

# Gestaltungsplanung im Kanton Aargau

Was gilt, wenn der Gestaltungsplan von der Grundordnung abweichende Anordnungen enthalten soll?

**Michael Pletscher**, Dr. iur., Rechtsanwalt, Aarau/Basel

## I. Grundlagen

Es sind die kantonale und kommunale Baugesetzgebung, der Rahmennutzungsplan sowie weitere auf die Verwirklichung oder Optimierung der Gesetzes- und Rahmennutzungsplaninhalte abzielende Erlasse, mit welchen das Gemeinwesen die Nutzungs- und Gestaltungsmöglichkeiten verbindlich, grundlegend und grossräumig festlegt. Diese verbindlich, grundlegend und grossräumig angelegte Nutzungs- und Gestaltungsordnung lässt sich kurz als Grund- oder Regel-Raumordnung bezeichnen. Es liegt in der Natur der Sache, dass der Staat spezifische Interessenlagen mitunter nicht sachgerecht erfassen oder er diesen zumindest nicht mit der an und für sich nötigen Präzision Rechnung tragen kann, wenn er die Grundordnung definiert. Ausserdem unterliegen von raumwirksamen Tätigkeiten betroffene Anliegen einem stetigen Wandel. Es kommt vor, dass Vorschriften den Verhältnissen des Einzelfalls im Erlasszeitpunkt vollumfänglich entsprechen, wohingegen sie sich wenig später bereits als suboptimal erweisen. Die Regel-Raumordnung muss verfeinert werden. Möglicherweise sind von der Grundordnung abweichende Bestimmungen nötig. Im Kanton Aargau drängt sich in solchen Fällen nicht selten eine Gestaltungsplanung – eine Art Sondernutzungsplanung – auf.<sup>1</sup>

Der Aargauer Gestaltungsplan bezweckt eine haushälterische, architektonisch gute, auf die bauliche und landschaftliche Umgebung und die Wohnbedürfnisse der Bevölkerung abgestimmte Gestaltung der Überbauung sowie die Ausstattung mit Anlagen für die Erschliessung und Erholung (§ 21 Abs. 1 lit. a–c BauG/AG<sup>2</sup>).<sup>3</sup> Der Gestaltungsplan verkörpert also ein umfassendes Planungsinstrument. Es lassen sich im Rahmen einer einzigen Planung zeitgleich nicht nur die Anordnung, Gestaltung und Nutzung von Bauten, sondern auch von Anlagen, beispielsweise der Erschliessung, sowie von mehr oder weniger natürlichen Freiräumen regeln.

Wenn die Elemente der Grundordnung die Nutzung und Gestaltung des Raums gebietsweise unbefriedigend ordnen, können im Wesentlichen zwei dem Gestaltungsplan inhärente Potenziale Abhilfe schaffen. Die Rede ist vom Konkretisierungs- und vom Abweichungspotenzial. Regelmässig

lässt die Grundordnung die städtebaulich einwandfreie Anordnung, Gestaltung und Nutzung von Bauten, Anlagen und natürlichen Freiräumen zu. Mitunter ist diese jedoch nicht gewährleistet, weil die Grundregeln angesichts der unterschiedlichen und gegensätzlichen Nutzungs- und Gestaltungsanliegen zu grosse Handlungsspielräume vermitteln. Die effektiv optimale Lösung ist in Gefahr. Diesfalls greift das gestaltungsplanerische Konkretisierungspotenzial. Es werden im Vergleich mit den bisher geltenden Regeln einerseits präzisere und andererseits vollkommen neue Anordnungen getroffen, um die «heiklen» Handlungsspielräume entsprechend zu verkleinern. Dieser Vorgang ist im Hinblick auf private Rechte an vom Gestaltungsplan betroffenen Grundstücken sowie unter dem Eindruck der Anforderungen in Sachen Planbeständigkeit nicht unproblematisch.<sup>4</sup> Letztlich darf und muss der Gestaltungsplan die Nutzungs- und Gestaltungsfreiheiten so weit einschränken, dass das oder die mit dem Gestaltungsplan verfolgten öffentlichen Interessen selbst dann gewahrt bleiben, wenn der im Baubewilligungsstadium verbleibende Handlungsspielraum in die eine oder andere Richtung ausgeschöpft wird.<sup>5</sup> Zum Teil steht die Regel-Raumordnung der optimalen Nutzung und Gestaltung in bestimmten Baugebietsabschnitten auch entgegen. Diesfalls hilft möglicherweise das Abweichungspotenzial des Gestaltungsplans weiter. Im Einklang mit dem übergeordneten Recht lassen sich von der Grundordnung abweichende Gestaltungsplan-Bestimmungen festlegen. Worauf zu achten ist, wenn der Gestaltungsplan von Regel-Bauvorschriften abweichende Bestimmungen enthalten soll, steht in der Folge im Fokus.

## II. Objekte gestaltungsplanerischer Abweichungen

Wenn die Gemeinde unter dem Eindruck der vorherrschenden Verhältnisse im Rahmen der Gestaltungsplanung von der Grundordnung abweichende Anordnungen treffen möchte, hält das übergeordnete Recht Voraussetzungen und Grenzen bereit. Vorab muss geprüft werden, ob die Grundregel, von welcher der Gestaltungsplan eine abweichende Bestimmung

<sup>1</sup> Zum Ganzen BGE 111 Ib 13, 14 f., E. 3b; BGER, 1C\_57/2011, 17. Oktober 2011, E. 2.

<sup>2</sup> Gesetz vom 19. Januar 1993 des Kantons Aargau über Raumentwicklung und Bauwesen, SAR 713.100.

<sup>3</sup> M.w.H. C. HÄUPTLI, in: A. Baumann/R. van den Bergh/M. Gossweiler/C. Häuptli/E. Häuptli-Schwaller/V. Sommerhalder Forestier (Hrsg.), Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 21 N 15.

<sup>4</sup> Illustrativ BGE 121 I 117, 122, E. 4c; vgl. auch BGER, 1C\_53/2019, 3. Juni 2020, E. 3; 1P.365/2001, 19. September 2001, E. 5; VGER LU, V 11 194, 6. März 2015, E. 10.3.4.

<sup>5</sup> Deutlich BGER, 1P.365/2001, 19. September 2001, E. 5b. Das Bundesgericht hielt in dieser den Kanton LU betreffenden Entscheidung fest, dass der Gestaltungsplan so konkret ausgestaltet werden müsse, wie es «zur Erreichung seines Zweckes» erforderlich sei. M.w.H. und Verw. zum Ganzen M. PLETSCHER, Der Gestaltungsplan i.e.S., eine Würdigung seines Abweichungspotentials, unter besonderer Berücksichtigung des basellandschaftlichen Quartierplans sowie des baselstädtischen Bauungsplans, Diss., Basel 2021, Rz. 87 ff.

enthalten soll, zum Kreis der potenziellen Objekte gestaltungsplanerischer Abweichungen gehört. Im Kanton Aargau sind es die Vorgaben des allgemeinen Nutzungsplans, welche die potenziellen Abweichungsobjekte verkörpern (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Satzteil 1 BauG/AG).

Um welche Vorgaben des allgemeinen Nutzungsplans es sich konkret handelt, hat der Regierungsrat unter Vorbehalt einer davon abweichenden Regelung auf Gemeindeebene in der BauV/AG<sup>6</sup>, konkret in § 8 Abs. 2, präzisiert. Der Kreis der potenziellen Abweichungsobjekte wird mit § 8 Abs. 2 BauV/AG nicht enger gezogen. Dazu wäre die Kantonsregierung mangels einer entsprechenden kantonalgesetzlichen Ermächtigung gar nicht berechtigt.<sup>7</sup> Seit dem 1. November 2021 enthält § 8 Abs. 2 BauV/AG vor der Aufzählung der möglichen Abweichungsobjekte den Begriff «namentlich». Damit hat der Verordnungsgeber verdeutlichen wollen, dass die Aufzählung von § 8 Abs. 2 BauV/AG nicht abschliessend ist.<sup>8</sup> Dies wirft natürlich die Frage auf, von welchen in § 8 Abs. 2 BauV/AG nicht ausdrücklich genannten Inhalten des allgemeinen Nutzungsplans der Gestaltungsplan sonst noch abweichen könnte.

Im Übrigen spricht nichts dagegen, neben den zonenspezifischen Bestimmungen des allgemeinen Nutzungsplans auch die im ganzen Gemeindegebiet grundsätzlich gleichermaßen geltenden Gemeindebaugesetze als potenzielle Objekte gestaltungsplanerischer Abweichungen zu qualifizieren. Geplante Abweichungen vom einen Typ Vorgabe beeinträchtigten schutzwürdige Interessen nicht per se stärker als Abweichungen von der anderen Vorschriftenkategorie. Ferner ist denkbar, dass die Gemeinde A eine bestimmte Bauvorschrift allgemeingültig festsetzt, wohingegen die inhaltsgleiche Bestimmung in der Gemeinde B eine zonenspezifische Festlegung erheischt. Gehörten Baugesetze nicht zum Kreis der potenziellen Abweichungsobjekte, wären in der Gemeinde B gestaltungsplanerische Abweichungen möglich, in der Gemeinde A hingegen nicht. Sachliche Gründe für eine solche Differenzierung fehlen. Sodann könnte der Ausschluss von Gemeindebaugesetzen als Abweichungsobjekte eine optimale Gestaltungsplanung durchaus vereiteln. Im Übrigen sind sowohl die zonenspezifischen Bauvorschriften als auch die Gemeindebaugesetze praxisgemäss in der kommunalen Bau- und Nutzungsordnung (BNO) enthalten.

### III. Voraussetzungen und Grenzen gestaltungsplanerischer Abweichungen

#### A Im Allgemeinen

Steht fest, dass die Regel-Bauvorschrift ein potenzielles Abweichungsobjekt darstellt, ist zu untersuchen, ob die beab-

sichtigte Abweichung die im übergeordneten Recht verankerten Voraussetzungen und Grenzen erfüllt. Im Kanton Aargau sind gestaltungsplanerische Abweichungen möglich, wenn dadurch erstens ein siedlungs- und landschaftsgestalterisch besseres Ergebnis erzielt, die zonengemässe Nutzungsart zweitens nicht übermässig beeinträchtigt wird und drittens keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Satzteil 2 BauG/AG).

#### B Siedlungs- und landschaftsgestalterisch besseres Ergebnis

Im Einzelnen muss der Gestaltungsplan mit von der Grundordnung abweichenden Bestimmungen also zunächst ein «*siedlungs- und landschaftsgestalterisch besseres Ergebnis*» bewirken (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Satzteil 2 BauG/AG). Damit geht die Kantonsgesetzgebung in Anbetracht des omnipräsenten Verhältnismässigkeitsprinzips zu wenig weit. Dieses Prinzip fordert nicht lediglich bessere, sondern optimale Lösungen, d.h. Lösungen, welche den im Einzelfall relevanten und betroffenen Anliegen insgesamt nicht nur mehr, sondern die maximale Geltung eintragen.<sup>9</sup>

Die Kantonsregierung fordert im Kontext von § 21 Abs. 1 Satz 1 Satzteil 2 BauG/AG, dass die planenden Gemeinden aufzeigen, inwiefern die «*Abweichungen*» zu einem «*siedlungs- und landschaftsgestalterisch besseren Ergebnis führen*» (§ 8 Abs. 3 BauV/AG). Vergleichbares ergibt sich bereits aus Art. 3 Abs. 2 und Art. 47 Abs. 1 RPV<sup>10</sup>. Hingegen sind die Gemeinden seit der am 1. November 2021 in Kraft getretenen Ordnungsrevision nicht mehr gehalten, eine Fachperson beizuziehen, die in einem ebenfalls öffentlich aufzulegenden Bericht Stellung zu den geplanten Abweichungen und deren Auswirkungen nimmt. Die Sätze 2 und 3 von § 8 Abs. 3 BauV/AG sind aus finanziellen, verfahrensökonomischen und Zweckmässigkeitsgründen ersatzlos gestrichen worden.<sup>11</sup> Dies ist insofern zu begrüssen, als eine derartige Pflicht weder im Bundesrecht noch in der Kantonsgesetzgebung eine Grundlage hatte. Aus eigenem Antrieb dürfen die Gemeinden natürlich nach wie vor externe Experten einsetzen. Gerade in komplexen Angelegenheiten ist es mit Blick auf das obligatorische Genehmigungs- und ein allfälliges Rechtsmittelverfahren aus finanzieller und verfahrensökonomischer Sicht gerade nicht empfehlenswert, auf fachspezifisches Knowhow zu verzichten.

#### C Keine übermässige Beeinträchtigung der zonengemässen Nutzungsart

Des Weiteren darf die «*zonengemässe Nutzungsart*» aufgrund der oder den geplanten Abweichungen «*nicht übermässig beeinträchtigt*» werden (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Satzteil 2

<sup>6</sup> Bauverordnung vom 25. Mai 2011 des Kantons Aargau, SAR 713.121.

<sup>7</sup> DBVU AG, in: Erläuterungen zur Änderung der Bauverordnung vom 25. Mai 2011 (BauV), Änderung vom 25. August 2021, S. 6.

<sup>8</sup> DBVU AG (Fn. 7), S. 6.

<sup>9</sup> Offenbar a.M. zur Gestaltungsplanung im Kanton ZH, VGer ZH, VB.2004.00193, 9. Juni 2004, E. 4.2.1.

<sup>10</sup> Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000, SR 700.1.

<sup>11</sup> M.w.H. DBVU AG (Fn. 7), S. 6.

BauG/AG). Mit anderen Worten muss die partielle Sonder-Raumordnung gemäss Gestaltungsplan die ganzheitliche Regel-Raumordnung gemäss Baugesetzgebung, allgemeinem Nutzungsplan sowie weiteren auf die Verwirklichung der Gesetzes- und Nutzungsplaninhalte abzielenden Erlasse weiterführen. Mit dem Gestaltungsplan darf die Grundordnung mit umfang- oder zahlenmässig zu erheblichen Abweichungen nicht ihres Sinngehalts entleert, aus den Angeln gehoben oder ausgehöhlt werden.<sup>12</sup> Der Regel-Raumordnung gebührt ein materieller Vorrang.<sup>13</sup>

Dieses Prinzip – man kann es als Kohärenzprinzip bezeichnen – hat in Art. 2 Abs. 1 RPG seinen Ursprung.<sup>14</sup> Nach Art. 2 Abs. 1 RPG sind Bund, Kantone und Gemeinden gehalten, «*die für ihre raumwirksamen Aufgaben nötigen Planungen*» zu erarbeiten (Art. 2 Abs. 1 Satzteil 1 RPG). Gleichzeitig «*stimmen*» sie die Planungen «*aufeinander ab*» (Art. 2 Abs. 1 Satzteil 2 RPG). Eine Gemeinde, die mit dem Gestaltungsplan umfang- oder zahlenmässig zu erheblich von der Grundordnung abweicht, plant zwar; hingegen plant sie nicht mit dem «*nötigen*» Mittel. Es sind – zumindest in einem ersten Schritt – die Elemente der Grundordnung mit der gebotenen Weitsicht zu überprüfen und nötigenfalls zu revidieren. Ausserdem lassen sich die gestaltungsplanerische Sonder-Raumordnung und die Regel-Raumordnung auch nicht als «*aufeinander abgestimmt*» bezeichnen, wenn der Gestaltungsplan mit zu erheblich oder zu vielen von Regel-Bauvorschriften abweichenden Bestimmungen operieren muss.<sup>15</sup>

Der Regierungsrat konkretisiert § 21 Abs. 1 Satz 1 Satzteil 2 BauG/AG, indem er – andere Regelungen auf kommunaler Ebene vorbehalten – vorschreibt, dass der Gestaltungsplan die Geschosshöhe im Vergleich mit den Vorgaben des allgemeinen Nutzungsplans «*höchstens [...] um ein zusätzliches Geschoss*» erhöhen darf (§ 8 Abs. 2 lit. a BauV/AG). Diese Verordnungsbestimmung geht zweifelsohne weiter als § 21 Abs. 1 Satz 1 Satzteil 2 BauG/AG oder Art. 2 Abs. 1 RPG.

## D Keine überwiegenden entgegenstehenden Interessen

Endlich verlangt die Kantonsgesetzgebung, dass der geplanten Abweichung «*keine überwiegenden Interessen entgegenstehen*» (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Satzteil 2 BauG/AG). Dies impliziert einen umfassenden Interessenausgleich. Die von der Grundordnung abweichende Gestaltungsplan-Bestimmung ist mit § 21 Abs. 2 Satz 1 Satzteil 2 BauG/AG vereinbar, wenn sie sämtlichen im Einzelfall beteiligten Interessen gesamthaft den geringstmöglichen Wirkungsverzicht aufnötigt.

Identisches fordern sowohl Art. 3 Abs. 1 RPV<sup>16</sup> als auch das Verhältnismässigkeitsprinzip (spätestens) unter dem Titel der Zumutbarkeit<sup>17</sup>. Damit ist auch klar, dass nicht nur Gestaltungsplaninhalte, die von Regel-Bauvorschriften abweichen, sondern auch solche, welche die Grundordnung «*lediglich*» verfeinern, das Ergebnis einer umfassenden Abwägung darstellen müssen.

Enthält der Gestaltungsplan von der Regel-Nutzungsart abweichende Vorschriften, steht überdies § 8 Abs. 2 lit. b BauV/AG im Raum. Laut dieser Verordnungsbestimmung sind solche Abweichungen lediglich dann statthaft, wenn «*überwiegende Schutzinteressen (Lärmschutz, Denkmalschutz usw.)*» dies erfordern. Der Verordnungsgeber begnügt sich – im Gegensatz zum Kantonsgesetzgeber – also nicht mit einem einfachen umfassenden Abwägungsprozedere. Als Anliegen, die eine Abweichung von der bisher erlaubten Nutzungsart rechtfertigen, kommen ausschliesslich (öffentliche) Schutzinteressen in Betracht. Bestehen andere öffentliche Interessen, darf die Gemeinde mit dem Gestaltungsplan – andere Regelungen auf kommunaler Ebene einmal mehr vorbehalten – keine von der Regel-Nutzungsart abweichende Anordnung treffen, unabhängig davon, wie die eigentliche umfassende Abwägung ausfiele. Der Abwägungsvorgang ist vorstrukturiert.<sup>18</sup>

## IV. Würdigung

Nach dem Gesagten fällt auf, dass unterschiedliche Verordnungsvorschriften, die explizit auf die Gestaltungsplanung zugeschnittene Abweichungsvoraussetzungen und -grenzen bereithalten, nicht einer blossen Präzisierung des übergeordneten Rechts gleichkommen. Sie gehen über die reine Ausführung der Gesetzesbestimmungen hinaus. Es werden neue Pflichten auferlegt respektive neue Rechte eingeräumt. Mit § 164a BauG/AG besteht genau eine Gesetzesvorschrift, welche den Regierungsrat im Kontext der Gestaltungsplanung ermächtigt, Recht zu setzen. Konkret darf der Regierungsrat die «*erforderlichen Ausführungsbestimmungen*» erlassen. Die Norm legitimiert die Kantonsexekutive also nicht, gesetzesvertretendes Ordnungsrecht zu erlassen. Für die auf Verordnungsstufe verankerten Abweichungsvoraussetzungen und -grenzen, die weiter gehen als das übergeordnete Recht, dürften die notwendigen Delegationsnormen fehlen.

Abgesehen davon ist es im Kanton Aargau die Gemeindeexekutive, welche den Gestaltungsplan definitiv beschliesst (§ 25 Abs. 3 lit. a BauG/AG). Zum Vergleich wird der allgemeine Nutzungsplan, welcher die potenziellen Abwei-

<sup>12</sup> M.w.H. und Verw. PLETSCHER (Fn. 5), Rz. 467.

<sup>13</sup> VGer AG, Urteil vom 20. Januar 1977, E. 1/b/ee, AGVE 1977, 234 ff.; P. HEER, Die raumplanungsrechtliche Erfassung von Bauten und Anlagen im Nichtbaugelände, unter besonderer Berücksichtigung von Nutzungsplan und Ausnahmegewilligung, Diss., Zürich 1996, 149; ausführlich PLETSCHER (Fn. 5), Rz. 463 ff.

<sup>14</sup> Grundlegend BGer, Urteil vom 4. Juni 1993, E. 7b, ZBl 1994, 133 ff.; bestätigend BGer, 1C\_108/2018, 26. Oktober 2018, E. 4.4.

<sup>15</sup> Im Einzelnen PLETSCHER (Fn. 5), Rz. 470.

<sup>16</sup> Statt vieler P. TSCHANNEN, in: H. Aemisegger/P. Moor/A. Ruch/P. Tschannen (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Richt- und Sachplanung, Interessenabwägung, Zürich/Basel/Genf 2019, Art. 3 N 32; zum Geltungsbereich von Art. 3 RPV, PLETSCHER (Fn. 5), Rz. 146 f.

<sup>17</sup> Zum mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip einhergehenden Gebot der umfassenden Interessenabwägung in Raumplanungs- und Bausachen, PLETSCHER (Fn. 5), Rz. 136.

<sup>18</sup> M.w.H. HÄUPTLI (Fn. 3), § 21 N 26.

chungsobjekte des Gestaltungsplans enthält, unter Vorbehalt von «*unwesentlichen Änderungen*» von der Gemeindelegislative erlassen (§ 25 Abs. 1 und § 25 Abs. 3 lit. b BauG/AG). Beschlüsse der Legislative unterliegen im Gegensatz zu denjenigen der Exekutive dem fakultativen Referendum, unabhängig davon, ob die Gemeinde die Gemeindeversammlung oder den Einwohnerrat als Legislativorgan einsetzt.<sup>19</sup> Mit Gestaltungsplan-Bestimmungen, die effektiv, d.h. nicht in einem in der BNO vorgezeichneten Ausmass, von Vorgaben des allgemeinen Nutzungsplans abweichen, wird bis zu einem gewissen Grad die Mitwirkung des Souveräns umgangen. Ausserdem ist in Anbetracht von § 21 BauG/AG kaum absehbar, welche schutzwürdigen Interessen durch das sehr weitgehende, weder an harte Voraussetzungen noch an präzise Grenzen geknüpfte Abweichungspotenzial erstmals oder stärker beeinträchtigt werden können. Auch hinsichtlich Grösse des Perimeters setzt das kantonale Recht dem Gestaltungsplan keine Grenzen. Selbst wenn die Erwartungen in Sachen Gesetzmässigkeit im Bereich der Raumplanung vergleichsweise gering sind, besteht die latente Gefahr, dass der von der Grundordnung abweichende Inhalt des untergesetzlichen Gestaltungsplans den Anforderungen des Legalitätsprinzips letztlich nicht genügt.

Dieser Problematik können die Gemeinden begegnen, indem sie mit dem allgemeinen Nutzungsplan – dieser Erlass durchläuft bekanntlich das Verfahren der formellen (Gemeinde-)Gesetzgebung – in gewissen Gebieten sämtliche oder bestimmte gestaltungsplanerische Abweichungen ausschliessen (§ 21 Abs. 2 Satz 2 Satzteil 1 BauG/AG). Zudem kann der allgemeine Nutzungsplan vorsehen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang im Rahmen der Gestaltungsplanung von Regel-Bauvorschriften abweichende Anordnungen zulässig sind (§ 21 Abs. 2 Satz 2 Satzteil 2 BauG/AG). Mit anderen Worten haben es die Gemeinden in der Hand, die gestaltungsplanerischen Abweichungsmöglichkeiten mit einem vollständig demokratisch legitimierten Erlass gebietsweise differenziert vorzuzeichnen. Der Gestaltungsplan, welcher sich im Rahmen dieser Möglichkeiten bewegt, hat keine Umgehung des Souveräns zur Folge. Gleichzeitig ist aufgrund von vollständig demokratisch legitimierten Vorschriften absehbar, welche berechtigten Anliegen sich im Rahmen einer Gestaltungsplanung inwieweit beeinträchtigen lassen. § 21 Abs. 2 Satz 2 BauG/AG berechtigt, verpflichtet die Gemeinden jedoch nicht zum Erlass solcher (Rahmen-)Vorschriften.

## V. Ergebnis

Es kommt vor, dass Elemente der Grundordnung der vorherrschenden Interessenlage in Teilen des Baugebiets nicht vollumfänglich Rechnung tragen. In solchen Situationen

kann eine Gestaltungsplanung weiterhelfen; denn mit dem Gestaltungsplan lassen sich typischerweise von der Grundordnung abweichende Anordnungen treffen. Wer von Grundregeln abweichende Gestaltungsplaninhalte festsetzt, muss natürlich die im übergeordneten Recht verankerten Voraussetzungen und Grenzen beachten. Vorab interessiert, ob die Bestimmung, von welcher mit dem Gestaltungsplan abgewichen werden soll, ein potenzielles Objekt gestaltungsplanerischer Abweichungen verkörpert. Im Kanton Aargau gehören grundsätzlich sämtliche Vorgaben des allgemeinen Nutzungsplans zum Kreis der potenziellen Abweichungsobjekte (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Satzteil 1 BauG/AG). § 8 Abs. 2 BauV/AG, der sich ebenfalls auf die Abweichungsobjekte des Gestaltungsplans bezieht und per 1. November 2021 marginal angepasst worden ist, ändert an dieser Ausgangslage nichts. Abgesehen davon spricht alles dafür, nicht nur die zonenspezifischen Bauvorschriften, sondern auch die im ganzen Gemeindegebiet grundsätzlich gleichermassen geltenden, ebenfalls in der BNO verankerten Baugesetze als potenzielle Objekte gestaltungsplanerischer Abweichungen zu qualifizieren.

Sodann muss der Gestaltungsplan mit von der Grundordnung abweichenden Anordnungen erstens ein siedlungs- und landschaftsgestalterisch besseres Ergebnis bewirken (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Satzteil 2 BauG/AG). Damit geht der Kantonsgesetzgeber zu wenig weit, denn der auf Verfassungsebene verankerte Verhältnismässigkeitsgrundsatz gibt sich nicht mit besseren Ergebnissen zufrieden, sondern fordert optimale Lösungen. Inwiefern die Abweichungen vom allgemeinen Nutzungsplan zu einem siedlungs- und landschaftsgestalterisch besseren oder eben optimalen Ergebnis führen, hat die Gemeinde im Planungsbericht aufzuzeigen (§ 8 Abs. 3 BauV/AG). Hingegen ist sie nicht mehr verpflichtet, eine qualifizierte Fachperson mit der Ausarbeitung einer (ebenfalls) publik zu machenden Stellungnahme zu den Abweichungen und deren Konsequenzen zu beauftragen. Die entsprechenden Passagen von § 8 Abs. 3 BauV/AG sind per 1. November 2021 gestrichen worden. Allerdings sind die Gemeinden gerade in komplexen Situationen gut beraten, freiwillig Personen mit entsprechendem Sachverstand beizuziehen. Zweitens darf der Gestaltungsplan mit der oder den Abweichungen die zonengemässe Nutzungsart nicht übermässig beeinträchtigen (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Satzteil 2 BauG/AG). Dieses Erfordernis hat in Art. 2 Abs. 1 RPG seinen Ursprung. Der Gestaltungsplan muss die Grundordnung weiterführen. Er darf sie mit einer einzelnen übermässigen oder zu vielen Abweichungen nicht aus den Angeln heben. Auf Stufe Verordnung schreibt der Kanton Aargau in diesem Zusammenhang vor, dass die im allgemeinen Nutzungsplan definierte Geschosszahl mit dem Gestaltungsplan höchstens um ein zusätzliches Geschoss erhöht werden darf (§ 8 Abs. 2 lit. a BauV/AG). Zu guter Letzt dürfen der geplanten Abweichung keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Satzteil 2 BauG/AG). Es bedarf also eines umfassenden Interessenausgleichs. Der von der Grundordnung abweichende Gestaltungsplaninhalt muss – wie allen anderen Vorgaben des Gestaltungsplans – den im Einzelfall beteiligten Anliegen die maximale Geltung eintragen. Weicht der

<sup>19</sup> Für die Gemeindeorganisation mit Gemeindeversammlung, § 31 Gesetz vom 19. Dezember 1978 über die Einwohnergemeinden, SAR 171.100 (GG/AG); für die Gemeindeorganisation mit Einwohnerrat, § 58 Abs. 1 GG/AG.

Gestaltungsplan von der Regel-Nutzungsart ab, ist der Abwägungsvorgang zudem vorstrukturiert. Gemäss § 8 Abs. 2 lit. b BauV/AG müssen für derartige Abweichungen zwingend Schutzinteressen bestehen. Andere überwiegende Anliegen der Allgemeinheit genügen nicht.

Auffällig ist, dass doch einige auf Verordnungsstufe verankerte Abweichungsvoraussetzungen und -grenzen neue Pflichten auferlegen respektive neue Rechte vermitteln. Ob § 164a BauG/AG für solches gesetzesvertretendes Verordnungsrecht die Delegationsnorm verkörpern kann, ist zweifelhaft. Abgesehen davon wird der Aargauer Gestaltungsplan von der Exekutive erlassen, wohingegen die Vorschriften, von denen der Gestaltungsplan abweichende Anordnungen enthalten darf, von der Legislative beschlossen werden. Dies hat zur Folge, dass der Souverän mit gestaltungsplanerischen

Abweichungen nolens volens umgangen wird. Gleichzeitig gehen mit der untergesetzlichen Gestaltungsplanung rechtsstaatliche Bedenken einher, denn § 21 BauG/AG offenbart kaum, welche schutzwürdigen Interessen durch das sehr weitgehende, weder an harte Voraussetzungen noch an präzise Grenzen geknüpfte Abweichungspotenzial erstmals oder stärker beeinträchtigt werden können. Ferner setzt das Kantonsrecht dem Gestaltungsplan in Sachen Ausdehnung des Perimeters keine Grenzen. Die Gemeinden können dieser Problematik aber entgegenreten, vor allem indem sie im allgemeinen Nutzungsplan vorschreiben, in welchem Umfang Abweichungen statthaft sind. Die Kantonsgesetzgebung berechtigt, verpflichtet die Kommunen aber nicht, solche oder ähnlich wirkende Vorschriften zu statuieren (§ 21 Abs. 2 Satz 2 BauG/AG).