

Diskriminierung in der Raumplanung?

In der Schweiz sind den speziellen Raum- und Lebensbedürfnissen ethnischer und religiöser Minderheiten durch das geltende Raumplanungs- und Baurecht deutliche Grenzen gesetzt. Es stellt sich die Frage, ob solche Begrenzungen vor dem Verfassungsgrundsatz des Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV) standhalten. Der folgende Beitrag widmet sich anhand dreier Beispiele dieser Thematik, ohne allerdings auf andere Grundrechte, wie insbesondere die Glaubens- und Gewissensfreiheit, einzugehen.

62

Im Kanton Bern wurde von der zuständigen Gemeindebehörde ein Baugesuch für die Erstellung einer Gebetshalle in der Wohn- und Gewerbezone (W3) am Dorfausgang abgelehnt. Die Begründung für diesen Entscheid bestand im Wesentlichen darin, dass es an der Zonenkonformität des Bauvorhabens fehle und der Baukörper mit seiner Diagonalstellung die Siedlungsstruktur beeinträchtige. Die Kultusstätte war nicht für den öffentlichen Zugang bestimmt, weshalb eine Projektrealisierung in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen ohnehin ausschied. Das Bundesgericht schützte mit Urteil vom 25. September 1991 im Ergebnis diesen Entscheid, weil von der Baugesuchstellerin auch nicht nachgewiesen worden war, dass in zumutbarer Nähe kein alternativer Standort für das Bauprojekt vorhanden ist, womit auch die Erteilung einer Ausnahmebe-

willigung nicht in Frage kam. Immerhin wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es unzulässig wäre, unter dem Deckmantel der Raumplanung die Ansiedlung einer unerwünschten Religionsgemeinschaft zu verhindern (BVR 1992, S. 166 ff.).

Das Bundesgericht entschied am 7. Mai 1999 (BGE 125 I 300), dass aus der Bundesverfassung kein Rechtsanspruch auf eine nach den Regeln des Islams ausgestaltete Grabstätte (insbesondere hinsichtlich der ewigen Totenruhe, der geografischen Ausrichtung der Gräber und Abtrennung derselben von nichtmuslimischen Grabstätten) auf einem öffentlichen Friedhof abgeleitet werden könne. Es obliege insbesondere der jeweiligen Religionsgemeinschaft, sich um die Errichtung eigener (privater) Sonderfriedhöfe zu bemühen. Mindestens im Kanton Zürich, wo sich der Fall zutrug, seien konfessionelle Sonderfriedhöfe grundsätzlich zugelassen. Ob sich allerdings aus der Verfassung eine «Pflicht zur Verwirklichungsbeihilfe» der Behörden vor allem für die in der Regel wohl erforderlichen raumplanerischen und baulichen Massnahmen herleiten lässt, wurde offen gelassen.

Im Jahr 2003 war überdies höchstrichterlich die seit Jahrzehnten schwelende Frage der Standplätze für Fahrende (volksmundlich: Jenische) zu erörtern (BGE 129 II 321). Der Beschwerdeführer, ein Fahrender, lebte nach traditioneller Art mit seiner Familie auf einem in der Landwirtschaftszone gelegenen Privatgrundstück. Mangels Zonenkonformität verfügte die zuständige Behörde den Abbruch der auf dem Grundstück bewilligungslos ausgeführten Bauten und Anlagen. Das Bundesgericht hielt fest, dass gemäss der Zielvorgabe des Raumplanungsgesetzes die Raumplanung auf die Bedürfnisse der Bevölkerung auszurichten sei und dementsprechend die speziellen Bedürfnisse eines Bevölkerungsteils,

den die Schweizer Fahrenden darstellten, berücksichtigt werden müssten. Zonen und geeignete Örtlichkeiten, die der traditionellen Lebensweise der Fahrenden entsprechen, seien primär mittels Nutzungsplänen bereitzustellen.

Direkte oder indirekte Diskriminierung?

Ist die gesetzliche Einschränkung der Baufreiheit sowie der Zweckwidmung von Bauten und Anlagen für ethnische und religiöse Minderheiten in der Schweiz diskriminierend? Der Begriff «Diskriminierung» hat umgangssprachlich die Bedeutung von Benachteiligung. Aus rechtlichem Sichtwinkel lässt sich das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) vereinfacht als Ausgrenzung und damit als Würdeverletzung einer Person aufgrund eines ihrer Identitätsmerkmale, wie insbesondere Hautfarbe, Herkunft, Religion, Geschlecht oder Lebensform, umschreiben. Im Konkreten kann eine Beschränkung der Baufreiheit oder der Bodennutzungsmöglichkeit durch Bauvorschriften oder Behördenakt dann diskriminierend sein, wenn Angehörige einer Gemeinschaft mit vorgenannten Merkmalen gegenüber der angestammten (Mehrheits-)Lebenskultur in einem Land ungleich behandelt werden und sich dies in einer Benachteiligung in Form von Herabwürdigung und Ausgrenzung dieser Personen auswirkt. Diskriminierend sind solche Ungleichbehandlungen nach der bundesgerichtlichen Praxis aber nur dann, wenn sie sich nicht durch qualifizierte sachliche Gründe rechtfertigen lassen (BGE 126 II 393).

Unzulässig ist auch eine *indirekte* Diskriminierung, d.h. eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Personen oder Gruppen enthält, sie jedoch in ihren *tatsächlichen* Auswirkungen besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt wäre. Also wenn zum Beispiel eine Regelung vorgibt, dass Passfotos für offizielle Dokumente ein Portrait von bestimmter Grösse und frei von Kopf- oder Gesichtsbedeckungen zu enthalten haben, erscheint dies vordergründig als problemlos. In ihren tatsächlichen Auswirkungen trifft diese Regelung aber Personen mit Glaubensüberzeugungen, denen eine Kopfbedeckung eigen ist (z.B. Sikhs, Moslems etc.) besonders stark.

Das Diskriminierungsverbot ist eine rechtsstaatliche Garantie und ist deshalb von allen Staatsorganen in allen Funktionen auf allen Tätigkeitsebenen zu beachten (Art. 35 Abs. 1 BV). Für den Gesetzgeber gilt diese Vorgabe deshalb genauso wie für die rechtsanwendenden Behörden. Auf der Ebene des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG) sowie der kantonalen Baugesetze lässt sich eine direkte Diskriminierung kaum ausmachen. Wahrscheinlicher sind hingegen Fälle indirekter Diskriminierung. Beispielsweise kann dies auf kantonale und kommunale Bestimmungen im Bereich des Wandergewerbes und Campierens zutreffen, sofern damit im Ergebnis die Lebensweise der Fahrenden stark eingeschränkt oder gar verhindert wird. Nämliches gilt auch für Bau- und Planungsvorschriften. Diese dürfen die Erstellung oder Nutzung von Bauten und Anlagen zu Re-

ligions-, Kultus-, Kulturzwecken weder direkt noch indirekt, d.h. vom Ergebnis her verbieten oder beschränken, sofern es dafür nicht qualifiziert sachliche Gründe gibt, also der Eingriff nach einer Abwägung privater und öffentlicher Interessen als gerechtfertigt erscheint. Die direkte oder indirekte Vereitelung eines solchen Anspruchs ist unmittelbar als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot einklagbar.

Das RPG setzt auf ein offenes Plansystem mittels Ziel- und Grundsatzvorgaben. Es stellt insbesondere auf die «raumwirksame Tätigkeit», also die Wirkung einer Massnahme im Raum ab. Weiter verlangt die Vorgabe der Siedlungsgestaltung «nach den Bedürfnissen der Bevölkerung» die geltenden Raumpläne und Gesetze ständig zu überprüfen und an den sich verändernden Zeitgeist anzupassen. Die Behörden sind zudem gesetzlich verpflichtet, eine bürgernahe Planung zu betreiben und die Bevölkerung in geeigneter Weise mitwirken zu lassen.

Rechtsanspruch?

Der Nutzungsplanung, also der Ausscheidung bestimmter Zonen hat deshalb immer eine Betrachtung des gesamten (Umgebungs-)Raumes und eine Überprüfung der Wirkungen bestimmter Massnahmen im Raum zu Grunde zu liegen. Mittels der in einem Gebiet herrschenden Zoneneinteilung – in Wohn-, Gewerbe-, Industrie-, Landwirtschaftszonen, Zonen für öffentliche Nutzungen usw. – wird nach planerischen Kriterien Boden für die entsprechende Nutzung rechtlich verfügbar gemacht. Die Planungsbehörden haben bei dieser Zonenausscheidung einen erheblichen Ermessenspielraum. Trotzdem stets zu beachten sind dabei die Grundrechte, insbesondere das Diskriminierungsverbot sowie vor diesem Hintergrund die Grundsätze des RPG. So wäre es unzulässig – wie eingangs genanntes Beispiel aus dem Kanton Bern zeigt – die Ansiedlung einer Glaubensgemeinschaft faktisch zu verhindern, indem durch die Behörden keine für die spezifischen Bedürfnisse geeigneten Nutzungszonen ausgeschieden werden. Soweit spezifische Bauvorhaben, wie Kultusstätten, Sonderfriedhöfe, Standplätze für Fahrende und ähnliche Anlagen, an einem Ort nicht ermöglicht werden, ist dies ausschliesslich mit Sachgründen zu rechtfertigen. Als «Rechtfertigungsgründe» für eine solche Benachteiligung kommen nur überwiegende *raum- und umweltrelevante Ordnungsinteressen* in Frage; diese können beispielsweise im Schutz von Umgebung und Nachbarn vor übermässigen Immissionen, im Schutz eines erhaltenen Ortsbildes und im Natur- und Gewässerschutz begründet liegen.

Im Konkreten verschafft das Diskriminierungsverbot für eine Religions-/Kulturgemeinschaft oder ethnische Gruppierung «nur» einen Anspruch, dass für ein spezifisches Bauvorhaben «in zumutbarer Nähe», d.h. in einer *Planungsregion* eine geeignete Nutzungszone zur Verfügung steht oder geschaffen wird. Auf die Ein- oder Umzonung einer bestimmten «Wunschparzelle» besteht grundsätzlich kein Rechtsanspruch. Soweit mit planerischen Massnahmen innert einem angemessenen Zeitraum der besagte Anspruch in einer Planungsregion nicht

erfüllt werden kann, ist die Erteilung einer *Ausnahmebewilligung* zu prüfen. Hier sei auf das Einführungsbeispiel der Fahrenden verwiesen, deren Durchgangs- und Standplätze regelmässig nur mittels eines Planungsverfahrens festgelegt werden können (BGE 129 II 321).

Diskriminierungsanfällige Struktur unseres Rechtssystems?

Diese plausibel klingenden Erklärungen dürfen allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass aufgrund des demokratischen Rechtssystems und der damit auf Mehrheiten abstellenden Rechtsordnung eine unterschwellig vorhandene Gefahr für indirekte Diskriminierungen besteht. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Die Kantone sind für die Ausarbeitung der Richt- und Nutzungsplanung für ihr Gebiet zuständig. Dabei sind die bundesgesetzlich normierten Ziele und Grundsätze optimal zu berücksichtigen. Die Erstellung der Richtplanung, die in der Regel die raumplanerische Entwicklung des ganzen Kantonsgebiets für einen Zeithorizont von rund 15 Jahren vorsieht, zeichnet unter anderem die Entwicklungsrichtung für Siedlungsgebiete, Verkehrsachsen, Sonderzonen (bspw. Abbau-/Deponiegebiete) vor und dient in Einzelfällen – wie etwa im Kanton St. Gallen – auch als Koordinationsinstrument für Stand- und Durchgangsplätze der Fahrenden. Raumpläne werden regelmässig durch Fachstellen und Spezialisten innerhalb der kantonalen und kommunalen Verwaltung erstellt. Neben politischen, planerischen und umwelttechnischen Gesichtspunkten fliessen bei diesen Arbeiten die Bedürfnisse von Minderheiten in der Bevölkerung je nach Kanton sehr verschieden ein. Während «theoretisch», d.h. formalgesetzlich regelmässig eine Mitwirkungsmöglichkeit der Bevölkerung bei der Richtplanerstellung vorgesehen ist, besteht «praktisch» kaum eine fest eingerichtete und damit institutionalisierte Bedürfnisabklärung. In Deutschland wurden in mehreren grossen Städten – etwa in Solingen oder in Essen – Projekte zum systematischen Einbezug der multikulturellen Wohnbevölkerung durchgeführt. Im Vergleich dazu besteht in der Schweiz traditionell (auch für Schweizer Bürgerinnen und Bürger) ein System der Informationsholtschuld und der Bedürfnisanmeldung bei politischen Gremien und Instanzen.

Wie das Einleitungsbeispiel der Sonderfriedhöfe illustriert, ist es an den betroffenen Interessengruppen, sich mit ihren Anliegen frühzeitig an die Behörden zu wenden und nach tragfähigen Lösungen (mit) zu suchen. Auch wenn Minderheiten diese Mitwirkungsmöglichkeiten aktiv wahrnehmen, können in den

meisten Kantonen behördenseits die Ergebnisse dieser Mitwirkung verneint werden. Allermeist ist nur ein Schlussbericht, nicht aber eine Einsprachemöglichkeit für die Betroffenen gesetzlich vorgesehen. Weil die Richtplanung ein behörden-internes Planungsinstrument ist, das durch Private grundsätzlich nicht direkt anfechtbar ist, verfügen Minderheiten über wenig rechtliche Möglichkeiten, bereits auf dieser Planungsstufe ihre Bedürfnisse auch rechtlich wirksam einzubringen.

Einige Kantone unterstellen die (Nutzungs-)Planungen und Baugesetzgebungen überdies dem fakultativen oder obligatorischen Referendum. Damit verfügt die stimmberechtigte Bevölkerung – wobei in den meisten Kantonen und Gemeinden dieses Kriterium nur Schweizer Bürger erfüllen – über ein demokratisches Mitsprache-/Genehmigungsrecht. Das herrschende Staatsverständnis bringt es in diesem Punkt allerdings auch mit sich, dass Minderheiten – sofern sie denn überhaupt stimmberechtigt sind – die erforderliche Stimmkraft für die Aussetzungen einer Zonenplanrevision, die ihren Bedürfnissen nicht gerecht wird, nicht erbringen. Faktisch haben Sie somit kaum Einfluss, ob und wie Planungs- und Bauerlasse geschaffen oder revidiert werden.

Die Nutzungs- oder Zonenplanung wird nach Massgabe der meist kantonalen Richtpläne in der Regel auf Stufe Gemeinde erstellt. In einem bestimmten Verfahren ordnet sie dem Boden parzellenscharf verschiedene Nutzungszonen zu. Jede Person, die im Zuge eines solchen Nutzungsplanverfahrens durch die vorgesehene Zoneneinteilung in ihren rechtlich schützenswerten Interessen betroffen ist, kann dagegen Einsprache erheben. Soweit die Legitimation zur Einspracheerhebung bejaht wird, werden damit aber meist nur individuelle *Abwehransprüche* für das entsprechende Plangebiet erfolgreich geltend gemacht. Positive Ein-/Umzonungsbegehren hingegen, beispielsweise für einen Standplatz für Fahrende oder einen Sonderfriedhof gemäss den eingangs genannten Beispielen, können behördenseits mit dem «simplen» Argument des ungeeigneten (Plan-) Gebiets abgelehnt werden. Denn in solchen Verfahren findet eine übergeordnete, gebietsübergreifende Sichtweise, mit der gegebenenfalls die Bezeichnung eines geeigneteren Gebietes möglich wäre, keinen Platz.

Obschon aufgrund des Diskriminierungsverbots die kantonalen Planungsträger auch zur Schaffung von gesetzlichen Bestimmungen und Zonen, die besonderen Nutzungsbedürfnissen von Bevölkerungsteilen Rechnung tragen, gehalten sind, so lässt sich doch dieser Behördenauftrag durch die Betroffenen rechtlich nicht direkt durchsetzen oder unmittelbar einleiten.

Diskriminierung bei konkreten Bauprojekten?

Für konkrete Bauvorhaben lässt sich in aller Kürze Folgendes festhalten: Für Bauvorhaben *innerhalb* der Bauzone gilt die Faustregel: Wo Kultusbauten oder -anlagen, Begegnungsräume, oder Wohn- und Gewerberäume anderer Kultur- und

Religionsgemeinschaften nicht zulässig sind, ist auch ein eigenes, gleichgelagertes Vorhaben nicht zulässig. Das Argument *rechtsgleicher Behandlung* verfängt zum vornherein in den Situationen nicht, in denen bestehende Einrichtungen dieser Art älter sind als die geltende Zonenordnung. Auch lokale Gegebenheiten, wie beispielsweise ein ausgeschiedenes (Ortsbild-) Schutzgebiet oder verkehrs- und sicherheitstechnische Aspekte können einem spezifischen Bauvorhaben, wie einer Moschee oder einem Privatfriedhof, entgegenstehen. Ausnahmebewilligungen sind kantonrechtlich geregelt und hängen von der Erfüllung unterschiedlicher Voraussetzungen ab. Im Hinblick auf den Diskriminierungskontext kann sich ein Anspruch auf Erteilung einer Ausnahmebewilligung dann ergeben, wenn die Zonenordnung in einer ganzen Region eine Projektrealisierung ausschliesst, für das Projekt ein genügendes Bedürfnis besteht und keine öffentlichen Interessen entgegenstehen.

Für Bauvorhaben *ausserhalb* der Bauzone gilt als Faustregel, dass alle dem Wohnen und Arbeiten dienenden Bau- oder Umnutzungsvorhaben – Zweckkonformität und Standortgebundenheit vorbehalten – grundsätzlich ausgeschlossen sind. Für Freizeit- und Begegnungsstätten bestehen kantonale stark variierende Vorgaben. Friedhöfe werden zu Folge ihrer vielschichtigen Auswirkungen in der Regel nur zulässig sein, wenn auf dem planerischen Weg eine spezielle Nutzungszone geschaffen wird. Für Ausnahmebewilligungen nichtzonenkonformer Bauvorhaben sind die bundesrechtlichen Vorgaben massgebend, wonach einerseits der Zweck der Baute oder Anlage einen Standort ausserhalb der Bauzone erfordern muss und andererseits keine öffentlichen Interessen entgegenstehen dürfen, gesamthaft also Standortgebundenheit vorliegen muss. Eine solche ist für Kultur-, Kultus-, Wohn- und Arbeitsstätten regelmässig nicht gegeben, da diese Vorhaben grundsätzlich auch innerhalb der Bauzone errichtet werden können und nicht auf einen spezifischen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen sind.

Anhörung ermöglichen

Das geltende Raumplanungs- und Baurecht enthält grundsätzlich keine offenkundig diskriminierenden Bestimmungen. Bereits bei der Richtplanerstellung ist gesetzlich ein Einbezug und eine Mitwirkungsmöglichkeit der Bevölkerung vorgeschrieben. Wie dieser Auftrag des Gesetzgebers kantonale vollzogen wird, ist indes höchst unterschiedlich und lässt potenziellen Raum für indirekte Diskriminierungen erkennen. Bei einer abwehrenden Behördenpraxis besteht für Minderheiten kaum rechtliche Handhabe zur Gegenwehr. Institutionalisierte Verfahren zur Bedürfnisaufnahme von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Anliegen und verstärkte Zugänglichkeit zu richterlicher Beurteilung in diesem Bereich könnten meines Erachtens zur Verbesserung beitragen. Soweit es für religiös oder ethnisch spezifisch ausgeformte Bauprojekte bereits an einer geeigneten Nutzungszone fehlt, besteht nach jüngster bundesgerichtlicher Praxis ein Rechtsanspruch auf Schaffung einer entsprechenden Zone in der Region oder gegebenenfalls auf eine Ausnahmebewilligung.

L'attuale diritto in materia di pianificazione del territorio e di edilizia non contiene disposizioni apertamente discriminanti. Sin dalla fase della pianificazione, la legge prevede il coinvolgimento e la possibilità di intervento della popolazione. Tuttavia, la maniera in cui tale mandato del legislatore è messo in atto a livello cantonale può variare e può potenzialmente dar adito a discriminazioni indirette. Se le autorità attuano una prassi improntata al rifiuto, dal profilo giuridico non vi è praticamente nessuna possibilità per le minoranze di difendersi. Una procedura istituzionalizzata che prenda atto dei bisogni dei diversi gruppi di popolazione con esigenze speciali nonché un accesso facilitato alle istanze penali in questo settore contribuirebbero a migliorare la situazione. Conformemente alla recente giurisprudenza del Tribunale federale, per i progetti edili con una specificità religiosa o etnica per i quali non è disponibile una zona d'utilizzazione adeguata è dato un diritto garantito per legge alla creazione di una pertinente zona nella regione, o se del caso a un'autorizzazione derogatoria.

Bibliografie

- Kälin, Walter/Caroni, Martina, 1999, Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen ethnisch-kultureller Herkunft. In: Kälin, Walter (Hg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung (Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 29). Basel, Genf, München: Helbling & Lichtenhahn, 67-94.
- Lendi, Martin, 1998, Politisch, sachlich, ethisch indizierte Raumplanung – am Beispiel der Schweiz. Wien: Institut zur Erforschung von Methoden und Auswirkungen der Raumplanung der Ludwig Boltzmann-Gesellschaft – Technische Universität Wien.
- Rieder, Andreas, 1999, Indirekte Diskriminierung – das Beispiel der Fahrenden. In: Kälin, Walter (Hg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung (Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 29). Basel, Genf, München: Helbling & Lichtenhahn, 149-175.
- Waldmann, Bernhard, 2002, Moscheebau und Gebetsruf. In: Pahud de Mortanges, René/Tanner, Erwin (Hg.), Muslime und schweizerische Rechtsordnung – Les musulmans et l'ordre juridique suisse. Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 219-242.
- Waltz, Viktoria, 2002, Sozialraumanalyse aus der Sicht sozial engagierter Raumplanung – am Beispiel Migration. In: Riege, Marlo/Schubert, Herbert (Hg.), Sozialraumanalyse; Grundlagen – Methoden – Praxis. Opladen: Leske und Budrich, 119-132.