Urteilskopf

91 I 39

8. Urteil vom 17. Februar 1965 i.S. Stadtgemeinde Ilanz gegen Kleiner Rat des Kantons Graubünden.
Regeste (de):
Gemeindeautonomie. Art. 40 Abs. 2 bünd. KV.

Umfang der den bündnerischen Gemeinden zustehenden Autonomie auf dem Gebiete der Rechtsetzung, insbesondere beim Erlass von Bauordnungen. Der Kleine Rat darf die Genehmigung einer Gemeindebauordnung nur verweigern, soweit sie gegen zwingendes Bundes- oder kantonales Recht oder gegen die Eigentumsgarantie verstösst, was nicht zutrifft für die Bestimmung, dass die zur Zeit des Inkrafttretens der Bauordnung noch nicht erledigten Baugesuche den neuen Vorschriften unterliegen.

Regeste (fr):
Autonomie communale. Art. 40 al. 2 Cst. grisonne.

Etendue de l'autonomie des communes grisonnes pour édicter des actes législatifs, en particulier des ordonnances sur les constructions. Le Conseil d'Etat ne peut refuser d'approuver une ordonnance communale sur les constructions que si elle viole des dispositions impératives de droit fédéral ou cantonal ou si elle est contraire à la garantie de la propriété. Tel n'est pas le cas d'une disposition selon laquelle les demandes de permis de construire non encore liquidées lors de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les constructions sont régies par les dispositions nouvelles.

Regesto (it):
Autonomia comunale. Art. 40 cpv. 2 Cst. grigionese.

Estensione dell'autonomia dei comuni grigionesi per emanare atti legislativi, in particolare ordinanze sulle costruzioni. Il Piccolo Consiglio può rifiutare l'approvazione di una ordinanza comunale sulle costruzioni soltanto quando essa violi disposizioni imperative di diritto federale o cantonale oppure la garanzia della proprietá, ciò che non è il caso per una disposizione secondo cui le domande di permesso di costruire non ancora decise al momento dell'entrata in vigore dell'ordinanza sulle costruzioni soggiacciono alle nuove prescrizioni.

Sachverhalt ab Seite 39

BGE 91 I 39 S. 39

A.- Das bündn. Baugesetz (BG) vom 6. Mai 1894 enthielt keine materiellen baupolizeilichen Vorschriften, sondern beschränkte sich darauf, die Gemeinden zu ermächtigen, im "Interesse der Feuer- und Gesundheitspolizei sowie auch des Verkehrs und der Verschönerung der Ortschaften zweckentsprechende Bauordnungen aufzustellen", welche der Genehmigung des Kleinen Rates bedürfen (Art. 1).

BGE 91 I 39 S. 40

Das bündn. Bau- und Planungsgesetz (BPG) vom 26. April 1964, das am 1. Juli 1964 in Kraft getreten ist und durch das das Baugesetz vom 6. Mai 1894 aufgehoben wurde (Art. 15), bestimmt im Abschnitt über die "Bauvorschriften der Gemeinden" in "Art. 1. Die Gemeinden sind unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des eidgenössischen und kantonalen Rechts befugt, im Interesse der geordneten baulichen Entwicklung, der zweckmässigen Nutzung des Bodens, der Erhaltung des Kulturlandes, des Schutzes von Orts- und Landschaftsbildern, der Wahrung des Gemeinwohles und der Gesundheit der Einwohner Bau- und Nutzungsvorschriften zu erlassen. Art. 2. Die Gemeinde, die solche Vorschriften erlässt, hat eine Bauordnung aufzustellen, die durch Bebauungs- und Nutzungspläne ergänzt werden kann. Die Bauordnungen und die Bebauungs- und Nutzungspläne bedürfen der Genehmigung des Kleinen Rates." Die weiteren Bestimmungen dieses Abschnittes umschreiben näher, was Inhalt dieser Gemeindeerlasse sein kann (Art. 3-5).

B.- Die Einwohnerversammlung der Stadtgemeinde Ilanz nahm am 4. August 1964 eine neue Bauordnung (BO) an, die mit der Annahme in Kraft trat (Art. 76) und in Art. 75 unter dem Randtitel "Übergangsrecht" bestimmt: "Alle zur Zeit des Inkrafttretens der Bauordnung durch den Stadtrat noch nicht erledigten Baugesuche unterliegen den neuen Vorschriften." Am 4. September 1964 unterbreitete der Stadtrat Ilanz diese neue Bauordnung dem Kleinen Rat des Kantons Graubünden. Dieser genehmigte sie durch Beschluss vom 2. November 1964, wobei er jedoch 5 Änderungen verfügte, darunter in Ziff. 1 lit. e: "Art. 75 wird gestrichen".

C.- Gegen diesen ohne Begründung eröffneten Beschluss des Kleinen Rates hat der Stadtrat Ilanz namens der Stadtgemeinde staatsrechtliche Beschwerde erhoben mit dem Antrag, Ziff. 1 lit. e sei aufzuheben. Es wird Verletzung der Gemeindeautonomie geltend gemacht.

D.- Der Kleine Rat beantragt Abweisung der Beschwerde, soweit und sofern darauf eingetreten werden könne, und führt zur Begründung im wesentlichen aus: Streitigkeiten aus Baupolizeirecht könnten an den Kleinen Rat und von diesem an den Grossen Rat weitergezogen werden, wobei beiden Behörden

freie Kognition zustehe. In ihrer Rekurspraxis hätten es beide Behörden stets als unzulässig betrachtet, die Genehmigung eines Baugesuchs während einer Revision der Bauordnung aufzuschieben und das Gesuch nachher nach dem neuen Recht zu beurteilen; vielmehr sei immer eine die Behandlung der Baugesuche für ein ganzes Gebiet aufschiebende Bausperre zu erlassen, wie sie Art. 5 BPG vorsehe. Im Hinblick auf diese Rekurspraxis sei dem Art. 75 der neuen BO von Ilanz die Genehmigung verweigert worden, denn eine Diskrepanz zwischen Genehmigungs- und Rekurspraxis wäre nicht zu verantworten. Die hiegegen erhobene Beschwerde sei übrigens gegenstandslos, da von den 5 am 4. August 1964 in Ilanz hängigen Baugesuchen 4 noch im August rechtskräftig erledigt worden seien, während die an den Kleinen Rat weitergezogene Sache Casura in jedem Falle nach altem Recht behandelt worden wäre.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Befugnis des Stadtrates Ilanz, namens der Stadtgemeinde die vorliegende staatsrechtliche Beschwerde zu erheben, wird vom Kleinen Rat mit Recht nicht bestritten. Dem Stadtrat steht nach § 10 lit. d der Stadtverfassung vom 4. April 1931 die Vertretung der Stadtgemeinde vor Gerichten und Behörden zu. Zudem ist er nach § 9 oberste vollziehende Behörde der Stadt, und als solche ist er nach der Praxis auch ohne eine derartige ausdrückliche Ermächtigung befugt, staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie

zu erheben (BGE 52 I 359Erw. 1).

2. Die staatsrechtliche Beschwerde setzt grundsätzlich ein aktuelles praktisches Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids voraus (BGE 87 I 244 Erw. 2 mit Verweisungen). Der Kleine Rat scheint der Beschwerdeführerin ein solches Interesse absprechen zu wollen, wenn er die Beschwerde deshalb als "gegenstandslos" bezeichnet, weil der von ihm gestrichene Art. 75 BO keine Anwendungsfälle mehr habe. Dass dieser Vorschrift keine praktische Bedeutung mehr zukomme, ist indes nicht dargetan. Einmal ist das von Giachen Casura am 26. Juni 1964 eingereichte und von der Baubewilligungsbehörde von Ilanz am 18. August 1964 behandelte

Baugesuch, auf das Art. 75 BO zutrifft, noch nicht rechtskräftig erledigt, da die Beschwerdeführerin den Entscheid vom 9. November 1964, durch den ein Rekurs Casuras gegen die Verfügung der Baubewilligungsbehörde vom Kleinen Rat teilweise gutgeheissen worden ist, an den Grossen Rat weitergezogen hat. Davon abgesehen gilt eine Bestimmung, wonach die bei Inkrafttreten einer Bauordnung noch nicht erledigten Baugesuche den neuen Vorschriften unterliegen, nicht nur für das Inkrafttreten des Erlasses selbst; sie ist, unmittelbar oder analog, auch anwendbar bei Teilrevisionen der Bauordnung sowie beim Erlass und bei der Abänderung von Zonen- und Quartierplänen. Art. 75 BO ist auch nicht etwa deshalb bedeutungslos, weil die Gemeinde in diesen Fällen eine vorübergehende Bausperre verfügen kann, zumal da Art. 5 BPG so wenig wie Art. 13 Abs. 2 BO vorsieht, nach welchem Recht ein Gesuch zu beurteilen ist, das vor oder während der Sperre eingereicht, aber erst nachher behandelt wird.

3. Der angefochtene Entscheid, durch den der Kleine Rat die BO der Stadtgemeinde Ilanz änderte, trifft diese in ihrer Eigenschaft als Trägerin öffentlicher Gewalt, nämlich als Gesetzgeberin. In dieser Eigenschaft ist sie zur staatsrechtlichen Beschwerde nur befugt, soweit sie Verletzung ihrer Autonomie geltend macht (Art. 89 I 111 Erw. 1 mit Verweisungen). Dies ist denn auch die einzige Rüge, die mit der vorliegenden Beschwerde erhoben wird. Die Gemeindeautonomie bedeutet die Zuständigkeit der Gemeinde zur selbständigen Erfüllung gewisser öffentlicher Aufgaben. Eine Gemeinde ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts insoweit autonom, als ihr durch Verfassung oder Gesetz freies Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung eingeräumt ist und sie dieses Ermessen frei von staatlicher Kontrolle betätigen darf (BGE 89 I 111 Erw. 2 und dort zitierte frühere Urteile). Dass die Ermessenskontrolle ein geeignetes Kriterium zur Bestimmung des Umfangs der Autonomie sei, ist in der Rechtslehre freilich bestritten worden (LIVER ZBl 1949 S. 40 ff., HUBER ZBJV 1964 S. 339 und 419). Wie es sich damit verhält, braucht nicht geprüft zu werden, da die vorliegende Beschwerde sich auch dann als begründet erweist, wenn man an jenem Kriterium festhält.

4. Nach Art. 40 Abs. 2 KV steht den Gemeinden "das Recht der selbständigen Gemeindeverwaltung mit Einschluss

der niedern Polizei" zu und sind sie "befugt, die dahin einschlagenden Ordnungen festzusetzen, welche jedoch den Bundes- und Kantonsgesetzen und dem Eigentumsrecht Dritter nicht zuwider sein dürfen". Daraus folgt, wie das Bundesgericht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Kleinen Rates schon wiederholt festgestellt hat, dass die bündnerischen Gemeinden auch das Recht zur Gesetzgebung haben und dass dieses Recht sachlich

nur insoweit beschränkt ist, als es sich nicht auf Materien, die der kantonale oder eidgenössische Gesetzgeber an sich gezogen hat, erstrecken kann und das von den Gemeinden gesetzte Recht weder gegen Bundes- oder Kantonsgesetze noch gegen das Eigentumsrecht Dritter verstossen darf (nicht veröffentlichte Urteile vom 17. Dezember 1952 i.S. Jenny Erw. 2 b sowie vom 10. Oktober 1956 und 15. Mai 1957 i.S. Stadtgemeinde Chur Erw. 4 bzw. 3). a) Der kantonale Gesetzgeber hat das öffentliche Baurecht noch immer nicht umfassend geregelt. Von den 6 Artikeln des "Kantonalen Baugesetzes" von 1894 bezogen sich die (schon im Jahre 1958 aufgehobenen) Art. 2-6 auf die Enteignung, während Art. 1 sich im wesentlichen darauf beschränkte, die Gemeinden zum Erlass von Bauordnungen zu ermächtigen. Auch das "Bau- und Planungsgesetz" von 1964 enthält keine baupolizeilichen Vorschriften, sondern ermächtigt die Gemeinden zum Erlass von Bauordnungen und deren Ergänzung durch Bebauungs- und Nutzungspläne. Es umschreibt aber in den hierauf bezüglichen Art. 1-5 etwas eingehender als das Baugesetz von 1894, was Inhalt dieser Gemeindeerlasse sein kann. Daraus geht klar hervor, dass die Rechtsetzung auf dem Gebiete des öffentlichten Baurechts nicht vom Kanton in Anspruch genommen worden ist, sondern weiterhin zum eigenen Wirkungskreis der Gemeinden gehört und damit in den Bereich der ihnen unmittelbar durch Art. 40 Abs. 2 KV gewährleisteten Autonomie fällt. Die Gemeinde entscheidet frei, ob sie eine Bauordnung erlassen will, und bestimmt auch ihren Inhalt. Verzichtet sie auf den Erlass einer Bauordnung, so greift weder kantonales Recht Platz noch ist der Kanton befugt, an ihrer Stelle eine Bauordnung zu erlassen. b) An dieser Autonomie der Gemeinde auf dem Gebiete des Baurechts wird auch dadurch, dass ihre Bauordnungen zwar nicht nach Art. 40 KV, aber nach Art. 2 Abs. 2 BPG der Genehmigung des Kleinen Rates unterliegen, nichts geändert,

sofern die Erteilung der Genehmigung nicht im freien Belieben des Kleinen Rates steht. Das ist jedoch nicht der Fall. Aus Art. 2 Abs. 2 BPG ist nicht zu entnehmen, wieweit der Kleine Rat die ihm vorzulegenden Gemeindebauordnungen überprüfen und unter welchen Voraussetzungen er ihre Genehmigung verweigern darf. Der Kleine Rat beansprucht "freie Kognitionsbefugnis" und begründet dies damit, dass ihm auch bei der Behandlung von Rekursen in Baupolizeisachen freie Überprüfung zustehe. Ob letzteres der Fall ist, kann dahingestellt bleiben. Daraus, dass die kantonalen Rekursbehörden die Auslegung und Anwendung des von der Gemeinde gesetzten Rechtes frei überprüfen dürfen, würde keineswegs folgen, dass die Genehmigung des betreffenden Gemeinderechts im freien Ermessen der Genehmigungsbehörde liegt, denn es ist sehr wohl möglich, dass die Autonomie auf dem Gebiete der Rechtsetzung weiter geht als auf dem Gebiete der Rechtsanwendung (BGE 89 I 113 lit. b und dort zit. Urteil vom 4. Oktober 1961 i.S. Gemeinde Poschiavo). Der Umfang der Überprüfung bestimmt sich vielmehr nach Sinn und Zweck der die Rechtsetzungsbefugnisse der Gemeinden umschreibenden Bestimmungen, d.h. nach Art. 40 KV sowie Art. 1 und 2 BPG. Nach Art. 40 KV sind nur die Gemeindeordnungen, d.h. die Gemeindeverfassungen (OLGIATI, Die bünd. Gemeindeautonomie S. 143 und dort angeführte Entscheide) dem Kleinen Rate zur Prüfung vorzulegen (Abs. 8), während die übrigen Gemeindeerlasse keiner Genehmigung bedürfen, jedoch "den Bundes- und Kantonsgesetzen und dem Eigentumsrecht Dritter nicht zuwider sein dürfen" (Abs. 2). Das BPG, das die Genehmigung des Kleinen Rates für Bauordnungen und Bebauungs- und Nutzungspläne vorschreibt (Art. 2 Abs. 2), beschränkt die Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden auf diesem Gebiete lediglich insofern, als es die "zwingenden Bestimmungen des eidgenössischen und kantonalen Rechts" vorbehält. Das kann nichts anderes heissen, als dass der Kleine Rat die Bauordnungen der Gemeinden nur auf ihre Rechtmässigkeit zu prüfen hat und ihre Genehmigung nur verweigern darf, wenn sie gegen (zwingende) Bestimmungen des eidgenössischen oder kantonalen Rechts oder gegen das Eigentumsrecht Dritter (d.h. gegen die in Art. 9 Abs. 4 KV enthaltene Eigentumsgarantie; OLGIATI a.a.O. S. 70) verstossen. Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass der kantonale Gesetzgeber den Kleinen Rat hätte ermächtigen

wollen, die diesem zu unterbreitenden Gemeindebauordnungen nicht nur auf ihre Rechtmässigkeit, sondern vorbehaltlos auch auf ihre Zweckmässigkeit zu überprüfen, womit die Autonomie der Gemeinden auf diesem Gebiete praktisch aufgehoben wäre. Davon, dass Art. 75 BO rechtswidrig wäre, kann offensichtlich nicht die Rede sein. Die Befugnis der Gemeinde zum Erlass einer Bauordnung schliesst, wie der Kleine Rat nicht bestreitet, auch das Recht in sich, den Zeitpunkt des Inkrafttretens festzusetzen und Übergangsbestimmungen zu erlassen. Dass Art. 75 BO, wonach die zur Zeit des Inkrafttretens durch den Stadtrat noch nicht erledigten Baugesuche den neuen Vorschriften unterliegen, gegen eine zwingende Vorschrift des eidgenössischen oder kantonalen Rechts oder gegen die Eigentumsgarantie verstosse, hat der Kleine Rat nicht behauptet und jedenfalls nicht dargetan. Der Einwand, Art. 75 BO sei angesichts des Art. 5 BPG nicht nötig, ist auch abgesehen davon, dass eine unnötige Vorschrift noch nicht rechtswidrig ist, unbehelflich, da Art. 5 BPG, wie bereits in Erw. 2 ausgeführt wurde, das, was Art. 75 BO anordnet, nicht regelt, sodass eine Regelung dieser vom kantonalen Gesetzgeber offen gelassenen Frage durch die Gemeinde geradezu geboten war. Ebenso unbehelflich ist der Einwand, dass die individuelle Bausperre, wozu auch die gesetzwidrige Zurückstellung entscheidungsreifer Baugesuche gehöre, keine rechtsgleiche Behandlung gewährleiste und zu Willkür verleite. Art. 75 BO bestimmt keineswegs, dass die Behandlung eines Baugesuches im Hinblick auf eine geplante Änderung baupolizeilicher Vorschriften zurückgestellt werden dürfe. Er besagt lediglich, dass die beim Inkrafttreten der BO noch nicht erledigten Baugesuche nach dem neuen Recht zu beurteilen sind. Inwiefern dies gegen zwingendes Bundes- oder kantonales Recht oder gegen die Eigentumsgarantie verstossen sollte, ist unerfindlich, entspricht eine solche Regelung doch der Verwaltungspraxis im Kanton Graubünden (BGE 87 I 508 ff.) sowie in den meisten andern Kantonen (BGE 87 I 510 und dort angeführte Entscheide, BGE 89 I 435 und 483, BGE 90 I 12 Erw. 5 a; IMBODEN, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung 2. Aufl. Nr. 41 Bem. II und Nr. 42 Bem. II b). Indem der Kleine Rat die Genehmigung des Art. 75 BO verweigerte, obwohl diese Bestimmung gegen keine zwingende Vorschrift des Bundes- oder kantonalen Rechts verstösst, hat

er somit seine Prüfungsbefugnis offensichtlich überschritten und damit die der Beschwerdeführerin durch Art. 40 KV gewährleistete Autonomie verletzt.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Beschwerde wird gutgeheissen und Ziff. 1 lit. e des Beschlusses des Kleinen Rates des Kantons Graubünden vom 2. November 1964 aufgehoben.