

Herrn  
Dr. Raimund Rodewald  
z.H. der Stiftung Landschaftsschutz Schweiz  
Schwarzenburgstr. 11  
3007 Bern

Schaffhausen, den 14. Juni 2018 AM

**Rechtliche Beurteilung der Vorschläge der UREK-S zur Lockerung des Schutzes der Inventarobjekte von nationaler Bedeutung (Revisionsentwurf vom 20. März 2018)**

Sehr geehrter Herr Dr. Rodewald,  
sehr geehrte Damen und Herren,

Sie haben mich auch im Namen von Pro Natura gebeten, zu dem von der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates (UREK-S) in die Vernehmlassung gegebenen Bericht vom 20. März 2018 zur Parlamentarischen Initiative Eder („Die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission und ihre Aufgabe als Gutachterin“) eine *Beurteilung aus rechtlicher Sicht* zu erstellen mit dem Fokus *Verfassungsrecht* und *Föderalismus*. Ich komme diesem Auftrag gerne nach und kann dazu folgende Ausführungen machen (vgl. auch das *zusammenfassende Ergebnis* S. 25-27 und das *Inhalts- und Literaturverzeichnis* auf S. 28 f.):

## **1. Bisheriges Schutzsystem und –konzept im Natur- und Heimatschutz, insbesondere bei Bundesinventarobjekten**

### **1.1 Bestehende verfassungsmässige Kompetenzausscheidung**

Gemäss *Art. 78 BV* sind für den Natur- und Heimatschutz grundsätzlich die Kantone zuständig (*Abs. 1*). Der *Bund* nimmt bei der Erfüllung seiner Aufgaben aber Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes. Insbesondere schont er Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler; er erhält sie ungeschmälert, wenn das öffentliche Interesse es gebietet (*Abs. 2*). Neben dieser auf die Erfüllung von Bundesaufgaben beschränkten Gesetzgebungskompetenz für den Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz sieht *Art. 78 Abs. 4 BV* für den Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz für den Biotop- und Artenschutz vor. Und *Art. 78 Abs. 5 BV* enthält sodann – zurückgehend auf die 1987 vom Volk angenommene Rothenthurm-Initiative – einen weitgehend absoluten Schutz von Mooren und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung.

### **1.2 Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz**

#### **1.2.1 Allgemeine Regelung**

Der Bund hat diese Kompetenzen, Grundsätze und Gesetzgebungsaufträge namentlich durch das inzwischen bereits mehrfach geänderte und ergänzte *Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz* vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451) umgesetzt. Der entsprechend der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung auf die Erfüllung von Bundesaufgaben beschränkte *Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz* wird in den Art.1-17a NHG geregelt. Neben der *Grundsatznorm* von *Art. 3 NHG* für entsprechende Schutzobjekte sieht *Art. 5 NHG* vor, dass für entsprechende *Objekte von nationaler Bedeutung* nach Anhörung der Kantone

*besondere Bundesinventare* nach den im Gesetz enthaltenen Vorgaben zu schaffen sind. Der Bundesrat hat inzwischen auf dieser Grundlage durch Verordnungen *drei Bundesinventare* für den Bereich des *Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes* geschaffen: das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN; ab 1977), das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder von nationaler Bedeutung (ISOS; ab 1981) und das Bundesinventar der historischen Verkehrswege der Schweiz (IVS; ab 2010). Während die beiden erstgenannten Bundesinventare heute in der Projektbewilligungspraxis und auch in der Rechtsprechung eine grosse Rolle spielen, bot das eher punktuell ausgerichtete IVS bisher kaum Probleme (vgl. zur Bedeutung dieses Inventars in der Praxis die Hinweise im aktuellen Heft 2/2018 des Schweizer Heimatschutzes „Historische Pfade“).

*Art 6 NHG* hält sodann fest, dass durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein solches Bundesinventar dargetan wird, dass es in besonderem Masse *die ungeschmälerte Erhaltung*, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die *grösstmögliche Schonung* verdient (Abs. 1). Ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung im Sinne des betreffenden Inventars darf sodann bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägungen gezogen werden, wenn ihr bestimmte *gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung* entgegenstehen (Abs. 2). Nach herrschender Praxis bzw. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss hierbei sowohl die *betreffende Aufgabe an sich*, als auch das *konkrete Projekt* von nationalem Interesse sein (*zweistufige Prüfung* der „nationalen Bedeutung“; vgl. dazu *Tschannen/Mösching*, S. 23 ff. mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Nach der Praxis gilt die *Einschränkung in der Interessenabwägung* (sog. strukturierte Interessenabwägung; Ausschluss von Eingriffsinteressen von nicht-nationaler Bedeutung) überdies nur bei *nicht lediglich geringfügigen Eingriffen* in Schutzobjekte von nationaler Bedeutung. Bei bloss geringfügigen Eingriffen kann ein Vorhaben dagegen auch in einem Schutzgebiet von nationaler Bedeutung bewilligt

werden, wenn daran ein überwiegendes Interesse besteht (sog. gewöhnliche Interessenabwägung; vgl. dazu auch *Rausch/Marti/Griffel*, Rz. 552 ff., insbesondere Rz. 554 und für das BLN-Inventar eingehend *Schibli/Bühl*, S. 682 ff.).

*Art. 7 NHG* bestimmt überdies, dass bei der Erfüllung von Bundesaufgaben entweder das *zuständige Fachamt des Bundes* (bei Projektgenehmigungszuständigkeit des Bundes) bzw. die *kantonale Fachstelle* (bei Projektgenehmigungs- bzw. Bewilligungszuständigkeit des Kantons) beurteilt, ob ein *Gutachten* der *eidgenössischen Fachkommission* (Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission [ENHK] bzw. Eidgenössische Kommission für Denkmalspflege [EKD]) erforderlich ist (Abs. 1). Ein *Kommissionsgutachten* zu Händen der zuständigen Entscheidbehörde ist *erforderlich*, wenn ein Bundesinventarobjekt durch das betreffende Projekt *erheblich beeinträchtigt werden könnte* oder sich im Zusammenhang mit dem Projekt *grundsätzliche Fragen* stellen (Abs. 2). Der *Fachbegutachtung* der sich in einem konkreten Fall stellenden Schutzfragen (massgebende Schutzziele; erforderliche Schutzmassnahmen) durch die *Fachämter von Bund und Kantonen* und insbesondere durch die erwähnten *eidgenössischen Fachkommissionen* (ENHK, EKD) kommt im konkreten Fall für die Rechtsanwendung eine *grosse Bedeutung* zu (vgl. zur wichtigen Funktion dieser Gutachten auch *Griffel*, Grundprinzipien, Rz. 397). Die Entscheidbehörden dürfen nach Lehre und Rechtsprechung von den *tatsächlichen Feststellungen* der Fachämter und Fachkommissionen *nur abweichen*, wenn hierfür *triftige Gründe bestehen*, was sie eingehend und nachvollziehbar zu begründen haben (vgl. zur Rechtsprechung des Bundesgerichts das in ZBl 2017, S. 562 ff. publizierte Urteil 1C\_357/2015 vom 1. Februar 2017 (Fafleralp/VS), E. 4.2.3 mit weiteren Hinweisen; siehe überdies auch *Rausch/Marti/Griffel*, Rz. 553, *Griffel*, Kurzgutachten, S. 11 ff. und *Plüss*, Kommentar VRG/ZH, § 7 Rz. 146 ff.).

### 1.2.2 Einschränkungen aufgrund der beschränkten Bundeskompetenz und durch Spezialbestimmungen

Der besondere materielle und verfahrensrechtliche Schutz der entsprechenden Bundesinventarobjekte gilt direkt nur für die *Erfüllung von Bundesaufgaben*, also namentlich für Plangenehmigungsverfahren des Bundes, aber auch für kantonale Bewilligungsverfahren, soweit dieses weitgehend bundesrechtlich geregelt sind (z.B. Bewilligungen für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen; wald- und gewässerschutzrechtliche Bewilligungen). Im Bereich der *kantonalen Aufgabenerfüllung* (namentlich für die Nutzungsplanung und Baubewilligung innerhalb des Siedlungsgebietes) sind die erwähnten Bundesinventare nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts bzw. heute auch aufgrund der Vorschriften in den einschlägigen Inventarverordnungen *lediglich zu berücksichtigen* (vgl. BGE 135 II 209 ff. [Rüti/ZH] und inzwischen Art. 8 VBLN, Art. 4a VISOS und Art. 9 VIVS; vgl. zum Ganzen auch *ARE/ASTRA/BAFU/BAK* [Hrsg.], Empfehlungen zur Berücksichtigung der Bundesinventare nach Art. 5 NHG in der Richt- und Nutzungsplanung, Bern 2012; für das BLN-Inventar insbesondere *Schibli/Bühl*, S. 687 ff. sowie für das ISOS *ARE* [Hrsg.], ISOS und Verdichtung, Bericht der Arbeitsgruppe, April 2016).

Eine *bedeutsame Einschränkung* des bundesrechtlichen Schutzes von Bundesinventarobjekten im Bereich des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes ergab sich in allerneuester Zeit durch das *neue Energiegesetz* vom 30. September 2016, mit welchem die von den Bundesbehörden beschlossene Energiewende umgesetzt werden soll. So gelten gemäss Art. 12 Abs. 1 EnG die *Nutzung erneuerbarer Energien* und *ihr Ausbau* ganz allgemein als von *nationalem Interesse* (Abs. 1), wobei auch einzelne Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien, namentlich auch Speicherkraftwerke, sowie Pumpspeicherkraftwerke ab einer bestimmten, vom Bundesrat zu definierenden Grösse und Bedeutung explizit einem nationalen Eingriffsinteresse i.S.v. Art. 6 Abs. 2 NHG entsprechen (Abs. 2 i.V.m.

Abs. 4 f.) und ausdrücklich festgehalten wird, dass das nationale Interesse an der Realisierung eines solchen Vorhabens mit andern nationalen Interessen (also insbesondere mit nationalen Schutzinteressen) als gleichrangig zu betrachten sei (Abs. 3; vgl. ähnlich bereits Art. WaG und Art. 15d Abs. 4 EleG). Von der erwähnten Kompetenz hat der Bundesrat in der neuen *Energieverordnung* vom 1. November 2017 Gebrauch gemacht und in der Verordnung *sehr tiefe*, von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts deutlich abweichende *Schwellenwerte* für Wasserkraft- und Windkraftanlagen von nationalem Interesse festgelegt (Art. 8 und 9 EnV). Überdies kann der Bundesrat allenfalls im Einzelfall auch einer entsprechenden kleineren Anlage ein nationales Eingriffsinteresse zuerkennen (Art. 13 EnG). Vgl. sehr kritisch zu dieser Entwicklung mein Editorial in ZBl 2016, S. 457 f., die Kommentierung des Bundesgerichtsurteils Fafleralp in ZBl 2017, S. 571 ff. und das Editorial von *Alain Griffel* in ZBl 2018, S. 161 f.).

### **1.3 Biotop-, Moor- und Moorlandschaftsschutz**

Auch im Bereich des *Biotop-, Moor- und Moorlandschaftsschutzes* hat der Bund einerseits *allgemeine Schutzvorschriften* (Art. 18 ff. NHG) und andererseits *besondere Schutzvorschriften* für in *Bundesinventare* aufzunehmende *Schutzobjekte von nationaler Bedeutung* geschaffen (vgl. insbesondere Art. 18a NHG; für den Moor- und Moorlandschaftsschutz Art. 23a-23d NHG). Die Vorschriften in diesen Bereichen gelten im Unterschied zu den Art. 2-17a NHG (Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz) *uneingeschränkt*, d.h. *auch für die rein kantonale Aufgabenerfüllung*. Die Eingriffsvoraussetzungen bei den entsprechenden Bundesinventarobjekten werden – mit Ausnahme des Moorlandschaftsschutzes (Art. 23d NHG) – im Unterschied zum Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz nicht im Gesetz selber, sondern in den entsprechenden Inventarverordnungen geregelt. Während bei den *Moor- und Moorlandschafts-Bundesinventaren* aufgrund der Spezialbestimmung in Art. 78 Abs. 5 BV ein *weitgehend uneingeschränkter*

*Eingriffsschutz* gilt (vgl. Art. 4 f. Flachmoorverordnung, Hochmoorverordnung und Moorlandschaftsverordnung), besteht bei den *gewöhnlichen Biotop-Bundesinventaren* auf Verordnungsebene ein ähnlich geregelter Eingriffsschutz wie bei den Bundesinventaren des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes: Eine *Abweichung vom Schutzziel der ungeschmälernten Erhaltung* dieser Objekte ist regelmässig nur möglich für unmittelbar standortgebundene Vorhaben, die einem *überwiegenden Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung dienen*, wobei bestmögliche Schutz-, Wiederherstellungs- oder Ersatzmassnahmen anzuordnen sind (Art. 4 Abs. 2 Auenverordnung, Art. 7 Abs. 1 Amphibienlaichgebiete-Verordnung und Art. 7 Abs. 1 Trockenwiesenverordnung).

Da die Schutzziele und Schutzmassnahmen bei den Bundesinventarobjekten im Biotop-, Moor- und Moorlandschaftsschutz in den massgebenden Verordnungen – auch angesichts der stets vergleichbaren Sachverhalte – viel präziser und detaillierter festgehalten sind als bei den Bundesinventaren im Bereich des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes, bestehen sodann auch *keine besonderen gesetzlichen Begutachtungspflichten*. Allenfalls kann die ENHK gestützt auf Art. 8 oder Art. 17a NHG ein fakultatives Gutachten abgeben, was aber kaum vorkommt. Der *massgebende Sachverhalt* wird im Bereich des Biotop-, Moor- und Moorlandschaftsschutz daher regelmässig durch die *zuständigen Fachstellen* von Bund und Kantonen abgeklärt (vgl. dazu Art. 25 NHG sowie *Rausch/Marti/Griffel*, Rz. 553).

#### **1.4 Zwischenfazit: unterschiedliche Schutzwirkungen/grundsätzlich übereinstimmendes Konzept für zulässige Eingriffe in Bundesinventarobjekte**

Bei den in Bundesinventaren festgehaltenen Schutzobjekten von nationaler Bedeutung (Bundesinventarobjekte) muss somit unterschieden werden: Der im Bundesrecht vorgesehene Schutz der *Bundesinventarobjekte im Bereich des*

*Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes* ist nur bei der *Erfüllung von Bundesaufgaben* (Bundesplangenehmigungsverfahren; bundesrechtlich geregelte kantonale Planungen und Bewilligungen) direkt anwendbar; bei rein kantonaler Aufgabenerfüllen besteht nur eine Berücksichtigungspflicht im Rahmen einer gewöhnlichen Interessenabwägung. Eine gewöhnliche Interessenabwägung greift auch Platz bei nur geringfügigen Eingriffen. Bei nicht nur leichten Beeinträchtigungen ist ein Eingriff dagegen nur möglich, wenn dem Schutz von nationaler Bedeutung bestimmte *gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung* entgegenstehen (Art. 6 Abs. 2 NHG). Zur Frage der bestehenden Schutzziele und der erforderlichen Schutzmassnahmen ist bei Erfüllung einer Bundesaufgabe – sofern eine erhebliche Beeinträchtigung des Schutzobjekts droht oder sich grundsätzliche Fragen stellen – *obligatorisch* ein *Gutachten der zuständigen eidgenössischen Fachkommission* (ENHK oder EKD) einzuholen (Art. 7 Abs. 2 NHG).

Die *Bundesinventare* im Bereich des *Biotop-, Moor- und Moorlandschaftsschutzes* gelten demgegenüber aufgrund der in diesem Bereich umfassenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes direkt und unmittelbar sowohl für die Erfüllung von Bundesaufgaben als *auch bei rein kantonaler Aufgabenerfüllung* (vgl. zur Umsetzungspflicht der Kantone bezüglich der entsprechenden Bundesinventarobjekte insbesondere Art. 18a Abs. 2 NHG). Während bei den Bundesinventarobjekten im *Moor- und Moorlandschaftsschutz* direkt gestützt auf Art. 78 Abs. 5 BV ein *weitgehendes Veränderungsverbot* besteht, sind bei den *übrigen Biotopschutz-Bundesinventarobjekten* Eingriffe in die Schutzobjekte von nationaler Bedeutung ebenfalls nur für *standortgebundene Vorhaben* möglich, die einem *überwiegenden Interesse von nationaler Bedeutung* dienen. Die *Interessenabwägung* ist also – wie bei den Bundesinventarobjekten des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes – *gesetzlich vorstrukturiert und eingeschränkt*. Sofern kein Eingriffsinteresse von ebenfalls nationaler Bedeutung besteht, ist die Realisierung eines schutzzielwidrigen Vorhabens somit in gleicher Weise und zum vorneherein



unmöglich. Interessant ist hierbei, dass *Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien* in diesen Bundesinventarobjekten zum vorneherein *gesetzlich gänzlich ausgeschlossen* werden, weshalb die Neuregelung von Art. 12 EnG und die sehr tiefen Schwellenwerte für Anlagen von nationalem Interesse (Art. 8 und 9 EnV) bei den Biotopbundesinventaren (und auch bei den Wasser- und Zugvogelreservaten nach Art. 11 JSG) nicht gelten bzw. nicht von Bedeutung sind (vgl. ausdrücklich Art. 12 Abs. 2 EnG).

Während aufgrund der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung somit die Schutzvorschriften für Bundesinventare im Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz anders als bei den Bundesinventaren im Biotop-, Moor- und Moorlandschaftsschutz nur bei der Erfüllung von Bundesaufgaben (Bundesplangenehmigungsverfahren; bundesrechtliche geregelte Planungen und Bewilligungen der Kantone) direkt anwendbar sind, besteht für die *Zulässigkeit von Eingriffen* eine *weitgehend übereinstimmende Regelung*: in *Bundesinventarobjekten*, welche Schutzobjekte von nationaler Bedeutung darstellen, können *grundsätzlich nur Vorhaben verwirklicht werden*, an welchen *überwiegende Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung* bestehen. Eine *besondere Begutachtung* wird allerdings nur für Eingriffe in Bundesinventarobjekte des *Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes* vorgeschrieben, weil hier Schutzziele und –massnahmen gesetzlich weniger präzise und detailliert geregelt sind als bei den Bundesinventaren des *Biotop-, Moor- und Moorlandschaftsschutzes*, wo ganz auf die übliche *amtliche Fachbegutachtung* abgestellt wird. *Einbrüche in dieses System* bestehen bis heute nur insofern, als bei Bundesinventarobjekten im *Moor- und Moorlandschaftsschutz* aufgrund der Spezialbestimmung in Art. 78 Abs. 5 BV ein *weitergehender Schutz* (weitgehendes Veränderungsverbot) gilt, während bei den Bundesinventaren im *Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz* neu aufgrund der Spezialbestimmungen im Energierecht allenfalls (aufgrund einer erweiterten Interessenabwägung) auch *Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien* realisiert werden können, an welchen ohne Sonderbestimmungen kein nationales Interesse bestehen würde.

Vgl. zu den unterschiedlichen Schutzregelungen für die Bundesinventare im Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz bzw. im Biotop-, Moor- und Moorlandschaftsschutz auch die Übersichtstabelle in *Rausch/Marti/Griffel*, Rz. 566 und 576 sowie *Marti*, Schutzkonzept, insbesondere S. 83 ff.

### **1.5 Konsequenzen der unterschiedlichen Schutzwirkungen für die Rechtsdurchsetzung**

Eine wohl *unvermeidbare Konsequenz* der unterschiedlichen Schutzwirkungen für die Bundesinventare im Bereich des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz (Beschränkung auf die Erfüllung von Bundesaufgaben) bzw. des Biotop-, Moor- und Moorlandschaftsschutzes (generelle Wirkung, also auch für den rein kantonalen Aufgabenbereich) besteht im Übrigen darin, dass der *Schutz* für die *nationalen Schutzobjekte* bei den *Bundesinventaren der ersteren Kategorie (Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz)* in der Praxis *deutlich weniger stark und löchrig* ist, da die Kantone im Bereich der rein kantonalen Aufgabenerfüllung – d.h. bei der Richt- und Nutzungsplanung sowie bei der Bewilligungserteilung – die Schutzregelungen der Bundesinventare nur im Sinne und im Rahmen *gewöhnlicher planerischer Interessenabwägungen* berücksichtigen und die NHG-Regeln (insbesondere die materiellen und formellen Schutzvorschrift von Art. 6 und 7 NHG) nicht direkt anwenden müssen, womit auch die *besonderen Rechtsschutzvorschriften* des NHG (insbesondere die Verbandsbeschwerde nach Art. 12 ff. NHG) *nicht zum Tragen kommen*. Namentlich die mangelnde Umsetzungspflicht der Kantone im Bereich der Bundesinventare des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes hat denn auch zur Folge, dass bei der Umsetzung dieser Inventare *grosse Mängel und Lücken* bestehen.

Für das ab 1981 eingeführte *Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS)*, welches vor allem innerhalb des Siedlungsbereichs zur Anwendung kommt, wo meist rein kantonale Aufgaben zu erfüllen sind (Nutzungsplanung;

kantonale und kommunale Baubewilligungen), gilt dies ohnehin. Erst die mit dem *Bundesgerichtsurteil Rüti* eingeführte *Berücksichtigungspflicht* hat da eine gewisse Änderung und zugleich grosse Unsicherheit ausgelöst, zumal sich die meisten Kantone und Gemeinden lange Zeit um dieses Bundesinventar focht haben (vgl. dazu die oben in Ziff. 1.2.2 erwähnten Empfehlungen „ISOS und Verdichtung“).

Aber auch das erste Bundesinventar überhaupt, das ab 1977 eingeführte *Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN)*, ist bisher nur ungenügend und mit vielen Lücken umgesetzt worden. Dies obwohl es vor allem für das *Nicht-Siedlungsgebiet* bedeutsam ist, wo bei Eingriffsentscheiden daher die besonderen materiellen und formellen Schutzvorschriften von Art. 6 und 7 NHG regelmässig zum Zug kommen (Baubewilligungen ausserhalb des Baugebiets gelten als Bundesaufgabe). So ergab eine von der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats im Jahr 2003 durchgeführte Evaluation dieses Inventars, dass das *Ziel des BLN gemäss Art. 6 NHG insgesamt nicht erreicht* worden ist, was auch auf das *schwache Instrumentarium zur Umsetzung* und die *unklare Verbindlichkeit für Kantone und Gemeinden* zurückzuführen sei (vgl. dazu den Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle vom 14. Mai 2003 in BBl 2004, S. 789 ff.). Aufgrund dieser Evaluation ist die *VBLN* inzwischen *totalrevidiert* worden (vgl. Verordnung vom 29. März 2017, AS 2017, S. 2815 ff.). Damit sind jedoch lediglich die Schutzziele für die Inventarobjekte präziser gefasst und neu die Inventar-Berücksichtigungspflicht für Kantone und Gemeinde entsprechend dem Bundesgerichtsurteil Rüti festgehalten worden (vgl. dazu *Schibli/Bühl*, insbesondere S. 663 ff. und den Jahresbericht 2013 der Geschäftsprüfungskommissionen/Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte, BBl 2014, S. 4963 ff., 5016). Die *übrigen* vom Parlament festgestellten *Mängel sind damit aber nicht behoben* worden (vgl. dazu auch *Griffel*, Kurzgutachten, S. 8 ff.).

## 2. Vorgeschlagene Revision von Art. 6 und 7 NHG

### 2.1 Entstehungsgeschichte

Am 29. Februar 2012 reichte *Ständerat Joachim Eder* eine *parlamentarische Initiative* ein, welche *Änderungen* von *Art. 6 Abs. 2* und *Art. 7 Abs. 3 NHG* vorschlägt (erweiterte Möglichkeit der Interessenabwägung bei Bundesinventarobjekten nach Art. 5 NHG; Relativierung des Stellenwerts der eidgenössischen Fachkommissionen). Nachdem die *UREK-S* und die *UREK-N* beschlossen hatten, der *Initiative Folge zu geben*, wurde ein *Vorentwurf* für die Vernehmlassung erarbeitet. Die *UREK-S* beschloss am *1. September 2014* jedoch, mit der Vernehmlassung noch zuzuwarten (Abwarten der Ergebnisse der Beratung der einschlägigen Bestimmungen im neuen Energiegesetz). Nach der Annahme des neuen Energiegesetzes in der *Volksabstimmung vom 17. Mai 2017* nahm die *UREK-S* die Beratungen zu einem Vorentwurf zur parlamentarischen Initiative wieder auf. Eine Mehrheit der Kommission kam dabei – anders als die Kommissionsminderheit – zum Schluss, dass *weiterhin ein Regelungsbedarf* im Sinne der Initiative bestehe, da das Energiegesetz nur die Erleichterung der Realisierung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien nicht aber weiterer Projekte ermögliche. Der *Ständerat* folgte am *14. September 2017* mit 27 zu 16 Stimmen dem Kommissions-Mehrheitsantrag und verlängerte die Behandlungsfrist bis zur Herbstsession 2019. Am *20. März 2018* stimmte die *UREK-S* darauf dem Vorentwurf zu und schickte ihn in die *Vernehmlassung* bei den Parteien und weiteren Interessierten (Äusserungsfrist bis 9. Juli 2018; vgl. dazu den Bericht der *UREK-S* vom 20. März 2018).

Die *Vernehmlassungsvorlage* sieht neu *Folgendes* vor:

Der *neu gefasste Art. 6 Abs. 2 NHG* legt fest, dass bei der *Interessenabwägung* zwischen Schutz und Nutzen im Falle des Abweichens von der ungeschmälernten Erhaltung nationaler Schutzobjekte auch Vorhaben zugelassen werden können, wenn bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen des Bundes oder *neu auch der*

*Kantone* dafür sprechen. Damit soll den Interessen der Kantone in dieser Abwägung mehr Gewicht zukommen.

Der *neue Art. 7 Abs. 3 NHG* verankert auf Gesetzesebene den Grundsatz, wonach die Gutachten der ENHK und der EKD eine Grundlage für die Entscheidbehörde bilden, welche diese in ihre Gesamtinteressenbeurteilung einbezieht und würdigt. Dazu wird in der Vorlage ausgeführt, ein entsprechendes Gutachten solle *nicht als einzige*, sondern als *eine Grundlage von mehreren* für den Entscheid über das betreffende Projekt betrachtet werden, wie dies der gängigen Praxis des Bundesgerichts bzw. der Rechtsprechungsbehörden entspreche.

## **2.2 Beurteilung der erweiterten Interessenabwägung (Art. 6 Abs. 2 der Revisionsvorlage)**

### **2.2.1 Sinn und Bedeutung der gesetzlich eingeschränkten Interessenabwägung**

Gemäss Art. 78 Abs. 2 BV hat der Bund im Bereich seiner Aufgabenerfüllung *Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler* zu schonen und sie ungeschmälert zu erhalten, wenn das öffentliche Interesse es gebietet. Der Bundesgesetzgeber hat diesen *Verfassungsgrundsatz* durch die *Regelung von Art. 2 ff. NHG* umgesetzt. Er hat im Sinne dieses Grundsatzes ein System geschaffen, bei welchem *Objekte von nationaler Bedeutung* und solche von nur *regionaler oder lokaler Bedeutung* zu unterscheiden sind (Art. 4 NHG). Eingriffe in Objekte von nur regionaler und lokaler Bedeutung sind im Sinne des erwähnten Verfassungsgrundsatzes und gestützt auf die *Grundschutznorm von Art. 3 NHG* nur möglich, wenn an der Realisierung eines Eingriffsvorhabens ein *überwiegendes Interesse* besteht. Hier genügen für die Zulässigkeit eines Eingriffs in Schutzobjekt also *überwiegende Interessen aller Art*, insbesondere auch *überwiegende Interessen*

der Kantone und Gemeinden (sog. einfache oder freie Interessenabwägung; vgl. dazu auch *Griffel*, Grundprinzipien, Rz. 395 und *Favre*, Komm. NHG, Art. 3 Rz. 4).

Für die aufgrund von Art. 5 NHG in *Bundesinventare* aufgenommenen *Schutzobjekte von nationaler Bedeutung* im Bereich des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes schränkte der Gesetzgeber die Interessenabwägung aufgrund der besonderen Bedeutung dieser Schutzobjekte jedoch ein (vgl. zur Begründung der nationalen Bedeutung bzw. des nationalen Schutzinteresses im Falle der BLN-Inventarobjekte *Schibli/Bühl*, S. 668, für alle Bundesinventare überdies *Dajcar*, S. 68 ff.). Gemäss Art. 6 Abs. 2 NHG ist ein *Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung* bei solchen Objekten bei der Erfüllung von Bundesaufgaben nur möglich, wenn ihr „bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen“ (sog. vorstrukturierte bzw. eingeschränkte Interessenabwägung; vgl. dazu auch *Griffel*, Grundprinzipien, Rz. 396, *Leimbacher*, Komm. BV, Art. 6 Rz. 22 und *Dajcar*, S. 133 ff.). Dies entspricht dem Sinn des Verfassungsgrundsatzes von Art. 78 Abs. 2 BV. So wäre es mit diesem Verfassungsgrundsatz jedenfalls nicht vereinbar, wenn bei solchen Schutzobjekten von besonderer, nationaler Bedeutung – entsprechend der blossen Grundschutznorm von Art. 3 NHG – überwiegende Interessen aller Art die Zulässigkeit eines Eingriffs begründen könnten. Dem Gesetzgeber mag zwar bei der Umsetzung des verfassungsmässigen Schutzgrundsatzes von Art. 78 Abs. 2 BV für solche Schutzobjekte von besonderer, nämlich gesamtschweizerischer Bedeutung bzw. bei der entsprechenden Umschreibung zulässiger Eingriffsinteressen durchaus ein gewisser *Spielraum* zukommen (vgl. in diesem Sinn *Vorlage*, S. 13 f). Von diesem Spielraum muss aber nach allgemeinen Grundsätzen *im Rahmen der Verfassung* und *des bestehenden Umsetzungssystems* Gebrauch gemacht werden (vgl. zur Auslegung und Konkretisierung der Verfassung auch *Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr*, Rz. 76 ff.).

### **2.2.2 Erfordernis überwiegender Eingriffsinteressen von nationaler Bedeutung als Forderung der Sachlogik und des bestehenden Schutzsystems sowie der Rechtsgleichheit**

Nachdem es sich bei den Inventarobjekten i.S.v. Art. 5 NHG um *Schutzobjekte von nationaler Bedeutung* handelt, erscheint es im Sinne des bisherigen Umsetzungssystems als *sachlogisch*, dass *auch nur gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung* einen Eingriff rechtfertigen können. Unzulässig unter dem Blickwinkel von Art. 78 Abs. 2 BV erscheint es jedenfalls, ein *Eingriffsinteresse von nicht nationaler Bedeutung* alleine wegen seines *grossen Gewichts* zu einem eingriffsrechtfertigenden Gegeninteresse gegenüber einem nationalen Schutzinteresse zu erklären. Dies hat etwa *Leimbacher* für das geltende Recht ausdrücklich festgehalten (Komm. NHG, Art. 6 Rz. 22 a.E.), doch muss dies grundsätzlich auch für eine Rechtsänderung gelten. Wenn also neu auch allgemein *bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen der Kantone* als grundsätzlich zulässige Eingriffsinteressen bei Bundesinventarobjekten von nationaler Bedeutung anerkannt werden, wie dies der Revisionsvorschlag der UREK-S zu Art. 6 Abs. 2 NHG tut, wird der Verfassungsgrundsatz von Art. 78 Abs. 2 BV verletzt, weil dadurch ein Eingriff in ein Schutzobjekt von nationaler Bedeutung bzw. nationalem Interesse ermöglicht wird, obwohl *kein gleichwertiges nationale Eingriffsinteresse besteht*. Damit wird insbesondere auch das *bestehende*, in Ziff. 1 dargestellte und hinsichtlich der erforderlichen *Eingriffsinteressen* bei Schutzobjekten von nationaler Bedeutung *grundsätzlich übereinstimmende Umsetzungssystem* im *Natur- und Heimatschutzrecht des Bundes* in Frage gestellt und beeinträchtigt (vgl. in diesem Sinn auch *Marti*, SG-Komm. BV, Art 78 Rz. 8 und 27, *Dajcar/Griffel*, BS-Komm. BV, Art. 78 Rz. 22 sowie das *Gutachten des Bundesamtes für Justiz* vom 12. September 2013 zur Vereinbarkeit der Initiative Eder bzw. des damit vorgeschlagenen Art. 6 Abs. 2 NHG mit Art. 78 Abs. 2 BV).

Es trifft zwar zu, dass das Bundesamt für Justiz in einem *Ergänzungsbericht vom 5. Dezember 2013* ausgeführt hat, eine Erweiterung der zulässigen Interessenabwägung

in Art. 6 Abs. 2 NHG auf kantonale Interessen sei allenfalls zulässig, wenn sie das *Element der Gleichwertigkeit* mit nationalen Interessen enthalte, welches im Vernehmlassungsvorschlag nun eingebaut wurde („bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen des Bundes oder der Kantone“). Zumindest bei streng logischer Betrachtung und im Rahmen des *mit dem NHG geschaffenen Schutzsystems* können *blosse kantonale Interessen* aber *nicht mit nationalen Interessen gleichwertig* sein, da letztere aufgrund der Stufenfolge eine grundsätzlich andere, *höherrangige Qualität* haben und – anders als blosse kantonalen Interessen – *für das ganze Gebiet des Landes*, nicht nur für einen Kanton oder eine Region, *von Bedeutung* sind. Selbst wenn man dies anders sehen würde, könnten jedenfalls *nur ganz schwergewichtige kantonale Eingriffsinteressen* überhaupt eine gleiche Bedeutung haben wie entsprechende nationale Interessen. In diesen ganz besonderen Fällen anerkennt die Rechtspraxis aber *bereits heute* auch für *Projekte von lediglich regionaler Bedeutung* ein *nationales Interessen gleichwertiges Eingriffsinteresse*, zumal die meisten Staatsaufgaben (z.B. Tourismusförderung, verdichtetes Bauen, Rohstoffversorgung) sich ohnehin auch auf ein allgemeines nationales Interesse berufen können und die Praxis daher auch *regionalen Projekten*, welchen einen *gewichtigen Beitrag* zu diesen Aufgaben leisten, ein nationales Interesse zuerkennt (vgl. dazu *Tschannen/Mösching*, S. 26 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, insbesondere für den Bereich der Rohstoff-, Energie- und Wasserversorgung sowie der regionalen Abfallentsorgung). Eine *Gesetzesänderung* ist hierfür *nicht nötig*. Sie *öffnet* vielmehr aufgrund der Unbestimmtheit der vorgeschlagenen Formulierung – wohl durchaus bewusst – die *Schleusen* für eine *weitergehende Zulassung* von *Vorhaben von lediglich kantonalem Interesse* in Schutzgebieten von nationaler Bedeutung.

Das konsequente Festhalten am Erfordernis eines überwiegenden nationalen Eingriffsinteresses für die Zulässigkeit von Eingriffen in die nationale Schutzinteressen konkretisierenden Bundesinventarobjekte *schliesst* somit – wie soeben dargelegt – die *berechtigten Interessen der Kantone und Gemeinden* an



besonders wichtigen Regionalprojekten *keineswegs aus*. Und soweit nur eine *geringfügige Beeinträchtigung* eines Schutzziels droht, genügt auch schon nach der bisherigen Rechtspraxis eine gewöhnliche, freie und nicht eingeschränkte Interessenabwägung (vgl. für das BLN-Inventar eingehend und mit zahlreichen Beispielen *Schibli/Bühl*, S. 683 ff. [so wurde zum Beispiel auch der geplante neue Eiger-Express im entsprechenden BLN-Gebiet von der ENHK gemäss Stellungnahme vom 21. Juli 2014 und vom 26. Januar 2017 noch als geringfügige Beeinträchtigung eingestuft]; siehe sodann auch die in den letzten Jahren mit Zustimmung der ENHK erfolgten zahlreichen „geringfügigen“ Eingriffe beim BLN-Gebiet Rheinfall]). Insofern besteht durchaus auch schon im geltenden Recht ein *völlig genügendes* – in den Auswirkungen (namentlich bei einer Summierung) aber auch keineswegs unproblematisches – *Ventil für Projekte* von lediglich *kantonalem oder regionalem Interesse* in Bundesinventargebieten, namentlich in BLN-Gebieten. Das *Erfordernis mindestens gleich- oder höherrangiger Eingriffsinteressen von nationaler Bedeutung* *schränkt* die *Interessenabwägung* zugunsten von Projekten bloss lokaler oder regionaler Bedeutung somit nur bei *tendenziell schwerwiegenden Eingriffen* in BLN-Objekte ein, wo kein wirklich berechtigtes Eingriffsinteresse im Sinne der dargestellten Rechtsprechung besteht und ein *Schutz* zur Rechtsdurchsetzung und Gewährleistung der gesetzten Schutzziele *besonders wichtig* ist.

Wie dargelegt, besteht das *Erfordernis überwiegender nationaler Interessen* für die *Zulässigkeit von Eingriffen in Schutzobjekte von nationaler Bedeutung* auch für die Bundesinventare im *Biotop-, Moor- und Moorlandschaftsschutz*, soweit dort nicht (in den beiden zuletzt genannten Bereichen) bereits aufgrund der Verfassung (Art. 78 Abs. 5 BV) ein noch weitgehenderer Schutz (weitgehendes Veränderungsverbot) besteht. Die vorgeschlagene Neuregelung von Art. 6 Abs. 2 NHG würde somit auch das insofern bisher *einheitliche Schutzsystem* für *Bundesinventarobjekte im Natur- und Heimatschutz in Frage stellen* und das *Schutz-Ungleichgewicht im Natur- und Heimatschutz zuungunsten des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes weiter verstärken* (vgl. dazu bereits *Marti*, Schutz-Ungleichgewicht, S. 457 f.). Damit wird

zunächst ohne ersichtliche und überzeugende Begründung das *Gleichbehandlungsgebot in der Gesetzgebung* (Gleiches gleich, Ungleiches ungleich behandeln) verletzt (vgl. Art. 8 BV und dazu *Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr*, Bundesstaatsrecht, Rz. 750 ff.). Die *Vorlage der UREK-S* setzt sich *mit diesem Gesichtspunkt aber gar nicht auseinander* (vgl. insbesondere Vorlage, S. 13 f.). Im Falle einer Annahme der vorgeschlagenen Gesetzesrevision wäre daher auch zu befürchten, dass der Bundesrat dies zum Anlass nehmen könnte, auch die *Eingriffsvoraussetzungen* in den Verordnungen über die *gewöhnlichen Biotopschutzinventare* (Auenverordnung, Amphibienlaichgebiete-Verordnung und Trockenwiesenverordnung) entsprechend abzuändern bzw. die zulässige Interessenabwägung zu erweitern.

### **2.2.3 Unzulässigkeit einer weiteren Schmälerung der Bundesinventar-Schutzwirkung; allenfalls erforderliche Gesamtrevision**

Dazu kommt ein weiterer Punkt: Eine *weit über Art. 12 f. EnG hinausgehende Öffnung der Bundesinventargebiete* im Bereich des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes für Vorhaben von lediglich kantonalem oder kommunalen Interesse würde die bereits heute *bestehende* und *vom Parlament* aufgrund einer Evaluation zumindest für das BLN *ausdrücklich festgestellte ungenügende Schutzwirkung* der betreffenden *Bundesinventare* entgegen den seinerzeitigen, von den eidgenössischen Räten verabschiedeten Empfehlungen nicht verbessern, sondern *deutlich verschlechtern*. Dies umso mehr, als damit die *Grenzen* für zulässige Vorhaben völlig offen sein würden und neu gefunden werden müssten, während heute eine klare Rechtsprechung besteht. Zutreffend wird in der Vorlage denn auch erwähnt, dass die *Rechtsanwendung* mit der vorgeschlagenen Revision *deutlich erschwert* und die *Rechtssicherheit abnehmen könnte* (vgl. dazu die ohne Zweifel berechtigten Befürchtungen der Kommissionsminderheit gemäss Vorlage, S. 10, 11 f.). Beides

*verträgt sich nicht mit dem angezeigten verbesserten Schutz* namentlich der BLN-Inventarobjekte.

Der *Bundesrat* selbst hat denn auch in einer Stellungnahme vom 16. Mai 2012 zur FDP-Motion 12.3069 mit einer ähnlichen Stossrichtung („Die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission und ihre Aufgaben als Gutachterin“) zu Recht ausgeführt, die geforderte Revision von Art. 6 Abs. 2 NHG führe *nicht zur angestrebten Verbesserung der Wirkung des BLN* und der andern Inventare nach Art. 5 NHG, *sondern im Gegenteil zu deren Schwächung*, da sie bewirke, dass auch Einzelvorhaben ein nationales Schutzobjekt schwerwiegend beeinträchtigen dürften, welchen keine nationale Bedeutung zukommt. Solche *Beeinträchtigungen* sind im Übrigen *in aller Regel irreversibel*, weshalb bei Änderungen und Lockerungen der Schutzvorschriften besondere Vorsicht walten sollte (vgl. so bereits zutreffend *Griffel*, Kurzgutachten, S. 14). Zu beachten ist schliesslich auch, dass die vorgeschlagene Lockerung des Schutzes von Bundesinventarobjekten auch den *bestehenden UNESCO-Schutz von Natur- und Kulturerbestätten* in der Schweiz in Frage stellen könnte. Die UREK-S weist zwar darauf hin, hat diesbezüglich aber keine weiteren Abklärungen getroffen und sieht für solche Welterbestätte auch keine besonderen Schutzmassnahmen vor (Vorlage, S. 13; vgl. dazu auch meine Kommentierung des Bundesgerichtsurteils Fafleralp in ZBl 2017, S. 571 ff.).

Der in die Vernehmlassung geschickte *Revisionsvorschlag geht daher klarerweise in eine falsche Richtung* und *gefährdet* den schon heute *ungenügenden Schutz* namentlich der *BLN-Objekte* in erheblicher, Besorgnis erregender Weise. Um die *Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzobjekte von nationaler Bedeutung angemessen zu schützen*, sollten die *Kantone vielmehr verpflichtet werden*, den *Schutz den entsprechenden Bundesinventare* in gleicher Weise wie bei den Bundesinventaren im Biotopschutz *umzusetzen* und die *Einhaltung der einschlägigen Schutzregeln* auch *in ihrem eigenen Aufgabenbereich zu gewährleisten*, was allerdings möglicherweise eine *Änderung der verfassungsmässigen*

Kompetenzausscheidung in Art. 78 BV erfordern würde (vgl. dazu *Marti*, SG-Komm. BV, Art. 78 Rz. 25 ff. und *Dajcar/Griffel*, BS-Komm. BV, Art. 78 Rz. 43 ff.). So lange eine entsprechende *sinnvolle* und eigentlich *dringliche Gesamtrevision des Bundesinventarschutzes* nicht erfolgt, besteht jedenfalls kein Grund, *einseitig zugunsten der Kantone und Gemeinden eine Lockerung* des entsprechenden materiellen Bundesinventarschutzes *vorzunehmen*.

## **2.3 Beurteilung der Relativierung des Stellenwerts der ENHK-/EKD-Gutachten (Art. 7 Abs. 3 der Revisionsvorlage)**

### **2.3.1 Neuregelung als Präzisierung im Sinne der gängigen Praxis?**

Die *verfahrensrechtliche Relativierung des Stellenwerts der ENHK/EKD-Gutachten* gilt allgemein als weniger problematisch als die Aufweichung des materiellen Schutz durch die vorgeschlagene Revision von Art. 6 Abs. 2 NHG. In der Vorlage wird dazu ausgeführt, es handle sich hierbei nur um eine *Präzisierung* (ENHK- bzw. EKD-Gutachten als eine von mehreren Entscheidungsgrundlagen), durch welche die *gängige Praxis gesetzlich verankert* und die *Rechtssicherheit* im Rahmen der Bewilligungsverfahren *gestärkt* werden (vgl. insbesondere Vorlage, S. 2 [Übersicht]; vgl. in diesem Sinn auch die Stellungnahmen des Bundesrates vom 16. Mai 2012 zur FDP-Motion 12.3069).

### **2.3.2 Bisherige zentrale Rolle der obligatorischen Kommissionsgutachten**

Dies erscheint aber als *Verharmlosung*, zumal die Initianten ja auch bewusst eine Schwächung des Stellenwerts der erwähnten Gutachten anstreben (vgl. in diesem Sinne bereits *Griffel*, Kurzgutachten, S. 12 f.). Dem *Gutachten der ENHK bzw. der*

*EKD* kommt nach dem bisherigen Schutzsystem und der Rechtsprechung des Bundesgerichts für die Beurteilung der *Schutzziele* und der *erforderlichen Schutzmassnahmen*, insbesondere hinsichtlich den entsprechenden tatsächlichen Feststellungen, eine *zentrale Rolle* zu (*obligatorisches Gutachten* der einheitlichen *gesamtschweizerischen, vom Bundesrat eingesetzten unabhängigen Fachkommissionen*; Abweichung durch die Entscheidbehörden nur aus triftigen, genügend dargelegten Gründen; vgl. dazu und zum besonderen Stellenwert der ENHK-/EKD-Gutachten insbesondere auch das Bundesgerichtsurteil 1C\_357/2015 vom 1. Februar 2017 [Fafleralp], E. 4.2.3 mit weiteren Hinweisen). Dies gilt freilich nur dann, wenn es um die *Erfüllung von Bundesaufgaben* geht und eine erhebliche Beeinträchtigung eines Bundesinventarobjekts droht oder sich grundsätzliche Fragen stellen (so ausdrücklich Art. 7 Abs. 2 NHG). Bei reiner kantonaler Aufgabenerfüllung oder Eingriffen von untergeordneter Bedeutung muss also kein solches Gutachten eingeholt werden, sondern nur dann, wenn bei der Erfüllung von Bundesaufgaben eine *erhebliche Beeinträchtigung des Bundesinventarobjekts* droht. In diesen Fällen aber muss sich das ENHK- bzw. EKD-Gutachten *zwingend zu allen sich stellenden Schutzfragen* (insbesondere massgebende Schutzziele; erforderliche Schutzmassnahmen) *äussern*, wobei seinen diesbezüglichen *tatsächlichen Feststellungen eine grosse Bedeutung* zukommt. *Abweichungen* von den entsprechenden Feststellungen sind bei der Beurteilung durch die Entscheidbehörden – wie allgemein bei gerichtlichen oder behördlichen Gutachten – nur zulässig, wenn hierfür *triftige Gründe* bestehen, welche die Entscheidbehörde genügend darlegen muss (vgl. dazu oben Ziff. 1.2.1 a.E.; zu den Anforderungen an ENHK/EKD-Gutachten auch *Aemisegger/Haag*, S. 568 ff.; zur verfahrensrechtlichen Bedeutung von Gutachten allgemein insbesondere *Plüss*, Komm. VRG, § 7 Rz. 146 ff.).

### 2.3.3 Mögliche Konsequenzen der vorgeschlagenen Neuregelung

Nach dem neu vorgeschlagenen *Art. 7 Abs. 3 NHG* sollen insbesondere auch die obligatorischen ENHK/EKD-Gutachten ausdrücklich *nur eine von mehreren Beweisgrundlagen* für den behördlichen Projektentscheid bilden. Was bedeutet dies? Bisher konnten obligatorische Kommissionsgutachten nach *Art. 7 Abs. 2 NHG* aufgrund der dargestellten zentralen, im Gesetz vorgesehenen Rolle nicht durch andere Beweisunterlagen ersetzt werden. Nach der neuen Formulierung erscheint dies jedoch durchaus möglich. In den Fällen von *Art. 7 Abs. 2 NHG* müsste zwar nach wie vor ein obligatorisches Kommissionsgutachten eingeholt werden. Es erschiene aber wohl zulässig – anders als nach bisherigem Recht bzw. bisheriger Praxis – primär auf eine *andere Beweisunterlage* (z.B. auf ein kantonales oder kommunales Fachkommissionsgutachten, auf blosse Amtsberichte oder gar auf ein privates Fachgutachten) abzustellen, obwohl diesem nicht die gleiche gesetzliche und fachliche Legitimation zukommt wie einem Kommissionsgutachten nach *Art. 7 Abs. 2 NHG*. Durch die neu vorgeschlagene Formulierung wird jedenfalls dieser Anschein erweckt und es entspricht ja auch dem Willen der Initianten, den Stellenwert der ENHK/EKD-Gutachten zu schwächen (vgl. dazu die Begründung der Initianten und *Griffel*, Kurzgutachten, S. 13). Nach dem bisherigen Recht bzw. der bisherigen Praxis kann ein vorgeschriebenes *obligatorisches ENHK/EKD-Gutachten* jedoch *nicht einfach durch eine andere Beweisgrundlage ersetzt werden*. Es können zwar *andere Beweisunterlagen* ebenfalls beigezogen und berücksichtigt werden (z.B. Stellungnahmen von kantonalen und kommunalen Fachbehörden und private Fachgutachten), doch müssen diese sich *zwingend am obligatorischen ENHK- bzw. EKD-Gutachten* messen lassen und es müssen die Entscheidbehörden nach Lehre und Rechtsprechung *primär vom Gutachten* der obligatorisch anzuhörenden sowie durch die Wahl durch den Bundesrat und die besondere Zusammensetzung (unabhängige interdisziplinäre ausserparlamentarische Bundeskommission) *besonders legitimierten eidgenössischen Fachkommission* ausgehen, deren politische und fachliche Legitimation aufgrund dieser Zusammensetzung klarerweise höher ist als diejenige

von blossen verwaltungsinternen Fachämtern und erst recht als von eingeholten Privatgutachten. Es gibt denn auch für Fragen des Natur- und Heimatschutzes in der ganzen Schweiz *kein anderes Fachgremium*, welches fachlich und von seiner unabhängigen, vom Bundesrat eingesetzten Stellung her eine *gleiche oder ähnliche Legitimation* aufweist wie die ENHK und die EKD, weshalb deren Gutachten weiterhin primäre Grundlage für die Beurteilung von Fachfragen bei Schutzobjekten von nationaler Bedeutung bleiben muss und nicht in unbestimmtem und unklarem Sinn relativiert werden darf.

Dies kann auch durch einen *aktuellen Fall aus dem Kanton Schaffhausen* veranschaulicht werden, welcher zur Zeit vor dem Bundesgericht hängig ist (Fall *Fischerhäuser* im Bereich des ersten historischen Siedlungskerns der Stadt Schaffhausen am Rhein [kombinierter BLN- und ISOS-Schutz]). Das kantonale Obergericht (Verwaltungsgericht) holte ein *fakultatives ENHK-Gutachten* ein, weil es davon ausging, es handle sich um eine rein kantonale Aufgabenerfüllung. In seinem Entscheid stellte das Obergericht in mehreren Punkten nicht auf die Feststellungen des (negativen) ENHK-Gutachtens ab, weil es davon ausging dessen Annahmen seien unzutreffend oder lückenhaft. Es schloss sich daher den Schlussfolgerungen der (positiven) *kantonalen und kommunalen Fachkommissionen* an und genehmigte den von Nachbarn angefochtenen Quartierplan. Dies erscheint im Bereich eines nur fakultativen Gutachtens grundsätzlich als zulässig. Die Nachbarn erhoben dagegen *öffentlich-rechtliche Beschwerde ans Bundesgericht*, zumal sie nachträglich festgestellt hatten, dass für das Überbauungsprojekt u.a. auch gewässerschutzrechtliche Bewilligungen erforderlich sind, was die Sache praxisgemäss zur Erfüllung einer Bundesaufgabe macht. Ist damit aber ein obligatorischen ENHK-Gutachten erforderlich, kann nicht einfach von den Feststellungen dieser Kommissionen wegen angeblich irrtümlichen Annahmen abgesehen und auf kantonalen und kommunale Fachstellungen abgestellt werden. Vielmehr müsste eine *Ergänzung des ENHK-Gutachtens* eingeholt werden. Dies ist der Standpunkt der Nachbarn. Das Bundesgericht hat diesen Fall zwar noch

nicht entschieden, doch ist aufschlussreich, dass die ebenfalls zur Stellungnahme aufgeforderten *Fachstellen des Bundes* (BAK, BAFU) ebenfalls diese Auffassung vertreten. Gestützt auf die geltende Regelung von Art. 7 Abs. 2 NHG erscheint dies denn auch als richtig. Wenn demgegenüber bereits die neu vorgeschlagene Regelung von Art. 7 Abs. 3 NHG gelten würde, liesse sich wohl ohne Probleme die Auffassung vertreten, in einer solchen Situation dürfe auf die kantonalen und kommunalen Fachstellungen abgestellt werden, weil das ENHK-Gutachten ja nur eine von mehreren Entscheidungsgrundlagen bilde.

#### **2.3.4 Auch in diesem Punkt: Schritt in die falsche Richtung; Stärkung der Fachkommissionen wäre eher angezeigt.**

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass auch die vorgeschlagene neue Regelung von *Art. 7 Abs. 3 NHG* – hier auf *verfahrensrechtlicher Ebene* – die *Schutzwirkungen der Bundesinventare* im Bereich des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes entgegen den Erkenntnissen und Empfehlungen der Evaluation namentlich des BLN-Inventars *tendenziell schwächen anstatt stärken* würde (Relativierung des Stellenwerts der besonders qualifizierten und einheitlichen Fachbeurteilung durch ENHK und EKD) und *daher ebenfalls abzulehnen ist*. Es mag zutreffen, dass das heutige Begutachtungssystem der eidgenössischen Fachkommissionen *gewisse Schwächen* aufweist (z.T. lange Begutachtungsdauer; z.T. uneinheitliche und allenfalls auch fachlich nicht immer überzeugende Begutachtungspraxis). Dies ist jedoch primär auf den *ausgeprägten Milizcharakter* dieser Kommissionen zurückzuführen, welche lediglich über eine minimal bestückte Geschäftsstelle (ENHK: lange Zeit nur 150, heute 230 Stellenprozent) verfügt. Eine *Verbesserung der zentralen, eine gleichmässige Beurteilung* gewährleistenden und keineswegs einfach projektverhindernden *eidgenössischen Fachkommissionen* kann daher nicht in einer Schwächung ihres Stellenwertes liegen, sondern würde vielmehr eine *personelle und institutionelle Verstärkung* dieser für die Rechtsanwendung im Bau-,



Planungs- und Umweltrecht in den bundesrechtlich geregelten Verfahren *äusserst wichtigen Kommissionen* erfordern (weitere personelle Verstärkung der Geschäftsstellen; bessere Honorierung und allenfalls Pensenerhöhung für die Kommissionsmitglieder; Einführung einer Qualitätskontrolle etc.). Vgl. zur Organisation und Tätigkeit der ENHK und der EKD auch deren im Internet abrufbare Jahresberichte; zur keineswegs nur bauverhindernden Praxis der Kommissionen, insbesondere der ENHK, auch die Hinweise in meiner Kommentierung des Bundesgerichtsurteils Fafleralp in ZBl 2017, S. 571 ff., insbesondere 574 f.

### **3. Zusammenfassung und abschliessende Bemerkungen**

Die vorgeschlagene Gesetzesrevision wäre ein weiterer *Schritt in die falsche Richtung*, der überdies klar *gegen den Sinn des bestehenden Schutzsystems* für *Natur- und Heimatschutzobjekte* verstösst und namentlich den *bestehenden Schutz für Natur- und Kulturlandschaften inhaltlich und verfahrensrechtlich deutlich verschlechtert*. Dies, obwohl das Parlament 2003 aufgrund einer Evaluation namentlich des BLN-Inventars eine deutliche Verbesserung des Vollzugs forderte, welche bisher – abgesehen von einer detaillierten Umschreibung der BLN-Schutzziele in der massgebenden Verordnung (VBLN) und der inzwischen durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung eingeführten (blossen) Berücksichtigungspflicht für die Bundesinventare des Landschaft-, Ortsbild- und Denkmalschutzes im kantonalen Aufgabenbereich – nicht eingetreten ist.

Statt den bisher stark reduzierten Schutz entsprechender Objekte von nationaler Bedeutung im kantonalen Aufgabenbereich zu verbessern, wird den *Kantonen mit der Revisionsvorlage ermöglicht*, im Bereich der Erfüllung von Bundesaufgaben neu auch bisher unzulässige erhebliche Eingriffe in solche Objekte für *Projekte von lediglich kantonaler oder regionaler Bedeutung* zu ermöglichen (Art. 6 Abs. 2 der

Revisionsvorlage), was die übergeordnete nationale Bedeutung der Schutzobjekte in Frage stellt und die Gefahr neuer irreversibler Beeinträchtigung der betroffenen Bundesinventarobjekte mit sich bringt. Überdies würde dadurch auch das *Schutz-Ungleichgewicht* in den verschiedenen Bereichen des *Natur- und Heimatschutzes* weiter und sehr wesentlich *verstärkt*. So besteht für *Moore und Moorlandschaften* von *nationaler Bedeutung* weiterhin ein praktisch absolutes Veränderungsverbot und für *Biotope* von *nationaler Bedeutung* sind Eingriffe weiterhin nur bei überwiegendem Interesse von nationaler Bedeutung. In besonders schönen *Natur- und Kulturlandschaften* von *nationalem Interesse* könnten dagegen neu unter bestimmten Umständen (aufgrund einer nicht näher umschriebenen Gesamtinteressenabwägung) auch Projekte von lediglich kantonalem Interesse und bei Anlagen zur Produktion erneuerbarer Energie selbst bei lediglich regionaler Bedeutung verwirklicht werden. Ein *einheitlicher Schutz* der *Natur- und Heimatschutzobjekte* von *nationaler Bedeutung* wird damit *ganz aufgegeben*, womit auch das *Gleichbehandlungsgebot* (Art. 8 BV) *verletzt* wird. Die Schutzregeln von Art. 6 und 7 NHG sind in der Praxis *vor allem für die Projektbewilligungen ausserhalb der Bauzonen* (Bundesaufgabe) *sehr bedeutsam*. Innerhalb des Siedlungsgebiets kommen sie weniger zur Anwendung, da die Projektbewilligungen dort meist dem kantonalen Aufgabenbereich angehören. Durch die Änderungen *besonders betroffen* ist daher der *Landschaftsschutz* bzw. die *Anwendung des BLN-Inventars*. Hier bestehen aber bereits heute *grosse Mängel* in der *Schutzwirkung* des Inventars und in der *Rechtsdurchsetzung*. Dies hat namentlich auch die 2003 im Auftrag der eidgenössischen Räte durchgeführte *Evaluation des BLN-Inventars* ergeben. Mit der vorliegenden Revisionsvorlage würde der BLN-Schutz Rechtsdurchsetzung entgegen den seinerzeitigen parlamentarischen Empfehlungen nicht verbessert, sondern *deutlich verschlechtert*.

Die vorgeschlagene Gesetzesrevision hätte jedoch nicht nur eine deutliche Verschlechterung des materiellen Schutzes namentlich der BLN-Objekte zur Folge. Vielmehr droht auch im Verfahrensrecht eine Verschlechterung durch die

*Relativierung des Stellenwerts der ENHK/EKD-Gutachten* (Art. 7 Abs. 3 Revisionsvorlage), welche bisher als unabdingbare und zentrale Entscheidungsgrundlage eine gleichmässige Beurteilung aller erheblichen Eingriffe in Schutzobjekte von nationaler Bedeutung durch eine neutrale und unabhängige, *von der Landesregierung eingesetzte Fachkommission* garantierte. Diese heute weitgehend nach dem Milizprinzip funktionierenden Kommissionen sollten zur Verbesserung und Beschleunigung ihrer Tätigkeit personell und institutionell verstärkt und nicht in ihrer Stellung geschwächt werden.

Die *dargestellten Verschlechterungen* beim Schutz von Landschafts-, Ortsbilder und Denkmälern von nationaler Bedeutung, welche teilweise auch im Widerspruch zu internationalen Verpflichtungen unseres Landes stehen (namentlich UNESCO-Welterbekonvention), muss unbedingt verhindert werden. Vielmehr sollte gerade der Schutz der Natur- und Kulturlandschaften von nationaler Bedeutung durch eine *Revision der Bundesvorschriften über den Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz* (Art. 2 ff., insbesondere Art. 5 ff. NHG) generell und namentlich auch *für den Aufgabenbereich der Kantone verbessert werden*, wofür allenfalls eine vorgängige Neuregelung der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung im Natur- und Heimatschutz erforderlich ist.

Mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Arnold Marti

## **Inhaltsverzeichnis:**

1. Bisheriges Schutzsystem und –konzept im Natur- und Heimatschutz	2
1.2. Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz	2
1.3. Biotop-, Moor- und Moorlandschaftsschutz	6
1.4. Zwischenfazit: unterschiedliche Schutzwirkungen/grundsätzlich übereinstimmendes Konzept für zulässige Eingriffe in Bundesinventarobjekte	7
1.5. Konsequenzen der unterschiedlichen Schutzwirkungen für die Rechtsdurchsetzung	10
2. Vorgeschlagene Revision von Art. 6 und 7 NHG	12
2.1. Entstehungsgeschichte	12
2.2. Beurteilung der erweiterten Interessenabwägung (Art. 6 Abs. 2 der Revisionsvorlage)	13
2.3. Beurteilung der Relativierung des Stellenwerts der ENHK-/EKD-Gutachten	20
3. Zusammenfassung und abschliessende Bemerkungen	25
Inhaltsverzeichnis	28
Literaturverzeichnis	29

## Verwendete Literatur:

*Aemisegger Heinz/Haag Stephan*, Gedanken zu Inhalt und Aufbau der Gutachten der Eidg. Natur- und Heimatschutzkommission, URP 1998, S. 568 ff.

*Dajcar Nina*, Natur- und Heimatschutz-Inventare des Bundes, Diss. Zürich 2011

*Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A.* (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014 (zit. *Autor, SG-Komm BV*)

*Griffel Alain* (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3.A., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. *Komm. VRG/ZH*)

*Griffel Alain*, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zürich 2001 (zit. *Grundprinzipien*)

*Griffel Alain*, Rechtliche Beurteilung hängiger parlamentarischer Vorstösse zur Änderung von Art. 6 und 7 des Natur- und Heimatschutzgesetzes (NHG), Kurzgutachten zuhanden der Stiftung Landschaftsschutz Schweiz (SL), Zürich 2012 (zit. *Kurzgutachten*)

*Griffel Alain*, Grundsätzlich gleichrangig = gleichrangig; Denkfehler erlaubt!, ZBI 2018, S. 161 f. (zit. *Grundsätzlich gleichrangig*)

*Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen, Thurnherr Daniela*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2016

*Keller Peter M./Zufferey Jean-Baptiste/Fahrländer Ludwig* (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz, Zürich 1997 (zit. *Autor, Komm. NHG*)

*Marti Arnold*, Das Schutzkonzept des Natur- und Heimatschutzes auf dem Prüfstand, SJZ 2008, S. 81 ff. (zit. *Marti, Schutzkonzept*)

*Marti Arnold*, Energiewende verstärkt Schutz-Ungleichgewicht im Natur- und Heimatschutz, ZBl 2016, S. 457 f. (zit. *Schutz-Ungleichgewicht*)

*Schibli Beatrix/Bühl Herbert*, Revision der VBLN und zu erwartende Auswirkungen, URP 2016, S. 647 ff.

*Rausch Heribert/Marti Arnold/Griffel Alain*, Umweltrecht – ein Lehrbuch, Zürich/Basel/Genf 2005

*Tschannen Pierre/Mösching Fabian*, Nationale Bedeutung von Aufgaben- und Eingriffsinteressen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 NHG, Rechtsgutachten zuhanden des BAFU, Bern November 2012

*Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid*, Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. *Autor, BS-Komm. BV*)