

PROF. DR. IUR. ALAIN GRIFFEL

Ordentl. Professor an der Universität Zürich für
Staats- und Verwaltungsrecht mit Schwerpunkt
Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht

Kalchhofenstrasse 27
8635 Dürnten

Büro Zürich: Tel. 044 634 52 40

Büro Dürnten: Tel. 055 240 67 31

alain.griffel@rwi.uzh.ch
www.rwi.uzh.ch/griffel

Rechtliche Beurteilung hängiger parlamentarischer Vorstösse zur Änderung von Art. 6 und 7 des Natur- und Heimatschutzgesetzes (NHG)

Kurzgutachten zuhanden der Stiftung Landschaftsschutz Schweiz (SL)

Inhaltsverzeichnis

I.	Hängige parlamentarische Vorstösse	3
A.	Parlamentarische Initiative Joachim Eder, "Die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission und ihre Aufgabe als Gutachterin" (12.402)	3
B.	Motion FDP-Liberale Fraktion, "Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission und ihre Aufgabe als Gutachterin" (12.3069)	4
C.	Motion Fraktion BD, "Der Bau von Wasserkraftwerken innerhalb von BLN-Objekten soll erleichtert werden" (12.3251)	5
II.	Rechtliche Beurteilung	7
A.	Vorgeschlagene Änderung von Art. 6 Abs. 2 NHG	7
1.	Ausgangspunkt: Schwacher Landschaftsschutz auf Bundesebene	7
a)	Gesetzliche Regelung	7
b)	Faktische Wirkung	8
2.	Konsequenzen der vorgeschlagenen Änderung von Art. 6 Abs. 2 NHG	10
3.	Fazit	11
B.	Vorgeschlagene Ergänzung von Art. 7 NHG (Abs. 3 neu)	11
1.	Aufgabe und Stellung der ENHK; Bedeutung der ENHK-Gutachten	11
2.	Konsequenzen der vorgeschlagenen Ergänzung von Art. 7 NHG	13
3.	Fazit	14
C.	Gesamthafte Würdigung	15

I. HÄNGIGE PARLAMENTARISCHE VORSTÖSSE

A. Parlamentarische Initiative Joachim Eder, "Die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission und ihre Aufgabe als Gutachterin" (12.402)

Die am 29. Februar 2012 im Ständerat eingereichte Parlamentarische Initiative hat folgenden Wortlaut:

Das Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz (NHG) wird wie folgt geändert:

Art. 6 Abs. 2

Ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung im Sinne der Inventare darf bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone oder eine umfassende Interessenabwägung dafür sprechen.

Art. 7 Abs. 3

Das Gutachten bildet eine der Grundlagen für die Entscheidbehörde, welche es in ihre Gesamtinteressenbeurteilung einbezieht und würdigt.

Die Begründung lautet wie folgt:

"Bewilligungsverfahren haben einen bremsenden Einfluss auf die Realisierung von Projekten, insbesondere auch im Bereich der erneuerbaren Energien. In diesen Verfahren müssen die Projekte je nach Technologie aufwendige Verfahren auf kommunaler, kantonaler und eidgenössischer Stufe durchlaufen, in welche verschiedenste Ämter und Stellen involviert sind, so auch die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK). Demokratisch gewählte Behörden (Gemeinderäte, Regierungsräte, Gerichte) dürfen heute von den Schlussfolgerungen eines ENHK-Gutachtens kaum noch abweichen. Dieser Zustand kann nicht mehr länger akzeptiert werden. Das Gutachten der ENHK soll künftig zwar eine gewichtige, jedoch nicht allein ausschlaggebende Entscheidungshilfe sein. Kantonale öffentliche Interessen sollen den Interessen an der Erhaltung der Schutzobjekte gegenübergestellt werden. Eine Abwägung der Interessen des Bundes und der Kantone soll zeigen, ob ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung eines Objektes von nationaler Bedeutung geboten ist. Nur mit einer solchen Gesamtinteressenabwägung kann namentlich der kantonalen Richtplanung, aber auch den im öffentlichen Interesse stehenden Bauvorhaben zum Durchbruch verholfen werden. Es geht nicht an, dass weiterhin eine vom Bundesrat bezeichnete und nicht vom Volk legitimierte Kommission ein derartiges Gewicht besitzt, insbesondere wenn kantonale Entscheidungen in einem demokratischen Prozess zustande gekommen sind.

Zusammenfassend darf das Gutachten der ENHK in der Interessenabwägung nicht automatisch höher gewichtet werden als die Ansichten der lokalen und kantonalen Behörden. Dies soll insbesondere auch bei Energieprojekten gelten, welche den Ausbau der erneuerbaren Energien oder die energetische Sanierung von Gebäuden zum Ziel haben."

B. Motion FDP-Liberale Fraktion, "Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission und ihre Aufgabe als Gutachterin" (12.3069)

Die am 1. März 2012 im Nationalrat eingereichte Motion beauftragt den Bundesrat, dem Parlament eine Änderung von Art. 6 Abs. 2 NHG und eine Ergänzung von Art. 7 NHG durch einen neuen Abs. 3 unterbreiten. Der Wortlaut der vorgeschlagenen Gesetzesfassungen ist identisch mit der Parlamentarischen Initiative Eder.

Auch die Begründung der Motion lautet gleich wie diejenige der Parlamentarischen Initiative Eder.

Der Bundesrat nahm zur Motion am 16. Mai 2012 wie folgt Stellung:

"Die nach Anhören der Kantone vom Bundesrat erlassenen Inventare nach Artikel 5 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451) enthalten Landschaften, Ortsbilder und historische Verkehrswege von nationaler Bedeutung. Deren Erhaltung liegt im nationalen Interesse. Artikel 6 Absatz 2 NHG sieht folgerichtig vor, dass ein Eingriff, welcher die Erhaltung eines solchen Objektes in schwerwiegender Weise beeinträchtigen könnte, von der zuständigen Entscheidbehörde nur in Erwägung gezogen werden darf, wenn auch das Vorhaben im nationalen Interesse liegt. Führt hingegen das Vorhaben nur zu einer leichten Beeinträchtigung des Inventarobjektes, so ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes ein Eingriff auf der Basis einer umfassenden Interessenabwägung auch dann möglich, wenn dem Vorhaben bloss kantonale oder kommunale Bedeutung zukommt.

Zu Artikel 6 Absatz 2 NHG (Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung): Die Versorgung des Landes mit Energie entspricht unzweifelhaft einem nationalen Interesse. Dabei kommt der Nutzung erneuerbarer Energie ein besonderer Stellenwert zu. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass auch jeder einzelnen Anlage zur Nutzung von erneuerbarer Energie automatisch nationale Bedeutung zukommt. Der Bundesrat prüft im Moment im Rahmen der Energiestrategie 2050, in welchen Fällen der Nutzung erneuerbarer Energien ein nationales Interesse beizumessen und ob und gegebenenfalls wie dies gesetzlich zu verankern ist.

Die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates hat die Wirkung des auf Artikel 5 NHG basierenden Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN) untersucht. Sie hat mit Bericht vom 3. September 2003 (BBl 2004 777) festgestellt, dass das BLN die erwartete Wirkung nicht erzielt habe, und Empfehlungen zur Verbesserung der Wirkung formuliert. Der Bundesrat stimmte am 15. Dezember 2003 (BBl 2004 873) der Schlussfolgerung und den Empfehlungen zu und beauftragte das UVEK (Bafu) mit deren Umsetzung. Diese Arbeiten sind noch im Gang.

Die geforderte Revision von Artikel 6 Absatz 2 NHG führt nun aber nicht zur angestrebten Verbesserung der Wirkung des BLN oder der anderen Inventare nach Artikel 5 NHG, sondern im Gegenteil zu einer Schwächung. Sie würde dazu führen, dass auch Einzelvorhaben, denen keine nationale Bedeutung zukommt, ein Objekt von nationaler Bedeutung schwerwiegend beeinträchtigen dürften.

Hinzuweisen ist überdies darauf, dass Natur- und Heimatschutzanliegen in einem potenziellen Konflikt nicht nur mit der Nutzung von erneuerbaren Energien stehen, sondern auch mit anderen Vorhaben. In der vorliegenden Motion wird das Begehren hauptsächlich mit den Konflikten beim Ausbau der erneuerbaren Energien begründet, der Vorschlag hätte aber über diesen Bereich hinausgehende, in ihrer Konsequenz nicht absehbare Wirkungen.

Dem Bundesrat ist bewusst, dass die Nutzung erneuerbarer Energien an Wichtigkeit zugenommen hat. Gerade deshalb wird er in der Energiestrategie 2050 die nötigen Vorgaben machen. Daher sind etwa Gebietsausscheidungen für erneuerbare Energien in kantonalen Richtplänen vorgesehen. Daneben wird mit der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) die Anwendung von Artikel 6 Absatz 2 NHG diskutiert. Weil jedoch die Motion darüber hinausgeht, ist sie in diesem Punkt abzulehnen. Der Bundesrat behält sich für den Fall der Annahme im Erstrat vor, im Zweirat einen Abänderungsantrag zu stellen.

Zu Artikel 7 Absatz 3 NHG (Gutachten): Im Rahmen der Interessenabwägung bilden die Gutachten der ENHK und der Eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege bereits heute eine von mehreren Grundlagen für die korrekte Abwägung der Schutz- und Nutzungsinteressen durch die Entscheidbehörde. Die beantragte Ergänzung von Artikel 7 NHG würde dies auf Gesetzesstufe präzisieren. Sie ist daher zu begrüssen.

Antrag des Bundesrates vom 16.05.2012

Der Bundesrat beantragt betreffend Artikel 6 Absatz 2 NHG die Ablehnung und betreffend Artikel 7 Absatz 3 die Annahme der Motion."

C. Motion Fraktion BD, "Der Bau von Wasserkraftwerken innerhalb von BLN-Objekten soll erleichtert werden" (12.3251)

Die am 15. März 2012 im Nationalrat eingereichte Motion lautet wie folgt:

Der Bundesrat wird beauftragt, dem Parlament eine Änderung des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG) zu unterbreiten, die vorsieht, dass neue Wasserkraftwerke und Ausbauten nicht durch die bestehenden Objekte des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN) und regionalen Naturpärke verhindert werden, sondern dass eine der neuen Energiestrategie 2050 genügende Interessenabwägung zwischen Gewinnung erneuerbarer Energie und Naturschutz stattfindet. Bei dieser Interessenabwägung ist die Möglichkeit der Anordnung oder der Vereinbarung von Ersatzmassnahmen mitzubersichtigen.

Begründung:

"Um das Ausbauziel im Bereich der schweizerischen Wasserkraftproduktion zwecks Umbau des Energiesystems zu erreichen, braucht es neue Wasserkraftwerke und Ausbauten. Einige interessante Projekte, die zu diesem Ausbauziel beitragen, liegen innerhalb von

BLN-Objekten und regionalen Naturpärken. Zwar sind Wasserkraftprojekte innerhalb dieser Gebiete nicht grundsätzlich verboten. Allerdings wird die im NHG festgeschriebene Interessenabwägung zwischen Schutz und Nutzen zumeist einseitig zulasten der Nutzinteressen ausgelegt. Ein Kleinwasserkraftwerk ist innerhalb von BLN-Objekten nur bei leichter/geringfügiger Beeinträchtigung im Rahmen einer Interessenabwägung möglich (Art. 6 NHG). Die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) sowie die Umweltverbände bestreiten auch diese Möglichkeit und opponieren gegen derartige Projekte. Wenn in einem ENHK-Bericht steht, dass ein Projekt (Änderung einer Wasserfassung) mit 17 Gigawattstunden Stromproduktion 'nur einen marginalen Anteil an die Schweizer Stromproduktion leiste' und das als Begründung für die Ablehnung durch sie als Fachstelle verwendet, ist das nicht wirklich nachvollziehbar. Die Beurteilung, ob ein Wasserkraftwerk einen wesentlichen Anteil zur Stromproduktion der Schweiz beiträgt, obliegt nicht der ENHK.

Das Gesetz ist deshalb so zu ändern, dass bei BLN-Objekten und regionalen Naturpärken eine ausgewogene Interessenabwägung stattfindet und die Abwägung nicht mehr einen faktischen Hinderungsgrund für neue und auszubauende Wasserkraftanlagen darstellt."

Der Bundesrat nahm am 23. Mai 2012 wie folgt Stellung:

"Die Energiestrategie 2050 setzt einen Schwerpunkt bei der Wasserkraftnutzung. Um den angestrebten Ausbau zu erreichen, sind Änderungen der Rahmenbedingungen notwendig. Der Bundesrat unterstützt das Anliegen der Motion, wonach eine umfassende Abwägung der Schutz- und Nutzinteressen erfolgen soll. Ob die Umsetzung des Anliegens im Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG) oder in einem anderen Erlass zu erfolgen hat, ist zu prüfen. Der Bundesrat ist der Auffassung, die Motion trotz dieser offenen Frage annehmen zu können.

Die Motion hat die gleiche Stossrichtung wie die Motion der FDP-Liberale Fraktion 12.3069, "Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission und ihre Aufgabe als Gutachterin". Im Gegensatz zu dieser enthält sie aber keinen konkreten Änderungsvorschlag.

Antrag des Bundesrates vom 23.05.2012

Der Bundesrat beantragt die Annahme der Motion."

Im Nationalrat wurde die Motion bekämpft; die Diskussion wurde deshalb am 15. Juni 2012 verschoben (AB 2012 N 1208).

II. RECHTLICHE BEURTEILUNG

A. Vorgeschlagene Änderung von Art. 6 Abs. 2 NHG

1. Ausgangspunkt: Schwacher Landschaftsschutz auf Bundesebene

a) Gesetzliche Regelung

Nach der Grundregel von Art. 3 Abs. 1 des Natur- und Heimatschutzgesetzes (NHG) haben der Bund, seine Anstalten und Betriebe sowie die Kantone bei der Erfüllung von Bundesaufgaben generell – also auch in einzelnen Bewilligungsverfahren – dafür zu sorgen, "dass das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler geschont werden und, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert erhalten bleiben". Nach der Terminologie von Art. 78 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) sind die genannten Schutzobjekte ungeschmälert zu erhalten, "wenn das öffentliche Interesse es gebietet". Dieser Grundsatz verlangt also stets eine *umfassende Interessenabwägung*, wenn im Zusammenhang mit der Erfüllung einer Bundesaufgabe (vgl. dazu die nicht abschliessende Aufzählung in Art. 2 NHG) ein Objekt des Landschafts-, Ortsbild- oder Denkmalschutzes beeinträchtigt werden könnte, unabhängig davon, ob diesem nationale, regionale oder lokale Bedeutung zukommt.

Die Qualifikation eines Schutzobjekts als von *nationaler Bedeutung* und die damit verbundene Aufnahme in ein Inventar des Bundes gemäss Art. 5 NHG (Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung [BLN]; Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder von nationaler Bedeutung [ISOS]; Bundesinventar der historischen Verkehrswege der Schweiz [IVS]) hat einen *verstärkten Schutz* zur Folge. Art. 6 NHG in der heute geltenden Fassung regelt dies wie folgt:

¹ Durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient.

² Ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung im Sinne der Inventare darf bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen.

Die Aufnahme in ein Inventar des Bundes bedeute also, dass das Schutzobjekt "in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung, jedenfalls aber (...) die grösstmögliche Schonung verdient" (Art. 6 Abs. 1 NHG). Ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung ist im Einzelfall zwar immer noch möglich, aber nur, "wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen" (Art. 6 Abs. 2 NHG). Die *Interessenabwägung* wird dementsprechend – anders als in Art. 3 Abs. 1 NHG – von einer Voraussetzung abhängig gemacht: Kommt dem

Nutzungsinteresse, welches der ungeschmälernten Erhaltung des Schutzobjekts entgegensteht, keine *nationale Bedeutung* zu, so ist der Eingriff (geringfügige Beeinträchtigungen ausgenommen) unzulässig; denn der Gesetzgeber hat für diesen Fall verbindlich zugunsten der ungeschmälernten Erhaltung entschieden. Liegt hingegen ein Eingriffsinteresse von ebenfalls nationaler Bedeutung vor, muss aufgrund sämtlicher relevanter Gesichtspunkte entschieden werden, ob dieses im konkreten Fall überwiegt. Nach der Bejahung der nationalen Bedeutung des Eingriffsinteresses – aber nur dann – findet also eine umfassende Interessenabwägung statt.

Wird die nationale Bedeutung des Eingriffsinteresses sowie dessen Überwiegen oder zumindest dessen Gleichwertigkeit bejaht, so ist im Rahmen der Interessenabwägung weiter über das zulässige *Ausmass des Eingriffs* zu befinden. Auch bei diesem Schritt enthält Art. 6 NHG eine Vorgabe für die Interessenabwägung, nämlich das Gebot der *grösstmöglichen Schonung* gemäss Abs. 1. So kann z.B. eine Auflage, die im Lichte der "gewöhnlichen" Schonung gemäss Art. 3 Abs. 1 NHG als unverhältnismässig erschiene, gemessen am Gebot der grösstmöglichen Schonung angemessen sein. Die grösstmögliche Schonung stellt im Falle eines zulässigen Eingriffs das zwingend einzuhaltende Minimum dar.

b) Faktische Wirkung

Bei den 162 inventarisierten BLN-Objekten handelt es sich um die Landschaftsperlen der Schweiz, seien es herausragende Exemplare von Typlandschaften (wie z.B. die Drumlinlandschaft Zürcher Oberland) oder besondere Einzelobjekte (wie z.B. der Rheinfall). Die BLN-Objekte bilden auch das Rückgrat der Naturpärke und des Naturtourismus. Entgegen dem Anschein, den die soeben skizzierte gesetzliche Regelung erweckt, ist der Landschaftsschutz in der Schweiz auf nationaler Ebene – d.h. der Schutz der Landschaften von gesamtschweizerischer Bedeutung – jedoch *ausgesprochen schwach*. Vor rund zehn Jahren führte die Parlamentarischen Verwaltungskontrolstelle eine Evaluation des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN) durch und kam zu einem ernüchternden Ergebnis (vgl. den Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolstelle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats vom 14. Mai 2003 [BBl 2004 789 ff.]):

- Das *übergeordnete Ziel* des BLN gemäss Art. 6 NHG ist insgesamt *nicht erreicht* worden. Das prozentuale Wachstum der Siedlungsflächen innerhalb der BLN-Objekte ist annähernd so gross wie ausserhalb.
- Es besteht die Gefahr, dass die *Summe zahlreicher kleinerer Eingriffe* in ein BLN-Objekt insgesamt zu einer beträchtlichen Veränderung des Objekts führt.
- Zwischen den sehr hoch gesteckten Schutzzielen des BLN und dem *schwachen Instrumentarium zur Umsetzung* dieser Ziele besteht ein Widerspruch.
- Das BLN weist vor dem Hintergrund der föderalistischen Kompetenzaufteilung auf der Ebene kantonaler und kommunaler Aufgabenerfüllung eine *unklare Verbind-*

lichkeit auf. Die Kantone und Gemeinden sind insbesondere nicht verpflichtet, die gesamte Fläche von BLN-Objekten als Schutzgebiete auszuweisen.

- Die *Ziele* zur Erhaltung der einzelnen BLN-Objekte sind unklar. Die Vollzugsbehörden sind deshalb gezwungen, die schwierige Aufgabe der Konkretisierung der Schutzziele selbst durchzuführen.

Aufgrund der Empfehlungen der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats (vgl. deren Bericht vom 3. September 2003, BBl 2004 777 ff.) leitete der Bundesrat in der Folge Massnahmen zur Verbesserung der unbefriedigenden Situation in die Wege (vgl. die Antwort des Bundesrats vom 15. Dezember 2003, BBl 2004 873 ff.). Insbesondere sollen unter der Leitung des BAFU die Schutzziele der einzelnen Objekte präzisiert werden. Ergebnisse sind bis heute jedoch noch keine öffentlich bekannt.

Einer der Gründe für die schwache Schutzwirkung des BLN liegt in dem – dem Natur- und Heimatschutzgesetz zugrunde liegenden – *Konzept der Interessenabwägung*. So bestimmen Interessenabwägungen in massgeblicher Weise die inhaltliche Reichweite des Natur- und Heimatschutzes. Das wäre aus rechtstheoretischer Warte nicht zu be- anstanden; aus der Sicht des Landschaftsschutzes muss jedoch geradezu von einem Versagen dieses Schutzkonzepts gesprochen werden. Dies liegt einerseits daran, dass sich die Nutzungsinteressen gegenüber den Schutzinteressen im Einzelfall häufig durchsetzten, andererseits daran, dass – wie die Parlamentarische Verwaltungskontroll- stelle in ihrem Evaluationsbericht zutreffend dargelegt hat – oftmals die Summe zahl- reicher kleinerer Eingriffe in ein BLN-Objekt im Lauf der Zeit eine beträchtlichen Ver- änderung zur Folge hat: "Könnten wir uns mit einem Zeitraffermechanismus verge- genwärtigen, welche Verluste bzw. Verschandelungen unsere Natur- und Kulturland- schaft ... in den letzten vier Dezennien erlitten haben: Wir stünden unter dem Ein- druck, Vandalen am Werk zu sehen" (HERIBERT RAUSCH, Umwelt und Raumplanung, in: Verfassungsrecht der Schweiz, hrsg. von Daniel Thürer, Jean-François Aubert, Jörg Paul Müller, Zürich 2001, S. 915 ff., Rz. 17).

Eine direkte Folge des Ungenügens des "Schutzkonzepts Interessenabwägung" war die Annahme der *Rothenthurm-Initiative* im Jahr 1987 (heute: Art. 78 Abs. 5 BV): Diese schloss im Zusammenhang mit Mooren und Moorlandschaften von gesamtschweizeri- scher Bedeutung jegliche Interessenabwägung von vornherein aus. Das bedeutet, dass etwa das Bundesgericht in seinem Urteil vom 12. Juni 2012 betreffend die Zürcher Oberlandautobahn (Urteil 1C_71/2011, 1C_73/2011, 1C_77/2011; zur amtlichen Pub- likation vorgesehen) das Interesse der Stadt Wetzikon an der Entlastung vom Durch- gangsverkehr nicht in seine Erwägungen miteinbeziehen durfte. Solches wird oftmals nicht verstanden, ist aber eine direkte Konsequenz davon, dass der Verfassungsgeber via eine Volksinitiative auf das partielle Versagen des Schutzkonzepts Interessenab- wägung reagiert hat. Moorlandschaften von gesamtschweizerischer Bedeutung sind heute deshalb wesentlich besser geschützt als die übrigen Landschaften von gesamt- schweizerischer Bedeutung. Eine weitere Abschwächung des Schutzkonzepts Interes-

senabwägung, wie sie durch die hier in Frage stehenden parlamentarischen Vorstösse angestrebt wird, könnte deshalb unter Umständen wiederum ähnliche Gegenreaktionen auslösen wie damals die Rothenthurm-Initiative.

2. Konsequenzen der vorgeschlagenen Änderung von Art. 6 Abs. 2 NHG

Die geltende Fassung von Art. 6 Abs. 2 NHG lautet:

Ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung im Sinne der Inventare darf bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen.

Demgegenüber schlagen die Parlamentarische Initiative Eder und die Motion FDP-Liberale Fraktion folgende Fassung vor (Änderung kursiv hervorgehoben):

Ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung im Sinne der Inventare darf bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, *wenn öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone oder eine umfassende Interessenabwägung dafür sprechen.*

Anders als heute sollen also nicht mehr nur *Interessen von nationaler Bedeutung* einen Eingriff in eine Landschaft (oder ein Ortsbild) von nationaler Bedeutung rechtfertigen können. Vielmehr sollen jegliche "öffentliche[n] Interessen des Bundes oder der Kantone" dafür ausreichen. Dies hätte beispielsweise zur Folge, dass in einem BLN-Gebiet ein Gebirgslandeplatz für Heliskiing und andere touristische Landungen bewilligt werden könnte, wenn das regionale Interesse an der Tourismusfliegerei im Einzelfall als überwiegend betrachtet wird (zur Einstufung als bloss regionales Interesse vgl. das in der amtlichen Sammlung publizierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Dezember 2011, BVGE 2011/59, E. 6.3). Heute wäre eine Interessenabwägung in einem solchen Fall – mangels eines Interesses von nationaler Bedeutung – ausgeschlossen. Die Beeinträchtigung der ungeschmälernten Erhaltung des Schutzobjekts wäre von vornherein unzulässig.

Unklar ist, welche Bedeutung die Wendung "oder eine umfassende Interessenabwägung" haben soll. Der geltende Art. 6 Abs. 2 NHG verlangt – als Voraussetzung für eine Interessenabwägung – das Vorliegen eines Eingriffsinteresses von nationaler Bedeutung; Interessen von kantonaler, regionaler oder lokaler Bedeutung genügen nicht. Ist diese Schwelle jedoch erreicht, liegt also ein Interesse von nationaler Bedeutung vor, so ist die vorzunehmende Interessenabwägung zwingend eine umfassende (unter besonderer Berücksichtigung des Gebots der grösstmöglichen Schonung gemäss Art. 6 Abs. 1 NHG). Wenn nun jegliche "öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone" einen Eingriff zu legitimieren vermögen, entfällt zwar die erwähnte Eintrittsschwelle für eine Interessenabwägung, nicht aber das Erfordernis der umfassenden Interessenabwägung als solches. Die als Alternativen formulierten Voraussetzungen ("öffentliche

Interessen des Bundes oder der Kantone" – "umfassende Interessenabwägung") besagen somit genau besehen das Gleiche. Das ist nicht nur in der Sache fragwürdig, sondern auch schlechter Gesetzgebungsstil.

3. Fazit

Der bereits heute im Ergebnis nur schwach ausgeprägte Schutz der Landschaften von gesamtschweizerischer Bedeutung würde durch die vorgeschlagene Gesetzesänderung weiter abgeschwächt und auf das Schutzniveau reduziert, welches gemäss Art. 3 NHG für Schutzobjekte von regionaler und lokaler Bedeutung gilt. Übrig bliebe dann nur noch der Appell gemäss Art. 6 Abs. 1 NHG, dass das Objekt "in besonderem Masse die ungeschmälernte Erhaltung, jedenfalls aber ... die grösstmögliche Schonung verdient". Die rechtliche Tragweite von Art. 6 NHG wäre damit – über Art. 3 NHG hinaus – nahe bei Null.

B. Vorgeschlagene Ergänzung von Art. 7 NHG (Abs. 3 neu)

1. Aufgabe und Stellung der ENHK; Bedeutung der ENHK-Gutachten

Bei der 1936 geschaffenen Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) handelt es sich um eine ausserparlamentarische, vom Bundesrat gewählte Fachkommission des Bundes. Diese ist interdisziplinär zusammengesetzt und besteht aus fünfzehn nebenamtlich tätigen Expertinnen und Experten auf den Gebieten Natur-, Landschafts- und Heimatschutz. Sie verfügt über ein mit (lediglich) 1,5 Stellen dotiertes Sekretariat.

Nach der ursprünglichen Fassung von Art. 7 NHG hatte die in der Sache zuständige Entscheidbehörde obligatorisch ein Gutachten der zuständigen Kommission (ENHK oder Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege [EKD]) einzuholen, wenn bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe ein Inventarobjekt des Bundes gemäss Art. 5 NHG beeinträchtigt werden konnte, d.h. ein BLN- oder ein ISOS-Objekt. Zur Entlastung der ENHK von Routinegeschäften beschränkte der Gesetzgeber die Begutachtungspflicht der ENHK (und der EKD) im Jahr 1999 auf Fälle, in denen ein inventarisiertes Schutzobjekt des Bundes "erheblich" beeinträchtigt werden kann oder in denen sich "in diesem Zusammenhang grundsätzliche Fragen" stellen (Art. 7 Abs. 2 NHG; zur Gesetzesänderung vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren, BBl 1998 2591 ff., S. 2608 f.). Alle übrigen Fälle werden seither von den zuständigen Fachstellen des Bundes bzw. der Kantone beurteilt. Mit andern Worten: Bei den Fällen, die heute zur obligatorischen Begutachtung der ENHK gelangen, handelt es sich unter dem Aspekt des Landschaftsschutzes *ausnahmslos* um *wichtige Fälle* (zur darüber hinausgehenden fakultativen Begutachtung vgl. Art. 8 NHG).

Die Geschäftslast der ENHK hat in den letzten Jahren erheblich zugenommen, ohne dass die Kapazitäten – insbesondere des Sekretariats – ausgebaut wurden. Im Durchschnitt der Jahre 2001 bis 2005 nahm die ENHK 90 Beurteilungen vor (Gutachten und Stellungnahmen); im Durchschnitt der Jahre 2006 bis 2010 waren es bereits 122 Beurteilungen (vgl. "Die ENHK und ihre Aufgaben", VLP-ASPAN Inforaum 4/12, S. 3 ff., 6). Im Zunehmen begriffen ist auch die Komplexität der Fälle bzw. der zu erstattenden Gutachten. Dennoch kann heute die Mehrzahl der Gutachten und Stellungnahmen innert zwei bis vier Monaten erstattet werden (a.a.O., S. 10).

Wie dargelegt (S. 9), besteht eine Schwäche des heutigen BLN darin, dass die einzelnen Inventarblätter *keine objektspezifischen Schutzziele* enthalten. Dieses Manko muss deshalb im Einzelfall durch das Gutachten der ENHK kompensiert werden. Es ist also (auch) deren Aufgabe, die Schutzziele in Bezug auf das einzelne Objekt zu konkretisieren und soweit nötig auch räumlich zu differenzieren. Die in der Sache zum Entscheid zuständigen Behörden sind hierzu weder befähigt noch in der Lage; umso grösser ist die fachliche Bedeutung eines ENHK-Gutachtens.

Art. 7 NHG soll nun durch folgenden Abs. 3 ergänzt werden:

Das Gutachten bildet eine der Grundlagen für die Entscheidbehörde, welche es in ihre Gesamtinteressenbeurteilung einbezieht und würdigt.

Der *Bundesrat* hielt dazu in seiner Stellungnahme vom 16. Mai 2012 fest, die Gutachten der ENHK und der EKD würden bereits heute im Rahmen der Interessenabwägung "eine von mehreren Grundlagen" für die korrekte Abwägung der Schutz- und Nutzungsinteressen durch die Entscheidbehörde bilden. Die beantragte Ergänzung von Art. 7 NHG würde dies auf Gesetzesstufe "präzisieren" und sei daher zu begrüssen (siehe vorn S. 5).

Diese Sicht der Dinge, welche die Bedeutung der Gutachten sehr stark relativiert, gibt die geltende Rechtslage indes *nicht zutreffend* wieder. Das Bundesgericht fasste diese in seinem Urteil vom 12. März 2010 betreffend die Erstellung eines Bergrestaurants auf dem Gipfelplateau des Aroser Weissorns wie folgt zusammen (BGE 136 II 214 ff., E. 5 [Hervorhebung hinzugefügt]):

"Nach der Rechtsprechung kommt einem Gutachten der ENHK grosses Gewicht zu. *Vom Ergebnis der Begutachtung darf nur aus triftigen Gründen abgewichen werden*, auch wenn der entscheidenden Behörde eine freie Beweiswürdigung zusteht (...). Dies trifft namentlich auch für die dem Gutachten zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen zu (...). Diese Grundsätze gelten sowohl für die gestützt auf Art. 7 NHG erforderliche Begutachtung durch die ENHK als auch für die fakultative Begutachtung gemäss Art. 8 NHG. Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben ist der ENHK ein gewisses Ermessen zuzuerkennen. So darf sie sich auf das für den Entscheid Wesentliche beschränken. Sie soll namentlich darlegen, ob das Ausmass und das Gewicht der

Beeinträchtigung minimiert werden könnten, wobei sie für den Fall der Realisierung soweit nötig Auflagen vorschlagen kann (...).

(...) Aufgabe der ENHK ist es, sich zur möglichst ungeschmälerten Erhaltung eines Objekts zu äussern und aufzuzeigen, auf welche Weise es möglichst weitgehend geschont werden kann. Zu beantworten hat die ENHK insbesondere die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Grad eine Beeinträchtigung vorliegt."

Die im Raum stehende Gesetzesänderung ginge mithin – entgegen den Ausführungen des Bundesrats – klar hinter das geltende Recht zurück, was den Stellenwert und die Verbindlichkeit der ENHK-Gutachten anbelangt. Von den Urhebern der parlamentarischen Vorstösse ist dies, gemäss ihrer eigenen Begründung, ja auch beabsichtigt.

2. Konsequenzen der vorgeschlagenen Ergänzung von Art. 7 NHG

Die Folge der intendierten Gesetzesänderung wäre eine *Relativierung der Verbindlichkeit der ENHK- (und EKD-)Gutachten*. Darf davon nach geltendem Recht wie dargelegt nur aus *triftigen Gründen* abgewichen werden – welche von der Entscheidbehörde darzulegen sind –, so sollen die Gutachten inskünftig nur noch "eine der Grundlagen für die Entscheidbehörde" sein. Eine Abweichung von der Empfehlung der ENHK wäre dann in wesentlich weiter gehendem Mass zulässig als heute und müsste wohl kaum noch besonders begründet werden; dass solche Abweichungen stets zu Lasten der Schutzinteressen – also des Landschaftsschutzes – und zu Gunsten der Nutzungsinteressen erfolgen, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

Die in der Begründung der parlamentarischen Vorstösse vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu überzeugen:

- "*Bewilligungsverfahren haben einen bremsenden Einfluss auf die Realisierung von Projekten (...)*".

Dies trifft zweifellos zu, verkennt jedoch die Funktion eines Bewilligungsverfahrens: Ein solches dient dazu, dass staatliche Behörden vorgängig die Vereinbarkeit eines Projekts mit dem geltenden Recht überprüfen können. Weiter dient es dazu, dass betroffene Dritte ihre Rechte wahren können. Und schliesslich schützt das Bewilligungsverfahren auch den Gesuchsteller vor staatlicher Willkür, indem diesem in den typischen Fällen einer sog. Polizeibewilligung ein Anspruch auf Bewilligungserteilung zukommt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

- "*Demokratisch gewählte Behörden (Gemeinderäte, Regierungsräte, Gerichte) dürfen heute von den Schlussfolgerungen eines ENHK-Gutachtens kaum noch abweichen. Dieser Zustand kann nicht mehr länger akzeptiert werden. Das Gutachten der ENHK soll künftig zwar eine gewichtige, jedoch nicht allein ausschlaggebende Entscheidungshilfe sein. (...) Es geht nicht an, dass weiterhin eine vom Bundesrat bezeichnete und nicht vom Volk legitimierte Kommission ein derartiges Gewicht besitzt, insbeson-*

dere wenn kantonale Entscheidungen in einem demokratischen Prozess zustande gekommen sind."

Die Berufung auf die (direkt-)demokratische Legitimation der Entscheidbehörden ist hier sachfremd. Diese wird durch die gutachterliche Tätigkeit der ENHK in keiner Weise relativiert oder in Frage gestellt. Demokratische Legitimation einer Behörde bedeutet nicht, dass sie (kraft Volkswahl) im Rahmen der Rechtsanwendung gegen geltendes Recht verstossen darf. Allein um diesen Aspekt – korrekte Anwendung des materiellen Natur- und Heimatschutzrechts – geht es hier jedoch. Da die Entscheidbehörden hierzu aus den dargelegten Gründen allein nicht in der Lage sind, wurde ihnen eine Fachkommission zur Seite gestellt. Diese ist "für die hier zu lösenden Aufgaben am besten geeignet" (Botschaft des Bundesrats zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 12. November 1965, BBl 1965 III 89 ff., S. 104).

- *"Kantonale öffentliche Interessen sollen den Interessen an der Erhaltung der Schutzobjekte gegenübergestellt werden. Eine Abwägung der Interessen des Bundes und der Kantone soll zeigen, ob ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung eines Objektes von nationaler Bedeutung geboten ist."*

Dies ist eine rein rechtspolitische Frage. Man kann eine solche Absenkung des materiellen Schutzniveaus befürworten oder ablehnen. Senkt man das Schutzniveau, muss man sich jedoch bewusst sein, dass die damit einhergehenden zusätzlichen Beeinträchtigungen der Schutzobjekte in aller Regel irreversibel sind.

- *"Nur mit einer solchen Gesamtinteressenabwägung kann namentlich der kantonalen Richtplanung, aber auch den im öffentlichen Interesse stehenden Bauvorhaben zum Durchbruch verholfen werden."*

Diese Aussage ist hinsichtlich der Richtpläne nicht nachvollziehbar. Deren Umsetzung hat mit der angestrebten Verminderung des materiellen Landschaftsschutzes und der Instrumente zu seiner Durchsetzung schon deshalb nichts zu tun, weil der Landschaftsschutz selbst ebenfalls Inhalt des Richtplans ist. – Den "im öffentlichen Interesse stehenden Bauvorhaben" kann schon heute zum Durchbruch verholfen werden, wenn sie von nationaler Bedeutung sind und das Interesse an der ungeschmälernten Erhaltung einer Landschaft von ebenfalls nationaler Bedeutung zu überwiegen vermögen.

3. Fazit

Mit der vorgeschlagenen Ergänzung von Art. 7 NHG würden die Gutachten der ENHK und der EKD faktisch zu *unverbindlichen Stellungnahmen* degradiert. Damit erhielten die Entscheidbehörden auch bei Schutzobjekten von nationaler Bedeutung in wesentlich stärkerem Mass als bisher freie Hand, sich über das Gutachten der Fachkommission des Bundes hinwegzusetzen und den Nutzungsinteressen gegenüber den Schutzinteressen den Vorzug zu geben.

C. Gesamthafte Würdigung

Die inhaltlich übereinstimmenden Vorstösse Nr. 12.402 (Parlamentarische Initiative Eder) und Nr. 12.3069 (Motion FDP-Liberale Fraktion) stellen einen "Zangenangriff" auf den – bereits heute sehr schwach ausgebildeten – Landschaftsschutz auf Bundesebene dar: Einerseits soll das *materielle Schutzniveau* abgesenkt werden, indem neu auch Interessen von kantonaler, regionaler und lokaler Bedeutung einen Eingriff in die ungeschmälernte Erhaltung der Schutzobjekte zu rechtfertigen vermögen; andererseits soll das *Instrumentarium zur Umsetzung des materiellen Rechts* geschwächt werden, indem der Verbindlichkeitsgrad der ENHK-Gutachten herabgesetzt wird.

Das Zusammenwirken dieser beiden Elemente hätte zweifellos eine erhebliche und spürbare Schwächung des Landschaftsschutzes zur Folge; dies nicht etwa bei Schutzobjekten von regionaler oder lokaler Bedeutung, sondern bei den landschaftlichen "Perlen" von nationaler Bedeutung, welche bereits heute unter starkem Druck stehen.

Zürich/Dürnten, 31. August 2012

Prof. Dr. A. Griffel