

12.402

**Parlamentarische Initiative
Die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission
und ihre Aufgabe als Gutachterin**

**Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des
Ständerates**

vom 20. März 2018

Übersicht

Gemäss Bundesverfassung nimmt der Bund bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes. Er schont Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler und erhält sie ungeschmälert, wenn das öffentliche Interesse es gebietet. Damit wird im Bereich des Natur- und Heimatschutzes eine Interessenabwägung zwischen Schützen und Nutzen nötig (Art. 78 Abs. 2 BV).

Der geltende Art. 6 Abs. 2 Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG) regelt, unter welchen Voraussetzungen die zuständigen Entscheidbehörden ein Abweichen vom Gebot der ungeschmälerten Erhaltung der Objekte der Bundesinventare nach Art. 5 NHG prüfen und eine Interessenabwägung vornehmen dürfen. Dies ist heute dann der Fall, wenn dem Schutzinteresse von nationaler Bedeutung ein gleich- oder höherwertiges Nutzungsinteresse von ebenfalls nationaler Bedeutung gegenübersteht. Der geltende Art. 7 Abs. 2 NHG regelt die Pflicht der Eidg. Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) oder der Eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege (EKD) zur Redaktion eines Gutachtens und dessen Gegenstand.

Art. 6 Abs. 2 NHG legt neu auf Gesetzesstufe fest, dass die Interessenabwägung zwischen dem Schutz der Objekte von nationaler Bedeutung und dem Nutzen der vorgeschlagenen Projekte auch für bestimmte kantonale Vorhaben zulässig ist, womit die Kommission den Interessen der Kantone in dieser Abwägung mehr Gewicht geben will.

Mit der Ergänzung des Art. 7 NHG durch einen neuen Abs. 3 soll der verfahrensrechtliche Stellenwert der Gutachten von ENHK und EKD präzisiert werden. Mit dieser Präzisierung wird die gängige Praxis, wonach Gutachten dieser beiden Kommissionen nicht als einzige, sondern als eine Grundlage unter anderen für den Entscheid über Vorhaben in Bundesinventarobjekten betrachtet werden, gesetzlich verankert. Damit wird die Rechtssicherheit im Rahmen der Bewilligungsverfahren gestärkt.

Mit der vorliegenden Revision soll an hohen Anforderungen an Eingriffe in Objekte von Bundesinventaren festgehalten werden; ebenso werden die Verfahren zu ihrer Beurteilung nicht geändert. Bei der inhaltlichen Lockerung von Art. 6 Abs. 2 NHG wird jedoch der Kreis der möglichen Vorhaben erweitert. Das hat zur Folge, dass dadurch auch der Ermessensspielraum der zuständigen Entscheidbehörden von Bund und Kantonen ausgedehnt wird. Bei Vorhaben im Bereich erneuerbarer Energien hat der Gesetzgeber mit dem neuen Art. 12 Energiegesetz und den damit verbundenen Art. 8 und 9 der Energieverordnung solchen Anlagen bereits ab einer bestimmten Grösse nationales Interesse zuerkannt. Anlagen, die in einem Inventar nach Art. 5 NHG geplant sind, können damit bereits grundsätzlich aufgrund des geltenden Rechts einer Interessenabwägung zugeführt werden.

Bericht

1 Entstehungsgeschichte

Am 29. Februar 2012 reichte Ständerat Joachim Eder eine parlamentarische Initiative ein, welche zum Ziel hat, Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966¹ (NHG) anzupassen. Die Initiative beabsichtigt zum einen, den Gutachten der ENHK und EKD zukünftig eine gewichtige, aber nicht allein ausschlaggebende Entscheidungshilfe zuzuschreiben. Zum anderen will die Initiative bei der Abwägung der Interessen nach Art. 6 Abs. 2 NHG unter bestimmten Voraussetzungen auch kantonale Eingriffsinteressen berücksichtigen. Begründet wurde der Gesetzgebungsbedarf vom Initianten insbesondere damit, dass Bewilligungsverfahren einen bremsenden Einfluss auf die Realisierung von Projekten, insbesondere im Bereich der erneuerbaren Energien, hätten.

In Rahmen der Vorprüfung beschloss die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates (UREK-S) am 17. Januar 2013 mit 7 gegen 4 Stimmen der Initiative Folge zu geben. Ihre Schwesterkommission des Nationalrates stimmte dem Beschluss gemäss Artikel 109 Absatz 3 des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002² (ParlG) am 8. April 2013 mit 13 gegen 11 Stimmen und 1 Enthaltung zu. Sowohl in der ständerätlichen wie in der nationalrätlichen Kommission waren Minderheiten der Ansicht, es bestünde kein Handlungsbedarf. Sie befürchteten, eine Schwächung des Stellenwerts der Gutachten der ENHK und EKD gefährde den Natur- und Heimatschutz.

Gemäss Artikel 111 Absatz 1 ParlG arbeitet die Kommission innerhalb von zwei Jahren einen Erlassentwurf aus. Die UREK-S befasste sich an vier Sitzungen in den Jahren 2013 und 2014 mit der Ausarbeitung einer Änderung des NHG, welche das Anliegen der Initiative umzusetzen erlaubt. So lag am 1. September 2014 ein Vorentwurf für die Vernehmlassung vor. Mit 6 zu 6 Stimmen und dem Stichentscheid des Präsidenten beschloss die Kommission hingegen, mit der Vernehmlassung noch zuzuwarten. Es sollten vorerst die Ergebnisse der Beratungen im Parlament zu den Bestimmungen für das nationale Interesse von Anlagen erneuerbarer Energien abgewartet werden. Dazu stimmte der Ständerat einer ersten Fristverlängerung der Initiative nach Art. 113 Abs. 1 ParlG einstimmig zu. Im Rahmen der Totalrevision des Energiegesetzes vom 30. September 2016³ (EnG) wurde vom Parlament schliesslich beschlossen, der Nutzung erneuerbarer Energien und deren Ausbau ein nationales Interesse zuzuweisen. Das nationale Interesse an der Realisierung dieser Vorhaben ist bei der Interessenabwägung als gleichrangig zu betrachten mit anderen nationalen Interessen (Art. 12 EnG).

Nach der Annahme des revidierten Energiegesetzes in der Referendumsabstimmung vom 17. Mai 2017 durch das Stimmvolk hat die Kommission die Beratungen zur Ausarbeitung eines Vorentwurfs im Rahmen der Initiative wieder aufgenommen. Eine Mehrheit der Kommission kam zum Schluss, dass trotz der neuen Regelung für

¹ SR 451

² SR 171.10

³ SR 730.0

Anlagen erneuerbarer Energien nach Art. 12 EnG nach wie vor Regelungsbedarf im Sinne der Initiative bestehe, und beantragte dem Ständerat erneut eine Fristverlängerung nach Art. 113 Abs. 1 ParlG, um einen entsprechenden Vorentwurf ausarbeiten zu können. Eine Kommissionsminderheit war allerdings der Auffassung, die Regelung im neuen Energiegesetz würde dem Anliegen der Initiative im Sinne einer Kompromisslösung bereits ausreichend Rechnung tragen, jeglicher Handlungsspielraum sei erschöpft. Sie beantragte, die Initiative abzuschreiben. Der Ständerat folgte dem Antrag der Mehrheit und beschloss am 14. September 2017 mit 27 zu 16 Stimmen, die Behandlungsfrist bis zur Herbstsession 2019 zu verlängern.

Am 20. März 2018 stimmte die Kommission mit 7 zu 5 Stimmen dem Vorentwurf zu und schickte ihn in die Vernehmlassung. Eine Minderheit beantragt, nicht auf die Vorlage einzutreten.

Die Kommissionsmehrheit unterstreicht die mit der Änderung beabsichtigte Stärkung der Kantone. So sollen künftig auch berechnigte kantonale Interessen für die erforderliche Interessenabwägung herangezogen werden können. Dadurch könnten in Objekten von nationaler Bedeutung Vorhaben vermehrt bewilligungsfähig werden. Die bestehenden Verfahren und Zuständigkeiten blieben unverändert und die seriöse Abwägung der Schutz- und Nutzungsinteressen damit gewährleistet, stellt die Kommissionsmehrheit fest. Die Präzisierung zum verfahrensrechtlichen Stellenwert der ENHK und EKD in Art. 7 Abs. 3 sei Ausdruck der gängigen Praxis und unbestritten.

Die Kommissionsminderheit lehnt den Vorentwurf ab. Sie ist der Auffassung, dem Anliegen der Initiative werde mit den neuen Bestimmungen von Art. 12 und 13 im Energiegesetz bereits gebührend entsprochen. Sie befürchtet ausserdem, die Änderung von Art. 6 Abs. 2 werde zu einer Zunahme der Eingriffe in die Inventarobjekte führen und die ungeschmälerete Erhaltung der wertvollsten Objekte des Natur- und Heimatschutzes dadurch erschwert. Schliesslich werde die Prüfung von Projekten in Inventarobjekten von nationaler Bedeutung mit der Interessenabwägung zwischen den föderalen Ebenen von Bund und Kanton anspruchsvoller und komplexer, ist die Minderheit überzeugt. Es müsse mit einer Zunahme der Rechtsunsicherheit gerechnet werden. Schliesslich hegt die Minderheit Zweifel an der Verfassungsmässigkeit der Bestimmung in Art. 6 Abs. 2.

2 Grundzüge der Vorlage

Die Gesetzesänderung soll Rechtssicherheit schaffen, und zwar im Bewilligungsverfahren von Projekten, welche ein Abweichen von der ungeschmälereten Erhaltung eines Objektes von nationaler Bedeutung mit sich ziehen.

Art. 6 Abs. 2 NHG legt fest, dass für die Interessenabwägung zwischen Schutz und Nutzen beim Abweichen von der ungeschmälereten Erhaltung Vorhaben herangezogen werden können, wenn bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen des Bundes *oder der Kantone* dafür sprechen. Damit soll den Interessen der Kantone in dieser Abwägung mehr Gewicht zukommen.

Der neue Art. 7 Abs. 3 NHG verankert eine gängige Praxis auf Gesetzesebene, wonach die Gutachten der ENHK und EKD nicht als einzige, sondern als eine Grundlage von mehreren für den Entscheid über solche Projekte betrachtet werden.

2.1 Art. 6 Abs. 2 NHG

2.1.1 Geltendes Recht

Art. 5 Abs. 1 NHG bestimmt, dass der Bundesrat nach Anhören der Kantone Inventare von Objekten von nationaler Bedeutung erstellt. Auf der Grundlage dieser Bestimmung hat der Bundesrat drei Bundesinventare geschaffen: Das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN)⁴, das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS)⁵ sowie das Bundesinventar der historischen Verkehrswege der Schweiz (IVS)⁶.

Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 NHG bestimmt, dass durch die Aufnahme eines Objekts von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes dargetan wird, dass es in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient.

Nach geltendem Recht lautet Art. 6 Abs. 2 NHG:

"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".

Art. 6 Abs. 2 NHG konkretisiert das Verhältnis zwischen Schutz und Nutzen – d. h. zwischen Schutzinteresse und Eingriffsinteresse – und ist ausschliesslich bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe anwendbar, wenn dadurch ein Schutzobjekt schwerwiegend beeinträchtigt werden könnte. Der Begriff der Bundesaufgabe wird in Art. 2 NHG konkretisiert: Illustrativ werden die Planung, Errichtung und Veränderung von Werken und Anlagen durch den Bund, die Erteilung von gewissen Konzessionen und Bewilligungen sowie die Gewährung von Bundesbeiträgen als Bundesaufgaben genannt. Weil diese Liste jedoch nicht abschliessend ist, bleibt stets im Einzelfall zu prüfen, ob eine Bundesaufgabe gegeben ist.

Die Erfüllung einer Bundesaufgabe setzt nicht zwingend ein Bundesverfahren voraus (vgl. allgemein zum Verfahren Ziff. 2.2.1). Auch im Rahmen eines kantonalen Verfahrens kann eine Bundesaufgabe gegeben sein, nämlich immer dann, wenn Bundesrecht materiell massgebend ist. Dies ist beispielsweise bei einer Rodungsbewilligung nach Art. 5 des Waldgesetzes vom 4. Oktober 1991⁷ (WaG) oder bei einer Bewilligung für Bauten ausserhalb der Bauzone nach Art. 24 des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979⁸ (RPG) der Fall. Auch führt das Vorliegen einer Bundesaufgabe nicht automatisch dazu, dass das Eingriffsinteresse stets von nationaler Bedeutung ist.

Art. 6 Abs. 2 NHG stellt eine sachgesetzliche Konkretisierung der von der Bundesverfassung⁹ in Art. 78 Abs. 2 vorgegebenen Interessenabwägung dar. Der Prozess

⁴ SR 451.11

⁵ SR 451.12

⁶ SR 451.13

⁷ SR 921.0

⁸ SR 700

⁹ SR 101

der Abwägung zwischen Schutz- und Nutzungsinteressen wird formell vorstrukturiert und materiell eingeschränkt (vgl. *Tschannen/Mösching*, Nationale Bedeutung von Aufgaben- und Eingriffsinteressen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 NHG, Bern 2012, S. 18).¹⁰ Art. 6 Abs. 2 NHG statuiert strengere Anforderungen an die Abwägung als beispielsweise Art. 3 Abs. 1 NHG, Art. 24 RPG oder Art. 5 WaG.

Eingriffe, die ein Objekt in seiner Eigenschaft als geschütztes Inventarobjekt *nicht beeinträchtigen*, sind ohne Interessenabwägung zulässig. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellen *geringfügige Beeinträchtigungen* der Schutzziele ebenfalls kein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung des Inventarobjekts dar. Bei diesen leichten Eingriffen – die nicht durch ein Interesse von nationaler Bedeutung begründet sein müssen – genügt eine einfache Interessenabwägung (BGE 123 II 256, Erw. 6 d).

Die Zulässigkeit eines Eingriffs mit dem Potenzial, die Schutzziele eines geschützten Inventarobjekts *schwerwiegend zu beeinträchtigen*, ist anhand einer dreistufigen Prüfung zu ermitteln (vgl. ausführlich *Tschannen/Mösching*, a.a.O., S. 17 ff.):

1. Schritt: Ermittlung der Interessen

Als erstes sind die Schutz- und Nutzungsinteressen zu ermitteln. Dabei sind auf der *Eingriffsseite nur Interessen "von ebenfalls nationaler Bedeutung"* zu berücksichtigen. Der Umstand, dass einer Aufgabe grundsätzlich eine nationale Bedeutung zuerkannt wird (z. B. die Nutzung erneuerbarer Energien als sog. Aufgabeninteresse) führt allein noch nicht dazu, dass auch jedes konkrete Vorhaben zur Verwirklichung der Aufgabe (z. B. ein einzelnes Wasserkraftwerk als sog. Eingriffsinteresse) automatisch ebenfalls von nationaler Bedeutung ist.

2. Schritt: Beurteilung der Interessen

Bei der Beurteilung sind die ermittelten Eingriffsinteressen zu gewichten und festzustellen, ob ihnen mindestens das gleiche Gewicht zukommt wie den Schutzinteressen.

3. Schritt: Eigentliche Interessenabwägung

Sofern die Anforderungen gemäss Schritte 1 und 2 erfüllt sind, sind die Eingriffs- und Schutzinteressen gegeneinander abzuwägen. Da beide Interessen von nationaler Bedeutung sein müssen, handelt es sich um eine Abwägung von Interessen auf derselben föderalen Ebene.

Gewisse Fälle waren Anlass für den vom Initianten geltend gemachten Änderungsbedarf. So zum Beispiel eine Inertstoffdeponie im Kanton Zug, die wegen ihrer schwerwiegenden Eingriffe im BLN "Zugersee" nicht realisiert werden konnte. Ebenso kam ein grösseres Projekt für ein Pumpspeicherkraftwerk im Zwischbergental (VS) aufgrund eines negativen Gutachtens der ENHK nicht zustande. Eine Seilbahn im BLN "Oberengadiner Seenlandschaft und Berninagruppe" (GR) konnte wegen des als schwerwiegend qualifizierten Eingriffs in die Landschaft nicht weiterverfolgt werden.

Zu erwähnen sind aber auch Beispiele mit einer positiven Wirkung der heutigen Gesetzgebung. So konnte ein Kleinwasserkraftwerk im Lötschental (VS) im BLN "Berner Hochalpen und Aletsch-Bietschhorngebiet" vom Bundesgericht unter Bei-

¹⁰Das Gutachten ist abrufbar unter <https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/landschaft/recht/rechtsgutachten.html>

zug eines Gutachtens der ENHK als realisierbar beurteilt werden, obwohl Dritte gegen diese Anlage aus Gründen des Landschaftsschutzes Beschwerde erhoben hatten. Weiter wurde aufgrund der geltenden Vorschriften im Dorf "St-Saphorin" (ISOS; BLN "Lavaux") durch ein Urteil des Verwaltungsgerichts (VD) die Errichtung eines oberirdischen Parkings verboten.

2.1.2 Neues Recht

Neu soll Art. 6 Abs. 2 NHG folgendermassen lauten:

"Ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung im Sinne der Inventare darf bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen des Bundes oder der Kantone dafür sprechen".

Auch nach der vorgeschlagenen Änderung erfolgt die Interessenabwägung weiterhin in drei Schritten: 1. Ermittlung der Interessen von Bund oder Kantonen, 2. Beurteilung der Interessen (Gleich- oder Höherwertigkeit), 3. Eigentliche Interessenabwägung.

Mit der Gesetzesänderung ist bei der Ermittlung der Interessen weiterhin gemäss Schritt 1 zwischen dem *allgemeinen Aufgabeninteresse* und dem *konkreten Eingriffsinteresse* zu unterscheiden.

Die Interessenabwägung wird nach der vorgesehenen Änderung jedoch bereits dann ermöglicht, wenn dem Schutzinteresse von nationaler Bedeutung ein "...gleich- oder höherwertiges Interesse des Bundes *oder der Kantone*..." entgegensteht. Damit werden die Möglichkeiten der Interessenabwägung im Vergleich zu heute zusätzlich erweitert, namentlich bei Nutzungsvorhaben, für welche weitere Interessen der Kantone sprechen, die gegenüber den Schutzinteressen gleich- oder höherwertig sein müssten, ohne aber von nationaler Bedeutung zu sein. Die Beurteilung, ob "*gleich- oder höherwertige* Interessen des Bundes *oder der Kantone*" dem Schutzinteresse entgegenstehen, verlangt nach einem Vergleich. Dieser hat neu zwischen zwei unterschiedlichen Ebenen, nämlich der Bundesebene (nationales Schutzinteresse) und der kantonalen Ebene zu erfolgen, wenn ein kantonales Eingriffsinteresse zu beurteilen ist.

Für die Nutzung erneuerbarer Energien und deren Ausbau hat das Parlament im Rahmen der Totalrevision des Energiegesetzes eine neue Bestimmung für die Interessenabwägung auf nationaler Ebene eingebracht (Art. 12 EnG). Die Nutzung erneuerbarer Energien und ihr Ausbau sind von nationalem Interesse (Aufgabeninteresse), die einzelnen Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien sind es ab einer bestimmten Grösse und Bedeutung (Eingriffsinteresse). Der Bundesrat hat diese Werte in der Energieverordnung (EnV) vom 1. November 2017¹¹ für die Wasser- und Windkraftanlagen (Art. 8 und 9) festgelegt.¹² Mit dieser neuen Regelung kön-

¹¹ SR 730.01

¹² Neue Wasserkraftanlagen: mittlere erwartete Produktion von jährlich mindestens 20 GWh oder mittlere erwartete Produktion von jährlich mindestens 10 GWh und über mindestens 800 Stunden Stauinhalt bei Volleistung; bestehende Wasserkraftanlagen: mittlere erwartete Produktion von jährlich mindestens 10GWh oder mittlere erwartete Produktion von jährlich mindestens 5 GWh und über mindestens 400 Stunden Stauinhalt bei Volleistung; Windkraftanlagen oder Windparks: mittlere erwartete Produktion von jährlich mindestens 20 GWh

nen Anlagen erneuerbarer Energien, die in einem Inventar nach Art. 5 NHG geplant sind und zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Objekte führen, direkt einer umfassenden Interessenabwägung zugeführt werden. Diese wird im Regelfall durch die Kantone durchgeführt.

2.2 Art. 7 NHG

2.2.1 Geltendes Recht

Art. 7 NHG sieht vor, dass im Falle einer Beeinträchtigung eines Schutzobjektes von nationaler Bedeutung im Sinne von Art. 5 NHG ein Gutachten der zuständigen beratenden Kommission eingeholt werden kann. Besteht die Möglichkeit, dass das Schutzobjekt bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe *schwerwiegend* beeinträchtigt werden könnte oder stellen sich in diesem Zusammenhang grundsätzliche Fragen, muss gemäss Art. 7 Abs. 2 NHG ein Gutachten der beratenden Kommission eingeholt werden.

Das Gutachten wird zuhanden der eidgenössischen oder kantonalen Entscheidbehörde verfasst. Diese, auch Leitbehörde genannt, ist zuständig für die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 2 NHG. Neben dem genannten Gutachten fliessen in diese Abwägung als Entscheidungsgrundlagen insbesondere die Gesuchs-, Projekt- bzw. Planungsunterlagen, Stellungnahmen betroffener eidgenössischer und kantona-ler Fachbehörden, Einsprachen sowie eigene Abklärungen und Erwägungen der Entscheidbehörde ein.

2.2.2 Neues Recht

Art. 7 NHG soll nun durch einen neuen Absatz 3 ergänzt werden. Dieser lautet wie folgt:

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

Im Rahmen der Interessenabwägung sind die Gutachten der ENHK und der EKD bereits heute eine von mehreren Grundlagen für die korrekte Abwägung der Schutz- und Nutzungsinteressen durch die Entscheidbehörde (vgl. soeben Ziff. 2.2.1). Die beantragte Ergänzung von Artikel 7 NHG verankert die bestehende Praxis nun explizit auf Gesetzesstufe. An den bestehenden Verfahren und Zuständigkeiten soll sich nichts ändern.

3 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

3.1 Art. 6 Abs. 2

Nach der vorgeschlagenen Änderung kann ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung im Sinne der Inventare in Erwägung gezogen werden, wenn bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen des Bundes *oder der Kantone* dafürsprechen. Im Sinne dieser Einschränkung ("bestimmte") ist eine Interessenabwägung jedoch nur dann zulässig, wenn es sich um ein öffentliches Interesse von besonderer Bedeutung handelt, und zwar nur um eines des Bundes oder der Kantone. Mit anderen Worten: Wenn das zur Abweichung von der ungeschmälernten Erhaltung vorgebrachte Interesse kein gleich- oder höherwertiges Interesse des Bundes oder der Kantone

ist, ist der Eingriff unzulässig und es darf von der Entscheidbehörde keine Interessenabwägung durchgeführt werden.

Die neue gesetzliche Regelung eröffnet explizit die Möglichkeit, im Rahmen der Interessenabwägung auch Interessen der Kantone zu beurteilen und allenfalls über die nationalen Schutzinteressen zu stellen. Unverändert findet die Bestimmung nur Anwendung bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe. Zwingend ist, dass die Eingriffsinteressen von Bund oder Kantonen öffentlich sein müssen. Ein Partikularinteresse ist weiterhin nicht ausreichend, so auch dann nicht, wenn Bund oder Kantone wie privatrechtliche Rechtssubjekte handeln, um beispielsweise ihr Finanzvermögen zu vermehren.

Da es sich beim Eingriffsinteresse nach wie vor um ein "gleich- oder höherwertiges" Interesse handeln muss, muss dieses zu den Schutzinteressen in Bezug gesetzt werden. Fest steht, dass die Schutzobjekte durch die Aufnahme in die Inventare des Bundes "in besonderem Masse" die ungeschmälerte Erhaltung verdienen. Insofern ist mit der Inventarisierung eine Priorisierung erfolgt. Folglich kann auch auf Seiten der Eingriffsinteressen nicht jedes "gewöhnliche" öffentliche Interesse ausreichen, sondern sie müssen ein besonderes Gewicht aufweisen.

Bei der Beurteilung der Eingriffsinteressen ist zu bestimmen, wann ein öffentliches Interesse des Bundes oder der Kantone als gleich- oder höherwertig gegenüber den Schutzinteressen gelten kann. Grundsätzlich muss der Eingriff ein grundlegendes Bedürfnis einer breiten Bevölkerung darstellen (*Tschannen/Mösching*, a.a.O., S. 35).

Dies ist unzweifelhaft der Fall, wenn es sich um die Grundversorgung mit Energie, um die Landesverteidigung oder um den Schutz des Menschen vor Naturgefahren handelt. Da diese Interessen nicht nur eine örtlich begrenzte Relevanz aufweisen, sondern im Interesse der gesamten Bevölkerung sind, handelt es sich hierbei um Interessen von nationaler Bedeutung.

Die Ermittlung und Beurteilung der Interessen der Kantone ist jeweils im Einzelfall vorzunehmen. Folgende Kriterien können herangezogen werden:

Unter *Aufgabeninteressen* der Kantone fallen jene Aufgaben, die aufgrund der bundesstaatlichen Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen den Kantonen obliegen, in ihrer Gesamtheit aber unbestrittenermassen zu den Grundaufgaben eines souveränen Staates gehören. Zu diesen Aufgaben gehören im Wesentlichen die in der Regel kantonale bzw. regional organisierte Grundversorgung und die Versorgung mit wichtigen Rohstoffen sowie natürlichen Ressourcen. Häufig sind diese Aufgaben standortgebunden oder es ist für deren Ausführung eine koordinierte, grossräumige Planung im Sinne einer Gesamtschau notwendig. Zur Illustration können Aufgabenbereiche genannt werden, die Gegenstand eines geeigneten raumplanerischen Instrumentes nach Massgabe des kantonalen Rechts (etwa eines kantonalen Sachplans oder des kantonalen Richtplans) bilden, wie beispielsweise anbieterübergreifende Standortplanungen durch Kantone im Mobilfunkbereich. Im Weiteren sind Aufgaben mit einer grossen Tragweite für die Kantone denkbar, namentlich, wenn ihre Umsetzung über Kantongrenzen hinweg oder im Rahmen einer grossräumigen oder kantonsübergreifenden Zusammenarbeit geplant und realisiert wird, z. B. im Rahmen eines integralen Einzugsgebietsmanagements in Zusammenhang mit dem Schutz vor Naturgefahren.

Ist das Aufgabeninteresse einmal als "gleich- oder höherwertig" qualifiziert, so darf das konkrete *Eingriffsinteresse* des Bundes oder der Kantone noch nicht automatisch als ebenfalls "gleich- oder höherwertig" angenommen werden. Im Zusammenhang mit dem Kiesabbau stellte das Bundesgericht fest, was auch nach neuem Recht gelten muss, nämlich, dass das Eingriffsinteresse nicht leichthin angenommen werden darf (unveröffentlichtes Urteil A 314/83 vom 27. Juni 1984, Erw. 5b/bb, siehe auch *Tschannen/Mösching*, a.a.O., S. 27 f.). Das Bundesgericht erwähnte, dass beispielsweise die Verbesserung der finanziellen Situation einer Gemeinde und die bessere Nutzung technischer Anlagen oder getätigter Investitionen nicht genügen, um den gesetzlichen Schutz des Inventarobjektes von nationaler Bedeutung zurücktreten zu lassen.

Die Interessenabwägung im Einzelfall wird schliesslich weiterhin auch immer davon abhängen, ob geeignete und verhältnismässige Alternativen ausserhalb von Schutzobjekten von nationaler Bedeutung vorhanden sind. Grundsätzlich werden auch grossräumige, d. h. je nach Eingriffsinteresse kantonale oder gar kantonsübergreifende Gesamtkonzepte und Entwicklungsstrategien – beispielsweise in der Energiepolitik oder bei der Gewinnung von Rohstoffen – erforderlich sein, um im Einzelfall die Interessen gewichten und gegeneinander abwägen zu können.

Die vorgeschlagene Änderung erweitert zusätzlich die Möglichkeit der Interessenabwägung auch für Nutzungsvorhaben, für welche bestimmte Interessen der Kantone sprechen, die gegenüber den Schutzinteressen gleich- oder höherwertig sind, ohne aber von nationaler Bedeutung zu sein.

Die Schwierigkeit besteht darin festzustellen, ob das Interesse des Kantons gleich- oder höherwertiger einzustufen ist als das Schutzinteresse von nationaler Bedeutung. Handelt es sich um Interessen der Kantone, so handelt es sich oft nicht um solche der gesamten Bevölkerung der Schweiz, d. h. das Interesse ist somit begrenzt. Diese Feststellung ist zudem komplex, weil die Interessen auf unterschiedlichen föderalen Ebenen – hier das nationale Schutzinteresse, dort das kantonale Eingriffsinteresse – angesiedelt sind und somit unterschiedliche föderale Ebenen verglichen werden müssen.

Steht bei der konkreten Interessenabwägung ein kantonales Eingriffsinteresse dem Schutzinteresse von nationaler Bedeutung entgegen, so wird das Eingriffsinteresse umso gewichtiger sein müssen, je schwerwiegender die Beeinträchtigung des Schutzinteresses ausfällt. Es wird somit ein überwiegendes kantonales, in der Regel gar kantonsübergreifendes Eingriffsinteresse erforderlich sein, um im Einzelfall eine schwerwiegende Beeinträchtigung eines Schutzinteresses von nationaler Bedeutung rechtfertigen zu können, wie zum Beispiel im Rahmen einer kantonsübergreifenden touristischen Schwerpunktentwicklung. Dass sich kantonale Nutzungsinteressen von untergeordneter Bedeutung gegenüber nationalen Schutzinteressen durchsetzen könnten, wäre auch in Zukunft ausgeschlossen.

Mit dem neuen Energiegesetz, in Kraft seit dem 1. Januar 2018, wird Anlagen erneuerbarer Energien nach Art. 12 Abs. 1 EnG nationales Interesse zuerkannt. Art. 12 Abs. 2 und 4 i. V. m. Art. 8 und 9 EnV legen fest, ab welcher Grösse Wasser- und Windkraftanlagen von nationaler Bedeutung sind. Solche Anlagen werden somit in jedem Fall einer Interessenabwägung nach dem geltenden Art. 6 Abs. 2 NHG zugeführt.

3.2

Art. 7 Abs. 3

Die Begutachtungspflicht der ENHK und der EKD hängt zum einen davon ab, ob es sich um eine Bundesaufgabe im Sinne von Art. 78 Abs. 2 BV handelt und zum anderen, ob das betroffene Schutzobjekt schwerwiegend beeinträchtigt werden kann oder sich in diesem Zusammenhang grundsätzliche Fragen stellen (Art. 7 Abs. 2 NHG). Mit der obligatorischen Begutachtung wird gewährleistet, dass ein unabhängiges Fachorgan bei der Beurteilung eines Projekts die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes berücksichtigt, und dass die zuständigen Instanzen diesbezüglich über zuverlässige Unterlagen verfügen (*Leimbacher*, in: Keller/Zufferey/ Fahrländer, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 7 NHG, Rn. 13). Die Gutachten bilden bereits heute lediglich eine von mehreren Grundlagen für die korrekte Abwägung der Schutz- und Nutzungsinteressen durch die Entscheidbehörde (vgl. Ziff. 2.2.1). In der vorgeschlagenen Änderung wird dies explizit verankert. Die entscheidende Behörde würdigt die zur Verfügung stehenden Beweismittel frei nach ihrer Überzeugung und ist nicht an starre Vorgaben gebunden. Sie hat sich mit dem Gutachten auseinanderzusetzen und muss ein Abweichen hinreichend begründen. Die neue Bestimmung legt insofern die gängige Handhabung in der Praxis auf Gesetzesstufe fest. Dies wurde bereits mit der Motion 12.3069 «Die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission und ihre Aufgabe als Gutachterin» angeregt. Der Bundesrat begrüsst in seiner Stellungnahme zur Motion diese Präzisierung auf Gesetzesstufe ausdrücklich.

4

Auswirkungen

Mit der Aufnahme eines Objekts in ein Bundesinventar nach Art. 5 NHG steht fest, dass es "in besonderem Masse" die ungeschmälerte Erhaltung verdient (Art. 6 Abs. 1 NHG). Den Bewilligungsverfahren, die bei einem Abweichen von diesem Grundsatz unweigerlich zum Tragen kommen, wurde in der Begründung der Initiative ein bremsender Einfluss zugeschrieben, insbesondere auch im Bereich der erneuerbaren Energien. Diesem Umstand hat das Parlament mit den neu geschaffenen Bestimmungen in Art. 12 EnG und Art. 8 und 9 EnV bereits Rechnung getragen, ist sich die Kommission einig.

Mit der neuen Regelung im NHG – insbesondere bei einer weitergehenden Auslegung des Wortlauts von Art. 6 Abs. 2 – ergibt sich grundsätzlich die Möglichkeit, dass künftig in Objekten von nationaler Bedeutung Vorhaben vermehrt bewilligungsfähig werden. Die Mehrheit der Kommission begrüsst diese im Sinne der Initiative beabsichtigte Stossrichtung und vertraut auf das bisherige, erprobte Verfahren und die zuständigen Instanzen für die erforderliche Interessenabwägung. Sie unterstreicht dabei die Stärkung der Stellung der Kantone, was durchaus im Interesse des Föderalismus sei. Dadurch werde eine bessere Gewichtung aller Interessen gewährleistet und zu ausgewogeneren Entscheidungen beigetragen. Die Änderung in Art. 7 Abs. 3 zum verfahrensrechtlichen Stellenwert der ENHK und EKD schliesslich trage zur Rechtssicherheit bei, sei lediglich eine Präzisierung der gängigen Praxis und unbestritten, stellt die Mehrheit weiter fest.

Die Kommissionsminderheit hingegen ist der Auffassung, die neue Regelung in Art. 6 Abs. 2 verleihe den Nutzungsinteressen zulasten der Schutzinteressen mehr Gewicht. Sie befürchtet, die Eingriffe in die Inventarobjekte würden zunehmen und

diese dadurch vermehrt beeinträchtigen. Die Umsetzung des verfassungsmässigen Gebots, die wertvollsten Objekte des Natur- und Heimatschutzes ungeschmälert zu erhalten, werde somit erschwert.

Ausserdem streicht die Kommissionsminderheit noch eine unerwünschte Entwicklung hervor, die mit der Änderung von Art. 6 Abs. 2 ausgelöst werden könnte: Die Prüfung von Projekten in Inventarobjekten von nationaler Bedeutung werde anspruchsvoller und komplexer und damit erschwert, ist die Minderheit überzeugt. Die Feststellung, ob das Eingriffsinteresse gegenüber dem Schutzinteresse gleich- oder höherwertig ist, würde nun nicht mehr auf der gleichen föderalen Ebene (Bund/Bund), sondern zwischen zwei unterschiedlichen föderalen Ebenen (Bund/Kanton) erfolgen. Diese Tatsache habe zur Folge, dass weitaus mehr und komplexere Interessenabwägungen nötig würden. Mit der Zunahme der zur Interessenabwägung zugelassenen Fälle sei ein Mehraufwand für die zuständigen Fach- und Entscheidbehörden zu erwarten, führt die Minderheit weiter aus. Ebenfalls müsse mit einem uneinheitlichen Vollzug in den Kantonen gerechnet werden. Es könne davon ausgegangen werden, dass angesichts des grösseren Ermessensspielraums der Entscheidbehörden die Zahl der Rechtsmittelverfahren zunehmen werde, was Auswirkungen auf die Planungs- und Rechtssicherheit namentlich für Gesuchsteller hätte. Die Minderheit verweist in diesem Zusammenhang zudem auf die von der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates angestrebte verbesserte Wirkung des BLN.¹³

4.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen

Mit der Gesetzesänderung sind keine direkten finanziellen Auswirkungen auf Bund, Kantone und Gemeinden zu erwarten. Hingegen könnte die von der Kommissionsminderheit erwartete, grössere Zahl komplexer Verfahren zu einem erhöhten Personalbedarf bei Fach- und Entscheidbehörden von Bund, Kantonen und Gemeinden sowie bei den Verwaltungsjustizbehörden führen. Auch könnte diese Entwicklung aufgrund der Reduktion der Rechtssicherheit Mehraufwände bei den Gesuchstellern bedeuten.

4.2 Vollzugstauglichkeit

Das Natur- und Heimatschutzgesetz liegt als Verbundaufgabe an der Schnittstelle der Zuständigkeiten von Bund und Kantonen. Es wird bereits auf Bundesebene von drei Bundesämtern in zwei Departementen und darüber hinaus von den 26 Kantonen vollzogen. Die Umsetzung des NHG resultiert in etlichen Querschnittsaufgaben, die nicht nur von den zuständigen Fachstellen, sondern auch von den für die Sektoralpolitiken zuständigen Behörden vollzogen werden. In seiner rechtlichen Struktur wird das NHG durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe geprägt, die an den Vollzug durch Fachstellen, Entscheidbehörden und Rechtsmittelinstanzen hohe Anforderungen stellen. Die vorliegende Änderung könnte diese Anforderungen weiter erhöhen, mahnt die Kommissionsminderheit. Darunter leiden könnte die schweizweit einheitliche und verfassungskonforme Umsetzung, fürchtet sie, und die Bedeutung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfte zunehmen.

¹³ Vgl. Jahresbericht 2013 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidg. Räte vom 31. Januar 2014, S. 56 sowie Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle vom 3. September 2003, BBl 2004 777.

4.3

Andere Auswirkungen

Die Schweiz hat sich gemäss dem internationalen Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturerbes der Welt (UNESCO-Welterbekonvention; SR 0.451.41) verpflichtet, den aussergewöhnlichen universellen Wert ihrer Welterbestätten zu erhalten. Die UNESCO-Konvention wird innerstaatlich umgesetzt (non self-executing). Der innerstaatliche Schutz der Schweizer Stätten beruht auf den Regelungen des geltenden Natur- und Heimatschutzgesetzes, insbesondere auf Art. 6 NHG. Eine allfällige Minderung des durch die Schweiz im Moment der Einschreibung auf die Welterbeliste garantierten Schutzes, der mit der Gesetzesänderung verbunden wäre, müsste der UNESCO gemeldet werden. Die UNESCO wäre daraufhin befugt, den Schutzstatus der Schweizer Welterbestätten zu überprüfen und weitere Abklärungen zu verlangen.

5

Verhältnis zum europäischen Recht

Im Verhältnis zum europäischen Recht sind keine Auswirkungen zu erwarten.

6

Rechtliche Grundlagen

6.1

Verfassungs- und Gesetzmässigkeit

Die Vorlage stützt sich auf Art. 78 Abs. 2 BV, der dem Bund den Auftrag erteilt, bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes zu nehmen. Einerseits muss er Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler schonen; andererseits hat er die genannten Objekte ungeschmälert zu erhalten, wenn das öffentliche Interesse es gebietet. Diesem Konzept liegt eine Interessenabwägung zu Grunde. Obwohl Art. 78 Abs. 2 BV relativ offen formuliert ist und die Interpretation des Begriffs des öffentlichen Interesses dem Gesetzgeber und der rechtsanwendenden Behörde überlassen wird, verlangt die Umschreibung "wenn das öffentliche Interesse es gebietet" die Umsetzung mittels einer Methode, die eine zuverlässige und berechenbare Antwort auf die Frage zulässt, *in welchem Fall* das öffentliche Interesse die ungeschmälerte Erhaltung gebietet. Fehlt eine solche Methode, ist es nicht möglich, die in Art. 78 Abs. 2 BV vorgenommene Differenzierung zwischen "Schonung" und "ungeschmälerte Erhaltung, wenn das öffentliche Interesse es gebietet", vorzunehmen.

Die BV verlangt somit nach einer vorstrukturierten und eingeschränkten Interessenabwägung (vgl. Ziff. 2.1.1). Diese wurde bis anhin gewährleistet, da Objekte von nationaler Bedeutung einem verstärkten Schutz unterliegen.

Die Kommission setzte sich mit der Verfassungsmässigkeit von Art. 6 Abs. 2 intensiv auseinander. Das Bundesamt für Justiz wurde zu den Bestimmungen mit unterschiedlichem Wortlaut konsultiert und dessen Empfehlungen für eine definitive Formulierung berücksichtigt.

Auch mit der Änderung von Art. 6 Abs. 2 NHG werden – sowohl bei einer engeren als auch bei einer weiteren Auslegung – weiterhin nur qualifizierte öffentliche Interessen den Eingriff in ein Schutzobjekt von nationaler Bedeutung rechtfertigen

können. Eine Interessenabwägung ist nur bei öffentlichen Interessen des Bundes oder der Kantone zulässig, die zudem gleich- oder höherwertig sein müssen.

6.2 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Diese Vorlage enthält keine Ermächtigung des Bundesrates oder anderer Instanzen zum Erlass von gesetzesvertretendem Verordnungsrecht.