GUTACHTEN

zu Handen der

SCHWEIZERISCHEN BAU-, PLANUNGS- UND UMWELTDIREKTIONEN-KONFERENZ (BPUK)

betreffend

BUNDESKOMPETENZEN IM RAUMPLANUNGSBEREICH

erstellt von

PROF. DR. FELIX UHLMANN, LL.M., ADVOKAT
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH
KONSULENT IM ADVOKATURBÜRO WENGER PLATTNER

DR. BEAT STALDER
RECHTSANWALT
ADVOKATURBÜRO WENGER PLATTNER

6. Mai 2015

INHALTSVERZEICHNIS

I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG 3

II. BUNDESKOMPETENZEN IM BEREICH DER RAUMPLANUNG 4

1. Theorie und Praxis 4
2. Begriff der Grundsatzkompetenz 6
3. Besonderheiten von Art. 75 BV 8
4. Weitere Verfassungsbestimmungen 10
5. Ersatzvornahme des Bundes? 11
6. Synthese 12

III. AUSGEWÄHLTE REVISIONSVORSCHLÄGE 15

1. Art. 5a E-RPG: Raumentwicklungsstrategie Schweiz 15
2. Art. 11 Abs. 2 E-RPG: Verbindlichkeit der Richtpläne 17
3. Art. 25 Abs. 4 E-RPG: Kantonale Zuständigkeiten 18
4. Art. 38b E-RPG: Festlegung der funktionalen Räume durch den Bundesrat 19

IV. GESAMTWÜRDIGUNG UND FAZIT 21

I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG

1 Der Bundesrat hat am 5. Dezember 2014 die Vernehmlassung über die zweite Etappe der Revision des Raumplanungsgesetzes eröffnet. Ziel der Revision ist ein besserer Schutz des Kulturlandes, eine frühzeitigere Abstimmung der Verkehrs- und Energieinfrastrukturen auf die Raumentwicklung sowie die Förderung der grenzüberschreitenden Raumplanung, um gegen die Zersiedelung der Schweiz vorzugehen. Überdies werden die Bestimmungen über das Bauen ausserhalb der Bauzonen neu gegliedert und besser strukturiert, ohne dass dabei grundlegende inhaltliche Änderungen beabsichtigt sind. Die Vernehmlassung dauert bis Mitte Mai 2015.

2 Die Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) wird per Mitte Mai 2015 eine Stellungnahme zu den Revisionsvorschlägen einreichen. Sie beabsichtigt, sich darin auch zur Verfassungsmässigkeit der Vorlage des Bundesrates zu äussern. Im Vordergrund steht dabei Art. 75 BV. Art. 75 Abs. 1 BV räumt dem Bund eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz ein. Nach Meinung der BPUK hat der Bund seine Kompetenzen vorliegend überschritten.

3 Zur Abklärung der Kompetenzfrage hat die BPUK die Unterzeichnenden im Februar 2015 kontaktiert und anlässlich einer Besprechung Ende Februar 2015 um ein Rechtsgutachten gebeten. Die Plenarversammlung der BPUK hat den formellen Auftrag am 6. März 2015 einstimmig erteilt. Die Unterzeichnenden haben der BPUK am 31. März 2015 einen ersten Entwurf zugestellt, welcher im Hinblick auf die Plenarversammlung vom 30. April 2015 noch leicht überarbeitet wurde. Nach der Plenarversammlung vom 30. April 2015 wurde das Gutachten in die vorliegende Form gebracht.

II. BUNDESKOMPETENZEN IM BEREICH DER RAUMPLANUNG

1. Theorie und Praxis

4 Art. 75 BV räumt dem Bund auf dem Gebiet der Raumplanung eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz ein. Von verschiedener Seite wird festgestellt, dass der Bund seine Kompetenzen überschritten habe. So habe er bereits in der letzten Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vom 22. März 2013 "die Grundsatzgesetzgebung längst verlassen und sich etwa [...] mit Sattelkammern und Umkleideräumen für die Pferdehaltung oder Zäunen für die hobbymässige Tierhaltung beschäftigt" (ALAIN GRIFFEL, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – eine Zwischenbilanz, ZBl 115 [2014], S. 59 ff., 75). Beklagt wird eine "fragwürdige Tendenz des Bundesgesetzgebers, Einzelheiten baurechtlicher Natur in die Grundsatzgesetzgebung aufzunehmen und damit die Notwendigkeit einer landesweit einheitlichen Regelung zu bejahen" (ALEXANDER RUCH, Art. 75, in: Ehrenzeller Bernhard et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, Rz. 26). Zu Art. 18a RPG (Solaranlagen) wird festgehalten, die Bestimmung stelle einen "Dammbruch" dar (CHRISTOPH JÄGER, Art. 18a, in: Heinz Aemisegger et al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Loseblattsammlung, Zürich, Stand 2009, Rz. 5).

5 In den Erläuterungen zu den Gesetzesbestimmungen der Vernehmlassungsvorlage vom 5. Dezember 2014 (2. Etappe Revision RPG, im Folgenden: "Erläuterungen") wird die Verfassungsfrage nicht resp. nur am Rande behandelt (vgl. Erläuterungen, S. 11). Auch in der Botschaft zu einer Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vom 20. Januar 2010 (BBl 2010, 1049 ff.; im Folgenden "Botschaft RPG I) wird auf die verfassungsrechtlichen Aspekte nur kurz eingegangen. So wird festgehalten, der Bund habe "im Bereich der Raumplanung somit keine umfassende Gesetzgebungskompetenz, sondern [sei] auf die Festlegung von «Grundsätzen» beschränkt" (Botschaft RPG I, S. 1082). Er dürfe den Kantonen Vorgaben machen, die "aufzeigen, auf welche Ziele, mit welchen Instrumenten, mittels welcher Massnahmen und gestützt auf welche Verfahren die Raumplanung an die Hand genommen werden soll" (Botschaft RPG I, S. 1082). Es gebe in der Raumplanung "überdies eine Reihe wichtiger Fragen, die – ohne dass dadurch der Rahmen der Grundsatzgesetzgebung gesprengt würde – auch dichter normiert werden dürfen" (Botschaft RPG I, S. 1082). Dies gelte etwa für "Kernfestlegungen"

wie die Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet (Botschaft RPG I, S. 1082). Schliesslich dürfe "nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Frage nach dem Grundsatzcharakter von Vorschriften stets auch vor dem Hintergrund der Zeit zu beantworten" sei (Botschaft RPG I, S. 1082). Gedacht wird dabei an das Problem, dass "immer noch zu viel Boden verbraucht" werde (Botschaft RPG I, S. 1082).

Der Bundesrat konstatiert, dass "die Vernehmlassungsvorlage [RPG I] verbreitet als zu zentralistisch beurteilt [wurde und] nach Ansicht vieler Vernehmlasserinnen und Vernehmlasser in die verfassungsrechtlichen Kompetenzen der Kantone ein[greife]" (Botschaft RPG I, S. 1063). Eine vertiefte Behandlung unterbleibt indessen. Hinsichtlich der einzelnen Bestimmungen findet keine Prüfung der Verfassungsfrage statt – oder nur soweit, als der Bund eine bestimmte Aufgabe aus Kompetenzgründen nicht wahrzunehmen beabsichtigt (so Botschaft RPG I, S. 1069).

6 Auch in der Lehre wird die Frage der Verfassungsmässigkeit oft nicht vertieft geprüft (vgl. aber etwa JÄGER, a.a.O., Rz. 3 ff.; MARTIN GOSSWEILER, Vorbemerkungen zu «2. Die Raumentwicklung», §§ 8–31, in: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, Rz. 14 ff.; BEAT STALDER, Raumplanungsrecht, in: Markus Müller/Reto Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, S. 339 ff., 377 Fn. 8). Dies mag damit zusammenhängen, dass der Rechtszustand in der Raumplanung verbreitet als unbefriedigend erachtet wird (vgl. nur den bezeichnenden Titel des Sammelbandes ALEXANDER RUCH/ALAIN GRIFFEL [Hrsg.], Raumplanungsrecht in der Krise, Zürich 2008), was ein verstärktes Eingreifen des Bundes wünschbar erscheinen lassen könnte. Der Bund mag seine Kompetenzen auch deswegen "ausreizen", weil er eine Revision von Art. 75 BV politisch als nicht realistisch erachtet: "Die Vernehmlassung zum Entwurf zu einem neuen Raumentwicklungsgesetz hat nun aber deutlich gezeigt, dass eine Kompetenzverschiebung von den Kantonen zum Bund politisch derzeit kaum Aussicht auf Erfolg haben dürfte" (Botschaft RPG I, S. 1054).

7 Selbst wenn diese Prämissen zutreffen sollten, dispensiert dies den Bund nicht von einer sorgfältigen Prüfung seiner verfassungsrechtlichen Kompetenzen, dies umso mehr, als aufgrund von Art. 190 BV den Kantonen (und Privaten) gegen allfällige Übergriffe des Bundes kein wirksamer Rechtsschutz zur Verfügung steht. Die Prüfung hat in erster Linie *als Frage des Rechts* zu erfolgen. Die politische Beurteilung, dass eine verfassungsrechtliche Kompetenzerweiterung des Bundes nicht realisierbar erscheint, ändert an den be-

stehenden Bundeskompetenzen nichts. Ein allfälliger Missstand bei der Umsetzung des Raumplanungsrechts hat für die Kompetenzen des Bundes eine gewisse Bedeutung (vgl. unten Ziff. 21 ff.), führt aber nicht dazu, dass alle anderen Gesichtspunkte ausser Acht gelassen werden dürfen. Dementsprechend birgt die Formulierung des Bundes mindestens die Gefahr für Missverständnisse, wenn ausgeführt wird, die Frage nach dem Grundsatzcharakter von Vorschriften müsse "vor dem Hintergrund der Zeit" beantwortet werden (Botschaft RPG I, S. 1082). Unbestritten ist die zeitgemässe Auslegung von Verfassungsrecht. Unzulässig ist dagegen eine schleichende Kompetenzverschiebung zum Bund aus praktischen Überlegungen des politischen Tagesgeschäfts.

2. Begriff der Grundsatzkompetenz

8 Art. 75 Abs. 1 BV ermächtigt den Bund zur Festlegung der "Grundsätze der Raumplanung". Es handelt sich um eine *Grundsatzgesetzgebungskompetenz* des Bundes.

9 Teilweise wird der Begriff der "Rahmengesetzgebung" verwendet. Nach der hier vertretenen Auffassung sind Grundsatz- und Rahmengesetzgebung gleichbedeutend (so auch PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, § 20 Rz. 37). Der Begriff der "Grundsatzgesetzgebung" entspricht der Terminologie der Bundesverfassung. Einzuräumen ist, dass der Begriff "Rahmengesetzgebung" bildlich besser passt: "Die Bezeichnung Rahmengesetzgebung bzw. Rahmengesetzgebungskompetenz erweist sich aber auch als treffender als Grundsatzgesetzgebung oder Grundsatzgesetzgebungskompetenz. Während bei Grundsätzen die Betrachtungsweise hauptsächlich auf die einzelne Norm beschränkt bleibt, gelingt es mit der Umschreibung Rahmengesetzgebung besser, den Blick auf den gesamten Regelungsbereich zu richten. Die Vorstellung von einem Rahmen eignet sich viel eher zur Charakterisierung einer Regelungsverteilung, bei welcher der Bund das Gerüst einer durch die Kantone auszufüllenden Regelung schafft" (AUGUST MÄCHLER, Rahmengesetzgebung als Instrument der Aufgabenteilung, Diss., Zürich 1987, S. 49 f.). Der Begriff "Rahmengesetzgebung" vermeidet auch Missverständnisse mit Bezug auf die Abgrenzung zu den Grundätzen der Raumplanung als "Strukturbegriff" (RUCH, a.a.O., Rz. 30). Trotzdem soll im Folgenden in Übereinstimmung mit der gängigen Terminologie von Grundsatzgesetzgebung die Rede sein.

10 In der Sache zeichnet sich Grundsatzgesetzgebung dadurch aus, dass erstens weiterer Umsetzungsbedarf besteht, zweitens den Kantonen ein Regelungsbereich von substanziellem Gehalt verbleibt und drittens die Regelungsdichte tief ist (GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013 Rz. 387, 3. Spiegelstrich; FELIX UHLMANN, Gesetzgebungstechnische und -methodische Überlegungen, in: Felix Uhlmann [Hrsg.], Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Schriftenreihe des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Band 2, Zürich/St. Gallen 2013, S. 35 ff. S. 43; vgl. auch FELIX UHLMANN/FLORIAN FLEISCHMANN, Verfassungsgrundlage für polizeirechtliche Instrumente im Gebäudebereich, Rechtsgutachten im Auftrag des BAFU, 17. April 2014, Rz. 14, jeweils mit weiteren Hinweisen, z.T. hier und nachfolgend wörtlich übernommen). Die Grundsatzgesetzgebung des Bundes verlangt somit in aller Regel auf Stufe der Kantone weitere Normen, welche die Anwendung von Bundesrecht erst möglich machen. Sie bedarf der kantonalen Umsetzung in Gesetz und Verordnungen sowie des kantonalen Vollzugs.

11 Neben der Normdichte wird teilweise auch die *Normstufe* der Grundsatzgesetzgebung thematisiert. Der Verordnungsgeber dürfe "selbstverständlich nicht [...] tun, was dem Gesetzgeber verwehrt" sei (RICCARDO JAGMETTI, in: Jean-François Aubert et al. [Hrsg.], Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblattsammlung, Basel, Stand 1988, Art. 22^{quater} Rz. 109). Verordnungen sind nicht generell ausgeschlossen, doch habe der Bundesrat "grösste Zurückhaltung zu üben, sonst würde die vom Gesetzgeber im einzelnen vorgenommene und damit demokratisch legitimierte Grenzziehung zwischen bundesrechtlichen Grundsätzen und kantonalem Raumplanungsrecht umgangen" (JAGMETTI, a.a.O., Rz. 109).

12 Zu berücksichtigen ist, dass eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes nicht a priori ausschliesst, dass der Bund einzelne Bestimmungen "tief" oder "dicht" normiert und dem Kanton keinen oder einen geringen Umsetzungsspielraum lässt, wie dies etwa bei der Rodungsbewilligung (detaillierte Bestimmungen) im Waldgesetz (Grundsatzgesetzgebung) geschehen ist. Eine Grundsatzgesetzgebung kann "unter Umständen ins Detail gehen" (BGE 138 I 454 ff., 458 unter Zitierung eines früheren Urteils). In zentralen Regelungsbereichen darf der Bund über eine blosse Grundsatzgesetzgebung hinausgehen: "Es ist anerkannt, dass der Bundesgesetzgeber, wo besonders wichtige Probleme zu entscheiden sind oder klare Abgrenzungen auf eidge-

nössischer Ebene vorgenommen werden müssen, auch detaillierte Regeln erlassen darf" (BGE 128 I 254 ff., 265 E. 3.8.3). Entsprechend kann aus dem Begriff der "Grundsatzgesetzgebungskompetenz" noch nicht zwingend geschlossen werden, dass der Bund nicht in Einzelfällen eine vollständige, direkt anwendbare Regelung von erheblicher Verbindlichkeit schafft. Unbestritten ist, dass der Bund nicht flächendeckend eine "tiefe" Normierung erlassen und damit den Regelungsbereich der Kantone aushöhlen darf. Der Bund darf also sowohl Normen mit hohem Abstraktionsgrad setzen, welche die Konkretisierung den Kantonen überlassen, als auch einzelne Detailregelungen erlassen, sofern es sich um zentrale Anliegen handelt, die einer einheitlichen Regelung auf Bundesebene bedürfen.

3. Besonderheiten von Art. 75 BV

13 Der Begriff der Grundsatzgesetzgebung ist in Art. 75 Abs. 1 BV ohne Weiteres im Lichte dieser allgemeinen Ausführungen zu verstehen; er geht sogar auf die Aufnahme von Art. 22^{quater} in die Bundesverfassung von 1874 zurück (JAGMETTI, a.a.O., Rz. 101).

14 Die Regelung des Bundes soll genügend offen für einen Umsetzungsspielraum der Kantone bleiben. "Die Grundidee muss jene der verhältnismässig allgemeinen Fassung bleiben, also des hohen Abstraktionsgrades" (JAGMETTI, a.a.O., Rz. 106) resp. der "niedrigen Normdichte der Bundesvorschriften" (PETER HÄNNI, Planungs-, Bau und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 2002, S. 66). Die Gesetzgebung des Bundes strukturiert und leitet das kantonale Handeln, ohne es übermässig vorzubestimmen: "Der Bund formuliert [...] die verbindlichen Grundsätze und nennt den Kantonen Ziele, Instrumente, Massnahmen sowie Verfahren, mit denen sie die Raumplanung erledigen sollen" (FABIAN MÖSCHING, Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen, Diss., Bern 2014, S. 92); der Bund soll "markante, wegweisende Jalons für die weitere Entwicklung der Raumplanung bzw. des Raumplanungsrechts in der Schweiz" setzen (GOSSWEILER, a.a.O., Rz. 14). Das Bundesgericht fasst zusammen (BGE 139 II 271 ff., 275 E. 10): "Im Bereich der Raumplanung sind grundsätzlich die Kantone zuständig; dem Bund steht nur (aber immerhin) eine Grundsatz-Gesetzgebungskompetenz zu (Art. 75 Abs. 1 BV)."

15 Regeln soll der Bund, "was von landesweiter Bedeutung ist, was gesamtschweizerischer Harmonisierung bedarf oder wo es Mindestvorschriften allgemein braucht" (RUCH, a.a.O., Rz. 28). Nicht ausgeschlossen ist, dass der Bund "in Kernfragen, die einer einheitlichen Regelung bedürfen, unmittelbar

anwendbare Normen" erlässt, welche eine erhebliche Regelungstiefe aufweisen (MÖSCHING, a.a.O., S. 92). Dies hat der Bund etwa mit der einlässlichen Regelung der Ausnahmebewilligung für Bauten ausserhalb des Baugebietes in Art. 24 ff. RPG verwirklicht, was unter Art. 75 Abs. 1 BV grundsätzlich nicht zu beanstanden ist (MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 387, 3. Spiegelstrich). Die Regeln des Bundes sind in diesem Bereich "detailliert und i.d.R. abschliessend"; die Erteilung von Ausnahmebewilligungen ausserhalb der Bauzone gilt als Bundesaufgabe (BGE 139 II 271 ff., 275 E. 10).

16 Sachlich betrifft die Raumplanung "Ordnung der Bodennutzung (Flächennutzungsplanung) und die Koordination raumwirksamer Aufgaben (koordinative Raumplanung, Querschnittplanung)" (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., 246). Gerichtet ist sie auf eine "zweckmässige und haushälterische Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes" (Art. 75 Abs. 1 BV). Im Rahmen seiner Grundsatzgesetzgebung hat der Bund dieser Zielsetzung besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

17 Art. 75 Abs. 1 BV bekräftigt bereits im Wortlaut, dass die Raumplanung Sache der Kantone ist ("Diese obliegt den Kantonen [...]). An der Kompetenz des Bundes ändert sich durch diese Wendung nichts. Der Bund darf die Grundsätze festlegen, nicht aber selbst gestützt auf Art. 75 Abs. 1 BV eine "Bodennutzungsplanung vornehmen [...] Die Raumplanung ist wie bisher 'durch die Kantone zu schaffen' [...] Plansetzungsbefugnisse ergeben sich allenfalls aus einzelnen Sachkompetenzen des Bundes" (Botschaft neue Bundesverfassung, a.a.O., S. 246); "er kann und darf mithin keine behörden- oder grundeigentümerverbindlichen (nationalen) Raumpläne erlassen" (MARTIN LENDI, Art. 75 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, Rz. 24). Raumplanung ist damit "eine gemeinsame, aber klar getrennte Aufgabe von Bund und Kanton" (MÖSCHING, a.a.O., S. 92; LENDI, a.a.O., Rz. 24).

18 Die für die Raumplanung unerlässliche Koordination der Planungen ist in Art. 75 Abs. 2 BV angesprochen. Danach "fördert und koordiniert [der Bund] die Bestrebungen der Kantone und arbeitet mit den Kantonen zusammen." Damit wird das allgemeine Kooperationsgebot zwischen Bund und Kantonen bekräftigt (GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007, Art. 75 Rz. 7). Eine Kompetenzerweiterung des Bundes ist Art. 75 Abs. 2 nicht angelegt (RUCH, a.a.O., Rz. 38).

In diesem Sinne ist bei der Anwendung von Art. 75 BV – anders etwa als bei Art. 89 BV – im Wesentlichen dem allgemeinen Begriff der Grundsatzgesetzgebung zu folgen und es sind keine sachspezifischen Besonderheiten zu berücksichtigen.

4. Weitere Verfassungsbestimmungen

19 Das Raumplanungsrecht weist zu einer Vielzahl anderer Verfassungsbestimmungen einen engen Bezug auf. Viele andere Staatstätigkeiten haben Auswirkungen auf die Besiedlung des Raumes. Zu nennen sind Umweltschutz (Art. 74 BV), Wasser (Art. 76 BV), Natur- und Heimatschutz (Art. 78 BV), Verkehr (Art. 81 ff. BV), Energie (Art. 89 BV) etc. In diesen Bereichen verfügt der Bund zum Teil über weitergehende Kompetenzen, d.h. er ist nicht auf den Erlass einer Grundsatzgesetzgebung beschränkt. Punktuell geht die Kompetenz des Bundes auch in Fragen der Raumplanung weiter; zu nennen ist namentlich Art. 75b BV (Zweitwohnungen).

In Bereichen erweiterter Kompetenzen des Bundes kommt diese vielfach auch in Planfestsetzungen, also einem typischen Instrument der Raumplanung, zum Ausdruck. Entsprechend sind Sachpläne des Bundes (Art. 13 RPG) notwendig und verfassungsrechtlich geboten. Ebenso kann eine Sachkompetenz des Bundes Auswirkungen auf die kantonalen Planungen haben. Auch dies ist kompetenzrechtlich unbedenklich.

20 Als Gegengewicht zu kompetenzerweitertenden Bestimmungen der Bundesverfassung hat sich der Bund besondere Zurückhaltung zu auferlegen, soweit er in Bereichen angestammter Zuständigkeiten der Kantone legiferiert. Für die Raumplanung betrifft dies vor allem das kantonale *Baurecht* (vgl. dazu RUCH, a.a.O., Rz. 25 f.) sowie *Organisation und Vollzug* in den Kantonen. Der Schutz der kantonalen Organisationsautonomie ist in Art. 47 Abs. 2 BV ausdrücklich festgehalten. "Die kantonale Organisationshoheit ist ein zentrales Element des schweizerischen Föderalismus" (BGE 128 I 254 ff., 264 E. 3.8.2). Beim Erlass von Bundesrecht ist der Bund überdies aufgerufen, "den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit" zu belassen (Art. 46 Abs. 3 BV) – was auch für den Erlass einer Grundsatzgesetzgebung gilt. Allgemein ist der Grundsatz der *Subsidiarität* bundesrechtlichen Handelns zu beachten, wie dies Art. 43a Abs. 1 BV – wenn auch etwas unglücklich formuliert (BIAGGINI, a.a.O., Art. 43a Rz. 5) – zum Ausdruck bringt: "Der Bund übernimmt nur die Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen."

5. Ersatzvornahme des Bundes?

21 Zu prüfen bleibt, ob der Bund seine Kompetenzen weitergehend ausüben darf, wenn sich die Massnahmen der Kantone zur Durchsetzung von Bundesrecht als *ungenügend* erweisen (vgl. dazu und nachfolgend UHLMANN/FLEISCHMANN, a.a.O., Rz. 40 ff., z.T. hier übernommen). Es stellt sich die Frage, ob der Bund in dieser Konstellation zu Massnahmen befugt ist, die den Kompetenzbereich der Kantone betreffen.

22 Solche Kompetenzen nimmt der Bund verschiedentlich in Anspruch. So durchbricht er etwa die kantonale Organisationsautonomie, wenn die Kantone nicht rechtzeitig Behörden zur Durchsetzung von Bundesrecht schaffen (vgl. UHLMANN, a.a.O., S. 55 m.H. auf BGE 135 II 94, 104 E. 6.4). Angesprochen ist damit eine Art "Ersatzvornahme". Ersatzvornahme bedeutet allgemein, "dass die Verwaltungsbehörden vertretbare Handlungen, die von Verpflichteten nicht vorgenommen werden, durch eine amtliche Stelle oder einen Dritten auf Kosten der Pflichtigen verrichten lassen" (ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 1154). Im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen geht es um "die Erfüllung einer dem Kanton obliegenden Bundespflicht durch den Bund an Stelle und auf Kosten des säumigen Kantons" (TSCHANNEN, Staatsrecht, a.a.O., § 26 Rz. 30; TOBIAS JAAG, Gewährleistung der bundesstaatlichen Ordnung, in: Giovanni Biaggini et al. [Hrsg.], Staatsrecht, Zürich 2011, § 15 Rz. 40).

23 Die Ersatzvornahme des Bundes ist in verschiedenen Bundesgesetzen vorgesehen. So kann der Bundesrat nach Art. 37 RPG vorübergehende Nutzungszonen bestimmen, wenn ein Kanton trotz Fristansetzung seiner Planungspflicht nicht nachgekommen ist. Möglich ist eine Ersatzvornahme auch beim Erlass von kantonalen Vollzugs- und Einführungsbestimmungen zu Bundesgesetzen: Erfüllt ein Kanton seine Pflicht zum Erlass solcher Bestimmungen nicht fristgerecht, so erlässt der Bundesrat eine Verordnung, welche bis zum Inkrafttreten der kantonalen Regelungen gilt (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012, Rz. 1235). Eine solche Möglichkeit ist etwa in Art. 53 SchlT ZGB vorgesehen. Umstritten ist, ob auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung der Bund zur Ersatzvornahme berechtigt ist (in diese Richtung TSCHANNEN, Staatsrecht, a.a.O., § 26 Rz. 32; JAAG, a.a.O., § 15 Rz. 40; HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 1236; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1159; kritisch BIAGGINI, a.a.O., Art. 49 Rz. 25).

24 In jedem Fall bedarf eine Ersatzvornahme eines eigentlichen Umsetzungs- oder Vollzugsdefizits auf Seiten des Kantons resp. der Kantone. Der Bund ist sowohl gesetzgeberisch als auch in der konkreten Anwendung dem Verhältnismässigkeitsprinzip verpflichtet (Art. 5 Abs. 2 BV). Dies bedeutet namentlich, dass seine Massnahmen nicht weiter als erforderlich gelten dürfen und dass der Eingriff in die kantonale Souveränität durch das Anliegen des Bundes gerechtfertigt erscheint. Eine Ersatzvornahme des Bundes sollte die Ausnahme bleiben: "Nur in Ausnahmefällen wird die kantonale Vollzugsordnung durch das Bundesrecht mitbestimmt" (BGE 134 I 125 ff., 129 E. 2.2.). Das Bundesgericht hält zusammenfassend für das Raumplanungsrecht fest (BGE 128 I 254 ff., 265 E. 3.8.2; ähnlich Urteil 2C_1130/2013 vom 23. Januar 2015 E. 2.4): "Eingriffe in die kantonale Organisationsautonomie sind nur zulässig, wenn sie für die Sicherstellung einer richtigen und rechtzeitigen Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone notwendig und verhältnismässig sind. Dies setzt eine Abwägung zwischen der Verpflichtung des Bundes, für eine adäquate Aufgabenerfüllung zu sorgen, einerseits und der Organisations- und Verfahrenshoheit der Kantone andererseits voraus."

6. Synthese

25 Versucht man die vorliegenden Gesichtspunkte zusammenzuführen, so ist aus unserer Sicht Folgendes festzuhalten:

26 Zu prüfen ist zunächst, ob der Bund einen bestimmten Regelungsbereich nur in *Grundsätzen* regelt, also dass weiterer gesetzgeberischer Umsetzungsbedarf besteht und den Kantonen Regelungsmöglichkeiten von substanziellem Gehalt verbleiben. Betrifft eine solche Regelung den Bereich der Raumplanung, ist sie von der Kompetenz des Bundes in Art. 75 Abs. 1 BV grundsätzlich abgedeckt.

27 Geht die Regelung weiter, ist zu prüfen, ob sich der Bund dabei auf *andere Kompetenzbestimmungen* der Bundesverfassung abstützen kann. Zu denken ist insbesondere an die Kompetenzen des Bundes in den Bereichen Zweitwohnungen, Umweltschutz, Energie etc. In diesen (Grenz-)Bereichen sind dem Bund weitergehende Regelungen erlaubt, sofern die entsprechenden Kompetenznormen dem Bund mehr Befugnisse als eine blosse Grundsatzgesetzgebung zusprechen.

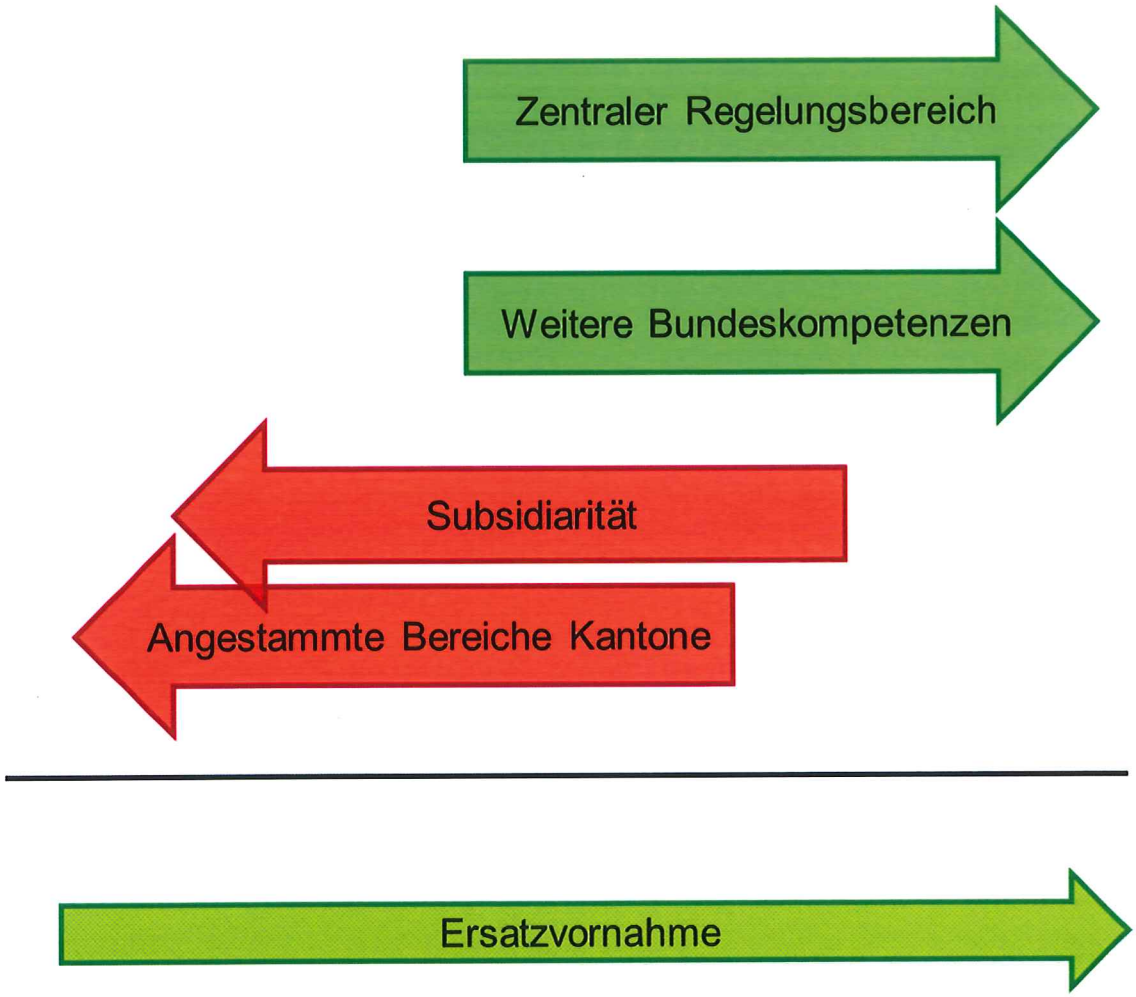
28 Sind dem Bund die Regelungen gestützt auf die Grundsatzkompetenz nach Art. 75 Abs. 1 BV erlaubt, allenfalls flankiert und ergänzt durch weitere

Kompetenzbestimmungen der Bundesverfassung, ist einschränkend zu prüfen, ob die Normen dem Gesichtspunkt der *Subsidiarität* der Inanspruchnahme bundesrechtlicher Kompetenzen hinreichend Rechnung tragen. Der Bund hat besondere Zurückhaltung zu üben, wenn er in *angestammte Bereiche der Kantone* eingreift. Zu denken ist an das kantonale Baurecht, das kantonale Organisationsrecht und den kantonalen Vollzug. Zu letzterem gehören im Bereich der Raumplanung auch die Plansetzungsbefugnisse der Kantone. Hier bedarf es einer überzeugenden Begründung, weshalb der Bund seine Kompetenz ausschöpfen muss und weshalb er den Kantonen nicht eine "möglichst grosse Gestaltungsfreiheit" (Art. 46 Abs. 3 BV) belassen kann.

29 Kommt man zum Schluss, dass die bundesrechtlichen Regelungen den Kompetenzrahmen überschreiten, sei es, dass die Regelung des Bundes von hoher Dichte und Bestimmtheit ist und den Kantonen kaum mehr Regelungsmöglichkeiten lässt, sei es, dass die Regelung des Bundes in angestammte Regelungsbereiche der Kantone eingreift, ist dies unter dem Blickwinkel bundesrechtlicher Grundsatzregelung noch nicht per se verfassungswidrig. Der Bund ist befugt, einzelne Bereiche "dicht" resp. "tief" zu regeln. Dies setzt aber einerseits voraus, dass die Regelung ein *zentrales Anliegen* des Bundes betrifft, der Bund also sicherstellen will und sicherstellen muss, dass in diesem Bereich klare gesetzliche Vorgaben des Bundes bestehen. Andererseits müssen solche Eingriffe *punktuell* bleiben. Dies erfordert auch eine Gesamtbetrachtung der Regelungen des Bundes im entsprechenden Rechtsbereich. Der Bund überschreitet seine Grundsatzgesetzgebungskompetenz, wenn er regelmässig "dicht" resp. "tief" normiert.

30 Ausnahmsweise ist schliesslich an eine Ersatzvornahme des Bundes zu denken. In diesen Bereichen ist ein Eingriff in die kantonalen Kompetenzbereiche denkbar, soweit dies zu Durchsetzung einer Bundesaufgabe notwendig erscheint, weil die korrekte Umsetzung im Kanton unterblieben ist.

31 Grafisch lassen sich diese Gesichtspunkte wie folgt darstellen:


Zentraler Regelungsbereich
Weitere Bundeskompetenzen
Subsidiarität
Angestammte Bereiche Kantone
Ersatzvornahme

III. AUSGEWÄHLTE REVISIONSVORSCHLÄGE

1. Art. 5a E-RPG: Raumentwicklungsstrategie Schweiz

32 In Art. 5a E-RPG schlägt der Bundesrat eine Bestimmung über die "Raumentwicklungsstrategie Schweiz" vor (Randtitel). Gemäss Art. 5a Abs. 1 E-RPG sollen Bund, Kantone und Gemeinden gemeinsam "eine Strategie für die räumliche Entwicklung der Schweiz" erarbeiten. Diese Strategie stellt eine "Entscheidungshilfe bei der Erfüllung raumwirksamer Aufgaben auf allen drei Staatsebenen" dar (Art. 5 Abs. 2 E-RPG). Auf ihrer Grundlage "erarbeitet der Bund in enger Zusammenarbeit mit den Kantonen und Gemeinden, insbesondere auch Städten seine Agglomerationspolitik und seine Politik für die ländlichen Räume und die Berggebiete", wobei er "den funktionalen Verflechtungen innerhalb und zwischen den betroffenen Gebieten Rechnung" trägt (Art. 5 Abs. 3 E-RPG).

33 Die Raumentwicklungsstrategie soll der besseren Koordination der "Raumentwicklung des Landes auf allen Ebenen" dienen (2. Etappe Revision RPG, Erläuterungen zu den Gesetzesbestimmungen vom 5. Dezember 2014, im Folgenden: "Bericht", S. 8). Es handle sich "um eine Entscheidungshilfe [...], die rechtlich nicht verbindlich ist" (Bericht, S. 8; vgl. auch Art. 9 lit. a E-RPG). Allerdings wird erwartet, dass die Raumentwicklungsstrategie "von Bund, Kantonen, Städten und Gemeinden konkretisiert und umgesetzt" wird (Bericht, S. 8). Überdies wird von einer "Selbstbindung" der Beteiligten ausgegangen (Bericht, S. 8).

34 Eine kompetenzrechtliche Beurteilung der vorliegenden Bestimmung ist nicht einfach, weil die Rechtsnatur der Raumentwicklungsstrategie unscharf bleibt. Sie wird einerseits als "rechtlich nicht verbindlich" bezeichnet, andererseits ist von "Umsetzung" und "Selbstbindung" die Rede.

Ist die Raumentwicklungsstrategie tatsächlich unverbindlich, so ist sie Ausdruck der bereits im Verfassungstext angelegten und von den Beteiligten erwarteten Koordination (Art. 75 Abs. 2 BV). In diesem Fall fragt sich, weshalb es dafür einer Festlegung im Gesetz bedarf. Der Bundesrat weist selbst darauf hin, dass mindestens teilweise die entsprechende Bemühungen bereits im Gange sind (Raumkonzept Schweiz, vgl. Bericht S. 8; vgl. zu früheren gesetzgeberischen Vorstössen im Rahmen eines Bundesgesetzes über die Raumentwicklung STEFAN SCHERLER/CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Bau- und Planungsrecht in: Walter Fellmann/Thomas Poledna [Hrsg.], Aktuelle An-

waltspraxis 2009, Bern 2009, S. 899 ff., 906). Auch die Verpflichtung zur Mitwirkung an der Erarbeitung eines letztlich unverbindlichen Instruments wäre erklärungsbedürftig.

35 Denkbar ist aber auch eine Lesart, bei welcher der Raumentwicklungsstrategie durchaus rechtliche Relevanz zukommt. Dafür spricht der Begriff der "Selbstbindung", welchen der Bundesrat verwendet (Bericht, S. 8). Durchgesetzt werden könnte die Raumentwicklungsstrategie etwa über die Genehmigung der kantonalen Richtpläne, welche im Rahmen der vorliegenden Revision ebenfalls einer stärkeren Kontrolle des Bundes zugeführt werden sollen (vgl. unten Ziff. 39 ff.). Dementsprechend erscheint die Rechtsnatur mindestens doppeldeutig.

Geht man von höherer Verbindlichkeit aus, so greift der Bund über dieses Element in die Richtplanung der Kantone ein, und dies nicht nur durch die Vorgabe von Grundsätzen, sondern durch eigene Planungsmassnahmen. So wird im Sachplan Verkehr, Teil Infrastruktur Schiene, Anpassungen und Ergänzungen 2015, S. 8, (http://www.bav.admin.ch/aktuell/vernehmlassung/04758/04777/index.html?lang=de) nunmehr offen von einer "gemeinsamen Planung" gesprochen, die durch die Revision des Raumplanungsgesetzes ermöglicht werden soll ("Die aktuelle Vorlage zur Teilrevision des Raumplanungsgesetzes sieht vor, die Raumentwicklungsstrategie Schweiz als Gemeinsame Planung rechtlich zu verankern."). Dieser Eindruck wird verstärkt durch die explizite Schaffung einer "gesetzlichen Grundlage für die Agglomerationspolitik sowie die Politik für die ländlichen Räume und die Berggebiete des Bundes" (Art. 5 Abs. 3 E-RPG). Eine eigentliche "Politik" des Bundes ist mehr als blosses Koordinieren, sondern erscheint als *aktives Mitwirken an der Raumplanung der Kantone*. Solche Umsetzungshandlungen sind im Bereich einer Grundsatzgesetzgebung den Kantonen vorbehalten. In der Tat wird für die Raumplanung festgehalten, dass Regelungsbereiche und Verantwortlichkeiten von Bund und Kantonen getrennt sind; Raumplanung ist "eine gemeinsame, aber klar getrennte Aufgabe von Bund und Kanton" (MÖSCHING, a.a.O., S. 92; oben Ziff. 17).

36 Für eine unmittelbare Planungstätigkeit des Bundes sind keine verfassungsmässigen Kompetenzen ersichtlich. Zutreffend ist, dass der Bund bei seinem Handeln auf die möglichen Auswirkungen auf Städte, Agglomerationen und Berggebiete Rücksicht nehmen muss (Art. 50 Abs. 2 u. 3 BV). Daraus ergeben sich aber keine neuen Bundeskompetenzen (BIAGGINI, a.a.O., Art. 50 Rz. 8; ausführlich zu den – komplexen – verfassungsmässigen und gesetzli-

chen Grundlagen THIERRY TANQUEREL, Le cadre institutionnel des agglomérations en Suisse, in: Thierry Tanquerel et al. [Hrsg.], Les agglomérations, Zürich 2015, S. 9 ff., 14 ff.). Zulässig und verfassungsrechtlich gefordert ist, dass der Bund dort, wo er aufgrund anderer Verfassungsbestimmungen über Kompetenzen verfügt, auf Städte, Agglomerationen und Berggebiete Rücksicht nimmt. Zu denken ist an die Sachplanung des Bundes (Verkehr, Energie etc.). Eine allgemeine Agglomerationsstrategie ist dadurch aber nicht gedeckt.

37 Auch eine allgemeine Raumpolitik des Bundes ist unter dem Blickwinkel einer Grundsatzkompetenz verfassungsrechtlich heikel. Dies gilt umso mehr, als der Bund dadurch *aktiv Einfluss auf den Vollzug* in den Kantonen nimmt, also auf einen Bereich, in welchem den Kantonen eine grosse Autonomie zukommt. Zuzugeben ist vorliegend, dass die Grenzen einer Koordination und einer gemeinsamen Politik nur schwer zu ziehen ist. Die vorgeschlagenen Instrumente gehen unseres Erachtens aber zu weit.

38 Art. 5a E-RPG erscheint im Lichte der verfassungsrechtlichen Kompetenzen sehr heikel, dies mindestens dann, wenn dem Instrument eine gewisse Verbindlichkeit zugesprochen wird. Ein Grund für eine Ersatzvornahme des Bundes ist weder ersichtlich noch wird solches vorgebracht.

2. Art. 11 Abs. 2 E-RPG: Verbindlichkeit der Richtpläne

39 Gemäss Art. 11 Abs. 1 RPG genehmigt der Bundesrat die Richtpläne und ihre Anpassungen. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Richtpläne "diesem Gesetz entsprechen", genauer wohl: wenn sie "alles einschlägige Bundesrecht beachten" (PIERRE TSCHANNEN, Art. 11, in: Heinz Aemisegger et al., Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Loseblattsammlung, Zürich, Stand 1999, Rz. 10). Die Prüfung ist differenziert durchzuführen je nachdem ob innerkantonale, überkantonale oder grenzüberschreitende Planinhalte zu prüfen sind (ausführlich TSCHANNEN, Art. 11, a.a.O., Rz. 22 ff.). Zur Angemessenheitskontrolle ist der Bund nicht befugt; er soll aber im Rahmen der Rechtmässigkeitskontrolle volle Prüfungsdichte walten lassen (TSCHANNEN, Art. 11, a.a.O., Rz. 11 f.).

40 Nach geltendem Recht ist die Genehmigung durch den Bundesrat nur teilweise konstitutiv, nämlich dort, wo Richtpläne für Bund und die Nachbarkantone relevant werden (Art. 11 Abs. 2 RPG). Art. 11 Abs. 2 E-RPG will dies insofern ändern, als Richtpläne generell erst mit der Genehmigung durch den

Bundesrat verbindlich werden. Begründet wird dies mit der Gefahr voreiliger Nutzungsplanung in den Kantonen (Bericht, S. 16).

41 Die vorgeschlagene Regelung stellt eine Verstärkung eines bestehenden Mittels der Bundesaufsicht (Genehmigung) dar. Dies ist im Rahmen einer Grundsatzgesetzgebung grundsätzlich möglich. Allerdings muss der Eingriff in die kantonale Planungsautonomie sachlich gerechtfertigt sein; die Regelung des Bundes muss im Lichte des Subsidiaritätsprinzips als notwendig erscheinen. Dies ist in erster Linie eine Sachfrage, die im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nur begrenzt beantwortet werden kann. Es wäre vertieft abzuklären, ob die voreilige Nutzungsplanung der Kantone im Lichte späterer Korrekturen des Richtplanes durch den Bundesrat tatsächlich als Problem erscheint oder nicht. Wenn nicht, geht der Eingriff des Bundesgesetzesgebers zu weit resp. erscheint nicht als verhältnismässig.

3. Art. 25 Abs. 4 E-RPG: Kantonale Zuständigkeiten

42 Art. 25 Abs. 4 E-RPG legt fest, dass eine kantonale Stelle "über die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und einer Ersatzvornahme ausserhalb der Bauzonen" entscheidet. Im Ergebnis wird den Kantonen vorgeschrieben, dass sie die entsprechenden baupolizeilichen Aufgaben nicht mehr den Gemeinden delegieren können. Der Bundesrat hält in diesem Zusammenhang fest, dass der Zuständigkeitsbereich der kantonalen Behörden verstärkt werden soll, "um eine rechtsgleiche Durchsetzung der Bestimmungen über das Bauen ausserhalb der Bauzonen zu gewährleisten" (Bericht, S. 32).

43 Die Regelung betrifft eine klassische Frage der Raumplanung, ergänzende verfassungsrechtliche Kompetenzen des Bundes sind nicht ersichtlich. Klar erscheint auch, dass die vorliegende, verfahrensrechtlich präzise Anordnung über eine typische Norm der Grundsatzgesetzgebung hinausgeht.

44 Weniger eindeutig ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit. Der Bund kann für sich in Anspruch nehmen, dass das Bauen ausserhalb der Bauzonen eine zentrale Frage des Raumplanungsrechts darstellt, welche der Bund "tief" und "bestimmt" regeln kann. Die Kompetenz des Bundes zum Erlass der entsprechenden materiellen Bestimmungen ist denn auch grundsätzlich unbestritten (vgl. oben Ziff. 15). Heikel ist der Eingriff in das kantonale Verfahrensrecht. Dadurch wird die kantonale Organisationsautonomie tangiert, also ein Bereich, in welchem sich der Bund besondere Zurückhaltung auferlegen sollte.

Der Eingriff wiegt nicht leicht, weil die Gestaltung des Verhältnisses des Kantons zu seinen Gemeinden zu den Kernfragen der kantonalen Staatstruktur gehört. Dies anerkennt auch die Bundesverfassung (Art. 50 Abs. 1 BV). Die Bestimmung des Bundes erscheint auch insofern weitgehend, als sie mindestens implizit es den Kantonen nicht zutraut, in diesem Bereich eine hinreichende Aufsicht über ihre Gemeinden zu organisieren. Zu den Zielen einer früheren Fassung von Art. 25 Abs. 2 RPG hielt das Bundesgericht fest (BGE 128 I 254 ff., 262 E. 3.5; bestätigt in BGE 132 II 21 ff., 28 E. 3.2.1): "Hauptzweck der Bestimmung ist eine einheitliche und rechtsgleiche Behandlung von Ausnahmegesuchen innerhalb des Kantonsgebiets [...] Überdies sollen Ausnahmebewilligungen von einer fachlich kompetenten Behörde, unabhängig von Pressionen und persönlichen Abhängigkeiten erteilt werden." Aus unserer Sicht ist Art. 25 Abs. 4 E-RPG verfassungsrechtlich problematisch. Sollte der Bund an dieser Bestimmung festhalten, müsste er zeigen, dass nur eine kantonale Stelle den materiellen Vorschriften von Art. 24 ff. RPG zum Durchbruch verhelfen kann. Dieses wird im Bericht nicht vorgebracht.

4. Art. 38b E-RPG: Festlegung der funktionalen Räume durch den Bundesrat

45 In Art. 38b E-RPG schlägt der Bundesrat eine neue Übergangsbestimmung vor. Diese lautet: "Liegen für funktionale Räume, die überkantonal einer gemeinsamen Planung bedürfen, innerhalb von fünf Jahren nach der Genehmigung des kantonalen Richtplans durch den Bundesrat die erforderlichen Planungen nicht vor, so können diese unter Federführung des Bundes auf Kosten der pflichtigen Gemeinwesen erarbeitet und beschlossen werden." Der Bundesrat führt aus, dass "griffige Übergangsbestimmungen [...] oft der Schlüssel zu einem konsequenten Gesetzesvollzug" seien (Bericht, S. 34).

46 Bereits heute kann der Bund die Planungen der Kantone prüfen (Art. 11 RPG; vgl. oben Ziff. 37 ff.). Er erwartet gemäss Vernehmlassungsvorlage, dass in den Planungen der Kantone die Raumentwicklungsstrategie berücksichtigt wird – deren unsichere Verbindlichkeit bereits diskutiert wurde (vgl. oben Ziff. 32 ff.). Liegen innert der Frist von Art. 38b E-RPG die entsprechenden Planungen nicht vor, kann der Bundesrat (im überkantonalen Bereich) eingreifen.

47 Die Bestimmung ist eine typische *Ersatzvornahme des Bundes*. Verfassungsrechtliche Kompetenzen des Bundes zum Erlass kantonaler Richtpläne bestehen nicht. In der Sache hält der Bundesrat selber fest, dass er "die Zuordnung von Gebieten zu funktionalen Räumen aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht selber vornehmen" kann (Bericht, S. 11). In der Tat handelt es sich dabei klarerweise um eine kantonale Aufgabe.

48 Damit kann sich der Bund in diesem Bereich einzig auf die Notwendigkeit einer bundesrechtlichen Ersatzvornahme berufen. Ein solche ist nicht à priori ausgeschlossen (vgl. oben Ziff. 21 ff). Verfassungsrechtliche Bedenken weckt vorliegend die Kombination verschiedener Instrumente (Raumentwicklungsstrategie, Planungspflicht, Genehmigung etc.), welche in ihrer Gesamtheit den Eindruck vermitteln, dass sich die Bundesaufgabe von der verfassungsrechtlich vorgesehenen Koordination der Planung (Art. 75 Abs. 2 BV) und dem Erlass von Grundsatzbestimmungen (Art. 75 Abs. 1 BV) hin zu einer bundesrechtlichen Leitung und Führung der Raumplanung entwickelt ("Politik"). Ob dies wünschbar ist oder nicht, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. Verfassungsrechtlich vorgesehen ist es nicht.

49 Bereits aus diesen Überlegungen erscheint die Ersatzvornahme des Bundes problematisch. Ob sie sachlich gerechtfertigt wäre, hängt von einer weitergehenden Analyse des Zustands der kantonalen Planungen ab. Der Bund ist insbesondere an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden, womit zu zeigen wäre, Frist und Sanktion zur Durchsetzung des Bundesrechts tatsächlich notwendig sind. Die Begründungslast liegt beim Bund.

50 Zu fragen ist schliesslich, ob die Pflicht zur Planung in funktionalen Räumen *an sich* verfassungsrechtlich zulässig ist. Die Verpflichtung auf funktionale Räume findet sich in Art. 1 Abs. 2 lit. c^{bis} E-RPG. Räume gelten als "funktional", wenn sie "wirtschaftlich, gesellschaftlich oder ökologisch eng miteinander verflochten sind und sich gegenseitig ergänzen" (Art. 1 Abs. 3 E-RPG). Das Denken in solchen Räumen mag raumplanerisch sinnvoll sein; in seiner verpflichtenden Form rührt es aber an der Aufteilung der Planungsräume in Kantonen und Gemeinden. Der funktionale Raum wird zur Planungseinheit. Dies trifft die kantonale Zuständigkeit in ihrem Kern, so dass bereits der Ansatz des Bundes verfassungsrechtlich heikel erscheint.

IV. GESAMTWÜRDIGUNG UND FAZIT

51 Die vorstehend untersuchten Revisionsvorschläge zeigen, dass die bundesrechtlichen Kompetenzen in allen Bereichen heikel erscheinen. Ihre abschliessende Beurteilung hängt vielfach auch mit fachlichen Fragen zusammen, die im Zusammenhang mit einem Rechtsgutachten nicht umfassend geprüft werden können.

52 Feststellen lässt sich, dass sich die Vernehmlassungsunterlagen des Bundes nicht resp. nicht in genügender Form zur Frage der Verfassungsmässigkeit äussern. Soweit es insbesondere um klare Eingriffe in kantonale Kompetenzen geht, fehlt es an einer Begründung, weshalb ein solcher Eingriff zur Durchsetzung des Bundesrechts als notwendig und verhältnismässig erscheint.

53 Eine Prüfung der Kompetenzen des Bundes im Raumplanungsrecht ist zugegebenermassen aufwändig – dies mindestens dann, wenn man der vorliegend vorgeschlagenen oder einer ähnlichen Methodik folgt (vgl. oben, Ziff. 25 ff.). Die Prüfung ist grundsätzlich für jede neue Bestimmung einzeln durchzuführen, was den Umfang eines Vernehmlassungsberichts resp. einer Botschaft zu sprengen vermag. Auffällig und problematisch ist jedoch, dass auch bei kompetenzrechtlich heiklen Bestimmungen kaum Ausführungen zur Reichweite des Bundes zu finden sind. Fragen der Bundeskompetenz werden und wurden im Raumplanungsrecht nur kursorisch behandelt. Die Steuerungskraft von Art. 75 BV ist in diesem Sinne in Frage gestellt; in diesem Sinne sind wohl einzelne lakonische Äusserungen in der Lehre zu verstehen (vgl. oben Ziff. 6).

54 In den Ausführungen des Bundes zu seinen Kompetenzen im Raumplanungsrecht fehlt auch eine *Gesamtbetrachtung* (vgl. dazu auch oben Ziff. 29). Eine solche kann im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht geleistet werden. Notwendig wären ein sorgfältiger Vergleich der eidgenössischen mit den kantonalen Regelungen sowie eine Identifikation aller Bereiche, in denen eine "dichte" oder "tiefe" Regelung des Bundes angezeigt erscheint. Immerhin sollen vorliegend einige Hinweise aufgenommen werden.

55 Auffällig ist zunächst die blosse *Quantität* des Bundesrechts. Dies gilt erst recht, wenn sich der Blick nicht nur auf das Raumplanungsgesetz, sondern auch auf das dazugehörige Verordnungsrecht richtet. Die bundesrechtliche

Regelung nimmt sich im Raumplanungsbereich kaum kürzer aus als in Bereichen mit umfassender Bundeskompetenz.

56 Entscheidender als die blosse Quantität ist die Art und Weise der Normierung. Im Raumplanungsrecht des Bundes finden sich viele Bestimmungen, die sich ohne Zweifel als Grundsatznormen qualifizieren lassen. In vielen Bestimmungen ist das kantonale Gesetzesrecht "mitgedacht" resp. geht der Bundesgesetzgeber offensichtlich davon aus, dass der kantonale Gesetzgeber noch weitere Rechtsnormen erlassen muss, um die bundesrechtliche Regelung "anwendungstauglich" zu machen. Allerdings finden sich im Gesetz und vor allem in der Raumplanungsverordnung zuhauf auch Beispiele dichter und bestimmter Normierungen, die den Kantonen kaum oder keinen Umsetzungsspielraum lassen. Auffällig ist auch eine Häufung von Bestimmungen, welche auf das kantonale Verfahren und die kantonale Organisation abzielen. Die Raumplanungsverordnung enthält eine Vielzahl detaillierter Bestimmungen. Ein derart starke Intervention des Verordnungsgebers erscheint *per se* schon problematisch (vgl. oben Ziff. 11).

57 Im Rahmen einer kursorischen Durchsicht scheint es, dass die Beispiele dichter und bestimmter Normierung vor allem jüngeren Datums sind. Oft wird eine ursprüngliche Grundsatzbestimmung durch neueres Bundesrecht auf Gesetzes- und Verordnungsstufe weiter ausgeführt. Damit findet eine Verlagerung vom kantonalen hin zum eidgenössischen Recht statt. Nicht untersucht wurde vorliegend das kantonale Recht. Interessant wäre, ob die Ausdehnung des Bundesrechts auf Kosten angestammter Regelungsbereiche der Kantone gegangen ist oder ob sich Bund und Kantone gemeinsam neue Regelungsbereiche erschlossen haben.

58 Im Ergebnis entsteht damit der Eindruck, dass der Bund sowohl in den näher untersuchten Einzelbereichen als auch im Raumplanungsrecht insgesamt den Bereich der Grundsatzgesetzgebung verlassen hat. Für eine abschliessende Würdigung müssten einerseits (interdisziplinär) die Notwendigkeit weitreichenderer Bundesregelungen untersucht werden. Andererseits erschiene eine ausführliche Gesamtwürdigung des Raumplanungsrechts des Bundes unter Art. 75 BV angezeigt.

* * *

Prof. Dr. Felix Uhlmann Dr. Beat Stalder