetzesentwurfs*. Ein solches Vorgehen würde es erlauben, die Aufteilung des Regelungstoffes auf die verschiedenen Regelungsstufen systematisch und präzise vorzunehmen und laufend anzupassen, Bedürfnisse nach gesetzlichen Ermächtigungen, Zuweisungen und Vorbehalten rechtzeitig zu erkennen und das Gesetz unverzüglich nach seiner Annahme samt den notwendigen Vollzugserlassen in Kraft zu setzen. Allerdings müsste verhindert werden, dass die Entwürfe für die Ausführungserlasse des Regierungsrates vom Grossen Rat im Rahmen der Gesetzesberatungen "mitbeurteilt" würden, was eine Verletzung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung bedeuten würde; solche Entwürfe zu Ausführungserlassen könnten nur als Beurteilungsgrundlage dienen beim Entscheid darüber, ob und in welcher Form eine

⁵⁰ Man kann sich darüber streiten, ob diese Staffelung der Inkraftsetzung richtig war, da sie im Widerspruch zum Grundsatz der Rechtsklarheit steht und nur einen relativ geringen Zeitgewinn bringt (siehe auch KÖLZ (Fn 46), S. 232, wonach im Regelfall ein neuer Erlass gesamthaft in Kraft zu setzen ist und die stufenweise Inkraftsetzung nur in engen Grenzen als subsidiäres Mittel verwendet werden soll).

⁵¹ Z.B. die kantonale Stelle, welche nach § 64 BauG für die Koordination der Verfahren zu sorgen hat, wenn für ein Bauvorhaben mehrere Bewilligungen oder Zustimmungen notwendig sind.

Regelung ins Gesetz aufgenommen oder auf der Stufe der Verordnung erfolgen soll.

Den an der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs Beteiligten fehlten - wie meistens - die Zeit, Kraft und wohl auch die Motivation, um gleichzeitig - im ungewissen darüber, ob das Gesetz jemals in Kraft treten wird - auch noch Entwürfe für die Ausführungserlasse zu erstellen. Auf Wunsch der vorberatenden Kommission wurde während der zweiten Lesung des Gesetzes einzig eine Regelung über Fristen für die Behandlung von Gesuchen und Rechtsmitteln entworfen; im übrigen entstand im Laufe der Gesetzesberatungen bloss eine *Liste der ausführungsbedürftigen Gesetzesbestimmungen*.

Angesichts der grossen Zahl der zu schaffenden Ausführungserlasse drängt sich auch hier eine *Staffelung* auf: In erster Priorität werden diejenigen erarbeitet, welche für die Anwendung des Gesetzes unerlässlich sind und deshalb bei seinem Inkrafttreten vorliegen müssen; hierauf sollen die übrigen Dekrete und Verordnungen entworfen und verabschiedet werden.

Das Baudepartement hat den mit der Ausarbeitung der Entwürfe beauftragten Arbeitsgruppen verschiedene Ziele gesetzt und zu prüfende Gesichtspunkte genannt, also dem Ausführungsrecht wiederum eine Art *Gesetzgebungskonzept* zugrundegelegt. So wurde insbesondere verlangt, der "Deregulierungsgewinn" des Gesetzes dürfe nicht durch Ausführungsrecht zunichte gemacht werden; es seien deshalb nur die für die Ausführung des Gesetzes notwendigen Vorschriften zu erlassen und keine neuen Anliegen zu verwirklichen. Die Bestimmungen seien knapp und klar zu formulieren; die Wiederholung von Gesetzesbestimmungen sei verboten.

7.4 Information und Ausbildung

Das Baudepartement will die Einführung des Rechts dadurch erleichtern, dass es über die Neuerungen durch Publikationen und Referate *informiert* und die mit der Anwendung des Gesetzes betrauten Personen in der kantonalen Verwaltung, den Regionalplanungsgruppen und den Gemeinden, allenfalls auch die Angehörigen bestimmter Berufe (Rechtsanwälte,

Architekten, Ingenieure usw.) in besonderen Veranstaltungen *instruiert*. Es sollen *Hilfsmittel für die Anwendung* des Baugesetzes wie Handbücher, eine Zusammenstellung sämtlicher für das Bauwesen einschlägiger Erlasse des Bundes und des Kantons, Register, welche den Vergleich des alten und des neuen Rechts ermöglichen, Checklisten, Anleitungen, Muster für Pläne und Erlasse der Gemeinden sowie für Verträge und Verfügungen (z.B. die neuerdings durch die Gemeinden zu treffenden Einspracheentscheide) und weitere Vollzugshilfen erarbeitet werden. Grosses Gewicht wird auf die *laufende Beratung* vor allem der Gemeinden bei der Erfüllung der Aufgaben gelegt, die sich durch die Anpassung an das neue Recht ergeben.

Das Baudepartement betont zu Recht, dass nicht nur über die Neuerungen orientiert, sondern auch aufgezeigt werden muss, dass im Sinne der vom Gesetzgeber angestrebten *Kontinuität* vieles *unverändert* bleibt.

Es ist erfreulich, dass das Baudepartement diese für die erfolgreiche Umsetzung des neuen Gesetzes ausserordentlich wichtige Information und Ausbildung ernst nimmt, ist sie doch eine wesentliche Voraussetzung für die Effektivität des neuen Rechts.