

Aktuelle Rechtsfragen zum ISOS

Peter Heer, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Baden*

I. Einleitung

Die Redaktion hat mich freundlicherweise angefragt, ob ich bereit wäre, aus der Optik eines Rechtsanwalts aktuelle Fragen, die sich bei der Anwendung des Bundesinventars der schützenswerten Ortsbilder von nationaler Bedeutung (ISOS) stellen, zu erörtern. Ich beginne mit rechtlichen Grundlagen zum Natur- und Heimatschutz, die wichtig, aber anscheinend zu wenig bekannt sind. Danach mache ich einige Hinweise zum Konflikt zwischen dem Ortsbildschutz und der inneren Siedlungsverdichtung. Schliesslich gehe ich auf ein paar Behauptungen ein, die in Baubewilligungsverfahren rund um ISOS-Objekte immer wieder vorgebracht werden.

II. Rechtliche Grundlagen

1. Zuständigkeiten im Natur- und Heimatschutzrecht

Die Zuständigkeitsordnung ist schwer zu verstehen. Klar ist, dass die Bundesverfassung die Zuständigkeit für den Natur- und Heimatschutz den Kantonen belässt (Art. 78 Abs. 1 BV).¹ Ebenso klar ist, dass die Bundesverfassung auch dem Bund gewisse Zuständigkeiten überträgt (Art. 78 Abs. 3–5 BV) und die Kantone die entsprechenden bundesrechtlichen Regelungen beachten müssen (Art. 49 BV).² Die Schwierigkeiten liegen in Art. 78 Abs. 2 BV: Er auferlegt dem Bund nicht eine Aufgabe, sondern verpflichtet ihn, bei Erfüllung seiner Aufgaben – durch wen das auch immer geschieht (siehe Art. 3 Abs. 1 NHG) – Natur und Heimat zu schützen.³ Diese Pflicht wird in Art. 2–12g NHG⁴ und in den Inventar-

verordnungen⁵ konkretisiert. Unmittelbare Auswirkungen auf die Kantone haben Art. 78 Abs. 2 BV und Art. 2–12g NHG folglich nur, soweit sie Bundesaufgaben erfüllen. Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben (Art. 78 Abs. 1 BV) sind die Kantone frei und insbesondere nicht verpflichtet, Art. 2–12g NHG zu beachten.⁶ Diese Zweiteilung in der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung führt zu Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung.⁷

2. Bundesrechtliche Vorgaben für den kantonalen Natur- und Heimatschutz

Es ist unbestritten, dass Art. 78 Abs. 1 BV die Kantone zum Natur- und Heimatschutz berechtigt, jedoch nicht verpflichtet.⁸ Hingegen verpflichtet der Raumplanungsauftrag (Art. 75 RPG) die Kantone zum Natur- und Heimatschutz:⁹ Die Kantone sind gehalten, die Belange des Natur- und Heimatschutzes in ihrer Richtplanung (siehe Art. 6 Abs. 2 lit. b RPG) und in ihrer Nutzungsplanung (Art. 14 ff., insbesondere Art. 17 RPG) zu berücksichtigen (siehe Art. 1–3 RPG).¹⁰

III. Kommunale Nutzungsplanung und ISOS

1. Ortsbildschutz und Siedlungserneuerung

Das Raumplanungsrecht verlangt den Schutz der bestehenden wertvollen Bausubstanz und der Siedlungsstruktur (siehe Ziff. 2.2). Gleichzeitig verlangt es eine hochwertige Siedlungsentwicklung nach innen (Art. 1 Abs. 2 lit. a^{bis} RPG; siehe auch Art. 8a Abs. 1 lit. c RPG) und damit zwangsläufig eine Siedlungserneuerung.¹¹ Diesem Konflikt zwischen dem Interesse am Schutz des Ortsbildes und dem Interesse an

* Ich danke lic. iur., dipl. Ing. ETH DANIELA NAY, Voser Rechtsanwälte, Baden, herzlich für die wertvollen Diskussionen und ihre Unterstützung des vorliegenden Beitrags.

¹ Sogenannte originäre Zuständigkeit, siehe Art. 3 BV und Art. 42 BV. Botschaft vom 19. Mai 1961 über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Art. 24^{sexies} betreffend den Natur- und Heimatschutz (BBl 1961 I 1093 ff.), S. 1100 und S. 1106 f. sowie S. 1109; Botschaft vom 12. November 1965 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (BBl 1965 III 89 ff.), S. 92 f.

² J.-B. ZUFFEREY, in: P. M. Keller/J.-B. Zufferey/K. L. Fahrländer (Hrsg.), Kommentar NHG, 2. Aufl., Zürich 2019, I. Kapitel Rz. 10.

³ ZUFFEREY (Fn. 2), I. Kapitel Rz. 11; siehe Botschaft vom 19. Mai 1961 über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Art. 24^{sexies} betreffend den Natur- und Heimatschutz (BBl 1961 I 1093 ff.), S. 1099 und S. 1110 ff.; Botschaft vom 12. November 1965 zum Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz (BBl 1965 III 89 ff.), S. 93 ff.

⁴ Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz, NHG (SR 451).

⁵ Verordnung vom 29. März 2017 über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler, VBLN (SR 451.111); Verordnung vom 9. September 1981 über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz, VISOS (SR 451.12); Verordnung vom 14. April 2010 über das Bundesinventar der historischen Verkehrswege der Schweiz, VIVS (SR 451.13).

⁶ ZUFFEREY (Fn. 2), I. Kapitel Rz. 9; A. MARTI, in: Keller/Zufferey/Fahrländer (Hrsg.), Kommentar NHG, 2. Aufl., Zürich 2019, 2. Kapitel Rz. 9.

⁷ MARTI (Fn. 6), 2. Kapitel Rz. 9.

⁸ Siehe Art. 43 BV; ZUFFEREY (Fn. 2), I. Kapitel Rz. 27 mit Hinweisen.

⁹ ZUFFEREY (Fn. 2), I. Kapitel Rz. 27 und 30 f.; MARTI (Fn. 6), 2. Kapitel Rz. 60 ff.

¹⁰ Es gibt weitere Bundesgesetze, welche die Kantone punktuell zum Natur- und Heimatschutz verpflichten: siehe MARTI (Fn. 6), 2. Kapitel (passim), ZUFFEREY (Fn. 2), I. Kapitel Rz. 27.

¹¹ Einen separaten Beitrag wert wären die Auswirkungen, welche BGE 142 II 509 E. 2 (Adligenswil) hat, der besagt, dass Einzonungen nach Art. 15 RPG als Bundesaufgabe i.S.v. Art. 2 NHG zu qualifizieren sind, ohne dass konkret ein Natur- oder Heimatschutzobjekt betroffen sein muss.

einer Siedlungserneuerung im Sinne einer baulichen Verdichtung sind namentlich die Ortszentren ausgesetzt.¹² Die Raumplanung muss diesen Interessengegensatz lösen.

2. Bedeutung des ISOS in der Nutzungsplanung

Die Nutzungsplanung ist keine Bundesaufgabe (Art. 2 NHG), sondern eine kantonale und kommunale Aufgabe. Deshalb hat das ISOS insofern keine unmittelbare rechtliche Bedeutung.¹³ Ist ein Ortsbild im ISOS verzeichnet, ist das aber ein wichtiger Hinweis darauf, dass ein Schutz angezeigt sein könnte.¹⁴ Das ISOS zeigt aus fachlicher Sicht den Wert eines Ortsbildes auf¹⁵ und ist damit eine wichtige Planungsempfehlung¹⁶ und Planungsgrundlage (Art. 3 RPG). Die im ISOS abgebildeten Schutzziele sind in die raumplanungsrechtliche Interessenabwägung einzubeziehen.¹⁷ Die Schutzziele sind demnach nicht bereits das Ergebnis der Interessenabwägung, sie sind nicht «tel quel» zu übernehmen. Das ISOS muss vor Ort interpretiert werden, und seine Schutzziele müssen sich in der raumplanungsrechtlichen (Art. 2 RPG, Art. 3 RPV) und eigentumsrechtlichen Interessenabwägung (Art. 36 BV) bewähren, damit sie nutzungsplanerisch umgesetzt werden dürfen. Diese Auseinandersetzung muss nachvollziehbar sein (Planungsbericht). Das ISOS spiegelt damit bloss eine von vielen raumwirksamen Tätigkeiten, welche bei der Nutzungsplanung zu berücksichtigen sind. Die im ISOS festgehaltenen Schutzinteressen haben folglich nicht von vornherein ein spezielles Gewicht.

3. Urteil des Bundesgerichts i.S. Rüti (BGE 135 II 209)

Demgegenüber verleiht das Bundesgericht im Urteil «Rüti» dem ISOS für die Nutzungsplanung eine stärkere und verbindlichere Wirkung: Das ISOS komme «seiner Natur nach» den Sachplänen und Konzepten im Sinne von Art. 13 RPG gleich, weshalb die Kantone in ihrer Richtplanung das ISOS wie einen Sachplan oder ein Konzept zu berücksichtigen hätten (Art. 6 Abs. 4 RPG), was wiederum in die Nutzungsordnung umzusetzen sei (siehe Art. 26 Abs. 2 RPG).¹⁸ Das würde bedeuten, dass die Kantone nicht frei wären in der Wahl, welche Ortsbilder sie in ihren Grundlagen für die Richt-

planung berücksichtigen (Art. 6 Abs. 2 lit. b RPG), sondern sie die im ISOS verzeichneten Ortsbilder bei ihrer Richtplanung berücksichtigen müssten (Art. 6 Abs. 4 RPG).¹⁹ Das hätte die Wirkung, dass der Bundesrat einen Richtplan, der das ISOS nicht berücksichtigt, nicht genehmigen dürfte (Art. 11 Abs. 1 RPG). Der Bundesrat hat gestützt auf dieses Urteil die Berücksichtigungspflicht mit Art. 4a VISOS auf Verordnungsstufe verankert.²⁰

Die Auffassung des Bundesgerichts kann ich nicht teilen: Richtig ist, dass die Kantone das ISOS bei ihrer Raumplanung berücksichtigen müssen (siehe Ziff. 2.2). Falsch ist, dass das ISOS Rechtswirkungen wie ein Sachplan oder ein Konzept im Sinne von Art. 13 RPG hat.²¹ Sachpläne und Konzepte folgen anderen rechtlichen Regeln (siehe Art. 13 RPG und Art. 14–21 RPV) und haben andere Rechtswirkungen (z.B. Art. 6 Abs. 4 PRG und Art. 22 f. RPV) als das ISOS (Art. 5 f. NHG und VISOS). Die Aussagekraft des ISOS (und der anderen Bundesinventare)²² beschränkt sich darauf, zu zeigen, welche Objekte bei der Erfüllung von Bundesaufgaben eine nationale Bedeutung haben.²³ Es hält einen Ist-Zustand fest,²⁴ direkte Rechtswirkungen für die Kantone sind damit nicht verbunden.²⁵ Deshalb sind die Kantone nicht im Sinne von Art. 6 Abs. 4 RPG verpflichtet, das ISOS bei der Richtplanung zu berücksichtigen, und folglich hat der Bundesrat kantonale Richtpläne auch zu genehmigen (Art. 11 RPG), wenn sie das ISOS nicht oder nur ungenügend berücksichtigen.

Das Bundesgericht bediente sich bei der Gleichstellung des ISOS mit Sachplänen und Konzepten des Bundes eines Kunstgriffs, was einerseits für den Natur- und Heimatschutz einen positiven Niederschlag in den kantonalen Richtplänen brachte, andererseits aber auch eine Rechtsverunsicherung

¹² VLP-ASPAN, Arbeitshilfe «Ortsbildschutz und Verdichtung, Bern 2018, S. 10; C. BERZ, Zur Berücksichtigung des ISOS im kantonalen Bau- und Planungsrecht, in: PBG aktuell 3/2018, S. 1.

¹³ Siehe bspw. A. MARTI, Rechtsgutachten zu Fragen im Zusammenhang mit dem Erlass des Bundesinventars der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS), Schaffhausen 2013, S. 6.

¹⁴ Siehe auch Schweizer Ortsbilder erhalten – Bericht des Bundesrates vom 17. Januar 2018 in Erfüllung des Postulates 16.4028 FLURI vom 15. Dezember 2016, S. 9.

¹⁵ Bundesamt für Raumentwicklung, ISOS und Verdichtung, Bern 2015, S. 15.

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 1C_578/2016 vom 28. Juni 2016 E. 3.2 (Chur).

¹⁷ VLP-ASPAN (Fn. 12), S. 37.

¹⁸ Wiederholt bestätigt z.B. in Urteil des Bundesgerichts 1C_474/2016 vom 1. Juni 2017 E. 3.2 (Basel), 1C_398/2015 vom 9. August 2016 E. 5.3 (Luzern), 1C_227/2015 vom 7. Januar 2016 E. 3.1 (Fläsch) und 1C_470/2009 vom 3. Mai 2010 E. 3.3 (Frauenfeld).

¹⁹ Daraus wird unter anderem abgeleitet, dass bei der Erfüllung von kantonalen und kommunalen Aufgaben ein Abweichen von den Schutzzielen der Bundesinventare «nur in Ausnahmefällen» in Betracht falle, da alles andere die Einheit der Rechtsordnung unterlaufen würde, dass die Kantone und Gemeinden verpflichtet sind, die im ISOS vorgegebene Wertigkeit der Schutzobjekte zu übernehmen, und dass im Fall, dass im Richtplan und in der Nutzungsordnung Vorgaben bezüglich ISOS fehlen, dieses direkt auf den Einzelfall durchgreifen müsse, also grundeigentümerverbindlich sei: Vgl. J. LEIMBACHER, Zur Bedeutung des Bundesgerichtsentscheids Rüti (BGE 135 II 209) für das ISOS und das IVS, Rechtsgutachten zuhanden des BAK und des ASTRA, Bern 2012, S. 38, S. 46 und S. 90.

²⁰ Die Berücksichtigungspflicht soll nun auf Gesetzesstufe verankert werden (vgl. Art. 6 Abs. 4 E-RPG, BBl 2018 7499 ff.; Botschaft zur zweiten Etappe der Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vom 31. Oktober 2018, BBl 2018 7443 ff.).

²¹ NINA DAJCAR, Natur- und Heimatschutz-Inventare des Bundes, Diss. Zürich 2011, S. 172 ff. und S. 198 ff.; ALAIN GRIFFEL, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht – Entwicklungen 2009, Bern 2010, S. 85; siehe auch MARTI (Fn. 13), passim, insbesondere S. 6 und S. 11 f.

²² Es gibt drei Bundesinventare: das Bundesinventar über die schützenswerten Landschaften und Naturdenkmäler der Schweiz (BLN), das Inventar schützenswerter Ortsbilder der Schweiz (ISOS) und das Inventar schützenswerter Verkehrswege der Schweiz (IVS).

²³ Siehe Leitfaden für die Richtplanung auf <www.are.admin.ch>, S. 77.

²⁴ Ausdrücklich: Botschaft vom 12. November 1965 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (BBl 1965 III 89 ff.), S. 103.

²⁵ Ausdrücklich: Botschaft vom 12. November 1965 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (BBl 1965 III 89 ff.), S. 103.

bewirkte.²⁶ Meines Erachtens ist der Entscheid des Bundesgerichts rechtlich falsch; er verletzt Art. 78 Abs. 1 BV und Art. 13 RPG. Konsequenterweise halte ich – bezüglich ISOS – Art. 4a VISOS für verfassungs- und gesetzeswidrig.

Es ist jedoch bestimmt richtig, wenn der kantonale Richtplan vorgibt, inwiefern das ISOS zu berücksichtigen ist. Und die Nutzungsplanung muss sich mit den Ortsbildinteressen auch dann auseinandersetzen, wenn im kantonalen Richtplan eine solche Vorgabe fehlt (siehe Ziff. 2.2).²⁷

IV. Baubewilligungsverfahren: Die Behauptungen zum ISOS

Eigentlich ist im (kommunalen oder kantonalen) Baubewilligungsverfahren nur noch zu prüfen, ob das konkrete Bauvorhaben mit dem einschlägigen öffentlichen Recht vereinbar ist, denn die Ortsbildschutzinteressen müssen grundeigentümerverbindlich im Gesetz verankert sein. Indes werden in Baubewilligungsverfahren, bei denen ein Ortsbild betroffen ist, immer wieder in etwa dieselben Behauptungen aufgestellt.

1. Behauptung: Das ISOS sagt ...

Was das ISOS sagt, findet man am schnellsten über <www.map.geo.admin.ch> auf der Karte «Bundesinventare ISOS». In einigen Kantonen ist das ISOS veraltet und die Aussagen sind teilweise nicht mehr aktuell, aber in wenigen Jahren sollte das Inventar wieder schweizweit aktuell sein. Dass das ISOS zu wichtigen Ortsbildern überhaupt eine Aussage macht, ist wahrscheinlich, da zurzeit 1274 Ortsbilder von nationaler Bedeutung verzeichnet sind.²⁸

2. Behauptung: Das ISOS ist nicht anwendbar

Ist ein Ortsbild im ISOS verzeichnet, wird sofort der Einwand kommen, das ISOS sei gar nicht anwendbar. Tatsächlich: Bei der Erfüllung von kantonalen und kommunalen Aufgaben richtet sich der Objektschutz nach dem kantonalen und kommunalen Recht. Das bedeutet vorerst einmal, dass im Baubewilligungsverfahren das ISOS nicht direkt zur Anwendung gelangt. Das ISOS ist nicht grundeigentümerverbindlich. Es erhält nur Wirkung durch seine Umsetzung in die (kommunale) Nutzungsordnung.²⁹

3. Behauptung: Aber der BGE i.S. Rüti sagt doch ...

Am Befund, dass das ISOS nicht grundeigentümerverbindlich und daher im Baubewilligungsverfahren grundsätzlich nicht direkt anwendbar ist, änderte der Entscheid des Bundesgerichts i.S. Rüti nichts, unabhängig davon, wie man diesen Entscheid versteht.

4. Behauptung: Die Nutzungsordnung bildet das ISOS nicht ab

Das ist grundsätzlich nicht wesentlich: Die Nutzungsordnung ist – grundsätzlich – nicht (vorfrageweise) auf die Übereinstimmung mit dem ISOS zu prüfen.³⁰ Ist das ISOS nicht eigentümerverbindlich umgesetzt, kann ihm im Allgemeinen nicht Rechnung getragen werden.³¹

5. Behauptung: Die Ortsbildschutznormen sind zu unbestimmt

Normen, mit denen das Privateigentum eingeschränkt wird, bedürfen einer gewissen Bestimmtheit;³² das ist das grundsätzliche Problem. Dazu kommt, dass Ortsbildschutznormen wegen ihrer oft sehr offenen Formulierungen Entscheidungsspielräume enthalten, welche sachgerecht zu füllen sind.

6. Behauptung: Entscheidungsspielräume sind ISOS-konform zu nutzen

Wo Entscheidungsspielräume bestehen, sind die vom konkreten Fall betroffenen öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abzuwägen. Zu diesen Interessen gehören auch die Interessen an ISOS-Objekten.³³ Sie sind jedoch nicht die einzigen Interessen, welche bei der Ausübung des Ermessens massgebend sind; die Ermessensbetätigung muss dem ISOS kein erhöhtes Gewicht beimessen.³⁴ Das ISOS hat keinen Vorrang vor anderen Interessen.

²⁶ Was auch dadurch belegt wird, wie intensiv sich Lehre und Bundesverwaltung mit dem BGE i.S. Rüti auseinandergesetzt haben.

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 1C_893/2013 vom 1. Oktober 2004 E. 5.1 (Roggwil). Ebenso, gestützt auf den BGE i.S. Rüti: LEIMBACHER (Fn. 19), S. 19 unten; BERZ (Fn. 12), S. 11.

²⁸ In der Schweiz gibt es 2212 Gemeinden (Stand am 1. Januar 2019, Quelle: Bundesamt für Statistik <www.bfs.admin.ch>), wobei in einzelnen Gemeinden mehrere Ortsbilder von nationaler Bedeutung verzeichnet sind.

²⁹ BGE 135 II 209 (Rüti).

³⁰ BGE 135 II 219 mit Hinweisen (Rüti).

³¹ Urteil des Bundesgerichts 1C_488/2015 vom 24. August 2016 (Muttenez); BERZ (Fn. 12), S. 12; VLP-ASPAN (Fn. 12), S. 17 und S. 37. M.E. fragwürdig ist, dass die Erfassung eines Ortsbildes, allenfalls zusammen mit anderen Elementen, ausnahmsweise eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse i.S.v. Art 21 RPG bewirken kann, die es rechtfertigen soll, den Nutzungsplan in einem Baubewilligungsverfahren vorfrageweise zu überprüfen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_308/2017 vom 4. Juli 2018 E. 3.2.), denn damit wird die Rechtssicherheit, eines unserer wertvollsten Güter, noch stärker geschwächt.

³² Siehe R.J. SCHWEIZER, in: St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 36 Rz. 15.

³³ Urteil des Bundesgerichts 1C_578/2016 vom 28. Juni 2017 (Chur); Urteil des Bundesgerichts 1C_130/2014/1C_150/2014 vom 6. Januar 2015 E. 3.2 (Steig) mit weiteren Hinweisen; BERZ (Fn. 12), S. 12 f.

³⁴ Urteil des Bundesgerichts 1C_578/2016 vom 28. Juni 2017 (Chur); Urteil des Bundesgerichts 1C_474/2016 vom 1. Juni 2017 (Basel); ebenso BERZ (Fn. 12), S. 13.

7. Behauptung: Es ist eine Bundesaufgabe betroffen

Das ist eine starke Behauptung, um ein Bauvorhaben zu verzögern! Denn: Wer weiss schon, wann eine Bundesaufgabe betroffen ist? Die Rechtslage ist schwierig. Und die Frage, ob eine Bundesaufgabe betroffen ist, hat erhebliche Auswirkungen auf die konkrete Rechtsanwendung.

Das Bundesgericht hat den Begriff der Bundesaufgabe (Art. 2 NHG) weit ausgedehnt.³⁵ So wird eine Bundesaufgabe erfüllt, wenn auf einem Gebäude eine Solaranlage (Art. 18a RPG)³⁶ oder eine Mobilfunkantenne (Art. 14 FMG)³⁷ zu bewilligen ist, wenn ein Gebäude im Grundwasser steht und deshalb eine gewässerschutzrechtliche Bewilligung einzuholen ist (Art. 19 Abs. 2 GSchG),³⁸ wenn in einem Gebäude eine Zweitwohnung zu bewilligen ist (Art. 6 Abs. 2 ZWG),³⁹ wenn eine Zivilschutzbaute errichtet werden soll (Art. 47 BZG)⁴⁰ oder wenn eine Baute oder Anlage im Gewässerraum geplant ist (Art. 36 GSchG).⁴¹

Sodann muss davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht zwecks Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 2–12g NHG die Anforderung, dass die betroffene Bundesaufgabe Auswirkungen auf Natur und Heimat zeitigen muss und zudem raumrelevant sein muss,⁴² lockert. Die gewässerschutzrechtliche Bewilligung nach Art. 19 Abs. 2 GSchG im Entscheid des Bundesgerichts i.S. Sarnen I⁴³ bewirkte keinen Eingriff in das gemäss ISOS geschützte Ortsbild. Meines Erachtens sind in diesem Fall Art. 6 f. NHG zu Unrecht angewendet worden. Dass die kommunale Baubewilligung (Art. 22 RPG) und die gewässerschutzrechtliche Bewilligung (Art. 19 Abs. 2 GSchG) zu koordinieren waren (Art. 25a RPG), führt nicht zu einer inhaltlichen Vermischung der Bewilligungsvoraussetzungen.

Wenn eine Bundesaufgabe betroffen ist, hat das erhebliche Auswirkungen darauf, ob in ein ISOS-Objekt eingegriffen werden darf: Es muss eine qualifizierte, strukturierte Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 2 NHG durchgeführt werden. Des Weiteren muss – falls ein Inventarobjekt erheblich beeinträchtigt werden könnte – ein Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission ENHK und/oder Eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege EKD eingeholt werden (Art. 7 Abs. 2 NHG, i.V.m. Art. 25 Abs. 1 lit. d NHV), und die gesamtschweizerischen Natur- und Heimatschutzorganisationen sind zur Beschwerde berechtigt (Art. 12 NHG).

8. Behauptung: Es hat immer der stärkere Schutz zu gelten

Das tönt logisch: Denn es ist fragwürdig, dass der Schutzzumfang davon abhängt, ob eine Bundesaufgabe betroffen ist. Warum soll der Schutzzumfang für ein Gebäude unterschiedlich sein, ob auf dem Dach eine Lukarne (keine Bundesaufgabe) oder eine Solaranlage (Bundesaufgabe) erstellt werden soll?⁴⁴ Die Antwort ist: Es ist verfassungsrechtlich bestimmt, dass es in diesem Bereich zwei Rechtsordnungen gibt: eine, die bei der Erfüllung von Bundesaufgaben gilt, und eine andere, die bei Erfüllung von kantonalen Aufgaben gilt. Wenn diese Ordnung falsch ist oder unterschiedliche Schutzzumfänge vermieden werden sollen, sind der Verfassungs- und der Gesetzgeber gefordert.⁴⁵

9. Behauptung: Es ist ein Gutachten der EKD oder der ENHK einzuholen

Die Begutachtung durch die ENHK und/oder die EKD ist nur bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe, bei welcher ein Schutzobjekt erheblich beeinträchtigt werden kann, oder wenn sich grundsätzliche Fragen stellen, vorgeschrieben (Art. 7 Abs. 2 NHG). Geht es hingegen um (kantonale oder kommunale) Baubewilligungen, erstellt die ENHK und/oder EKD Gutachten mit Zustimmung des Kantons von sich aus oder auf Ersuchen Dritter, wenn ein Objekt eines Inventars nach Art. 5 NHG (z.B. ISOS) oder ein Objekt, das anderweitig von besonderer Bedeutung ist, beeinträchtigt werden könnte (Art. 17a NHG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 lit. e NHV).

Daraus können sich unmögliche Situationen ergeben, beispielsweise: Der Bauherr hat sich Mühe gegeben und mit einem renommierten Architekten auch die Belange des Ortsbildes sorgfältig berücksichtigt. Die kommunale Baubewilligungsbehörde hat gestützt auf den Fachbericht des Ortsbildexperten und die Würdigung durch die Baukommission das Bauvorhaben bewilligt. Die erste Beschwerdeinstanz holte ein eigenes Gutachten eines Ortsbildexperten ein und hob die Baubewilligung auf. Das Verwaltungsgericht bemüht die EDK oder ENHK. So viele Experten, so viele unterschiedliche Auffassungen, so hohe Kosten, ein so langes Verfahren ...

V. Persönliche Würdigung in Thesen

These 1: Das Recht über den Ortsbildschutz ist zu kompliziert.

These 2: Die Zuständigkeitsordnung nach Art. 78 Abs. 1 und Abs. 2 BV ist nicht nur zu schwierig, sondern passt auch nicht (mehr) zur heutigen Rechtsrealität.

³⁵ MARTI (Fn. 6), 2. Kapitel Rz. 9; P. TSCHANNEN/F. MÖSCHING, Nationale Bedeutung von Aufgaben- und Eingriffsinteressen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 NHG, Bern 2012, S. 10 ff.; ZUFFEREY (Fn. 2), Art. 2 passim.

³⁶ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 1C_26/2016 vom 16. November 2016 (Chur).

³⁷ Z.B. BGE 131 II 545 E. 2.2.

³⁸ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 1C_482/2012 vom 14. Mai 2014 (Sarnen I).

³⁹ Z.B. BGE 139 II 271 E 11.1.

⁴⁰ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 1A_231/1998 vom 12. Juli 1999 E. 1b/bb.

⁴¹ Siehe ausführlichere Kasuistik von ZUFFEREY (Fn. 2), Art. 2 Rz. 37 ff.

⁴² Siehe TSCHANNEN/MÖSCHING (Fn. 35), S. 11 mit Hinweisen.

⁴³ Urteil des Bundesgerichts 1C_482/2012 vom 14. Mai 2014 (Sarnen I).

⁴⁴ Siehe N. DAJCAR/A. GRIFFEL, in: BSK BV, Art. 78 Rz. 45; LEIMBACHER (Fn. 19), S. 36.

⁴⁵ T. GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich 2005, S. 599; B. WALDMANN, in: BSK BV, Art. 49 N 11.

These 3: Die Notwendigkeit des Ortsbildschutzes ist bei den Kantonen angekommen. Heimat- und Ortsbildschutz ist im Wesentlichen eine lokale Angelegenheit. Es braucht – abgesehen von den bereits bestehenden Bestimmungen, vor allem im RPG – keine zusätzliche Bundesregelung.⁴⁶ Das ISOS sollte sich darauf beschränken, eine wertvolle Entscheidungsgrundlage für die kantonalen und kommunalen Behörden zu sein.⁴⁷

These 4: Das kantonale Recht soll den kommunalen Ortsbildschutz im Sinne von Grundsätzen oder abstrakten Wertungshilfen vorschreiben. Das ist die sachgerechte Gesetzesebene, ein eidgenössischer Erlass ist nicht nötig.

These 5: Es ist dem Bundesgericht zu verdanken, dass der Ortsbildschutz in der Rechtswirklichkeit das gebührende Gewicht erhielt (Ausdehnung des

Begriffs der Bundesaufgabe; Abgrenzung erhebliche⁴⁸/geringfügige Beeinträchtigungen⁴⁹ eines Inventarobjektes; Verbindlichkeit der Bundesinventare, siehe BGE 135 II 209 ff. i.S. Rüti). Ob die Entwicklung richtig war, hat der Gesetzgeber zu prüfen.

These 6: Es ist in einem Rechtsstaat Aufgabe des Gesetzgebers, die «richtige» Ordnung festzulegen. Es sollte auch in der Schweiz möglich sein, die wichtigen Rechtsnormen zeitgerecht an die veränderten Umstände anzupassen.

⁴⁶ Anderer Meinung: MARTI (Fn. 6), 2. Kapitel Rz. 9; DAJCAR/GRIFFEL (Fn. 44), Art. 78 Rz. 46.

⁴⁷ Insbesondere zum BLN habe ich die gegenteilige Auffassung.

⁴⁸ BGE 114 Ib 85 E. 2a (Cham); Urteil des Bundesgerichts 1C_118/2016 vom 21. März 2017 E. 6 (Sarnen II); Urteil des Bundesgerichts 1A_122/2004 vom 30. Mai 2005 (Kohltoebel).

⁴⁹ BGE 123 II 256 E. 6d (Pilatus); BGE 115 Ib 472 (Thur-Sanierung); BGE 115 Ib 131 (Höhronen).

Neuerscheinung aus dem Schulthess Verlag



Mai 2019
ca. 340 Seiten, broschiert
978-3-7255-8021-7
ca. CHF 98.00

Der Einheitspreis im Bauwerkvertrag

Beiträge aus dem Institut für schweizerisches und internationales Baurecht, Universität Freiburg, Band 38

Roman Brazero

Der Einheitspreis steht zwischen der Vergütung nach Aufwand und dem Pauschalpreis. Im Bauwesen kommt dieser Preisart besonders hohe Bedeutung zu.

Diese Berner Dissertation untersucht den Einheitspreis aus rechtlicher Sicht, bezieht aber auch baubetriebswirtschaftliche Überlegungen ein. Sie spannt dabei den Bogen von den Vertragsverhandlungen über die Vertragsabwicklung bis zum Vertragsende. Ein besonderes Augenmerk richtet sie auf die Kalkulation von Angeboten und die Herleitung von Nachtragspreisen - zwei praktisch besonders relevante Vorgänge.

Schwerpunkt der Arbeit ist das Privatrecht unter Einschluss privater Bedingungswerke, vor allem der SIA-Norm 118. Doch untersucht sie ausgewählte Aspekte des vorvertraglichen Verhältnisses auch aus dem Blickwinkel des öffentlichen Vergaberechts.

Die gut zugänglichen und doch vertiefenden Ausführungen, die sich in dieser Dissertation finden, richten sich an alle Fachleute, die in ihrer Praxis mit den mannigfaltigen Rechtsfragen zu tun haben, die sich im Zusammenhang mit Einheitspreisen stellen.

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich
Telefon +41 (0)44 200 29 29, Fax +41 (0)44 200 29 28
service@schulthess.com, www.schulthess.com

Schulthess §