



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Bundesamt für Kultur BAK
Office fédéral de la culture OFC
Ufficio federale della cultura UFC
Uffizi federal da cultura UFC

Rechtsgutachten zu Fragen im Zusammenhang mit dem Erlass des Bundesinventars der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS)

**Arnold Marti, Dr. iur., Titularprofessor für Staats- und
Verwaltungsrecht an der Universität Zürich**

Arnold Marti, Dr. iur.,
Schaffhausen, 28. Februar 2013
Titularprofessor für Staats- und
Verwaltungsrecht an der Universität Zürich
Fernsichtstrasse 5
8200 Schaffhausen

Geht an:

Bundesamt für Kultur
Hallwylstrasse 15
3003 Bern

Rechtsgutachten zu Fragen im Zusammenhang mit dem Erlass des Bundesinventars der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS)

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Anschluss an die Anfrage vom 10. Oktober 2012 haben Sie mich beauftragt, ein Rechtsgutachten zu verfassen, welches die Aufgabe des ISOS und dessen Verhältnis zu Konzepten und Sachplänen, namentlich bezogen auf die Inkraftsetzungsfrage, klären soll. Hintergrund dieses Auftrags bilden parlamentarische Vorstösse, welche Änderungen im Bereich der Bundesinventare anstreben, namentlich eine Behandlung dieser Instrumente analog zu Konzepten und Sachplänen des Bundes (d.h. umfassende Interessenabwägung im Rahmen der Inventarverfahren).¹ Zu beantworten sind insbesondere folgende Fragen:

- Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird dem ISOS der Charakter eines Bundeskonzepts zugesprochen. Das Verfahren zur Erarbeitung und Inkraftsetzung des ISOS ist jedoch nach Art. 5 NHG geregelt, und weicht von dem der Konzepte und Sachpläne gemäss RPG und RPV ab. Macht der Konzeptcharakter des ISOS, und namentlich die Pflicht zur Berücksichtigung des ISOS in der kantonalen Richtplanung (Art. 4a VISOS) und in der kommunalen Nutzungsplanung (BGE Rüti) eine Anpassung des Verfahrens gemäss Art. 5 NHG nötig oder wird das bestehende Verfahren dem spezifischen (Konzept-)Charakter des ISOS bereits gerecht?
- Auf welche Weise muss das BAK bei der Erstellung des ISOS (Eingrenzung der Perimeter, Formulierung der Erhaltungsziele etc.) andere, bereits festgelegte Planungsinstrumente berücksichtigen, namentlich Sachpläne des Bundes (z. B. Sachplan Übertragungsleitungen, Sachplan Verkehr) und vom Bund genehmigte kantonale Richtpläne?

1) Zu erwähnen ist insbesondere die Interpellation 12.3319 von Ständerat Pirmin Bischof vom 16. März 2012 (Energiewende. Fragen zu Bewilligungsverfahren, Bundesinventaren und ENHK). Vgl. dazu auch die Antwort des Bundesrats vom 23. Mai 2012.

- Stehen seit der letzten Inkraftsetzung unveränderte Elemente (Aufnahmepläne), die in einer Bereinigung neben veränderten Elementen enthalten sind, bei der Inkraftsetzung der Bereinigung auch zur Diskussion?
- Müssen bei der Erstellung des ISOS die zukünftigen (noch nicht in Sach- und Richtplänen festgelegten) Nutzungsinteressen anderer Sektorialpolitiken des Bundes (und der Kantone) berücksichtigt werden?
- Würde eine Bereinigung aller Nutzungsinteressen mit Kantonen, Gemeinden und Bundesstellen bereits im Rahmen der ISOS-Erstellung den Zweck des Bundesinventars nicht ad absurdum führen und – da dieses dann effektiv behördenverbindlichen Sachplancharakter erhalten würde – in unzulässige Weise in die Raumordnungskompetenz der Kantone/Gemeinden eingreifen, ja geradezu zu einer Bundesnutzungsplanung führen?
- Wie ist die rechtliche Situation dritter Grundeigentümer zu beurteilen, die unter Umständen durch das ISOS indirekt berührt werden, denen aber kein rechtliches Gehör oder Rekursmöglichkeit gegen die Inkraftsetzung (z.B. eines «Spezialfalls» wie die Chemiefabrik Uetikon) zugebilligt wird?

Ich kann dazu wie folgt Stellung nehmen:

Inhaltsverzeichnis

	Seite
I. Allgemeine Ausführungen	5
A. Das Schutzkonzept des NHG	5
1. Allgemeiner Schutz	5
2. Besonderer Schutz: Bundesinventare	5
3. Beschränkte Wirkung der Bundesinventare nach Art. 5 NHG	6
B. Gesetzliche Regelung und Bedeutung der Bundesinventare nach Art. 5 NHG	7
1. Auftrag und Methode der Inventarisierung	7
2. Grundsätzlicher Ausschluss einer Interessenabwägung bei der Inventarisierung	8
3. Schutzwirkung der Bundesinventare nach Art. 5 NHG	9
C. Verfahren und Rechtsschutz beim Erlass von Bundesinventaren nach Art. 5 NHG	11
1. Erlass der Inventare	11
a) Massgebendes Erlassverfahren	11
b) Vergleich mit dem Sachplan- und Konzept-Erlassverfahren	12
c) Unterschiedlicher Aufbau der Inventarverordnungen	13
2. Änderung der Inventare (Objektlisten und -umschreibungen)	13
a) Massgebendes Änderungsverfahren	13
b) Voraussetzungen einer Inventaränderung	14
c) Antragsrecht für Inventaränderungen	15
3. Rechtliches Gehör und Rechtsschutz im Inventarerlass- und -änderungsverfahren	15
a) Rechtliches Gehör	15
b) Rechtsschutz	16
D. Das ISOS als Bundesinventar nach Art. 5 NHG	18
II. Beantwortung der gestellten Fragen	20
Frage 1	20
Frage 2	22
Frage 3	23
Frage 4	24
Frage 5	24
Frage 6	25
Literaturverzeichnis	26

I. Allgemeine Ausführungen

A. Das Schutzkonzept des NHG

1. Allgemeiner Schutz

Das eidgenössische Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG)² enthält keine abschliessende Regelung des Natur- und Heimatschutzes mit eigenen Vollzugsverfahren. Vielmehr enthält das Gesetz Grundsätze und Detailvorschriften, welche in anderen massgebenden Verfahren, namentlich in Planungs- und Baubewilligungsverfahren, zu konkretisieren und anzuwenden sind. Als Grundnormen sind hierbei namentlich die Art. 3 und 18 NHG von Bedeutung, welche für schutzwürdige Objekte des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes (Art. 3 NHG) bzw. für schutzwürdige Biotopobjekte (Art. 18 NHG) flächendeckend insoweit einen umfassenden Schutz vorsehen, als Eingriffe in solche Objekte nur zulässig sind, wenn hierfür Interessen geltend gemachten werden können, die das Schutzinteresse überwiegen (Konzept der Interessenabwägung).³ Als Besonderheit zu beachten ist sodann, dass dieser Schutz aufgrund der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung für die Objekte des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes – anders als bei den Biotopobjekten – nur dann gilt, wenn es um die Erfüllung einer Bundesaufgabe geht. Im Bereich der kantonalen und kommunalen Aufgabenerfüllung sind dagegen grundsätzlich die Kantone für den Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz zuständig.⁴

2. Besonderer Schutz: Bundesinventare

Für Schutzobjekte von nationaler Bedeutung sieht das NHG sowohl im Bereich des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes als auch des Biotopschutzes einen besonderen, erhöhten Schutz vor. Die entsprechenden Objekte sind von Bundesrat in sog. Bundesinventare aufzunehmen.⁵ Die Aufnahme eines Objekts in ein solches Bundesinventar hat zur Folge, dass ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung (bei den Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzobjekten) bzw. vom Schutzziel (bei den Biotopobjekten) grundsätzlich nur noch zulässig ist, wenn dem Schutz bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen (Inventare des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes)⁶ bzw. das Vorhaben einem überwiegenden Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung dient (Biotopschutzinventare).⁷ Steht ein Eingriff in ein solches Inventarobjekt zur Diskussion, ist also ebenfalls eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei diese aber insoweit gesetzlich vorstrukturiert ist, als nur überwiegende Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung das Schutzinteresse zurückzudrängen vermögen.⁸ Ein noch weiter gehender Schutz (weitgehendes Veränderungsverbot) besteht bereits aufgrund der Bundesverfassung für Moor- und Moorland-schaftsobjekte von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung.⁹

2) Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451).

3) Vgl. Rausch/Marti/Griffel, Rz. 561 ff., 578 ff.; Marti, Schutzkonzept, S. 83 f.

4) Vgl. Art. 78 Abs. 1 und 2 BV und dazu Rausch/Marti/Griffel, Rz. 496 f., 561 f.

5) Vgl. dazu Art. 5 und Art. 18a NHG.

6) Vgl. dazu Art. 6 Abs. 2 NHG.

7) Vgl. für die Biotopschutzinventare die Hinweise auf die entsprechenden Verordnungsbestimmungen bei Dajcar, S. 134 Fn. 488.

8) Vgl. dazu Dajcar, S. 133 ff., und für die Inventare nach Art. 5 NHG nun eingehend Tschannen/Mösching.

9) Art. 78 Abs. 5 NHG; umgesetzt durch Art. 23a-d NHG; vgl. dazu Rausch/Marti/Griffel, Rz. 595 ff., und Dajcar, S. 141 ff.

3. Beschränkte Wirkung der Bundesinventare nach Art. 5 NHG

Wie bereits erwähnt, gelten die Schutzvorschriften des NHG im Bereich des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes (Art. 2 ff. NHG) aufgrund der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung (Art. 78 Abs. 1 und 2 BV) grundsätzlich nur für die Erfüllung von Bundesaufgaben, wobei hierunter nach heutiger Rechtslage auch von Kantonen und Gemeinden durchzuführende Verfahren fallen, welche dem Vollzug einer Bundesaufgabe bzw. einer bundesrechtlichen Regelung dienen oder Vorhaben betreffen, für welche voraussichtlich Bundesbeiträge beansprucht werden. Keine Bundesaufgabe bilden demgegenüber grundsätzlich die von Kantonen und Gemeinden vorzunehmende Richt- und Nutzungsplanung sowie die Erteilung von Baubewilligungen innerhalb der Bauzonen.¹⁰ Auch die gestützt auf Art. 5 NHG in diesem Bereich erlassenen Bundesinventare, konkret das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN), das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS) sowie das Bundesinventar der historischen Verkehrswege der Schweiz (IVS),¹¹ gelten dementsprechend direkt und unmittelbar nur für die Erfüllung von Bundesaufgaben im erwähnten Sinne.

Lange Zeit war in Lehre und Praxis umstritten, welche Bedeutung diesen Bundesinventaren im Bereich der rein kantonalen und kommunalen Aufgabenerfüllung zukommt. Das Bundesgericht hat diese Streitfrage durch den Entscheid «Rüti» aus dem Jahr 2009 geklärt. Es hat entschieden, dass die gestützt auf Art. 5 NHG erlassenen Bundesinventare von den Kantonen und Gemeinden in deren eigenem Aufgabenbereich in ähnlicher Weise wie die im RPG vorgesehenen Konzepte und Sachpläne des Bundes zu berücksichtigen seien (planerische Berücksichtigungspflicht), zumal sie von ihrer Natur her den erwähnten Planungsinstrumenten gleichkämen.¹² Dieser Grundsatzentscheid ist in der Lehre zum Teil kritisiert worden.¹³ Nicht unproblematisch ist tatsächlich die Formulierung des Bundesgerichts, wonach die Bundesinventare von ihrer Natur her Konzepten und Sachplänen gleichkämen, zumal aufgrund der bestehenden gesetzlichen Vorschriften doch wesentliche Unterschiede sowohl hinsichtlich des Erlassverfahrens (Verordnung, nicht Planverfahren) als auch hinsichtlich des rechtlichen Inhalts (Zusammenstellung von Schutzobjekten aufgrund einer wissenschaftlichen Methode, nicht Planungsakt mit umfassender Interessenabwägung) bestehen.¹⁴ Man würde daher wohl besser von Konzept- bzw. Sachplanähnlichkeit bzw. von vergleichbaren Instrumenten sprechen, da beide Arten von Rechtsgrundlagen raumwirksame Aussagen der zuständigen Bundesbehörde von einer gewissen Rechtsverbindlichkeit enthalten und es daher jedenfalls nicht verständlich wäre, wenn die Bundesinventare, welche in der Erlassform als Verordnung in der Normenhierarchie sogar höher stehen als Konzepte und Sachpläne, von den Kantonen und Gemeinden bei der Erfüllung ihrer eigenen Aufgaben nicht berücksichtigt werden müssten.¹⁵ Das Bundesgericht hält denn auch an seiner Auffassung (Berücksichtigungspflicht für Bundesinventare wie für Konzepte und Sachpläne) fest¹⁶ und der Bundesrat hat inzwischen eine entsprechende Berücksichtigungspflicht für die Richtplanung und damit indirekt auch für die Nutzungsplanung in den massgebenden Inventarverordnungen ausdrücklich festgeschrieben.¹⁷ Überdies ist die erwähnte Berücksichtigungspflicht für Kantone und Gemeinden, deren Tragweite nicht ohne Weiteres klar ist, neuerdings durch Empfehlungen der betroffenen Bundesämter konkretisiert worden.¹⁸ Es ist daher davon auszugehen, dass der Bundesgerichtsentscheid Rüti für die Rechtspraxis weiterhin massgebend sein wird.

10) Vgl. Art. 2 NHG und dazu Rausch/Marti/Griffel, Rz. 562, sowie neuerdings eingehend Dajcar, S. 24 ff.

11) Vgl. dazu die entsprechenden Inventarverordnungen: Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vom 10. August 1977 (VBLN; SR 451.11); Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortschaften der Schweiz vom 9. September 1081 (VISOS; SR 451.12); Verordnung über das Bundesinventar der historischen Verkehrswege der Schweiz vom 14. April 2010 (VIVS; SR 451.13).

12) BGE 135 II 209, E. 2.1.

13) Vgl. namentlich Dajcar, S. 172 ff., insbesondere S. 175 f., und Alain Griffel, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht – Entwicklungen 2009, Bern 2010, S. 85.

14) Vgl. dazu auch nachfolgend Abschnitt I/B und I/C. Im Bereich des Biotopschutzes wurde der Erlass von Bundesinventaren als Sachpläne des Bundes von den eidgenössischen Räten ausdrücklich abgelehnt; vgl. Fahrländer, Komm. NHG, Art. 18a Rz. 11.

15) Vgl. ähnlich auch Leimbacher, Rechtsgutachten, S. 50 ff.; zur Rechtsnatur der Bundesinventare insbesondere Marti, Bundesinventare, S. 625 ff., und Dajcar, S. 189 ff.

16) Vgl. etwa Bundesgerichtsurteil 1C_470/2009 vom 3. Mai 2010, Walzmühle, Frauenfeld.

17) Art. 2a VBLN, Art. 4a VISOS, Art. 9 VIVS.

18) Vgl. dazu Empfehlung ARE/ASTRA/BAFU/BAK.

B. Gesetzliche Regelung und Bedeutung der Bundesinventare nach Art. 5 NHG

1. Auftrag und Methode der Inventarisierung

Art. 5 Abs. 1 NHG sieht vor, dass der Bundesrat im Bereich des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes nach Anhören der Kantone Inventare der Objekte von nationaler Bedeutung¹⁹ erstellt; er kann sich hierbei auf bestehende Inventare von staatlichen Institutionen und von Organisationen stützen, die im Bereich des Naturschutzes, des Heimatschutzes oder der Denkmalpflege tätig sind. Die für die Auswahl der Objekte massgebenden Grundsätze sind in den Inventaren darzulegen. Diese haben ausserdem mindestens zu enthalten:

- a) die genaue Umschreibung der Objekte;
- b) die Gründe für ihre nationale Bedeutung;
- c) die möglichen Gefahren;
- d) die bestehenden Schutzmassnahmen;
- e) den anzustrebenden Schutz;
- f) die Verbesserungsvorschläge.

Hieraus ergibt sich, dass grundsätzlich der Bundesrat für die Erstellung der Inventare und damit auch für die Auswahl der Inventarobjekte zuständig ist. In welcher Rechtsform dies geschehen soll, schreibt das Gesetz nicht ausdrücklich vor. Die Inventare enthalten sowohl allgemeine Schutzvorschriften (generell-abstrakte Normen, insbesondere Zuständigkeitsvorschriften und allgemeine Schutzziele) als auch örtlich begrenzte Einzelanordnungen (Umschreibung der konkreten Schutzobjekte und Schutzziele). Der Bundesrat hat angesichts der gemischten Natur der Inventarregeln bisher stets die Rechtsform der Verordnung gewählt, was heute für den Bereich des Biotopschutzes in Art. 16 NHV²⁰ auch ausdrücklich vorgeschrieben wird.²¹ Auch hinsichtlich der Auswahl, Umschreibung und Abgrenzung der Schutzobjekte enthält Art. 5 Abs. 1 NHG nur wenige Vorgaben. Insbesondere muss es sich um Schutzobjekte von nationaler Bedeutung handeln, was allgemein und für die einzelnen Objekte zu begründen ist. Daraus und aus der Möglichkeit der Anlehnung an bestehende staatliche und private Inventare ist zu schliessen, dass die Bundesinventare aufgrund der bestehenden Gegebenheiten in Natur und Landschaft nach einer an der Schutzwürdigkeit der einzelnen Objekte ausgerichteten wissenschaftlichen Methode und entsprechenden einheitlichen Kriterien zu erstellen sind.²²

19) Die Beschränkung auf die entsprechenden Objekte ergibt sich aus dem auf Art. 78 Abs. 2 BV ausgerichteten Aufbau des NHG, insbesondere aus Art. 4 NHG, welcher die entsprechenden Schutzobjekte umschreibt; vgl. dazu auch Leimbacher, Komm. NHG, Art. 5 Rz. 4 ff., und Dajcar, S. 6 ff.

20) Verordnung über den Natur- und Heimatschutz vom 16. Januar 1991 (NHV; SR 451.1).

21) Vgl. dazu Leimbacher, Komm. NHG, Art. 5 Rz. 24, Fahrländer, Komm. NHG, Art. 18a Rz. 11, und Dajcar, S. 62 f.

22) Vgl. dazu Leimbacher, Komm. NHG, Art. 5 Rz. 4 ff., 24, Dajcar, S. 68 ff., insbesondere S. 85 f., und zum Inventarbegriff auch allgemein Marti, Bundesinventare, S. 625, und Waldmann, S. 147.

2. Grundsätzlicher Ausschluss einer Interessenabwägung bei der Inventarerstellung

Eine Abwägung mit entgegenstehenden Nutzungsinteressen ist bei der Erstellung der Inventare weder im NHG noch in den Inventarverordnungen vorgesehen; sie soll nach dem Schutzkonzept des NHG vielmehr grundsätzlich erst bei der Anwendung der Bundesinventare in den nachfolgenden Planungs- und Bewilligungsverfahren erfolgen.²³ In Lehre und Praxis ist jedoch umstritten, ob und inwieweit auch ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage eine Interessenabwägung bereits bei der Auswahl und Abgrenzung der Inventarobjekte und bei der Bestimmung der konkreten Schutzziele erfolgen darf. Das Bundesgericht hat es lange Zeit abgelehnt, die vom Bundesrat vorgenommene Auswahl und Abgrenzung der Inventarobjekte zu überprüfen und hat hierbei ausdrücklich auf den im Rahmen des Inventarerlassverfahrens bestehenden Ermessens- und Beurteilungsspielraum des Bundesrats hingewiesen.²⁴ Im Bereich des Moor- und Moorlandschaftsschutzes liess sich diese Rechtsprechung jedoch nicht aufrecht erhalten, zumal für entsprechende Objekte von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung direkt gestützt auf die Verfassung ein weitgehender Schutz besteht. Für die Abgrenzung entsprechender Bundesinventargebiete hat das Bundesgericht eine Berücksichtigung von entgegenstehenden Nutzungsinteressen und damit eine Abwägung zwischen Schutz- und Nutzungsinteressenabwägung inzwischen mehrfach ausdrücklich ausgeschlossen.²⁵

Diese Rechtsprechung lässt sich zwar nicht ohne weiteres auf die anderen Bundesinventare übertragen, bei welchen im Unterschied zum Moor- und Moorlandschaftsschutz ein relativ weiter Ermessens- und Beurteilungsspielraum des Bundesrates als Inventarerlassbehörde angenommen werden muss.²⁶ Vom Sinn der Inventarbildung (Erfassung der Schutzobjekte nach einheitlichen wissenschaftlichen Kriterien) und vom gesetzlich vorgesehenen Schutzmechanismus her (Interessenabwägung in den konkreten Planungs- und Baubewilligungsverfahren) erscheint eine Abwägung von Schutz- und Nutzungsinteressen bereits im Zeitpunkt der Inventarerstellung aber grundsätzlich als systemwidrig und daher im Prinzip als ausgeschlossen. Dies gilt jedenfalls dort, wo – wie im Fall des IVS – klare Legaldefinitionen für die Schutzobjekte von nationaler Bedeutung bestehen, welche grundsätzlich keinen Spielraum für Interessenabwägungen vorsehen bzw. belassen.²⁷ Aber auch beim BLN und ISOS, wo Legaldefinitionen für die Objekte von nationaler Bedeutung fehlen, erscheint eine Interessenabwägung im Zeitpunkt der Inventarerstellung aus den erwähnten Gründen grundsätzlich als systemwidrig und es wurde eine solche bisher – namentlich beim ISOS – im Prinzip auch nicht vorgenommen bzw. jedenfalls nicht ausgewiesen. Vielmehr erfolgte namentlich beim ISOS eine Bewertung der Ortsbilder nach einer einheitlichen wissenschaftlichen Methode, wobei Nutzungsinteressen grundsätzlich nicht beachtet wurden.²⁸ Eine Änderung dieser Praxis wäre daher nicht nur systemwidrig, sondern würde auch die bisher erfolgte, weitgehend abgeschlossene Inventarisierung in Frage stellen. Eine solche Systemänderung wäre daher schon aus rechtsstaatlichen Gründen (Gebot einer rechtsgleichen und willkürfreien Praxis) nur durch eine entsprechende Änderung der gesetzlichen Vorschriften (NHG; Inventarverordnungen) möglich und würde eine anschliessende Totalrevision der Inventare, insbesondere auch des ISOS, erfordern.

23) Vgl. dazu namentlich Dajcar, S. 68 ff., insbesondere S. 85 f., sowie nachfolgend Abschnitt I/B/3.

24) Vgl. dazu Waldmann, S. 154 f. mit Hinweis auf BGE 119 Ib 254, E. 9e (Val Curciosa) und 112 Ib 280, E. 8c (Rothenthurm).

25) Vgl. BGE 138 II 281, E. 5.6.5 (Zürcher Oberlandautobahn) und BGE 127 II 184, E. 5b/aa (Moorgebiet Robenhauserriet) m.w.H.

26) Vgl. dazu auch Waldmann, S. 154 f., und ders., Bemerkungen zu BGE 127 II 184 ff., AJP 2002, S. 71 ff.

27) Vgl. Art. 2VIVS und dazu Dajcar, S. 71.

28) Vgl. dazu Heusser-Keller, S. 3 ff., und Dajcar, S. 70 f.; für das ISOS auch nachfolgend Abschnitt I/D.

Ein Erfordernis, dass eine Abwägung der Schutz- und Nutzungsinteressen bereits im Zeitpunkt der Inventarfestsetzung erfolgen müsse, kann im Übrigen auch nicht aus dem Bundesgerichtsentscheid Rüti abgeleitet werden, zumal sich das Bundesgericht in diesem Entscheid nur zur Rechtsbedeutung der Bundesinventare geäußert hat (Sachplan- bzw. Konzeptähnlichkeit), nicht aber zum Verfahren und Inhalt der Inventarfestsetzung, welche durch das NHG und die Inventarverordnungen besonders und abweichend von den Konzepten und Sachplänen des Bundes geregelt worden sind.²⁹ Ferner ist darauf hinzuweisen, dass eine Interessenabwägung bereits im Zeitpunkt der Inventarfestsetzung namentlich bei sehr detaillierten Inventaren, wie sie das ISOS darstellt, auch praktisch sehr schwierig wäre, solange konkrete entgegenstehende Nutzungsvorhaben nicht bekannt sind.³⁰ Zu Recht wird in der Literatur sodann darauf hingewiesen, dass durch die Zulassung einer Interessenabwägung bereits bei der Inventarfestsetzung die Gefahr bestünde, dass der im Gesetz vorgesehene besondere Schutz für Objekte von nationaler Bedeutung umgangen werden könnte, weil bei nicht im Bundesinventar aufgenommenen Schutzobjekten in späteren Plangenehmigungs- und Bewilligungsverfahren nur eine gewöhnliche Interessenabwägung Platz greifen kann.³¹ Aus dem Ganzen ergibt sich, dass bekannte Nutzungsinteressen bei der Inventarfestsetzung somit höchstens insofern berücksichtigt werden dürfen, als sich ein Verzicht auf den besonderen Schutz im Rahmen eines Bundesinventars nach Art. 5 NHG auch nach den bestehenden, für die Inventarerstellung massgebenden Inventarisierungskriterien rechtfertigen lässt.³² Dies dürfte hinsichtlich der Auswahl der Schutzobjekte in der Regel nicht möglich sein, soweit nicht berechtigte Zweifel an der Qualität als nationales Schutzobjekt bestehen, wohl aber unter Umständen bei der Abgrenzung eines Schutzobjekts bzw. der Formulierung einzelner Schutzziele, zumal hier – wie dargelegt – ein nicht unerheblicher Ermessens- und Beurteilungsspielraum der Inventarbehörde anzunehmen ist.

3. Schutzwirkung der Bundesinventare nach Art. 5 NHG

Der Sinn der im NHG vorgesehenen Bundesinventare und insbesondere der Bundesinventare nach Art. 5 NHG besteht wie bereits erwähnt darin, den einbezogenen Schutzobjekten einen besonderen, qualifizierten Schutz zukommen zu lassen.³³ Dies wird durch Art. 6 NHG zum Ausdruck gebracht, wonach durch die Aufnahme eines Objekts von nationaler Bedeutung in ein entsprechendes Bundesinventar dargetan wird, dass es in besonderem Mass die ungeschmälerete Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient (Abs. 1). Ein Abweichen von der ungeschmälereten 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 (Abs. 2).

29) Auch für die Konzepte und Sachpläne des Bundes bestehen im Übrigen in der primär massgebenden Sachgesetzgebung unterschiedliche Regeln namentlich zum Inhalt dieser Instrumente; vgl. Bühlmann, Komm. RPG, Art. 13 Rz. 25 ff.

30) Vgl. zur Methode der planerischen Interessenabwägung, welche stufengerecht erfolgen muss, auch Art. 3 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1).

31) Vgl. Dajcar, S. 85 f.

32) Vgl. dazu auch Dajcar, S. 68 ff., insbesondere S. 85 f. (zur Objektauswahl), und S. 98 ff., insbesondere S. 110 f. (zur Abgrenzung der Inventargebiete). Dajcar schliesst eine Interessenabwägung bei der Objektauswahl und -abgrenzung grundsätzlich aus und fordert für alle Bundesinventare eine gesetzliche Regelung der Auswahl- und Abgrenzungskriterien; ähnlich auch Leimbacher, Rechtsgutachten, S. 94 ff.

33) Vgl. dazu oben Abschnitt I/A mit Hinweis auch auf die abgeschwächte Bedeutung im Bereich der kantonalen und kommunalen Aufgabenerfüllung; vgl. neuerdings auch prägnant Tschannen/Mösching, S. 7 ff., insbesondere S. 22 (Bundesinventare nach Art. 5 NHG als Methode zur Priorisierung öffentlicher Schutzinteressen).

Hieraus ergibt sich, dass zwar geringfügige Eingriffe in ein entsprechendes Bundesinventarobjekt bei der Erfüllung von Bundesaufgaben grundsätzlich zulässig sind, soweit hierfür ein überwiegendes Interesse geltend gemacht werden kann und der Zustand des Schutzobjekts unter dem Gesichtspunkt des Natur- und Heimatschutzes insgesamt nicht verschlechtert wird, dass aber ein weiter gehender Eingriff in das betreffende Schutzobjekt nur zulässig ist, wenn an dem Eingriffsvorhaben ein gleich- oder höherwertiges Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung besteht.³⁴ Über die Zulässigkeit entsprechender Eingriffe ist nach dem Konzept des NHG in den nachfolgenden Planungs- und Bewilligungsverfahren, insbesondere in den für die betreffenden Vorhaben massgebenden Plangenehmigungs- bzw. Baubewilligungsverfahren, zu entscheiden.³⁵ Falls eine erhebliche Beeinträchtigung eines Inventarobjekts droht oder sich im Zusammenhang mit dem Projekt grundsätzliche Fragen stellen, muss aufgrund von Art. 7 Abs. 2 NHG im Plangenehmigungs- bzw. Baubewilligungsverfahren ein obligatorisches Gutachten der zuständigen Fachkommission des Bundes (Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission [ENHK] bzw. Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege [EKD]) eingeholt werden. Gemäss Art. 7 Abs. 1 NHG entscheidet im Fall der Bewilligungszuständigkeit einer Bundesbehörde das zuständige Fachamt des Bundes bzw. bei Bewilligungszuständigkeit einer kantonalen Behörde die kantonale Natur- und Heimatschutzfachstelle, ob ein Kommissionsgutachten erforderlich ist.³⁶

Im Bereich der kantonalen und kommunalen Aufgabenerfüllung sind die Bundesinventare nach Art. 5 NHG aufgrund des bundesgerichtlichen Grundsatzentscheid Rüti³⁷ von den Kantonen und Gemeinden zu berücksichtigen. Die Berücksichtigungspflicht gilt namentlich für die Richt- und Nutzungsplanung, wobei den betreffenden Gemeinwesen sowohl bei der planerischen Berücksichtigung als auch bei der nachfolgenden Bewilligung von Eingriffsvorhaben im eigenen Aufgabenbereich hinsichtlich der Interessenabwägung ein grösserer Spielraum zukommt als bei der Erfüllung von Bundesaufgaben.³⁸

34) Vgl. dazu Rausch/Marti/Griffel, Rz. 554 ff., Empfehlung ARE/ASTRA/BAFU/BAK, S. 5 f. (mit Synopsis) und eingehend Tschannen/Mösching, S. 14 ff. (zu den unterschiedlichen Eingriffsarten) sowie S. 18 ff. (zum Abwägungsverfahren und zu den Eingriffsinteressen von ebenfalls nationaler Bedeutung); kritisch gegenüber der Unterscheidung verschiedener Eingriffsarten Dajcar, S. 128 ff.

35) Vgl. dazu auch Rausch/Marti/Griffel, Rz. 546 ff., Dajcar, S. 146, und Tschannen/Mösching, S. 17.

36) Vgl. Rausch/Marti/Griffel, Rz. 553, Dajcar, S. 127, und Tschannen/Mösching, S. 17.

37) Vgl. dazu oben Abschnitt I/A/3.

38) Vgl. dazu Jud, S. 9 ff., und neuerdings eingehend die Empfehlung ARE/ASTRA/BAFU/BAK.

C. Verfahren und Rechtsschutz beim Erlass von Bundesinventaren nach Art. 5 NHG

1. Erlass der Inventare

a) Massgebendes Erlassverfahren

Gemäss Art. 5 Abs. 1 NHG erstellt der Bundesrat nach Anhörung der Kantone die entsprechenden Inventare der Objekte von nationaler Bedeutung, wobei er sich auf bestehende Inventare von staatlichen Institutionen und privaten Fachorganisationen stützen kann. Wie erwähnt, hat der Bundesrat bei allen Inventaren die Erlassform der Verordnung gewählt.³⁹ Vorbereitet wurden alle drei bisher erlassenen Bundesinventare nach Art. 5 NHG von Sachverständigen aufgrund bisher bestehender Inventare (BLN) bzw. nach einer bestimmten, von den eingesetzten Fachleuten festgelegten wissenschaftlichen Methode (ISOS und IVS).⁴⁰ Federführend ist innerhalb der Bundesverwaltung für das BLN das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) bzw. das Bundesamt für Umwelt (BAFU), für das ISOS das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) bzw. das Bundesamt für Kultur (BAK) und für das IVS das UVEK bzw. das Bundesamt für Strassen (ASTRA).⁴¹ Um mögliche Differenzen frühzeitig zu bereinigen, führen die zuständigen Bundesämter nach den heute geltenden Vorschriften zu den Inventarentwürfen ein Ämterkonsultationsverfahren bei den mitinteressierten Dienststellen durch.⁴² Gemäss Art. 25 Abs. 1 lit. c NHV müssen Inventarentwürfe auch den eidgenössischen Fachkommissionen ENHK und EKD zur Stellungnahme unterbreitet werden.⁴³ Erforderlich ist sodann aufgrund von Art 5 Abs. 1 NHG eine Anhörung der betroffenen Kantone, nicht aber der Gemeinden. Ein Einverständnis des Standortkantons mit dem Inventarentwurf ist nicht erforderlich, doch erfolgt die Erarbeitung der Inventare regelmässig in Zusammenarbeit mit den Kantonen bzw. deren Fachstellen.⁴⁴ Aufgrund der bestehenden Vernehmlassungsvorschriften ist sodann beim Erlass neuer Inventare und wohl auch bei wichtigen Revisionen von Inventarverordnungen ein öffentliches Anhörungsverfahren (Vernehmlassungsverfahren mit beschränktem Adressatenkreis) durchzuführen.⁴⁵ Nach Durchführung der Anhörung und Bereinigung der Differenzen im Rahmen der Ämterkonsultation geht das Geschäft als Antrag des zuständigen Departements an den Bundesrat, wobei gleichzeitig das Mitberichtsverfahren bei den andern Departementen und bei der Bundeskanzlei eingeleitet wird. Der Bundesrat entscheidet anschliessend über das Inventar bzw. die Inventarverordnung oder deren Änderung und setzt die neue Regelung in Kraft.⁴⁶

39) Vgl. dazu oben bei Anm. 21.

40) Vgl. dazu Dajcar, S. 69 ff., Leimbacher, Komm. NHG, Art. 5 Rz. 24, Heusser-Keller, S. 3 ff.

41) Vgl. Art. 2VB LN, Art. Art. 2VISOS, Art. 3 Abs. 2VIVS und dazu Dajcar, S. 6 ff.

42) Art. 4 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1); vgl. dazu auch Gesetzgebungsleitfaden BJ, Modul Verordnung, Ziff. 7.1.

43) Vgl. dazu Dajcar, S. 117; vgl. für das ISOS auch Heusser-Keller, S. 7.

44) Vgl. dazu Dajcar, S. 112 ff., und Marti, Bundesinventare, S. 639; für das ISOS insbesondere Heusser-Keller, S. 6 f.

45) Vgl. Art. 10 des Bundesgesetzes über das Vernehmlassungsverfahren vom 18. März 2005 (VIG; SR 172.061) und dazu Dajcar, S. 112 sowie – im einzelnen präziser – Gesetzgebungsleitfaden BJ, Modul Verordnung, Ziff. 6.2. und 6.6.

Als Beispiel kann das am 11. Mai 2007 eröffnete Anhörungsverfahren zum VIVS-Entwurf dienen.

46) Vgl. dazu auch Art. 5 RVOV und Gesetzgebungsleitfaden BJ, Modul Verordnung, Ziff. 7.2. und als Beispiel den Antrag des EDI an den Bundesrat betreffend die Revision der VISOS vom November 2012.

b) Vergleich mit dem Sachplan- und Konzept-Erlassverfahren

Im Unterschied zum dargestellten Verordnungserlassverfahren bestehen für den Erlass von Sachplänen und Konzepten des Bundes in Art. 13 RPG⁴⁷ und namentlich in Art. 14 ff. RPV weiter gehende detaillierte Vorschriften. So regelt Art. 14 RPV Zweck und Inhalt dieser Instrumente, wobei auf die erforderliche planerische Interessenabwägung und Prioritätenfestlegung hinsichtlich der Umsetzung hingewiesen wird. Die Art. 15 und 16 RPV enthalten formelle und materielle Anforderungen an Sachpläne und Konzepte und deren Begründung, namentlich hinsichtlich Darstellung der räumlichen Aussagen, Unterscheidung von Kategorien derselben (Ausgangslage, Vororientierung, Zwischenergebnis, Festlegung), Bedarfsprüfung, Suche nach Alternativstandorten und Compliance (Raum- und Umweltverträglichkeit; allgemeine Rechtskonformität). Art. 17 RPV befasst sich mit der Erarbeitung und Anpassung von Sachplänen und Konzepten, bei welcher dem Bundesamt für Raumentwicklung insofern eine besondere Rolle zukommt, als es bei räumlichen Konflikten zwischen den Bundesstellen sowie zwischen Bund und Kantonen zu vermitteln und zuhanden des antragstellenden Departements zu prüfen hat, ob die rechtlichen Voraussetzungen für den Plan- bzw. Konzepterlass erfüllt seien (Abs. 2). Die weiteren Artikel regeln die Zusammenarbeit und den frühzeitigen Einbezug von Behörden und Trägern öffentlicher Aufgaben aller Stufen im Inland und im benachbarten Ausland (Art. 18 RPV), die Anhörung der Kantone und Gemeinden sowie die Information und Mitwirkung der Bevölkerung (Art. 19 RPV), die Bereinigung der Entwürfe mit den Kantonen, inkl. Vorbehalt des förmlichen Bereinigungsverfahrens (Art. 20 RPV), sowie die Verabschiedung durch den Bundesrat unter Hinweis auf dessen planerische Prüfungspflichten (Art. 21 RPV).

Das Verfahren für den Erlass von Sachplänen und Konzepten zeichnet sich somit gegenüber dem Inventarerlassverfahren namentlich durch detaillierte Anforderungen an die Durchführung und Darlegung der erforderlichen planerischen Interessenabwägungen und das Zusammenwirken und die Abstimmen mit andern Planungsträgern aus, was in der Praxis einen grossen materiellen und zeitlichen Aufwand bewirkt. Beim Inventarerlassverfahren entfallen demgegenüber besondere Abwägungs- und Abstimmungspflichten und entsprechende Begründungsanforderungen. Es ist kein öffentliches Mitwirkungsverfahren nach Art. 4 RPG erforderlich. Dem Bundesamt für Raumentwicklung kommt keine besondere Vermittlungs- und Prüfungszuständigkeit zu; vielmehr ist es lediglich im Rahmen der Ämterkonsultation anzuhören. Ebenso entfällt ein förmliches Bereinigungsverfahren im Verhältnis Bund–Kantone.⁴⁸ Diese sich aus der geltenden Gesetzgebung ergebenden Unterschiede im Erlass-Verfahren machen aber durchaus Sinn. Bei der Festsetzung der Bundesinventare ist nach dem bisherigen System bzw. Schutzkonzept des NHG – anders als beim Erlass von Sachplänen und Konzepten – keine eigentliche planerische Interessenabwägung durchzuführen. Vielmehr soll eine Inventarisierung nach einheitlichen objektiven (wissenschaftlichen) Kriterien erfolgen, während eine Interessenabwägung zwischen entgegenstehenden Schutz- und Nutzungsinteressen erst in den nachfolgenden Planungs- und Bewilligungsverfahren vorzunehmen ist, was auch eine öffentliche Mitwirkung entbehrlich macht.⁴⁹

47) Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979 (SR 700).

48) Vgl. dazu Marti, Bundesinventare, S. 638 ff.

49) Vgl. in diesem Sinne namentlich auch Dajcar, S. 68 ff., 98 ff., 117 f.

c) Unterschiedlicher Aufbau der Inventarverordnungen

Die drei bisher gestützt auf Art. 5 Abs. 1 NHG erlassenen Inventarverordnungen sind im Übrigen recht unterschiedlich aufgebaut: Die VBLN und die VISOS enthalten nur einige wenige Artikel, in denen sie insbesondere auf die in einem Anhang publizierte Liste der Schutzobjekte hinweisen und für die Umschreibung der einzelnen Objekte und deren kartografische Darstellung und Illustrierung auf separate Publikationen verweisen. Die VIVS enthält demgegenüber neben Zuständigkeitsvorschriften und Begriffsbestimmungen auch Vorschriften über Schutzziele und die Zulässigkeit von Eingriffen in Schutzobjekte; für die einzelnen Schutzobjekte verweist sie in Art. 4 auf die Homepage des ASTRA.⁵⁰

2. Änderung der Inventare (Objektlisten und -umschreibungen)

a) Massgebendes Änderungsverfahren

Die einmal festgesetzten Bundesinventare bzw. die entsprechenden Objektlisten und Objektumschreibungen gelten nicht für alle Zeit. Vielmehr hält Art. 5 Abs. 2 NHG ausdrücklich fest, die Inventare seien nicht abschliessend; sie seien regelmässig zu überprüfen und zu bereinigen (sog. Inventar-Revision). Hinsichtlich der Kompetenzordnung hält Art. 5 Abs. 2 NHG fest, der Bundesrat entscheide über die Aufnahme, die Abänderung oder die Streichung von Objekten nach Anhören der Kantone; diese könnten auch von sich aus eine Überprüfung beantragen. Hieraus ergibt sich, dass über die Änderung der Bundesinventare bzw. der entsprechenden Objektlisten und Objektumschreibungen grundsätzlich im gleichen Verfahren zu entscheiden ist, wie bei der Inventarfestsetzung. Es kann dazu auf das oben Gesagte verwiesen werden.⁵¹ Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass im Falle des ISOS und des IVS die zuständigen Departemente (das EDI beim ISOS und das UVEK beim IVS) ermächtigt wurden, über Neuumschreibungen von veränderten Objekten (ISOS) bzw. über geringfügige Änderungen der Umschreibung von Objekten, nicht aber über Neuaufnahmen oder die Streichungen von Objekten, selber zu entscheiden.⁵² Bei solchen Departementsentscheiden ergeben sich keine Änderungen am eigentlichen Verordnungstext, sondern lediglich bei den gesondert publizierten Objektumschreibungen. Nach den geltenden Gesetzgebungsrichtlinien muss aber auch bei Verwaltungsänderungen, für welche ein Departement zuständig ist, ein Ämterkonsultationsverfahren nach Art. 4 RVOV durchgeführt werden, was auch für Departementsentscheide nach Art. 3 VISOS und Art. 5 Abs. 2 VIVS gelten dürfte.⁵³ Ein öffentliches Anhörungsverfahren i.S.v. Art. 10 VIG muss dagegen weder bei Änderungen der Objektlisten noch der Objektumschreibungen durchgeführt werden; vielmehr genügt die in Art. 5 Abs. 2 NHG vorgeschriebene Anhörung der Kantone.⁵⁴

50) Vgl. dazu auch Dajcar, S. 62 f.

51) Vgl. dazu Abschnitt I/C/1/a.

52) Art. 3 VISOS; Art. 5 Abs. 2 VIVS; vgl. dazu auch Dajcar, S. 65.

53) Vgl. Gesetzgebungsleitfaden BJ, Modul Verordnung, Ziff. 7.1 und 7.2.

54) Vgl. Gesetzgebungsleitfaden BJ, Modul Verordnung, Ziff. 6.2, und als Beispiel den Antrag des EDI an den Bundesrat betreffend die Revision der VISOS vom November 2012.

b) Voraussetzungen einer Inventaränderung

Heikler ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein in Form einer Verordnung erlassenes Bundesinventar abgeändert werden darf bzw. muss. Generell-abstrakte Rechtsnormen können grundsätzlich jederzeit geändert werden. Die hier zur Diskussion stehenden Inventarverordnungen enthalten jedoch in den Anhängen bzw. durch Verweisung auf eine elektronische Datensammlung im Fall des IVS eine Liste von Schutzobjekten und deren Umschreibung. Hierbei handelt es sich um Rechtsinstitute, die nicht einfach einzuordnen sind. Am ehesten können sie mit Schutzverfügungen in der Form der Allgemeinverfügung oder allenfalls mit Raumplänen verglichen werden.⁵⁵ Sowohl Allgemeinverfügungen als auch Raumpläne können geändert werden, wie dies auch Art. 5 Abs. 2 NHG auch für die Bundesinventare ausdrücklich vorsieht. Schutzverfügungen im Bereich des Natur- und Heimatschutzes können mangels besonderer Vorschriften nach den Grundsätzen über den Widerruf von Verwaltungsakten geändert werden. Danach können Verwaltungsakte, die wegen wesentlicher Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse dem Gesetz nicht oder nicht mehr entsprechen, grundsätzlich widerrufen werden. Der Widerruf ist allerdings nur zulässig, wenn eine allgemeine Interessen- bzw. Wertabwägung ergibt, dass das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige an der Wahrung der Rechtssicherheit bzw. am Vertrauensschutz überwiegt. Dem Postulat der Rechtssicherheit kommt insbesondere dann erhöhte Bedeutung oder gar der Vorrang zu, wenn die frühere Verfügung ein subjektives Recht begründet hat, von der eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht worden ist oder die sich gegenüberstehenden Interessen in einem vorangegangenen Verfahren umfassend geprüft wurden. Dies trifft in der Regel bei Schutzverfügungen in Form der Allgemeinverfügung nicht zu. Das Bundesgericht lässt eine Änderung von Schutzverfügungen daher bei wesentlicher Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse zu, wobei blosse finanzielle Folgen einer Verfügung hierfür nicht genügen, soweit nicht eine eigentliche Notlage des Gemeinwesens besteht.⁵⁶ Auch Nutzungspläne, mit welchen die Zusammenstellungen und Umschreibungen von Schutzobjekten in Bundesinventaren nach Art. 5 NHG in gewissem Sinn verglichen werden können, sind bei erheblicher Änderung der Verhältnisse zu überprüfen und anzupassen.⁵⁷

Erforderlich für eine Änderung der Objektlisten und -umschreibungen der Bundesinventare ist daher eine wesentliche Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse. Solange die Rechtsgrundlagen für die Inventarisierung nicht ändern, dürften namentlich neue Erkenntnisse im Bereich des Natur- und Heimatschutzes⁵⁸ oder veränderte tatsächliche Verhältnisse die Zulässigkeit einer Inventaränderung begründen.⁵⁹ Allerdings kann die Verschlechterung von Inventarobjekten allein als Grund für eine Inventaränderung kaum herbeigezogen werden, da die Verletzung von Schutzpflichten nicht belohnt, sondern zunächst nötigenfalls die in den gesetzlichen Vorschriften vorgesehenen Verbesserungsmaßnahmen geprüft werden müssen.⁶⁰ Da die Inventare gemäss Art. 5 Abs. 2 NHG regelmässig zu überprüfen und zu bereinigen sind, sollten sie nach einer gewissen Zeit einer vollständigen Überprüfung (einer sog. Inventar-Revision) unterzogen werden, wie dies auch bei den Nutzungsplänen vorgesehen ist. Während bei den Nutzungsplänen, deren Bauzonen auf einen Horizont von 15 Jahren ausgerichtet sind, von einem entsprechenden Zeitraum ausgegangen wird, dürfte bei den Bundesinventaren eine Überprüfung und Bereinigung innert 25 bis 30 Jahren genügen, um der Entwicklung der wissenschaftlichen Erkenntnisse und der tatsächlichen Verhältnisse Rechnung zu tragen.⁶¹

55) Vgl. dazu Dajcar, S. 191, und Marti, Bundesinventare, S. 628, je m.w.H.

56) Bundesgerichtsurteil 1C_300/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3; Leitsätze publiziert in ZBI 2012, S. 680 ff. (mit Anmerkungen).

57) Vgl. Art. 21 Abs. 2 RPG.

58) Hierunter können gemäss Leimbacher, Komm. NHG, Art. 5 Rz. 26 auch neue Schutzprioritäten fallen.

59) Vgl. Marti, Bundesinventare, S. 641 f., und in diesem Sinne nun ausdrücklich Art. 5 Abs. 1 Satz 1 VIVS; vgl. dazu auch Leimbacher, Komm. NHG, Art. 5 Rz. 25 f., und Waldmann, S. 156 f. (Letzterer mit Hinweisen auch zur besonderen Situation bei den Moor- und Moorlandschaften von nationaler Bedeutung aufgrund des besonderen verfassungsmässigen Schutzes).

60) Vgl. dazu auch Marti, Bundesinventare, S. 642, und Dajcar, S. 85 f.

61) Vgl. nun ausdrücklich Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VIVS (vollständige Überprüfung innert 25 Jahren).

c) Antragsrecht für Inventaränderungen

Ein Antragsrecht für Inventaränderungen und -ergänzungen kommt einerseits aufgrund der verwaltungsinternen Zuständigkeit dem federführenden Departement bzw. Bundesamt und aufgrund der ausdrücklichen Vorschrift von Art. 5 Abs. 2 NHG auch dem betroffenen Kanton, nicht aber den einzelnen Gemeinden zu.⁶² Fraglich ist, inwieweit im Falle einer Inventar-Revision im Rahmen der Ämterkonsultation andere Bundesämter eine Ausweitung der Revision auf unveränderte Inventarelemente verlangen können.⁶³ Aufgrund der für das ISOS festgelegten wissenschaftlichen Methode der Erarbeitung muss jedenfalls verlangt werden, dass alle Änderungen des ISOS (Pläne, Listen, Perimeter, Bewertungen der einzelnen Elemente etc.) zunächst das wissenschaftliche Bewertungsverfahren durchlaufen.⁶⁴ Sofern auf Intervention eines andern Bundesamts hin die Bereinigung auf weitere Teile eines ISOS-Ortsbildes ausgedehnt werden soll, müsste somit zunächst eine Rückweisung des Geschäfts an den ISOS-Bewertungsausschuss erfolgen.

3. Rechtliches Gehör und Rechtsschutz im Inventarerlass- und -änderungsverfahren

a) Rechtliches Gehör

Die Bundesinventare nach Art. 5 NHG werden – wie dargestellt – in einem Rechtsetzungsverfahren als Verordnungen des Bundesrates erlassen.⁶⁵ Dementsprechend besteht für die betroffenen Grundeigentümer, aber auch für die betroffenen Gemeinden nach herrschender Auffassung kein Anspruch auf rechtliches Gehör im Zusammenhang mit dem Erlass oder der Änderung eines Bundesinventars, was deshalb nicht unproblematisch ist, weil der Einbezug in ein Bundesinventar bzw. die Festsetzung entsprechender Schutzzielsetzungen für die betroffenen Grundeigentümer und Gemeinden im Hinblick auf künftige Vorhaben durchaus von erheblicher Bedeutung sein kann.⁶⁶ Vor dem Erlass oder der Änderung von Bundesinventaren zwingend angehört werden muss jedoch aufgrund von Art. 5 NHG der betroffene Kanton. Insofern besteht ein Unterschied zu Sachplänen und Konzepten, für welche sich aus Art. 4 RPG die Pflicht ergibt, die Bevölkerung über entsprechende Planungsvorhaben zu informieren und ihr Gelegenheit zur Mitwirkung (durch Eingabe von Stellungnahmen) zu geben.

Immerhin muss jedoch beim Erlass eines neuen Inventars oder bei wichtigen Verordnungsänderungen (nicht aber bei blosser Änderung der Objektlisten und Objektschreibungen) ein öffentliches Anhörungsverfahren durchgeführt werden, in dessen Rahmen sich die betroffenen Privaten und Gemeinden ebenfalls äussern können⁶⁷, was aber – im Unterschied zum rechtlichen Gehör, jedoch entsprechend der Rechtslage bei der öffentlichen Mitwirkung nach Art. 4 RPG – nicht mit einem Anspruch auf materielle Behandlung der erhobenen Einwände verbunden ist.⁶⁸ Obwohl mangels Anwendbarkeit von Art. 4 RPG keine Pflicht zur öffentlichen Mitwirkung besteht und eine solche angesichts des primär wissenschaftlichen Charakters der Inventarisierung auch nicht unproblematisch wäre, stellt sich doch die Frage, ob namentlich zur Verbesserung der Akzeptanz der Bundesinventare nicht doch in jedem Fall eine Information der Bevölkerung vor dem Inventarerlass bzw. der Inkraftsetzung einer Inventaränderung erfolgen sollte.⁶⁹

62) Vgl. auch Leimbacher, Komm. NHG, Art. 5 Rz. 26.

63) Gemäss Auskunft von Sektionschef Oliver Martin wird vor der Auftragserteilung zur Überprüfung bestimmter Ortsbilder kein Ämterkonsultationsverfahren durchgeführt.

64) Vgl. dazu oben Abschnitt I/B/1.

65) Vgl. dazu oben Abschnitt I/C/1/a.

66) Vgl. zur Frage der Gehörswahrung im Rechtsetzungsverfahren Art. 29 Abs. 2 BV und dazu Steinmann, Komm. BV, Art. 29 Rz. 22; zur (nicht völlig klaren) Natur entsprechender Eigentumsbeschränkungen Marti, Bundesinventare, S. 632 f.; zur Problematik des erst nachträglichen Rechtsschutzes auch nachfolgend Abschnitt I/C/3/b. Eine Pflicht zur vorgängigen Anhörung der Grundeigentümer (durch die Kantone) besteht nach der Sondervorschrift von Art. 23 Abs. 3 Satz 2 NHG für das Moorlandschaftsinventar.

67) Vgl. dazu oben Abschnitt I/C/1/a, 2/a.

68) Vgl. dazu auch Muggli, Komm. RPG, Art. 4 Rz. 24 f.

69) Vgl. in diesem Sinne Marti, Bundesinventare, S. 640, Dajcar, S. 117 f., und nachfolgend die Antwort auf Frage 6.

b) Rechtsschutz

Als formelle Verordnungen des Bundesrats können die Bundesinventare bzw. deren Änderungen auch nicht direkt beim Bundesgericht angefochten werden.⁷⁰ Möglich ist jedoch eine akzessorische Prüfung in einem Anwendungsfall (in einem Plangenehmigungs- bzw. Baubewilligungsverfahren; eventuell in einem vorgängigen Nutzungsplanverfahren), zumal Bundesratsverordnungen nicht unter das Anwendungsgebot von Art. 190 BV fallen. Das Bundesgericht hat denn auch schon verschiedentlich eine entsprechende akzessorische Prüfung von Inventarverordnungen vorgenommen und hierbei vor allem zur Abgrenzung von Schutzgebieten Stellung genommen. Es hat hierbei allerdings stets betont, dem Bundesrat stehe bei der Abgrenzung der Schutzgebiete von Bundesinventaren ein Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu, in welchen das Gericht nicht ohne Not eingreife, wobei aber im Moor- und Moorlandschaftsschutz aufgrund des besonderen verfassungsmässigen Schutzes ein engerer Beurteilungsspielraum des Bundesrats bestehe. Das Gericht könne und müsse prüfen, ob dieser Beurteilungsspielraum dem Zweck des Gesetzes entsprechend und im Sinne des verfassungsmässigen Moor- und Moorlandschaftsschutzes wahrgenommen worden sei, und dürfe auch einschreiten, wenn der Bundesrat von einem falschen Sachverhalt ausgegangen sei. Dagegen dürfe es nicht eine vertretbare Abgrenzung einer Moorlandschaft durch eine andere ersetzen.⁷¹ Wie bereits erwähnt, gesteht das Bundesgericht dem Bundesrat demgegenüber im Bereich der Bundesinventare nach Art. 5 NHG, für welche im Gesetz selber keine ausformulierten Schutzkriterien bestehen, einen relativ weiten Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu, in welchen es bisher noch kaum je eingegriffen hat.⁷²

Die erst nachträgliche und von der Kognition her eingeschränkte gerichtliche Überprüfung der Inventarverordnungen hinsichtlich Auswahl und Abgrenzung der Schutzobjekte erscheint angesichts der Tragweite der entsprechenden Inventaranordnungen problematisch, ist aber systembedingt (keine Direktanfechtung von Bundesratsverordnungen) und hängt auch mit der offenen Umschreibung der Schutzobjekte zusammen, welche namentlich im Bereich des BLN und grundsätzlich auch des ISOS besteht und unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips nicht unproblematisch erscheint.⁷³ Hinsichtlich des Anfechtungsschutzes würde sich im Übrigen auch bei einer Behandlung der Bundesinventare als Konzepte oder Sachpläne des Bundes zumindest für private Betroffene keine grundlegende Änderung ergeben, da Konzepte und Sachpläne des Bundes aus anderen Gründen (wegen der blossen Behördenverbindlichkeit) jedenfalls von betroffenen Privaten und beschwerdebefugten ideellen Organisationen nicht direkt angefochten werden können.⁷⁴ Allenfalls können sich aber Kantone und Gemeinden, wenn sie in ihrem Autonomiebereich betroffen sind, gegen Konzepte und Sachpläne des Bundesrats mit öffentlich-rechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht wehren.⁷⁵ Den Kantonen steht überdies beim Erlass von Konzepten und Sachplänen das förmliche Bereinigungsverfahren nach Art. 12 RPG offen.⁷⁶

70) Art. 189 Abs. 4 BV; Art. 82 BGG (e contrario); vgl. dazu auch Dajcar, S. 120, und zur Rechtslage vor Inkrafttreten des BGG Marti, Bundesinventare, S. 643.

71) Vgl. aus der neuesten Zeit BGE 138 II 281 E. 5.4 (Zürcher Oberlandautobahn) m.w.H.; zur akzessorischen Überprüfung von Bundesinventaren auch Marti, Bundesinventare, S. 644 f., und Dajcar, S. 120 ff.

72) Vgl. dazu oben Abschnitt I/B/2 und dazu auch Marti, Bundesinventare, S. 644 f., sowie Dajcar, S. 121 ff., die für das IVS aber auf die massgebenden Legaldefinitionen in der VIVS verweist, welche Prüfungsinstanzen zu bilden hätten.

73) Vgl. dazu auch die Hinweise oben bei Anm. 26 ff.

74) Vgl. Bühlmann, Komm. RPG, Art. 13 Rz. 43; zur Rechtslage vor Inkrafttreten des BGG auch Marti, Bundesinventare, S. 643.

75) Vgl. dazu Bühlmann, Komm. RPG, Art. 13 Rz. 43.

76) Vgl. dazu bereits oben Abschnitt I/C/1/b.

Hieraus ergibt sich, dass die Behandlung der Bundesinventare als Sachpläne und Konzepte höchstens für Kantone und Gemeinden, nicht aber für private Betroffene eine Verbesserung im Rechtsschutz, namentlich eine frühzeitige Anfechtungsmöglichkeit ergeben würde. Eine abschliessende Klärung strittiger Schutz- bzw. Nutzungsfragen kann aber auch bei Konzepten und Sachplänen in dieser frühen Konkretisierungsstufe nicht erreicht werden, zumal insbesondere die betroffenen Grundeigentümer und beschwerdebefugte Natur- und Umweltorganisationen sich in diesen Verfahren noch nicht beteiligen, sondern erst in Nutzungsplanverfahren und konkreten Planungs- und Baubewilligungsverfahren Parteistellung erhalten können. Diese Rechtsschutzordnung lässt sich insoweit begründen, als lediglich behördenverbindliche Planungsakte wie Konzepte und Sachpläne keinen allgemeinverbindlichen Entscheid über eine raumwirksame Aufgabe darstellen, sondern allein die räumlichen öffentlichen Interessen daran benennen, ohne sich zu den privaten und den übrigen öffentlichen Interessen zu äussern, die für die betreffende Aufgabe ebenfalls zu berücksichtigen sind.⁷⁷

D. Das ISOS als Bundesinventar nach Art. 5 NHG

Das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS) ist ein Bundesinventar i.S.v. Art. 5 NHG, welches der Bundesrat durch den Erlass der VISOS am 9. September 1981 geschaffen hat. Die generell-abstrakten Normen der VISOS sind bisher nur einmal geändert worden (Einfügung von Art. 4a [Berücksichtigungspflicht bei der kantonalen Aufgabenerfüllung] mit dem Erlass der VIVS am 14. April 2010).⁷⁸ Die Objektliste im Anhang der VISOS ist inzwischen aber verschiedentlich ergänzt, geändert und bereinigt worden,⁷⁹ zuletzt durch die Änderung vom 7. November 2012, welche auf den 1. Dezember 2012 in Kraft trat.⁸⁰

Das ISOS umfasst heute (Stand 1. Dezember 2012) 1282 Ortsbilder von nationaler Bedeutung – in der Regel Dauersiedlungen mit mindestens 10 Hauptbauten, die auf der Siegfriedkarte vermerkt und auf der Landeskarte mit Ortsbezeichnungen versehen sind. Sämtliche im ISOS aufgenommenen Ortsbilder wurden im kantonalen und regionalen Vergleich durch Vertreter von Bund, Kantonen und durch Mitglieder des sog. ISOS-Bewertungsausschusses – ein von Fachleuten zusammengesetztes Gremium – geprüft und je nach Siedlungsgattung (Stadt, Kleinstadt/Flecken, verstädtertes Dorf, Dorf, Weiler, Spezialfall) bewertet. Für die nationale Bedeutung des Ortsbildes sind topografische, räumliche und architekturhistorische Qualitäten ausschlaggebend: Das ISOS beurteilt die Ortsbilder in ihrer Gesamtheit bzw. nicht aufgrund der Qualität von einzelnen Bauten, sondern nach dem Verhältnis der Bauten untereinander sowie der Qualität der Räume zwischen den Häusern (Plätze und Strassen, Gärten und Parkanlagen) und dem Verhältnis der Bebauung zur Nah- und Fernumgebung.⁸¹ Zu beachten ist, dass das Bundesinventar durch die Listen der Ortsbilder von regionaler und lokaler Bedeutung ergänzt wird. Diese Ortsbilder wurden im Rahmen der Erstinventarisierung anhand der ISOS-Methode aufgenommen. Sie sind nicht Teil des Bundesinventars und entfalten dementsprechend keine Rechtswirkungen im Sinne des NHG.⁸²

78) AS 2010, S. 1593 ff.

79) Vgl. dazu die Hinweise in der Fussnote zum Anhang der VISOS.

80) AS 2012, S. 6081 ff.; vgl. dazu auch Medienmitteilung des Bundesrats vom 7. November 2012.

81) Vgl. dazu ISOS in Kürze und Empfehlung ARE/ASTRA/BAFU/BAK, S. 12.

82) Siehe ISOS in Kürze; Empfehlung ARE/ASTRA/BAFU/BAK, S. 12.

Das ISOS geht vom heutigen Baubestand aus und ist eine Momentaufnahme in einem Entwicklungsprozess. Bei der Inventarisierung werden die Ortsbilder in Ortsteile (Gebiete, Baugruppen, Umgebungszonen und Umgebungsrichtlinien) aufgeschlüsselt. Jedem Ortsteil wird ein Erhaltungsziel zugeteilt (Erhalten der Substanz, der Struktur oder des Charakters für die bebauten Gebiete und Erhalten der Beschaffenheit der Eigenschaften für die Umgebungen). Das Erhaltungsziel soll Vorschläge zum Bewahren und Gestalten verbinden. Die Umsetzung der Erhaltungsziele soll sicherstellen, dass die wertvollen Eigenheiten des Ortsbildes – und damit seine nationale Bedeutung – ungeschmälert bleiben. Zusätzlich zu den Erhaltungszielen bietet das Bundesinventar Anregungen zu einer nachhaltigen Planung, um den Erhalt des baulichen Erbes und die besondere Qualität der Siedlungen für die Zukunft zu gewährleisten.⁸³ Anzahl, Umfang und Forderung nach Vergleichbarkeit der Ortsbilder haben im Übrigen dazu geführt, dass das ISOS ausschliesslich die äusseren Erscheinungsmerkmale der Bebauung erfassen kann. Das Bundesinventar berücksichtigt keine nutzungsmässigen, ökonomischen, soziologischen oder politischen Gesichtspunkte, ausser wenn sich diese Aspekte baulich eindeutig im Siedlungsbild niedergeschlagen haben. Auch Zonenpläne werden vernachlässigt; unterschiedlicher Stand, voneinander abweichende kantonale Gesetzgebungen und ungleiche Gültigkeitsdauer hätten gesamtschweizerische ein verfälschtes Bild ergeben.⁸⁴

Das Bundesinventar wurde bisher in 22 Kantonen überprüft, bereinigt und schliesslich in Buchform publiziert.⁸⁵ Seit Februar 2012 ist das ISOS auch als georeferenziertes Punktinventar auf www.geo.admin.ch zugänglich. Die detaillierten Angaben zu jedem Ortsbild sind auf der Webseite als PDF erhältlich. Vorgesehen ist eine halbjährlich erfolgende Aktualisierung.⁸⁶ Hinsichtlich der Aufnahme der Ortsbilder hat sich 2010 eine Änderung ergeben. Am 31. März 2010 wurde das Büro für das ISOS, welches unter der Leitung von Sibylle Heusser seit 1973 für die Erstellung des Inventars beauftragt war, aufgelöst. Seit dem 1. April 2010 liegt die Gesamtleitung beim BAK, Sektion Heimatschutz und Denkmalpflege. Die technische Erarbeitung des ISOS hat die Firma «inventare.ch GmbH» übernommen, wobei Sibylle Heusser das BAK weiterhin im Rahmen eines Beratermandats unterstützt.⁸⁷ Das BAK erstellt im Übrigen zur Zeit in Zusammenarbeit mit einer Arbeitsgruppe eine neue Aufnahme- und Darstellungsmethode, welche im Rahmen der nächsten Überprüfung des Bundesinventars ab 2014 angewandt werden soll (Projekt ISOS II).⁸⁸

83) Vgl. dazu ISOS in Kürze und Empfehlung ARE/ASTRA/BAFU/BAK, S. 12 f.

84) Vgl. ISOS in Kürze sowie «Die 4 Grundregeln» und «Die 18 Kernsätze», abrufbar unter www.bak.admin.ch/isos.

85) Vgl. «Die ISOS-Bände: Ortsbilder von nationaler Bedeutung» (abrufbar unter www.bak.admin.ch/isos).

86) Vgl. dazu die Medienmitteilung des BAK vom 21. Februar 2012.

87) Vgl. ISOS: Rückblick 2010, abrufbar unter www.bak.admin.ch/isos.

88) Vgl. ISOS: Rückblick 2011, abrufbar unter www.bak.admin.ch/isos.

II. Beantwortung der gestellten Fragen

Frage 1: *Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird dem ISOS der Charakter eines Bundeskonzepts zugesprochen. Das Verfahren zur Erarbeitung und Inkraftsetzung des ISOS ist jedoch nach Art. 5 NHG geregelt, und weicht von dem der Konzepte und Sachpläne gemäss RPG und RPV ab. Macht der Konzeptcharakter des ISOS, und namentlich die Pflicht zur Berücksichtigung des ISOS in der kantonalen Richtplanung (Art. 4a VISOS) und in der kommunalen Nutzungsplanung (BGE Rüti) eine Anpassung des Verfahrens gemäss Art. 5 NHG nötig oder wird das bestehende Verfahren dem spezifischen (Konzept-)Charakter des ISOS bereits gerecht?*

Wie in Abschnitt I/A/3 dargelegt, hat das Bundesgericht im Grundsatzentscheid Rüti lediglich hinsichtlich der bisher umstrittenen Rechtswirkungen der Bundesinventare nach Art. 5 NHG im Bereich der kantonalen und kommunalen Aufgabenerfüllung ausgeführt, die entsprechenden Bundesinventare kämen ihrer Natur nach Sachplänen und Konzepten im Sinne von Art. 13 RPG gleich, weshalb sie als besondere Form von Konzepten und Sachplänen aufgrund von Art. 6 Abs. 4 RPG in den Grundlagen der kantonalen Richtpläne und – als Folge der Behördenverbindlichkeit der Richtpläne – auch in den Nutzungsplanungen zu berücksichtigen seien.⁸⁹ Das Bundesgericht hat sich in diesem Entscheid aber weder zum erforderlichen Inhalt noch zum Erlassverfahren für Bundesinventare geäußert, welche im NHG anders geregelt sind als für Sachpläne und Konzepte nach Art. 13 RPG. Es ist denn auch in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass die inhaltlichen und prozeduralen Vorschriften über Sachpläne und Konzepte (Art. 13 RPG, Art. 14–23 RPV sowie allgemeine Grundsätze des RPG) auf die Bundesinventare nach Art. 5 NHG grundsätzlich keine Anwendung finden bzw. allenfalls höchstens insoweit sinngemäss angewendet werden können, als das NHG und die Inventarverordnungen keine abweichenden Regelungen enthalten. Aus Art. 5 NHG und den gestützt darauf erlassenen Inventarverordnungen ergeben sich aber sowohl für den Erlass als auch für den Inhalt der Bundesinventare wesentliche Unterschiede gegenüber Sachplänen und Konzepten. Die Bundesinventare werden durch Verordnungen erlassen und die Auswahl und Abgrenzung der Schutzobjekte und die Bestimmung der Schutzziele ergibt sich nicht nach der Methode der planerischen Interessenabwägung, sondern durch Inventarisierung nach einer wissenschaftlichen Methode. Es bestehen daher sowohl hinsichtlich des Erlassverfahrens als auch des Inhalts wesentliche Unterschiede zu Sachplänen und Konzepten nach Art. 13 RPG, welche insoweit auch eine sinngemässe Anwendung der Vorschriften über Sachpläne und Konzepte ausschliessen. Wie in Abschnitt I/A/3 dargelegt, würde man denn auch besser nur von einer blossen Sachplan- oder Konzeptähnlichkeit der Bundesinventare nach Art. 5 NHG sprechen.

Auch aus der vom Bundesgericht im Urteil Rüti bestätigten Berücksichtigungspflicht der Bundesinventare nach Art. 5 NHG in der kantonalen Richtplanung und in der kommunalen Nutzungsplanung ergibt sich nichts anderes, zumal diese nun feststehende Berücksichtigungspflicht am gesetzlich vorgegebenen Charakter der Bundesinventare nicht zu ändern vermag. Die planerische Berücksichtigungspflicht setzt nicht voraus, dass die Bundesinventare in einem Planungsverfahren erlassen werden bzw. bereits auf einer planerischen Interessenabwägung beruhen. Es kann in diesem Zusammenhang auch darauf verwiesen werden, dass die Bundesinventare nach Art. 18a und Art. 23a ff. NHG (Biotop-, Moor- und Moorlandschaftsschutzinventare) im selben Verfahren (Erlass von Schutz- bzw. Inventarverordnungen) und nach denselben Grundsätzen (Inventarisierung nach einer wissenschaftlichen Methode; ohne Interessenabwägung) geschaffen wurden wie die Bundesinventare nach Art. 5 NHG. Als auch bei der kantonalen und kommunalen Aufgabenerfüllung direkt anwendbare Inventar- bzw. Schutzverordnungen müssen die Biotop-, Moor- und Moorlandschaftsschutzinventare der kantonalen Richt- und Nutzungsplanung sodann sogar vorbehaltlos zugrundegelegt werden (keine blosse Berücksichtigungspflicht wie bei den Bundesinventaren nach Art. 5 NHG).⁹⁰

Die Durchführung einer umfassenden planerischen Interessenabwägung bereits im Stadium der Inventarisierung, namentlich eine Interessenabwägung zwischen Schutz- und entgegenstehenden Nutzungsinteressen, würde im Übrigen – abgesehen von der fehlenden gesetzlichen Grundlage – das Schutzkonzept des NHG, welches von einer entsprechenden Interessenabwägung erst im Rahmen nachfolgender Planungs- und Bewilligungsverfahren ausgeht, grundsätzlich in Frage stellen. Insbesondere wäre der besondere Schutz der Schutzobjekte von nationaler Bedeutung nicht mehr gewährleistet, da dieser voraussetzt, dass das betreffende Objekt bereits in ein Bundesinventar aufgenommen worden ist.⁹¹ Hinzu kommt, dass eine Abwägung von Schutz- und Nutzungsinteressen bereits im Stadium der Inventarisierung die Realisierung von Nutzungsvorhaben von nationaler Bedeutung kaum erleichtern würde. Dies würde vielmehr insofern eine unnötige Doppelspurigkeit und eine Komplizierung darstellen, als damit neben der Sachplan-Ebene ein weiteres aufwändiges Verfahren eingeführt würde, in welchem im Hinblick auf die Erfüllung raumwirksamer Aufgaben planerische Interessenabwägungen durchgeführt werden müssten, wobei aber mangels Einbezug der betroffenen Privaten und der beschwerdebefugten Natur- und Umweltschutzorganisationen sowohl im Sachplan- als auch im Inventarisierungsverfahren trotzdem erst in den nachfolgenden Planungs- und Bewilligungsverfahren eine abschliessende Klärung der entgegenstehenden Interessen herbeigeführt werden könnte.⁹² Erfolgsversprechender dürfte es daher sein, der Abwägung von Schutz- und Nutzungsinteressen insbesondere auch im Hinblick auf Nutzungsvorhaben von nationaler Bedeutung im Rahmen der Sachplanung des Bundes und der Genehmigung der kantonalen Richtpläne durch den Bundesrat mehr Beachtung zu schenken und Widersprüche und Unklarheiten zwischen dem Bundesinventarschutz und entsprechenden Nutzungsvorhaben nach Möglichkeit bereits in dieser Planungsstufe nach Massgabe der Vorschrift von Art. 6 NHG auszuräumen bzw. zu bereinigen, wie dies die Lehre und neuerdings auch das vom BAFU in Auftrag gegebene Gutachten Tschannen/Mösching zur nationalen Bedeutung von Aufgaben- und Eingriffsinteressen bei der Anwendung des NHG empfiehlt.⁹³

90) Vgl. dazu auch Waldmann/Hänni, Art. 6 Rz. 34 a.E.

91) Vgl. dazu auch oben bei Anm. 31.

92) Vgl. dazu auch oben Abschnitt I/C/3/b.

93) Vgl. Dajcar, S. 174 f., 179 und neuerdings insbesondere Tschannen/Mösching, S. 41 ff.

Hieraus ergibt sich, dass das bisherige Inventarisierungsverfahren nach Art. 5 NHG bzw. nach den massgebenden Inventarverordnungen den Anforderungen der bestehenden Gesetzgebung auch unter Berücksichtigung des Bundesgerichtsentscheids Rüti weiterhin genügt bzw. entspricht und grundsätzlich nicht geändert werden muss. Vielmehr würde eine Änderung des Inventarisierungsverfahrens und insbesondere eine Übernahme der für die Erarbeitung von Sachplänen und Konzepten massgebenden Grundsätze – wie sie mit den erwähnten parlamentarischen Vorstössen angestrebt wird – grundsätzlich eine Gesetzes- und Systemänderung hinsichtlich des NHG-Schutzes und anschliessend eine Totalrevision der bestehenden Inventarverordnungen bzw. der zugehörigen Objektlisten und-umschreibungen erfordern.⁹⁴ Denkbar und allenfalls empfehlenswert sind daher lediglich untergeordnete Änderungen am bisherigen Verfahren im Rahmen der bestehenden Vorschriften, welche eine Berücksichtigung wichtiger Nutzungsvorhaben im Rahmen der Inventarisierung ermöglichen, soweit dies rechtlich zulässig ist.⁹⁵ Entsprechende Vorschläge werden bei der Beantwortung der nachstehenden Fragen gemacht.

Frage 2: *Auf welche Weise muss das BAK bei der Erstellung des ISOS (Eingrenzung der Perimeter, Formulierung der Erhaltungsziele etc.) andere, bereits festgelegte Planungsinstrumente berücksichtigen, namentlich Sachpläne des Bundes (z.B. Sachplan Übertragungsleitungen, Sachplan Verkehr) und vom Bund genehmigte kantonale Richtpläne?*

Wie bereits dargelegt⁹⁶ müssen bzw. dürfen auch bereits festgesetzte Planungsinstrumente wie namentlich Sachpläne des Bundes oder vom Bundesrat genehmigte kantonale Richtpläne bei der ISOS-Inventarisierung nicht als einer Inventarisierung entgegenstehende Planungen berücksichtigt werden, da diese Inventarisierung nach einheitlichen wissenschaftlichen Kriterien (ohne Einbezug von nutzungsmässigen, ökonomischen oder politischen Aspekten) erfolgt und die Interessenabwägung zwischen entgegenstehenden Schutz- und Nutzungsinteressen grundsätzlich nicht im Inventarisierungsverfahren, sondern im Sachplan- oder Richtplanverfahren selber und in nachfolgenden Planungs- und Bewilligungsverfahren erfolgen muss, wo für die entsprechenden Abwägungen auch ausdrücklich geregelte Verfahren mit besonderen Begutachtungsvorschriften bestehen.⁹⁷ Da bei der Auswahl der Objekte und insbesondere bei der Abgrenzung der Schutzobjekte und der Formulierung von Schutzziele jedoch ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum besteht, kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die betroffenen Bundesämter oder Kantone im Hinblick auf Sachplan- bzw. Richtplanvorhaben im Inventarisierungsverfahren auch entsprechend Einfluss nehmen wollen, wie dies in der Praxis auch geschieht.⁹⁸ Hierfür genügt jedoch grundsätzlich das Ämterkonsultationsverfahren bzw. die vorgeschriebene Anhörung der Kantone. Dies setzt allerdings voraus, dass den betreffenden Bundesämtern bzw. den Kantonen im Hinblick auf diese Äusserungsmöglichkeit zumindest auf Wunsch hin nicht nur der formelle Text des Verordnungs- bzw. Verordnungs-Änderungsantrags, sondern auch die Detailaufnahme und Bewertung der einzelnen Schutzobjekte zur Verfügung gestellt wird. Der bei der Inventarfestsetzung bzw. -änderung bestehende Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum kann nicht abstrakt umschrieben werden, sondern muss zusammen mit den Bewertungsfachleuten sowie den Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeitern des BAK konkretisiert werden.⁹⁹

94) Vgl. dazu insbesondere Abschnitt I/B/2.

95) Vgl. zu diesem engen Spielraum auch oben bei Anm. 32.

96) Vgl. dazu auch oben Abschnitt I/B/2.

97) Vgl. dazu auch oben Abschnitt I/A/2.

98) Vgl. dazu Ziff. 3 der Antwort des Bundesrats auf die Interpellation Bischof (oben Anm. 1) sowie die kritischen Hinweise bei Dajcar, S. 68 ff., 98 ff.

99) Vgl. zu den wenigen Anhaltspunkten aus Lehre und Rechtsprechung oben Abschnitt I/C/2.

Das vorgeschlagene Vorgehen wird zwar die Erlass- und Bereinigungsverfahren verzögern und tendenziell erschweren, doch muss dies m. E. in Anbetracht der namentlich auch durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts gestiegenen Bedeutung des ISOS für die Rechtsanwendung in Kauf genommen werden. Da aufgrund der tendenziell zunehmenden Konflikte zwischen Schutz- und Nutzungsinteressen vermehrt mit Differenzen zwischen den Bundesstellen und mit den Kantonen zu rechnen ist, sollte eventuell ein informelles Bereinigungsverfahren geschaffen werden, dessen Leitung aufgrund der Sachzuständigkeit beim EDI liegen sollte. Allenfalls könnte es sinnvoll sein, bereits den Auftrag zu einer Überprüfung bestimmter Ortsbilder einer Ämterkonsultation zu unterziehen mit der Aufforderung, heikle Bereiche zu nennen, die aus Sicht der betreffenden Bundesämter besonders zu prüfen sind. Ähnlich könnte auch gegenüber den Kantonen vorgegangen werden, die gemäss Art 5 Abs. 2 NHG ohnehin das Recht haben, eine Überprüfung des Inventars zu verlangen. Der Bewertungsausschuss könnte sich dann bereits im Rahmen der Neubewertung mit entsprechenden Anträgen befassen und diese in seine Beurteilung einbeziehen, womit spätere Auseinandersetzungen eventuell vermieden oder jedenfalls erleichtert werden könnten, indem eine Fachstellungnahme «en connaissance de cause» dann bei Abschluss der Neubewertung bereits vorliegen würde.

Frage 3: *Stehen seit der letzten Inkraftsetzung unveränderte Elemente (Aufnahmepläne), die in einer Bereinigung neben veränderten Elementen enthalten sind, bei der Inkraftsetzung der Bereinigung auch zur Diskussion?*

Gemäss Art. 5 Abs. 2 NHG sind die in diesem Artikel geregelten Bundesinventare regelmässig zu überprüfen und zu bereinigen. Ein Anspruch auf Änderung des Inventars bzw. der Umschreibung eines Ortsbildes und der zugehörigen Schutzzielsetzungen besteht grundsätzlich nur dann, wenn neue Erkenntnisse im Bereich des Natur- und Heimatschutzes oder veränderte tatsächliche Verhältnisse vorliegen, was von Amtes wegen spätestens nach einem Zeitraum von 25 bis 30 Jahren zu prüfen ist (sog. Inventar-Revision). Ein Antragsrecht auf eine entsprechende Inventaränderung bzw. die vorgängige Inventarüberprüfung steht grundsätzlich dem federführenden Departement bzw. Bundesamt und dem betroffenen Kanton, nicht aber weiteren Stellen und Personen zu.¹⁰⁰ Da aber für Inventaränderungen nach der hier vertretenen Auffassung immer – also auch bei blosser Neuumschreibungen veränderter Objekte ohne Änderung der Objektliste, für welche das Departement zuständig ist¹⁰¹ – eine Ämterkonsultation durchgeführt werden muss,¹⁰² kann nicht ausgeschlossen werden, dass im Rahmen dieser Ämterkonsultation eine Ausdehnung der Überprüfung und Bereinigung auch auf nicht in die Änderung einbezogene Elemente verlangt wird. Allerdings müssten für einen entsprechenden Einbezug bzw. eine Änderung von Umschreibung und Schutzzielsetzung bei solchen Elementen ebenfalls neue Erkenntnisse im Bereich des Natur- und Heimatschutzes oder veränderte tatsächliche Verhältnisse geltend gemacht werden können. Blosser neue Sachplan- oder Richtplanvorhaben vermögen hierfür grundsätzlich nicht zu genügen, da solche Planungsakte bei der Inventarisierung – wie erwähnt – im Prinzip nicht berücksichtigt werden müssen. Ein Einbezug weiterer Ortsbildelemente ist daher grundsätzlich nur möglich, wenn die allgemeinen Revisionsgründe vorliegen.¹⁰³ Sodann verlangt ein Einbezug zusätzlicher Elemente in die Inventaränderung ebenfalls eine vorgängige wissenschaftliche Neubewertung, weshalb das Geschäft gegebenenfalls an den Bewertungsausschuss zurückgewiesen werden muss.¹⁰⁴ Auch dies könnte vermieden werden, wenn bereits im Hinblick auf die Erteilung eines Auftrags zur Überprüfung eines Ortsbildes eine Ämterkonsultation und eine Anhörung des betroffenen Kantons durchgeführt würde, wie dies in der Beantwortung der Frage 2 empfohlen wurde.

100) Vgl. dazu oben I/C/2.

101) Art. 3 Satz 1 VISOS.

102) Vgl. dazu oben bei Anm. 53.

103) Vgl. dazu oben Abschnitt I/C/2/b.

104) Vgl. dazu auch oben Abschnitt I/C/2/c.

Frage 4: *Müssen bei der Erstellung des ISOS die zukünftigen (noch nicht in Sach- und Richtplänen festgelegten) Nutzungsinteressen anderer Sektorialpolitiken des Bundes (und der Kantone) berücksichtigt werden?*

Wie bereits erwähnt (vgl. Antworten auf Frage 1 und 2) müssen bzw. dürfen auch bereits festgesetzte Planungsinstrumente (Sachpläne des Bundes, kantonale Richtpläne, kommunale Zonenpläne) bei der ISOS-Inventarisierung grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Umso weniger besteht eine Pflicht, zukünftige, noch nicht in Sach- oder Richtplänen festgesetzte Nutzungsinteressen anderer Sektorialpolitiken des Bundes oder der Kantone zu berücksichtigen. Hingegen kann es den am Ämterkonsultationsverfahren mitwirkenden Bundesämtern und den anzuhörenden Kantonen nicht verwehrt werden, im Rahmen der entsprechenden Verfahren planerisch noch nicht festgesetzte zukünftige Nutzungsinteressen geltend zu machen und im Hinblick darauf auf eine Ausnutzung des bestehenden Ermessens- und Beurteilungsspielraums hinzuwirken. Allerdings wird entsprechenden noch unbestimmten Nutzungsinteressen in der Bewertung und Differenzbereinigung betreffend die einzelnen Schutzobjekte und deren Umschreibung bedeutend weniger Gewicht zukommen als den in den erwähnten Planungsakten bereits festgesetzten Nutzungsvorhaben. Insbesondere bezüglich solcher zukünftiger Vorhaben ist auf die nötige sorgfältige Interessenabwägung in den noch zu schaffenden bzw. zu revidierenden Sach- und Richtplänen hinzuweisen, welche – wie bei der Beantwortung der Frage 1 dargelegt – die geeigneten Verfahren darstellen, in welchen die Verwirklichung der Sektorialpolitiken optimiert werden kann.

Frage 5: *Würde eine Bereinigung aller Nutzungsinteressen mit Kantonen, Gemeinden und Bundesstellen bereits im Rahmen der ISOS-Erstellung den Zweck des Bundesinventars nicht ad absurdum führen und – da dieses dann effektiv behördenverbindlichen Sachplancharakter erhalten würde – in unzulässiger Weise in die Raumordnungskompetenz der Kantone/Gemeinden eingreifen, ja geradezu zu einer Bundesnutzungsplanung führen?*

Wie mehrfach dargelegt, wäre eine umfassende planerische Interessenabwägung bereits bei der Erstellung bzw. Änderung des ISOS-Inventars mit den bestehenden gesetzlichen Vorschriften und dem geltenden NHG-Schutzkonzept nicht vereinbar und würde überdies zu einer unnötigen Komplizierung und zu Doppelspurigkeiten im Rahmen der koordinierten Rechtsanwendung im Bereich des Bau-, Planungs- und Umweltrechts führen. Insbesondere würde sich eine Doppelprüfung der Schutz- und Nutzungsinteressen sowohl im Rahmen der ISOS-Inventarisierung als auch des massgebenden Sachplanverfahrens ergeben, was unnötigen Aufwand und die Gefahr neuer Widersprüche und Konflikte ergeben würde. Dadurch würden die nachfolgenden Planungs- und Bewilligungsverfahren, in welchen nach dem geltenden Rechtssystem (Ausschluss der Beschwerderechte Privater und ideeller Organisationen im Sachplan- und Richtplanverfahren) erst eine abschliessende Klärung der entgegenstehenden Interessen erreicht werden kann, nicht erleichtert, sondern tendenziell eher erschwert. Soweit sich ein Einbezug auf Sachpläne des Bundes beschränken würde, läge allerdings keine unzulässige Kompetenzanmassung des Bundes vor, da Sachpläne ja nur in Bereichen mit entsprechender Gesetzgebungskompetenz des Bundes möglich sind, in deren Rahmen auch unbestreitbar die Vorschriften der Art. 2 ff. NHG zu berücksichtigen sind. Soweit aber im Rahmen der ISOS-Inventarisierung auch im Bereich von kantonalen Richtplanvorhaben eine umfassende planerische Interessenabwägung erfolgen müsste, würde dies für entsprechende Richtplanvorhaben im Ergebnis tatsächlich auf eine weitgehende Bundesplanung hinauslaufen, welche allerdings insofern auch nur

vorläufigen Charakter hätte, als eine definitive und umfassende Interessenabwägung aufgrund des Rechtsschutzsystems weiterhin erst in den nachfolgenden Nutzungsplan- und Bewilligungsverfahren möglich wäre.

Frage 6: *Wie ist die rechtliche Situation dritter Grundeigentümer zu beurteilen, die unter Umständen durch das ISOS indirekt berührt werden, denen aber kein rechtliches Gehör oder Rekursmöglichkeit gegen die Inkraftsetzung (z. B. eines «Spezialfalls» wie die Chemiefabrik Uetikon) zugebilligt wird?*

Angesichts der heute für die Rechtsanwendung zunehmenden Bedeutung des ISOS ist die Rechtsstellung betroffener Grundeigentümer, aber auch von interessierten Nachbarn, welchen im Inventarerlassverfahren kein Mitwirkungsrecht und insbesondere kein rechtliches Gehör sowie kein Anfechtungsrecht zusteht, nicht unproblematisch. Diese Rechtslage ergibt sich jedoch aus dem bestehenden Rechtssystem (kein direktes Anfechtungsrecht gegenüber Bundesratsverordnungen) und wäre bei Anwendung der Regeln über Sachpläne und Konzepte insofern nicht besser, als dort zwar im Rahmen der öffentlichen Mitwirkung eine Äusserungsmöglichkeit, aber ebenfalls kein eigentliches rechtliches Gehör und kein Anfechtungsrecht besteht. Die heutige Rechtslage ist insofern sachlich begründbar, als jedenfalls sowohl im Rahmen des bisherigen Inventarisierungsverfahrens als auch bei Anwendung der für Sachpläne und Konzepte geltenden Vorschriften in dieser frühen Umsetzungsstufe keine bzw. keine abschliessende Abwägung der entgegenstehenden Interessen erfolgt, obwohl eine gewisse Präjudizierung strittiger Schutz- bzw. Nutzungsfragen durch die Bundesinventare bzw. Sachpläne und Konzepte unbestreitbar ist. Eine gewisse Verbesserung könnte in dieser schwierigen Situation allenfalls dadurch gefunden, dass die Bevölkerung freiwillig bereits vor dem Inventarerlass bzw. der Inventaränderung über die vorgesehene Inventarisierung informiert und insbesondere mit stark betroffenen Grundeigentümern auch bereits im Rahmen der Inventarisierung das Gespräch gesucht würde.¹⁰⁵

Mit freundlichen Grüssen

Der Gutachter:

Prof. Dr. Arnold Marti

Literaturverzeichnis

Aemisegger Heinz/Kuttler Alfred (bis 1999) /Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (ab 2007) (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich/Basel/Genf 1999/2009/2010 (zit. Autor, Komm. RPG)

Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden (abrufbar unter www.gl.admin.ch; zuletzt besucht am 25. Februar 2013) (zit. Gesetzgebungsleitfaden BJ)

Bundesamt für Kultur, Das ISOS in Kürze, Aktualisierung vom 20. Dezember 2012 (abrufbar unter www.bak.admin.ch/isos) (zit. ISOS in Kürze)

Bundesamt für Raumentwicklung/Bundesamt für Strassen/Bundesamt für Umwelt/Bundesamt für Kultur (Hrsg.), Empfehlung zu Berücksichtigung der Bundesinventare nach Art. 5 NHG in der Richt- und Nutzungsplanung, Bern November 2012 (zit. Empfehlung ARE/ASTRA/BAFU/BAK)

Dajcar Nina, Natur- und Heimatschutz-Inventare des Bundes, Diss. Zürich 2011 (zit. Dajcar)

Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008 (zit. Autor, Komm BV)

Häfelin Ulrich/ Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2010 (zit. Häfelin/Müller/Uhlmann)

Hänni Peter, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Auflage, Bern 2008 (zit. Hänni)

Heusser-Keller Sibylle, Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS), EDI, Bern 1981 (zit. Heusser-Keller)

Jud Barbara, Bundesinventare nach Art. 5 NHG und ihre Tragweite für Bund, Kantone und Gemeinden, Raum & Umwelt Nr. 1/2011, S. 1 ff. (zit. Jud)

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

Leimbacher Jörg, Zur Bedeutung des Bundesgerichtsentscheids Rüti (BGE 135 II 209) für das ISOS und das IVS, Rechtsgutachten zuhanden des BAK und des ASTRA, Bern Oktober 2012 (zit. Leimbacher, Rechtsgutachten)

Derselbe, Bundesinventare: Die Bedeutung der Natur- und Landschaftsschutzinventare des Bundes und ihre Umsetzung in der Raumplanung, 3. Auflage, Bern 2000 (zit. Leimbacher, Bundesinventare)

Marti Arnold, Bundesinventare – eigenständige Schutz- und Planungsinstrumente des Natur- und Heimatschutzrechts, URP 2005, S. 619 ff. (zit. Marti, Bundesinventare)

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

Rausch Heribert/Marti Arnold/Griffel Alain, Umweltrecht – Ein Lehrbuch, Zürich/Basel/Genf 2004 (zit. Rausch/Marti/Griffel)

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 (zit. Tschannen/Mösching)

Waldmann Bernhard, Der Schutz von Mooren und Moorlandschaften, Diss. Freiburg 1997 (zit. Waldmann)

Waldmann Bernhard/Hänni Peter, Raumplanungsgesetz/Handkommentar, Bern 2006 (zit. Waldmann/Hänni)