

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Dank ..... V

Abkürzungsverzeichnis .....XVII

Literaturverzeichnis .....XIX

Materialien .....XXVII

Rechtsquellen .....XXIX

**§ 1 Einleitung** ..... 1

1. Fragestellung der Arbeit ..... 1

2. Bedeutung der Fragestellung ..... 2

    a. Notwendigkeit einer vertieften Beurteilung ..... 2

    b. Ergebnis ist von bundesweiter Bedeutung ..... 2

3. Nicht Gegenstand der Arbeit ..... 3

    a. Weitere durch die Rechtsprechung entwickelte Kognitionsbeschränkungen ..... 3

    b. Zurückhaltung aufgrund der Gemeindeautonomie durch verwaltungsinterne Behörden und bei der Ermessenskontrolle ..... 3

    c. Frage der durch die Gemeindeautonomie erfassten Gegenstände ..... 4

    d. Materielle Verletzung der Gemeindeautonomie ..... 4

4. Methode der Untersuchung ..... 4

5. Aufbau der Arbeit ..... 5

**1. Teil: Grundlagen** ..... 7

**§ 2 System und Terminologie der Kognition** ..... 7

I. Einleitung ..... 7

II. Grundzüge des Systems ..... 7

    1. Begriff der Kognition ..... 7

    2. Umfassende Kognition ..... 7

    3. Gesetzliche Kognitionsbeschränkungen ..... 8

    4. Durch die Rechtsprechung entwickelte Kognitionsbeschränkungen ..... 8

III. Gesetzliche Kognitionsbeschränkung: Ausschluss der Ermessenskontrolle ..... 9

    1. Schwierige Abgrenzung zwischen Ermessens- und Rechtsfragen ..... 9

    2. Offene Normen als Ausgangspunkt ..... 10

    3. Begriff des Ermessens ..... 10

4.	Begriff des unbestimmten Rechtsbegriffs .....	10
5.	Kriterium der Abgrenzung .....	11
	a. Unterscheidung von Tatbestand und Rechtsfolge .....	11
	b. Abstellen auf die Eignung der Gerichte zur Überprüfung .....	11
IV.	Durch die Rechtsprechung entwickelte Kognitionsbeschränkungen .....	12
	1. Zurückhaltung bei der Ermessenskontrolle .....	12
	2. Zurückhaltung bei der Überprüfung der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe .....	12
	3. Zurückhaltung aufgrund der Gemeindeautonomie .....	13
V.	Alternatives System .....	14
	1. Letztentscheidungsbefugnis als Kriterium .....	14
	2. Unterscheidung ist nur theoretischer Natur .....	15
VI.	Festlegung der Terminologie für die folgende Untersuchung .....	16
<b>§ 3</b>	<b>Grundzüge der Gemeindeautonomie und der Rechtsweggarantie .....</b>	<b>17</b>
I.	Grundzüge der Gemeindeautonomie .....	17
	1. Einleitung .....	17
	2. Gemeinde .....	17
	a. Arten von Gemeinden .....	17
	b. Öffentlich-rechtliche Körperschaft .....	18
	c. Grundlage im kantonalen Recht .....	19
	d. Aufsicht .....	20
	e. Bedeutung .....	20
	3. Autonomie .....	21
	a. Begriff und Rechtsgrundlagen .....	21
	b. Frage der institutionellen Garantie .....	22
	c. Gemeindegenössisches Recht .....	25
	d. Praxis des Bundesgerichts vor 1967 .....	26
	da. Verfassungsmässiges Recht .....	26
	db. Eigener und übertragener Wirkungskreis .....	26
	dc. Theorie des Fehlens einer Ermessenskontrolle .....	27
	dd. Erweiterung der Voraussetzungen einer Autonomieverletzung .....	27
	e. Praxis des Bundesgerichts nach 1967 .....	28
	ea. «Relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit» als Leitkriterium .....	28
	eb. Erweiterung des Autonomiebereichs auf die Rechtsanwendung .....	29
	ec. Erweiterung der Autonomieverletzungen auf Eingriffe in den Beurteilungsspielraum bei unbestimmten Rechtsbegriffen .....	29
	ed. Erweiterung des Autonomiebereichs auf die Anwendung von kantonalem Recht und Bundesrecht .....	30

f.	Aktuelle Praxis des Bundesgerichts .....	31
fa.	Autonomiebereich .....	31
fb.	Autonomieverletzung .....	32
fc.	Bedeutung der Autonomieverletzung durch Überschreitung der Prüfungsbefugnis .....	32
II.	Grundzüge der Rechtsweggarantie .....	33
1.	Begriff und Rechtsgrundlagen .....	33
2.	Abgrenzung zu Rechtsschutz- und Rechtsmittelgarantie .....	34
3.	Inkrafttreten 2007 .....	35
4.	Grundrecht und institutionelle Garantie .....	35
5.	Persönlicher Anwendungsbereich .....	36
6.	Sachlicher Anwendungsbereich .....	37
7.	Richterliche Behörde .....	38
8.	Kognition der richterlichen Behörde .....	39
9.	Keine weiteren Anforderungen .....	40
10.	Ausnahmen von der Rechtsweggarantie .....	40
11.	Durchsetzung der Rechtsweggarantie .....	42
12.	Mögliche Risiken der Rechtsweggarantie .....	42
<b>2. Teil:</b>	<b>Rechtsprechung .....</b>	<b>45</b>
<b>§ 4</b>	<b>Darstellung und Analyse der Rechtsprechung .....</b>	<b>45</b>
I.	Rechtsprechung des aargauischen Verwaltungsgerichts .....	45
1.	Einleitung .....	45
2.	Gesetzlicher Rahmen .....	45
3.	Zonenkonformität .....	46
a.	Einkaufsanlage in einer Industriezone .....	46
b.	Tankstelle in einer Dorfzone .....	50
c.	Hundehaltung in einer Dorfzone .....	53
d.	Kindertagesstätte in einer Wohnzone .....	54
e.	Selbstbedienungs-Autowaschanlage in einer gemischten Zone .....	55
f.	Nutzungsänderung eines Gebäudes in einer Wohnzone .....	56
g.	Pferdehaltung in einer Wohnzone .....	58
h.	Tierunterstand für Mastschweine in einer Wohnzone .....	59
i.	Pfadfinderhaus in einer Zone für öffentliche Bauten und Anlagen .....	60
4.	Ästhetik, Ortsbild und Einordnung .....	60
a.	Ortsbild und kantonaler Denkmalschutz .....	60
b.	Dachflächenveränderungen .....	62
c.	Fenstersprossen .....	64
d.	Silo-Aufstockung .....	67
5.	Weitere Bauvorschriften .....	67

6.	Raumplanung .....	69
a.	Ausbau einer Erschliessungsstrasse .....	69
b.	Grundsatz der Planbeständigkeit .....	71
7.	Zusammenfassung .....	72
a.	Zonenkonformität .....	72
b.	Ästhetik, Ortsbild und Einordnung .....	73
c.	Weitere Bauvorschriften .....	74
d.	Raumplanung .....	75
8.	Ergebnis .....	75
a.	Übung von Zurückhaltung aufgrund der Gemeindeautonomie .....	75
b.	Vertretbarkeitskontrolle .....	76
c.	Vergleich mit Willkürkontrolle .....	77
9.	Rechtsweggarantie .....	78
II.	Rechtsprechung des bernischen Verwaltungsgerichts .....	78
1.	Gesetzlicher Rahmen .....	78
2.	Kommunale Bauvorschriften .....	79
3.	Raumplanung .....	80
4.	Ergebnis: Vertretbarkeitskontrolle .....	81
5.	Rechtsweggarantie .....	81
III.	Rechtsprechung des Kantons Zürich .....	82
1.	Gesetzlicher Rahmen .....	82
2.	Verwaltungsgericht .....	83
a.	Kantonale und kommunale Bauvorschriften .....	83
b.	Raumplanung .....	85
3.	Baurekursgericht .....	86
a.	Kantonale und kommunale Bauvorschriften .....	86
b.	Raumplanung .....	87
4.	Ergebnis .....	88
a.	Verwaltungsgericht: Vertretbarkeitskontrolle .....	88
b.	Baurekursgericht: Im Ergebnis Vertretbarkeitskontrolle .....	88
5.	Rechtsweggarantie .....	89
IV.	Rechtsprechung des Bundesgerichts .....	89
1.	Kantonale und kommunale Bauvorschriften .....	89
2.	Raumplanung .....	91
3.	Ergebnis .....	91
4.	Rechtsweggarantie .....	92
a.	Bei Prüfung eines kommunalen Einbürgerungsentscheids .....	92
b.	Bestätigung der Rechtsprechung im Rahmen der Prüfung einer kommunalen Baubewilligung .....	94

<b>3. Teil: Auslegung</b> .....	95
<b>§ 5 Auslegung der Gemeindeautonomie und der Rechtsweggarantie</b> .....	95
I. Einleitung.....	95
II. Methode der Verfassungsauslegung .....	95
1. Grundsätzlich wie einfaches Recht .....	95
2. Besonderheiten .....	96
a. Besondere Natur der Verfassungsnormen.....	96
b. Offene Normen .....	96
c. Punktuelle Normen .....	97
d. Keine Rangordnung der Normen .....	97
3. Allgemeine Auslegungselemente .....	97
a. Grammatikalisches Element .....	97
b. Systematisches Element.....	98
c. Historisches Element .....	98
d. Zeitgemässes Element.....	99
e. Teleologisches Element .....	100
f. Völkerrechtskonforme Auslegung .....	100
g. Realistisches Element .....	100
4. Verfassungsbezogene Auslegungselemente .....	101
a. Zusätzliche Elemente .....	101
b. Strukturprinzipien der Verfassung .....	101
c. Einheit der Verfassung.....	102
III. Auslegung der Rechtsweggarantie.....	102
1. Einleitung .....	102
2. Beschränkung auf Art. 29a BV .....	102
3. Grammatikalische Auslegung .....	103
a. Nach allgemeinem und juristisch-technischem Sprachgebrauch.....	103
b. Vergleich mit gleichem Wortlaut anderer Bestimmungen der Bundesverfassung .....	105
ba. Die einzelnen Bestimmungen.....	105
bb. Folgerung .....	106
c. Ergebnis .....	106
4. Systematische Auslegung.....	106
5. Völkerrechtskonforme Auslegung.....	107
6. Historische Auslegung .....	108
a. Einleitung.....	108
b. Begriff der Beurteilung.....	108
c. Gründe der Einführung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV .....	109

d.	Einfluss der Praxis zu bereits bestehenden Rechtsweggarantien auf den Verfassungsgeber .....	111
da.	Übung von Zurückhaltung auch im Rahmen von Art. 29a BV .....	111
db.	Umfang der Übung von Zurückhaltung .....	113
e.	Ergebnis .....	113
7.	Teleologische Auslegung .....	114
8.	Realistische Auslegung .....	114
9.	Rechtsstaatsprinzip als Strukturprinzip der Verfassung .....	116
10.	Zeitgemässe Auslegung und Einheit der Verfassung .....	117
11.	Folgerungen der Auslegung .....	117
a.	Zusammenspiel der einzelnen Auslegungselemente .....	117
b.	Ergebnis .....	118
IV.	Auslegung der Gemeindeautonomie .....	119
1.	Einleitung .....	119
2.	Historische Auslegung .....	119
a.	Wortlaut von Art. 50 Abs. 1 BV und des bundesrätlichen Entwurfs .....	119
b.	Nachführung von ungeschriebenem Verfassungsrecht .....	120
c.	Gemeinde als dritte Ebene .....	120
d.	Gemeindeautonomie als bundesrechtlich garantiertes Institut des kantonalen Rechts .....	120
da.	Botschaft des Bundesrats zur Bundesverfassung .....	120
db.	Beratungen des Nationalrats und des Ständerats .....	122
e.	Schutz der Gemeindeautonomie durch das Bundesgericht .....	125
f.	Ergebnis .....	125
3.	Grammatikalische Auslegung .....	126
a.	Nach allgemeinem und juristisch-technischem Sprachgebrauch .....	126
aa.	Wortlaut von Art. 50 BV .....	126
ab.	«Die Gemeindeautonomie ...» .....	127
ac.	«... ist nach Massgabe des kantonalen Rechts ...» .....	127
ad.	«... nella misura prevista dal diritto cantonale ...» .....	127
ae.	«... dans les limites fixées par le droit cantonal ...» .....	128
af.	«... gewährleistet» .....	128
ag.	Anderer Wortlaut in der französischen Fassung .....	128
ah.	Ergebnis .....	129
b.	Vergleich mit gleichem Wortlaut anderer Bestimmungen der Bundesverfassung .....	130
ba.	Die einzelnen Bestimmungen .....	130
bb.	Ergebnis .....	132
4.	Systematische Auslegung .....	132
a.	Regelung des Verhältnisses zwischen Bund und Kantonen .....	132
b.	Gemeinde als dritte Ebene des Bundesstaats .....	133

5.	Völkerrechtskonforme Auslegung.....	134
a.	Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung.....	134
b.	Mindestgarantie der Gemeindeautonomie aufgrund der Charta.....	134
c.	Umfang der Autonomie gemäss Charta .....	135
d.	Keine Regelung des Verhältnisses zwischen Gemeindeautonomie und Rechtsweggarantie in der Charta .....	136
e.	Präambel der Charta .....	136
f.	Ergebnis .....	136
6.	Teleologische Auslegung .....	137
a.	Einleitung.....	137
b.	Funktionen und Bedeutung der Gemeinde.....	137
ba.	Realisierung von Demokratie auf lokaler Ebene .....	137
bb.	Kleinheit der politischen Einheit .....	138
bc.	Wichtigste Form der Dezentralisierung.....	139
bd.	Gemeindeautonomie als Triebfeder der Funktionen der Gemeinde .....	140
c.	Gemeindeautonomie als Teil der Demokratie .....	140
d.	Gemeindeautonomie als Teil des Föderalismus .....	142
e.	Gemeindeautonomie als Beitrag zur Machthemmung.....	143
f.	Gemeindeautonomie dient der Berücksichtigung der lokalen Verhältnisse und der besseren Aufgabenerfüllung auf lokaler Ebene .....	143
g.	Bedeutung der Gemeindeautonomie spricht für eine Mindestgarantie des Bundesverfassungsrechts .....	144
h.	Ergebnis .....	145
7.	Strukturprinzipien der Verfassung .....	145
a.	Demokratieprinzip .....	145
b.	Bundesstaatsprinzip .....	146
8.	Nachteile der Kleinheit und Bedeutungswandel der Gemeinde .....	147
a.	Nachteile der Kleinheit der Gemeinde.....	147
b.	Bedeutungswandel der Gemeinde.....	147
c.	Relativierung .....	148
9.	Zeitgemässe Auslegung und Einheit der Verfassung .....	149
10.	Folgerungen der Auslegung .....	150
a.	Garantie des Bundesverfassungsrechts .....	150
b.	Mindestgarantie .....	151
c.	Hervorragende Bedeutung der Gemeindeautonomie .....	151

<b>§ 6</b>	<b>Verhältnis zwischen den Grundsätzen der Rechtsweggarantie und der Gemeindeautonomie.....</b>	<b>152</b>
I.	Einleitung.....	152
II.	Gewichtung der Grundsätze.....	152
1.	Gesetzesstufe .....	152

2.	Inkrafttreten .....	153
3.	Bedeutung.....	154
4.	Gewichtung nicht möglich .....	154
III.	Harmonisierung der Grundsätze .....	155
1.	Einleitung .....	155
2.	Praxis als Ausgangspunkt: Gegenseitige Beschränkung .....	156
3.	Mindestens erforderliche Autonomie der Gemeinde.....	157
a.	Ziel und Zweck der Gemeindeautonomie als Massstab.....	157
b.	Umfang der Autonomie bei Kontrolle auf Vertretbarkeit .....	158
c.	Umfang der Autonomie bei Kontrolle auf Willkür.....	158
d.	Umfang der Autonomie bei umfassender Rechtskontrolle .....	159
e.	Ergebnis .....	159
f.	Mehr Autonomie als nach Ziel und Zweck nötig?.....	159
4.	Mindestens erforderlicher Rechtsschutz aufgrund der Rechtsweggarantie.....	160
a.	Ziel und Zweck der Rechtsweggarantie als Massstab.....	160
b.	Reduktion des gerichtlichen Rechtsschutzes .....	160
c.	Erhöhung des gerichtlichen Rechtsschutzes .....	161
ca.	Hohe Anforderungen an den Rechtsschutz .....	161
cb.	Elemente eines qualitativ guten Rechtsschutzes .....	162
cc.	Insbesondere Berücksichtigung der besonderen Kenntnisse der Gemeinden.....	163
cd.	Frage des richtigen Kontrollmassstabs der richterlichen Behörde .....	164
ce.	Ergebnis.....	164
5.	Ergebnis: Harmonie liegt in Vertretbarkeitskontrolle .....	165
IV.	Zusammenfassung und Ergebnis .....	166
<b>4. Teil: Beantwortung der Fragestellung</b> .....		<b>167</b>
<b>§ 7 Die Rechtsprechung im Licht der Auslegung der Grundsätze</b> .....		<b>167</b>
1.	Rechtsprechung .....	167
a.	Verwaltungsgericht des Kantons Aargau.....	167
b.	Verwaltungsgerichte der Kantone Bern und Zürich .....	167
c.	Bundesgericht .....	168
d.	Ergebnis: Vertretbarkeitskontrolle .....	168
2.	Vergleich mit Kognition bei Harmonie der beiden Grundsätze .....	169
3.	Beantwortung der Fragestellung.....	169
<b>5. Teil: Grundsätzliches zur Kognition der verwaltungsinternen Beschwerdeinstanz</b> .....		<b>171</b>
<b>§ 8 Kurzer Blick auf die Kognition der ersten Beschwerdeinstanz</b> .....		<b>171</b>
1.	Frage der Vorwirkung der Rechtsweggarantie .....	171



2.	Keine Defizite der gerichtlichen Prüfung .....	171
3.	Zwei grundsätzliche Punkte .....	172
4.	Ergebnis .....	173
<b>Schluss .....</b>		<b>175</b>