

Eidgenössisches Departement des Innern EDI Département fédéral de l'intérieur DFI Dipartimento federale dell'interno DFI Departament federal da l'intern DFI Bundesamt für Kultur BAK Office fédéral de la culture OFC Ufficio federale della cultura UFC Uffizi federal da cultura UFC

Gewässerschutz und Ortsbildschutz nach ISOS Rechtsgutachten

Arnold Marti, Dr. jur., Titularprofessor an der Universität Zürich mit einem Beitrag von

Hans. W. Stutz, Dr. iur., STUTZ Umweltrecht

ARNOLD MARTI ADVOKATUR UND BERATUNG

Fernsichtstrasse 5 CH-8200 Schaffhausen Tel: +41 52 624 18 10

E-Mail: martiberatung@bluewin.ch

Bundesamt für Kultur Hallwylstrasse 15 3003 Bern

Schaffhausen, 30. Mai 2024

Rechtsgutachten «Gewässerschutz und Ortsbildschutz nach ISOS»

Inhaltsübersicht (ein detailliertes Inhaltsverzeichnis findet sich in Anhang 3):

Einleitung (S. 2 ff.)

- I. Rechtliche Grundlagen des Gewässerschutzrechts und des Natur- und Heimatschutz-rechts (S. 3 ff.)
- II. Grundlage, Sinn und Zweck der Unterscheidung Bundesaufgabe/kantonale Aufgabenerfüllung beim Ortsbildschutz; Auswirkungen und Abgrenzungen (S. 23 ff.)
- III. Unterschiedliche Art der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem ISOS-Ortsbildschutz bei Bundesaufgaben bzw. bei kantonaler Aufgabenerfüllung (S. 32 ff.)
- IV. Als Bundesaufgabe in Frage kommende Gewässerschutzbewilligungen (S. 52 ff.)
- V. Anwendungsfragen im Zusammenhang mit Gewässerschutzbewilligungen nach Art. 19 Abs. 2 GSchG/Anhang 4 Ziff. 211 GSchV (S. 55 ff.)
- VI. Empfohlenes Vorgehen bei Vorhaben in einem sensiblen ISOS-Ortsbildteil innerhalb eines Gewässerschutzbereichs A_u (S. 61 ff.)
- VII. Zusammenfassende Schlussbemerkungen (S. 71 ff.)

Anhänge 1-3 (S. 78 ff.)

Einleitung

Sehr geehrte Damen und Herren,

Bei der Anwendung des Gewässerschutzrechts und der Vorschriften über das Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) im Rahmen von Planungs- und Baubewilligungsverfahren stellen sich namentlich innerhalb des Siedlungsgebietes immer wieder heikle Rechtsfragen, da das ISOS innerhalb der Bauzonen zum Teil als massgebendes Bundesinventar von den Planungs- und Baubewilligungsbehörden in den einzelnen Planungs- und Bewilligungsverfahren direkt angewendet werden muss (nämlich soweit die Erfüllung einer Bundesaufgabe vorliegt), während ausserhalb der Erfüllung von Bundesaufgaben grundsätzlich eine blosse Berücksichtigungspflicht des ISOS im Rahmen der planerischen Interessenabwägung auf der Stufe der Nutzungsplanung besteht. Dieses System ist bereits durch die für das ISOS geltenden Rechtsvorschriften vorgezeichnet (vgl. dazu Art. 10 und 11 der Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 13. November 2019 [VISOS; SR 451.12]). Hieraus ergeben sich verschiedene Fragen zu den Grundlagen, zur Anwendung und zum Zusammenspiel der massgebenden Bestimmungen insbesondere dann, wenn für Bauvorhaben Bewilligungen des Gewässerschutzrechts erteilt werden müssen. Sie haben mich daher beauftragt, zu Handen des Bundesamtes für Kultur (BAK) zu diesen Fragen ein Rechtsgutachten zu verfassen, welches mit dieser Schrift vorgelegt wird (vgl. dazu Vertrag vom 20. Dezember 2023).

Die gestellten Fragen betreffen zum Teil sehr spezifische Fragen der Anwendung des Gewässerschutzrechts, deren Beantwortung entsprechende Anwendungserfahrung erfordert. Sie haben mich daher ermächtigt, für diese Fragen in der Person von Dr. iur. Hans. W. Stutz, STUTZ Umweltrecht, Zürich, einen ausgewiesenen Spezialisten des Gewässerschutzrechts beizuziehen. Hans W. Stutz hat diese Fragen in einem eingehenden Memorandum unter dem Titel «Beantwortung gewässerschutzrechtlicher Fragen im Rahmen des Rechtsgutachtens Gewässerschutz und Ortsbildschutz nach ISOS» behandelt, dass dem Rechtsgutachten im Anhang beigefügt wird und integrierender Bestandteil des Rechtsgutachtens bildet (vgl. Memorandum vom 12.

März 2024 als Anhang 1 des vorliegenden Gutachtens). Im Rahmen der nachfolgenden Ziff. I–VII wird auf diese Ausführungen bei der Beantwortung der gestellten Gutachterfragen jeweils hingewiesen (vgl. dazu auch das Inhaltsverzeichnis hinten Anhang 3).

Das vorliegende Gutachten beschränkt sich sodann auf die Problematik innerhalb des Siedlungsgebietes, wo sich die Frage stellt, inwieweit das Gewässerschutzrecht bzw. dessen Anwendung in einem konkreten Fall dazu führt, dass die Erfüllung einer Bundesaufgabe vorliegt und das ISOS bzw. dessen Erhaltungsziele damit im betreffen Projektbewilligungsverfahren direkt angewandt werden muss, während es in den andern Fällen lediglich in der Richt- und Nutzungsplanung zu berücksichtigen ist. Zu prüfen sein wird, in welchen Fällen der Gewässerschutz zu einem entsprechend verstärkten ISOS-Ortsbildschutz führt und wie sich dies erklärt, zumal es bei der Anwendung des Gewässerschutzrechts oft um einen unterirdischen Sachverhalt handelt, während der Ortsbildschutz die oberirdische Situation betrifft. Zu prüfen sein wird auch, wie mit dieser unterschiedlichen Tragweite des ISOS in der vorangehenden Nutzungsplanung umzugehen ist. Im Gebiet ausserhalb der Bauzonen stellen sich diese Fragen nicht, da dort Bau- und Projektbewilligungen unabhängig von der Anwendung von Gewässerschutzrecht immer als Erfüllung einer Bundesaufgabe i.S.v. Art. 2 ff. NHG gelten, weshalb das ISOS und dessen Erhaltungsziele in diesen Fällen stets direkt und unmittelbar zur Anwendung zu bringen ist, was auch in der Richt- und Nutzungsplanung entsprechend zu beachten ist (vgl. dazu auch nachfolgend Ziff. III/A und Ziff. VI/2.6).

I. Rechtliche Grundlagen des Gewässerschutzrechts und des Natur- und Heimatschutzrechts

A. Rechtsgrundlagen des Gewässerschutzrechts

1. Art. 76 der Bundesverfassung (Wasserartikel)

1.1 *Art.* 76 der *Bundesverfassung* der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) enthält – ähnlich wie der 1975 geschaffene Art. 24^{bis} der früheren

Bundesverfassung von 1874 (aBV) - eine Gesamtkonzeption des Wasserrechts auf Verfassungsstufe, wobei in diese Regelung sowohl die unterschiedlichen Nutzungs- als auch die verschiedenen Schutzinteressen einbezogen sind. Neben den generellen Regelungszielen in Art. 76 Abs. 1 BV enthalten die weiteren Absätze von Art. 76 BV für die einzelnen Sachbereiche unterschiedliche Gesetzgebungskompetenzen des Bundes (Abs. 2 und 3) sowie Vorschriften über die kantonalen Gewässerhoheit (Abs. 4) und die Zuständigkeit des Bundes im interkantonalen und internationalen Verhältnis (Abs. 5), wobei der Bund bei seiner Aufgabenerfüllung allgemein auf die Wasserherkunftskantone Rücksicht zu nehmen hat (Abs. 6). Vgl. dazu auch Corina Caluori/Alain Griffel in: Waldmann et. al. (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 [nachfolgend BSK-BV], Art. 76 Rz. 6 ff.; Arnold Marti/Peter Hettich in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen /Genf 2023, Art. 76 Rz. 1 ff.; zum verfassungsrechtlichen Rahmen des Wasserrechts und den internationalen Bezügen auch Peter Hettich/Luc Jansen/Roland Norer in: Hettich et al. (Hrsg.), Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zürich/Basel/Genf 2016 (Komm. GSchG/WBG), Einleitung Rz. 8 ff.

1.2 Art. 76 Abs. 2 BV gibt dem Bund eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz im Bereich der Erhaltung und Erschliessung der Wasservorkommen, der Gewässernutzung zur Energieerzeugung und für Kühlzwecke sowie für andere Eingriffe in den Wasserkreislauf. Art. 76 Abs. 3 BV enthält dagegen eine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den qualitativen Gewässerschutz und die Sicherung angemessener Restwassermengen, den Wasserbau, die Stauanlagensicherheit und die Beeinflussung der Niederschläge, wobei auch eine Förderungskompetenz des Bundes mitenthalten ist. Der Bund hat diese Gesetzgebungskompetenzen durch den Erlass verschiedener sektorieller Regelungen auf Gesetzesstufe wahrgenommen, wobei diese sich zum Teil auf beide erwähnten Absätze (Art. 76 Abs. 2 und 3 BV) und auch weitere Verfassungsartikel abstützen. Zu nennen sind bezüglich Art. 76 Abs. 2 BV insbesondere das Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 SR 721.80) sowie (Wasserrechtsgesetz; WRG: die Energie-Stromversorgungsgesetzgebung, welche sich auch auf Art. 89 ff. BV (Energieartikel)

stützen. Die umfassende Gesetzgebungskompetenz gemäss Art. 76 Abs. 3 BV wurde demgegenüber namentlich durch das Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (Gewässerschutzgesetz; GSchG; SR 814.20), das Bundesgesetz über den Wasserbau vom 21. Juni 1991 (Wasserbaugesetz; WBG; SR 721.100) und das Bundesgesetz über die Stauanlagen vom 1. Oktober 2010 (Stauanlagengesetz; StAG; SR 721.101) umgesetzt. Das Gewässerschutzgesetz (GSchG) stützt sich teilweise auf beide Absätze von Art. 76 BV (Abs. 2 und 3), so namentlich die Bestimmungen über den räumliche Gewässerschutz und die Vorschriften betreffend nachteilige Einwirkungen (Art. 36a-44 GSchG), während die Vorschriften über den qualitativen Gewässerschutz (Art. 6–28 GSchG) und die Restwassermengen (Art. 29–36 GSchG) sich ganz auf die umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 76 Abs. 3 BV stützen können. Soweit der Bund hierbei seine Rechtsetzungskompetenzen nach Art. 76 Abs. 3 BV wahrgenommen hat, bleibt grundsätzlich kein Raum mehr für ergänzendes oder abweichendes kantonales Recht (vgl. dazu auch Caluori/Griffel, BSK-BV, Art. 76 Rz. 20 ff., 29 ff., und Marti/Hettich, SGK-BV, Art. 76 Rz. 10 ff. und 17 ff. und nachfolgend Ziff. 2).

2. Die Regelung des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (GSchG)

2.1 Das Gewässerschutzgesetz des Bundes, dessen Bestimmungen noch durch Verordnungen des Bundesrates konkretisiert werden (Art. 47; vgl. insbesondere die Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 [GSchV; SR 814.201]) enthält zunächst in einem ersten Titel «Allgemeine Bestimmungen», nämlich einen Zweckartikel (Art. 1), eine Regelung des Geltungsbereichs (Art. 2), der allgemeinen Sorgfaltspflicht (Art. 3), des Verursacherprinzips hinsichtlich der Kostentragung (Art. 3a), Legaldefinitionen (Art. 4) und eine Ausnahmebestimmung für Gesamtverteidigung und Notlagen (Art. 5). Im zweiten zentralen Titel geht es um die Verhinderung und Behebung nachteiliger Einwirkungen auf die Gewässer, wobei ein umfangreiches erstes Kapitel der Reinhaltung der Gewässer gewidmet ist. Dieses enthält zunächst Vorschriften über das Einleiten, Einbringen und Versickern von Abwasser und Stoffen (Art. 6 und 9) sowie über die Pflicht zur Behandlung von verschmutztem Abwasser und das kontrollierte Versickernlassen von unverschmutztem Abwasser, wobei die Kantone

für die Entwässerungsplanung zu sorgen haben (Art. 7). Die Art. 10-18 GSchG enthalten Regeln über die Behandlung des verschmutzten Abwassers und die Verwertung von Hofdünger, wobei öffentliche Kanalisationen und zentrale Anlagen zur Reinigung von verschmutztem Abwasser zu schaffen sind (Art. 10) und diesbezüglich eine Anschluss- und Abnahmepflicht besteht (Art. 11). Sodann bestehen besondere Regeln für Sonderfälle im Bereich der öffentlichen Kanalisation (so hinsichtlich der Vorbehandlungspflicht besonderer verschmutzter Abwasser, hinsichtlich Meteorwasserbeseitigung und Abwässer bei Landwirtschaftsbetrieben; Art. 12), für besondere Verfahren der Abwasserbeseitigung ausserhalb des Bereichs öffentlicher Kanalisationen (Art. 13), für Landwirtschaftsbetriebe mit Nutztierhaltung (Art. 14) sowie über die Erstellung und Kontrolle von Anlagen und Einrichtungen für die Abwasserbeseitigung (Art. 15 f.). Die Art. 17 und 18 regeln sodann in Übereinstimmung mit den vorerwähnten Bestimmungen die abwassertechnischen Voraussetzungen für die Erteilung von Baubewilligungen. Vgl. zum Ganzen Alain Griffel, Umweltrecht in a nutshell, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 [nachfolgend: Nutshell Umweltrecht], S. 216 ff., und zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen auch Komm. GSchG/WBG.

2.2 Als weiterer Bestandteil des Kapitels «Reinhaltung der Gewässer» enthalten die Art. 19–21 Regeln über den *planerischen Schutz* der Gewässer, insbesondere des Grundwassers (es handelt sich um besondere Elemente der nutzungsplanerischen Ordnung, die aber nicht eigentliche Nutzungszonen i.S. des RPG sind; vgl. *Griffel*, Nutshell Umweltrecht, S. 227). So haben die Kantone ihr Gebiet nach der Gefährdung der ober- und der unterirdischen Gewässer in *Gewässerschutzbereiche* einzuteilen, wobei die Erstellung und Änderung von Bauten und Anlagen sowie Grabungen, Erdbewegungen und ähnliche Arbeiten einer kantonalen Bewilligung bedürfen, wenn sie die Gewässer gefährden können (Art. 19; vgl. dazu auch die Ausführungen von *Hans W. Stutz*, S. 8 ff.). Für die im öffentlichen Interesse liegenden *Grundwasserfassungen und -anreicherungsanlagen* haben die Kantone *Grundwasserschutzzonen* auszuscheiden und die notwendigen Eigentumsbeschränkungen festzusetzen (Art. 20). Für die künftige Nutzung und Anreicherung von Grundwasservorkommen haben die Kantone ferner Grundwasserschutzareale auszuscheiden (Art. 21). Schliesslich finden sich im Kapitel «Reinhaltung der Gewässer» auch Vorschriften über den *Umgang mit*

wassergefährdenden Flüssigkeiten (Art. 22–25), über die Bodenbewirtschaftung (Art. 27) und über allfällige zusätzliche Massnahmen an Gewässern (Art. 28). Vgl. zum Ganzen auch Griffel, Nutshell Umweltrecht, S, 226 ff., und Komm. GSchG/WBG zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen.

2.3 Nach diesen Vorschriften zum qualitativen Gewässerschutz im zentralen zweiten Titel des Gesetzes finden sich in einem zweiten Kapitel Vorschriften zur Sicherung angemessener Restwassermengen (Art. 29–36), also Vorschriften zum quantitativen Gewässerschutz, welche 1991 auf Druck einer Volksinitiative im damals neuen Gewässerschutzgesetz aufgenommen wurden. Dazu besteht in Art. 80-83 auch eine Sanierungsregelung (vgl. dazu Griffel, Nutshell Umweltrecht, S. 229 ff., und zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen Komm. GSchG/WBG). Ebenfalls im Zusammenhang mit einer Volksinitiative bzw. als indirekter Gegenvorschlag dazu wurde 2011 durch eine Teilrevision des Gewässerschutzgesetzes Art. 36a als erster Artikel im dritten Kapitel («Verhinderung und Behebung anderer nachteiliger Einwirkungen auf Gewässer») in dieses Gesetz eingefügt, welcher die Kantone verpflichtet, für oberirdische Gewässer einen Gewässerraum festzulegen, welcher für Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer, des Schutzes vor Hochwasser und der Gewässernutzung erforderlich ist, wobei der Bundesrat die Einzelheiten regelt (vgl. Art. 41a-41d GSchV). Bezüglich der Breite des Gewässerraums enthält Art. 41a GSchV für Fliessgewässer und Art. 41b GSchV für stehende Gewässer bundesrechtliche Anforderungen; überdies gilt bis zur Festlegung der Gewässerräume durch die Kantone übergangsrechtlich ein bundesrechtlich festgelegter Gewässerraum gemäss der Übergangsbestimmung zur GSchV-Änderung vom 4. Mai 2011. Die Rechtswirkungen des Gewässerraums werden in Art. 41c GSchV geregelt, wobei innerhalb des Gewässerraums nach Abs. 1 dieser Bestimmung grundsätzlich nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden dürfen; soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann die zuständige Behörde aber neben land- und forstwirtschaftlichen Wegen, Wasserentnahme oder -einleitungsstellen und Kleinanlagen zur Gewässer-nutzung auch zonenkonforme Anlagen in dicht überbauten Gebieten (lit. a) und zonenkonforme Anlagen ausserhalb von dicht überbauten Gebieten

auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen (lit. b) i.S. einer *Ausnahmebewilligung* erlauben. Vgl. zum Ganzen *Griffel*, Nutshell Umweltrecht, S. 238 ff. und *Christoph Fritzsche*, Komm. GSchG/WBG, Vorbem. Art. 36a–44 GSchG und Art. 36a GSchG).

2.4 In engem Zusammenhang mit den neuen Vorschriften über den Gewässerraum steht der ebenfalls 2011 ins Gewässerschutzgesetz eingefügte Art. 38a über die Revitalisierung von Gewässern. Die Kantone werden dadurch verpflichtet, die natürlichen Funktionen eines verbauten, korrigierten, überdeckten oder eingedolten oberirdischen Gewässers mit baulichen Massnahmen wiederherzustellen. Sie haben aufgrund von Art. 41d GSchV eine Revitalisierungsplanung und zugehörige Programme mit zeitlichen Vorgaben zu erstellen. Der Bund gewährt dafür Abgeltungen an die Planung und Durchführung dieser Massnahmen (Art. 62b GSchG; vgl. zum Ganzen Griffel, Nutshell Umweltrecht, S. 243 f., und Christoph Fritzsche, Komm. GSchG/WBG zu Art. 38a und 62b GSchG). Ebenfalls mit der Revision von 2011 wurden Vorschriften über Schwall und Sunk im Zusammenhang mit kurzfristigen künstlichen Abflussänderungen bei Gewässern ins Gewässerschutzgesetz (Art. 39a) sowie über die Beibehaltung eines ökologisch angemessenen Geschiebehaushalts (Art. 43a) Bestimmungen in 83b aufgenommen, für welche Art. 83a auch Sanierungsvorschriften bestehen. Daneben bestehen hinsichtlich der im dritten Kapitel geregelten Verhinderung und Behebung anderer nachteiliger Einwirkungen auf Gewässer die folgenden bisherigen Regelungen im Gewässerschutzgesetz: Vorschriften über die Verbauung und Korrektion von Fliessgewässern, welche in kantonalen Plangenehmigungs- oder Projektbewilligungsverfahren anzuwenden sind (Art. 37). sodann ein Verbot des Überdeckens oder Eindolens von Fliessgewässern (Art. 38) und des Einbringens fester Stoffe in Seen (Art. 39), je mit Ausnahmebewilligungsvorbehalt. Weitere Vorschriften betreffen die Spülung und Entleerung von Stauräumen (Art. 40), Treibgut bei Stauanlagen (Art. 41), die Entnahme und Einleitung von Wasser oder Abwasser (Art. 42), die Erhaltung von Grundwasservorkommen (Art. 43) und die Ausbeutung von Kies, Sand und anderem Material (Art. 44; vgl. zum Ganzen auch Komm. GSchG/WBG zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen).

2.5 Hinsichtlich des Vollzugs, der Grundlagenbeschaffung, der Finanzierung und Förderung sowie des Verfahrens bestehen im dritten Titel des Gewässerschutzgesetzes ebenfalls eingehende Vorschriften (Art. 45-68), wobei sich noch der fünfte Titel (Strafbestimmungen; Art. 70-73) anschliessen. Zu erwähnen ist, dass der Vollzug des Gewässerschutzgesetzes grundsätzlich durch die Kantone erfolgt, welche dazu die nötigen Vollzugsvorschriften zu erlassen haben (Art. 45). Der Bund beaufsichtigt den Vollzug des Gewässerschutzgesetzes und regelt die Koordination unter den Bundesstellen und mit den Kantonen (Art. 46). Art. 48 sieht sodann als Einschränkung gegenüber Art. 45 unter dem Titel «Vollzugskompetenzen des Bundes» vor, dass die Bundesbehörde, die ein anderes Bundesgesetz oder einen Staatsvertrag vollzieht, bei der Erfüllung dieser Aufgabe auch für den Vollzug des Gewässerschutzgesetzes zuständig ist, wie dies dem mit dem Bundeskoordinationsgesetz von 1999 eingeführten System für Plangenehmigungsverfahren des Bundes entspricht (Abs. 1). Der Bundesrat kann allenfalls eine abweichende Regelung für den Vollzug durch die betroffene Bundesstelle treffen (Abs. 2). Überdies vollzieht der Bund selber die Vorschriften über Stoffe (Art. 9 Abs. 2 lit. c), wobei er die Kantone für Teilaufgaben beiziehen kann (Abs. 3). Vgl. dazu auch Alexander Ruch, Komm. GSchG/WBG zu Art. 45 und 48 GSchG). Besonders zu beachten sind auch noch folgende Vorschriften: Die Kantone haben Gewässerschutzfachstellen einzurichten und die Gewässerschutzpolizei sowie einen Schadendienst einzurichten (Art. 49). Art. 53 sieht für alle rechtsanwendenden Behörden die Möglichkeit vor, die angeordneten Massnahmen zwangsweise durchzusetzen. Die Kosten von Massnahmen zur Abwehr einer unmittelbar drohenden Gefahr für die Gewässer sowie zur Feststellung und Behebung eines Schadens sind dem Verursacher zu überbinden (Art. 54). Art. 56 regelt die Massnahmenzuständigkeit bei interkantonalen Gewässern mit Entscheidungsbefugnis des Bundesrates bei Streitigkeiten. Die Art. 60a und 60b regeln die Abwasserabgaben der Kantone und des Bundes. Die Art. 61-64a umschreiben die finanzielle Förderung der kantonalen Massnahmen seitens des Bundes durch Abgeltungen bzw. eine Risikogarantie. Für die Rechtspflege gelten die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege (Art. 67), wobei dem zuständigen Bundesamt die Behördenbeschwerde zusteht (Art. 67a). Art. 68 enthält Bestimmungen über die Landumlegung und die Enteignung im

Zusammenhang mit der Anwendung des Gewässerschutzrechts. Vgl. zum Ganzen Komm. GSchG/WBG zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen.

B. Rechtsgrundlagen des Natur- und Heimatschutzrechts, insbesondere zum Ortsbildschutzes

1. Art. 78 der Bundesverfassung (Natur- und Heimatschutzartikel)

1.1 Art. 78 BV enthält die Verfassungsgrundlage zum Natur- und Heimatschutz in einem weiten Sinn, nämlich sowohl zum Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz (Heimatschutz im engeren Sinn) als auch zum Arten- und Biotopschutz für Tiere und Pflanzen (Naturschutz im engeren Sinn) sowie zu weiteren Bereichen des modernen Natur- und Heimatschutzrechts (Schutz der biologischen Vielfalt und der genetischen Ressourcen sowie das Recht der National- und Naturpärke; vgl. dazu Dajcar/Griffel, BSK-BV, Art. 78 Rz. 1 und Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 5). Für das breite Gebiet bestehen unterschiedliche Gesetzgebungskompetenzen des Bundes, was zu einer komplizierten und inhaltlich nicht sehr überzeugenden Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen führt (vgl. dazu Dajcar/Griffel, BSK-BV, Art. 78 Rz. 43 ff. und Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 34 ff.). Art. 78 Abs. 1 BV hält zunächst sehr apodiktisch und angesichts der allgemeinen Kompetenzordnung (vgl. Art. 3 und Art. 42 BV) eigentlich unnötigerweise fest, für den Natur- und Heimatschutz seien die Kantone zuständig. Dies kann zum Vorneherein – wie sich auch aus den folgenden Absätzen ergibt - nur für den Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz im Bereich der kantonalen Aufgabenerfüllung gelten, zumal für den Arten-, Biotop- und Moorschutz in Art. 78 Abs. 4 und 5 BV eine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes vorgesehen ist und für die Erfüllung von Bundesaufgaben auch im Bereich des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzrechts in Art. 78 Abs. 2 BV eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht. Überdies sind die kantonalen Gesetzgebungskompetenzen im Bereich der kantonalen Aufgabenerfüllung heute auch hinsichtlich des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes auf der Grundlage anderer Verfassungsnormen (namentlich von Art. 75 [Raumplanungsartikel]) und heute

auch durch *staatsvertragliche Pflichten* (insbesondere durch die Granada-Konvention von 1985 [SR 0.440.4]) eingeschränkt worden (vgl. dazu *Dajcar/Griffel*, BSK-BV, Art. 78 Rz. 8 ff., und insbesondere *Marti*, SGK-BV, Art. 78 Rz. 7 f.).

1.2 Für den Bund selber bestimmt Art. 78 Abs. 2 BV, dass dieser bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes zu nehmen hat (Satz 1), was sich vor allem auf den eigentlichen Heimatschutz bezieht. Er hat nämlich gemäss dieser Bestimmung Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler zu schonen und sie ungeschmälert zu erhalten, wenn das öffentliche Interesse es gebietet (Satz 2; vgl. dazu Dajcar/Griffel, BSK-BV, Art. 78 Rz. 11 ff., und Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 9 ff.). Für den Arten- und Biotopschutz besteht denn auch gemäss Art. 78 Abs. 4 BV eine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes, welche sich sowohl auf dessen eigene Aufgabenerfüllung als auch auf die kantonale Aufgabenerfüllung bezieht. Für Moore und Moorlandschaft von nationaler Bedeutung besteht sodann in Art. 78 Abs. 5 BV sogar eine im Prinzip direkt anwendbare verfassungsrechtliche Schutzregelung, welche für Bund und Kantone gilt (vgl. dazu Dajcar/Griffel, BSK-BV, Art. 78 Rz. 29 ff., 35 ff., und Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 23 ff., 31 ff.). Art. 78 Abs. 3 BV enthält schliesslich eine allgemeine Förderkompetenz des Bundes für den Bereich des Natur- und Heimatschutzes, auf welche sich weitgehend auch das Recht der Pärke stützt und welche es auch ermöglicht, dass der Bund Schutzobjekte von gesamtschweizerischer Bedeutung vertraglich oder durch Enteignung erwerben oder sichern kann (vgl. dazu Dajcar/Griffel, BSK-BV, Art. 78 Rz. 25 ff., und Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 19 ff.).

2. Die Regelung des Natur- und Heimatschutzgesetzes (Überblick)

2.1 Die Verfassungsvorschriften von Art. 78 Abs. 2–5 BV wurden durch das Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451), hier nicht interessierende Spezialgesetze (Nationalparkgesetz; CITES-Bundesgesetz) und zahlreiche Verordnungen, insbesondere durch die Verordnung über den Natur- und Heimatschutz vom 16. Januar 1991 (NHV; SR 451.1), umgesetzt (vgl. dazu Dajcar/Griffel, BSK-BV, Art. 78 Rz. 5 f.; Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 5 f.; Griffel,

Nutshell Umweltrecht, S. 266 ff.; *Peter M. Keller* in: Keller et al. [Hrsg.], Kommentar NHG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Art. 26 Rz. 3 ff.). Das *Natur- und Heimatschutzgesetz* (NHG) beginnt mit einem detaillierten *Zweckartikel (Art. 1)* mit Zielsetzungen für die einzelnen geregelten Bereiche, wobei für die vorliegenden Fragen vor allem die beiden ersten Zielsetzungen bedeutsam sind:

- das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, die geschichtlichen Stätten sowie die Natur- und Kulturdenkmäler des Landes zu schonen, zu schützen sowie ihre Erhaltung und Pflege zu fördern (lit. a),
- die Kantone in der Erfüllung ihrer Aufgaben im Bereich des Naturschutzes, des Heimatschutzes sowie der Denkmalpflege zu unterstützen und die Zusammenarbeit mit ihnen sicherzustellen (lit. b).

2.2 Im ersten, für die vorliegende Fragestellung besonders wichtigen Abschnitt des Gesetzes (Art. 2–12g) finden sich Vorschriften über «Naturschutz, Heimatschutz und Denkmalpflege bei Erfüllung von Bundesaufgaben». In Art. 2 wird definiert, was bei der Anwendung des NHG unter Erfüllung einer Bundesaufgabe i.S.v. Art. 78 Abs. 2 BV zu verstehen ist, wobei neben der Planung und Bewilligung von Infrastrukturprojekten des Bundes (lit. a) ausdrücklich auch die Erteilung von (sinngemäss: bundesrechtlich geregelten) Konzessionen und Bewilligungen (lit. b) und die Gewährung von Bundesbeiträgen an Planungen, Werke und Anlagen der Kantone (lit. c) genannt werden, wobei für letztere in Abs. 2 festgehalten wird, dass es genügt, wenn voraussichtlich solche Beiträge ausgerichtet werden (vgl. zum Ganzen Dajcar/Griffel, BSK-BV, Art. 78 Rz. 14 ff.; Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 13 f.; Jean-Baptiste Zufferey, Komm. NHG, Art. 2 Rz. 10 ff.). In Art. 3 NHG wird sodann die allgemeine Pflicht des Bundes (inkl. seiner Anstalten und Betriebe) sowie ausdrücklich auch der Kantone umschrieben, bei der Erfüllung von Bundesaufgaben das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler zu schonen und, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwieget, ungeschmälert zu erhalten (sog. Grundnorm des bundesrechtlichen Natur- und Heimatschutzes). Art. 4 NHG sieht sodann vor, dass bei diesem Landschafts-, Ortsbild und Denkmalschutz Objekte von nationaler Bedeutung und Objekte von bloss regionaler und lokaler Bedeutung zu

unterscheiden sind. Vgl. dazu auch *Anne-Christine Favre*, Komm. NHG, Art. 3 Rz. 1 ff. und Art. 4 Rz. 1 ff.

- 2.3 Für Schutzobjekte von nationaler Bedeutung besteht in den Art. 5 ff. eine besondere Regelung. So bestimmt Art. 5, dass der Bundesrat für diese nach Anhörung der Kantone besondere Bundesinventare zu erstellen hat, wobei er sich auf bestehende Inventare von staatlichen Institutionen und von privaten Fachorganisationen stützen kann; die für die Auswahl der Objekte massgebenden Grundsätze sind in diesen Inventaren darzulegen (Abs. 1). Die Inventare müssen mindestens die genaue Umschreibung der Objekte, die Gründe für ihre nationale Bedeutung, die möglichen Gefahren, die bestehenden Schutzmassnahmen, den anzustrebenden Schutz und Verbesserungsvorschläge für den Zustand der Objekte enthalten (Abs. 1 lit. a-f). Festgehalten wird auch, dass die Inventare nicht abschliessend sind und regelmässig überprüft und bereinigt werden müssen (Abs. 2; vgl. dazu auch Jörg Leimbacher, Komm. NHG, Art. 5 Rz. 3 ff.). In Art. 6 NHG wird die besondere Schutzwirkung der Inventare umschrieben: Die Aufnahme in ein Bundesinventar nach Art. 5 hat zur Folge, dass das betroffene Objekt in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- und angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient (Abs. 1). 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 (Abs. 2; sog. qualifizierte Interessenabwägung; vgl. dazu Dajcar/Griffel, BSK-BV, Art. 78 Rz. 20 ff.; Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 10 f., 16; Jörg Leimbacher, Komm. NHG, Art. 6 Rz. 3 ff.).
- 2.4 Für die Beurteilung von Eingriffen in Bundesinventarobjekte im Rahmen von Planungs- und Bewilligungsverfahren bestehen sodann in den Art. 7 ff. besondere Verfahrens- bzw. Begutachtungsvorschriften. Bei der Erfüllung von Bundesaufgaben muss gemäss Art. 7 die zuständige Fachstelle bei Zuständigkeit des Bundes das betroffene Bundesamt, bei kantonaler Zuständigkeit die kantonale Fachstelle eine Beurteilung vornehmen (Abs. 1). Kann ein Bundesinventarobjekt erheblich beeinträchtigt werden oder stellen sich Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, ist ein

Gutachten der Eidg. Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) und/oder der Eidg. Kommission für Denkmalpflege (EKD) erforderlich (Abs. 2). Diese bildet eine Grundlage für die erforderliche Interessenabwägung der Entscheidbehörde (Abs. 3; vgl. zum Ganzen auch Jörg Leimbacher, Komm. NHG, Art. 7 Rz. 1 ff.; zum neu eingefügten Abs. 3 auch *Dominik Kawa*, Was ändert sich, wenn alles gleichbleibt?, URP 2020, S. 131 ff.; zur qualifizierten Interessenabwägung und zugehörigen Fachbegutachtung bei Schutzobjekten von nationaler Bedeutung auch Griffel, Nutshell Umweltrecht, S. 273 ff.). In wichtigen Fällen können die erwähnten Kommissionen auch von sich aus ein Gutachten abgeben (Art. 8; sog. fakultative Begutachtung). Bei Zuständigkeit des Bundes kann die Entscheidbehörde auch kantonale Fachstellen oder Kommissionen um eine Begutachtung ersuchen und ideelle Organisationen zur Vernehmlassung auffordern (Art. 9). Erfolgt eine solche Begutachtung, ist stets eine Stellungnahme der Kantonsregierung einzuholen, welche die betroffenen Gemeinden anhören müssen (Art. 10). Für militärische Anlagen bestehen Ausnahmevorschriften (Art. 11; vgl. zu diesen weiteren Gutachten und Anhörungen auch Komm. NHG zu den betreffenden Bestimmungen). Die Art. 12 ff. sehen sodann für Verfügungen und Entscheide, die bei Erfüllung einer Bundesaufgabe in Anwendung des NHG ergehen, ein besonderes Beschwerderecht der betroffenen Gemeinden und beschwerdeberechtigter ideeller Organisationen vor, was namentlich in wichtigen Streitfällen von grosser praktischer Bedeutung ist (vgl. dazu Griffel, Nutshell Umweltrecht, S. 70 ff. und Leimbacher, Komm. NHG zu den erwähnten Gesetzesbestimmungen).

2.5 Der nachfolgende zweite Abschnitt des NHG (Art. 13–17a) betrifft die Unterstützung von Naturschutz, Heimatschutz und Denkmalpflege durch den Bund und eigene Massnahmen des Bundes (vgl. dazu auch Art. 78 Abs. 3 BV). Art. 13 regelt Finanzhilfen zur Erhaltung von schützenswerten Objekten (dazu gehören auch ISOS-Schutzobjekte; vgl. nachfolgend Ziff. 3.4 bzw. Art. 12 VISOS). Art. 14 sieht Beiträge des Bundes an Organisationen des Naturschutzes, des Heimatschutzes und der Denkmalpflege von gesamtschweizerischer Bedeutung sowie an Forschungsvorhaben, an die Aus- und Weiterbildung von Fachleuten und an die Öffentlichkeitsarbeit vor. Art. 15 ermöglicht den Erwerb und die Sicherung schützenswerter Objekte und Art. 16 sieht als vorsorgliche Massnahmen befristete Schutz- und Sicherungsmassnahmen vor. Art. 16a

und *Art. 17* enthalten Regelungen zur Bereitstellung und zur Rückerstattung von Beiträgen. *Art. 17a* hält fest, dass ENHK und EKD in besonderen, vom Bundesrat zu umschreibenden Fällen ausserhalb der Erfüllung von Bundesaufgaben (vgl. dazu Art. 25 Abs. 1 lit. e NHV) mit Zustimmung des Kantons von sich aus oder auf Ersuchen Dritter sog. besondere Gutachten erstellen können. Vgl. dazu Komm. NHG zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen.

2.6 Die weiteren Abschnitte 3–3c des NHG zu verschiedenen besonderen Sachbereichen sind für die vorliegende Fragestellung kaum von Belang. Der dritte Abschnitt des NHG ist dem Arten- und Biotopschutz gewidmet (Art. 18–23; vgl. dazu Art. 78 Abs. 4 BV). Die weiteren Abschnitte betreffen den Schutz von Mooren und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (Abschnitt 3a bzw. Art. 23a–23d; vgl. dazu bereits Art. 78 Abs. 5 BV), Pärke von nationaler Bedeutung (Abschnitt 3b; Art. 23e–23m) und genetische Ressourcen (Abschnitt 3c; Art. 23n–23q). Der vierte Abschnitt enthält Strafbestimmungen (Art. 24–24e), während der fünfte Abschnitt Vollzug, Organisation und Information gewidmet ist, was nun auch wieder für Ortsbildund Denkmalschutz von Bedeutung ist. Die Kantone vollziehen das Gesetz, soweit es den Vollzug nicht dem Bund überträgt und erlassen Vollzugsbestimmungen (Art. 24f). Bund beaufsichtigt den Vollzug des Gesetzes und koordiniert die Vollzugsmassnahmen der Kantone und der betroffenen Bundesstellen (Art. 24g). Ähnlich wie beim Gewässerschutz haben gemäss Art. 24h Bundesbehörden, die ein anderes Bundesgesetz oder einen Staatsvertrag vollziehen, bei der Erfüllung dieser Aufgabe auch den Vollzug des NHG zu übernehmen (Abs. 1), wobei nötigenfalls auch Sonderregeln möglich sind (Abs. 2). Die Vorschriften über genetische Ressourcen werden vom Bund vollzogen, wobei die Kantone für Teilaufgaben beigezogen werden können (Abs. 3). Ferner haben die Vollzugsbehörden des Bundes die Natur- und Heimatschutzmassnahmen der Kantone zu berücksichtigen (Abs. 4). Art. 25 bildet die gesetzliche Grundlage für die Bestellung der ENHK und der EKD und verlangt die Bezeichnung kantonaler Fachstellen für den Naturschutz, den Heimatschutz und die Denkmalpflege. Art. 25a sieht sodann vor, dass Bund und Kantone für die Information und Beratung der Behörden und der Öffentlichkeit über die Bedeutung und den Zustand von Natur und Landschaft sorgen und geeignete Schutz- und Unterhaltsmassnahmen empfehlen, welche Bestimmung aber nicht auf den Ortsbild- und Denkmalschutz ausgerichtet ist (vgl. zur Bedeutung und Tragweite dieser Bestimmung Peter M. Keller, Komm. NHG, Art. 25a Rz. 1 ff., insbesondere Rz. 5, welcher aber darauf hinweist, dass sich entsprechende Informations- und Beratungsaufgaben bezüglich des Heimat- und Denkmalschutzes auch aus Art. 3 ff. NHG ergeben; vgl. auch nachfolgend Ziff. 3.4 zu Art. 13 VISOS). Der sechste Abschnitt enthält Schlussbestimmungen, wobei lediglich für den Moor- und Moorlandschaftsschutz besondere Wiederherstellungsvorschriften bestehen (Art. 25b) und eine spezielle Übergangsbestimmung für den Bereich der genetischen Ressourcen gilt (Art. 25d). Vgl. zum Ganzen auch Komm. NHG zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen.

3. Die Verordnung über das ISOS (VISOS)

3.1 Die Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (VISOS), welche die Grundlage für die Erstellung und Wirksamkeit des ISOS bildet, trug ursprünglich das Datum vom 9. September 1981 (aVISOS; AS 1981 1680) und beschränkte sich auf fünf kurze Artikel zur Bestimmung der Ortsbilder von nationaler Bedeutung, zur Umschreibung und Veröffentlichung sowie zur Revision der diesbezüglichen Ortsbildaufnahmen und den umfangreichen Anhang i.S.v. Art. 1, welcher - in der Reihenfolge der Kantonen - alle schützenswerten Ortsbilder von nationaler Bedeutung aufzählt und im Laufe der Jahre aufgrund der jeweils neuen ISOS-Kantonsaufnahmen immer wieder ergänzt wurde. In Art. 4 wurde sodann ausdrücklich festgehalten, dass die aufgrund von kantonalem Recht erstellten Ortsbildinventare vom ISOS nicht betroffen würden (vgl. zur Rechtsgrundlage, Inhalt und Entwicklung des ISOS auch Jörg Leimbacher, Komm. NHG, Art. 5 Rz. 19 ff. und Nina Dajcar, Naturund Heimatschutz-Inventare des Bundes, Diss. Zürich 2011, 7 f., 62 ff., 70 f., 99 f., 112 f.). Ursprünglich war die Meinung, dass das auf Art. 5 NHG abgestützte ISOS nur bei der Erfüllung von Bundesaufgaben, nicht aber im kantonalen Aufgabenbereich mit Rechtswirkungen verbunden ist. In einem Leitentscheid aus dem Jahr 2009 hielt das Bundesgericht jedoch fest, dass das ISOS im Bereich der kantonalen Aufgabenerfüllung zwar nicht direkt anwendbar ist, aber von den Kantonen und Gemeinden doch bei der Richt- und Nutzungsplanung als Grundlage zu berücksichtigen ist (BGE 135 II 209, E.

- 2.1 [Gestaltungsplan Stadtzentrum Rüti/ZH]). Der Bundesrat passte in der Folge alle auf Art. 5 NHG gestützten Inventarverordnung dieser Rechtsprechung an und hielt bezüglich des ISOS in einem *neuen Art. 4a aVISOS* fest, die Kantone hätten das ISOS bei der Erstellung ihrer Richtpläne zu berücksichtigen (vgl. die am 14. April 2020 erfolgte Einfügung von Art. 4a aVISOS [AS 2010 1593]; zum Ganzen auch *Griffel*, Nutshell Umweltrecht, S. 275 ff.; zur Entwicklung der Rechtsprechung auch *Thomas Merkli*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS), in: Boillet/Favre/Martenet [éd.], Le droit public en mouvement Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Zurich 2020 [nachfolgend: ISOS-Rechtsprechung], S. 965 ff.; kritisch *Peter Karlen*, Die Überhöhung des Ortsbildschutzes durch den Bund Reformbedürftiges Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz [ISOS], ZBI 2023, S. 115 ff.).
- 3.2 Die Daten des ISOS bilden Geobasisdaten des Bundesrechts, wie sie im Bundesgesetz über die Geoinformation vom 5. Oktober 2007 (GeoIG; SR 510.62) geregelt sind. Art. 8 der zugehörigen Geoinformationsverordnung vom 21. Mai 2008 (GeoIV; SR 510.620) schreibt vor, dass «den Geobasisdaten mindestens ein Geodatenmodell zugeordnet» ist. Das BAK hat daher ab 2012 die rechtsgültigen, bisher nur in Papierform zugänglichen Ortsbildaufnahmen als PDF auf dem Geoportal des Bundes (map.geo.admin.ch) zur Verfügung gestellt. 2016 hat das BAK überdies die ISOS-Inventarisierungsmethode aktualisiert und die Darstellungsweise an GIS-Technologien angepasst, um den Zugang und die Anwendung des Inventars zu erleichtern. Gleichzeitig wurde auch eine Revision der ISOS-Inventarverordnung vorbereitet, wobei die bisherige nur relativ rudimentäre Regelung des ISOS in der aVISOS - auch in Anlehnung an die anderen auf Art. 5 NHG gestützten Inventarverordnungen zum BLN- und IVS-Inventar – ausgebaut und insbesondere auch die heutigen Anforderungen des Legalitätsprinzips (namentlich hinsichtlich der Kriterien für die Aufnahme und eines Ortsbildes ins ISOS und dessen Umschreibung) angepasst werden sollte. Im November 2018 schickte das BAK einen entsprechenden Entwurf für eine Totalrevision der ISOS-Verordnung in die Vernehmlassung, wobei einer Totalrevision – allerdings meist mit Anpassungsvorschlägen – grundsätzlich

zugestimmt wurde (Vernehmlassung 2018/86; vgl. dazu auch den Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung vom 12. September 2019). Der *Bundesrat* erliess darauf am 13. November 2019 die neue Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (VISOS; SR 451.12); welche den neuen rechtlichen und technischen Anforderungen entspricht, aber keine grundsätzlichen inhaltlichen Änderungen zur Folge hat und auch auf die bisher inventarisierten Ortsbilder angewendet werden kann (vgl. dazu auch die Erläuterungen des Bundesamtes für Kultur vom 12. September 2019 [Erl./BAK]). Die neue Verordnung ist am 1. Januar 2020 in Kraft getreten (vgl. Art. 15 VISOS).

3.3 Zum Inhalt der neuen, heute geltenden Verordnung (VISOS) vom 13. November 2019: Art. 1 verweist zunächst – wie bisher – auf die in Anhang 1 aufgezählten Objekte (Abs. 1; dieser Anhang wurde inzwischen bereits wieder mehrmals ergänzt und bereinigt; vgl. zuletzt Änderung vom 15. März 2024, AS 2024 114). Sodann wird neu bestimmt, dass das BAK das ISOS erarbeitet und führt (Abs. 2; vgl. dazu auch Erl. BAK S. 5 mit Hinweis auf die nun laufende Revision der bisherigen Ortsbildaufnahmen). Schliesslich wird festgehalten, dass die genaue Umschreibung der Objekte und die Angaben nach Art. 5 Abs. 1 NHG Bestandteil der Verordnung sind, aber wie bisher separat veröffentlicht werden (Abs. 3; vgl. auch Erl. BAK, S. 5). Art. 2 bestimmt dementsprechend, dass die betreffenden Angaben in der AS durch Verweis veröffentlicht werden und in elektronischer Form zugänglich sind (Abs. 1). Die Einsicht ist auf dem Geoportal des Bundes unentgeltlich möglich (Abs. 2; vgl. dazu auch Erl. BAK, S. 5). Die bereits bisherige Ermächtigung des Eidg. Departements des Innern zur Vornahme geringfügiger Änderungen bei der Objektumschreibung nach Anhörung der Kantone wird in Art. 3 präzisiert und eingeschränkt (keine projektbezogenen Änderungen; vgl. dazu auch Erl. BAK. S. 5 f.). Art. 4 regelt die bisher nicht näher umschriebene Zusammenarbeit mit den Kantonen, welche auch für den Einbezug der Öffentlichkeit zu sorgen haben (vgl. Erl. BAK, S. 6). Art. 5 definiert neu die Begriffe «Ortsbilder» und «Ortsbildteile» und unterscheidet Ortsbildteile mit Eigenwert bzw. mit blossem Beziehungswert (vgl. dazu auch Erl. BAK, S. 6 f.). Art. 6 umschreibt in Abs. 1 neu die verschiedenen im ISOS verwendeten Siedlungskategorien (Stadt/Kleinstadt/verstädtertes Dorf etc.). Für die Bezeichnung der Siedlungskategorien in den Landessprachen wird auch auf den neuen Anhang 2 verwiesen (Abs. 2; vgl. dazu auch Erl. BAK, S. 7). Art. 7 hält fest, dass grundsätzlich nur ganzjährig bewohnte Siedlungen, welche in den Landeskarten mit Ortsbezeichnung versehen sind, ins ISOS aufgenommen werden können (Abs. 1), wobei Ausnahmen davon unter der Siedlungskategorie «Spezialfall» erfasst werden (Abs. 2; vgl. dazu Erl. BAK, S. 7). Art. 8 enthält die Kriterien für die Bewertung der Ortsbilder: Es sind die Qualitäten des betreffenden Ortsbilds zu prüfen und mit den Ortsbildern derselben Siedlungskategorie zu vergleichen (Abs. 1). Die Ortsbilder sind hierbei unabhängig von ihrer Siedlungskategorie nach wissenschaftlicher Methode gleich zu behandeln (Abs. 2). Hauptkriterien sind die Lagequalitäten, die räumlichen Qualitäten und die architekturhistorischen Qualitäten (Abs. 3). Als Nebenkriterien können der archäologische, geschichtliche oder volkskundliche Wert mitberücksichtigt werden (Abs. 4); vgl. dazu auch Erl. BAK, S. 7 f.). Art. 9 nennt die Kriterien für die Bewertung von Ortsbildern sowie die Zuweisung von Erhaltungszielen: Beurteilt werden Ortsbildteile, die mindestens 30 Jahre alt sind (Abs. 1). Die Ortsbildteile werden im Übrigen unabhängig von der Entstehungsepoche gleichbehandelt (Abs. 2). Die Ortsbildteile mit Eigenwert werden nach ihren räumlichen und architekturhistorischen Qualitäten, ihrem Stellenwert im Ortsbild und ihrem Erhaltungszustand bewertet (Abs. 3). Ihnen sind dementsprechend folgende Erhaltungsziele zuzuweisen: Erhalten der Substanz bzw. Beschaffenheit als Kulturland oder Freifläche, Erhalten der Struktur oder Erhalten des Charakters (Abs. 4). Ortsbildteile mit blossem Beziehungswert sind einzig nach ihrem Stellenwert im Ortsbild zu bewerten, wobei negative Einwirkungen auf die Ortsbildteile mit Eigenwert zu vermeiden sind (Abs. 5). Mit der Umsetzung der Erhaltungsziele im konkreten Einzelfall soll erreicht werden, dass die Qualitäten der Ortsbilder ungeschmälert erhalten bleiben, jedenfalls aber die grösstmögliche Schonung erfahren (Abs. 6; vgl. zum Ganzen auch Erl. BAK, S. 8 ff.).

3.4 In den neuen Art. 10 und 11 werden erstmals die Rechtswirkungen des ISOS auf Verordnungsebene näher geregelt: Art. 10 regelt die Rechtswirkungen bei Erfüllung von Bundesaufgaben i.S.v. Art. 2 NHG und führt damit Art. 6 NHG in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung näher aus. Eingriffe, die keine Auswirkungen auf die Erreichung der Erhaltungsziele haben, stellen keine

Beeinträchtigung der Objekte dar und sind zulässig; ebenso geringfügige Beeinträchtigungen, wenn sie sich i.S.v. Art. 3 NHG durch ein überwiegendes Interesse rechtfertigen lassen (Abs. 1). Bei schwerwiegenden Eingriffen in ein Objekt darf eine Interessenabwägung nur vorgenommen werden, wenn bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von nationaler Bedeutung vorliegen; eine schwerwiegende Beeinträchtigung ist diesfalls nur zulässig, wenn zugunsten des Eingriffs überwiegende Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung bestehen (Abs. 2). Hängen mehrere geringfügige Eingriffe sachlich, räumlich oder zeitlich zusammen oder sind Folgeeingriffe eines zulässigen Eingriffs zu erwarten, ist auch die Gesamtwirkung auf das Objekt zu beurteilen (Abs. 3). Erweist sich eine Beeinträchtigung im Übrigen aufgrund der Interessenabwägung als zulässig, muss sie sich auf ein Mindestmass beschränken; dabei ist das Gebot der grösstmöglichen Schonung der baukulturellen, insbesondere städtebaulichen Qualitäten des Objekts zu beachten (Abs. 6; vgl. zum Ganzen Erl. BAK, S. 10 ff.). - Art. 11 umschreibt demgegenüber die aufgrund der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. insbesondere BGE 135 II 209 ff. [Rüti/ZH]) gebotene ISOS-Berücksichtigungspflicht im Bereich der rein kantonalen Aufgabenerfüllung. Die Kantone haben das ISOS bei ihren Planungen, insbesondere in der *Richtplanung* nach Art. 6 −12 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz; RPG; SR 700), zu berücksichtigen (Abs. 1). Die Kantone haben sodann dafür zu sorgen, dass das ISOS in der nachgeordneten Planung auf der Grundlage der kantonalen Richtpläne berücksichtigt wird, insbesondere bei der Nutzungsplanung nach Art. 14–20 RPG bzw. der entsprechenden planerischen Interessenabwägung (Abs. 2; vgl. dazu auch Erl. BAK, S. 13 f.). Gemäss Art. 12 sind die Finanzhilfen, welche der Bund gestützt auf Art. 13 und 14a NHG auch an die Erhaltung und Aufwertung von ISOS-Objekten ausrichtet, nicht in der VISOS geregelt; massgebend sind vielmehr die Art. 4-12a NHV, wobei Grundlage in der Regel Programmvereinbarungen zwischen Bund und Kanton bilden (vgl. dazu Erl. BAK, S. 14). Art. 13 regelt sodann Information und Beratung: Das BAK sorgt für die Information und Beratung der Behörden und der Öffentlichkeit über die Bedeutung und den Zustand der ISOS-Objekte und über dessen praktische Anwendung (vgl. dazu auch Erl. BAK, S. 14).

4. Weisungen zum ISOS (WISOS)

- 4.1 Das Eidg. Departement des Innern hat überdies am 1. Dezember 2017 bzw. am
- 1. Januar 2020 (geltende Fassung) «Weisungen über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung ISOS (WISOS)» erlassen (publiziert auf der Homepage des BAK unter «ISOS-Methode»). Die WISOS führen die bestehenden Vorschriften über das ISOS näher aus und enthalten eine detaillierte Beschreibung der an die GIS-Technologien angepassten, seit 2016 verwendeten ISOS-Inventarisierungsmethode und im Anhang einen Entsprechungsschlüssel zur ursprünglichen Aufnahmemethode. Dazu wurden 2021 vom BAK noch «Erläuterungen» herausgegeben, welche eine Übersicht über das ISOS und die angepasste und die ursprüngliche Aufnahmemethode geben. Die ursprüngliche Methode gilt heute immer noch. Aufnahmen nach der angepassten neuen Methode gibt es bisher nur für die Kantone Genf, Graubünden und Fribourg. In allen anderen Kantonen sind die Ortsbildaufnahmen nach der ursprünglichen Methode noch immer rechtsgültig.

4.2 Zum Inhalt der WISOS: Abschnitt 1 enthält allgemeine Bestimmungen: Art. 1 hält fest, was Gegenstand dieser Weisungen ist, und weist auch auf die Listen der Ortsbilder von regionaler und lokaler Bedeutung hin, für welche die WISOS nicht gelten. Abschnitt 2 enthält Grundsätze bzw. Definitionen zu den Ortsbildern und Ortsbildteilen (Art. 3) und zu den Siedlungskategorien (Art. 4) und umschreibt die Aufnahmevoraussetzungen (Art. 5). Abschnitt 3 enthält verschiedene Grundregeln für die ISOS-Inventarisierung: Berücksichtigung gleichartiger Grundlagen (Art. 6), keine Grundlagenforschung (Art. 7), keine Berücksichtigung nur kurzfristig gültiger Grundlagen (Art. 8), Wahrung der fachlichen Unabhängigkeit (Art. 9), keine Innenbesichtigungen (Art. 10), Präsentation einer Momentaufnahme (Art. 11), Primat des räumlichen Bezugs (Art. 12). Abschnitt 4 enthält Ausführungen zur Systematik bezüglich der Inventarisierung des Ortsbildes und der Ortsbildteile: Art. 13 sichert und umschreibt die Wissenschaftlichkeit der Inventarisierung. Für die Ortsbilder werden zunächst die Beschaffenheit des Ortsbildes (Art. 14) und alsdann wird die Bewertung umschrieben: Hauptkriterien (Art. 15), Nebenkriterien (Art. 16), Anwendung und Gewichtung der Kriterien (Art. 17), Klassifizierung der Qualitäten (Art. 18), nationale Bedeutung (Art. 19). Für die Ortsbildteile werden ebenfalls deren Beschaffenheit (Art. 20) und die Eingrenzung (Art. 21) und alsdann die Bewertung (Art. 22) und die weiteren Informationen umschrieben: Erhaltungsziele (Art. 23), generelle Erhaltungshinweise und entsprechende Massnahmen (Art. 24), Zusatzinformationen (Art. 25). Abschnitt 5 regelt die *Dokumentation*: Bestandteile der Dokumentation (Art. 26), das Ortsbildporträt (Art. 27), die Fotodokumentation (Art. 28), der Aufnahmeplan (Art. 29), die Legende zum Plan (Art. 30), die Beschreibung und Bewertung des Ortsbilds (Art. 31), die Beschreibung und Bewertung der Ortsbildteile (Art. 32) die Beschreibung und Begründung der Hinweise (Art. 33), die spezifischen Erhaltungsempfehlungen und Verbesserungs-vorschläge/Hinweise auf Gefahren (Art. 34), Hinweis auf die bestehenden Schutzmassnahmen (Art. 35).

4.3 Nach den inhaltlichen Vorschriften betrifft Abschnitt 6 die Publikation: Das ISOS kann unentgeltlich auf dem Geoportal des Bundes eingesehen werden (siehe map.geo.admin.ch); rechtsgültig sind die Ortsbildaufnahmen im PDF-Format (Art. 36). Abschnitt 7 regelt das Verfahren der Ortsbildaufnahmen: Die Erarbeitung und Publikation der ISOS-Ortsbildaufnahmen obliegen dem BAK (Art. 37). Das BAK bestellt für die Bewertung und Einstufung der Ortsbilder einen ständigen Bewertungsausschuss (Art. 38). Die Einstufung der Ortsbilder erfolgt kantonsweise, allenfalls in Etappen, unter Einbezug von Vertretern von Bund und Kantonen und des Bewertungsausschusses (Art. 39). Die Ortsbildaufnahmen unterliegen einer formellen Anhörung durch das BAK, wobei auch eine informelle fachliche Anhörung der interessierten Fachstellen des Kantons und allenfalls interessierter Kreise erfolgt; die Inkraftsetzung erfolgt durch den Bundesrat (Art. 40). Die entsprechende Verankerung erfolgt durch eine Änderung im Anhang 1 der VISOS (vgl. als Beispiel die Aktualisierung des ISOS für den Kanton Freiburg und für den Kanton Graubünden; AS 2024 114 und Medienmitteilung des Bundesrates vom 15. März 2024). Die Nachführung erfolgt kantonsweise und folgt chronologisch den Publikationsdaten der ISOS-Aufnahmen (Art. 41). Im Abschnitt 8 (Schlussbestimmungen) wird festgehalten, dass das EDI die WISOS vollzieht (Art. 42) und die Weisung für die Aufnahme der Ortsbilder von nationaler Bedeutung gilt, die ab 1. Dezember 2017 nach der angepassten Inventarisierungsmethode in Kraft getreten sind; die zuvor in Kraft getretenen Ortsbildaufnahmen richten sich nach der ursprünglichen Inventarisierungsmethode (Art. 43). Die WISOS traten am 1. Januar 2020 in Kraft; der Entsprechungsschlüssel ursprüngliche/angepasste Methode gilt bis zum Abschluss der nach der angepassten Inventarisierungsmethode revidierten und vom Bundesrat in Kraft gesetzten ISOS-Aufnahmen (Art. 44).

II. Grundlage, Sinn und Zweck der Unterscheidung Bundesaufgabe/kantonale Aufgabenerfüllung beim Ortsbildschutz; Auswirkungen und Abgrenzungen

A. Verfassungsrechtliche Grundlage der Unterscheidung

1. Die dem ganzen ersten Abschnitt des NHG (Art. 2–12g) zugrunde liegende Unterscheidung «Erfüllung einer Bundesaufgabe/kantonale Aufgabenerfüllung» bei der Anwendung des NHG für die Bereiche des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes, nicht aber für den in den Art. 18 ff. NHG geregelten Biotop- und Artenschutz, geht auf die verfassungsrechtliche Kompetenzausscheidung im Natur- und Heimatschutz gemäss dem beim Erlass des NHG geltenden Art. 24^{4sexies} Abs. 2 aBV zurück. Diese Verfassungsbestimmung beschränkte die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes in den erwähnten Bereichen auf die Erfüllung von Bundesaufgaben und verpflichtete zugleich den Bund, die entsprechenden Schutzobjekte ungeschmälert zu erhalten, wenn das öffentliche Interesse dies gebietet. Diese Regelung wurde bei der Totalrevision der Bundesverfassung im Jahr 1999 in Art. 78 Abs. 2 BV zwar nicht wörtlich, aber inhaltlich und sinngemäss unverändert übernommen (vgl. oben Ziff. I/B/1 und Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 2, sowie Zufferey, Komm. NHG, Art. 2 Rz. 2). Es trifft zu, dass diese Art der Kompetenzzuweisung in der Literatur auch als «Selbstbindung» bzw. «Selbstverpflichtung» des Bundes bezeichnet wird, weil der Bund sich damit Pflichten auferlegt, welche nur für seine eigene Aufgabenerfüllung, nicht aber für die eigenständige Aufgabenerfüllung der Kantone und Gemeinden gelten (vgl. Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 9). Diese Selbstverpflichtung des Bundes kann aber nicht mit der blossen Selbstbindung der Gemeinwesen (Kanton, Gemeinden, öffentliche Organisationen) verglichen werden, wie sie etwa im Natur- und Heimatschutzrecht des Kantons Zürich aufgrund von § 204 PGB/ZH gilt. Die dort vorgesehene Selbstbindung der

Gemeinwesen bezweckt eine Verstärkung des kantonalen Natur- und Heimatschutzes bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, in dem bei der Erfüllung solcher Aufgaben auch ohne förmliche Unterschutzstellung oder Inventarisierung eine Interessenabwägungen durchgeführt werden muss, wenn in ein schutzwürdiges Objekt eingegriffen werden soll. Die Vorschrift gilt bei eigenen Bauprojekten, Planungen bzw. Plangenehmigungen, Beitragsgewährung und bei der Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen, soweit der Behörde dabei Ermessensfreiheit zusteht. Diesfalls sollen auch ohne förmliche Unterschutzstellung die Natur- und Heimatschutzinteressen berücksichtigt und ihnen zum Durchbruch verholfen werden, wenn das Interesse am Schutz überwiegt. Damit soll vor allem auch die Vorbildfunktion der öffentlichen Hand im Bereich des Natur- und Heimatschutzes betont und gesichert werden (vgl. dazu § 1 der Kantonalen Natur- und Heimatschutzverordnung vom 20. Juli 1977 [KNHV; LS 702.11] und Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, Zürcher Bau- und Planungsrecht, Band 1, 6. Aufl., Wädenswil 2019, S. 292 f.).

2. Entsprechende, erst im konkreten Fall anwendbare blosse Berücksichtigungs- und Interessenabwägungsklauseln wurden auch im Bundesrecht schon vor dem Erlass des NHG in einzelnen Bundesgesetzen aufgenommen (z.B. im Wasserrechtsgesetz von 1916, im Enteignungsgesetz von 1930 und im Elektrizitätsrecht ab 1933; vgl. dazu Zufferey, Komm. NHG, 1. Kap. Rz. 11 und Marti, Komm. NHG, 2. Kap., Rz. 55). Aufgrund des 1962 von Volk und Kantonen angenommenen Art. 24sexies aBV (Naturund Heimatschutzartikel), welcher entsprechend dem heutigen Art. 78 Abs. 2 BV in Absatz 2 auch mit einem ausdrücklichen Schutzauftrag verbunden war, wollte der Bundesgesetzgeber aber einen Schritt weiter gehen und die Berücksichtigungs- und Schonpflicht bei der Erfüllung von Bundesaufgaben auch generell-abstrakt näher regeln (vgl. Art. 2 ff. NHG) und dafür überdies ein besonderes Instrumentarium (die Bundesinventare als *Planungsgrundlage* mit formell und materiell verstärktem Schutz) schaffen (Art. 5 ff. NHG; vgl. dazu auch die Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 12. November 1965, BBl 1965 III 89 ff., insbesondere S. 92 ff., und Marti, Komm. NHG, 2. Kap., Rz. 56). Anders als § 204 PBG/ZH umfasste die Selbstverpflichtung des Bundes in Art. 24sexies Abs. 2 aBV denn auch nach herrschender und vom Bundesgesetzgeber seit dem Erlass des

NHG beanspruchter Auffassung *auch eine Gesetzgebungskompetenz* des Bundes für die Regelung des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes bei der Erfüllung von Bundesaufgaben, von deren Bestehen auch bei der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 mit dem Erlass von *Art. 78 Abs. 2 BV* ausgegangen wurde (vgl. dazu auch die Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 I 253 f. bei Fn. 116 [mit dem zusätzlichen ausdrücklichen Hinweis darauf, dass die Bundesverpflichtung des heutigen Art. 78 Abs. 2 BV auch die Kantone treffe, soweit sie Bundesrecht vollziehen]; zum Ganzen auch *Griffel*, Nutshell Umweltrecht, S. 270; a.M. offenbar *Peter Karlen*, ISOS-Kritik, S. 122 ff.).

B. Gesetzliche Grundlage der Unterscheidung

1. Der Bundesgesetzgeber nahm die oben in Ziff. 1 beschriebene beschränkte Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes mit dem Erlass des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451) wahr und führte im ersten Abschnitt dieses Gesetzes (ursprünglich Art. 2–12 NHG) eine detaillierte Regelung des «Natur- und Heimatschutzes bei Erfüllung von Bundesaufgaben» ein. Diese bestehen für die Erfüllung von Bundesaufgaben insbesondere in der allgemeinen Interessenabwägungspflicht im Sinne des Natur- und Heimatschutzes gemäss Art. 3 NHG (Grundnorm des bundesrechtlichen Natur- und Heimatschutzes), in der Schaffung von besonderen Bundesinventaren mit verstärktem Schutz und besonderen Begutachtungsvorschriften (Art. 5–7 NHG) und im besonderen Beschwerderecht der Gemeinden und ideellen Organisationen (Art. 12). Dieses System des auf die Erfüllung von Bundesaufgaben beschränkten bundesrechtlichen Natur- und Heimatschutzes blieb seit dem Erlass des NHG im Jahr 1966 im Wesentlichen unverändert (vgl. dazu auch oben Ziff. I/B/2.2). Geändert wurde 1995 lediglich der Titel des ersten Gesetzgebungsabschnittes im Sinne eines klaren Einbezugs auch des Denkmalschutzes (neu: «Naturschutz, Heimatschutz und Denkmalpflege bei Erfüllung von Bundesaufgaben»; vgl. dazu auch Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 6, und Favre, Komm. NHG, Art. 1 Rz. 2). Überdies erfolgte im Rahmen mehrerer Gesetzesrevisionen eine Neugestaltung des besonderen Beschwerderechts der Gemeinden und ideellen

Organisationen bei Erfüllung von Bundesaufgaben (heute Art. 12–12g NHG; vgl. dazu auch Zufferey, Komm. NHG, Art. 2 Rz. 2). Was hierbei als «Erfüllung einer Bundesaufgabe» zu gelten hat, wurde von Anfang an in Art. 2 NHG nur beispielhaft und nicht im Sinne einer abschliessenden Regelung umschrieben. Es handelt sich somit um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der durch Rechtsprechung und Praxis im Sinne des Verfassungsauftrags weiter konkretisiert werden muss (vgl. dazu auch Dajcar/Griffel, BSK-BV, Art. 78 Rz. 15 f., Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. Rz. 13 ff., und insbesondere Zufferey, Komm. NHG, Art. 2 Rz. 10 ff.). Ursprünglich war nicht ganz klar, ob und inwieweit auch bei der Tätigkeit von Kantonen und Gemeinden die Erfüllung einer Bundesaufgabe vorliegen kann (vgl. dazu auch *Thomas Fleiner-Gerster* in: Aubert et al. [Hrsg.], Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1989, Art. 24^{sexies} Rz. 13 f.). Immerhin erfasste Art. 2 NHG in lit. b aber von Anfang an ausdrücklich auch die Erteilung von Rodungsbewilligungen, welche damals bis zu einer bestimmten Fläche regelmässig von den Kantonen erteilt werden mussten. Bereits mit der NHG-Revision vom 24. März 1995 wurde sodann in Art. 3 NHG (im Marginale und in Absatz 1) klargestellt, dass die allgemeine Berücksichtigungspflicht bezüglich des Natur- und Heimatschutzes bei der Erfüllung von Bundesaufgaben auch für die Kantone gilt (vgl. dazu auch Griffel, Nutshell Umweltrecht, S. 270, und *Favre*, Komm. NHG, Art. 3 Rz. 1, 5). Wie bereits erwähnt, wurde eine entsprechende Verpflichtung der Kantone bei der Erfüllung von Bundesaufgaben sodann anlässlich der Totalrevision der Bundesverfassung zwar nicht ausdrücklich in den Verfassungstext aufgenommen, aber in den Materialien festgehalten, dass im Rahmen der Erfüllung von Bundesaufgaben auch die Kantone an die vom Bund aufgrund von Art. 78 Abs. 2 BV erlassenen Vorschriften gebunden sind (vgl. oben Ziff. II/A/1 a.E.).

2. Heute ist denn auch anerkannt und durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei der Konkretisierung von Art. 2 NHG entwickelt und immer wieder bestätigt worden, dass *Kantone und Gemeinden* – über den in Abs. 2 dieser Bestimmung ausdrücklich erwähnten Fall der Bewilligung von Vorhaben, die voraussichtlich Bundesbeiträge erhalten, hinaus – grundsätzlich immer dann Bundesaufgaben i.S.v. Art. 2 NHG erfüllen, wenn sie auf einen bestimmten Sachverhalt eine *hinreichend detaillierte und*

direkt anwendbare bundesrechtliche Regelung mit einem Bezug zum Natur- und Heimatschutz anzuwenden haben, also insbesondere bei der Durchführung entsprechender durch Bundesrecht detailliert geregelter Bewilligungsverfahren. Dies trifft insbesondere auf Baubewilligungen für zonenkonforme Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone (Art. 16 ff. RPG) und auf Ausnahmebewilligungen für das Gebiet ausserhalb der Bauzonen (Art. 24 ff. RPG), nicht aber ordentliche Baubewilligungen nach Art. 22 RPG zu, welch letztere zwar im Bundesrecht vorgeschrieben, aber – mit Ausnahme der Dachsolaranlagen i.S.v. Art. 18a RPG – dort nicht im Detail geregelt sind (vgl. dazu Zufferey, Komm. NHG, Art. 2 Rz. 40, 46; Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 968). Darüber hinaus fallen unter den Begriff der Erfüllung von Bundesaufgaben i.S.v. Art. 2 NHG aber neben der in Art. 2 Abs. 2 lit. b NHG ausdrücklich genannten Rodungsbewilligung auch zahlreiche weitere umweltrechtliche Spezialbewilligungen, welche das Bundesrecht für bestimmte Bauvorhaben verlangt und die detaillierte Anforderungen mit Bezug zum Natur- und Heimatschutz an solche Vorhaben enthalten. Darunter fallen namentlich die für das vorliegende Gutachten bedeutsamen gewässerschutzrechtlichen Bewilligungen, wohl aber nicht z.B. lärmschutzrechtliche Bewilligungen (vgl. z.B. Art. 20 USG i.V.m. Art. 31 Abs. 2 LSV) und auch nicht die Pflicht zur Erstellung von privaten Pflichtschutzplätzen, welche Aufgaben sich nicht auf den Natur- und Landschaftsschutz beziehen (vgl. dazu Dajcar/Griffel, BSK-BV, Art. 78 Rz. 15 f., Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 14, Zufferey, Komm. NHG, Art. 2 Rz. 16 f., 20 und 43 [für Gewässerschutzbewilligungen] und zu den Bewilligungen nach Gewässerschutzrecht auch eingehend nachfolgend Ziff. IV; zum Begriff der Erfüllung von Bundesaufgaben bei der Anwendung des ISOS auch eingehend Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 967 ff.; für Lärmschutzbewilligungen und Pflichtschutzräume auch das Urteil des Bündner Verwaltungsgerichts vom 7. Januar 2020, E. 2.6.1 und 2.6.2 [offen gelassen im Bundesgerichtsurteil 1C 53/2019 vom 3. Juni 2020, E. 7.2, für Bewilligungen nach Art. 31 Abs. 2 LSV]). Keine Erfüllung von Bundesaufgaben stellt nach der Rechtsprechung in der Regel auch die kantonale und kommunale Nutzungsplanung dar, da deren Erlass zwar im Bundesrecht vorgeschrieben wird, wobei die Ausgestaltung aber weitgehend den Kantonen und Gemeinden überlassen bleibt (vgl. Art. 14 ff. RPG). Davon gibt es nur wenige Ausnahmen: So geht es um die Erfüllung einer Bundesaufgabe, wenn eine Umgehung von Art. 24 RPG zur Diskussion

steht, eine unzulässige Kleinbauzone ausgeschieden wird oder ein projektbezogener Sondernutzungsplan ausserhalb der Bauzone ausgeschieden wird. Aufgrund der 2013 revidierten Bestimmungen zur Bauzonendimensionierung (vgl. Art. 15 RPG) bilden auch Neueinzonungen und wohl generell die Bauzonendimensionierung die Erfüllung einer Bundesaufgabe, nicht aber die Ausgestaltung der Bauzone und das Mass der baulichen Nutzung in den einzelnen Zonen (vgl. dazu *Zufferey*, Komm. NHG, Art. 2 Rz. 29, 39, 45; *Merkli*, ISOS-Rechtsprechung, S. 968 f.; *Samuel Kissling*, Einzonungen sind neu Bundesaufgabe, VLP-Inforaum 1/2017, S. 4 ff. [Kommentar zum BGE 142 II 509, Adligenswil/LU]).

3. Im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird zum Teil auch ins Feld geführt, das Bundesgericht habe den Begriff der Erfüllung einer Bundesaufgabe ständig ausgeweitet (so Karlen, ISOS-Kritik, S. 122 ff.). Das trifft jedoch bei genauerem Hinsehen *nicht zu*. Das Bundesgericht hat lediglich 1986 im Fall Höhronen festgehalten, dass auch die Anwendung des Raumplanungsgesetzes, welche in der Regel Sache der Kantone sei, dann eine Bundesaufgabe darstelle, wenn es um die Erteilung einer Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG gehe, welche Bestimmung eine direkt anwendbares Bundesregelung enthalte und klarerweise einen Bezug zum Natur- und Heimatschutz aufweise (BGE 112 Ib 70 ff.). Aus demselben Grund wurde auch die Anwendung von Art. 75a BV (Zweitwohnungsartikel), die Gewährung von Ausnahmen für die Erstellung von Anlagen innerhalb des Gewässerraums und die Anwendung des bundesrechtlichen Biotopschutzrechts beim Erlass eines Nutzungsplans als Erfüllung einer Bundesaufgabe qualifiziert. Diese Rechtsprechung liegt daher auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung und stellt somit lediglich eine Fortentwicklung derselben in neuen Anwendungsfällen dar. Durch das Erfordernis eines Bezugs der betreffenden bundesrechtlichen Regelungen zum Natur- und Heimatschutz wurde überdies der Begriff der «Erfüllung einer Bundesaufgabe» i.S.v. Art. 2 NHG gegenüber dem bestehenden Wortlaut auch interpretatorisch eingeschränkt (vgl. dazu auch Dajcar/Griffel, BSK-BV, Art. 78 Rz. 16 f.; Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 14; Zufferey, Komm. NHG, Art. 2 Rz. 34 ff.: zum Ganzen auch Markus Gredig, Das Konzept der Erfüllung von Bundesaufgaben im Natur- und Heimatschutzrecht, in: Markus Gredig et al. [Hrsg.], Peters Dreiblatt – Föderalismus, Grundrechte, Verwaltung, Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2020 [nachfolgend: Konzept], S. 359 ff., insbesondere S. 376 [die bestehende Rechtsprechung ist aus dogmatischer Sicht überzeugend; die fragwürdige Kompetenzverteilung im Bereich NHG bleibt]).

C. Sinn und Zweck des gesetzlichen Konzepts

1. Der Sinn der dargelegten Regelung von Art. 2 NHG und der durch das Bundesgericht geprägten Praxis dazu besteht offensichtlich und begründeterweise darin, dass immer dann, wenn auf einen Sachverhalt detailliert geregeltes und direkt anwendbares Bundesrecht zur Anwendung gelangt, welches einen Bezug zum Natur- und Heimatschutz aufweist, die aufgrund und im Sinne des Verfassungsauftrages von Art. 78 Abs. 2 BV vom Bundesgesetzgeber geschaffene eingehende und differenzierte bundesrechtliche Regelung von Art. 2 ff. NHG mit den entsprechenden besonderen bundesrechtlichen Instrumenten (Bundesinventare nach Art. 5 NHG) im konkreten Fall vollumfänglich zur Anwendung gelangen und der Verfassungsauftrag dadurch für alle bundesrechtlich geregelten Sachverhalte gesichert und durchgesetzt werden soll, unabhängig davon, ob Bund oder Kantone (und Gemeinden) für die Rechtsanwendung zuständig sind. Es geht also um die Zielsetzung eines einheitlichen bundesrechtlich geregelten Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes bei der Anwendung von materiellem Bundesrecht, soweit ein Zusammenhang mit Natur- und Landschaftsschutz besteht (vgl. zum Sinn und Zweck dieser Regelung auch Zufferey, Komm. NHG, 1. Kap. Rz. 6, 11 f., Art. 2 Rz. 1 ff., 10 ff., Gredig, Konzept, S. 374 f., und Griffel, Nutshell Umweltrecht, S. 269 ff.). Dies aber hat zur Folge, dass die vom Bund gestützt auf Art. 5 ff. NHG geschaffene Regelung des ISOS als besonderes Bundesinventar für den Ortsbildschutz im Bereich des Bundesrechts (vgl. dazu oben Ziff. I/B/3f.) auch bei der Erfüllung von Bundesaufgaben durch die Kantone gilt und von diesen in solchen Fällen vollständig direkt und zur Anwendung gebracht werden muss. Die Rechtsanwendungsnorm von Art. 10 VISOS, welche die Interessenabwägung im Sinne und in Anlehnung an Art. 6 NHG bei betroffenen ISOS-Schutzobjekten detailliert regelt, muss daher auch gelten, wenn Kantone und Gemeinden Bundesaufgaben erfüllen (vgl. dazu auch Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 968 f., welcher zugleich zutreffend darauf hinweist, dass die Aufnahme einer Baute in das ISOS aber nicht bedeutet, dass deren Schutz selber damit zur Bundesaufgabe wird, weil dazu die Gesetzeskompetenz des Bundes und eine allgemeine direkt anwendbare Bundesregelung fehlt [dasselbe gilt im Übrigen auch für die Granada-Konvention zum Schutz des baugeschichtlichen Erbes von 1985; vgl. Zufferey, Art. 2 Rz. 47]). Die Direktanwendbarkeit der Bundesinventare nach Art. 5 NHG bei Erfüllung einer Bundesaufgabe gilt im Übrigen auch für die anderen aufgrund dieser Bestimmung erlassenen Bundesinventare (vgl. für das BLN-Inventar und für das IVS-Inventar auch Leimbacher, Komm. NHG, Art. 5 Rz. 3, 11 ff., Art. 6 Rz. 2). Dass diese Ordnung sich daher auch hinsichtlich des ISOS auf die geltende Verfassung und Bundesgesetzgebung stützen kann, wird von den ISOS-Kritikern zu Unrecht und mit einem nicht zutreffenden Vergleich mit der Regelung von § 204 PBG/ZH in Abrede gestellt, zumal übersehen wird, dass Art. 78 Abs. 2 BV dem Bund - anders als die erwähnte kantonale Vorschrift dem Kanton - nach anerkannter Auffassung eine entsprechende beschränkte Gesetzgebungskompetenz zuweist und der Bund gestützt darauf als Grundlage für den bundesrechtlichen Landschafts-, Ortsbildund Denkmalschutz besondere Bundesinventare vorsieht (vgl. dazu oben Ziff. II/1).

2. Da die Gesetzgebungskompetenz i.S.v. Art. 78 Abs. 2 BV auf die Erfüllung von Bundesaufgaben beschränkt ist, kann der Bund freilich für den damit verbundenen Schutzauftrag nicht losgelöst von einem konkreten Anwendungs- bzw. Eingriffsfall Schutzanordnungen direkt grundeigentümerverbindliche durch planerische Massnahmen oder Schutzverfügungen erlassen. Vielmehr kann der Bund nur verlangen, dass die gestützt auf Art. 78 Abs. 2 BV und Art. 5 NHG geschaffenen besonderen Schutzinstrumente (die Bundesinventare) im konkreten Anwendungsfall berücksichtigt und durchgesetzt werden (quasi als Ersatz für kompetenzmässig nicht zulässige direkt anwendbare Schutzmassnahmen des Bundes). Dies aber ist mit der Eigentumsgarantie und dem Legalitätsprinzip durchaus vereinbar, da die damit verbundenen Eigentumsbeschränkungen sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage zu stützen vermögen (Art. 5 ff. NHG) und die zugrundeliegenden Schutzinstrumente im Anwendungsfall – ähnlich wie Richtplanvorgaben im Raumplanungsrecht – akzessorisch überprüft werden können. Überdies trifft es auch nicht zu, dass mit dem ISOS bereits eine Interessenabwägung vorweggenommen wird, da das ISOS lediglich eine anwendbare Planungsgrundlage bildet und bei der Anwendung des ISOS stets noch eine – allerdings unterschiedlich strenge – Interessenabwägung durchgeführt werden muss (vgl. dazu *Arnold Marti*, Unberechtigte Angriffe auf die Natur- und Heimatschutzinventare des Bundes, ZBI 2020, S. 521 f.; zur heutigen detaillierten Regelung der Auswahl- und Schutzkriterien sowie der Inventarisierungsmethode für die ISOS-Ortsbildaufnahmen auf Verordnungsstufe oben Ziff. I/B/3 f.; zur Situation vor der Totalrevision des ISOS von 2019 die Hinweise bei *Leimbacher*, Komm. NHG, Art. 5 Rz. 20; zur stets erforderlichen Interessenabwägung bei der Anwendung des ISOS nachfolgend Ziff. III/A).

D. Abgrenzung zur rein kantonalen Aufgabenerfüllung

Soweit die Kantone und Gemeinden nicht Bundesaufgaben erfüllen, sondern im Rahmen der eigenständigen Aufgabenerfüllung tätig sind (insbesondere grundsätzlich bei der Ortsplanung und bei Baubewilligungen innerhalb des Siedlungsgebietes ohne Erfordernis bundesrechtlich geregelter Spezialbewilligungen), finden die Schutzregelungen der Art. 2 ff. NHG keine direkte Anwendung, weil dafür weder eine Verfassungs- noch eine Gesetzesgrundlage besteht. Vielmehr gilt in diesem Bereich, dass die Kantone grundsätzlich autonom für den Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz zuständig sind (vgl. dazu und zu den heute zu beachtenden Einschränkungen dieser Autonomie namentlich aufgrund des Raumplanungs- und des internationalen Rechts Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 7f.). So müssen die erwähnten Bundesinventare und namentlich auch das ISOS in diesen Bereichen bei der Richt- und Nutzungsplanung – im Sinne der Planabstimmungs- und Berücksichtigungspflicht nach Art. 2 Abs. 1 und 6 Abs. 4 RPG – zumindest berücksichtigt werden (vgl. heute ausdrücklich Art. 11 VISOS und oben Ziff. I/B/3.4; zur unterschiedlichen Bedeutung und Wirkung des ISOS in den Bereichen Erfüllung von Bundesaufgaben bzw. rein kantonale Aufgabenerfüllung auch nachfolgend Ziff. III). Da keine Erfüllung einer Bundesaufgabe vorliegt, steht in diesem Bereich auch die besondere Gemeinde- und Verbandsbeschwerde nach Art. 12 ff. NHG nicht zur Verfügung (vgl. Keller, Komm. NHG, Art. 12 Rz. 5). Insoweit kommt den Bundesinventaren nach Art. 5 NHG daher ausserhalb

der Erfüllung von Bundesaufgaben – von der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung im Natur- und Heimatschutz so gewollt – eine geringere Schutzwirkung zu als beim Vollzug von Bundesrecht (vgl. dazu auch Leimbacher, Komm. NHG, Art. 6 Rz. 23 ff., und Dajcar/Griffel, BSK-BV, Art. 78 Rz. 19 mit Hinweis auf sich daraus ergebende fragwürdige Wertungswidersprüche bezüglich des Schutzes von Objekten von nationaler Bedeutung im Natur- und Heimatschutzrecht der Schweiz; vgl. dazu auch Marti, SGK-BV, Art. 78 Rz. 34, und Gredig, Konzept. S. 372 ff.).

III. Unterschiedliche Art der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem ISOS-Ortsbildschutz bei Bundesaufgaben bzw. bei kantonaler Aufgabenerfüllung

A. Vorbemerkungen

1. Die Interessenabwägung ist eine rechtliche Methode zur Entscheidfindung, wenn in einem konkreten Anwendungsfall ganz unterschiedliche und zum Teil einander entgegenstehende Interessen berücksichtigt und gewichtet werden müssen und dies der Gesetzgeber nicht vorweg in einer generell-abstrakten Regelung vorwegnehmen will. Er verweist die rechtsanwenden Behörden dann zum Teil für die Lösung bestimmter Fragen ausdrücklich auf diese Methode; zum Teil erlässt er auch nur offene Normen, welche dann nach dieser Methode konkretisiert werden müssen (vgl. dazu und zur Methode der Interessenabwägung allgemein Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, Rz. 612 ff.). Diese Methode spielt insbesondere im Raumplanungs- und Baurecht eine wichtige und zentrale Rolle, da in diesem Rechtsbereich regelmässig ganz unterschiedliche planerische Interessen und Grundsätze berücksichtigt werden müssen und die zu regelnden Fragen eine sehr grosse Vielfalt und Komplexität hinsichtlich des massgebenden Sachverhalts aufweisen. Dies gilt aber nicht nur für das allgemeine Bau- und Planungsrecht, sondern spezifisch auch für die Fragen des Ortsbildschutzes, für welchen auf Bundesebene die besondere Planungsgrundlage des ISOS besteht (vgl. zu dessen Rechtscharakter auch oben Ziff. II/A/2). Die Erhaltungszielsetzungen des ISOS sind daher selbst im Falle der Direktanwendbarkeit des ISOS bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nicht unmittelbar und uneingeschränkt umzusetzen, sondern setzen für ihre Anwendung zusätzlich eine Interessenabwägung voraus, welche für die beiden Bereiche Bundesaufgabe/kantonale Aufgabenerfüllung unterschiedlich streng geregelt ist (vgl. dazu Art. 10 f. VISOS und dazu nachfolgend Ziff. B und C; allgemein Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz **BPUK** [Hrsg.], Bericht der Arbeitsgruppe «Raumplanerische Interessenabwägung», Bern 2017, S. 10 ff., ARE/BAK/BPUK/SGV/SSV [Hrsg.], ISOS-Leitfaden: Ortsbildschutz und Innenentwicklung, Bern 2022, und Sonia Blind/Christa Perregaux DuPasquier, Interessenabwägung – Chance für eine zweckmässige und haushälterische Bodennutzung, Raum&Umwelt 1/2020, S. 6 f.). Im Hinblick die gerichtliche Überprüfung ist noch festzuhalten. Interessenabwägungen als Rechtsfragen grundsätzlich frei zu prüfen sind. Das Bundesgericht übt jedoch Zurückhaltung, wenn technische Fragen zu beantworten oder örtliche Verhältnisse zu würdigen sind bzw. sich Fragen im Grenzbereich zwischen Recht und Ermessen stellen. Diesfalls beschränkt sich das Gericht - sofern der Sachverhalt sorgfältig und umfassend abgeklärt wurde – vor allem auf die Frage, ob die relevanten Interessen ermittelt und beurteilt worden sind und die möglichen Auswirkungen berücksichtigt wurden (Tschannen/Müller/Kern, a.a.O., Rz. 623 f.).

2. Die Interessenabwägung kommt hierbei grundsätzlich auf allen Ebenen der planerischen Stufenfolge zur Anwendung. Im Gebiet der Richt- und Nutzungsplanung (inkl. Sondernutzungspläne) ist die Interessenabwägung besonders wichtig, denn hier müssen die bestehenden zahlreichen Planungsziele und Planungsgrundsätze planerisch umgesetzt werden (vgl. dazu insbesondere Art. 1 und 3 RPG), wofür die Rechtsordnung ausdrücklich auf die Methode der planerischen Interessenabwägung verweist (vgl. Art. 3 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 [RPV; SR 700.1]). RPV). Danach haben die für die Raumplanung zuständigen Behörden bei der Erfüllung und Abstimmung raumwirksamer Aufgaben immer dann eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, wenn ihnen relevante Handlungsspielräume zustehen. Sie haben dann gemäss Art. 3 Abs. 1 RPV die betroffenen Interessen zu ermitteln (lit. a), diese Interessen zu beurteilen und dabei insbesondere die Vereinbarkeit mit der anzustrebenden räumlichen Entwicklung und die möglichen Auswirkungen zu berücksichtigen (lit. b) und diese Interessen auf Grund der Beurteilung im Entscheid möglichst umfassend zu berücksichtigen (lit. c). Gemäss Art. 3 Abs. 2 RPV muss die durchgeführte Interessenabwägung anschliessend im zu fällenden Planungsentscheid dargelegt werden (vgl. dazu auch *Pierre Tschannen*, in: Aemisegger et al. [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Richt- und Sachplanung, Interessenabwägung, Zürich/Basel/Genf 2019, Art. 3 Rz. 19 ff.). Die bestehenden Handlungsspielräume sind im Bereich der *Sach- und Richtplanung* naturgemäss besonders gross, während sie im Bereich der *Nutzungs- und der Sondernutzungsplanung* durch die übergeordnete Planung bereits eingeschränkt und weniger gross sind (vgl. dazu auch *Blind/Perregaux*, S. 8).

3. Auf der Ebene der Baubewilligungen müssen bei Vorhaben ausserhalb der Bauzonen ebenfalls regelmässig umfassende Interessenabwägungen vorgenommen werden, da sowohl die Erteilung von Baubewilligungen für dort zonenkonforme Bauten und Anlagen (Landwirtschafts- und Waldbauten) als auch für die Gewährung von Ausnahmen ausserhalb der Bauzonen (Art. 24 ff. RPG) stets umfassende Interessenabwägungen bezüglich des vorgesehenen Standorts vorgeschrieben sind (vgl. Art. 34 Abs. 4 lit. b RPV und für Waldinfrastrukturanlagen BGE 123 II 499 E.2). Dasselbe gilt für andere Infrastrukturvorhaben ausserhalb der Bauzonen (insbesondere für Verkehrsund Energieanlagen), die aufgrund von projektbezogenen Sondernutzungsplänen errichtet werden (vgl. dazu Heinz Aemisegger/Samuel Kissling, Aemisegger et al. [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich/Basel/Genf 2016, Vorbem. Rz. 65 ff., und Rudolf Muggli, a.a.O., Art. 18 Rz. 22 ff.). – Bei Bauprojekten innerhalb der Bauzonen finden dagegen grundsätzlich – von besonderen Fällen abgesehen - keine Interessenabwägungen statt, da die Bauzonenvorschriften das zulässige Bauen grundsätzlich abschliessend und grundeigentümerverbindlich regeln. Interessenabwägungen finden daher innerhalb der Bauzonen nur dann statt, wenn für bestimmte Fragen ausnahmsweise auf eine Interessenabwägung verwiesen wird. Dies kommt insbesondere bei der Regelung für ortsbild- oder denkmalgeschützten Objekte sowie bei Ausnahmebewilligungen für die Abweichung von Zonenvorschriften vor. Allenfalls kann sich die Frage stellen, ob vorgängig in der Richt- oder Nutzungsplanung eine erforderliche Interessenabwägung nicht oder ungenügend durchgeführt worden ist und sich daher die Frage stellt, ob im Baubewilligungsverfahren eine *akzessorische Plankontrolle* erfolgen kann bzw. muss (vgl. dazu *Blind/Perregaux*, S. 8; zur Frage der sog. akzessorischen Plankontrolle im Baubewilligungsverfahren nachfolgend Ziff. III/C/3).

4. Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, wie bei ISOS-schützenswerten Objekten im Planungs- bzw. Baubewilligungsverfahren die für Standort und Ausgestaltung der Bauten erforderliche Interessenabwägung zu erfolgen hat, welche sich aus dem ISOS-Schutz bzw. den massgebenden Regeln von NHG, ISOS und WISOS ergibt bzw. dort vorgeschrieben ist (vgl. dazu auch Ziff. I/A/2-4). Dabei ist – wie nachfolgend konkretisierend gezeigt wird – zu unterscheiden, ob es sich bei einem Vorhaben um die Erfüllung einer Bundesaufgabe i.S.v. Art. 2 ff. NHG oder um eine rein kantonale Aufgabenerfüllung handelt (vgl. dazu nachfolgend lit. B und C und zum Ganzen auch oben Ziff. II).

B. Interessenabwägung bezüglich des ISOS-Schutzes bei der Erfüllung von Bundesaufgaben

1.1 Steht ein Planungs- oder Bauvorhaben zur Diskussion, welches ein ISOS- Ortsbild bzw. einen Ortsbildteil tangiert, und liegt die Erfüllung einer Bundesaufgabe im dargestellten Sinn vor (vgl. dazu oben Ziff. II), kommen die bestehenden Abwägungsregeln bezüglich des ISOS-Schutzes (Art. 5 ff. NHG; VISOS,WISOS; vgl. dazu Ziff. I/B/2-4) nach dem Gesagten im betreffenden Projektbewilligungsverfahren direkt und unmittelbar zur Anwendung, zumal mangels Zuständigkeit des Bundes keine vorgängige planerische Umsetzung auf Bundesebene möglich ist. Gleichgültig ist hierbei, ob für die Projektbewilligung eine Bundesinstanz oder eine kantonale oder kommunale Behörde zuständig ist (vgl. Ziff. II/3). Die Projektbewilligung kann hierbei durch projektbezogene Sondernutzungspläne erfolgen (so bei der Plangenehmigung für Infrastrukturprojekte auf Bundesebene und auf kantonaler Ebene namentlich für grösseren Anlagen ausserhalb der Bauzonen), innerhalb des Siedlungsgebietes im Übrigen aber regelmässig durch Baubewilligungsverfahren i.S.v. Art. 22 RPG (vgl. dazu Alain Griffel, Raumplanungs- und Baurecht in a nutshell, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen

2021 [nachfolgend; Nutshell Raumplanungsrecht], S. 238 ff.). Die *Bewilligung von Bauvorhaben* erfordert hierbei aufgrund der bestehenden Rechtsordnung bzw. des sektoriellen Aufbaus der Gesetzgebung regelmässig und oft auch innerhalb der Bauzone *mehrere Bewilligungen verschiedener Art* (insbesondere umweltrechtliche Spezialbewilligungen; oft auch von unterschiedlichen Behörden), welche aber *verfahrensrechtlich, inhaltlich und zeitlich koordiniert* angewendet werden müssen. Insbesondere müssen grundsätzlich alle betreffenden Verfahren *gleichzeitig eingeleitet* und *koordiniert durchgeführt* werden, wobei die *Bewilligungsentscheide gemeinsam* oder *zumindest gleichzeitig* zu eröffnen sind und *keine Widersprüche* enthalten dürfen (vgl. zu den Anforderungen der koordinierten Bewilligungserteilung im Einzelnen Art. 25a RPG und dazu *Arnold Marti*, in: Aemisegger et al. [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 25 Rz. 1 ff., sowie *Griffel*, Nutshell Raumplanungsrecht, S. 251 ff.).

1.2 Die Erteilung einer Baubewilligung selber stellt innerhalb der Bauzone regelmässig keine Bundesaufgabe i.S.v. Art. 2 ff. NHG dar, da Art. 22 RPG zwar als bundesrechtliche Grundsatzvorschrift für relevante Bau- bzw. Nutzungsmassnahmen eine Baubewilligung verlangt, diese aber nicht selber regelt. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn das Vorhaben ein ISOS-Objekt betrifft (vgl. dazu auch Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 968, und Zufferey, Komm. NHG, Art. 2 Rz. 46). Sobald aber eine der zusätzlich zur Baubewilligung erforderlichen Bewilligungen als Erfüllung einer Bundesaufgabe i.S.v. Art. 2 ff. NHG zu qualifizieren ist, müssen für die Bewilligung des betreffenden Bauvorhabens nach dem Gesagten die Vorschriften über das ISOS bzw. die bestehenden ISOS-Erhaltungsziele direkt und unmittelbar zur Anwendung gebracht werden (vgl. auch oben Ziff. II), was zuständigkeitshalber und funktionell im Rahmen des massgebenden Planungs- oder Baubewilligungsverfahren zu erfolgen hat (also nicht etwa im besonderen bundesrechtlichen Bewilligungsverfahren, welches das Vorliegen der Erfüllung einer Bundesaufgabe bewirkt). Für die in Art. 6 NHG vorgeschriebene qualifizierte Interessenabwägung muss hierbei grundsätzlich das Bauvorhaben als Ganzes in die Betrachtung einbezogen werden, weil dieses bezüglich des schützenswerten Inventarobjekts den Eingriffsakt bzw. das Eingriffsinteresse verkörpert. Liegt aufgrund der Rechtsanwendung im betreffenden Planungs- oder Baubewilligungsverfahren eine nicht zu rechtfertigende schwerwiegende Beeinträchtigung eines Bundesinventars i.S.v. Art. 6 NHG vor, dürfen die Baubewilligung, aber auch die gleichzeitig angeforderten Spezialbewilligungen aufgrund der Koordinationsgrundsätzen von Art. 25a RPG nicht erteilt werden (vgl. insbesondere Abs. 3: Verbot der Eröffnung widersprüchlicher Entscheide). Die entsprechenden Gesuche sind vielmehr in einem solchen Fall unter Hinweis auf das negative ISOS-Prüfungsergebnis durch einen zusammenfassenden Entscheid oder allenfalls durch mehrere, aber gleichzeitig zu erlassende Entscheide abzuweisen (vgl. zur erforderlichen Interessenabwägung im Einzelnen nachfolgend Ziff. 2)

1.3 Als Zusatzbewilligungen zu einer ordentlichen Baubewilligung innerhalb der Bauzone, welche das Vorliegen der Erfüllung einer Bundesaufgabe bewirken, kommen aufgrund der Rechtsprechung insbesondere die Bewilligungen für Zivilschutzbauten, Mobilfunkantennen, Zweitwohnungen nach dem Zweitwohnungsgesetz vom 20. März 2025 (ZWG, SR 702), Dachsolaranlagen nach Art. 18a RPG, Ausnahmebewilligungen für die Beanspruchung des Gewässerraums und für die Unterschreitung des Grundwasserspiegels in Betracht (vgl. Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 968, und oben Ziff. II/B; zu den gewässerschutzrechtlichen Bewilligungen auch näher nachfolgend Ziff. IV). Noch kaum beleuchtet ist die Frage, ob allenfalls die Abtrennung und allfällige separate spätere Bewilligung einzelner Bauteile, welche Zusatzbewilligungen in Erfüllung von Bundesaufgaben benötigen, dazu verhelfen kann, dass der Hauptbau ohne Direktanwendung des ISOS realisiert werden kann. Denkbar wäre dies allenfalls bei Mobilfunkanlagen oder Dachsolaranlagen auf bestehenden Gebäuden, kaum aber bei gewässerschutzrechtlichen Bewilligungen, welche regelmässig den Hauptbau bzw. dessen Fundament betreffen. Hinzu kommt, dass die Vorschriften über das ISOS ausdrücklich auf die Gesamtwirkung von Eingriffen abstellen: Hängen mehrere Eingriffe sachlich, räumlich oder zeitlich zusammen oder sind Folgeeingriffe zu erwarten, ist in der Interessenabwägung daher auch die Gesamtwirkung auf das Objekt zu beurteilen, um eine schleichende Zerstörung von Bundesinventarobjekten zu verhindern. Dies schliesst jedenfalls im Bereich gewässerschutzrechtlicher Bewilligungen eine Aufteilung von Vorhaben aus, soweit diese nicht völlig unabhängig voneinander zusätzliche betroffene und ohne Auswirkungen auf das

Bundesinventarobjekt verwirklicht werden können (vgl. dazu auch *Leimbacher*, Komm. NHG, Art. 6 Rz. 14; zur Frage der ISOS-Berücksichtigung bei oberirdischen Umbauten von Gebäuden, die ursprünglich eine gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung erforderten auch nachfolgend Ziff. V/5).

- 2.1 Für den Schutz von Bundesinventarobjekten i.S.v. Art. 5 NHG, insbesondere für ISOS-Inventar-Objekte, besteht im Bundesrecht, welches bei Erfüllung von Bundesaufgaben zur Anwendung kommt, ein besonderer verstärkter Schutz, welcher insbesondere im Erfordernis einer sog. qualifizierten bzw. gesetzlich vorstrukturierten Interessenabwägung zum Ausdruck kommt (vgl. dazu auch oben Ziff. I/B/2.3 und 2.4). Bei der Erfüllung von Bundesaufgaben gilt hinsichtlich des Natur- und Heimatschutzes aufgrund von Art. 3 NHG, dass die Bundesinstanzen, aber auch die Bundesrecht anwendenden Kantone dafür zu sorgen haben, 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 (gewöhnliche Interessenabwägung). Diese sog. Grundnorm, welche insbesondere bei bundesrechtlich determinierten Projektbewilligungsverfahren stets die Durchführung entsprechenden (gewöhnlichen) Interessenabwägung unabhängig davon zur Anwendung, ob das durch das Vorhaben betroffene mögliche schutzwürdige Objekt inventarisiert ist oder nicht (vgl. dazu auch Favre, Komm. NHG, Art. 3 Rz. 6 ff.).
- 2.2 Wird ein schutzwürdiges Objekt von nationaler Bedeutung jedoch in ein Bundesinventar nach Art. 5 NHG aufgenommen, hat dies gemäss Art. 6 NHG zur Folge, dass es bei der Bewilligung eines Bauvorhabens, das dieses Objekt tangiert, in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung oder jedenfalls die grösstmögliche Schonung verdient. Bei Erfüllung einer Bundesaufgabe darf von diesem Schutz nur abgewichen werden, wenn bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung es rechtfertigen (vgl. Art. 6 Abs. 2 NHG). Dies führt zu einer zweistufigen oder eben gesetzlich vorstrukturierten qualifizierten Interessenabwägung. Es muss in einem ersten Schritt geprüft werden, ob bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung bestehen. Ist

dies nicht der Fall, ist ein Eingriff in das Schutzobjekt, welcher ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung bedeutet (sog. schwerer Eingriff) unzulässig, jedenfalls soweit es sich nicht um einen völlig geringfügigen Eingriff handelt, welcher kein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung zur Folge hat. Auch solche geringfügigen Eingriffe erfordern aber zumindest eine gewöhnliche Interessenabwägung und überdies die grösstmögliche Schonung des Objekts. Lediglich wenn dem Schutzinteresse bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen, kommt es in einem zweiten Schritt zu einer gewöhnlichen Interessenabwägung zwischen den mindestens gleichrangigen Schutz- und Eingriffsinteressen (vgl. dazu Leimbacher, Komm. NHG, Art. 6 Rz. 12 ff., 17 und Blind/Perregaux, S. 9 ff. mit Schaubild S. 11).

2.3 Es stellt sich somit insbesondere die Frage, wann ein bestimmtes gleich- oder höherwertiges Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung besteht. Nach herrschender Auffassung führt nicht jede Erfüllung einer Bundesaufgaben von nationaler Bedeutung zu einem entsprechenden gleich- oder höherrangigen Eingriffsinteresse. Es muss sich vielmehr um gewichtige Bundesaufgaben von öffentlichem Interesse handeln, insbesondere um die Gewährleistung elementarer Infrastrukturnetze (insbesondere Bahn, Strassen, Telekommunikation und Energieübertragung), wichtiger Versorgungsund Entsorgungsanlagen (für Rohstoff- und Energiegewinnung, Wasserversorgung oder Abfallentsorgung) und elementarer Sicherheitsaufgaben (Landesverteidigung und Schutz vor Elementargefahren). Anerkannt ist aber auch, dass wichtige bauliche Entwicklungsziele (so die bauliche Verdichtung und qualitätsvolle Innenentwicklung) heute ebenfalls Aufgaben von nationaler Bedeutung bilden (vgl. dazu auch nachfolgend Ziff. 4). Überdies muss ein entsprechendes Projekt aber im konkreten Einzelfall ebenfalls von nationaler, nicht nur von lokaler Bedeutung sein und etwas Wesentliches zur Erfüllung der betreffenden Bundesaufgabe beitragen. Das Bundesgericht verlangt insofern auch diesbezüglich eine zweistufige Betrachtung (vgl. dazu für Eingriffe in BLN-Objekte Bundesgerichtsurteil 1C 327/2022, 1C 331/2022 vom 7. November 2023 [Deponie Stockeri/Risch ZG], E. 4.5 m.w.H., und allgemein *Leimbacher*, Komm. NHG, Art. 6 Rz. 20 f. mit Hinweis auf das im Auftrag des BAFU verfasste Gutachten von *Pierre Tschannen* und *Fabian Mösching*, Nationale Bedeutung von Aufgaben- und Eingriffsinteressen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 NHG, Bern 2012).

- 2.4 Sofern im dargestellten Sinn der Eingriff in ein Bundesinventar durch eine Bundesaufgabe von ebenfalls nationaler Bedeutung begründet werden kann, kommt es anschliessend nach Gesagten zu einer gewöhnlichen planerischen Interessenabwägung, bei welcher die mindestens gleichrangigen Schutz- und Eingriffsinteressen gegeneinander abzuwägen sind, wobei das Bundesgericht eine möglichst umfassende Gewichtung aller im Spiele stehenden Interessen verlangt, was grundsätzlich auch eine Variantenprüfung verlangt (vgl. wiederum den eben erwähnten Bundesgerichtsentscheid Deponie Stockeri, E. 4.5.3, und Leimbacher, Komm. NHG, Art. 6 Rz. 19). Im Hinblick auf eine Variantenprüfung kann insbesondere auch der gegebenenfalls nach Art. 7 Abs. 2 erforderliche Einbezug der eidgenössischen Fachkommissionen ENHK und EKD hilfreich sein (vgl. dazu den Kommentar des Unterzeichnenden zum Bundesgerichtsurteil Stammerau/Frauenfeld TG in ZBI 2024, S. 251 ff., Ziff. 5 [wobei dort aber ein freiwilliges Gutachten nach Art. 17a NHG eingeholt worden war]). Selbst wenn im Rahmen dieser Interessenabwägung der zweiten Stufe ein schwerer Eingriff in ein Bundesinventarobjekt durch ein überwiegendes gleich- oder höherwertiges Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung gerechtfertigt wird, bedeutet dies im Übrigen nicht, dass dem Inventarobjekt dann keinerlei Schutz mehr zukommen soll. Vielmehr muss dem betreffenden Objekt auch dann aufgrund von Art. 6 Abs. 1 NHG die grösstmögliche Schonung zukommen (vgl. dazu Leimbacher, Komm. NHG, Art. 6 Rz. 22).
- 2.5 Der verstärkte Schutz der Bundesinventarobjekte i.S.v. Art. 6 NHG wird sodann noch durch Art. 7 NHG auch verfahrensrechtlich gestützt, in dem bei möglicher erheblicher Beeinträchtigung eines Inventarobjekts oder bei sich stellenden grundsätzlichen Schutzfragen obligatorisch ein Gutachten der Eidg. Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) und/oder der Eidg. Kommission für Denkmalpflege (EKD) beigezogen werden muss, welchem für den Entscheid über die Schutzfrage eine grosse Bedeutung zukommt (vgl. Leimbacher, Komm. NHG, Art, 7 Rz. 1 ff., insbesondere Rz. 20; zum nicht völlig klaren Sinn von Art. 7 Abs. 3 NHG auch Kawa,

URP 2020, S. 131 ff.). Ebenfalls der Verstärkung des Schutzes der Bundesinventarobjekte dient das *Verbandsbeschwerderecht* der *ideellen Organisationen* nach Art. 12 Abs. 1 lit. b NHG, das generell zur Verfügung steht, wenn bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe Natur- und Heimatschutzinteressen betroffen sind (vgl. dazu auch *Keller*, Komm. NHG, Art. 12 Rz. 10 ff.).

3. Die dargelegten allgemeinen und verstärkten Schutzgrundsätze, welche sich für Bundesinventarobjekte aus Art. 6 NHG ergeben, gelten auch für das ISOS, was in Art. 10 VISOS ausdrücklich festgehalten bzw. im Sinne der Praxis zu Art. 6 NHG näher umschrieben wird. Es werden dementsprechend drei Arten von Eingriffen in ein ISOS-Objekt unterschieden. Zunächst gibt es Eingriffe, die mit den Erhaltungszielen vereinbar sind und welche daher ausdrücklich als zulässig erklärt werden (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 VISOS). Dann gibt es geringfügige Eingriffe, welche zulässig sind, wenn sie sich durch ein überwiegendes Interesse (gewöhnliche Interessenabwägung in Anlehnung an Art. 3 RPV) rechtfertigen lassen (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 VISOS). Schliesslich darf bei schwerwiegenden Eingriffen, welche ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung des Inventarobjekts bedeuten, eine Interessenabwägung nur vorgenommen werden, wenn bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von nationaler Bedeutung vorliegen (Art. 10 Abs. 2 Satz 1 VISOS). Und wenn dies der Fall ist, darf eine solche schwerwiegende Beeinträchtigung nur zugelassen werden, wenn sie sich durch ein überwiegendes Eingriffsinteresse von ebenfalls nationaler Bedeutung rechtfertigen lässt, womit die vorstrukturierte bzw. qualifizierte Interessenabwägung nach Art. 6 NHG übernommen wird (Art. 10 Abs. 2 Satz 2 VISOS). In Art. 10 Abs. 3 VISOS wird sodann der allgemeine umweltrechtliche Grundsatz von Art. 8 USG umgesetzt, wonach bei zusammenhängenden mehrfachen Einwirkungen auf die Gesamtwirkung des Eingriffs abzustellen ist, wobei auch Folgeeingriffe zu berücksichtigen sind. Der Abgrenzung zwischen geringfügigen und schweren Beeinträchtigungen eines Ortsbildes bzw. eines Ortsbildteiles kommt somit grosses Gewicht zu (vgl. dazu auch Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 979 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). In Art. 10 Abs. 4 VISOS wird schliesslich festgehalten, dass auch dann, wenn ein Eingriff aufgrund der Interessenabwägung zulässig ist (also bei geringfügigen Eingriffen oder bei einem

überwiegenden Eingriffsinteresse von nationaler Bedeutung) die Beeinträchtigung auf ein Mindestmass zu beschränken ist, d.h. das Gebot der grösstmöglichen Schonung der baukulturellen, insbesondere städtebaulichen Qualitäten des Objekts zu beachten ist (vgl. dazu auch Erl./BAK, S. 10 ff. mit Schaubild S. 12). Auf eine noch im Vernehmlassungsentwurf vorgesehene ausdrückliche Pflicht zur Anordnung von Wiederherstellungs- und Ersatzmassnahmen bei zulässigen Eingriffen, wurde in der definitiven VISOS Fassung der heute geltenden aufgrund Vernehmlassungsergebnisses zwar verzichtet, doch berücksichtigt die Praxis bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Eingriffen in ISOS-Inventarobjekte vorgesehene Ersatz- bzw. Verbesserungsmassnahmen entsprechend allgemeinen umweltrechtlichen Grundsätzen durchaus (vgl. dazu Erl./BAK, S. 11 f. mit Hinweisen auf Praxis und Richtlinien der EKD sowie Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 970 f. mit Hinweisen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung; vgl. auch ausdrücklich Art. 6 Abs. 1 NHG).

4. Aus dem Ganzen ergibt sich, dass die Aufnahme eines Ortsbildes oder Ortsbildteiles in das ISOS auch bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe nicht bedeutet, dass sich am bestehenden Zustand nichts mehr ändern darf. Es ist auch nicht so, dass das ISOS gegenüber den anderen gesetzlichen Planungszielen grundsätzlichen den Vorrang besitzt. Vielmehr sind die Abwägungsgrundsätze von Art. 6 NHG und Art. 10 VISOS zu beachten. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll der Zustand eines Inventarobjektes gesamthaft betrachtet unter dem Gesichtspunkt des Ortsbildschutzes nicht verschlechtert werden, wobei allfällige Nachteile einer Veränderung durch anderweitige Vorteile wenn möglich ausgeglichen werden sollen (so Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 969). Auch im Bereich des ISOS-Ortsbildschutzes kommt im Übrigen den Gutachten der ENHK und der EKD namentlich für die Konkretisierung der Erhaltungsziele und das Aufzeigen von Schonungsmöglichkeiten bzw. die Beurteilung von Ausgleichsmassnahmen grosses Gewicht zu (vgl. Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 970 f.). Bei schwerer Beeinträchtigung eines ISOS-Ortsbildes bzw. Ortsbildteiles durch ein Bauvorhaben (also wenn nicht nur ein geringfügiger Eingriff erfolgt) muss nach dem Gesagten primär geprüft werden, ob ein bestimmtes gleich- oder höherwertiges Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung einen entsprechenden Eingriff rechtfertigen kann, da der Eingriff andernfalls zum Vorneherein unzulässig ist. Dabei

genügt aber nicht einfach eine abstrakte Anerkennung einer Aufgabe als national bedeutend. Vielmehr muss auch das konkrete Vorhaben zur Verwirklichung der Aufgabe von nationaler Bedeutung wesentlich beitragen (vgl. dazu oben Ziff. 2 und Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 971 f. mit Hinweisen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung). Das Eingriffsinteresse von nationaler Bedeutung muss im konkreten Fall durch die Bauherrschaft bzw. die zuständige Behörde näher dargetan und begründet werden (vgl. dazu allgemein bereits oben Ziff. 2.3). Heute sind verschiedene Aufgaben von nationaler Bedeutung anerkannt, welche auch bei ISOS-Schutzobjekten eine Interessenabwägung und allenfalls einen Eingriff in die festgesetzten Erhaltungsziele erlauben. Zu erwähnen sind insbesondere das Erfordernis einer baulichen Verdichtung und qualitätsvollen Innenentwicklung innerhalb des Siedlungsgebietes aufgrund der RPG-Revision von 2012 (vgl. dazu insbesondere Art. 1 Abs. 2 lit. abis und Art. 3 Abs. 3 lit. abis RPG) und die Förderung erneuerbarer Energien i.S. eines Ausstiegs aus der fossilen Energie aufgrund des geltenden Energierechts. Darüber hinaus kommt auch verschiedenen weiteren Aufgaben nationale Bedeutung zu, etwa der Förderung des öffentlichen Verkehrs (Art. 3 Abs. 3 lit. a RPG), dem Bau von Durchgangsstrassen von gesamtschweizerischer Bedeutung (Art. 82 Abs. 2 BV), und wohl auch der Schaffung moderner Einrichtungen für die Gesundheitsversorgung (Art. 117a BV) und die Hochschulbildung (vgl. Art. 63a BV; vgl. zur erforderlichen Darlegung der nationalen Bedeutung bei einem Verdichtungsprojekts, welches auch der Förderung des öffentlichen Verkehrs dient, das Bundesgerichtsurteil 1C 118/2016 vom 21. März 2017 [Kantonalbankgebäude Sarnen/OW], E. 6, und hinsichtlich des Strassenbau Bundesgerichtsurteil 1C 528/2018, 1C 530/2018 vom 17. Oktober 2019 [Umfahrung Schmitten], E. 5.3).

5. Zusammenfassend: Die heute bestehenden *vielfältigen Aufgaben von nationaler Bedeutung* (vgl. insbesondere Art. 1 und 3 RPG sowie die Spezialgesetzgebung des Bundes), welche aufgrund von Art. 6 NHG und Art. 10 VISOS bei der Erfüllung von Bundesaufgaben bzw. der vorgeschriebenen Interessenabwägung nach Art. 6 NHG und Art. 10 VISOS durchaus berücksichtigt werden dürfen und müssen, ermöglichen es meist, auch in der Siedlungsgestaltung bei ISOS-Ortsbildern und Ortsbildteilen zulässige und gute Kompromisslösungen zu finden. Solche haben umso bessere

Chancen, je qualitätvoller das geplante Vorhaben ist, was grundsätzlich auch eine Variantenprüfung erfordert (vgl. Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 972 f.). Allerdings vermag das Verdichtungsinteresse das Schutzinteresse in der Regel nicht zu überwiegen, wenn es um die Erhaltung sehr bedeutender historischer Bausubstanz geht (vgl. BGE 147 II 125 E. 9, 12 [Friesenbergurteil]) oder planerisch gar keine Bevölkerungszunahme für das betreffende Gebiet angestrebt wird (vgl. den Kommentar des Unterzeichnenden zum Aargauer Gartenstadtentscheid, ZBI 2023, S. 42 ff. [Ziff. 10]). Dasselbe dürfte bezüglich der erneuerbaren Energie gelten, wenn dies Veränderungen an sehr bedeutender historischer Bausubstanz zur Folge hätte (z.B. beim Einbau von Dachsolaranlagen). Der heute gesetzlich angeordnete nationale oder sogar den Schutzinteressen (zumindest den lokalen und kantonalen) vorgehende Rang der Energieinteressen (vgl. Art. 12 des Energiegesetzes vom 3. September 2016 [EnG; SR 730.0] und dessen noch nicht rechtskräftige Revision von 29. September 2023) dürfte daran nichts ändern, da diese Bestimmung für solche Kleinanlagen grundsätzlich nicht gilt. Es liegt diesbezüglich aber noch keine bundesgerichtliche Rechtsprechung vor (vgl. dazu auch Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 972, und Leimbacher, Komm. NHG, Art. 6 Rz. 20 [beide zur Rechtslage nach der noch geltenden Fassung von Art. 12 EnG] sowie zu den vorgesehenen weiteren Neuregelungen im Energierecht auch Griffel, Nutshell Umweltrecht, S. 277 ff.).

C. Interessenabwägung bezüglich des ISOS-Schutzes bei rein kantonaler Aufgabenerfüllung

1. Vorbemerkungen

Liegt keine Erfüllung einer Bundesaufgabe vor, also im Normalfall der kantonalen und kommunalen Nutzungsplanung sowie der Erteilung von ordentlichen Baubewilligungen innerhalb der Bauzonen (ohne Erfordernis bundesrechtlich determinierter Zusatzbewilligungen; vgl. dazu auch oben Ziff. II/B) findet das ISOS bzw. die darin enthaltenen Erhaltungsziele für Ortsbilder und Ortsbildteile in den Projektbewilligungsverfahren nach dem Gesagten keine direkte Anwendung. Lange Zeit blieb das ISOS im Bereich der kantonalen Aufgabenerfüllung überhaupt weitgehend

unbeachtet oder diente nur zur zusätzlichen Begründung von Schutzanordnungen der Kantone und Gemeinden im Bereich des Ortsbild- und Denkmalschutzes (vgl. dazu und zu den auch prozessualen Gründen für die oft fehlende ISOS-Berücksichtigung [mangelnde Beschwerdelegitimation auf Bundesebene] Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 973 f.). Aufgrund des ISOS hat das Bundesgericht aber nach der Jahrtausendwende bzw. nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) und der damit verbundenen Anerkennung der Nachbarlegitimation in Denkmal- und Ortsbildschutzfragen in planungsrechtlichen Fällen seine Rechtsprechung entwickelt, wonach Bundesinventare nach Art. 5 NHG im Bereich der selbständigen kantonalen Aufgabenerfüllung bei der planerischen Interessenabwägung sowohl auf der Stufe Richtplanung als auch auf der Ebene der Nutzungsplanung oder bei vorgesehenen Interessenabwägungen im Einzelfall (z.B. bei der Abweichung von der Grundnutzungsordnung) zumindest berücksichtigt werden müssen, wie das in der Lehre schon zuvor gefordert worden war. Grundlegend war das Urteil zum Gestaltungsplan «Stadtzentrum Rüti» vom 1. April 2009 (BGE 135 II 209, insbesondere E. 5.2 mit Hinweisen). Seither hat das Bundesgericht an dieser Rechtsprechung festgehalten und diese noch vertieft. Dass diese Praxis vor allem im Bereich des ISOS-Ortsbildschutzes entwickelt worden ist, hängt insbesondere damit zusammen, dass die beiden anderen Bundesinventare nach Art. 5 NHG (das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler [BLN] und das Inventar der historischen Verkehrswege der Schweiz [IVS]) vor allem Objekte ausserhalb der Bauzone betreffen, wo Baubewilligungen und Plangenehmigungen stets als Erfüllung von Bundesaufgaben gelten und daher die Erhaltungsziele dieser anderen Inventare regelmässig direkt zur Anwendung gelangen (vgl. dazu oben Ziff. II/D; zu diesen anderen Inventaren *Leimbacher*, Komm. NHG, Art. 5 Rz. 12 ff., 22 ff.). Für das Vorgehen in der Praxis wurden darauf von den zuständigen Bundesbehörden auch Empfehlungen zuhanden der kantonalen und kommunale Planungsbehörden geschaffen, welche der Umsetzung der Berücksichtigungspflicht in den Kantonen und Gemeinden dienen (vgl. insbesondere ARE/ASTRA/BAFU/BAK, Empfehlungen zur Berücksichtigung der Bundesinventare nach Art. 5 NHG in der Richt- und Nutzungsplanung, Bern 2012). Von Bedeutung ist vor allem, dass im Bereich der kantonalen und kommunalen Aufgabenerfüllung im Rahmen einer planerischen Interessenabwägung von den ISOS-Erhaltungszielen auch dann abgewichen werden

kann, wenn es nicht um überwiegende Eingriffsinteressen von nationaler Bedeutung geht (vgl. dazu oben Ziff. III/B/2.3 f., 4), sondern lediglich überwiegende Eingriffsinteressen von kantonaler oder kommunaler Bedeutung bestehen, was namentlich bei geltend gemachten Wohnbau-, Verkehrs- und Versorgungsinteressen von Bedeutung sein kann Inzwischen ist die ISOS-Berücksichtigungspflicht für den Bereich der kantonalen Aufgabenerfüllung in *Art. 11 VISOS* ausdrücklich festgehalten worden (vgl. dazu *Merkli*, ISOS-Rechtsprechung, S. 973 f., und Erl./BAK, S. 13 f. und oben Ziff. I/B/3.4).

2. Die Berücksichtigung des ISOS in der Richt- und Nutzungsplanung

2.1 Art. 11 Abs. 1 VISOS schreibt vor, dass die Kantone das ISOS bei ihren Planungen, insbesondere in der Richtplanung nach Art. 6–12 RPG zu berücksichtigen haben. Das ISOS und seine Objekte und Erhaltungsziele sind grundsätzlich in den Richtplan aufzunehmen, was die Kantone inzwischen auch getan haben, zumal der Bundesrat bei der Richtplangenehmigung prüft, ob die raumwirksamen Aufgaben des Bundes sachgerecht berücksichtigt worden sind. Der Richtplan hat sodann insbesondere auch für die Koordination zwischen den Interessen des Bundes an der Erhaltung der Inventarobjekte von nationaler Bedeutung und den weiteren raumwirksamen Tätigkeiten (u.a. in den Bereichen Siedlungsentwicklung, Verkehr, Infrastrukturen, Landwirtschaft, Tourismus und Erholung) zu sorgen und soll die Planungsträger auch über das ISOS und die Pflicht zu dessen Berücksichtigung orientieren und geeignete Handlungsanweisungen geben, wobei aber auch auf die Gemeindeautonomie Rücksicht zu nehmen ist (vgl. Erl./BAK, S. 13 f.; Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 976 f. [mit dem zutreffenden Hinweis, dass bei Einzelobjekten von überkommunaler Bedeutung die Gemeindeautonomie grundsätzlich nicht Anspruch genommen werden kann]). In Art. 11 Abs. 2 VISOS werden die Kantone zudem verpflichtet, nach Massgabe ihres spezifischen Instrumentariums, namentlich im Verhältnis zu den Gemeinden, dafür zu sorgen, dass das ISOS auf der Grundlage der kantonalen Richtpläne auch im Rahmen der kantonalen und kommunalen Nutzungsplanung berücksichtigt wird. Dazu gehören auch Sondernutzungspläne, wie sie innerhalb des Siedlungsgebietes zum Teil für hinsichtlich

Natur- und Heimatschutz sensiblen Gebieten vorgeschrieben werden (sog. Gestaltungspläne) oder eine Mehrausnützung gegenüber der Grundnutzungsordnung ermöglichen (z.B. sog. Sonderbauvorschriften nach Zürcher Recht; vgl. dazu *Griffel*, Nutshell Raumplanungsrecht, S. 73 ff.). Nach Art. 17 RPG hat die Berücksichtigung des ISOS in der Nutzungsplanung insbesondere durch selbstständige oder überlagernde *Schutzzonen* zu erfolgen (Abs. 1), doch können allenfalls auch *andere Massnahmen* vorgesehen werden (Abs. 2 [namentlich Schutzverträge oder -verfügungen und die eben erwähnten Gestaltungspläne]). Aufgrund einer *genügenden planerischen Interessenabwägung* i.S.v. Art. 3 RPV können die Nutzungsplanbehörden hierbei von den bestehenden ISOS-*Erhaltungszielen* beim Erlass von Rahmennutzungsplänen und Sondernutzungsplänen *auch abweichen* (Erl./BAK, S. 13 f.; *Merkli*, ISOS-Rechtsprechung, S. 975).

2.2 Das Bundesgericht hat zur Berücksichtigung der ISOS-Erhaltungsziele in der Nutzungsplanung inzwischen auf den eben erwähnten Grundlagen (oben Ziff. 2.1) bereits eine reiche Praxis entwickelt (vgl. dazu vor allem Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 975). Es hat diese Rechtsprechung auch in den letzten Jahren weiterentwickelt und insbesondere die Anforderungen an die planerische Interessenabwägung konkretisiert. So hat es in einem kürzlich (am 27. Oktober 2022) ergangenen Urteil zur Revision der Nutzungsplanung der Gemeinde Mels/SG festgehalten, in materieller Hinsicht bedeute eine hinreichende Berücksichtigung des ISOS, dass die einzelnen Einträge in der ISOS-Ortsbildaufnahme zu beachten und gegen allfällige entgegenstehende Interessen abzuwägen seien. Fehle es an einer umfassenden Interessenabwägung mit rechtsgenüglicher Berücksichtigung der durch das ISOS verkörperten öffentlichen Interessen, könne die betreffende planerische Entscheidung nicht geschützt werden. Es genüge nicht, die ISOS-Einträge nur zu wiederholen oder die entgegenstehenden Interessen nur generell anzurufen. Vielmehr müsse geprüft werden, welches Gewicht ihnen unter den jeweiligen konkreten Umständen zukomme, was bei der angefochtenen Planungsmassnahme (neue Überbauungsmöglichkeit für einen schutzwürdigen Freiraum) nicht geschehen war. Es werde in diesem Freiraum neu eine Überbauung zugelassen, obwohl nach dem bestehenden Masterplan Raumentwicklung und der offiziellen Stadtanalyse die ortsbildprägende Bedeutung der unverbauten Grünräume betont und eine Verstärkung des Ortsbildschutzes im ISOS-Bereich als gegenüber der Verdichtung prioritär bezeichnet wurde. Daraus ergibt sich, dass eine Abweichung von den ISOS-Erhaltungszielen «A» (Ortsbildgebiet) bzw. «a» (Umgebungszone) im Rahmen der Nutzungsplanung nur aufgrund einer korrekten und umfassenden Interessenabwägung bezüglich der einzelnen ISOS-Einträge zulässig ist (vgl. dazu E. 4). Überdies hat das Bundesgericht in diesem Urteil in E. 5 festgehalten, dass es für die Umsetzung des ISOS-Schutzes nicht genügt, diesen erst teilweise umzusetzen und in der Begründung dazu einen später zu erlassenden Sondernutzungsplan vorzubehalten. Vielmehr muss in einem solchen Fall eine Sondernutzungsplanpflicht ausdrücklich in der Nutzungsplanung festgesetzt werden, damit sie später auch durchgesetzt werden kann (vgl. zum Ganzen Bundesgerichtsurteil 1C 459/2020 vom 27. Oktober 2022 mit verschiedenen Hinweisen auch auf frühere Entscheide; vgl. dazu auch die Publikation dieses Urteils in ZBI 2024, S. 97 ff. mit Kommentar des Unterzeichnenden, sowie Sonja Blind, Wie können Parzellen in einer ISOS-Umgebungszone genutzt werden?, Espace Suisse/Inforaum 3/2023, S. 34; vgl. überdies zur Umsetzung des ISOS bei der Gesamtrevision einer kommunalen Nutzungsplanung auch das Urteil des Aargauer Verwaltungsgerichts vom 20. Oktober 2021 zur Aarauer Gartenstadt und dazu den Kommentar des Unterzeichnenden [insbesondere Ziff. 7 f.], publiziert mit Leitsätzen in ZBI 2023, S. 42 ff.).

2.3 Was insbesondere die gemäss den Planungsgrundsätzen und -zielen von Art. 1 und 3 RPG anzustrebende *bauliche Verdichtung* und *qualitätsvolle Innenentwicklung* innerhalb des Siedlungsgebietes anbetrifft (vgl. insbesondere Art. 1 Abs. 2 lit. a^{bis} sowie Art. 3 Abs. 3 lit. a^{bis} RPG), ist auch auf den bereits 2016 vom Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) herausgegebenen Bericht *«ISOS und Verdichtung»* einer breit zusammengesetzten Arbeitsgruppe mit Vertretern von Bund und Kantonen hinzuweisen, welcher verschiedene *Empfehlungen* für die *Bau- und Planungsbehörden* und auch die *Projektierenden* im Hinblick auf die vorzunehmende planerische Interessenabwägung enthält. So ist es im Rahmen der *Interessenermittlung* für eine Siedlungsentwicklung nach innen wichtig, dass die Notwendigkeit einer Verdichtung aus den übergeordneten Vorgaben (insbesondere RPG, kantonales Recht und kantonaler Richtplan) und *in einem grösseren räumlichen Zusammenhang* (nicht nur bezogen auf

ein einzelnes Projekt) hergeleitet wird, wobei es vorteilhaft ist, die übergeordneten Vorgaben auch räumlich zu lokalisieren. Die *Interessenbewertung und -abwägung* sollte nach Möglichkeit im Rahmen der Erarbeitung eines räumlichen Gesamtkonzepts geschehen. Die ermittelten Interessen bezüglich Ortsbildschutz, Siedlungsentwicklung nach innen und weiteren Themen (verkehrliche Erschliessung, Erhaltung von Grünflächen etc.) müssen gegeneinander abgewogen werden. Besonders geeignet als Instrument für diese Abwägung ist ein kommunaler Richtplan. Denkbar sind auch regionale oder kommunale Konzepte, Siedlungsleitbilder oder vergleichbare Planungsinstrumente. Die Aufträge von ISOS und RPG (Schutzauftrag und Verdichtungsziel) und deren gemeinsame und sorgfältig abgestimmte Umsetzung stellen auch eine Chance dar, eine «Stadtreparatur» zu ermöglichen. Die Verdichtung in Kombination mit einer Verbesserung der städtischen Qualität erhöht denn auch die Akzeptanz der Bevölkerung für solche Massnahmen (vgl. Bericht, S. 16). Der erwähnte Bericht von 2016 wurde durch einen vom BAK und vom ARE herausgegebenen Bericht an den Bundesrat «Schweizer Ortsbilder erhalten – Empfehlungen zum Umgang mit schützenswerten Ortsbildern bei der Siedlungsentwicklung nach innen» vom 1. September 2021 ergänzt, welcher als Anhang auch einen Erkenntnisbericht der EBP AG vom 22. Februar 2021 über die Anwendung des ISOS bei Verdichtungsvorhaben enthält (vgl. dazu überdies auch die Kommentierung des Aargauer Gartenstadt-Entscheids durch den Unterzeichnenden [ZBI 2023, S. 42 ff., insbesondere Ziff. 8 ff. zur Verdichtung im schutzwürdigen Gartenstadtgebiet], sowie Sonia Blind, Verdichten ja, aber..., Inforaum 2/2020 S. 9 ff. [Urteil Lausanne] mit weiteren Hinweisen zum empfohlenen Vorgehen der Planungsbehörden).

2.4 Anzufügen bleibt, dass bei der Schaffung eines planerischen Gesamtkonzepts und der planerischen Behandlung der einzelnen örtlichen Gebiete auch berücksichtigt werden sollte, dass *in bestimmten Gebieten*, namentlich z.B. im Gewässerschutzbereich Au, bei den späteren Projektbewilligungsverfahren die *ISOS-Erhaltungsziele* häufig *direkt anwendbar sein werden*, weil für unterirdische Bauten gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligungen nötig sind. In diesen Fällen muss bei der Schaffung der planerischen Grundordnung besonders darauf geachtet werden, dass die *ISOS-Erhaltungszielsetzungen* für dieses Gebiet *sorgfältig beachtet werden*, da sie auch noch

im Anwendungsfall (Projektbewilligungsverfahren) im Falle des Einbaus von Bauteilen in das Grundwasser direkt angerufen werden können (vgl. dazu auch den erwähnten Bericht von BAK und ARE von 2021, Ziff. 5.2 und 5.3, S. 11 f., sowie meine Kommentierung des Aargauer Gartenstadt-Entscheids [ZBl 2023, S. 42 ff., insbesondere Ziff. 14] und nachfolgend Ziff. VI). *Vermieden werden* sollte sodann bei möglicherweise schutzwürdigen Gebieten auch eine *Aufspaltung* in ein *Planungs-* und ein *Schutzverfahren*, da dies den Grundsätzen von Art. 25a RPG und einer umfassenden planerischen Interessenabwägung nach Art. 3 RPV widerspricht (vgl. dazu auch meine Kommentierung des Bundesgerichtsurteils 1C_753,754/2021 vom 24. Januar 2023 [Stammerau, Frauenfeld/TG] in ZBl 2024, S. 251 ff. [insbesondere Anmerkungen Ziff. 3 und 4]).

3. Die Berücksichtigung des ISOS im Baubewilligungsverfahren

Im Baubewilligungsverfahren innerhalb des Siedlungsgebietes finden grundsätzlich keine Interessenabwägungen mehr statt, da die Berücksichtigungspflicht des ISOS in der Richt- und Nutzungsplanung umgesetzt werden soll und Zonenvorschriften die mögliche Nutzung klar und grundeigentümerverbindlich regeln sollen (vgl. dazu auch oben Ziff. 2). Dementsprechend besteht in diesem Verfahrensstadium nur noch beschränkter Spielraum für die Berücksichtigung des ISOS. In der ISOS-Verordnung selber wird denn auch die Berücksichtigungspflicht grundsätzlich, allerdings nicht abschliessend, auf das Stadium der Richt- und Nutzungsplanung beschränkt (vgl. Art. 11 VISOS und dazu Erl./BAK, S. 13 f.). Aufgrund sog. positiver Ästhetikklauseln, die eine bestimmte gestalterische Qualität der Bebauung verlangen, kann das ISOS allenfalls auch eine gewisse Bedeutung bei der Beurteilung der Gestaltung eines Bauprojektes erlangen, doch kann es die generelle Zonenordnung grundsätzlich nicht ausser Kraft setzen. Ein Spielraum besteht dagegen, wenn die Erteilung einer Ausnahmebewilligung für die Abweichung von der Zonenordnung erforderlich ist. Dies gilt insbesondere auch für Höherbaubewilligungen oder die Beanspruchung eines Ausnützungsbonus nach der massgebenden Gesetzgebung (vgl. für den Kanton Zürich auch das Institut der Arealüberbauung, welches Abweichungen von der Zonenordnung ermöglicht; dazu Griffel, Nutshell Raumplanungsrecht, S. 80 ff.). Solche Ausnahmen erfordern regelmässig eine Interessenabwägung i.S.v. Art. 3 RPV, bei welcher die ISOS-Schutz-ziele nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch noch Baubewilligungs-verfahren zu berücksichtigen sind (vgl. dazu Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 975 f., und oben Ziff. III/A/3). Sodann stellt sich die Frage, was zu geschehen hat, wenn das ISOS in der Nutzungsplanung keine oder nur eine ungenügende Berücksichtigung gefunden hat. In einer solchen Situation kann es in einem Baubewilligungsverfahren – als Ausnahme vom Grundsatz der Planverbindlichkeit (vgl. Art. 21 RPG) - zu einer ausnahmsweise zulässigen akzessorischen Plankontrolle kommen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dies namentlich dann zulässig, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse seit der Planfestsetzung wesentlich geändert haben. Dies ist hinsichtlich des ISOS dann der Fall, wenn dieses beim Erlass der das ISOS geltenden Zonenordnung gar nicht berücksichtigt wurde (z.B. weil diese aus der Zeit vor dem Urteil Rüti stammt) oder aber bei späteren Nutzungsplanungen, wenn die ISOS-Widrigkeit beim Planerlass nicht erkannt werden konnte (vgl. dazu Merkli, ISOS-Rechtsprechung, S. 977; allgemein Aemisegger in: Aemisegger et al. [Hrsg.], Praxis-kommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 34 Rz. 27 ff.; vgl. aus der Rechtsprechung auch Bundesgerichtsurteil 1C 76/2020 vom 9. Februar 2021 [Roche/VD] und dazu Espace Suisse, Raum&Umwelt 2/2022, S. 8, sowie das Urteil 1C 650/2020 vom 12. Juli 2022 [Klosters-Serneus/GR], E. 3). Ist eine akzessorische Plankontrolle ausnahmsweise zulässig und ist das ISOS in der geltenden Rahmennutzungsordnung nicht oder ungenügend berücksichtigt worden, kann allenfalls in einem nachgeordneten Planungsund Baubewilligungsverfahren auch ein Anspruch betroffener Grundeigentümer und Anwohner bestehen, dass eine Planungszone i.S.v. Art. 27 RPG geschaffen wird, um eine Durchsetzung der ISOS-Erhaltungszielsetzungen sicherzustellen (vgl. dazu Bundesgerichtsurteil 1C 753,754/2021 vom 24. Januar 2023 [Stammerau, Frauenfeld/TG], E. 6 f., publiziert in ZBI 2024, S. 251 ff. mit Kommentar des Unterzeichnenden [insbesondere Ziff. 3 und 4]).

IV. Als Bundesaufgabe in Frage kommende Gewässerschutzbewilligungen

- 1. In den vorangehenden allgemeinen Erläuterungen wurde dargetan, dass die Erteilung bundesrechtlich geregelter Spezialbewilligungen durch die Kantone immer dann als Erfüllung einer Bundesaufgabe i.S.v. Art. 2 NHG gilt (mit der Folge der Direktanwendbarkeit der ISOS-Schutzvorschriften), wenn sie auf einen bestimmt Sachverhalt eine hinreichend detaillierte und direkt anwendbare bundesrechtliche Regelung mit einem Bezug zum Natur- und Heimatschutz anzuwenden haben (vgl. dazu oben Ziff. I/B/2.2 und III/B/2). Der Sinn und Zweck dieser Regelung besteht darin, dass in solchen Fällen entsprechend dem Verfassungsauftrag von Art. 78 Abs. 2 BV der bundesrechtlich geregelte Natur- und Heimatschutz möglichst vollständig und uneingeschränkt zur Anwendung gelangen soll (vgl. oben Ziff. III/C). Das Gewässerschutzrecht des Bundes enthält zahlreiche Bewilligungstatbestände, die diese Voraussetzungen für das Vorliegen einer Bundesaufgabe erfüllen könnten. Der beigezogene Gewässerschutzrechtsexperte Dr. Hans W. Stutz hat in dem hier im Anhang beigefügten Memorandum «Beantwortung gewässerschutzrechtlicher Fragen im Rahmen des Rechtsgutachtens Gewässerschutz und Ortsbildschutz nach ISOS» vom 12. März 2024 diese Bewilligungstatbestände zusammengestellt und hinsichtlich der Frage, ob sie i.S.v. Art. 2 NHG die Erfüllung einer Bundesaufgabe enthalten, beurteilt.
- 2. Hans W. Stutz gelangt in seinem Memorandum zu folgenden überzeugenden Schlüssen (vgl. dazu auch das Schaubild im Memorandum, S. 6): Im Bereich des qualitativen Gewässerschutzes (vgl. dazu oben Ziff. I/A/2.1) weisen die Bewilligungen im Abwasserrecht (Art. 6–18 GSchG) in der Regel einen nicht engen Bezug zum Naturund Heimatschutz auf, da sie auch unabhängig von Bauprojekten erteilt werden können und nur den Aspekt einer korrekten Abwasserbeseitigung regeln (Memorandum Ziff. 1.3, Absatz 1; Keller, Komm. NHG, Art. 12 Rz 5). Auch unter dem Titel Gewährung von Bundesbeiträgen (Art. 2 Abs. 2 NHG) kann heute in der Regel für die Bewilligung von Abwasseranlagen keine Bundesaufgabe mehr abgeleitet werden, da mit der Einführung eines konsequenteren Verursacherprinzips bei der Abwasserbeseitigung die früher erheblichen Bundesbeiträge weitgehend weggefallen sind (vgl. Art. 60a GSchG; Memorandum Ziff. 1.3, Absatz 2). Im Bereich des planerischen Grundwasserschutzes

(Art. 19 ff. GSchG) und des Umgangs mit wassergefährdenden Flüssigkeiten (Art. 22 ff. GSchG) gibt es jedoch bundesrechtlich eingehend geregelte Bewilligungen, die nach der Rechtsprechung einen Bezug zum Natur- und Heimatschutz aufweisen und diese Aufgaben damit zur Erfüllung von Bundesaufgaben i.S.v. Art. 2 NHG machen (vgl. dazu auch oben Ziff. I/A/2.2). Es handelt sich zunächst um die nach Art. 19 Abs. 2 GSchG erforderlichen Bewilligungen für die Erstellung und Änderung von Bauten und Anlagen (und damit zusammenhängende Arbeiten) in den besonders gefährdeten Gewässerschutzbereichen, wenn diese Vorhaben die Gewässer gefährden können (vgl. dazu die nicht abschliessende Konkretisierung in Art. 32 GSchV). Zu den besonders gefährdeten Bereichen zählen hierbei die Gewässerschutzbereiche A_{u.} A_{o.} Z_u und Z_o (vgl. dazu das Memorandum Stutz, Ziff. 2.1–2.4; Arnold Brunner, in: Hettich/Jansen/Norer [Hrsg.], Kommentar GSchG/WBG, Zürich/Basel/Genf 2016 [nachfolgend Komm. GSchG/WBG], Art. 19 GSchG, Rz. 17 ff.). Dazu gehören aber auch die aufgrund dieser Bestimmungen in Anhang 4 Ziff. 211 GSchV vorgesehenen Ausnahmebewilligungen für grundsätzlich verbotene grössere Tanklager in den Gewässerschutzbereichen Au und A_o (Abs. 1) und für ebenfalls grundsätzlich verbotene Anlagen unter dem mittleren Grundwasserspiegel im Gewässerschutzbereich Au (Abs. 2; vgl. dazu Brunner, a.a.O.; Art. 19 GSchG, Rz. 21; zur Qualifikation der letzteren Ausnahmebewilligung als Erfüllung einer Bundesaufgabe i.S.v. Art. 2 NHG auch Merkli, ISOS-Schutz, S. 968). Weitere Ausnahmebewilligungen aufgrund dieser Vorschriften sind in Anhang 4 Ziff. 221 Abs. 1 lit. b und Ziff. 222 Abs. 1 lit. a GSchV vorgesehen, doch betreffen diese allein die Grundwasserschutzzonen S3 und S2 (vgl. dazu Brunner, a.a.O., Art. 20 GSchG, Rz. 27; vgl. zum Ganzen auch Zufferey, Komm. NHG, Art. 2 Rz. 43). Keine Erfüllung von Bundesaufgaben stellen jedoch blosse kantonale Bewilligungstatbestände dar, welche auch für Bohrungen und andere Massnahmen ausserhalb der besonders gefährdeten Bereiche nach Art. 19 Abs. 2 GSchG eine gewässerschutzrechtliche Bewilligung verlangen (vgl. dazu Bundesgerichtsurteil 1C 265/2023 vom 24. April 2023 [Walenstadt/SG] und dazu Memorandum Stutz, Ziff. 1.4 S. 7).

3. Ebenfalls detaillierte direkt anwendbare Bundesregelungen mit einem offensichtlichen Zusammenhang zum Natur- und Heimatschutz, welche damit als *Erfüllung einer Bundesaufgabe* i.S.v. Art. 2 NHG erscheinen, bilden dagegen *folgende Regelungen* in den weiteren Teilen des Gewässerschutzgesetzes (vgl. dazu auch Keller, Komm. NHG, Art. 12 Rz. 5): die Vorschriften zur Sicherung angemessener Restwassermengen in Art. 29 ff. GSchG (sog. quantitativer Gewässerschutz; vgl. dazu auch oben Ziff. I/A/2.3) und die Vorschriften zur Verhinderung und Behebung anderer nachteiliger Einwirkungen auf Gewässer (Art. 36a ff. GSchG; vgl. dazu oben Ziff. I/A/2.3 und 2.4). Letztere enthalten Bewilligungsvoraussetzungen für die Verbauung und Korrektion von Fliessgewässern (Art. 37 GSchG), Ausnahmebewilligungen über die Überdeckung oder Eindolung von Fliessgewässern (Art. 38), die vom Bund vorgeschriebene Revitalisierung von Gewässern (Art. 38a GSchG), Ausnahmebewilligungen für Schüttungen in Seen (Art. 39 GSchG), Anforderungen betreffend die Spülung und Entleerung von Stauanlagen (Art. 40 GSchG), Ausnahmebewilligungen für die Rückgabe Treibgut bei Stauanlagen Abs. von (Art. 41 GSchG). Ausnahmebewilligungen betreffend die Beeinträchtigung von Grundwasser und Vegetation bei Stauanlagen mit geringer Stauhöhe für bestehende Anlagen (Art. 43 Abs. 5 GSchG) und die Bewilligung der Ausbeutung von Kies, Sand und anderem Material (Art. 44 GSchG). Die genannten Massnahmen bzw. Vorhaben, insbesondere die Fliessgewässer-Revitalisierung nach Art. 38a GSchG, können zum Teil erhebliche Bundesbeiträge erhalten, weshalb sie auch aus diesem Grund als Erfüllung einer Bundesaufgabe nach Art. 2 NHG erscheinen. (vgl. dazu auch Memorandum Stutz, Ziff. 1.3, S. 5, und zur Gewährung von Bundesbeiträgen als Grund für die Qualifikation als Bundesaufgabe auch oben Ziff. II/B/2). Die hier (in Ziff. 3) genannten Bewilligungstatbestände sind aber im Zusammenhang mit der ISOS-Anwendung – ähnlich ebenfalls als Bundesaufgabe erscheinende fischereirechtliche Bewilligungen – innerhalb des Siedlungsgebietes in der Regel nicht relevant (vgl. dazu auch Memorandum Stutz, Ziff. 6, S. 21 f.).

4. Von etwelcher Bedeutung für das *Thema des vorliegenden Gutachtens* sind im Bereich der Verhinderung und Behebung anderer nachteiliger Einwirkungen auf die Gewässer (Art. 36a ff. GSchG) aber die gestützt auf Art. 36a GSchG erlassenen *Regeln über den Schutz des Gewässerraums* (vgl. dazu auch Memorandum *Stutz*, Ziff. 1.5, S. 7 f.). Diese enthalten in Art. 41c GSchV wichtige Vorschriften über die *Rechtswirkungen* der ausgeschiedenen bzw. übergangsrechtlich in der GSchV festgelegten

Gewässerräume. So sind gemäss Art. 41c GSchV nur im öffentlichen Interesse liegende standortgebundene Anlagen zulässig (Spezialbewilligung nach Abs. 1 Satz 1) und es können darüber hinaus unter besonderen Voraussetzungen für Anlagen Ausnahmen gewährt werden, sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Ausnahmebewilligungen nach Abs. 1 Satz 2 [mit abschliessender Aufzählung]; vgl. dazu auch Griffel, Nutshell Umweltrecht, S. 241 f.; Christoph Fritzsche, Komm. NHG/WBH, 36a Art. GSchG, Rz. 107 ff.). Soweit entsprechende Bewilligungstatbestände vorliegen, gilt auch deren Anwendung als Erfüllung einer Bundesaufgabe i.S.v. Art. 2 NHG (vgl. Merkli, ISOS-Schutz, S. 968).

V. Anwendungsfragen im Zusammenhang mit Gewässerschutzbewilligungen nach Art. 19 Abs. 2 GSchG/Anhang 4 Ziff. 211 GSchV

1. Für das Thema des vorliegenden Gutachtens sind vor allem die aufgrund von Art. 19 Abs. 2 GSchG i.V.m. Art. 32 GSchV bzw. dem diesbezüglichen Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 geregelten Ausnahmebewilligungen für die grundsätzlich verbotenen Anlagen unter dem mittleren Grundwasserspiegel im Gewässerschutzbereich Au bedeutsam, welche zur Folge haben, dass die Bewilligung von Bauvorhaben mit unterirdischen Bauteilen im Grundwasserbereich auch innerhalb des Siedlungsgebietes als Erfüllung von Bundesaufgaben gelten, womit die Schutzvorschriften des ISOS in den betreffenden Baubewilligungsverfahren direkt anwendbar werden (vgl. dazu oben Ziff. III/B/1.1 und 1.2 sowie Ziff. IV/2). Dies ist besonders deshalb von Bedeutung, weil verschiedene grössere Schweizer Städte, die an Seen und Flüssen liegen und deren Siedlungsgebiet sich daher oft zum einem erheblichen Teil im Gewässerschutzbereich Au befindet und ISOS-Schutzgebiete aufweist, sich durch die damit verbundene Direktanwendbarkeit des ISOS in ihrer Entwicklung stark behindert fühlen (vgl. dazu etwa den Auszug aus der Gewässerschutzkarte für das Gebiet der Stadt Zürich im Memorandum, S. 20). Daher stellen sich – quasi als Vorfrage zu den ISOS-Anwendungsproblemen – verschiedene Fragen zur Praxis bei der Anwendung der fraglichen Gewässerschutzvorschriften und bei der Ausscheidung der Gewässerschutzbereiche Au, wobei auffällt, dass in den Kantonen diesbezüglich zum Teil unterschiedliche Grundsätze angewandt werden.

2. Hans W. Stutz behandelt im Rahmen der Anwendungsfragen zur gewässerschutzrechtlichen Ausnahmebewilligung nach Anhang 4 Ziff. 211 GSchV zunächst die Frage, unter welchen Voraussetzungen solche Ausnahmebewilligungen erteilt werden können, wobei er darauf hinweist, dass auch für eine nur geringfügige Inanspruchnahme eines Grundwasserleiters eine solche Ausnahmebewilligung erforderlich ist (keine Bagatellgrenze; vgl. Memorandum, Ziff. 2.5–2.8). Er erwähnt in seinen Ausführungen, dass bis in die neueste Zeit in vielen Kantonen die Praxis bestand, Einbauten in das Grundwasser regelmässig zu bewilligen, wenn die Einbauten die Grundwasserdurchflusskapazität um höchstens 10% verminderten, wobei man sich auf Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV stützte. In einem neuen Entscheid (Bundesgerichtsurteil 1C 460/2020 vom 30. März 2021 [Lachen/SZ]) erklärte das Bundesgericht diese Praxis als bundesrechtswidrig, weil kein Rechtsanspruch auf eine Ausnahmebewilligung bestehe. Es liege vielmehr im pflichtgemässen Ermessen der zuständigen Bewilligungsbehörde, eine Ausnahme zu gewähren. Solche Ausnahmen sollten indessen nur zurückhaltend gewährt werden und erforderten jedenfalls eine Interessenabwägung (E. 4.2 und 4.3). Das Bundesamt für Umwelt (BAFU), Abteilung Wasser, hat hierauf den Kantonen am 24. Februar 2022 ein Rundschreiben zum Thema «Interessenabwägung bei Einbauten unter den mittleren Grundwasserspiegel im Gewässerschutzbereich Au» zukommen lassen, in welchem die Grundsätze für die erforderliche Interessenabwägung erläutert werden. Die Interessenabwägung ist darnach auf Interessen zu beschränken, die sich auf den Einbau unter dem mittleren Grundwasserspiegel beziehen. So sind einerseits die Folgen einer Nichterteilung der Ausnahmebewilligung für die Gesuchstellerin, die künftigen Nutzer und die Allgemeinheit zu beachten und andererseits die Interessen gegen einen Einbau unter dem mittleren Grundwasserspiegel, namentlich die Erhaltung der Nutzbarkeit des Grundwasserleiters, mögliche Beeinträchtigungen der Grundwassernutzung im Einflussbereich des geplanten Einbaus oder anderweitige Beeinträchtigungen infolge des Einbaus. Diese Grundsätze sind inzwischen bereits durch mehrere Bundesgerichtsentscheide bestätigt worden (vgl. dazu Memorandum Stutz, Ziff. 2.6 und 2.7, S. 13 ff., mit Hinweis auf Bundesgerichtsurteil 1C 654/2021 vom 28. November 2022 [Olten] und 690/2021 vom 12. September 2023 [Engelberg], letzteres publiziert in URP 2023, S. 829 ff.).

3. Zutreffend weist Hans W. Stutz darnach darauf hin, dass Auswirkungen des Gesamtprojekts, welche sich nicht auf den Einbau ins Grundwasser und dessen Auswirkungen beziehen (also z.B. Lärm oder Schattenwurf), nach den heute anerkannten Grundsätzen zur Interessenabwägung für die Erteilung gewässerschutzrechtlicher Ausnahmebewilligungen nach Anhang 4 Ziff. 211 GSchV nicht zu berücksichtigen sind (vgl. auch Memorandum Stutz, Ziff. 2.6, S. 14). Auch die ISOS-Verträglichkeit des Gesamtprojekts spielt für die Erteilung der Ausnahmebewilligung somit keine Rolle (eine fehlende ISOS-Verträglichkeit des Gesamtprojekts schliesst aber die Erteilung einer GSchG-Ausnahmebewilligung aus koordinationsrechtlichen Gründen aus; vgl. oben Ziff. III/B/1.2). Das Erfordernis einer gewässerschutzrechtlichen Ausnahmebewilligung hat jedoch zur Folge, dass das Bauvorhaben selber im bau- bzw. planungs-rechtlichen Verfahren auf seine ISOS-Verträglichkeit geprüft werden muss, wobei die ISOS-Erhaltungszielsetzungen direkt zur Anwendung gelangen, weil wegen des Erfordernisses einer Gewässerschutzbewilligung die Realisierung des Vorhabens zur Erfüllung einer Bundesaufgabe wird (vgl. zur nach Art, Gegenstand, Funktion und Zuständigkeit unterschiedlichen Interessenabwägung i.S.v. Anhang 4 Ziff. 111 GSchV bzw. i.S.v. Art. 6 NHG/Art. 10 VISOS auch die Zusammenfassung im Memorandum Stutz, Ziff. 2.9, S. 16). Die für die Gewässerschutzbewilligung zuständige kantonale Fachbehörde hat sich jedoch nicht mit der ISOS-Verträglichkeit des Gesamtprojekts zu befassen. Sie ist dazu weder fachlich noch rechtlich berufen, und es soll in den betreffenden Verfahren auch keine Doppelprüfung der ISOS-Verträglichkeit stattfinden. Das zur Anwendung gelangende Planungs- bzw. Baubewilligungsverfahren muss jedoch mit dem Gewässerschutzbewilligungsverfahren nach den Grundsätzen von Art. 25a RPG koordiniert werden, d.h. die gewässerschutzrechtliche Bewilligungsbehörde muss der verfahrensleitenden Behörde mitteilen, ob eine gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung erforderlich ist und ob eine solche aufgrund der gewässerschutzrechtlichen Beurteilung erteilt werden kann (vgl. dazu auch nachfolgend Ziff. VI/3). Ist letzteres nicht der Fall, liegt grundsätzlich ein Killerentscheid vor, welcher eine Prüfung der ISOS-Verträglichkeit des Gesamtprojekts durch die zuständige Planungs- bzw. Baubewilligungsbehörde im Prinzip überflüssig macht. Die entsprechende Bewilligungsverweigerung kann daher vorweg oder zusammen mit einem negativen Gesamtentscheid eröffnet werden (vgl. dazu auch *Arnold Marti* in: Aemisegger et al. [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 25a Rz. 49).

4. Im Folgenden behandelt Hans W. Stutz die Frage, welcher Spielraum bei der Einholung einer Ausnahmebewilligung nach Anhang 4 Ziff. 211 GSchV besteht. Bereits erwähnt wurde, geringfügige auch eine *Inanspruchnahme* Grundwasserleiters eine solche Ausnahmebewilligung benötigt (keine Bagatellgrenze; vgl. Memorandum, Ziff. 2.8, S. 15 und oben Ziff. 2). Der beigezogene Fachexperte legt sodann dar, dass ein Verzicht auf die Einholung einer solchen Ausnahmebewilligung auch dann nicht möglich ist, wenn nach dem massgebenden kantonalen Recht bei untergeordneten baulichen Massnahmen keine Baubewilligung erforderlich ist (Memorandum, Ziff. 3.2, S. 16). Alsdann stellt sich die Frage, ob eine gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung auch erforderlich ist, wenn ein bestehendes Gebäude, das eine solche Bewilligung benötigt, durch ein neues Gebäude mit denselben Dimensionen ersetzt wird. Dazu weist der beigezogene Fachexperte im Memorandum, Ziff. 4 (S. 16 ff.) darauf hin, dass das Gewässerschutzgesetz wie generell die Umweltrechtsgesetze auf Sanierung ausgerichtet sind. Es gibt daher – anders als im Baurecht – grundsätzlich keinen aus der Eigentumsgarantie abgeleiteten Bestandesschutz. Stellt sich ein gewässerschutzrechtswidriger Zustand ein, ist dieser vielmehr bei einer Neubeurteilung im Zusammenhang mit einem konkreten Projekt grundsätzlich zu beheben. Eingriffe in den Grundwasserleiter sind – wie dargelegt (oben Ziff. 2 und 3) – nur aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zulässig. Durch die fortwährende Bautätigkeit nimmt die Durchflusskapazität im Grundwasserleiter stetig ab, weshalb die Nutzungsmöglichkeiten für Bauherrschaften, die über bzw. in bereits beanspruchtes Grundwasservorkommen bauen möchten, zunehmend abnehmen. Dies hat der Kanton als Hoheitsträger der öffentlichen Gewässer zu beachten und auch für eine minimale Verteilgerechtigkeit zu sorgen. Wenn eine Baute, die das Grundwasser tangiert, beseitigt wird, wird die Vollzugsbehörde daher grundsätzlich verlangen müssen, dass die Einbauten aus dem Grundwasser entfernt werden. In der Vergangenheit seien Bauteile, die im Grundwasser standen, zwar oft aus Kostengründen nicht entfernt worden. Künftig sollte von der Gewässerschutzbehörde aber darauf hingewirkt werden, dass diese Einbauten möglichst vollständig aus dem Grundwasserleiter entfernt werden, damit die Durchflusskapazität dauerhaft und möglichst vollständig erhalten bleibt. Das Bundesrecht sieht denn auch vor, dass in den Ausnahmebewilligungen auch Anforderungen an die Stilllegung der Anlage festgelegt werden (Art. 32 Abs. 4 Halbsatz 2 GSchV). Im Kanton Zürich sind entsprechende Rückbauvorschriften im Rahmen der Ausführungsverordnung zum neuen Zürcher Wassergesetz vorgesehen, wobei Ausnahmen aufgrund einer Interessenabwägung möglich sind (vgl. Memorandum *Stutz*, Ziff. 4.3, S. 18). Bei einem *Ersatzneubau*, welcher wiederum Bauteile im Grundwasserbereich enthält, wird somit bezüglich des vorgelegten Neubauprojekts eine neue, ganz selbstständige *gewässerschutzrechtliche Interessenabwägung im dargelegten Sinn* (vgl. dazu oben Ziff. 2) erforderlich sein, was dann wiederum dazu führt, dass das Gesamtprojekt nach Art. 6 NHG bzw. Art. 10 VISOS auf seine ISOS-Verträglichkeit geprüft werden muss, da im dargestellten Sinn die Erfüllung einer Bundesaufgabe vorliegt (vgl. auch Memorandum *Stutz*, Ziff. 4.4, S. 18 f.).

5. Die Frage stellt sich noch, wie die Rechtslage ist, wenn nicht ein Ersatzneubau, sondern lediglich ein teilweiser oberirdischer Um- oder Ergänzungsbau eines ursprünglich mit Ausnahmebewilligung nach Angang 4 Ziff. 211 GSchV errichteten Gebäudes vorgesehen ist. Dann ist für einen solchen Um- bzw. Ergänzungsbau grundsätzlich keine gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung erforderlich, weshalb man argumentieren könnte, es liege bei der Bewilligung eines solchen Umbzw. Ergänzungsbaus keine Erfüllung einer Bundesaufgabe vor, weshalb die ISOS-Verträglichkeit im Falle einer ordentlichen Baubewilligung ohne Ausnahmen entsprechend allgemeinen Grundsätzen nicht mehr geprüft werden müsse. Gegen diese Auffassung spricht aber, dass diesfalls die vom Bundesrecht gewollte direkte Anwendung des ISOS für das ursprüngliche Gesamtprojekt durch spätere Um- und Ausbauten umgangen werden könnte. Dies aber darf nicht sein. Es widerspräche auch dem im Natur- und Heimatschutzrecht des Bundes geltenden Grundsatz eines nachhaltigen Schutzes, welcher u.a. dadurch zum Ausdruck kommt, dass bei der Prüfung nach Art. 6 NHG bezüglich der projektbezogenen Veränderungen praxisgemäss eine Gesamtschau erforderlich ist und auch Folgeeingriffe zu berücksichtigen sind und eine schleichende Zerstörung vermieden bzw. verhindert werden muss (vgl. dazu die Hinweise bei *Leimbacher*, Komm. NHG. Art. 6 Rz. 14). Dies zeigt sich auch darin, dass die *Zusicherung von Finanzhilfen* des Bundes für ein Schutzobjekt, was ebenfalls zum Vorliegen einer Bundesaufgabe und der Direktanwendung des ISOS führt, regelmässig mit der Auflage verbunden wird, dass das betreffende Objekt *in einem dem Beitragszweck entsprechenden Zustand erhalten werden muss* und Änderungen des Zustands der Zustimmung des zuständigen Bundesamts bedürfen (Art. 7 Abs. 1 lit. b NHV). Nach Auffassung des Gutachters muss daher auch die *Bewilligung von Um- und Ausbauprojekten*, welche anders als das ursprüngliche Projekt keiner gewässerschutzrechtlichen Ausnahmebewilligung bedürfen, als Erfüllung einer Bundesaufgabe qualifiziert werden, bei welcher die *ISOS-Erhaltungsziele weiterhin direkt anwendbar* sind.

6. In einem letzten Teil seiner Darlegungen geht Hans W. Stutz auf die gestellte Frage ein, weshalb die Gewässerschutzbereiche Au in grösseren Städten an Flüssen und Seen ganz unterschiedlich gross sind, was zu einer quantitativ stark unterschiedlichen Anzahl von (anspruchsvolleren) Fällen der ISOS-Direktanwendung in diesen Städten führt. Für die Ausscheidung der Gewässerschutzbereiche Au enthalten Anhang 4 Ziff. 111 Abs. 1 und 2 GSchV näher umschriebene Anforderungen. Die Bemessung der Gewässerschutzbereiche Au erfolgt anhand der vorhandenen hydrologischen Karten und Grundwasserkarten. Sind die erwähnten Voraussetzungen erfüllt, muss Gewässerschutzbereich Au entsprechend festgelegt werden (vgl. dazu auch Brunner, Komm. GSchG/WBG, Art. 19 GSchG Rz. 10). Massgebend für örtliche Unterschiede bei der Ausscheidung von Gewässerschutzbereiche Au dürfte die Eignung des Grundwassers für eine Trinkwassernutzung sein, zumal Grundwasservorkommen zum Teil durch alte frühere Industrieareale belastet sind und daher auf deren Ausscheidung als Gewässerschutzbereiche Au verzichtet wird. Dies erscheint allerdings als diskutabel, weil an sich von einem natürlichen Grundwasserzustand auszugehen ist (vgl. dazu für die beiden Städte Zürich und Basel Memorandum Stutz, Ziff. 5.2. und 5.3, S. 19 ff.).

VI. Empfohlenes Vorgehen bei Vorhaben in einem sensiblen ISOS-Ortsbildteil innerhalb eines Gewässerschutzbereiches A_n

1. Vorbemerkung

Die Fragestellung gemäss Gutachterauftrag ist auf das Vorgehen bei einzelnen Vorhaben in einem sensiblen ISOS-Ortsbildteil innerhalb konkreten Gewässerschutzbereichs Au ausgerichtet. Wie sich aus den vorangehenden grundsätzlichen Erläuterungen ergibt, muss der ISOS-Schutz aufgrund des bestehenden Rechts und der Praxis dazu bereits in der Richt- und Nutzungsplanung genügend berücksichtigt werden (vgl. Art. 11 VISOS und dazu oben Ziff. III/C/2). Dies gilt ganz allgemein, aber besonders in Gebieten, wo für die Bewilligung von Bauprojekten regelmässig oder in besonderen Fällen spezialgesetzliche bundesrechtliche Bewilligungen erforderlich sind, also nach dem Gesagten vor allem in sensiblen Ortsbildteilen innerhalb eines Gewässerschutzbereichs Au, wo für unterirdische Bauten unterhalb des Grundwasserspiegels gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligungen benötigt werden und die Projektbewilligung daher als Erfüllung einer Bundesaufgabe gilt (vgl. dazu oben Ziff. IV/2). Dies ist deshalb wichtig, weil in diesen Fällen nicht darauf vertraut werden darf bzw. kann, dass bei der Bewilligung von konkreten zonenkonformen Bauten der ISOS-Schutz grundsätzlich nicht mehr angerufen werden kann, weil von der Umsetzung im rechtskräftigen kommunalen Nutzungsplan auszugehen ist (dazu oben Ziff. III/C/3). Liegt somit im Zusammenhang mit der Projektbewilligung die Erfüllung einer Bundesaufgabe vor, können bzw. müssen vielmehr auch im Rahmen des konkreten Projektbewilligungsverfahren die ISOS-Erhaltungszielsetzungen direkt zur Anwendung gebracht werden. Um spätere Schwierigkeiten zu vermeiden, muss daher die Umsetzung der ISOS-Erhaltungsziele in den Gewässerschutzbereichen Au bei der Richtplanung und vor allem auch bei der Rahmen-nutzungsplanung besonders sorgfältig vorgenommen werden und es ist hierbei auch zu berücksichtigen, dass die Frage der ISOS-Verträglichkeit auch bei der Projektbewilligung nochmals aufgeworfen werden kann (vgl. dazu auch oben Ziff. III/C/2.4). Daher werden in einem nachfolgenden Abschnitt auch Empfehlungen für die Behandlung entsprechender Ortsbildteile in der Richtplan- und Rahmennutzungsplanung abgegeben. Als Anwendungsbeispiel wird hierbei insbesondere die Situation in der Stadt Zürich betrachtet, wo sich im Zusammenhang mit den erheblichen ISOS-Schutzgebieten im Gewässerschutzbereichs Au besondere Probleme ergeben (vgl. dazu oben Ziff. V/1).

2. Behandlung entsprechender Ortsbildteile in der Richt- und Rahmennutzungsplanung

- 2.1 Wie bereits dargelegt, hat das Bundesgericht in der Zwischenzeit (seit dem Grundsatzurteil Rüti/ZH aus dem Jahr 2009) bereits eine reiche Praxis zur Berücksichtigung der ISOS-Erhaltungsziele in der Nutzungsplanung entwickelt (vgl. oben Ziff. III/C/2.2 f.). Die bestehende oder vorgesehene neue Nutzungsplanung muss daher konkret auf die Vereinbarkeit mit dem ISOS geprüft werden. Es genügt hierbei nicht, die ISOS-Einträge nur zu wiederholen oder die entgegenstehenden Interessen für die Begründung der planerischen Anordnungen nur generell anzurufen. Grundsätzlich ist vielmehr bezüglich aller einzelnen ISOS-Einträge mit Erhaltungszielen jeweils eine konkrete und umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Neue Ziele für die Siedlungsentwicklung (Verdichtung; qualitätsvolle Innenentwicklung; verkehrliche Erschliessung etc.) sollten bereits in einem übergeordneten planerischen Gesamtkonzept (Richtplan, Konzepte, Leitbilder etc.) festgehalten und dort auch räumlich verankert werden. Soweit die vorgeschriebene Interessenabwägung in einzelnen konkreten Gebieten noch nicht vorgenommen werden kann oder einer nachfolgenden Planungsstufe überlassen werden soll, muss für das betreffende Gebiet in der Rahmennutzungsordnung ausdrücklich eine Sondernutzungsplanpflicht vorgeschrieben werden. Nachfolgend ist am Beispiel der Stadt Zürich zu prüfen, ob die erforderliche ISOS-Berücksichtigung bei der dortigen, heute geltenden Rahmennutzungsordnung in genügender Weise erfolgt ist.
- 2.2 In der *Stadt Zürich* ergaben sich bei der letzten grösseren Teilrevision der kommunalen Nutzungsplanung (Teilrevision der Bau- und Zonenordnung «BZO 2016» vom 30. November 2016) erhebliche Probleme, weil im Zeitpunkt der Überweisung der

entsprechenden BZO-Teilrevisionsvorlage aus dem Jahr 2014 noch keine ISOS-Ortsbildaufnahme bestand (vgl. zur Vorlage 2014 den Erläuterungsbericht des Stadtzürcher Hochbauamts vom 1. Oktober 2014 [nachfolgend: Erläuterungsbericht 2014]; vgl. zum Erlass des ISOS für die Stadt Zürich und den hieraus entstandenen Anwendungsproblemen auch die CUREM-Masterarbeit von Nicolas Vedolin, ISOS und dessen Einfluss auf die aktuelle Bautätigkeit in den inventarisierten Ortsbildern der Stadt Zürich, Zürich 2018 [www.curem.uzh.ch<dam<Vedolin Nicolas]). Nachdem die Stadt Zürich im August 2015 Gelegenheit erhielt, zum Entwurf des ISOS Stadt Zürich zuhanden der kantonalen Baudirektion Stellung zu nehmen (die ISOS-Aufnahme für die Stadt Zürich wurde anschliessend vom Bundesrat im Jahr 2016 genehmigt und festgesetzt), gab der Stadtrat eine Ergänzung des Erläuterungsberichts zur BZO-Teilrevisionsvorlage in Auftrag, mit welchem zuhanden der kantonalen Plangenehmigungsbehörde der Nachweis der Interessenabwägung bezüglich den Festlegungen des ISOS erbracht werden sollte (vgl. dazu den vom 4. Mai 2016 datierten Bericht «Ergänzung des Erläuterungsberichts zur BZO-Teilrevision 2014 betreffend Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung [ISOS]» [nachfolgend: Ergänzungsbericht 2016]). Der Gemeinderat (Gemeindeparlament) der Stadt Zürich nahm bei der Beratung vereinzelt Änderungen an der Revisionsvorlage von 2014 vor und beschloss die neue Fassung der BZO im November 2016, weshalb man von der BZO 2016 spricht. Gegen die öffentlich ausgeschriebene BZO 2016 gingen verschiedene Rekurse ein. Insbesondere der Zürcher Heimatschutz machte eine mangelhafte Berücksichtigung des ISOS geltend. Im Sommer 2018 einigte sich der Zürcher Heimatschutz mit der Stadt Zürich. Gemäss dieser Einigung sollen 16 ISOS-Einzelelemente, welche sich noch nicht im Inventar der kunst- und kulturhistorischen Schutzobjekte von kommunaler Bedeutung befinden, diesbezüglich überprüft werden. Weiter verständigte man sich darauf, dass bei der nächsten Inventarüberprüfung auch ISOS-Baugruppen geprüft und bei der nächsten BZO-Teilrevision die ISOS-Schutzziele in die Abwägung miteinbezogen werden sollen. Die BZO 2016 konnte in der Folge auf den 1. November 2018 in Kraft gesetzt werden (vgl. dazu Vedolin, S. 7 ff., 11 f.).

2.3 Aus dem Erläuterungsbericht 2014 und dem Ergänzungsbericht 2016 ergibt sich, dass als Grundlage der BZO-Teilrevision von 2016 verschiedene Strategien und

Leitbilder erarbeitet und in der Revisionsvorlage umgesetzt wurden. Zu erwähnen sind insbesondere die Stadtratsberichte «Strategien Zürich 2025» und «Räumliche Entwicklungsstrategie RES» aus den Jahren 2007 bzw. 2010 und überdies die regionale Richtplanung, konkret der vom Stadtrat gleichzeitig mit der Teilrevisionsvorlage verabschiedete regionale Richtplan für die Planungsregion Stadt Zürich, welcher ebenfalls 2016 vom Gemeinderat Zürich beschlossen und 2017 vom Zürcher Regierungsrat festgesetzt wurde (vgl. Erläuterungsbericht 2014, S. 20 ff.; Medienmitteilung des Zürcher Regierungsrates vom 6. Juli 2017). Bestandteil der Gesamtüberarbeitung des regionalen Richtplans für die Stadt Zürich bildete das regionale Raumordnungskonzept (Regio-ROK), welches ein Zielbild der Stadt Zürich 2040 enthält, das einerseits von einem «kompakten Stadtkörper» und einem «durchgrünten Stadtkörper» ausgeht und das Grundgerüst der Siedlungsentwicklung bildet. Ausgehend davon werden Verdichtungsstrategien formuliert und Gebiete mit Verdichtungsreserven und solche mit zusätzlichem Verdichtungspotential bezeichnet. In den Gebieten mit Verdichtungsreserven sollen bestehende Reserven aktiviert und ausgeschöpft werden, wobei punktuelle Anpassungen an den Zonenvorschriften vorgenommen und überdies geeignete Planungsverfahren vorgesehene werden sollen. In den Gebieten mit Verdichtungspotential soll die Erhöhung der baulichen Dichte vor allem in separaten areal- und gebietsspezifischen BZO-Teilrevisionen oder mittels Sondernutzungsplanungen erfolgen (vgl. Erläuterungsbericht 2014, S. 11 f., 23 ff. mit Abbildungen).

2.4 Für die BZO-Teilrevision 2016 bestanden somit die *erforderlichen planerischen Grundlagen*, wobei allerdings die erst 2015 im Entwurf bekannt gewordene ISOS-Ortsbildaufnahme der Stadt Zürich in diesen Grundlagen noch nicht erwähnt wird, wohl aber auf die wertvollen Ortsbilder und Quartierstrukturen und die erforderlichen Schutzmassnahmen (Schaffung bzw. Ergänzung von Quartiererhaltungszonen sowie Präzisierung und Schaffung neuer Kernzonen und Kernzonenvorschriften) hingewiesen wird (Erläuterungsbericht 2014, S. 10). Im *Ergänzungsbericht 2016* werden die vorgesehenen und inzwischen rechtskräftig beschlossenen BZO-Änderungen eingehend auf ihre *ISOS-Verträglichkeit* überprüft, wie dies aufgrund der bestehenden Vorschriften erforderlich ist (Art. 47 RPV) und sich auch aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur ISOS-Berücksichtigung in der Nutzungsplanung als nötig und

wichtig erweist (vgl. dazu oben Ziff. III//C/2.2). In einem ersten Punkt wurde festgehalten, dass die BZO-Teilrevision keine massgeblichen Um- und Aufzonungen vorsieht und deshalb keine Verschärfung potentieller Konflikte mit dem ISOS darstelle. Im Gegenteil wurde festgehalten, dass die Vielzahl von Ergänzungen und Anpassungen im Rahmen der BZO-Teilrevision kongruent mit den Zielsetzungen des ISOS seien. Die 26 bestehenden Kernzonen der Stadt Zürich würden mit der BZO-Teilrevision 2014 um 3 innerstädtische und 3 ländliche Kernzonen ergänzt; die Kernzonen seien hinsichtlich des ISOS gesamthaft überprüft worden. Mit dem Ziel, den Grundcharakter gewisser Stadtquartiere weitgehend zu erhalten oder ihre typischen Strukturen weiter zu entwickeln, würde mit der BZO-Teilrevision 2014 die neue Quartiererhaltungszone III als Teil der Quartiererhaltungszone I geschaffen. Die Schaffung der neuen Quartiererhaltungszone III stehe der Zielsetzung des ISOS nicht entgegen. In den Wohnzonen würden vor allem verdichtungssensible, an Hanglagen gelegene Gebiete zum Teil in den ursprünglichen Zonen belassen und könnten so vor einem zusätzlichen Erneuerungsdruck bewahrt werden. Als Neuerung würden Baumschutzgebiete in ausgewählten Gebieten eingeführt mit dem Ziel die bestehenden und stadtbildprägenden Bäume besser zu schützen. Obwohl in der BZO-Teilrevision der Schutz somit präzisiert und erweitert wurde, wurde im Ergänzungsbericht 2016 festgehalten, dass die ISOS-Erhaltungsziele in ihrer inhaltlichen Umschreibung wie auch räumlichen Ausdehnung zum Teil deutlich über die kantonalen und regionalen Richtplanung sowie die kommunale Nutzungsplanung hinausgehen (vgl. Ergänzungsbericht 2016, S. 7 und Vedolin, S. 11).

2.5 Aus dem soeben Gesagten geht hervor, dass bei der Schaffung bzw. Verabschiedung der heute geltenden BZO 2016 Konflikte mit dem ISOS bestehen blieben, welche auf Richtplanstufe und auch in der Rahmennutzungsordnung noch nicht gelöst wurden. Dies kann naturgemäss bei der Anwendung der Rahmennutzungsordnung in konkreten Projektbewilligungsverfahren Probleme ergeben (vgl. dazu auch die oben erwähnte Einigung mit dem Zürcher Heimatschutz aus dem Jahr 2018 und für die Projektbewilligung nachfolgend Ziff. 3). Allenfalls könnte sich in einem konkreten Fall auch die Frage eine akzessorischen Plankontrolle stellen, welche aber nur ausnahmsweise möglich ist, wenn sich Rechts- oder Sachlage wesentlich verändert

haben (vgl. dazu oben Ziff. III/C/3). Dies dürfte bei der BZO 2016 aber nicht der Fall sein, da die nicht vollständige Berücksichtigung der ISOS-Erhaltungsziele beim Erlass dieser Planrevision bekannt war (vgl. dazu oben Ziff. 2.2). Ist allerdings für eine Bauvorhaben eine bundesrechtlich geregelte Bewilligung mit Bezug zum Natur- und Heimatschutz erforderlich (z.B. eine gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung nach Art. 19 Abs. 2 GSchG bzw. Anhang 4 Ziff. 211 GSchV, spielt dies keine Rolle, weil das ISOS unabhängig von der Umsetzung in der kommunalen Nutzungsordnung direkt anwendbar ist (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 3).

2.6 Im Hinblick auf spätere Planungsschritte für die Stadt Zürich noch zu erwähnen ist, dass im Ergänzungsbericht 2016 zwar erwähnt wird, dass das ISOS bei Erfüllung von Bundesaufgaben unmittelbare Wirkungen (mit verstärktem Schutz aufgrund der erforderlichen qualifizierten Interessenabwägung) entfaltet (vgl. S. 3), doch wurde versäumt zu prüfen und darauf hinzuweisen, für welche Stadtgebiete dies direkte Auswirkungen hat, namentlich eben für die im Grundwasserschutzbereich Au gelegenen Stadtgebiete, wo auch wichtige Verdichtungsgebiete nach dem erwähnten Raumordnungskonzept Regio-ROK liegen (vgl. dazu das Memorandum von Hans W. Stutz, Abb. 3, und zur empfohlenen besonderen Beachtung dieser Gebiete oben Ziff. III/C/2.4). Bei einer künftigen Revision der regionalen Richtplanung und der BZO wird daher ein besonderes Augenmerk auf diese Gebiete bzw. mögliche Bedürfnisse für unterirdische Anlageteile in diesen Gebieten gelegt werden müssen, und es sollten im Rahmen dieser Planungsmassnahmen auch bereits geeignete übergeordnete Grundlagen im Hinblick auf die erforderliche strenge Interessenabwägung für diese Gebiete geschaffen werden (erste Abwägungen der im Spiele stehenden Interessen und Anforderungen an die späteren konkreten Verdichtungsprojekte). Die Erfahrung zeigt ja, dass bei geeigneter auch planerischer Fundierung und Berücksichtigung der Eingriffsinteressen von nationaler Bedeutung, welche gegebenenfalls eine Abweichung von den ISOS-Erhaltungszielen zulassen, durchaus gute städtebauliche Kompromisslösungen möglich sind, welche auch eine bauliche Weiterentwicklung im Sinne der heute bestehenden Herausforderungen im Bereich der Ortsplanung erlauben (vgl. Ziff. III/B/5). Zu beachten sein wird hierbei aber auch, dass der Kanton als Hoheitsträger der öffentlichen Gewässer bei der Gewährung von Ausnahmebewilligungen nach Anhang 4 Ziff. 211

GSchV auch für eine angemessene Verteilgerechtigkeit und genügende Sicherung der Nutzungsmöglichkeit des Grundwasserleiters zu sorgen hat und daher auch diesbezügliche Anforderungen bzw. Bewilligungskriterien in der übergeordneten Planung festgelegt werden sollten (vgl. dazu Memorandum Stutz, Ziff. 4, S. 16 ff.).

3. Behandlung von Projektbewilligungsgesuchen in ISOS-Ortsbildteilen innerhalb des Gewässerschutzbereichs \mathbf{A}_{u}

3.1 Projektbewilligungsgesuchen in ISOS-Ortsbildteilen innerhalb des Gewässerschutzbereiches Au stellen sich dann besondere Fragen bezüglich der ISOS-Verträglichkeit, wenn unterirdische Bauteile vorgesehen sind, welche eine gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung benötigen (vgl. dazu oben Ziff. IV/2 und V/2 ff.). Im konkreten Fall kann dies im Rahmen eines gewöhnlichen Baubewilligungsverfahrens nach Art. 22 RPG notwendig werden, in dessen Rahmen nach den Koordinationsregeln von Art. 25a RPG auch die gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung erteilt werden muss (vgl. dazu oben Ziff. III/B/1.1). Häufig dürfte es sich aber um sensible Ortsbildteile mit Gestaltungsplanpflicht handeln, bei welchen die Projektbewilligung im Rahmen eines projektbezogenen Sonderungsplans erfolgt. In anderen Fällen sind im Hinblick auf die gewünschte Verdichtung ebenfalls besondere Planungsmassnahmen nötig, um von den bestehenden Zonenvorschriften abweichen zu können (areal- und gebietsspezifische Teilzonenplanänderungen oder spezifische Sondernutzungsplanungen; vgl. für die Stadt Zürich Erläuterungsbericht 2014, S. 11 f.; zu spezifischen Massnahmen des Zürcher Rechts [Sonderbauvorschriften; Arealüberbauung] Griffel, Nutshell Raumplanungsrecht, S. 74 ff.). Für entsprechende projektbezogene Planungsverfahren gelten ebenfalls die Koordinationsregeln von Art. 25a RPG. Nötige gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligungsverfahren müssen daher nach herrschender Auffassung bereits im Rahmen dieser Planungsverfahren durchgeführt und die entsprechenden Bewilligungen zusammen mit dem entsprechenden Planerlass erteilt werden, was von der Praxis zum Teil nicht beachtet wird, aber nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geboten ist (vgl. dazu neuerdings für projektbezogene Zonenplanverfahren das Bundesgerichtsurteil 1C 327, 331/2022 vom 7. November 2023 [Deponie Stockeri, Risch/ZG], publiziert in URP 2024, S. ... mit Kommentar des Unterzeichnenden [insbesondere Ziff. 4]; zur Prüfungspflicht der ISOS-Verträglichkeit von Projekten mit Einbauten im Stufe Gewässerschutzbereich $A_{\rm u}$ bereits auf der Gestaltungsplan auch Bundesgerichtsurteil 1C 58/2021 vom 27. Juli 2023 [Uster/ZH], publiziert in URP 2023, S. 825 ff.). Sinnvollerweise (soweit dies praktisch möglich ist) sollten überdies zusammen mit projektbezogenen Sondernutzungsplanverfahren ohnehin auch gleichzeitig die Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden, da andernfalls die umfassende Interessenabwägung erschwert oder verunmöglicht wird und überdies durch Staffelung der Verfahren wertvolle Zeit verloren geht (vgl. Bundesgerichtsurteil 1C 753/2021,1C 754/2021 24. 2023 vom Januar [Stammerau/Walzmühle, Frauenfeld/TG], publiziert in ZBI 2024, S. 251 ff. mit Kommentar des Unterzeichnenden [insbesondere Ziff. 5]).

3.2 Im Rahmen der entsprechenden Projektbewilligungsverfahren (gewöhnliche Baubewilligung bzw. projektbezogene Nutzungsplanung) muss die verfahrensleitende Behörde i.S.v. Art. 25a Abs. 2 RPG, also die zuständige Baubewilligungs- oder Planungsbehörde, in Zusammenarbeit mit der GSchG-Fachbehörde über das Erfordernis einer gewässerschutzrechtlichen Ausnahmebewilligung entscheiden. Der entsprechenden Leitbehörde kommt sowohl hinsichtlich der Verfahrensleitung und Koordination als auch hinsichtlich der Prüfung der ISOS-Verträglichkeit des Vorhabens eine sehr wichtige Funktion zu (vgl. dazu auch Arnold Marti in: Aemisegger et al. [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 25a Rz 41). Ist eine gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung erforderlich, muss die zuständige Baubewilligungs- bzw. Planungsbehörde die ISOS-Verträglichkeit des entsprechenden Vorhabens nach den Grundsätzen von Art. 6 NHG und Art. 10 VISOS prüfen (erhöhte Anforderungen i.S. einer sog. qualifizierten Interessenabwägung), da die Erfüllung einer Bundesaufgabe vorliegt (vgl. auch oben Ziff. III/B/1.2, 2.2 ff.). Sofern gleichzeitig besondere denkmal- oder ortsbildschutzrechtliche Verfahren (z.B. bei eingereichten Unterschutzstellungsgesuchen oder erforderlichen Inventarentlassungen) hängig oder vorhersehbar sind, sollten diese Verfahren ebenfalls koordiniert mit dem Projektbewilligungsverfahren (Baubewilligung oder projektbezogene Nutzungsplanung) durchgeführt werden, da andernfalls die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geforderte umfassende Interessenabwägung nicht möglich ist und die Koordinationsregeln von Art. 25a RPG verletzt würden (vgl. dazu auch das bereits erwähnte Bundesgerichtsurteil 1C 753/2021,1C 754/2021 vom 24. Januar 2023 [Stammerau/Walzmühle, Frauenfeld/TG], publiziert in ZBI 2024, S. 251 ff. mit Kommentar des Unterzeichnenden [insbesondere Ziff. 3 und 4]). Zuständig für eine erste fachliche Beurteilung der ISOS-Verträglichkeit eines entsprechenden Projekts ist aufgrund von Art. 7 Abs. 1 NHG die kantonale Fachstelle für Ortsbildschutz (vgl. dazu Leimbacher, Komm. NHG, Art. 7 Rz. 8). Sofern nach Auffassung der kantonalen Fachstelle keine oder nur eine geringfügige Beeinträchtigung von ISOS-Erhaltungszielen gegeben ist, kann die Fachstelle die Ortsbildverträglichkeit des Vorhabens selber beurteilen und allenfalls nötige untergeordnete Anpassungen verlangen (vgl. Leimbacher, a.a.O.). Kann dagegen eine schwerwiegende Beeinträchtigung der ISOS-Erhaltungsziele nicht ausgeschlossen werden, aufgrund der bestehenden Rechtsvorschriften zwingend muss Baubewilligungsverfahren bzw. bereits im projektbezogenen Nutzungsplanverfahren ein Kommissionsgutachten nach Art. 7 Abs. 2 NHG beigezogen werden (vgl. Leimbacher, Komm. NHG, Art. 7 Rz. 5 ff., 10 ff.; vgl. als Beispiel auch das oben erwähnte Bundesgerichtsurteil Uster, E. 4.7 [URP 2023, S. 825 ff.]). Die Kommissionen entscheiden hierbei, ob nur ein EKD-Gutachten oder ein ENHK-Gutachten oder ein kombiniertes EKD/ENHK-Gutachten erstattet werden soll; bei anderer Beurteilung der Auswirkungen auf die Erhaltungsziele als die kantonale Fachstelle können sie auch auf ein Gutachten verzichten oder auf andere Gutachten verweisen (vgl. dazu Leimbacher, Komm. NHG, Art. 7 Rz. 9, 11 f.). Fungieren *Private* als *Projektträger*, sind sie bei Erfordernis eines Gutachtens nach Art. 7 Abs. 2 NHG aufgrund des rechtlichen Gehörs zu informieren, damit sie ihr Projekt allenfalls auch zurückziehen oder ändern können.

3.3 Im vorgeschriebenen Fachgutachten nach Art. 7 Abs. 2 NHG, welches aufgrund der vorliegenden und zusätzlich beigezogenen Akten und eines Augenscheins einer Kommissionsdelegation abgegeben wird, müssen die Kommissionen darlegen, ob die vom ISOS beschriebenen Qualitäten noch vorhanden sind (gegebenenfalls Abstimmung des ISOS-Erhaltungsziels mit den kantonalen und kommunalen Schutzinteressen), und alsdann müssen sie die Eingriffsintensität in Bezug auf den Ortsbildteil und in Bezug

auf den nationalen Wert des Ortsbildes beurteilen. Sie müssen hierbei dazu Stellung nehmen, ob der fragliche ISOS-Ortsbildsteil i.S. der von ihnen noch konkretisierten Erhaltungsziele ungeschmälert zu erhalten oder wie er gegebenenfalls zu schonen ist, wobei sie sich auch zur Schwere der Beeinträchtigung zu äussern haben. Die Kommissionen haben dementsprechend Anträge an die zuständige Entscheidbehörde zu stellen und auf mögliche Alternativen hinzuweisen (vgl. Leimbacher, Komm. NHG, Art. 7 Rz. 17 ff.). Ein Kommissionsgutachten nach Art. 7 Abs. 2 NHG kann damit auch im Hinblick auf die erforderliche qualifizierte Interessenabwägung wesentlich dazu beitragen, eine den Anforderungen der Rechtsordnung entsprechende bei Kompromisslösung finden. zumal wichtigen städtebaulichen zu Entwicklungsvorhaben in der Regel verschiedene nationale Eingriffsinteressen geltend gemacht werden können. Die Rechtsprechung verlangt in solchen Fällen auch für die Interessenabwägung zweiter Stufe (Abwägung der Schutz- und Eingriffsinteressen von nationaler Bedeutung; insoweit eine gewöhnliche Interessenabwägung nach Art. 3 RPV) regelmässig eine Varianten-prüfung (vgl. dazu oben Ziff. III/B/2.4), wobei die drohender Kommissionen erfahrungsgemäss auch bei schwerwiegender Beeinträchtigung der ISOS-Erhaltungsziele regelmässig Vorschläge für eine möglichst ISOS-verträgliche Projektanpassung machen (vgl. zum meist durchaus fruchtbaren Austausch der Projektbewilligungs-behörden mit den erwähnten Kommissionen wiederum das Bundesgerichtsurteil 1C 753/2021,1C 754/2021 vom 24. Januar 2023 [Stammerau/Walzmühle, Frauenfeld/TG], publiziert in ZBI 2024, S. 251 ff. mit Kommentar des Unterzeichnenden [insbesondere Ziff. 4 und 5]). Festzuhalten bleibt auch, dass die Entscheidbehörden von den Kommissionsgutachten - was die Konkretisierung der Erhaltungsziele und die Beurteilung der Schwere Beeinträchtigung anbetrifft – nur aus triftigen Gründen abweichen dürfen, wohl aber bei Interessenabwägung durchaus einen Entscheidungs- bzw. Ermessensspielraum haben (vgl. dazu Leimbacher, Komm. NHG, Art. 7 Rz. 20 f., und insbesondere Herbert Bühl/Theo Loretan/Fredi Guggisberg, Die ENHK und ihre Aufgaben, VLP-Inforaum 4/2012, S. 3 ff, S. 6; zur teilweise eingeschränkten Rechtskontrolle bei Interessenabwägungen auch oben Ziff. III/A/1 a.E.).

- 3.4 Der Ablauf der direkten Anwendung des ISOS bei Projektbewilligungen mit gewässerschutzrechtlicher Ausnahmebewilligung im Gewässerschutzbereich Au gestaltet sich somit wie folgt: Vgl. dazu das Ablaufschema in Anhang 2.
- 3.5 Im Ergebnis zeigt sich, dass bei *genügender Berücksichtigung der ISOS-Erhaltungsziele* bereits auf der *Stufe der Richt- und Rahmennutzungsplanung* und *geeignetem Vorgehen* bei der *Projektbewilligung* auch im Bereich von ISOS-Ortsbildteilen innerhalb des Gewässerschutzbereichs A_u mit unterirdischen Bauten (insbesondere Verkehrsanlagen) durchaus *ISOS-verträgliche Lösungen* gefunden werden können, welche die *gewünschte Orts- bzw. Stadtentwicklung* ermöglichen. Dies entspricht denn auch dem *Sinn der Regeln von Art. 2 ff. NHG*, welche immer dann, wenn Bundesaufgaben (u.a. also auch im Bereich des Gewässerschutzes) erfüllt werden, eine solche Entwicklung nicht verhindern, aber im Sinne des bundesrechtlichen und durch die Verfassung gestützten Schutz-konzepts die schutzwürdigen heimatlichen Ortsbilder tendenziell erhalten und lediglich eine massvolle Weiterentwicklung zulassen wollen (vgl. zum Sinn der Regelung von Art. 2 ff. NHG auch oben Ziff. II/C).

VII. Zusammenfassende Schlussbemerkungen

1. Das *Erfordernis der Direktanwendung des ISOS* auch bei Vorhaben innerhalb des Siedlungsgebietes im Falle hierfür benötigter gewässerschutzrechtlicher Bewilligungen des Bundesrechts ergibt sich aus der *Regelung von Art. 2 ff. NHG*, welche vorsieht, dass das Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzrecht des Bundes (inkl. der zugehörigen Bundesinventare) nicht nur bei der Tätigkeit des Bundes, sondern auch dann gilt, wenn die Kantone für bestimmte Vorhaben bundesrechtlich geregelte Bewilligungsverfahren mit einem Bezug zum Natur- und Heimatschutz anzuwenden haben oder wenn der Bund voraussichtlich Beiträge an solche Projekte bezahlt. Damit soll in solchen Fällen bzw. für entsprechende Projekte das Natur- und Heimatschutzrecht des Bundes möglichst vollumfänglich zur Anwendung gelangen (vgl. dazu insbesondere oben Ziff. I//B/2 und II/B,C).

- 2. Diese Regelung beruht auf dem *verfassungsmässigen Schutzauftrag* des Bundes in *Art. 78 Abs. 2 BV*, wonach der Bund bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes zu nehmen und *Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler zu schonen* und sie *ungeschmälert zu erhalten hat*, wenn das öffentliche Interesse es gebietet. Dem Bund wird damit für die Erfüllung von Bundesaufgaben ausdrücklich eine entsprechende *beschränkte Gesetzgebungskompetenz* für den Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz eingeräumt, welche vom Verfassungsgeber gewollt auch den kantonalen Tätigkeitsbereich erfasst, soweit die Kantone Bundesaufgaben erfüllen (vgl. dazu oben Ziff. I/B/1 und II/A).
- 3. Die *Direktanwendung des ISOS-Schutzes* bei Erfüllung von Bundesaufgaben i.S.v. Art. 2 ff. NHG erfordert gemäss der Regelung von Art. 6 NHG und Art. 10 VISOS, dass bei Vorhaben, welche eine *schwere Beeinträchtigung* der konkreten ISOS-Erhaltungsziele bewirken, eine *qualifizierte* und *gesetzlich vorstrukturierte Interessenabwägung* stattfinden muss. Eine Interessenabwägung ist in diesen Fällen (schwerwiegende Beeinträchtigung der Erhaltungsziele) nur möglich, wenn zugunsten des Projekts bestimmte *gleich- oder höherwertige Eingriffsinteressen von nationaler Bedeutung* angerufen werden können. Bei *geringfügigen Beeinträchtigungen* genügt dagegen eine gewöhnliche planerische Interessenabwägung (vgl. dazu Ziff. I/B/2.3 und III/B/2.2).
- 4. Eingriffsinteressen von nationaler Bedeutung liegen dann vor, wenn gewichtige Bundesaufgaben von öffentlichem Interesse bestehen. Als solche gelten insbesondere die Gewährleistung elementarer Infrastrukturnetze von Verkehr, Telekommunikation und Energieübertragung. Sodann auch wichtige Versorgungs- und Entsorgungsanlagen (namentlich für die Rohstoff- und Energiegewinnung, die Wasserversorgung und die Abfallentsorgung) sowie elementare Sicherheitsaufgaben (Landesverteidigung und Schutz vor Elementargefahren). Anerkannt ist auch, dass wichtige bauliche Entwicklungsziele (so die im RPG geforderte bauliche Verdichtung und die qualitätsvolle Innenentwicklung) Aufgaben von nationaler Bedeutung bilden. Das zur Diskussion stehende Projekt muss aber auch im konkreten Fall von nationaler, nicht nur

von lokaler Bedeutung sein, d.h. etwas Wesentliches zur Erfüllung der betreffenden Bundesaufgaben beitragen (vgl. oben Ziff. III/B/2.3).

- 5. Sofern den ISOS-Erhaltungszielen, welche Schutzinteresse von nationaler Bedeutung darstellen, gleich- oder höherwertige Eingriffsinteressen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen, kommt es auch bei Direktanwendung des ISOS wegen Vorliegens einer Bundesaufgabe zwischen diesen Interessen zu einer planerischen Interessenabwägung i.S.v. Art. 3 RPV. Hierbei ist regelmässig eine umfassende Abwägung aller im Spiele stehenden Interessen durchzuführen, was regelmässig auch eine Variantenprüfung erfordert. Der bei drohender schwerwiegender Beeinträchtigung erforderliche Einbezug von ENHK und EKD kann dazu beitragen, sinnvolle Kompromisslösungen zu finden, zumal die Kommissionen regelmässig auch Vorschläge für eine Projektoptimierung im Sinne der bestehenden Vorschriften machen (vgl. dazu Ziff. III/B/2.4, 4 und 5).
- 6. Was den Gewässerschutz als Grund für das Vorliegen einer Bundesaufgabe bzw. die Direktanwendung des ISOS innerhalb des Siedlungsgebietes anbetrifft, fallen neben Ausnahmebewilligungen für Anlagen innerhalb des Gewässerraums vor allem gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligungen für Einbauten ins Grundwasser im Gewässerschutzbereich Au nach Anhang 4 Ziff. 211 GSchV in Betracht (vgl. dazu auch oben Ziff. IV und zum bundesrechtlichen Gewässerschutzrecht auch den Überblick in Ziff. I/A). Ausnahmebewilligungen für Einbauten ins Grundwasser sind stets erforderlich, wenn im Gewässerschutzbereiche Au Einbauten unterhalb dem mittleren Grundwasserspiegel erfolgen. Dies gilt auch für geringfügige Inanspruchnahme eines Grundwasserleiters, zumal im Bundesrecht diesbezüglich keine Bagatellgrenze besteht. Auf die Prüfung und Erteilung einer solchen Ausnahmebewilligung kann auch dann nicht verzichtet werden, wenn ein Ersatzneubau geplant ist, zumal im Gewässerschutzrecht kein auf die Eigentumsgarantie gestützter Bestandesschutz besteht, nicht mehr benötigte Einbauten grundsätzlich zurückzubauen sind und eine Weiterführung des Einbaus nur aufgrund einer neuen Interessenabwägung möglich ist, bei welcher aber wiederum nur Auswirkungen und Bedeutung des Einbaus selber, nicht aber der Gestaltung des Gesamtprojekts (so etwa die ISOS-Verträglichkeit) zu prüfen sind. Dies

hat aber zur Folge, dass die Bewilligung des Ersatzneubaus als Erfüllung einer Bundesaufgabe gilt und somit der Ersatzneubau als Gesamtprojekt direkt auf seine ISOS-Verträglichkeit zu prüfen ist. Dasselbe muss nach Auffassung des Gutachters auch gelten, wenn lediglich ein *teilweiser oberirdischer Um- oder Ergänzungsbau* eines ursprünglich mit einer Ausnahmebewilligung nach Anhang 4 Ziff. 211 GSchV erstellten Gebäudes vorgesehen ist, weil andernfalls die strengen ISOS-Anforderungen umgangen werden könnten und das NHG bezüglich seiner Schutzanordnungen von einem nachhaltigen Schutz ausgeht. Schliesslich: Die *unterschiedliche Grösse* der Gewässerschutzbereiche Au in einzelnen Städten an Seen und Flüssen sind zum Teil auf diskutable unterschiedliche Praktiken der Kantone bezüglich industriell belasteter Grundwasservorkommen zurückzuführen (vgl. dazu insgesamt oben Ziff. V).

- 7. Ausgeschiedene Gewässerschutzbereiche A_u in Siedlungsgebieten mit ISOS-Zielsetzungen sollten bereits in der übergeordneten Richtplanung und in der kommunalen Rahmennutzungsplanung besonders beachtet werden, zumal in diesen Fällen die ISOS-Verträglichkeit nach Art. 6 NHG und Art. 10 VISOS auch noch in den konkreten Projektbewilligungsverfahren (Baubewilligung; projektbezogene Nutzungspläne) zu prüfen ist, wenn Bauteile ins Grundwasser eingebaut werden sollen. Solche Ortsteile erfordern eine besonders sorgfältige Analyse der künftigen baulichen Möglichkeiten im Zusammenhang mit den bestehenden ISOS-Erhaltungszielen. Neue Ziele für die Siedlungsentwicklung (Verdichtung; qualitätsvolle Innenentwicklung; verkehrliche Erschliessung etc.) sollten bereits in einem übergeordneten Gesamtkonzept (Richtplan, Konzepte, Leitbilder etc.) festgehalten und auch räumlich verankert werden. Soweit die vorgeschriebene *Interessenabwägung* in einzelnen konkreten Gebieten *noch* nicht vorgenommen werden kann oder einer nachfolgenden Planungsstufe überlassen werden soll, muss für das betreffende Gebiet in der Rahmennutzungsplanung ausdrücklich eine Sondernutzungsplanpflicht vorgeschrieben werden (vgl. dazu oben Ziff. VI/2)
- 8. Besteht ein *konkretes Vorhaben*, bei welchem innerhalb des Gewässerschutzbereichs Au *Einbauten ins Grundwasser* vorgesehen sind, ist hierfür im Rahmen der Projektbewilligung eine gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung nach Anhang

4 Ziff. 211 GSchV erforderlich, welche eine rein gewässerschutzrechtlich ausgerichtete Interessenabwägung erfordert (insbesondere Prüfung der Auswirkungen des Einbaus auf den Grundwasserleiter und der Notwendigkeit/Bedeutung des Einbaus im übergeordneten Interesse). Zugleich führt dies aber dazu, dass die Projektbewilligung als Erfüllung einer Bundesaufgabe gilt, was zusätzlich eine Prüfung des Gesamtprojekts auf die ISOS-Verträglichkeit erfordert. Die ISOS-Erhaltungsziele sind hierbei gemäss Art. 6 NHG und Art. 10 VISOS nach den dort vorgesehenen Interessenabwägungsanforderungen direkt anwendbar (qualifizierte Interessenabwägung, bei welcher nur Eingriffsinteressen von ebenfalls nationaler Bedeutung zu berücksichtigen sind). Soweit ein projektbezogener Nutzungsplan erforderlich ist, sind die entsprechenden Beurteilungen bereits auf der Stufe dieses Nutzungsplans vorzunehmen; andernfalls im Baubewilligungsverfahren nach Art. 22 RPG. Vorzugehen ist sowohl bei der Bewilligung konkreter Projekte im Rahmen einer projektbezogenen Nutzungsplanung als auch in einem Bundesbewilligungsverfahren nach den Vorschriften von Art. 25a RPG, zumal diese Vorschriften auch für projektbezogene Nutzungsplanungen gelten (vgl. dazu oben Ziff. VI/3.1).

9. Die ISOS-Prüfung gestaltet sich im Einzelnen wie folgt: Die verfahrensleitende Behörde i.S.v. Art. 25a Abs. 1 und 2 RPG (Koordinationsbehörde) hat mit der gewässerschutzrechtlichen Fachbehörde zu prüfen, ob eine Ausnahmebewilligung nach Anhang 4 Ziff. 211 GSchV erforderlich ist. Trifft dies zu, muss der vorgesehene Plan oder das Baugesuch ausgeschrieben werden mit dem Hinweis auf diese und allfällige weitere erforderliche Spezialbewilligungen und die Gelegenheit zur Einsprache bzw. öffentlichen Mitwirkung. Wenn zum vorneherein feststeht, dass einzelne Spezialbewilligungen (insbesondere die gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung) nicht erteilt werden können (sog. Killerentscheide), kann allenfalls eine Projektbewilligung auch umgehend abgelehnt werden. Andernfalls muss die Koordinationsbehörde im Rahmen der Verfahrensinstruktion von allen betroffenen Bewilligungsbehörden Fachstellungnahmen hinsichtlich der Möglichkeit der Erteilung der entsprechenden Bewilligungen einholen, wobei die Gewässerschutzfachstelle eine Stellungnahme zur Erteilung der Ausnahmebewilligung nach Anhang 4 Ziff. 211 GSchV (mit Darlegung der entsprechenden Interessenabwägung) und die Ortsbild- bzw.

76

Denkmalschutzfachstelle eine Beurteilung der ISOS-Verträglichkeit des Projekts

abzugeben hat. Kommt die Ortsbild- bzw. Denkmalschutzfachbehörde zum Schluss,

dass eine schwerwiegende Beeinträchtigung der betroffenen ISOS-Erhaltungsziele

gegeben sein könnte, muss zwingend eine Kommissionsgutachten i.S.v. Art. 7 Abs. 2

NHG eingeholt werden. Zuvor ist jedoch aus Gründen des rechtlichen Gehörs der

Projektträger zu informieren, und es ist ihm Gelegenheit zu geben, das Projekt

zurückzuziehen oder anzupassen. Liegen das Gutachten von ENHK und/oder EKD und

die Stellungnahmen der weiteren betroffenen Behörden und der Einsprechenden vor, hat

die zuständige Plan- oder Baubewilligungsbehörde einen Projektbewilligungsentscheid

zu treffen, bei welchem sie bezüglich der ISOS-Verträglichkeit des Vorhabens

hinsichtlich der Konkretisierung der Erhaltungsziele und der Beurteilung der

Beeinträchtigung grundsätzlich an die Ausführungen des Kommissionsgutachtens

gebunden ist, soweit nicht triftige Gründe für eine Abweichung bestehen. Aufgabe der

zuständigen Plan- oder Baubewilligungsbehörde ist es jedoch, im Rahmen der

gutachterlichen Feststellungen eine Interessenabwägung vorzunehmen, soweit Ein-

griffsinteressen von nationalem Interesse bestehen. Dabei sind auch Projektvarianten

und -alternativen in die Abwägungen einzubeziehen, auf welche von den Kommissionen

üblicherweise hingewiesen wird. Angesichts der zahlreichen Aufgaben von nationaler

Bedeutung, welche sich namentlich in Ballungsgebieten stellen, lassen sich auch in

diesen Gebieten auf dem hier vorgezeichneten Weg in der Regel sinnvolle Kompro-

misslösungen finden, bei welchen sich Schutz- und Eingriffsinteressen entsprechend

den bestehenden gesetzlichen Vorschriften optimieren lassen (vgl. dazu oben Ziff.

VI/3.2 ff.).

Mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. iur. Arnold Marti

Anhänge:

- 1. Beantwortung der gewässerschutzrechtlichen Fragen durch Dr. iur. *Hans W. Stutz* zuhanden des Gutachtens Gewässerschutz und Ortsbildschutz nach ISOS (Text vom 12. März 2024)
- 2. Schema «Ablauf der ISOS-Prüfung bei Bauvorhaben im Gewässerschutzbereich Au (Baubewilligungsverfahren oder projektbezogene Nutzungsplanung)»
- 3. Inhaltsverzeichnis zum Gutachten (inkl. Anhang)

Memorandum

Beantwortung gewässerschutzrechtlicher Fragen im Rahmen des Rechtsgutachtens Gewässerschutz und Ortsbildschutz nach ISOS.

- 1. Welcher Schritt stellt eine Bundesaufgabe dar? Wie verhält es sich diesbezüglich mit der in Art. 19 GSchG erwähnten «Bewilligung» bzw. mit der in Anh. 4 Ziff. 211 GSchV erwähnten «Ausnahmebewilligung»? Gibt es weitere relevante Fälle von Bewilligungen im Gewässerschutzbereich (z. B. Art. 12 Abs. 3 GSchG; Art. 44 Abs. 3 GSchG; Art. 41c Abs. 1 GSchV etc.)?
- 1.1. Das Gewässerschutzgesetz des Bundes enthält zahlreiche und sachlich vielfältige Bewilligungstatbestände. Es handelt sich dabei durchwegs um ordnungsrechtlich motivierte Bewilligungen. Diese sind teils als Polizeierlaubnis (dazu Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 2650 ff.), teils als Ausnahmebewilligung ausgestaltet.

Soweit ein Bewilligungstatbestand als Polizeierlaubnis ausgestaltet ist und die Voraussetzungen für die Bewilligung so umschrieben sind, dass der Bewilligungsbehörde kein wesentliches Ermessen eingeräumt wird, besteht bei Vorliegen der Bewilligungsvoraussetzungen ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Bewilligung.

Beispiel:

Einleitungen von verschmutztem Abwasser in oberirdische Gewässer sind nach Art. 7 Abs. 1 GSchG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GSchV zu bewilligen, wenn die Anforderungen an die Einleitung nach Anhang 3 GSchV eingehalten sind.

Anders verhält es sich bei Bewilligungstatbeständen, bei denen der Bewilligungsbehörde ein Ermessen bei der Rechtsfrage zukommt, ob eine Bewilligung überhaupt erteilt werden soll (sog. Entschliessungsermessen). Hier verfügt die Behörde über einen Ermessensspielraum; sie hat das ihr zukommende Ermessen indessen pflichtgemäss auszuüben. Typischerweise steht der Bewilligungsbehörde bei Ausnahmebewilligungen ein solcher Ermessensspielraum zu.

Beispiele:

Bewilligung des Versickernlassens von kommunalem Abwasser nach Art. 8 Abs. 2 GSchV («Die Behörde kann das Versickernlassen von kommunalem Abwasser ... bewilligen, wenn...»).

Ausnahmebewilligung der Einleitung von Fremdwasser (d.h. nicht verschmutztes Abwasser, das stetig anfällt) in die zentrale Abwasserreinigungsanlage nach Art. 12 Abs. 3 Satz 2 GSchV («Die kantonale Behörde kann Ausnahmen bewilligen.»).

Bewilligung von Schüttungen in Seen nach Art. 39 Abs. 2 GSchG («Die kantonale Behörde kann Schüttungen bewilligen...»).

Ausnahmebewilligungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie in der Regel nur aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung erteilt werden dürfen; insbesondere besteht kein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Ausnahmebewilligung.

Ermessen, ob eine Bewilligung erteilt werden soll oder nicht, besteht nicht nur bei Bewilligungen zum qualitativen Schutz der Gewässer. Auch die Bewilligung zur Entnahme von Wasser aus einem Fliessgewässer bzw. aus Seen oder Grundwasservorkommen, welche die Wasserführung eines Fliessgewässers mit ständiger Wasserführung wesentlich beeinflusst, im Sinne von Art. 29 ff. GSchG ist als «kann»-Bestimmung ausgestaltet. Diese Bestimmungen zielen darauf ab, angemessene Restwassermengen in den Fliessgewässern zu belassen. Es besteht kein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Bewilligung nach Art. 29 ff. GSchG. Ob eine Wasserentnahme bewilligt werden soll, hängt im Übrigen nicht nur von den Restwasservorschriften des Gewässerschutzgesetzes ab, sondern entscheidet sich aufgrund des kantonalen Wassernutzungsrechts, da die Wasservorkommen unter der Hoheit der Kantone – nicht des Bundes – stehen (Art. 76 Abs. 4 BV). Die Kantone können also eine Wassernutzung nicht bewilligen, auch wenn die Restwasservorschriften des Bundes an sich eingehalten sind.

1.2. Die Schutzvorschriften des Gewässerschutzgesetzes gliedern sich in

- Bestimmungen zum qualitativen Gewässerschutz (Schutz vor Verunreinigung),
- Bestimmungen zum quantitativen Gewässerschutz (Sicherstellung angemessener Restwassermengen in Fliessgewässern), und
- Bestimmungen zur Verhinderung und Behebung anderer nachteiliger Einwirkungen auf Gewässer.

Dabei ist von der Erfüllung einer Bundesaufgabe im Sinne von Art. 78 Abs. 2 BV und Art. 2 NHG dann auszugehen, wenn hinreichend detailliertes, unmittelbar anwendbares Bundesrecht von den Kantonen umzusetzen ist und ein direkter Zusammenhang mit dem Natur-, Landschafts- und Heimatschutz besteht (vgl. dazu NINA DAJCAR/ALAIN GRIFFEL, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney [Hrsg.], Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, Rz. 16 zu Art. 78, m.w.H.; ARNOLD MARTI, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/ Rainer J. Schweizer [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. A., Zürich 2023, Rz. 14 zu Art. 78, m.w.H.). Das Bundesgericht hat die Rechtslage 2013 im Entscheid «Savognin und Disentis/Mustér» (BGE 139 II 271) wie folgt treffend umschrieben:

«9

Gemäss Art. 78 Abs. 1 BV sind für den Natur- und Heimatschutz grundsätzlich die Kantone zuständig; Bundeskompetenzen bestehen lediglich im Bereich des Biotop- und Artenschutzes (Abs. 4) und zum Schutz von Mooren und Moorlandschaften von nationaler Bedeutung (Abs. 5). Gemäss Art. 78 Abs. 2 BV nimmt jedoch der Bund bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes und schont Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kunstdenkmäler; er erhält sie ungeschmälert, wenn das öffentliche Interesse es gebietet.

- 9.1. Was unter der Erfüllung einer Bundesaufgabe im Sinne von Art. 78 Abs. 2 BV zu verstehen ist, führt Art. 2 Abs. 1 NHG in nicht abschliessender Weise aus: Dazu gehören insbesondere die Planung, Errichtung und Veränderung von Werken und Anlagen durch den Bund, wie z.B. Bauten und Anlagen der Bundesverwaltung, Nationalstrassen oder Bauten und Anlagen der Schweizerischen Bundesbahnen (lit. a), die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen, wie zum Bau und Betrieb von Verkehrsanlagen, Transportanstalten, Werken und Anlagen zur Beförderung von Energie, Flüssigkeiten oder Gasen oder zur Übermittlung von Nachrichten sowie Bewilligungen zur Vornahme von Rodungen (lit. b) sowie die Gewährung von Beiträgen an Planungen, Werke und Anlagen, wie Meliorationen, Sanierungen landwirtschaftlicher Bauten, Gewässerkorrektionen, Anlagen des Gewässerschutzes und Verkehrsanlagen (lit. c). Entscheide kantonaler Behörden über Vorhaben, die voraussichtlich nur mit Beiträgen nach Absatz 1 Buchstabe c verwirklicht werden, sind der Erfüllung von Bundesaufgaben gleichgestellt (Art. 2 Abs. 2 NHG).
- 9.2. Nach ständiger Rechtsprechung kann eine Bundesaufgabe auch dann vorliegen, wenn eine kantonale Behörde verfügt hat, beispielsweise bei der Erteilung einer raumplanungsrechtlichen Ausnahmebewilligung gemäss Art. 24 RPG (grundlegend BGE 112 lb 70 E. 4b S. 74 ff.). Ausdrücklich in Art. 2 Abs. 1 lit. b NHG erwähnt ist die Rodungsbewilligung: Erteilt eine kantonale Forstbehörde eine Rodungsbewilligung oder stellt sie diese verbindlich in Aussicht, so erfüllt sie eine Bundesaufgabe (BGE 121 ll 190 E. 3c/cc S. 197). Auch der Biotopschutz gemäss Art. 18 ff. NHG ist eine den Kantonen übertragene Bundesaufgabe (BGE 133 ll 220 E. 2.2 S. 223). Gleiches gilt für die Bewilligung von technischen Eingriffen in ein Gewässer nach Art. 8 ff. des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über die Fischerei (BGF; SR 923.0) bzw. die Erteilung von fischereirechtlichen Bewilligungen (BGE 110 lb 160 E. 2 S. 161). Zu den Bundesaufgaben gehören auch der Gewässerschutz und die Sicherung angemessener Restwassermengen (in BGE 139 ll 28 nicht publ. E. 1.1), der Schutz von Mooren und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und nationaler Bedeutung (BGE 118 lb 11 E. 2e S. 15 f.) sowie von wildlebenden Säugetieren und Vögeln (BGE 136 ll 101 E. 1.1 S. 103), auch wenn kantonale oder kommunale Behörden entscheiden.
- 9.3. Voraussetzung für das Vorliegen einer «Bundesaufgabe» ist danach in erster Linie, dass die angefochtene Verfügung eine Rechtsmaterie betrifft, die in die Zuständigkeit des Bundes fällt und bundesrechtlich geregelt ist.

In seinem Zuständigkeitsbereich ist der Bund gemäss Art. 78 Abs. 2 BV verpflichtet, auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes Rücksicht zu nehmen. In diesem Zusammenhang räumt Art. 12 NHG den gesamtschweizerischen Natur- und Heimatschutzverbänden ein Beschwerderecht ein, damit sie den Anliegen des Natur- und Heimatschutzes bei der Erfüllung von Bundesaufgaben notfalls gerichtlich Geltung verschaffen können (Josef Rohrer, in: Keller/Zufferey/Fahrländer, Kommentar NHG, Allg. Teil, 3. Kap., Rz. 4). Das Recht zur Beschwerdeführung setzt nicht voraus, dass ein vom Bund nach Art. 5 NHG inventarisiertes Schutzobjekt betroffen wird; es genügt vielmehr, dass die Verletzung von Bestimmungen gerügt wird, die der Erfüllung der Bundesaufgaben im Bereich des Natur- und Heimatschutzes dienen (so schon BGE 118 lb 11 E. 2e S. 16; 117 lb 97 E. 3a S. 100 mit Hinweisen).

Solche Bestimmungen sind insbesondere im NHG enthalten; sie können sich aber auch aus der jeweiligen Spezialgesetzgebung ergeben (z.B. Erfordernis der Standortgebundenheit und der Interessenabwägung gemäss Art. 24 RPG; Rodungsvoraussetzungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über den Wald [WaG; SR 921.0]; Voraussetzungen für technische Eingriffe in Gewässer gemäss Art. 8-10 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über die Fischerei [BGF; SR 923.0]).

Die Anforderungen im Bereich des Natur- und Heimatschutzes können sich auch aus einer Verfassungsbestimmung ergeben, soweit diese unmittelbar anwendbar ist (JEAN-BAP-TISTE ZUFFEREY, Kommentar NHG, Art. 2 Rz. 12 S. 151), wie beispielsweise der mit der Rothenthurm-Initiative eingeführte Art. 24^{sexies} Abs. 5 aBV (heute: Art. 78 Abs. 5 BV). Das darin enthaltene absolute Veränderungsverbot für Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und nationaler Bedeutung konnte deshalb, schon vor seiner Umset-

zung im NHG, mit Verbandsbeschwerde nach Art. 12 NHG geltend gemacht werden (BGE 118 lb 11 E. 2e S. 15 f.).

9.4. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend dargelegt und mit Zitaten belegt hat, genügt nicht jegliche Anwendung von Bundesrecht, um die Beschwerdebefugnis nach Art. 12 NHG auszulösen, sondern es muss eine konkrete Bundesaufgabe vorliegen, die einen Bezug zum Natur-, Landschafts- und Heimatschutz aufweist. Dies ist einerseits der Fall, wenn die bundesrechtliche Regelung (zumindest auch) den Schutz von Natur, Landschaft oder Heimat bezweckt (ZUFFEREY, Kommentar NHG, Art. 2 Rz. 12 S. 150 f.); andererseits ist eine Bundesaufgabe i.S.v. Art. 78 Abs. 2 BV und Art. 2 NHG zu bejahen, wenn der bundesrechtliche Auftrag die Gefahr der Beeinträchtigung schützenswerter Natur, Orts- oder Landschaftsbilder in sich birgt und deshalb die Rücksichtnahme auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes sichergestellt werden muss (BGE 131 II 545 E. 2.2 S. 547 f. mit Hinweisen; ZUFFEREY, a.a.O., Art. 2 Rz. 13 S. 151 f.).»

Für das Vorliegen einer Bundesaufgabe im Sinne von Art. 78 Abs. 2 BV und Art. 2 NHG muss somit eine «konkrete Bundesaufgabe vorliegen, die einen Bezug zum Natur-, Landschaft- und Heimatschutz aufweist» (BGE 139 II 271 E. 9.4, auch zum Folgenden). Es muss sich entweder um eine bundesrechtliche Regelung handeln, die (zumindest auch) den Schutz von Natur, Landschaft oder Heimat bezweckt, oder der bundesrechtliche Auftrag birgt die Gefahr in sich, schützenswerte Natur oder Orts- oder Landschaftsbilder zu beeinträchtigen.

1.3. Bezogen auf die Bewilligungstatbestände des Gewässerschutzgesetzes ist festzuhalten, dass nicht alle Tatbestände einen genügend engen Bezug zum Natur-, Landschafts- und Heimatschutz aufweisen, um als Bundesaufgabe im Sinne von Art. 78 Abs. 2 BV und Art. 2 NHG zu gelten. So weisen die Bewilligungen im Abwasserrecht wohl in der Regel einen *nicht* engen Bezug zu Natur, Landschaft und Heimat auf, da sie auch unabhängig von Bauprojekten erteilt werden können und nur den Aspekt der Abwasserbeseitigung regeln (ebenso PETER M. KELLER, in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl-Ludwig Fahrländer [Hrsg.], Kommentar NHG, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 5 zu Art. 12).

Auch unter dem Titel der Gewährung von Bundesbeiträgen an Abwasseranlagen – finanzielle Beiträge des Bundes an Abwasseranlagen führen dazu, dass die Erstellung dieser Anlagen gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. c NHG als Bundesaufgabe anzusehen ist – kann heute in der Regel keine Bundesaufgabe mehr hergeleitet werden. Mit der Einführung eines konsequenteren Verursacherprinzips durch die Gesetzesrevision vom 20. Juni 1997 (AS 1997 2243) sind die früheren, sehr bedeutenden Bundesbeiträge an die gemäss Art. 10 GSchG vorgeschriebene systematische Erstellung zentraler Abwasserreinigungsanlagen und öffentlicher Kanalisationen weitgehend dahingefallen; Erstellung, Unterhalt, Betrieb und Erneuerung dieser Anlagen sind heute mit verursachergerechten und kostendeckenden Abgaben durch die Nutzerinnen und Nutzer dieser Infrastruktur zu finanzieren. Ausnahmen sind Anlagen zur Stickstoffelimination bei gewissen zentralen Abwasserreinigungsanlagen (Art. 61 GSchG) und Anlagen zur Eliminierung von organischen Spurenstoffen bei zentralen Abwasserreinigungsanlagen (Art. 61a GSchG); hier leistet der Bund Abgeltungen an die Erstellung solcher Anlagen.

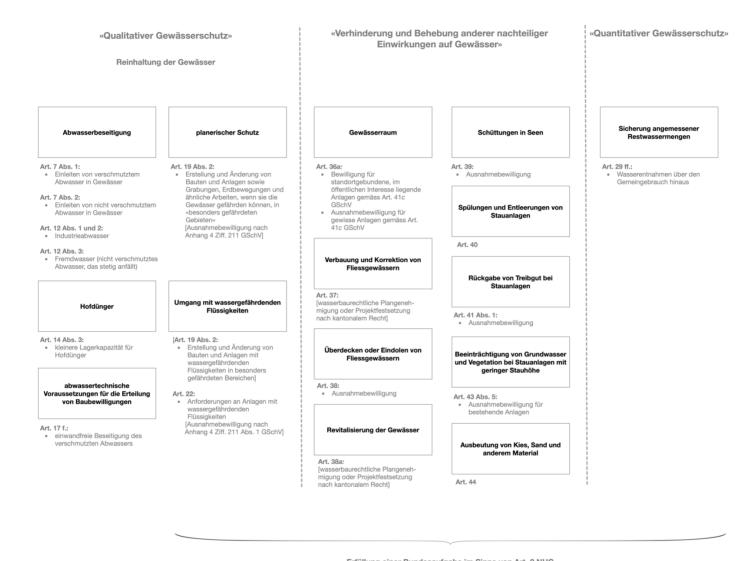
Anders als im Bereich der Abwasserbeseitigung ist ein hinreichend enger Bezug in folgenden Bereichen regelmässig gegeben:

- planerischer Schutz nach Art. 19 Abs. 2 GSchG,
- Bauten und Anlagen im Gewässerraum nach Art. 41c GSchV,
- Verbauung und Korrektion von Fliessgewässern nach Art. 37 GSchG,
- Überdecken und Eindolen von Fliessgewässern nach Art. 38 GSchG,
- Revitalisierung der Gewässer nach Art. 38c GSchG und gemäss dem Wasserbaurecht,
- Schüttungen in Seen nach Art. 39 GSchG,
- Spülungen und Entleerungen von Stauanlagen nach Art. 40 GSchG,

- Rückgabe von Treibgut bei Stauanlagen nach Art. 41 GSchG,
- Beeinträchtigung von Grundwasser und Vegetation bei Stauanlagen nach Art. 43 GSchG,
- Ausbeutung von Kies, Sand und anderem Material nach Art. 44 GSchG,
- Sicherung angemessener Restwassermengen nach Art. 29 GSchG.

Bei einigen dieser Tatbestände können auch Bundesbeiträge beansprucht werden. Erhebliche Bundesbeiträge werden an die Revitalisierung von Gewässern ausgerichtet. Art. 62*b* GSchG ist die Gesetzesgrundlage für Abgeltungen an die Planung und Durchführung von Massnahmen zur Revitalisierung von Gewässern; diese Abgeltungen werden den Kantonen auf der Grundlage von Programmvereinbarungen ausgerichtet. Für die Revitalisierungen hat das Parlament im Zuge der Gesetzesrevision vom 11. Dezember 2009 (AS 2010 4285) Bundesmittel von jährlich Fr. 40 Mio. vorgesehen.

Die entsprechende Abgrenzung der Bewilligungstatbestände des Gewässerschutzgesetzes kann somit im Überblick wie folgt dargestellt werden:



Erfüllung einer Bundesaufgabe im Sinne von Art. 2 NHG (Bezug zum Natur-, Landschafts- und Heimatschutz)

Abb. 1: System der Bewilligungspflichten gemäss Gewässerschutzgesetz

Zu bemerken ist, dass in Abb. 1 nicht nur die ausdrücklich in Gesetz und Verordnung erwähnten Bewilligungstatbestände aufgeführt sind, sondern auch wichtige Bestimmungen, die als Voraussetzung für ein an sich nicht gewässerschutzrechtliches Bewilligungsverfahren zu beachten sind. Beispielsweise ergibt sich zwar aus Art. 17 f. GSchG kein eigenständiger gewässerschutzrechtlicher Bewilligungstatbestand, aber die für die Verwirklichung eines Bauvorhabens erforderliche Baubewilligung hat die in Art. 17 f. GSchG verlangten abwassertechnischen Voraussetzungen für die Erteilung der Baubewilligung unbedingt zu beachten.

Neben den in Abb. 1 dargestellten nominalen (im Gewässerschutzrecht selber normierten) Gewässerschutzbewilligungen gibt es auch eine Reihe von funktionalen (in anderen Gesetzgebungen normierte) Bewilligungen, die auch einen Bezug zum Gewässerschutz aufweisen. Dazu hinten Ziff. 5.

- 1.4. Keine Bundesaufgabe begründen kantonale Bewilligungstatbestände. So hatte das Bundesgericht im Entscheid 1C_265/2023 vom 24. April 2023 («Walenstadt») die Frage zu entscheiden, ob auch bei der Bewilligung von Bohrungen und erheblichen Grabungen *ausserhalb* besonders geschützter Bereiche im Sinne von Art. 19 Abs. 2 GSchG eine Bundesaufgabe vorliege. Bundesrechtlich ist in nicht besonders geschützten Bereichen (d.h. ausserhalb des Gewässerschutzbereichs A_u , des Gewässerschutzbereichs A_o , des Zuströmbereichs Z_u und des Zuströmbereichs Z_o) keine gewässerschutzrechtliche Bewilligung erforderlich. Der Kanton St. Gallen hat jedoch allgemein eine Bewilligungspflicht für derartige Tätigkeiten eingeführt (Art. 28bis Vollzugsgesetz zur eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung vom 11. April 1996 [GSchVG]; sGS 752). Das Bundesgericht führte Folgendes aus (E. 4.6 und 5):
 - «... Unter diesen Umständen ist bundesrechtlich keine gewässerschutzrechtliche Spezialoder Ausnahmebewilligung erforderlich. Zwar dient auch die kantonalrechtliche Bewilligungspflicht nach Art. 28^{bis} GSchVG dem Gewässerschutz und damit dem Vollzug von Bundesrecht. Dies allein genügt jedoch nicht, um eine Bundesaufgabe i.S.v. Art. 78 Abs. 2 BV und Art. 2 NHG zu begründen. Der Begriff der Bundesaufgabe würde überdehnt, wenn aufgrund der vorsorglichen Einführung einer generellen kantonalen Bewilligungspflicht für Abgrabungen und Bohrungen gewissen Ausmasses im übrigen, nicht besonders gefährdeten Gewässerbereich die Erteilung von Baubewilligungen innerhalb der Bauzone zur unmittelbaren Anwendung der Art. 3 ff. NHG führen würde.
 - **5.**Liegt somit keine Bundesaufgabe vor, sind die Schutzziele des ISOS im Baubewilligungsverfahren nicht unmittelbar anwendbar, sondern nur insoweit, als sie in der Nutzungsplanung grundeigentümerverbindlich umgesetzt worden sind (BGE 135 II 209 E. 2.1; Urteil 1C 488/2015 vom 24. August 2016 E. 4.5.3-4.5.5). ...»
- 1.5. Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass vor allem folgende zwei Bewilligungstatbestände im Siedlungsgebiet von grosser praktischer Bedeutung sind:

Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 der Gewässerschutzverordnung (GSchV)

Gemäss Art. 36a Abs. 1 GSchG legen die Kantone nach Anhörung der betroffenen Kreise den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer fest, der erforderlich ist für die Gewährleistung folgender Funktionen:

- die natürlichen Funktionen der Gewässer,
- den Schutz vor Hochwasser.
- die Gewässernutzung.

Diese Gewässerraumfestlegung hatte flächendeckend – also sowohl innerhalb als auch ausserhalb des Siedlungsraums – bis Ende 2018 zu erfolgen.

Im Gewässerraum dürfen gemäss Art. 41*c* Abs. 1 Satz 1 GSchV nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden; in diesem Rahmen ist keine Ausnahmebewilligung erforderlich.

Art. 41*c* Abs. 1 Satz 2 GSchV erlaubt zudem die ausnahmsweise Erstellung folgender Anlagen:

- zonenkonforme Anlagen in dicht überbauten Gebieten,
- zonenkonforme Anlagen ausserhalb von dicht überbauten Gebieten auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen,
- land- und forstwirtschaftliche Spur- und Kieswege mit einem Abstand von mindestens 3 m von der Uferlinie des Gewässers, wenn topografisch beschränkte Platzverhältnisse vorliegen,
- standortgebundene Teile von Anlagen, die der Wasserentnahme oder -einleitung dienen.
- der Gewässernutzung dienende Kleinanlagen.

Wird für eine Baute oder Anlage eine Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV erteilt, liegt eine Bundesaufgabe nach NHG vor; das ISOS ist hier unmittelbar anwendbar (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 1C_558/2015 vom 30. November 2016 [«Altendorf SZ»]).

Ausnahmebewilligung nach Art. 19 Abs. 2 GSchG

Bei diesem Ausnahmebewilligungstatbestand geht es um den Schutz der unterirdischen Gewässer (des Grundwassers) vor qualitativen Beeinträchtigungen sowie um die Erhaltung der Quantität der Grundwasservorkommen und um die Erhaltung natürlicher Grundwasserströmungsverhältnisse.

Zur Ausnahmebewilligung nach Art. 19 Abs. 2 GSchG wird auf die folgenden Ausführungen verwiesen

2. Auf welche Kriterien – kantonale? – stützen sich die Kantone bei der «Bewilligung» gemäss Art. 19 GSchG, welchen Spielraum haben sie dafür?

- 2.1. Art. 19 GSchG stellt ein wesentliches Element des «planerischen Schutzes» so die Abschnitts-Überschrift (1. Kapitel, 2. Titel, 4. Abschnitt) des Gewässerschutzgesetzes der Gewässer dar. Die kantonalen Behörden haben ihr Gebiet nach der Gefährdung der oberund unterirdischen Gewässer in «Gewässerschutzbereiche» einzuteilen (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GSchG). Auf Verordnungsebene werden die verschiedenen Gewässerschutzbereiche definiert, nämlich:
 - der Gewässerschutzbereich A_u zum Schutz nutzbarer unterirdischer Gewässer (Art. 29 Abs. 1 Bst. a GSchV),
 - der Gewässerschutzbereich A_o zum Schutz der Wasserqualität oberirdischer Gewässer, wenn dies zur Gewährleistung einer besonderen Nutzung eines Gewässers erforderlich ist (Art. 29 Abs. 1 Bst. b GSchV),
 - der Zuströmbereich Z_u zum Schutz der Wasserqualität bei bestehenden und geplanten, im öffentlichen Interesse liegenden Grundwasserfassungen, wenn das Wasser durch Stoffe verunreinigt ist, die nicht genügend abgebaut oder zurückgehalten werden, oder wenn die konkrete Gefahr einer Verunreinigung durch solche Stoffe besteht (Art. 29 Abs. 1 Bst. c GSchV),
 - der Zuströmbereich Z_o zum Schutz der Wasserqualität oberirdischer Gewässer, wenn das Wasser durch abgeschwemmte Pflanzenschutzmittel oder Nährstoffe verunreinigt ist (Art. 29 Abs. 1 Bst. d GSchV).

Die Gewässerschutzbereich (d.h. Gewässerschutzbereich A_u , Gewässerschutzbereich A_o , Zuströmbereich Z_u und Zuströmbereich Z_o) gelten als «besonders gefährdete Bereiche». Sie (und nur sie) werden von der Bewilligungspflicht von Art. 19 Abs. 2 GSchG erfasst. Diejenigen Gebiete, die nicht einem dieser Kategorien zugeordnet werden (und oft als «übriger Bereich» [üB] bezeichnet werden), sind demgegenüber keine «besonders gefährdeten Bereiche» im Sinne von Art. 19 GSchG.

2.2. Art. 19 Abs. 2 GSchG lautete in seiner ursprünglichen Fassung wie folgt:

«In den besonders gefährdeten Bereichen dürfen die Erstellung und die Änderung von Bauten und Anlagen sowie Grabungen, Erdbewegungen und ähnliche Arbeiten nur gestützt auf eine kantonale Bewilligung vorgenommen werden.»

Ausgelöst durch das Entlastungsprogramm 03 für den Bundeshaushalt, welches auch zu Kürzungen im Personalbudget des damaligen Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL, heute: Bundesamt für Umwelt [BAFU]) führte, schlug der Bundesrat dem Parlament eine Deregulierung im Bereich der Tankanlagen vor (Botschaft vom 22. Dezember 2004, Geschäft 04.086; BBI 2004 937). Im Zuge dieser Deregulierung wurden die Bewilligungspflichten im Bereich des Schutzes der Gewässer vor wassergefährdenden Flüssigkeiten stark eingeschränkt, und es wurde vermehrt auf die Eigenverantwortung der Inhaberinnen und Inhaber von Anlagen für wassergefährdende Flüssigkeiten gesetzt.

Der Vorschlag des Bundesrates, Art. 19 Abs. 2 GSchG abzuändern, wurde ohne Änderungen von den eidgenössischen Räten gutgeheissen (AS 2006 4287). Auf den 1. Januar 2007 wurde folgende, noch heute geltende Fassung von Art. 19 Abs. 2 GSchG in Kraft gesetzt:

«In den besonders gefährdeten Bereichen bedürfen die Erstellung und die Änderung von Bauten und Anlagen sowie Grabungen, Erdbewegungen und ähnliche Arbeiten einer kantonalen Bewilligung, wenn sie die Gewässer gefährden können.»

2.3. Aus dem heutigen Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 GSchG lässt sich schliessen, dass sich die Bewilligungspflicht nur auf besonders gefährdete Bereiche und nur auf Anlagen, die ein gewissen Gewässergefährdungspotenzial aufweisen, bezieht. Obwohl die Revision von 2006 stark auf die wassergefährdenden Flüssigkeiten fokussierte, geht der Anwendungsbereich der Bestimmung weit über diesen Gesichtspunkt hinaus. Art. 32 Abs. 2 GSchV nennt die hauptsächlichen Bewilligungstatbestände:

«In den besonders gefährdeten Bereichen (Art. 29) ist eine Bewilligung nach Artikel 19 Absatz 2 GSchG insbesondere erforderlich für:

- a. Untertagebauten;
- b. Anlagen, die Deckschichten oder Grundwasserstauer verletzen;
- c. Grundwassernutzungen (einschliesslich Nutzungen zu Heiz- und Kühlzwecken);
- d. dauernde Entwässerungen und Bewässerungen;
- e. Freilegungen des Grundwasserspiegels;
- f. Bohrungen;
- g. Lageranlagen für flüssige Hofdünger und flüssiges Gärgut;
- h. Lageranlagen für wassergefährdende Flüssigkeiten, die in kleinen Mengen Wasser verunreinigen können, mit einem Nutzvolumen von mehr als 2000 I je Lagerbehälter;
- i. Lageranlagen für wassergefährdende Flüssigkeiten in Grundwasserschutzzonen und arealen mit einem Nutzvolumen von mehr als 450 l;
- j. Umschlagplätze für wassergefährdende Flüssigkeiten.»

Freilich ist diese Aufzählung von Bauten, Anlagen und Tätigkeiten in der Gewässerschutzverordnung nicht abschliessend, sondern nur beispielhaft, wie aus dem Einleitungssatz («insbesondere») zu schliessen ist. In der Wegleitung Grundwasserschutz (Hrsg. BUWAL, Bern 2004) sind ausführliche Listen zu grundwasserschutzrelevanten Bauten, Anlagen und

Tätigkeiten enthalten. Dort (S. 63–84) ist in «Referenztabellen» nachzulesen, was in den besonders gefährdeten Bereichen zulässig ist und was nicht. Die Referenztabellen sind in folgende Kategorien gegliedert, die eine grosse Anzahl an Sachverhalten abdecken:

- Baustellen
- Oberirdische Bauten, Betriebe und Anlagen
- Wärmenutzung aus dem Untergrund
- Abwasseranlagen
- Versickerungsanlagen
- Bahnanlagen
- Strassen
- Luftverkehrsanlagen
- Untertagebauten
- Landwirtschaft
- Forstwirtschaft
- Pflanzen- und Holzschutzmittel sowie Dünger
- Freizeit- und Sportanlagen
- Friedhofanlagen und Wasenplätze
- Materialausbeutung
- Deponien, Materiallager, Umschlagplätze und Transportleitungen
- militärische Anlagen und Schiessplätze
- Fliessgewässer-Revitalisierung

Die Referenzlisten in der Wegleitung Grundwasserschutz sind zwar nicht Rechtsnormen, da sie (nur) in einer Vollzugshilfe des Bundes enthalten sind. Dennoch sind sie in der Vollzugspraxis von grossem Wert, da sie eine einheitliche Praxis fördern und von den Kantonen in aller Regel auch beachtet werden. Damit wird ein grosses Mass an Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit gewährleistet. Gemäss den Erläuterungen des Bundes zur rechtlichen Tragweite der Wegleitung Grundwasserschutz können die Vollzugsbehörden davon ausgehen, dass sie das Bundesrecht rechtskonform vollziehen, wenn sie die Wegleitung berücksichtigen. «Andere Lösungen sind nicht ausgeschlossen; gemäss Gerichtspraxis muss jedoch nachgewiesen werden, dass sie rechtskonform sind» (Wegleitung Grundwasserschutz, S. 2).

- 2.4. Wie Abb. 2 zeigt, bezieht sich die Bewilligungspflicht nach Art. 19 Abs. 2 GSchG zusammengefasst
 - (1.) auf Bauten, Anlagen und Tätigkeiten, die ein Gewässer in seiner chemischen und biologischen Beschaffenheit beeinträchtigen können,
 - (2.) auf Bauten und Anlagen, welche die Quantität und die natürlichen Grundwasserströmungsverhältnisse beeinflussen und
 - (3.) auf Materialentnahmen in Gewässern und im Nahbereich von Gewässern.

Bewilligungspflicht in «besonders gefährdeten Bereichen»

(Gewässerschutzbereich A., Gewässerschutzbereich A., Zuströmbereich Z, Zuströmbereich Z,

Art. 19 Abs. 2 GSchG:

In den besonders gefährdeten Bereichen bedürfen die Erstellung und die Änderung von Bauten und Anlagen sowie Grabungen, Erdbewegungen und ähnliche Arbeiten einer kantonalen Bewilligung, wenn sie die Gewässer gefährden können.

allgemeine Bewilligungsvoraussetzungen: räumlich: Lage in einem besonders gefährdeten Bereich («Gewässerschutzbereich») sachlich: Gefährdungspotenzial von Bauten und Anlagen bzw. Tätigkeiten qualitativer Schutz des Gewässers quantitativer Schutz des Gewässers Materialentnahmen aus dem Gewässei

- Schutz vor wassergefährdenden Flüssigkeiten Schutz vor gefährdenden Bauten,
- Anlagen und Tätigkeiten
- Art. 3 GSchG: Sorgfaltspflicht
- Art. 6 GSchG: Verunreinigungsverbot
- Art. 19 GSchG: planerischer Schutz
- Art. 31 GSchV: Schutzmassnahmen Art. 32 Abs. 2 GSchV: Bewilliaungs-
- tatbestände Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 1 GSchV:
- Schutzmassnahmen in den Gewässerschutzbereichen A., und

insbesondere: räumliche Inanspruchnahme des unterirdischen Gewässers

- Art. 3 GSchG: Sorgfaltspflicht
- Art. 19 GSchG: planerischer Schutz
- Art. 43 GSchG: Erhaltung von Grundwasservorkommen
- Art. 31 GSchV: Schutzmassnahmen
- Art. 32 Abs. 2 GSchV: Bewilligungstatbestände
- Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV: Schutzmassnahmen im Gewässerschutzbereich A.,

Ausbeutung von Kies, Sand und anderem Material

- Art. 3 GSchG: Sorgfaltspflicht
- Art. 6 GSchG: Verunreinigungsverbot
- Art. 19 GSchG: planerischer Schutz
- Art. 44 GSchG: Ausbeutung von Kies, Sand und anderem Material
- Art. 31 GSchV: Schutzmassnahmen
- Art. 32 Abs. 2 GSchV: Bewilligungstatbestände
- Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 3 GSchV: Schutzmassnahmen im Gewässerschutzbereich Au

Abb. 2: Bewilligungspflichten nach Art. 19 Abs. 2 GSchG

Bei der Frage, welche Bauten, Anlagen und Tätigkeiten im Gewässerschutzbereich Au mit Blick auf die Reinhaltung des Grundwassers zulässig sind, hat die Wegleitung Grundwasserschutz eine herausragende Bedeutung. Die bundesrechtlichen materiellen Vorgaben des qualitativen Gewässerschutzes stellen abschliessendes Bundesrecht dar und lassen keinen Raum für ergänzendes bzw. strengeres kantonales Recht; sie sind schweizweit einheitlich zu vollziehen (so schon Entscheid des Bundesgerichts 1C 390/2008 vom 15. Juni 2009 E. 2.3, «Pfäffikon ZH»; siehe auch Entscheid 1C 583/2021 vom 31. August 2023 E. 3.2.1). Soweit es also um die Reinhaltung des Grundwassers geht, haben die Kantone keinen Spielraum für abweichende materielle Anforderungen.

Anders verhält es sich jedoch beim quantitativen Schutz der unterirdischen Gewässer und beim Schutz vor räumlicher Inanspruchnahme des Grundwasserleiters. Hier sind nicht nur die Vorgaben der Bundesgesetzgebung über den Gewässerschutz massgebend, sondern ebenso das öffentliche Wassernutzungsrecht, bei dem die Rechtsetzungskompetenz weitgehend den Kantonen zukommt (Art. 76 Abs. 2 BV); im Übrigen verfügen die Kantone über die Wasservorkommen (Art. 76 Abs. 4 Satz 1 BV).

Namentlich bei der Beanspruchung des Grundwasserleiters durch Bauten und Anlagen sind somit nicht nur die Gewässerschutzbestimmungen des Bundes massgebend, sondern auch die wassernutzungsrechtlichen Vorgaben der Kantone. Da Grundwasservorkommen regelmässig öffentliche Gewässer und somit öffentlichen Raum darstellen und die entsprechenden Nutzungsbefugnisse durch kantonales Recht geregelt werden können, verfügen die Kantone über ein weitreichendes Ermessen, ob sie Nutzungen im Grundwasser überhaupt

zulassen wollen und wenn ja, in welchem Ausmass. Die Kantone können beispielsweise auch verlangen, dass im öffentlichen Grundwasserleiter liegende Anlageteile (Pfählungen usw.) nach Beendigung der bewilligten Nutzung wieder aus dem Grundwasserleiter entfernt werden.

2.5. Soweit ersichtlich, bestand bis in die neueste Zeit in vielen Kantonen die Praxis, Einbauten in das Grundwasser regelmässig zu bewilligen, wenn die Einbauten die Grundwasserdurchflusskapazität um höchstens 10% verminderten. Man stützte sich dabei auf Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV ab, wonach im Gewässerschutzbereich A_u keine Anlagen erstellt werden dürfen, die unter dem mittleren Grundwasserspiegel liegen, wobei die Behörde Ausnahmen bewilligen kann, soweit die Durchflusskapazität des Grundwassers gegenüber dem unbeeinflussten Zustand um höchstens 10 Prozent vermindert wird.

Es bedeutete einen Einschnitt in die bisherige Praxis, als das Bundesgericht im Entscheid 1C_460/2020 vom 30. März 2021 («Lachen SZ») diese Praxis für bundesrechtswidrig erklärte:

- «4.2. Soweit hier interessierend dient das Gewässerschutzgesetz insbesondere der Sicherstellung und der haushälterischen Nutzung des Trink- und Brauchwassers sowie der Sicherung der natürlichen Funktion des Wasserkreislaufs (Art. 1 lit. b und lit. h GSchG). Zu diesem Zweck teilen die Kantone ihr Gebiet nach der Gefährdung der ober- und der unterirdischen Gewässer in Gewässerschutzbereiche ein (Art. 19 Abs. 1 GSchG). In den besonders gefährdeten Bereichen bedürfen die Erstellung und die Änderung von Bauten und Anlagen einer kantonalen Bewilligung, wenn sie die Gewässer gefährden können (Art. 19 Abs. 2 GSchG). Gemäss Art. 43 Abs. 4 GSchG dürfen Speichervolumen und Durchfluss nutzbarer Grundwasservorkommen durch Einbauten nicht wesentlich und dauernd verringert werden (vgl. zum Ganzen auch BGE 145 II 176 E. 3.5 S. 180; Urteil 1C_482/2012 vom 14. Mai 2014 E. 2.3).
- 4.2.1. Das umstrittene Bauproiekt soll im besonders gefährdeten Gewässerschutzbereich Au errichtet werden und unter den mittleren Grundwasserspiegel reichen. Der Gewässerschutzbereich Au dient dem Schutz nutzbarer unterirdischer Gewässer. Er umfasst die nutzbaren unterirdischen Gewässer sowie die zu ihrem Schutz notwendigen Randgebiete (Art. 29 Abs. 1 lit. a i.V.m. Anhang 4 Ziff. 111 Abs. 1 GSchV). Eine Bewilligung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 GSchG ist in den besonders gefährdeten Bereichen namentlich für Anlagen erforderlich, die Deckschichten oder Grundwasserstauer verletzen, und für die Freilegung des Grundwasserspiegels (Art. 32 Abs. 2 lit. b und lit. e GSchV). Bedarf eine Anlage oder Tätigkeit einer Bewilligung, müssen die Gesuchstellenden nachweisen, dass die Anforderungen zum Schutze der Gewässer erfüllt sind, und die dafür notwendigen Unterlagen (gegebenenfalls hydrogeologische Abklärungen) beibringen (Art. 32 Abs. 3 GSchV). Sie tragen mithin die Beweislast für die Erfüllung der gewässerschutzrechtlichen Anforderungen (vgl. Urteil 1C 482/2012 vom 14. Mai 2014 E. 2.3). Eine Bewilligung für Anlagen und Tätigkeiten in den besonders gefährdeten Gebieten im Sinne von Art. 19 Abs. 2 GschG wird grundsätzlich erteilt, wenn mit Auflagen und Bedingungen ein ausreichender Schutz der Gewässer gewährleistet ist (Art. 32 Abs. 4 GSchV; vgl. Urteile 1C 592/2017 vom 15. Juni 2018 E. 2.3: 1A.200/2006 vom 16. August 2007 E. 7.2). Im Gewässerschutzbereich Au dürfen indes keine Anlagen erstellt werden, die unter dem mittleren Grundwasserspiegel liegen. Soweit die Durchflusskapazität des Grundwassers gegenüber dem unbeeinflussten Zustand um höchstens 10 Prozent vermindert wird, kann die Behörde Ausnahmen bewilligen (Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV; vgl. zum Ganzen auch BGE 145 II 176 E. 3.5 S. 180; Urteil 1C_482/2012 vom 14. Mai 2014 E. 2.3). 4.2.2. Weder das Gesetz noch die Verordnung präzisieren die Kriterien ausdrücklich, nach denen sich die zuständige Behörde bei der Erteilung von Ausnahmebewilligungen im Sinne von Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV zu richten hat. Da es sich um eine "Kann-Bestimmung" handelt, besteht im Gewässerschutzbereich Au grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Bewilligung zur baulichen Unterschreitung des mittleren Grundwasserspiegels, die eine Verminderung der Durchflusskapazität mit sich bringt. Ob die Bewilligung erteilt wird, steht vielmehr im Ermessen der zuständigen Behörde (vgl.

auch Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft [BUWAL], Wegleitung Grundwasserschutz, Bern 2004, S. 58). Dieses Ermessen hat die Behörde indes pflichtgemäss auszuüben. Neben dem übergeordneten Recht hat sie insbesondere den systematischen Zusammenhang sowie Sinn und Zweck der anzuwendenden Bestimmung zu beachten (vgl. BGE 145 I 52 E. 3.6 S. 59; 138 I 305 E. 1.4.3 S. 311).

4.2.3. Mit Blick auf Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV ist dabei vorab von Bedeutung, dass die Erteilung von Bewilligungen zur Verminderung der Durchflusskapazität unterhalb des mittleren Grundwasserspiegels vom Verordnungsgeber ausdrücklich als Ausnahme bezeichnet wird. Nach Massgabe ihres Zwecks, besonders gefährdete Gewässer zu schützen, leat dies eine zurückhaltende Anwendung der Norm nahe (val. zur Erteilung von Ausnahmebewilligungen im Allgemeinen BGE 138 II 251 E. 2.3.3 S. 255; Urteil 1C 126/2016 vom 30. August 2016 E. 5.2). Anders als dies Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 1 GSchV in den Gewässerschutzbereichen Au und Ao für besonders gefährliche Anlagen verlangt, müssen für eine Beeinträchtigung der Durchflusskapazität demgegenüber keine wichtigen Gründe vorliegen. Für die Erteilung einer Bewilligung gemäss Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV ist aber jedenfalls eine Interessenabwägung erforderlich (vgl. Urteil 1C 592/2017 vom 15. Juni 2018 E. 2.3 [zu Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 1 GSchV]). Dabei müssen die privaten und öffentlichen Interessen an einer Verminderung der Durchflusskapazität die entgegenstehenden (Gewässerschutz-) Interessen überwiegen (vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, S. 430 Rz. 50). Aus gewässerschutzrechtlicher Sicht fällt dabei namentlich ins Gewicht, wie gross die Verminderung der Durchflusskapazität innerhalb der zulässigen Bandbreite von 10 Prozent tatsächlich ausfällt und ob ein unterirdisches Gewässer selbst oder bloss ein zu seinem Schutz notwendiges Randgebiet betroffen ist (vgl. Anhang 4 Ziff. 111 Abs. 1 GSchV). Aufseiten der Gesuchstellenden verdient Berücksichtigung, inwieweit die Verweigerung einer Bewilligung eine sinnvolle, den übrigen (insbesondere raumplanerischen und umweltrechtlichen) Vorgaben entsprechende Nutzung ihres Grundeigentums erschweren würde.»

Das Bundesgericht hielt insbesondere fest, dass kein Rechtsanspruch auf eine Ausnahmebewilligung nach Art. 19 Abs. 2 GSchG in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV besteht, sondern dass es im (pflichtgemäss auszuübenden) Ermessen der Bewilligungsbehörde steht, ob sie eine solche Bewilligung erteilen will (E. 4.2.2). Das Gericht wies ferner darauf hin, dass Ausnahmen zurückhaltend erteilt werden sollen und dass die Erteilung nur auf der Grundlage einer Interessenabwägung zulässig ist (E. 4.2.3).

2.6. Dieses Urteil hat das Bundesamt für Umwelt, Abteilung Wasser, dazu bewogen, am 24. Februar 2022 den kantonalen Gewässerschutzfachstellen ein Rundschreiben zukommen zu lassen. Darin wurde u.a. Folgendes ausgeführt:

«Interessenabwägung für eine Ausnahmebewilligung gemäss Anhang 4 Ziffer 211 Absatz 2 GSchV

Die für die Bewilligung zuständige Behörde muss die Interessen für und gegen den Einbau unter den mittleren Grundwasserspiegel vollständig ermitteln. Im Bewilligungsentscheid müssen die im konkreten Fall relevanten Interessen aufgeführt, bewertet und gegeneinander abgewogen werden. Wie die Interessenabwägung ausfällt, liegt weitgehend im Ermessensspielraum der für die Bewilligung zuständigen Behörde.

Es sind bei der Interessenabwägung jedoch nur Interessen zu berücksichtigen, welche sich auf den Einbau unter den mittleren Grundwasserspiegel beziehen. Das bedeutet, Auswirkungen des Gesamtprojekts, welche sich nicht darauf beziehen, müsse[n] nicht berücksichtig[t] werden (z.B. Themen wie Lärm oder Schattenwurf sind hierbei nicht relevant).

Wir haben Ihnen nachfolgend die wichtigsten Interessen zusammengestellt, welche bei der Interesse[n]abwägung nach Anhang 4 Ziffer 211 Absatz 2 GSchV zu berücksichtigen sind. Dabei handelt es sich nicht um eine abschliessende Auflistung. Die relevanten Interessen müssten im Einzelfall ermittelt werden.

Mögliche Interessen für einen Einbau unter den mittleren Grundwasserspiegel (durch die Gesuchstellerin aufzuzeigen und durch die Entscheidbehörde zu beurteilen)

• Folgen bei Nichterteilung der Ausnahmebewilligung Welche Beeinträchtigung entsteht für die Gesuchstellerin, falls die Ausnahmebewilligung verweigert würde? Was wären die Folgen für die künftigen Nutzer oder die Allgemeinheit? In jedem Fall ist aufzuzeigen, dass die Bauweise bereits so optimiert wurde, dass der Einbau unter den mittleren Grundwasserspiegel so gering wie möglich ist (z. B. Flächen- statt Pfahlgründung).

Interessen gegen einen Einbau unter den mittleren Grundwasserspiegel (durch die Gesuchstellerin aufzuzeigen und durch die Fachbehörde zu beurteilen)

Erhaltung der Nutzbarkeit des Grundwasserleiters

Wird die Nutzbarkeit des Grundwasserleiters durch den Einbau beeinträchtigt, auch wenn die Verminderung der Durchflusskapazität kleiner als 10 % ist?

Die Gesuchstellerin muss belegen, dass das Grundwasser nach wie vor in einer Menge vorhanden ist, dass die gleiche Nutzung möglich ist wie vor dem Einbau. Weiter muss sie aufzeigen, dass durch den Einbau keine Änderung der Fliessverhältnisse zu erwarten ist, welche zu qualitativen Beeinträchtigungen des Grundwassers führt.

Grundwassernutzung gewährleisten

Sind im Einflussbereich des geplanten Einbaus Grundwassernutzungen vorhanden, welche beeinträchtigt würden?

Weitere relevante Interessen

Falls es Hinweise darauf gibt, dass der Einbau weiterer Beeinträchtigungen zur Folge haben könnte, sind auch diese in die Interessenabwägung einzubeziehen. Dies auch, wenn es sich nicht um Gewässerschutzinteressen handelt (z. B. Beeinträchtigung von Erdwärmesonden, Schäden an Gebäuden, Einschränkungen für künftige Bauvorhaben oder wassergebundene Lebensräume).»

Das BAFU ging in diesem Rundschreiben davon aus, dass sich die höchstrichterlich geforderte Interessenabwägung nur auf Interessen zu beschränken sei, die sich auf den Einbau unter den mittleren Grundwasserspiegel beziehen; nicht damit zusammenhängende Aspekte wie Lärm oder Schattenwurf seien dabei irrelevant. Soweit es somit um die Interessenabwägung bezüglich des Einbaus von Bauten und Anlagen in den Grundwasserleiter an sich geht, ist eine eingeschränkte Interessenabwägungen vorzunehmen. Das Erfordernis einer Ausnahmebewilligung nach Art. 19 Abs. 2 GSchG führt aber dazu, dass die Erfüllung einer Bundesaufgabe vorliegt; dies hat zur Konsequenz, dass das gesamte Projekt bezüglich des Natur-, Landschafts- und Heimatschutzes die Anforderungen von Art. 2 ff. NHG zu beachten hat und das ISOS direkt anzuwenden ist.

Dies ist in dem am 28. November 2022 ergangenen Entscheid des Bundesgerichts 1C_654/2021 («Olten») bestätigt worden. Das Bundesgericht hatte eine Uferschutz- und Freizeitanlage an der Aare zu beurteilen, bei dem u.a. auch der Einbau eines Pontonierstegs z.T. unter den mittleren Grundwasserspiegel in Frage stand. Es führte dazu Folgendes aus:

«7.2. Die angefochtene Verfügung vom 3. Dezember 2020 enthält verschiedene bundesrechtliche Spezial- und Ausnahmebewilligungen: eine Ausnahmebewilligung für das Bauen ausserhalb der Bauzone gemäss Art. 24 RPG für die im Gewässer liegenden Teile der Anlage, eine fischereirechtliche Bewilligung gemäss Art. 8-10 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über die Fischerei (BGF; SR 923.0), eine gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung nach Art. 19 Abs. 2 GSchG i.V.m. Anh. 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV (Einbau des Pontonierstegs unter den mittleren Gewässerspiegel) sowie eine Rodungsbewilligung für die Ufervegetation nach Art. 22 Abs. 2 NHG.

Diese Bewilligungen stützen sich unmittelbar auf Bundesrecht und begründen eine Bundesaufgabe i.S.v. Art. 78 Abs. 2 BV und Art. 2 NHG (vgl. z.B. für die gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung BGE 145 II 176 E. 3.4 und 3.5; Urteile 1C_482/2012 vom 14. Mai 2014 E. 3.5, in URP 2014 637, und 1C_86/2020 vom 22. April 2021 E. 5.3, in URP 2021 812). Zwar richtet sich die Beschwerde einzig gegen die Sitzgelegenheiten

und die Treppen, die regelmässig ausserhalb des Wassers liegen. Diese bilden jedoch zusammen mit den Uferschutz- und Pontoniersportanlagen des Projekts eine Einheit, d.h. es handelt sich um eine Gesamtanlage, deren Bewilligung eine Bundesaufgabe darstellt. Im Übrigen hat das Bundesgericht auch die Bewilligung einer Anlage im Gewässerraum nach Art. 41c Abs. 1 GSchV als Bundesaufgabe qualifiziert (BGE 143 II 77 E. 3.1).»

Das Gericht erklärte im Weiteren mit Blick auf das ISOS, dass zur Abklärung der Bewilligungsfähigkeit möglicherweise ein Gutachten der ENHK einzuholen, jedenfalls aber eine umfassende Interessenabwägung durchzuführen ist (E. 7.5–7.6).

2.7. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach bei Ausnahmebewilligungen nach Art. 19 Abs. 2 GSchG in Verbindung mit Art. 32 und Anhang 4 Ziff. 211 GSchV nur aufgrund einer Interessenabwägung erteilt werden dürfen, ist jüngst im Entscheid 1C_690/2021 vom 12. September 2023 («Engelberg») wieder bestätigt worden. Die Obwaldner Behörden hatten es versäumt, in einem Fall des Bauens unterhalb des mittleren Grundwasserspiegels eine Interessenabwägung vorzunehmen. Das Bundesgericht führte in diesem Urteil Folgendes aus (E. 3.4.3):

≪..

Wie das BAFU zutreffend festhält, wurde für die Erteilung der umstrittenen gewässerschutzrechtlichen Ausnahmebewilligung nur darauf abgestellt, ob die Durchflusskapazität des Grundwassers um höchstens 10 % vermindert wird, wie dies Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV vorschreibt. Die für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung gemäss dieser Bestimmung ebenso erforderliche Interessenabwägung im dargelegten Sinn findet sich hingegen weder im Entscheid, mit dem das ALU die gewässerschutzrechtliche Bewilligung erteilte, noch im Baubewilligungsentscheid des Einwohnergemeinderats. Ebenso wenig ist sie im Rechtsmittelentscheid des Regierungsrats oder im angefochtenen Entscheid der Vorinstanz vorhanden. Namentlich wurde jeweils darauf verzichtet, die Situierung des Bauprojekts im konkreten Gewässerschutzbereich und das Ausmass der Durchflussverminderung mit den bautechnischen Erfordernissen einer sinnvollen, mit den übrigen Vorgaben des Raumplanungs- und Umweltrechts übereinstimmenden Grundstücknutzung ins Verhältnis zu setzen. Die Voraussetzungen für die Erteilung der gewässerschutzrechtlichen Ausnahmebewilligung wurden somit nur unvollständig geprüft, auch durch die Vorinstanz (vgl. Urteil 1C 460/2020 vom 30. März 2021 E. 4.2.5).

Die versäumte vollständige Prüfung kann nicht dadurch nachgeholt werden, dass sich die Vorinstanz (ebenso der Einwohnergemeinderat) im vorliegenden Verfahren nunmehr zu den öffentlichen und privaten Interessen an der geplanten Überbauung sowie den Gewässerschutzinteressen äussert und die betreffenden Interessen einander gegenüberstellt. Die nach Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV erforderliche Interessenabwägung kann nicht erstmals im bundesgerichtlichen Verfahren bzw. durch das Bundesgericht als letzte Beschwerdeinstanz erfolgen, zumal der dafür erforderliche Sachverhalt – wie das BAFU ebenfalls zutreffend vorbringt – nicht genügend erstellt ist resp. sich nicht ohne Weiteres aus den Akten ergibt (vgl. Urteil 1C_460/2020 vom 30. März 2021 E. 4.3).»

2.8. Es ist aufgrund der dargestellten Rechtsprechung davon auszugehen, dass jeweils eine Interessenabwägung durchzuführen ist, wenn die Frage der Zulässigkeit einer Bewilligung zur Unterschreitung des mittleren Grundwasserspiegels in Frage steht. Im Rahmen der Ermessensbetätigung kommt der Bewilligungsbehörde durchaus ein Spielraum zu. Es gibt nicht nur eine «richtige» Lösung, wenn es etwa um den Umfang der zulässigen Inanspruchnahme des Grundwasserleiters geht. Hingegen besteht kein Spielraum bei der Frage, ob es überhaupt eine Bewilligung nach Art. 19 GSchG braucht, wenn die Voraussetzungen für eine Bewilligungspflicht (d.h. Lage in einem besonders gefährdeten Bereich, gewässergefährdende Bauten und Anlagen bzw. Tätigkeiten) erfüllt sind. Auch geringfügige Inanspruchnahmen des Grundwasserleiters bedürfen einer Ausnahmebewilligung; eine Bagatellgrenze gibt es nicht.

2.9. Zusammenfassend kann von folgendem Ablauf (abgestufte Interessenabwägung) ausgegangen werden:

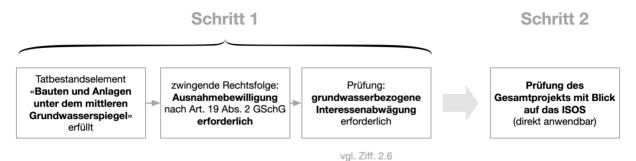


Abb. 3: Ablauf der Prüfung im Planungs- oder Baubewilligungsverfahren

- 3. Welchen Spielraum gibt es bei der Einholung einer Ausnahmebewilligung nach Anhang 4 Ziff. 211 GSchV? Kann man in bestimmten Fällen auf die Einholung einer Ausnahmebewilligung verzichten?
- 3.1. Anhang 4 Ziff. 211 GSchV beschreibt die Massnahmen zum Schutz der Gewässer in den besonders gefährdeten Gewässerschutzbereichen (also Gewässerschutzbereich A_{u} , Gewässerschutzbereich A_{o} , Zuströmbereich Z_{u} , Zuströmbereich Z_{o}). Dass in diesen Bereichen Schutzmassnahmen nach Anhang 4 GSchV zu ergreifen sind, normiert Art. 31 GSchV. Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit Art. 32 GSchV zu lesen. Art. 32 GSchV nennt (beispielhaft) die Bewilligungstatbestände für Bauten, Anlagen und Tätigkeiten in den besonders gefährdeten Bereichen; die Vorschrift knüpft an die allgemein formulierte Bewilligungspflicht gemäss Art. 19 Abs. 2 GSchG an.

In Bezug auf den Spielraum von Anhang 4 Ziff. 211 GSchV kann mithin auf das vorstehend Ausgeführte (Ziff. 2) verwiesen werden.

- 3.2. Ein Verzicht auf die Einholung einer Ausnahmebewilligung kommt auch nicht in Fällen in Frage, bei denen wegen baurechtlicher Geringfügigkeit auf die Erteilung einer Baubewilligung verzichtet wird. Das kantonale bzw. kommunale Baubewilligungsverfahren kann nicht entscheidend dafür sein, ob eine bundesrechtliche Ausnahmebewilligung zu erteilen ist oder nicht (Art. 49 Abs. 1 BV).
- 4. Wie geht man vor, wenn ein bestehendes Gebäude, das eine Ausnahmebewilligung gemäss Anh. 4 Ziff. 211 GSchV benötigt, abgerissen wird und durch ein neues Gebäude, das genau dieselben Dimensionen hat, ersetzt wird? Braucht es eine neue Ausnahmebewilligung? Besteht im Gewässerschutz eine Art Bestandesschutz / Besitzstandwahrung? Ändert sich etwas, wenn nachweislich (hydrologisches Gutachten) der Ersatzneubau das Grundwasser wesentlich weniger beeinträchtigt als der bestehende Bau, es also zu einer Verbesserung hinsichtlich des Gewässerschutzes kommt?
- 4.1. Anders als im öffentlichen Baurecht, wo für baurechtswidrig gewordene Bauten und Anlagen grundsätzlich ein aus Art. 26 BV (Eigentumsgarantie) hergeleiteter Bestandesschutz gilt, besteht ein solcher im Gewässerschutzrecht nicht. Die Gewässerschutzgesetzgebung ist auf Sanierung gerichtet. Stellt sich ein gewässerschutzrechtswidriger Zustand ein, ist dieser zu beheben.

Beispiele:

So wurden im Rahmen der systematischen Erstellung der zentralen Abwasserreinigungsanlagen (Kläranlagen, «ARA») und der öffentlichen Kanalisationen ab den 1960er-Jahren alle Direkteinleitungen von Abwässern in die Gewässer aufgehoben; das Abwasser auch von bestehenden Bauten und Anlagen musste neu der öffentlichen Kanalisation (und damit der ARA) zugeführt werden. Es kam somit zur Sanierung der Liegenschaftsentwässerung sehr vieler bestehender Bauten und Anlagen.

Ein weiteres Beispiel stellt die Behandlung des verschmutzten Abwassers aus Industrie und Gewerbe dar. Soweit dieses «Industrieabwasser» nicht den Anforderungen an die Einleitung in die öffentliche Kanalisation oder in ein Gewässer entspricht (vgl. hierzu Anhang 3.2 GSchV), muss es betriebsintern nach dem «Stand der Technik» - einem fortschrittlichen Technologieniveau – vorbehandelt bzw. behandelt werden (Anhang 3.2 Ziff. 1 Abs. 2 GSchV). Schreitet der Stand der Technik voran, müssen die betrieblichen Produktionsprozesse und die betriebsinterne Abwasser(vor)behandlung an diesen sich weiter entwickelnden Stand der Technik angepasst werden.

4.2. Auch am Schutz des Grundwassers besteht ein eminentes öffentliches Interesse. Einerseits sollen Gefährdungen durch stofflichen Eintrag ins Grundwasser verhindert werden (Art. 3 und Art. 6 GSchG). Andererseits sollen auch die Grundwasservorkommen mengenmässig (Art. 43 Abs. 1 GSchG) sowie Speichervermögen und Durchfluss nutzbarer Grundwasservorkommen (Art. 43 Abs. 4 GSchG) erhalten bleiben. Bauliche Eingriffe in den Grundwasserleiter sollen daher nur dort, wo unbedingt erforderlich, und so schonend als möglich ausgeführt werden (vgl. auch Entscheid des Bundesgerichts 1C 460/2020 E. 4.2.3). Dies ruft bei Bauvorhaben nach einem Variantenstudium, und derjenigen Variante, die nicht oder nur geringfügig in den Grundwasserleiter eingreift, ist der Vorzug zu geben. In den neueren kantonalen Wegleitungen und Merkblättern zu dieser Frage wird eine nur schonende Inanspruchnahme des Grundwasserleiters denn auch verlangt (Departement Bau. Verkehr und Umwelt des Kantons Aargau, Abteilung für Umweltschutz [Hrsg.], Bauten im Grundwasser, 27. Juli 2023; Bau- und Umweltdepartement des Kantons St. Gallen, Amt für Wasser und Energie [Hrsg.], Beurteilung einer möglichen Ausnahmebewilligung für Einbauten unter den mittleren Grundwasserspiegel, Checkliste für Planungs- und Geologiebüros, Juni 2023; Umweltfachstellen der Kantone Schwyz, Uri, Nidwalden, Obwalden, Luzern und Zug [Hrsg.], Bauten im Grundwasser, Berechnungsgrundlagen, Oktober 2020; Baudirektion des Kantons Zürich, Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft [Hrsg.], Bauvorhaben in Grundwasserleitern und Grundwasserschutzzonen, Februar 2019; Amt für Umwelt des Kantons Thurgau [Hrsq.], Bauvorhaben im Grundwassergebiet, Merkblatt, Juni 2023).

Wie oben (Ziff. 2.8) dargelegt, sind Eingriffe in den Grundwasserleiter nur aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zulässig.

Es ist dabei namentlich zu berücksichtigen, dass durch fortwährende Bautätigkeit im Grundwasserleiter die Durchflusskapazität stetig abnimmt. Über kurz oder lang wird das «Potenzial» ausgeschöpft sein, und weitere Bauten und Anlagen dürfen nicht mehr im Grundwasser erstellt werden. Die Nutzungsmöglichkeiten sind also für Bauherren, die über bzw. in bereits beanspruchten Grundwasservorkommen bauen möchten, zunehmend eingeschränkt – ein Problem der Verteilgerechtigkeit: wer früh baut, hat Vorteile, wer spät baut, das Nachsehen.

Weiter ist in Betracht zu ziehen, dass die nutzbaren Grundwasservorkommen öffentliche Gewässer darstellen. Die Hoheit über die Gewässer kommt somit dem Gemeinwesen zu – in den meisten Kantonen ist der Kanton Hoheitsträger über die öffentlichen Gewässer. Vergibt das Gemeinwesen Nutzungsrechte an dieser öffentlichen Sache, hat es für eine sinnvolle und gerechte Verteilung dieser Rechte zu sorgen. Dem Prinzip «wer zuerst kommt, mahlt zuerst» sind Grenzen zu setzen.

Wenn eine Baute, die das Grundwasser tangiert, beseitigt wird, wird die Vollzugsbehörde daher grundsätzlich verlangen müssen, dass die Einbauten aus dem Grundwasser entfernt werden. In der Vergangenheit wurden Bauteile, die im Grundwasser standen, oft aus Kosten-

gründen nicht entfernt – mit dem Ergebnis, dass die Beeinträchtigung des Grundwasserdurchflusses bestehen blieb. Künftig sollte von der Gewässerschutzbehörde darauf hingewirkt werden, dass diese Einbauten möglichst vollständig aus dem Grundwasserleiter entfernt werden. Nur so kann die Durchflusskapazität dauerhaft vollständig erhalten bleiben.

Bundesrechtlich kann solches verlangt werden. Art. 32 Abs. 4 Halbsatz 2 GSchV gibt der Behörde auf, in der Ausnahmebewilligung auch die Anforderungen an die Stilllegung der Anlagen festzulegen.

- 4.3. Die Erkenntnis, dass Bauteile im Grundwasser nach der Beendigung der baulichen Nutzung entfernt werden müssen, ist offenbar in den Kantonen mehr und mehr anerkannt. So soll beispielsweise im Kanton Zürich eine ausdrückliche Pflicht zum Rückbau in der kommenden Wasserverordnung dem Ausführungserlass zum neuen Zürcher Wassergesetz (kantonales ABI vom 6. Januar 2023, Meldung Nr. RS-ZH08-0000000166) verankert werden (gemäss Vorentwurf [Vernehmlassungsentwurf] vom 1. November 2023 der Wasserverordnung):
 - § 100. Massnahmen bei Beendigung der Konzession oder Bewilligung
 - ¹ Bei Beendigung der Konzession oder Bewilligung hat die Inhaberin oder der Inhaber die Bauten und Anlagen auf eigene Kosten zurückzubauen. Die damit zusammenhängenden Veränderungen im Gewässer und im Gewässerraum, namentlich durch Staubereiche, Absenkungen der Sohle oder Kolmatierungen und Kolke, sind rückgängig zu machen.
 - ² Mit den Rückbauarbeiten ist ein möglichst naturnaher Zustand herbeizuführen.
 - ³ Die Inhaberin oder der Inhaber reicht dem AWEL dazu vorgängig ein Projekt zur Genehmigung ein.
 - ⁴ Ausnahmsweise kann auf einen Rückbau verzichtet oder ein anderer als ein naturnaher Rückbauzustand vorgegeben werden, soweit dem keine öffentlichen Interessen entgegenstehen.
 - ⁵ Fundationen im Grundwasserleiter sind nach dem Abbruch der Bauten und Anlagen, für welche sie angelegt wurden, zu entfernen, soweit sie nicht für Folgebauten verwendet werden können oder ein Rückbau mit Massnahmen, die dem Stand der Technik entsprechen, nicht durchführbar ist. Die natürliche Durchflusskapazität ist mit zugelassenen Ersatzmassnahmen wiederherzustellen.

An dieser kantonalen Regelung zeigt sich der Einfluss des kantonalen Wassernutzungsrechts im Bereich des Grundwassers. Kraft der Hoheit über die öffentlichen Gewässer kann der Kanton die Entfernung von Anlageteilen aus dem Grundwasser verlangen. Würde er dies nicht beanspruchen, käme das einer (teilweisen) Aufgabe seiner Hoheitsrechte über die öffentliche Sache Grundwasser gleich, was mit Blick auf BGE 127 II 69 (vgl. auch BGE 145 II 140) unzulässig wäre.

4.4. Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass auf eine Ausnahmebewilligung nach Art. 19 Abs. 2 GSchG in Verbindung mit Art. 32 und Anhang 4 Ziff. 211 GSchV kein Rechtsanspruch besteht.

Nach dem oben (Ziff. 4.2) Gesagten muss sich die Vollzugsbehörde darüber Rechenschaft ablegen, ob bisherige Bauteile aus dem Grundwasserleiter entfernt werden müssen oder ausnahmsweise im Grundwasser verbleiben können. Diese Frage muss im Rahmen der umfassenden Interessenabwägung beantwortet werden (Entscheide des Bundesgerichts 1C_460 2020 und 1C_690 2021). Man wird also nicht darum herumkommen, diese Prüfung in einem förmlichen Bewilligungsverfahren vorzunehmen.

Selbst im Fall, dass durch einen Ersatzneubau das Grundwasser weniger stark beeinträchtigt wird, muss eine entsprechende Prüfung in einem förmlichen Bewilligungsverfahren statt-

finden. Es darf nicht von der Prämisse ausgegangen werden, dass ein solches Vorhaben a priori zu bewilligen ist. Allenfalls drängt es sich in einem bestimmten Fall ja sogar im öffentlichen Interesse auf, die im Grundwasser liegenden Bauteile zu entfernen und einen Ersatzbau vollständig zu verbieten. An einer entsprechenden umfassenden Interessenabwägung führt auch hier kein Weg vorbei.

5. Weshalb sind die Gewässerschutzbereiche Au in grösseren Städten an Flüssen und Seen ganz unterschiedlich gross? Gibt es da einen Spielraum?

- 5.1. Die Kantone haben gemäss Art. 19 Abs. 1 GSchG die Pflicht, die «besonders gefährdeten Bereiche» zu bezeichnen. Zu diesen besonders gefährdeten Bereichen gehört u.a. der Gewässerschutzbereich Au. Wie bereits erwähnt (oben Ziff. 2.1.), bezeichnen die Kantone den Gewässerschutzbereich Au zum Schutz nutzbarer unterirdischer Gewässer (Art. 29 Abs. 1 Bst. a GSchV). Anhang 4 Ziff. 111 GSchV beschreibt den Umfang des Gewässerschutzbereiches Au.
 - Gemäss Anhang 4 Ziff. 111 Abs. 1 GSchV umfasst der Gewässerschutzbereich Au die nutzbaren unterirdischen Gewässer sowie die zu ihrem Schutz notwendigen Randgebiete.
 - Gemäss Anhang 4 Ziff. 111 Abs. 2 GSchV ist ein unterirdisches Gewässer «nutzbar» bzw. für die Wassergewinnung geeignet, «wenn das Wasser im natürlichen oder angereicherten Zustand:
 - a. in einer Menge vorhanden ist, dass eine Nutzung in Betracht fallen kann; dabei wird der Bedarf nicht berücksichtigt; und
 - b. die Anforderungen der Lebensmittelgesetzgebung an Trinkwasser, nötigenfalls nach Anwendung einfacher Aufbereitungsverfahren, einhält.»

Die Bemessung des Gewässerschutzbereichs A_u erfolgt anhand der vorhandenen hydrogeologischen Grundlagen wie hydrogeologischer Karten oder Grundwasserkarten (BUWAL [Hrsg.], Wegleitung Grundwasserschutz, Bern 2004, S. 34 f.).

Sind die Voraussetzungen gemäss Anhang 4 Ziff. 111 Abs. 2 Bst. a und b GSchV erfüllt, ist die Errichtung eines Gewässerschutzbereichs Au erforderlich (ARNOLD BRUNNER, in: Peter Hettich/Luc Jansen/Roland Norer, GSchG WBG, Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 10 zu Art. 19 GSchG, mit Hinweis auf den Entscheid des Bundesgerichts 1A.250/1999 vom 18. Mai 2000).

5.2. Es fällt auf, dass im kantonalen Vergleich gewisse Unterschiede bei der Bezeichnung des Gewässerschutzbereichs A_u vorkommen. So wurde etwa in der Stadt Zürich ausgedehnte Bereiche – namentlich entlang des Limmatgrundwasserstroms als Gewässerschutzbereich A_u bezeichnet (Abb. 3).

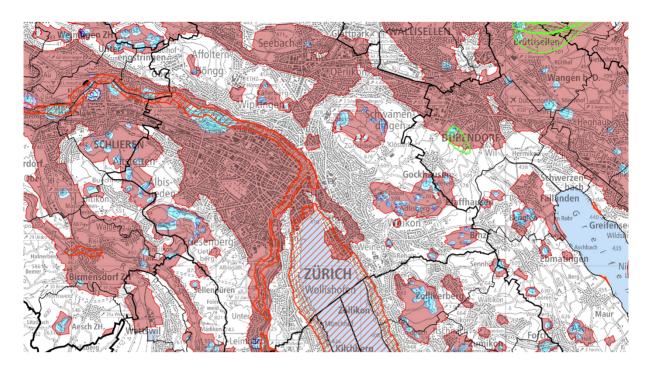


Abb. 3: Auszug aus der kantonalen Gewässerschutzkarte (GIS-ZH). Der Gewässerschutzbereich Au ist rot gekennzeichnet.

Demgegenüber ist beispielsweise in der Stadt Basel im Wesentlichen lediglich entlang der Wiese (rechter Nebenfluss des Rheins, von Deutschland her durch Riehen und dann durch Kleinbasel fliessend und dort in den Rhein mündend) ein Gewässerschutzbereich Au bezeichnet, hingegen nicht entlang des Grundwasserstroms des Rheins (Abb. 4).



Abb. 4: Auszug aus dem Geoportal Basel-Stadt. Der Gewässerschutzbereich Au ist rot gekennzeichnet.

Die Voraussetzungen für die Bezeichnung eines Gewässerschutzbereiches Au sind bundesrechtlich vorgegeben. Gemäss Anhang 4 Ziff. 111 GSchV wird vorausgesetzt, dass sich das Grundwasservorkommen nach Menge und Qualität für die Trinkwassernutzung eignet.

Bei den beiden Beispielen Zürich und Basel dürfte das Mengenkriterium ohne Weiteres gegeben sein. Beide Städte werden von mächtigen Grundwasserströmen (Limmatgrundwasserstrom und Rheingrundwasserstrom) durchflossen.

Hingegen ist das Kriterium der Eignung des Grundwassers für eine Trinkwassernutzung oft entscheidend dafür, ob ein Gewässerschutzbereich Au bezeichnet wird:

- In der Stadt Zürich bestehen seit 1934 im Grundwasserfeld Hardhof Grundwasserfassungen. Zur Anreicherung des Grundwassers wird Uferfiltrat der Limmat versickert. Im Hardhof-Areal wird dann mittels Förderbrunnen mit einer Förderkapazität von136'000 m³/Tag Grundwasser zu Trink- und Brauchzwecken entnommen (Wasserversorgung Zürich [Hrsg.], Das Grundwasserwerk Hardhof, Wie Grundwasser zu Trinkwasser wird, Zürich 2020). Diese für die Zürcher Wasserversorgung sehr wichtigen Anlagen sind nicht nur durch Grundwasserschutzzonen (Art. 20 GSchG) im Nahbereich der Fassungen geschützt: Eine grossflächigere Schutzwirkung entfaltet auch der obstrom (im Einzugsgebiet der Wasserfassungen) bezeichnete Gewässerschutzbereich Au; in seinem Perimeter werden Bauten, Anlagen und Tätigkeiten einer präventiven Kontrolle durch die Bewilligungspflicht gemäss Art. 19 Abs. 2 GSchG unterworfen.
- Etwas anders präsentieren sich die Verhältnisse in der Stadt Basel. Die bedeutenden Grundwassernutzungen für die Region Basel entlang des Rheins befinden sich flussaufwärts im «Hardwald», auf dem Gemeindegebiet von Muttenz BL (IWB [Hrsg.], IWB Trinkwasser, Das kostbare Lebenselixier, Basel 2022). Da ein Teil des Grundwasserleiters entlang des Rheins unter städtischem, ehemals durch grosse Industrieareale geprägtem Gebiet liegt, sind die qualitativen Anforderungen des Grundwassers zur Trinkwassergewinnung nicht gegeben und können gemäss Auskunft des zuständigen Fachamtes des Kantons Basel-Stadt auch langfristig flächendeckend nicht garantiert werden. Für die regionale oder kommunale Trinkwasserversorgung spielt der Rheingrundwasserstrom auf Stadtgebiet keine Rolle, weshalb der Kanton auf die Bezeichnung eines Gewässerschutzbereichs Au entlang des Rheins verzichtet hat.
- 5.3. Die kantonale Praxis scheint uneinheitlich zu sein, was die Frage angeht, ob in Gebieten, in denen erhebliche Schadstoffbelastungen im Untergrund vorhanden sind, die sich nicht ohne Weiteres sanieren lassen, ein Gewässerschutzbereich Au auszuscheiden ist oder nicht. Das BAFU geht davon aus, dass nicht die bestehenden Schadstoffbelastungen im Grundwasser entscheidend für die Ausscheidung des Gewässerschutzbereichs Au sein können, sondern dass von einem natürlichen Grundwasserzustand auszugehen ist.

6. Welche weiteren Aspekte sollten in der vorliegenden Thematik berücksichtigt werden, bzw. welche weiteren Fragen stellen sich?

6.1. Neben den eigenständigen Bewilligungstatbeständen enthält das Gewässerschutzgesetz auch materielle Vorgaben, die in anderen Bewilligungsverfahren beachtet werden müssen. Zu denken ist etwa an wassernutzungsrechtliche Konzessionsverfahren und wasserbaurechtliche Plangenehmigungen oder Projektfestsetzungen.

Zudem enthalten auch andere Bundesgesetze funktional Bewilligungstatbestände, die (auch) Gewässerschutzzielen dienen, so etwa die fischereirechtliche Bewilligung nach Art. 8 BGF oder die Regelung zur Ufervegetation nach Art. 21 NHG.

Diese bundesrechtlichen Verfahren stellen in aller Regel Bundesaufgaben im Sinne von Art. 2 NHG dar, weshalb die bundesrechtlichen Inventare (BLN, ISOS usw.) direkt anzuwenden ist. Dazu gibt es eine reichhaltige Rechtsprechung (vgl. z.B. den bereits erwähnten Entscheid des Bundesgerichts 1C 654/2021 E. 7.2 [«Olten»] oder den Entscheid 1C 821/2013

vom 30. März 2015 E. 3.2 [«Nuolen»] betreffend Bewilligung von Seeschüttungen; Zusammenstellung der Kasuistik bei JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl-Ludwig Fahrländer [Hrsg.], Kommentar NHG, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 37 ff. zu Art. 2). Freilich betreffen solche Verfahren grossmehrheitlich Vorhaben, die ausserhalb des Siedlungsgebiets liegen; aus diesem Grund dürfte eher selten ein Bezug zum ISOS vorhanden sein.

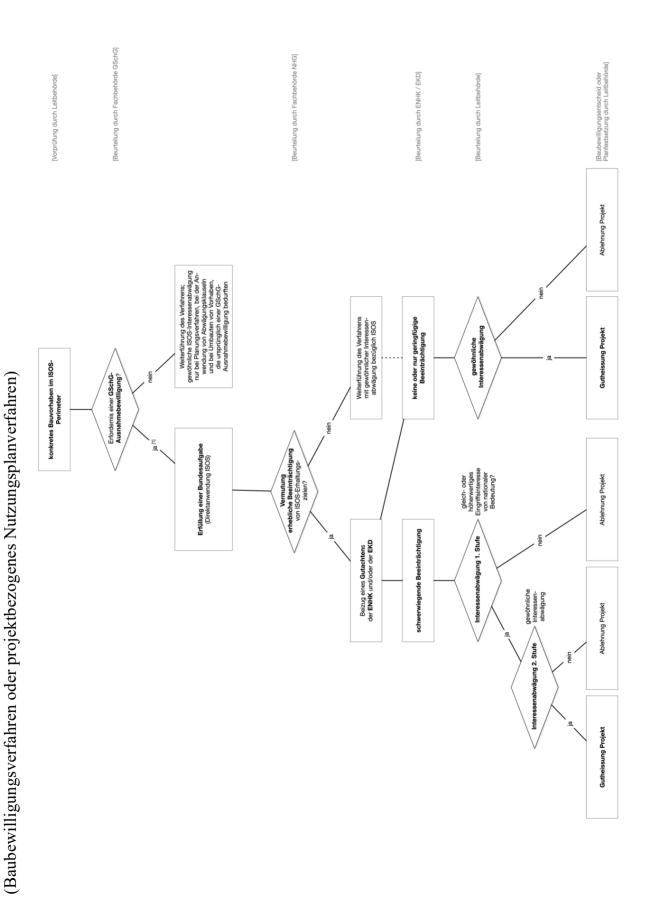
6.2. Werden Bundesbeiträge an Planungen, Werke und Anlagen wie Meliorationen, Sanierung landwirtschaftlicher Bauten, Gewässerkorrektionen, Anlagen des Gewässerschutzes und Verkehrsanlagen geleistet, kann schliesslich auch aus diesem Grund gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. c (allenfalls in Verbindung mit Abs. 2) NHG von einer Bundesaufgabe ausgegangen werden.

Zürich, 12. März 2024

STUTZ Umweltrecht

Dr. iur. Hans W. Stutz

Anhang 2:
Ablauf der ISOS-Prüfung bei Bauvorhaben im Gewässerschutzbereich Au



¹¹ Entscheid über Gewährung der Ausnahmebewilligung wird gemeinsam oder gleichzeitig mit dem Gesamtentscheid eröffnet. Ein negativer Entscheid («Killerentscheid») kann vorweg eröffnet werden.

Anhang 3: Inhaltsverzeichnis

- I. Rechtliche Grundlagen des Gewässerschutzrechts und des Natur- und Heimatschutzrechts
- A. Rechtsgrundlagen des Gewässerschutzrechts
- 1. Art. 76 der Bundesverfassung (Wasserartikel)
- 2. Die Regelung des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (GSchG)
- B. Rechtsgrundlagen des Natur- und Heimatschutzrechts, insbesondere zum Ortsbildschutz
- 1. Art. 78 der Bundesverfassung (Natur- und Heimatschutzartikel)
- 2. Die Regelung des Natur- und Heimatschutzgesetzes (Überblick)
- 3. Die Verordnung über das ISOS (VISOS)
- 4. Weisungen zum ISOS (WISOS)
- II. Grundlage, Sinn und Zweck der Unterscheidung Bundesaufgabe/kantonale Aufgabe beim Ortsbildschutz; Auswirkungen und Abgrenzungen
- A. Verfassungsrechtliche Grundlage der Unterscheidung
- B. Gesetzliche Grundlage der Unterscheidung
- C. Sinn und Zweck des gesetzlichen Konzepts
- D. Abgrenzung zur rein kantonalen Aufgabenerfüllung
- III. Unterschiedliche Art der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem ISOS-Ortsbildschutz bei Bundesaufgaben bzw. bei kantonaler Aufgabenerfüllung
- A. Vorbemerkungen
- B. Interessenabwägung bezüglich des ISOS bei der Erfüllung von Bundesaufgaben
- C. Interessenabwägung bezüglich des ISOS bei rein kantonaler Aufgabenerfüllung
- 1. Vorbemerkungen
- 2. Die Berücksichtigung des ISOS in der Richt- und Nutzungsplanung
- 3. Die Berücksichtigung des ISOS im Baubewilligungsverfahren
- IV. Als Bundesaufgaben in Frage kommende Gewässerschutzbewilligungen

2

V. Anwendungsfragen im Zusammenhang mit Gewässerschutzbewilligungen nach Art.

19 Abs. 2 GSchG/Anhang 4 Ziff. 211 GSchV

VI. Empfohlenes Vorgehen bei Vorhaben in einem sensiblen ISOS-Ortsbildteil

innerhalb eines Gewässerschutzbereichs Au

1. Vorbemerkung

2. Behandlung entsprechender Ortsbildteile in der Richt- und Rahmennutzungsplanung

3. Behandlung von Projektbewilligungsgesuchen in ISOS-Ortsbildteilen innerhalb des

Gewässerschutzbereichs Au

VII. Zusammenfassende Schlussbemerkungen

Anhang 1: Memorandum Hans W. Stutz vom 12. März 2024

Anhang 2: Ablauf der ISOS-Prüfung bei Bauvorhaben im Gewässerschutzbereich Au

Anhang 3: Inhaltsverzeichnis