

113 **Energiewende versus Landschaftsschutz: zur Tragweite von Art. 78 Abs. 2 BV.**
Alain Griffel

115 **Die Überhöhung des Ortsbildschutzes durch den Bund – Reformbedürftiges Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS).**
Peter Karlen

Rechtsprechung

131 Planungs- und Baurecht. Zürich. Bundesgericht, Urteil 1C_328/2020 vom 22. März 2022. Gestaltungsplan, Gesamtinteressenabwägung. Kommentar (*Michael Pletscher*)

143 Abgaberecht – Verfahren. Bund. Bundesgericht, Urteil 2C_603/2022 vom 6. August 2022. Abgabe für Radio und Fernsehen; Rügepflicht. Kommentar (*Regina Kiener*)

149 Planungs- und Baurecht – Verfahrensrecht. Zürich. Bundesgericht, Urteil 1C_11/2021 vom 15. Dezember 2021. Nächtliche Ladenöffnungszeiten; Beschwerdelegitimation von Nachbarn.

152 Verkehrsrecht. Nidwalden. Bundesgericht, Urteil 2C_405/2021 vom 14. Juni 2022. Technische Sicherheit beim Betrieb einer altrechtlichen Kleinseilbahn.

Besprechung

165 *Herdegen Matthias/Masing Johannes/Poscher Ralf/Gärditz Klaus Ferdinand* (Hrsg.): Handbuch des Verfassungsrechts, Darstellung in transnationaler Perspektive (*Kaspar Ehrenzeller*)

Mit
Jahresindex 2022
und Bindeaktion

Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)

Redaktion

Prof. Dr. Benjamin Schindler, Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen, Speicher
Prof. Dr. Giovanni Biaggini, Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der
Universität Zürich, Zürich
Dr. Christoph Auer, Staatsschreiber des Kantons Bern, Lehrbeauftragter für Bernisches
Staatsrecht an der Universität Bern, Bern
Dr. Markus Rüssli, Rechtsanwalt, Zürich
Stephan Haag, Bundesrichter, Lausanne
Prof. Dr. Daniela Thurnherr, Professorin für öffentliches Verfahrensrecht, Verfassungsrecht und
Verwaltungsrecht an der Universität Basel, Basel

Redaktionelle Mitarbeitende für Entscheide der Gerichte des Bundes

Dr. Gerold Steinmann, Bern (Bundesgericht); Dr. Franz Kessler Coendet, Männedorf (Bundes-
gericht); Dr. Adrian Mattle, Gockhausen (Bundesgericht); Dr. Jacqueline Dambeck, Lausanne/
Baden (Bundesgericht)

Redaktionelle Mitarbeitende für Urteilsbesprechungen

Dr. Ueli Friederich, Rechtsanwalt, Bern; Prof. Dr. Andreas Glaser, Universität Zürich; Prof. Dr.
Peter Hettich, Universität St. Gallen; Prof. Dr. Andreas Kley, Universität Zürich; Prof. Dr. Markus
Müller, Universität Bern; Prof. Dr. Johannes Reich, Universität Zürich; Prof. Dr. Markus Schott,
Rechtsanwalt, Zürich

Redaktionssekretariat

Lehrstuhl Prof. Dr. Benjamin Schindler, Tigerbergstrasse 21, CH-9000 St. Gallen,
Zentralblatt@unisg.ch

Verlag

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich, www.schulthess.com
Geschäftsführender Verleger: Firas Kharrat
Redaktion: Dr. iur. Maria Anna Rea-Frauchiger (Lektorat)
Produktmanagement: Dr. phil. Laura Diegel
Digitale Medien: Marcel Häfner
Marketing: Marko-Filip Ninkov
Vertrieb: Christoph Blömer

Kundenservice

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

Bezugsbedingungen

Jahresabonnement: CHF 188 (für Studierende CHF 118)
Einzelheft: CHF 26, zzgl. Versandkosten
Alle Abo-Preise inkl. 2,5% MWST, zzgl. Versandkosten von CHF 20 innerhalb der Schweiz
(Versandkosten für Lieferung ins Ausland: CHF 50). Studentenpreis gegen Vorlage eines
gültigen Nachweises. Abonnementkündigungen sind mit einer Frist von 8 Wochen zum Ende
des berechneten Bezugsjahres möglich.

Anzeigenverkauf und -beratung

Fachmedien Zürichsee Werbe AG, Laubisrütistrasse 44, CH-8712 Stäfa
Tel. +41 (0)44 928 56 17, marc.schaettin@fachmedien.ch

Urheber- und Verlagsrechte

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Urheber-
rechtsschutz gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheide und ihre Leitsätze, da sie vom
Autor oder vom Redaktor erarbeitet oder redigiert worden sind. Ausserhalb der engen gesetz-
lichen Schranken des Urheberrechts darf kein Teil dieser Zeitschrift ohne schriftliche Geneh-
migung des Verlages vervielfältigt, bearbeitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich
gemacht, auf Datenträgern gespeichert, in Datenbanken aufgenommen oder in anderer Weise
elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Erscheinungsweise

Das ZBl erscheint 12-mal jährlich (jeden 15. eines Monats), 124. Jahrgang

Zitierweise

ZBl 124/2023 S. 10

Internet

www.zbl-online.ch

ISSN 1422-0709

Energiewende versus Landschaftsschutz: zur Tragweite von Art. 78 Abs. 2 BV

Giovanni Biaggini befasst sich in seinem Kurzbeitrag «Einzelfallabwägung und Gemeinwohlverantwortung: die Lex *Gondo-Grengiols-Grimsel* und die Gewaltenteilungsfrage» (ZBl 123/2022, S. 629 f.) mit Teilaspekten der Verfassungsmässigkeit der dringlichen Änderung des Energiegesetzes vom 30. September 2022 (AS 2022 543). Andere Aspekte – namentlich die offensichtliche Verletzung von Art. 75 BV (Raumplanung) – lässt er gänzlich ausser Betracht. Zuzustimmen ist folgenden Aussagen: dass es zu den Aufgaben des Gesetzes gehört, «gegenläufige [...] Interessen zum Ausgleich zu bringen» (vgl. dazu *Alain Griffel*, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., Zürich 2022, Rz. 194 und 288); dass es nicht «per se gewaltenteilungswidrig» ist, wenn sich der Gesetzgeber in die Interessenabwägung «einmischt»; und dass der Gesetzgeber dabei «selbstverständlich den durch die Verfassung jeweils vorgegebenen Abwägungsrahmen» – also die übergeordneten Wertentscheidungen des Verfassungsgebers – zu respektieren hat.

Unzutreffend ist jedoch *Biagginis* Aussage, die Ausführungsgesetzgebung zu Art. 78 BV habe «die Interessenabwägung weitgehend an die Rechtsanwendung weitergereicht». Bezogen auf die schutzwürdigsten Landschaften, nämlich jene von nationaler Bedeutung, trifft vielmehr das Gegenteil zu. Für diese hat der Gesetzgeber im Natur- und Heimatschutzgesetz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451) in geradezu paradigmatischer Weise eine streng vorstrukturierte Interessenabwägung vorgesehen (vgl. *Alain Griffel*, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Habil., Zürich 2001, Rz. 396 und 476). Doch der Reihe nach:

Art. 78 Abs. 2 BV ist – wie bereits sein Vorläufer in der alten Bundesverfassung (Art. 24^{sexies} Abs. 2 aBV) – nur schwer einzuordnen. Es handelt sich weder um eine Kompetenznorm noch um die Übertragung einer Staatsaufgabe. Vielmehr auferlegt er dem Bund im Zusammenhang mit dem Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz eine Selbstbindung: «Der Bund nimmt bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes. Er schont Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler; er erhält sie ungeschmälert, wenn das öffentliche Interesse es gebietet.» Entgegen seinem Wortlaut richtet sich Art. 78 Abs. 2 BV nicht nur an den Bund, sondern auch an die Kantone, soweit sie Bundesaufgaben erfüllen.

Nach Annahme des Verfassungsartikels im Jahr 1962 machte sich der Gesetzgeber sogleich an die Ausarbeitung des Natur- und Heimatschutzgesetzes. Dabei sollten, wie der Bundesrat in seiner Botschaft festhielt, die «durch den neuen Verfassungsartikel geschaffenen Möglichkeiten, auf Bundesebene unsere Heimat in ihrer natürlichen Schönheit und ihrer geschichtlich gewachsenen Eigenart zu schützen und zu erhalten, [...] voll ausgeschöpft werden» (Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 12. November 1965, BBl 1965 III 89, S. 92 f.). Der Gesetzgeber setzte dazu ein differenziertes Normkonzept um: Erstens unterschied er zwischen Schutz-

objekten von nationaler, regionaler und lokaler Bedeutung (Art. 4 NHG). Werden im Zusammenhang mit der Erfüllung von Bundesaufgaben Objekte von regionaler oder lokaler Bedeutung tangiert, so haben die Behörden, zweitens, eine umfassende, vom Gesetz nicht näher spezifizierte Interessenabwägung vorzunehmen (Art. 3 NHG). Hier – aber nur hier – trifft es also zu, dass der Gesetzgeber die Interessenabwägung «weitgehend an die Rechtsanwendung weitergereicht» hat.

Schutzobjekte von nationaler Bedeutung hat der Bundesrat hingegen, drittens, in ein Inventar aufzunehmen (Art. 5 NHG). Er tat dies im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN), im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS) und – wesentlich später – im Inventar der historischen Verkehrswege der Schweiz (IVS). Für die in diesen Inventaren enthaltenen Objekte von nationaler Bedeutung statuiert Art. 6 Abs. 1 NHG, viertens, dass sie «*in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung, jedenfalls aber [...] die grösstmögliche Schonung*» verdienen. Dementsprechend macht Abs. 2 die Interessenabwägung, fünftens, von bestimmten Voraussetzungen abhängig: Nicht jedes Nutzungsinteresse, welches den Schutzinteressen entgegensteht, vermag ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung des Schutzobjekts zu rechtfertigen; vielmehr muss es in doppelter Weise qualifiziert sein: Es muss sich (a) um ein Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung handeln und (b) höherwertig, mindestens aber gleichwertig sein. Beim ersten Punkt ist nochmals zu differenzieren: Im nationalen Interesse muss nicht nur (abstrakt) die betreffende Staatsaufgabe liegen, sondern auch die Verwirklichung des konkreten Einzelvorhabens.

Selbst wenn man nun die Meinung vertreten sollte, dieses differenzierte Schutzkonzept mit dem *Primat der ungeschmälerten Erhaltung von Objekten von nationaler Bedeutung* sei nicht bereits im Verfassungsartikel von 1962 angelegt gewesen: Der Verfassungsgeber von 1999 hat den Natur- und Heimatschutzartikel *in voller Kenntnis dieses längst etablierten Schutzkonzepts nachgeführt* und sich dieses dadurch stillschweigend zu eigen gemacht, zumal er es mit keiner Silbe infrage stellte (vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, S. 253 ff.). Spätestens seit dem 1. Januar 2000 ist der qualifizierte Schutz von BLN-Gebieten somit geltendes Verfassungsrecht.

Es geht hier also nicht, wie *Biaggini* festhält, um die «Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Rechtsanwendung», sondern um jene zwischen dem (heutigen) Gesetzgeber und dem Verfassungsgeber. Die Verschiebung gesteigert wertungsbedürftiger Prioritäten ist zwar, wie *Biaggini* zutreffend schreibt, grundsätzlich Sache des Gesetzgebers. Wenn sie jedoch wie hier eine Interessengewichtung tangiert, die auf Verfassungsstufe verankert ist, obliegt sie nicht dem Gesetz-, sondern dem Verfassungsgeber. Die Verfassung lässt sich jederzeit neuen Gegebenheiten anpassen; man sollte nur das dafür vorgesehene Verfahren einhalten.

Prof. Dr. Alain Griffel

Die Überhöhung des Ortsbildschutzes durch den Bund

Reformbedürftiges Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS)

Dr. iur. *Peter Karlen*, alt Bundesrichter, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

I.	ISOS – Glücksfall oder Hindernis?	115
II.	Konzeption, Form und Inhalt des ISOS	117
	1. Konzeption des ISOS als Fachinventar	117
	2. Form und Inhalt des ISOS	118
III.	Überhöhung des Ortsbildschutzes durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts	120
	1. Anomalie der gesetzgeberischen Konzeption des ISOS	120
	2. Rechtliche Aufwertung des ISOS durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts ...	121
	a. Einführung einer Pflicht zur Berücksichtigung des ISOS bei kantonalen Planungen	121
	b. Ausweitung des Begriffs der Erfüllung von Bundesaufgaben	122
IV.	Auswirkungen der Überhöhung des Ortsbildschutzes durch den Bund	125
	1. Aushöhlung der kantonalen Kompetenz im Bereich des Ortsbildschutzes	125
	2. Aushöhlung der verfassungsmässigen Rechte der Grundeigentümer	126
	3. Zurücksetzung öffentlicher Interessen neben dem Ortsbildschutz	128
V.	Ergebnis: Dringender Reformbedarf	130

I. ISOS – Glücksfall oder Hindernis?

In der Schweiz sind die Kantone für den Natur- und Heimatschutz zuständig (Art. 78 Abs. 1 BV). Dazu zählt auch der Ortsbildschutz. Der Bund nimmt zwar bei der Erfüllung seiner Aufgaben auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes Rücksicht und schont namentlich Ortsbilder (Art. 78 Abs. 2 BV). Ausserdem kann er Bestrebungen des Natur- und Heimatschutzes unterstützen (Art. 78 Abs. 3 BV).¹

* Der Verfasser hat dem Hauseigentümerverband Zürich am 8. September 2022 ein Rechtsgutachten zur Reformbedürftigkeit des ISOS erstattet. Der nachfolgende Beitrag vertieft die darin enthaltenen grundsätzlichen Ausführungen, lässt aber die unterbreiteten konkreten Reformvorschläge weg.

1 Er kann ausserdem Natur- und Heimatschutzobjekte von gesamtschweizerischer Bedeutung vertraglich oder durch Enteignung erwerben (vgl. Art. 15 f. des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 [NHG; SR 451]). Das ist für den Ortsbildschutz kaum von Bedeutung, da sich dieser nicht auf Einzelobjekte bezieht.

Aus der Pflicht zur Rücksichtnahme und der Befugnis zur Unterstützung erwächst dem Bund aber keine Kompetenz zur materiellen Regelung des Ortsbildschutzes.² Bei dieser verfassungsrechtlichen Ausgangslage überrascht es, dass der Bund ein monumentales *Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS)* geschaffen hat, das über 1200 Objekte verzeichnet.

Einzelne Stimmen bezeichnen das ISOS als Glücksfall,³ andere erachten es als übergrosses Gewand.⁴ In der Praxis stösst es oft auf Kritik.⁵ Die Bundesbehörden und der behördennahe Fachverband EspaceSuisse (früher Schweizerische Vereinigung für Landesplanung) streichen dagegen seinen grossen Wert hervor und lancieren Informations-, Sensibilisierungs- und eigentliche Werbekampagnen für das ISOS.⁶ Zahlreiche parlamentarische Vorstösse, die eine Relativierung der Tragweite des ISOS anstrebten, um Konflikte mit anderen öffentlichen Interessen (Siedlungsverdichtung, Förderung erneuerbarer Energien, Bau wichtiger Infrastrukturanlagen und Bildungseinrichtungen etc.) zu entschärfen, blieben ohne Erfolg.⁷

Die kontroverse Beurteilung des ISOS geht darauf zurück, dass sein rechtlicher Stellenwert trotz seines über 40-jährigen Bestehens bis heute umstritten geblieben ist. Das führt zu grosser Rechtsunsicherheit und erheblichen Schwierigkeiten bei der praktischen Handhabung des Inventars. Dies bildet Anlass, die heutige Ausgestaltung des ISOS vertiefter zu analysieren, als dies bisher geschehen ist, und einen allfälligen Reformbedarf zu ermitteln.

2 *Jean-Baptiste Zufferey*, in: Peter Keller et al. (Hrsg.), *Kommentar NHG*, 2. Aufl., Zürich 2019, *Chapitre premier: Le fondement constitutionnel, les rapports droit fédéral/droit cantonal et la systématique de la LPN*, N 11 und 13.

3 *Arnold Marti*, Die Entdeckung des ISOS als Glücksfall, ZBl 120/2019, S. 57 f.

4 *Peter Karlen*, Das ISOS – ein übergrosses Gewand für den Ortsbildschutz des Bundes, ZBl 121/2020, S. 461 f.; vgl. dazu die Replik von *Arnold Marti*, Unberechtigte Angriffe auf die Natur- und Heimatschutzinventare des Bundes, ZBl 121/2020, S. 521 f.

5 Vgl. etwa *Peter Heer*, Aktuelle Rechtsfragen zum ISOS, BR 2019, S. 189 ff.

6 Vgl. zuletzt Bundesamt für Kultur BAK/Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Schweizer Ortsbilder erhalten, Bericht an den Bundesrat vom 1. September 2021, S. 8 und 10 ff.; Vereinigung für Landesplanung VLP-ASPAN (Hrsg.), *Arbeitshilfe Ortsbildschutz und Verdichtung. Raumplanerische Interessenabwägung in Gemeinden mit einem Ortsbild von nationaler Bedeutung*, Bern 2018, S. 42 ff.

7 So zuletzt die Parlamentarischen Initiativen der Nationalräte Gregor Rutz und Hans Eglhoff, denen die Eidgenössischen Räte zwar zunächst Folge gaben, sie dann aber am 18. Januar 2022 abschrieben; vgl. <www.parlament.ch>, Geschäftsnummern 17.525 und 17.526 (zuletzt besucht am 18. Januar 2023). Siehe zu den bis 2017 eingereichten Vorstössen Bundesamt für Kultur BAK, Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung ISOS, Bericht 2017 vom 20. Dezember 2017. Vgl. ferner: Schweizer Ortsbilder erhalten, Bericht des Bundesrates vom 17. Januar 2018 in Erfüllung des Postulates 16.4028 Fluri vom 15. Dezember 2016.

II. Konzeption, Form und Inhalt des ISOS

Das ISOS hat seine Rechtsgrundlage in Art. 5 NHG, in einer darauf abgestützten Verordnung des Bundesrates⁸ und in Weisungen des zuständigen Departements.⁹ Anhand dieser Rechtsgrundlagen werden zunächst Konzeption, Form und Inhalt des ISOS näher beleuchtet.

1. Konzeption des ISOS als Fachinventar

Das ISOS hat die schutzwürdigen Ortsbilder von nationaler Bedeutung aufzulisten (vgl. Art. 5 Abs. 1 NHG). Es soll ein nach städtebaulichen und baukulturellen Kriterien erstelltes Verzeichnis, ein sog. *Fachinventar* bilden.¹⁰ Diesem Auftrag wurde bei der Erstellung des ISOS allerdings eine sehr weitreichende Bedeutung gegeben. So beruht das Inventar auf einer umfassenden Bestandesaufnahme und Bewertung aller Siedlungen der Schweiz, ja das ISOS will Referenz sein für die Erhaltung der Siedlungsqualität der Schweiz.¹¹ Die Inventarisierung beruht auf einer *schweizweit einheitlichen Methode*, wodurch sie sich von kantonalen Inventarisierungen abhebt.¹² Sie erhebt den Anspruch auf Wissenschaftlichkeit, bezieht sich aber allein auf die erwähnten baukulturellen und städtebaulichen Qualitäten der Siedlungen.¹³ Private Interessen, auf politischer Ebene bestehende planerische und bauliche Projekte sowie Zielkonflikte mit anderen öffentlichen Interessen (Siedlungsverdichtung, Energieversorgung etc.) werden nicht berücksichtigt.¹⁴ Die Inventarisierung stützt sich zudem allein auf das äussere Erscheinungsbild der Siedlungen.¹⁵ Der Bundesrat hat vor dem Erlass des ISOS zwar die Kantone anzuhören (Art. 5 Abs. 2 NHG), doch ist ihr Einverständnis nicht erforderlich.¹⁶ Die Eigentümer von Parzellen im Perimeter des ISOS werden vor dem Erlass des

8 Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 13. November 2019 (VISOS; SR 451.12). Diese Verordnung löste die frühere gleichnamige Verordnung vom 9. September 1981 (AS 1981 1680) ab, mit der das ISOS geschaffen wurde.

9 Weisungen über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung vom 1. Januar 2020 (WISOS).

10 Bundesamt für Kultur BAK, Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz, Totalrevision, Erläuterungen vom 12. September 2019, S. 1; BAK/ARE, Bericht 2021 (Anm. 6), S. 5 und 11.

11 Vgl. BAK/ARE, Bericht 2021 (Anm. 6), S. 7; *Marti* (Anm. 3), S. 58. Bei der Erstellung des ISOS werden alle Ortsbilder geprüft, nicht nur solche von nationaler Bedeutung; vgl. hinten Ziff. II.2.

12 Siehe im Einzelnen zur sog. ISOS-Methode BAK/ARE, Bericht 2021 (Anm. 6), S. 5 ff.; Bundesamt für Kultur BAK, Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung, Erläuterungen, Bern 2021, S. 2 ff.

13 Dementsprechend ist der Bewertungsausschuss ISOS vor allem aus Architekten, Kunsthistorikern und Denkmalpflegern zusammengesetzt.

14 So ausdrücklich Art. 9 WISOS; vgl. auch *Arnold Marti*, Rechtsgutachten zu Fragen im Zusammenhang mit dem Erlass des Bundesinventars der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) vom 28. Februar 2013 zuhanden des Bundesamts für Kultur BAK, S. 8.

15 Häuser und öffentlich nicht zugängliche Aussenräume werden nicht betreten; vgl. Art. 10 WISOS.

16 *Jörg Leimbacher*, in: Peter Keller et al. (Hrsg.), Kommentar NHG, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 5 N 26.

ISOS weder angehört noch nach dem Erlass über den Einbezug in das ISOS informiert.¹⁷

Neben dem Bund inventarisieren auch die *Kantone* ihre schützenswerten Ortsbilder.¹⁸ Es handelt sich auch hier um Fachinventare, die Auflistungen der für einen Schutz in Betracht kommenden Objekte enthalten und den Behörden als *Arbeitsinstrumente* für ihre Tätigkeit im Bereich des Natur- und Heimatschutzes dienen.¹⁹ Dagegen bewirken die Inventare keinen rechtlichen Schutz der verzeichneten Objekte.²⁰ Die Inventare bedürfen vielmehr der Umsetzung durch planerische Vorkehrungen (z.B. Erlass einer Kernzone) oder Unterschutzstellungen.²¹

Das ISOS unterscheidet sich von den *Inventaren zum Biotopschutz*, die der Bund gestützt auf Art. 18a NHG erlässt (Hochmoor-, Flachmoor-, Moorlandschafts-, Auen-, Trockenwiesen-, Amphibienlaichgebietsinventar).²² Diese bezeichnen nicht allein nach fachlichen Kriterien mögliche Schutzobjekte, sondern legen deren Lage und die Schutzziele fest (Art. 18a Abs. 1 NHG). Es handelt sich somit um *rechtsverbindliche* Anordnungen (spezialgesetzliche Planungsakte), die allerdings in verschiedener Hinsicht noch der näheren Konkretisierung durch die Kantone bedürfen (Art. 18a Abs. 2 NHG).²³

2. Form und Inhalt des ISOS

Der Erlass des ISOS erfolgt zweistufig. In der massgeblichen Verordnung findet sich die Liste der Ortsbilder von nationaler Bedeutung (Anhang 1 VISOS). Die näheren Angaben zu den Schutzobjekten werden separat publiziert. Zurzeit sind sie in 65 Bänden im A4-Format enthalten. Daneben sind sie auch in elektronischer Form zugänglich.²⁴

Das ISOS hat an sich allein Ortsbilder *von nationaler Bedeutung* aufzuführen. Es enthält jedoch ebenfalls eine Liste der Ortsbilder, denen nach Auffassung des inventarisierenden Fachgremiums des Bundes – des sog. ständigen Bewertungsaus-

17 Vgl. Bundesamt für Kultur BAK, Abschluss der Vernehmlassung zur VISOS-Revision: Das ISOS im Faktencheck, April 2019, S. 2; *Marti* (Anm. 14), S. 15.

18 So haben z.B. im Kanton Zürich die zuständigen kantonalen und kommunalen Behörden Inventare über Objekte des Natur- und Heimatschutzes zu erstellen (§ 203 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 [PBG/ZH; LS 700.1]).

19 Vgl. für den Kanton Zürich *Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz*, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl., Zürich 2019, Band 1, S. 277; BGer, Urteil 1C_92/2021 vom 7. Juni 2021 E. 5.2 (Dägerlen), in: ZBl 123/2022, S. 430 ff.

20 Teilweise besteht allerdings ein vorübergehendes vorsorgliches Veränderungsverbot, wenn Eigentümer durch die Behörden über die Aufnahme informiert werden; so z.B. im Kanton Zürich (§ 209 PBG/ZH).

21 Siehe für den Kanton Zürich § 205 PBG/ZH und dazu näher *Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz* (Anm. 19), Band 1, S. 285 ff.

22 *Karl-Ludwig Fahrländer*, in: Peter Keller et al. (Hrsg.), Kommentar NHG, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 18a N 6; *Leimbacher* (Anm. 16), Art. 5 N 7.

23 *Fahrländer* (Anm. 22), Art. 18a N 15 f.

24 Vgl. Art. 2 VISOS. In elektronischer Form abrufbar sind die ISOS-Einträge unter <gisos.bak.admin.ch> (zuletzt besucht am 18. Januar 2023).

schusses ISOS – regionale oder lokale Bedeutung zukommt (Art. 1 Abs. 4 WISOS). Wie schon erwähnt bestehen neben dem ISOS auf kantonaler und kommunaler Ebene Inventare, die Objekte von *regionaler* und *lokaler* Bedeutung verzeichnen (vgl. Art. 4 NHG).

Die *Zahl* der im ISOS verzeichneten Ortsbilder ist sehr gross: Schweizweit wird über 1200 Ortsbildern nationale Bedeutung zuerkannt, im Kanton Zürich sind es derzeit 73. Neben der in das ISOS aufgenommenen Stadt Zürich figurieren darin in den Regionen Zürichsee und Knonaueramt 21, im Zürcher Oberland 14, im Zürcher Unterland 12, in der Region Winterthur und Umgebung 8 und im Zürcher Weinland 17 Objekte. Nationale Bedeutung misst das ISOS nicht nur national bekannten Orten zu. Vielmehr zählen dazu auch Ortsbilder, die vielleicht noch auf kantonaler Ebene bekannt sind (z.B. Seegräben), daneben aber auch manche Objekte, die nur die lokale Bevölkerung kennt (z.B. Weiler Wellenau in der Gemeinde Bauma). Im Kanton Zürich stuft das ISOS von 541 geprüften Objekten 379 als auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene schutzwürdig ein.²⁵

Für die verzeichneten Objekte scheidet das ISOS *Perimeter* aus, in denen auf das zu schützende Ortsbild Rücksicht zu nehmen ist, also nach Ansicht des inventarisierenden Fachgremiums die Bautätigkeit entsprechend einzuschränken ist. Diese Perimeter erfassen nicht nur bebaute, sondern auch unbebaute Bereiche.²⁶ Das ISOS erstreckt sich demnach nicht nur auf Siedlungen, sondern in einem gewissen Mass auch auf deren Umland. In der Stadt Zürich gehören 76% des Gemeindegebiets zum Perimeter des ISOS, neben der Innenstadt (Stadtkreis 1) auch alle übrigen Stadtkreise ganz oder zum grösseren Teil.²⁷

Für die ausgeschiedenen Perimeter legt das ISOS *Erhaltungsziele* fest.²⁸ Zu diesem Zweck werden die Perimeter in Typen unterschiedlichen Charakters unterteilt, in Gebiete (z.B. Dorfkern), Baugruppen (z.B. Arbeitersiedlung), Umgebungszonen (z.B. Trennstreifen zwischen Quartieren) und Umgebungsrichtungen (z.B. empfindlicher Entwicklungsbereich).²⁹ Jedem Perimetertypus wird in der Folge ein Erhaltungsziel zugeordnet.³⁰ Die Ziele bestehen im Erhalten der *Substanz* (Erhaltungsziel A), im Erhalten der *Struktur* (Erhaltungsziel B) oder im Erhalten des *Charakters* der Bebauung (Erhaltungsziel C).³¹ Die Erhaltungsziele des ISOS sind so konkret, dass ihre Befolgung die Nutzungsbefugnisse der betroffenen

25 Im flächenmässig deutlich grösseren *Kanton Bern* wurden bei der 1998 abgeschlossenen Inventarisierung von 898 geprüften Ortsbildern 677 als auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene schützenswert erachtet. 180 Ortsbilder gelten als Ortsbilder von nationaler Bedeutung; vgl. ISOS Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz, Kanton Bern, Übersichtsband, Bern 1998/99, S. 18.

26 Vgl. Art. 5 Abs. 3 VISOS; Art. 3 Abs. 2 WISOS.

27 Vgl. BAK, Faktencheck (Anm. 17), S. 1.

28 Vgl. Art. 9 Abs. 4 VISOS; Art. 23 f. WISOS.

29 Diese Gliederung wird in der künftigen Methode «ISOS II» nicht mehr verwendet; vgl. BAK, Erläuterungen (Anm. 12), S. 5.

30 Dabei wird zwischen Ortsteilen mit Eigenwert und solchen mit Beziehungswert unterschieden; Art. 9 Abs. 3 und 5 VISOS; Art. 20 Abs. 2 WISOS.

31 Art. 9 VISOS; Art. 23 WISOS.

Grundeigentümer, aber auch den Handlungsspielraum der Gemeinden bei der Zonenplanung erheblich einschränkt.

III. Überhöhung des Ortsbildschutzes durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts

Während langer Zeit spielte das ISOS in der Rechtspraxis keine grosse Rolle. Das hängt damit zusammen, dass sich die Arbeiten zu seiner Erstellung über eine grosse Zeitspanne hinzogen.³² Die problematische Seite der monumentalen Anlage des ISOS trat lange Zeit nicht ins Bewusstsein. Sie wurde erst deutlich erkennbar, als parallel mit der Zunahme des Umfangs eine rechtliche Aufwertung des ISOS einsetzte.

1. Anomalie der gesetzgeberischen Konzeption des ISOS

Nach der eingangs dargestellten Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des Natur- und Heimatschutzes hat der Bund keine Befugnis, für die im ISOS verzeichneten Ortsbilder selber Schutzmassnahmen zu treffen. Vielmehr bestimmen die Kantone nicht nur über den Schutz der Ortsbilder von regionaler und lokaler Bedeutung, sondern auch über jenen der Objekte von *nationaler* Bedeutung. Das ISOS ist deshalb vorwiegend als Arbeitsinstrument für die Kantone bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben im Bereich des Ortsbildschutzes konzipiert. Einzig bei der *Erfüllung von Bundesaufgaben* soll das ISOS für die damit betrauten Behörden Wirkungen entfalten (vgl. jedoch zur Ausweitung seines Stellenwerts durch die Rechtsprechung nachstehend Ziff. III.2.a).

Im Vergleich zu den Fachinventaren auf kantonaler und kommunaler Ebene besteht beim ISOS damit eine *Anomalie bei der Umsetzung*: Diese obliegt nicht den Behörden des Gemeinwesens, die für die Schaffung des Inventars zuständig sind.³³ Dadurch unterscheidet sich das ISOS auch von den Bundesinventaren zum Biotopschutz. Hier besitzt der Bund eine Sachkompetenz und kann deshalb mit der Auflistung der Schutzobjekte auch über deren rechtlichen Schutz bestimmen (vgl. vorne Ziff. II.1 in fine).

32 Sie begannen 1973 und fanden – nach mehrfacher Änderung der Methode – erst 2016 ihren Abschluss.

33 Eine solche Diskrepanz besteht ebenfalls beim Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN) und beim Bundesinventar der historischen Verkehrswege der Schweiz (IVS). Vgl. zu diesen Bundesinventaren *Leimbacher* (Anm. 16), Art. 5 N 11 ff.

2. Rechtliche Aufwertung des ISOS durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts

Aufgrund der dargestellten Anomalie ist der Schutz der im ISOS verzeichneten Objekte viel komplizierter als bei den kantonalen und kommunalen Fachinventaren und als im Bereich der Bundesinventare zum Biotopschutz. Im Bestreben, dem Ortsbildschutz schweizweit ein einheitliches Niveau zu verschaffen, begann das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung, dem ISOS sukzessive Rechtswirkungen beizulegen, die über jene eines Fachinventars hinausgehen. So haben die rein fachlichen Feststellungen des ISOS für kantonale Planungsinstanzen und Private in immer weiterem Umfang rechtliche Verbindlichkeit erlangt. Diese Entwicklung wurde durch den ausgreifenden Charakter des ISOS begünstigt. Die detaillierte Umschreibung der Schutzziele, die über das für Fachinventare Typische weit hinausgeht,³⁴ bot sich geradezu an, in rechtlich verbindliche Vorgaben umgedeutet zu werden. Die Verrechtlichung erfolgte von zwei Ansatzpunkten aus.

a. Einführung einer Pflicht zur Berücksichtigung des ISOS bei kantonalen Planungen

Das Bundesrecht verpflichtet die Kantone und Gemeinden, bei ihren Planungen den Anliegen des Ortsbildschutzes Rechnung zu tragen und die dafür erforderlichen Grundlagen zu erarbeiten.³⁵ Das ISOS bildet als Fachinventar eine solche *Planungsgrundlage*. Ihr kommt ein vorbereitender Charakter zu; das Inventar ist bei der kantonalen und kommunalen Planung beizuziehen.³⁶ Es besteht mit anderen Worten eine *Beachtungspflicht* des ISOS. Das Bundesinventar sagt, was bei der Planung zu berücksichtigen ist, aber nicht, *ob* und *wie* planerische Anordnungen zu treffen sind. Eine normative Tragweite haben die ISOS-Einträge nicht. Es war dementsprechend während Jahrzehnten unbestritten, dass das ISOS ausserhalb der Erfüllung von Bundesaufgaben keine rechtliche Verbindlichkeit habe.³⁷

Im Jahre 2009 ging das Bundesgericht dazu über, dem ISOS auch für die kantonale Raumplanung *Rechtswirkungen* beizulegen und die frühere blosser Beachtungspflicht in eine *Berücksichtigungspflicht* umzuwandeln.³⁸ Die Festlegungen des ISOS stellen nunmehr nicht mehr bloss eine fachliche Grundlage, sondern eine

34 Im Kanton Zürich enthalten die Natur- und Heimatschutzinventare im Unterschied zum ISOS lediglich eine *knappe Umschreibung und Wertung des Objektes*; vgl. § 6 Abs. 1 der Kantonalen Natur- und Heimatschutzverordnung des Kantons Zürich vom 20. Juli 1977 (KNHV/ZH; LS 702.11).

35 Vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. b und Art. 17 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700).

36 So explizit im Kanton Zürich § 3 KNHV/ZH.

37 *Leimbacher* (Anm. 16), Art. 6 N 23.

38 BGE 135 II 209 E. 2.1 S. 212 (Rüti/ZH). Diese Rechtsprechung wurde seither in einer Vielzahl von Entscheiden bestätigt, jüngst etwa in BGer, Urteil 1C_100/2020 vom 28. Juni 2021 E. 3 (Zürich-Fluntern). Weitere Nachweise der Rechtsprechung finden sich in der Botschaft zur Volksinitiative «Für die Zukunft unserer Natur und Landschaft (Biodiversitätsinitiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Revision des Natur- und Heimatschutzgesetzes) vom 4. März 2022, BBl 2022 737, S. 31 f.

rechtliche Vorgabe dar, die direkte Auswirkungen auf die raumplanerische Interessenabwägung hat. So haben kantonale und kommunale Planungen den Anliegen des ISOS nunmehr *inhaltlich* bis zu einem gewissen Grad Rechnung zu tragen. Mit der Einführung der Berücksichtigungspflicht wertet das Bundesgericht das ISOS von einem Fachinventar zu einem *Rechtsakt* auf. Es misst dem ISOS – ohne nähere Begründung – den Charakter eines *Sachplans* oder *Konzepts* im Sinne von Art. 13 RPG zu,³⁹ eine Qualifikation, die einer näheren Prüfung nicht standhält und in der Lehre praktisch einhellig kritisiert wird.⁴⁰

Die dargestellte Aufwertung des ISOS führt zu einer *Überhöhung des Ortsbildschutzes*. Während in den Kantonen für inventarisierte Objekte der Schutz wie erwähnt erst aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung durch besondere Massnahmen erfolgt, erlangen die im ISOS verzeichneten Objekte *ohne eine solche Abwägung* einen rechtlichen Schutz und damit einen Vorrang gegenüber anderen planerischen Interessen. Dieser Schutz schränkt – wie noch aufzuzeigen ist (vgl. hinten Ziff. IV.1) – angesichts der detaillierten Erhaltungsziele den Handlungsspielraum der kantonalen Planungsbehörden in bedeutendem Mass ein. Diese Aufstufung der ISOS-Objekte mag dadurch begünstigt worden sein, dass diese nach dem zuständigen Fachgremium des Bundes *nationale Bedeutung* haben. Gleichwohl widerspricht sie der geltenden Kompetenzordnung, nach der die Kantone auch für den Schutz von Ortsbildern mit nationaler Bedeutung allein zuständig sind.

Art. 11 VISOS folgt nunmehr der bundesgerichtlichen Sichtweise und bestimmt, dass die Kantone das ISOS bei ihren Planungen *berücksichtigen*.⁴¹ Allerdings sind die Äusserungen der Verwaltungsstellen des Bundes über die Tragweite dieser Norm wenig kohärent. So wird einerseits betont, es handle sich beim ISOS lediglich um eine Grundlage und nicht eine Vorgabe bei der Interessenabwägung, andererseits wird die rechtliche Verbindlichkeit von dessen Einträgen hervorgehoben, Letzteren also ein die kantonalen Behörden bindender Charakter zugesprochen.⁴²

b. Ausweitung des Begriffs der Erfüllung von Bundesaufgaben

In Übereinstimmung mit Art. 78 Abs. 2 BV hält Art. 3 NHG alle Behörden, die Bundesaufgaben erfüllen, zur Schonung und Erhaltung von Natur- und Heimat-

39 BGE 135 II 209 E. 2.1 S. 213 (Rüti/ZH).

40 Vgl. *Nina Dajcar*, Natur- und Heimatschutz-Inventare des Bundes, Diss. Zürich, Zürich 2011, S. 175 f. und 197 ff.; *Alain Griffel*, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht – Entwicklungen 2009, Bern 2010, S. 85; *Heer* (Anm. 5), S. 190 f.; *Eloi Jeannerat/Heinz Bühlmann*, in: Heinz Aemisegger et al. (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Richt- und Sachplanung, Interessenabwägung, Zürich 2019, Art. 13 N 113; *Pierre Tschannen*, in: Heinz Aemisegger et al. (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Richt- und Sachplanung, Interessenabwägung, Zürich 2019, Art. 6 N 30.

41 Neuerdings beantragt der Bundesrat in seinem Gegenvorschlag zur Biodiversitätsinitiative, diese Berücksichtigungspflicht auf Gesetzesstufe zu verankern; vgl. Botschaft (Anm. 38), S. 31 f.

42 Vgl. jüngst etwa BAK/ARE, Bericht 2021 (Anm. 6), S. 7 f. und 12.

schutzobjekten an, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt.⁴³ Es handelt sich um eine Form der *Selbstbindung des Gemeinwesens*,⁴⁴ die auch das kantonale Recht kennt.⁴⁵ Sie bezweckt, den Natur- und Heimatschutz bei der Erfüllung von Bundesaufgaben den anderen vom Gemeinwesen verfolgten öffentlichen Interessen gleichzustellen. Die Natur- und Heimatschutzanliegen sollen also in der Interessenabwägung einen gleichwertigen Platz einnehmen wie andere öffentliche Aufgaben.

Die erwähnte allgemeine Pflicht des Gemeinwesens zur Berücksichtigung der Natur- und Heimatschutzinteressen beschränkt sich zwar nicht auf inventarisierte Objekte. Die Fachinventare bilden jedoch eine wichtige Grundlage, um die lediglich generalklauselartig umschriebenen Schutzanliegen zu konkretisieren. Sie dienen somit dazu, den Anliegen des Natur- und Heimatschutzes bei der Erfüllung von Bundesaufgaben das gleiche Gewicht wie anderen öffentlichen Interessen zu verschaffen. Den in das ISOS aufgenommenen Objekten verleiht Art. 6 NHG allerdings einen zusätzlichen Schutz. So gelten die im ISOS verzeichneten Ortsbilder von nationaler Bedeutung in besonderem Masse als erhaltenswürdig (Abs. 1). Bei der Erfüllung von Bundesaufgaben ist eine Abweichung von den im ISOS umschriebenen Schutzziele nur zulässig, wenn diesen gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen (Abs. 2). Diese Regelung begründet bei den in das ISOS aufgenommenen Objekten einen *Vorrang des Ortsbildschutzes* gegenüber anderen privaten und öffentlichen Interessen. Denn mit der Aufnahme eines Ortsbilds in das ISOS ist ein Abweichen von den darin festgelegten Erhaltungszielen bei der Erfüllung von Bundesaufgaben *grundsätzlich unzulässig*. Eine Ausnahme ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 NHG möglich.⁴⁶ Im Unterschied zu den in kantonalen und kommunalen Inventaren verzeichneten Objekten, deren Schutz nur aufgrund einer umfassenden Abwägung mit entgegenstehenden Interessen durch besondere Massnahmen erfolgt, erkennt Art. 6 NHG den im ISOS verzeichneten Ortsbildern bei der Erfüllung von Bundesaufgaben generell eine rechtliche Vorrangstellung zu.

Die dargestellte gesetzliche Regelung dehnt somit die Selbstbindung des Gemeinwesens auf dem Gebiet des Natur- und Heimatschutzes weit aus und verschafft dem Schutzanliegen bei nationalen Objekten einen Vorrang vor anderen öffentlichen Interessen. Diese Ordnung ist viel zu unbestimmt, um gleichzeitig

43 Da der Bund im Bereich des Natur- und Heimatschutzes über keine materielle Regelungskompetenz verfügt, ist diese Schutzpflicht auf die Erfüllung von Bundesaufgaben beschränkt. Wie bereits erwähnt begründet die Pflicht zur Rücksichtnahme keine Bundeskompetenz; vgl. vorne Anm. 2.

44 Arnold Marti, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 78 N 6, spricht von einer *Selbstverpflichtung* des Bundes.

45 So z.B. im Kanton Zürich aufgrund von § 204 PBG/ZH und § 1 KNHV/ZH; vgl. näher dazu Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz (Anm. 19), Band 1, S. 292 f.

46 Vgl. BGE 127 II 273 E. 4c S. 282 (Ermatingen); BGer, Urteil 1C_118/2016 vom 21. März 2017 E. 4.2 (Sarnen II).

auch Pflichten von Privatpersonen und Eingriffe in ihr Eigentum begründen zu können.⁴⁷ Denn zumindest dafür bedürfte es zunächst der Umsetzung der Ziele des Natur- und Heimatschutzes durch planerische Massnahmen, Unterschutzstellungen oder andere Vorkehrungen. Gleichwohl hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung durch eine sukzessive Ausweitung des Begriffs der Erfüllung von Bundesaufgaben aus der Selbstbindung der Behörden auch eine *Bindung der Privatpersonen* entstehen lassen. Naheliegend ist es zwar, die Schutzpflicht gemäss Art. 3 und Art. 6 Abs. 2 NHG auch auf Privatpersonen zu erstrecken, soweit diese Bundesaufgaben erfüllen. Einer Mobilfunkbetreiberin darf deshalb das Aufstellen einer Antenne nur bewilligt werden, wenn sie ihrer Pflicht zur Schonung und Erhaltung eines im ISOS verzeichneten Ortsbilds nachkommt.⁴⁸ Diese Regel galt auch bei der Bewilligung eines Fernmeldeturms der ehemaligen PTT auf dem Höhronen, wo es allerdings nicht um den Schutz eines Ortsbilds, sondern um jenen einer im BLN⁴⁹ verzeichneten Landschaft ging. Doch ist das Bundesgericht bei der Beurteilung dieser Angelegenheit einen Schritt weiter gegangen und hat erklärt, dass auch die *bloße Anwendung von Bundesrecht* durch eine Behörde im Zusammenhang mit privaten Vorhaben die Erfüllung einer Bundesaufgabe darstelle.⁵⁰ Dadurch verpflichtet es ebenfalls Privatpersonen, die keine Bundesaufgaben erfüllen, zu dem nach Art. 3 bzw. Art. 6 Abs. 2 NHG gebotenen Schutz. Es lässt also die Selbstbindung des Bundes zu einer Bindung von Privaten werden, und zwar auch bei der Verwirklichung ihrer eigenen Vorhaben, die nicht zugleich Bundesaufgaben sind. Die Eigentümer, die in dem im ISOS verzeichneten Weiler Seestatt in Altendorf am Obersee ein bestehendes Haus durch einen Neubau ersetzen wollten, wurden vom Bundesgericht belehrt, dass sie – weil die für den Neubau erforderliche Ausnahmegewilligung im Gewässerraum die Anwendung von Bundesrecht bedinge und daher die Erfüllung einer Bundesaufgabe darstelle – zur Einhaltung der im ISOS formulierten Erhaltungsziele verpflichtet seien.⁵¹

Diese Rechtsprechung führt zu einer markanten *Überhöhung des Ortsbildschutzes*, die in immer weiterem Umfang private Interessen überspielt. Denn das Bundesrecht ist in der jüngsten Zeit immer umfangreicher geworden, sodass sich auch der Begriff der Erfüllung von Bundesaufgaben ständig weiter ausgedehnt hat.⁵² Die Schutzpflicht nach Art. 3 NHG und bei ISOS-Objekten nach Art. 6 Abs. 2

47 Das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) verlangt, dass Gesetzesvorschriften so präzise formuliert sind, dass der Normadressat die Tragweite der Regelung verstehen und sein Verhalten danach richten kann; vgl. *Peter Karlen*, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich 2018, S. 49.

48 BGE 131 II 545, E. 2.2 S. 547 f. (Bronschhofen), wo der Betrieb eines Mobilfunknetzes als Erfüllung einer Bundesaufgabe qualifiziert wird.

49 Dieses Inventar hat grundsätzlich den gleichen rechtlichen Stellenwert wie das ISOS; vgl. Art. 1 ff. der Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vom 29. März 2017 (VBLN; SR 451.11).

50 BGE 112 Ib 70 E. 4b S. 76 f. (Feusisberg).

51 BGE 143 II 77 E. 3 S. 85 f. (Altendorf).

52 Siehe dazu im Einzelnen *Jean-Baptiste Zufferey*, in: Peter Keller et al. (Hrsg.), Kommentar NHG, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 2 N 34 und 37 ff.

NHG trifft heute jeden Grundeigentümer, der auf seinem Dach eine Solaranlage installieren will, da Art. 18a RPG die Erstellung von Solaranlagen bundesrechtlich regelt und die Erteilung von Baubewilligungen dafür zu einer Bundesaufgabe geworden ist.⁵³ Aus der Selbstbindung des Gemeinwesens ist damit in grossem Umfang eine Bindung auch von Privatpersonen bei der Verfolgung ihrer eigenen Interessen geworden. Die im ISOS nach rein fachlichen Kriterien aufgestellten Erhaltungsziele sind für Grundeigentümer demnach in vielen Fällen zu verbindlichen Rechtsnormen mutiert.

IV. Auswirkungen der Überhöhung des Ortsbildschutzes durch den Bund

Die dargestellte Rechtsprechung hat weitreichende Konsequenzen, von denen nachfolgend die wichtigsten anhand von Beispielen aufgezeigt werden sollen.

1. Aushöhlung der kantonalen Kompetenz im Bereich des Ortsbildschutzes

Wenn die Kantone bei ihren Planungen das ISOS berücksichtigen müssen, beschneidet dies ihre uneingeschränkte Kompetenz im Bereich des Ortsbildschutzes, die sich wie aufgezeigt auch auf Objekte von nationaler Bedeutung erstreckt. Noch weiter geht der Eingriff in die kantonale Hoheit, wenn der Bund bei allen Vorhaben, welche die Anwendung bundesrechtlicher Vorschriften bedingen, die Erhaltungsziele des ISOS zur grundeigentümergehörigen Norm erhebt. Denn der Erlass solcher Vorschriften steht allein den Kantonen zu. Die Problematik wird zwar von einzelnen Autoren angesprochen. Als Verfechter des Natur- und Heimatschutzes üben sie jedoch keine Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts, sondern allein eine solche an der gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung.⁵⁴

Die praktischen Konsequenzen der *Berücksichtigungspflicht* des ISOS für die Kantone und Gemeinden führt der *Fall Rüti/ZH* vor Augen: Die Gemeinde, deren Ortskern im ISOS figuriert, wollte mit einem Gestaltungsplan eine bauliche Verdichtung ihres Zentrums herbeiführen, wie dies die kantonale Richtplanung vorsieht. Das Bundesgericht stellte sich diesem Vorhaben in den Weg, obwohl es von der kantonalen Fachkommission für Natur- und Heimatschutz befürwortet worden war und diese das ISOS in ihre Überlegungen einbezogen hatte. Das Gericht verlangte mehr als die blosser Beachtung des Bundesinventars als fachliche Planungsgrundlage. Es erklärte, dass die Zulassung einer siebengeschossigen Baute zu einer allzu dichten Bebauung des Ortskerns führe und dadurch die Erhal-

53 BGer, Urteil 1C_179/2015 und 1C_180/2015 vom 11. Mai 2016 E. 2.4 (Lungern). Vgl. zu den Kriterien für die Bejahung einer Bundesaufgabe auch BGE 142 II 509 E. 2.5 S. 515 f. (Adligenswil); 145 II 176 E. 3.4 S. 180 (Schaffhausen).

54 Vgl. *Griffel* (Anm. 40), S. 85 f.; *Marti* (Anm. 44), Art. 78 N 26 f.; anders jedoch *Heer* (Anm. 5), S. 190 f. und 193.

tungsziele des ISOS unterlaufe.⁵⁵ Die Pflicht zur Berücksichtigung des ISOS hat die kantonale Planung und die Beurteilung durch die kantonalen Fachbehörden ausgehebelt und damit die kantonale Hoheit völlig ausgehöhlt. Mit der gleichen Begründung hat das Bundesgericht jüngst der Stadt Nyon eine Vergrösserung des Musée du Léman verweigert⁵⁶ und das Zürcher Verwaltungsgericht einen Gestaltungsplan in der Gemeinde Horgen aufgehoben, der eine verdichtete Überbauung zulassen wollte.⁵⁷

Die Auswirkungen, welche die *Ausweitung des Begriffs der Erfüllung von Bundesaufgaben* hat, zeigt exemplarisch der *Fall Sarnen*: Die Obwaldner Kantonalbank wollte im Zentrum von Sarnen, das im ISOS verzeichnet ist, ein neues Bankgebäude erstellen und erhielt von Kanton und Gemeinde die erforderlichen Bewilligungen. Auf Beschwerde einer Nachbarin, die das vorgesehene unterirdische Parkhaus störte, erklärte das Bundesgericht in einem ersten Urteil, das Projekt benötige wegen der nötigen Grabungen eine gewässerschutzrechtliche Ausnahmegewilligung. Da diese im Bundesrecht geregelt sei, gehe es um die Erfüllung einer Bundesaufgabe, sodass das Projekt die Erhaltungsziele des ISOS beachten müsse.⁵⁸ In einem zweiten Urteil verweigerte das Bundesgericht dann die Baubewilligung, weil der Neubau aufgrund eines Gutachtens der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission und der Eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege den Erhaltungszielen des ISOS widerspreche.⁵⁹ Das ISOS hat in diesem Fall nicht nur die kommunale Zonenplanung, sondern auch die fachliche Beurteilung der kantonalen Behörden überspielt und die kantonale Zuständigkeit vollständig zurückgedrängt. Die von den kantonalen Behörden befürwortete Siedlungsverdichtung wurde verunmöglicht; die Kantonalbank hat das neue Gebäude seither ausserhalb des Zentrums errichtet.

2. Aushöhlung der verfassungsmässigen Rechte der Grundeigentümer

Die Rechtswirkungen, welche die Rechtsprechung dem ISOS zuerkennt, beschränken das *verfassungsrechtlich geschützte Eigentum* der betroffenen Grundeigentümer (Art. 26 BV). In den beiden Fällen Rüti/ZH und Sarnen verhinderte das ISOS die angestrebten und vom kantonalen Recht zugelassenen baulichen Grundstücksnutzungen. Einschränkungen des Eigentums erfordern eine gesetzliche Grundlage, müssen im öffentlichen Interesse liegen und sich als verhältnismässig erweisen (Art. 36 BV).

55 BGE 135 II 209 E. 5.6 S. 222 (Rüti/ZH).

56 Es müsse abgeklärt werden, ob die Entwicklung des Museums nicht «de manière moins invasive» auf das Stadtbild verwirklicht werden könne; vgl. BGer, Urteil 1C_180/2019 vom 16. März 2021 E. 5, zusammengefasst in: ZBl 123/2022, S. 685 f. (Nyon).

57 Verwaltungsgericht ZH, Urteil VB.2021.00038 vom 28. April 2022 E. 4 (Horgen).

58 BGer, Urteil 1C_482/2012 vom 14. Mai 2014 E. 3.5 (Sarnen I).

59 BGer, Urteil 1C_118/2016 vom 21. März 2017 E. 3 und 4 (Sarnen II).

Wie bereits ausgeführt wird in den Kantonen Fachinventaren nur vorbereitender Charakter und keine rechtliche Verbindlichkeit zugebilligt (vgl. vorne Ziff. II.1). Die Umsetzung des Ortsbildschutzes gegenüber den Grundeigentümern erfolgt in einer separaten Phase durch den Erlass von Schutzmassnahmen (Schutzzone, Unterschutzstellung etc.), für die regelmässig eine gesetzliche Grundlage besteht. Zudem werden in dieser Phase die Erfordernisse des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit der Schutzmassnahmen in einer umfassenden Abwägung mit den privaten Interessen geprüft. Beim ISOS dagegen erfolgt keine solche Umsetzung, da der Bund dafür keine Kompetenz hat. Dementsprechend beruhen die Rechtswirkungen, welche die Rechtsprechung dem ISOS zuerkennt, nicht auf einer für Eigentumsbeschränkungen erforderlichen *gesetzlichen Grundlage*.⁶⁰ Das gilt für Eingriffe in das Eigentum, welche die kantonalen Behörden aufgrund der Berücksichtigungspflicht des ISOS bei ihren Planungen anordnen müssen. Noch störender ist das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage aber in den Fällen, in denen die Erhaltungsziele des ISOS aufgrund der Ausweitung des Begriffs der Erfüllung von Bundesaufgaben zur grundeigentümerverbindlichen Norm geworden sind.⁶¹

Ebenso wenig wird frei geprüft, ob die dem ISOS zuerkannten Rechtswirkungen auf dem bei Eigentumsbeschränkungen vorausgesetzten *öffentlichen Interesse* beruhen und ob sie für die betroffenen Personen *verhältnismässig* sind. Die im ISOS verzeichneten Ortsbilder gelten vielmehr von vornherein als schutzwürdig, und die für sie formulierten Erhaltungsziele sind deshalb einer Abwägung mit entgegenstehenden privaten Interessen entzogen. Der Fall Sarnen illustriert die Konsequenzen für die Grundeigentümer in aller Deutlichkeit: Die weitreichende Eigentumsbeschränkung, die sich für die Obwaldner Kantonalbank aufgrund des ISOS ergab, wurde nie auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft. Das Bundesgericht erklärte vielmehr, mit der Aufnahme in das ISOS stehe die Schutzwürdigkeit eines Objekts bereits fest, die von den kantonalen Behörden noch vorzunehmende Interessenabwägung sei «formell vorstrukturiert und materiell eingeschränkt».⁶² Das Bundesgericht prüfte die Verweigerung der Baubewilligung allein unter dem beschränkten Gesichtswinkel von Art. 6 Abs. 2 NHG, nach dem ein Abweichen von den Schutzzielen des ISOS nur bei entgegenstehenden Interessen ebenfalls von nationaler Bedeutung zulässig ist. Da private Interessen nicht zu den Letzte-

60 Bisher wurde aufgrund des Legalitätsprinzips allein eine nähere Umschreibung der Schutzobjekte und -ziele in einer Rechtsnorm verlangt; vgl. *Dajcar* (Anm. 40), S. 89; *Arnold Marti*, Rechtsgutachten zu Fragen im Zusammenhang mit der geplanten Änderung der Aufnahmemethode bei der Revision von Ortsbildschutzaufnahmen im Rahmen des Bundesinventars der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) vom 18. Februar 2016 zuhanden des Bundesamts für Kultur BAK, S. 11 f. Auch eine solche Norm ist aber keine Grundlage, um dem ISOS Rechtsverbindlichkeit gegenüber privaten Grundeigentümern zu verleihen.

61 Die Art. 3 und 6 NHG sehen allein die Selbstbindung des Gemeinwesens im Bereich des Natur- und Heimatschutzes vor, bilden aber keine Grundlage für Eigentumsbeschränkungen privater Grundeigentümer, soweit diese keine Bundesaufgaben erfüllen (vgl. vorne Ziff. III.2.b).

62 BGer, Urteil 1C_118/2016 vom 21. März 2017 E. 4.2 (Sarnen II).

ren zählen, nahm das Gericht die bei Eigentumsbeschränkungen verfassungsrechtlich gebotene umfassende Interessenabwägung nicht vor. Der in Art. 6 NHG angelegte Vorrang des bundesrechtlichen Ortsbildschutzes schlägt damit auch auf die Stellung der privaten Grundeigentümer durch. Die Überhöhung des Ortsbildschutzes führt zu einer erheblichen Beschneidung des Privateigentums.

Die geltende Ordnung verletzt ebenfalls den Anspruch auf *rechtliches Gehör* (Art. 29 Abs. 2 BV) und *gerichtlichen Rechtsschutz* (Art. 29a BV). Die in den Kantonen übliche Umsetzung der Fachinventare durch Planungsakte, Unterschutzstellungen und andere Massnahmen ermöglicht die Anhörung der betroffenen Eigentümer und eröffnet ihnen die Möglichkeit, sich gegen solche Akte mit Rechtsmitteln zur Wehr zu setzen. Dieser Rechtsschutz entfällt, wenn den Erhaltungszielen des ISOS gegenüber den privaten Grundeigentümern ohne solche Umsetzungsmassnahmen – ja sogar ohne Information und Anhörung (vgl. vorne Ziff. II.1) – Rechtsverbindlichkeit zuerkannt wird. Die Obwaldner Kantonalbank konnte ihre Interessen als private Grundeigentümerin nicht vollumfänglich geltend machen. Sie hatte keine Gelegenheit zu rügen, es bestehe kein hinreichendes öffentliches Interesse, den Perimeter des geschützten Ortsbilds von Sarnen auf ihre Liegenschaft zu erstrecken, oder weniger einschränkende Erhaltungsziele würden für den Ortsbildschutz ausreichen. Denn diese Fragen sind nach der zitierten bundesgerichtlichen Erwägung aufgrund von Art. 6 NHG bereits vorentschieden.⁶³

Mit der beschriebenen Aushöhlung der verfassungsmässigen Rechte verbindet sich schliesslich für die Grundeigentümer eine *grosse Rechtsunsicherheit*. In den Fällen Rüti/ZH und Sarnen waren die Bauherren gezwungen, grosse Summen für die Projektierung auszugeben, ohne die Wirkungen des ISOS auf ihr Vorhaben voraussehen und abschätzen zu können.

3. Zurücksetzung öffentlicher Interessen neben dem Ortsbildschutz

Die dargestellte Anerkennung der rechtlichen Schutzwürdigkeit der im ISOS verzeichneten Objekte und insbesondere der in Art. 6 NHG angelegte Vorrang des Ortsbildschutzes drängen nicht nur private, sondern auch andere öffentliche Interessen über Gebühr zurück. Die zuständigen Behörden haben im Konfliktfall keine Freiheit mehr zu entscheiden, ob ein im ISOS verzeichnetes Ortsbild geschützt oder eine bauliche Verdichtung zugelassen werden soll. Sie sind vielmehr verpflichtet, bei der Planung dem ISOS zumindest in einem gewissen Umfang Rechnung zu tragen und bei der Erfüllung von Bundesaufgaben dessen Vorgaben vollumfänglich zu beachten. Das ursprüngliche Anliegen, dem Ortsbildschutz bei der Erfüllung von Bundesaufgaben den gleichen Stellenwert wie anderen öffentlichen Interessen einzuräumen, hat sich durch die jüngste Rechtsentwicklung zu

⁶³ Vgl. *Karlen* (Anm. 4), S. 462. Auch eine akzessorische Überprüfung des ISOS auf seine Verfassungsmässigkeit vermag entgegen *Marti* (Anm. 4), S. 522, den erforderlichen Rechtsschutz nicht zu gewährleisten. Denn das ISOS stützt sich allein auf fachliche Erwägungen (vgl. vorne Ziff. II.1) und entzieht sich daher einer Überprüfung auf seine Verfassungsmässigkeit.

einer systematischen Überhöhung gegenüber anderen öffentlichen Interessen gewandelt.⁶⁴

Der Fall Sarnen zeigt auch das exemplarisch. Das Bundesgericht misst zwar der Siedlungsverdichtung und der guten Erschliessung mit dem öffentlichen Verkehr nationale Bedeutung zu, lässt beide aber mit der stereotypen Formel hinter den Ortsbildschutz zurücktreten, auch eine im Interesse des Ortsbildschutzes re-dimensionierte Überbauung erlaube noch eine Siedlungsverdichtung und es gebe noch genügend andere Orte mit einer guten öffentlichen Verkehrsanbindung.⁶⁵

Die Auswirkungen der Überhöhung des Natur- und Heimatschutzes werden heute beim Bau von Anlagen für die Energieversorgung als besonders einschneidend empfunden, namentlich bei der Erstellung von Photovoltaikanlagen in den im ISOS verzeichneten Siedlungen oder von Windkraftanlagen in deren Nähe. Da solche Projekte aufgrund der dargestellten Rechtsprechung häufig nur noch schwer zu verwirklichen sind, erklärte der Gesetzgeber das Interesse an der Realisierung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien als *gleichrangig* mit anderen nationalen Interessen⁶⁶ und – was für im ISOS verzeichnete Objekte allerdings kaum relevant sein dürfte – seit Kurzem bei Photovoltaik-Grossanlagen und bei der Erweiterung des Grimselwasserkraftwerks sogar als *grundsätzlich vorrangig*⁶⁷. Der Vorrang des Ortsbildschutzes in der Interessenabwägung wird damit in den genannten Fällen durch eine Vorprägung mit umgekehrten Vorzeichen ganz oder teilweise wieder zurückgenommen.⁶⁸ Dies zeigt in aller Schärfe die Fragwürdigkeit der heutigen Überhöhung des Schutzes der ISOS-Objekte. Würde darauf verzichtet, bräuchte es keine gegenläufige Vorstrukturierung der Interessenabwägung im Energiegesetz. Es bliebe bei der Grundregel, dass die Anliegen des Ortsbildschutzes und entgegenstehende öffentliche und private Interessen sorgfältig gegeneinander abzuwägen sind. Nach ihr verfährt die Rechtspraxis in den Kantonen zum Schutz regionaler und lokaler Ortsbilder, ohne dass wesentliche Defizite festzustellen sind.

64 Dieser Entwicklung liegt die stereotype und heute kaum mehr haltbare Vorstellung zugrunde, der Ortsbildschutz finde mangels einer zahlungskräftigen Lobby bei den Behörden nicht die gebotene Beachtung; vgl. *Arnold Marti*, *Energiewende verstärkt Schutz-Ungleichgewicht im Natur- und Heimatschutz*, ZBl 117/2016, S. 457 f.; *ders.* (Anm. 3), S. 58 f.

65 BGer, Urteil 1C_118/2016 vom 21. März 2017 E. 6 (Sarnen II).

66 Art. 12 Abs. 3 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0).

67 Art. 71a Abs. 1 lit. d und Art. 71b Abs. 1 lit. c EnG; vgl. zur Verfassungsmässigkeit dieses Vorrangs *Giovanni Biaggini*, *Einzelfallabwägung und Gemeinwohlverantwortung: die Lex Gondo-Grensiols-Grimsel* und die Gewaltenteilungsfrage, ZBl 123/2022, S. 629 f.

68 Mit Art. 12 EnG sollen nach dem gesetzgeberischen Willen Projekte für die Energiegewinnung «in den gleichen Stand» gehoben werden wie die Natur- und Heimatschutzanliegen; vgl. Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» vom 4. September 2013, BBl 2013 7665.

V. Ergebnis: Dringender Reformbedarf

Der umstrittene rechtliche Stellenwert des ISOS und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit in der Praxis gehen auf die problematische monumentale Anlage des ISOS und die parallel dazu erfolgte Überhöhung des bundesrechtlichen Ortsbildschutzes durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zurück. Fragwürdig erscheint insbesondere die dem heutigen ISOS zugrunde liegende Leitidee, dass der Ortsbildschutz schweizweit nach einem einheitlichen Massstab auszurichten sei (vgl. vorne Ziff. I.1.a).⁶⁹ Sie steht im Widerspruch zur verfassungsmässigen Kompetenzverteilung, nach welcher der Ortsbildschutz Sache der Kantone ist.

In seiner heutigen Ausgestaltung beschneidet das ISOS in erheblichem Umfang den Handlungsspielraum der Kantone und Gemeinden. Dies führt zudem zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der verfassungsmässigen Rechte der Grundeigentümer und beeinträchtigt die Wahrnehmung öffentlicher Interessen neben dem Ortsbildschutz. Diese Defizite lassen sich entgegen der Auffassung der Bundesbehörden nicht mit Empfehlungen, besserer Kommunikation und Werbetaktionen beheben. Vielmehr erscheint eine Reform der Rechtsgrundlagen des ISOS angezeigt und dringend, zumal eine Änderung der dargestellten, nunmehr fest etablierten Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht zu erwarten ist. Der zurzeit in den Eidgenössischen Räten hängige indirekte Gegenvorschlag, den der Bundesrat zur Biodiversitätsinitiative vorgelegt hat,⁷⁰ bietet die Gelegenheit, den Ortsbildschutz im Bund rasch wieder in eine Form zu bringen, die mit der geltenden Verfassung im Einklang steht.

⁶⁹ Vgl. auch *Heer* (Anm. 5), S. 193.

⁷⁰ Der Nationalrat hat am 21. September 2022 mit 101 gegen 72 Stimmen beschlossen, die Biodiversitätsinitiative den Stimmberechtigten zur Ablehnung zu empfehlen. Zugleich hat er dem indirekten Gegenvorschlag des Bundesrates zu dieser Initiative mit 104 gegen 83 Stimmen zugestimmt; vgl. AB 2022 N 1573.

Planungs- und Baurecht

ZÜRICH

Gestaltungsplan, Gesamtinteressenabwägung; Art. 3, 47 RPV, Art. 11 VISOS, § 83 PBG/ZH. *Anforderungen an die Begründung der Interessenabwägung bei der Sondernutzungsplanung (E. 3.3 und 3.4.3). Pflicht zur Ermittlung, inwieweit der betroffene Gestaltungsplan von der Grundnutzungsordnung abweicht, und zur Vornahme der Interessenabwägung im Hinblick auf diese Abweichung; die Ermittlung der Abweichung war im konkreten Fall ungenügend (E. 3.4.5). Anliegen des Ortsbildschutzes gemäss dem Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS): Das Fehlen einer rechtsgenügenden Berücksichtigung des ISOS im Rahmen der kantonalrechtlichen Nutzungsplanung kann nicht durch eine nachträgliche Prüfung der Frage ersetzt werden, ob das Ergebnis der Planung haltbar wäre, wenn das ISOS berücksichtigt worden wäre (E. 3.5.4).*

(Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 22. März 2022, 1C_328/2020.)

Der Gemeinderat der Stadt Uster setzte im März 2016 den öffentlichen Gestaltungsplan «Spital Uster» mit den Planbestandteilen und Vorschriften vom 11. September 2015 fest und unterstellte diesen der freiwilligen Urnenabstimmung. Die Stimmberechtigten der Stadt Uster stimmten der Vorlage im Juni 2016 zu. Die Baudirektion des Kantons Zürich genehmigte die Festsetzung des Gestaltungsplans im Dezember 2016.

Mehrere Nachbarn wehrten sich gemeinsam gegen den Gestaltungsplan beim Baurekursgericht und daraufhin beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Ihren Rechtsmitteln war bei diesen Instanzen kein Erfolg beschieden.

Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts erheben die unterlegenen Nachbarn *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* beim Bundesgericht. Dieses heisst die Beschwerde *gut* und hebt das angefochtene Urteil wie auch den Gestaltungsplan auf. Aus den *Erwägungen*:

3.3.1 Gemäss Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG; SR 700) haben die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden unter anderem den Grundsatz zu beachten, wonach sich Siedlungen, Bauten und Anlagen in die Landschaft einordnen sollen. Im Rahmen der Nutzungsplanung sind die in Betracht fallenden öffentlichen und privaten Interessen zu erfassen und im Hinblick auf die anzustrebende räumliche Entwicklung im Licht der Ziele und Grundsätze der Raumplanung gegeneinander abzuwägen (Art. 1 und 3 RPG; Art. 2 und 3 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 [RPV; SR 700.1]). Gestützt auf Art. 3 RPV nehmen die Behörden bei der Genehmigung der Nutzungsplanung und entsprechend auch bei einer Sondernutzungsplanung demnach eine umfassende Interessenabwägung vor (BGE 145 II 70 E. 3.2

mit Hinweisen). Für die Nutzungsplanung präzisiert Art. 47 RPV die Anforderungen an die Entscheidungsbegründung (vgl. *Aemisegger/Kissling*, in: *Aemisegger u.a.* [Hrsg.], *Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung*, 2016, Vorbemerkungen zur Nutzungsplanung, Rz. 20 f.).

Die Anforderungen an einen erläuternden Bericht zu einem Gestaltungsplan werden auch in der Checkliste vom April 2015 für den Erläuternden Bericht nach Art. 47 RPV des kantonalen Amtes für Raumentwicklung im ersten Absatz erwähnt: «Zentral ist es, fundierte Interessenabwägungen zu formulieren (vgl. Art. 3 RPV). [Worauf Art. 3 RPV wörtlich wiedergegeben wird.]» Im Merkblatt vom November 2012 zum Gestaltungsplan, von der gleichen Behörde, wird auf S. 4 unter dem Titel «Bericht nach Art. 47 RPV» und dem Untertitel «Erläuterungen zu den Planungsinhalten» u.a. angeführt: «Die Abweichungen zur bestehenden Grundordnung müssen aufgeführt werden.» Unter dem Untertitel «Interessenabwägung» steht: «Allfällige Interessenskonflikte sind aufzuzeigen und gegeneinander abzuwägen. Die Gewichtung ist nachvollziehbar zu begründen.»

3.3.2 Die relative Gewichtung der potenziell widerstreitenden Interessen ist jedoch weitgehend eine Ermessensfrage, in welche das Bundesgericht nur eingreifen kann, wenn das Planungsermessen entweder über- bzw. unterschritten oder willkürlich ausgeübt worden ist. Das Bundesgericht auferlegt sich insbesondere Zurückhaltung, soweit die Beurteilung von einer Würdigung der örtlichen Verhältnisse abhängt, wie namentlich bei der Überprüfung von Raumplänen (Art. 2 Abs. 3 RPG; BGE 140 I 168 E. 4.2.1; 134 II 97 E. 3.1; 119 Ia 362 E. 3a und 5a; Urteil des Bundesgerichts 1C_270/2019 vom 27. Februar 2020 E. 3.2; je mit Hinweisen).

Da eine sachgerechte Anfechtung und Überprüfung von Ermessensentscheidungen nur möglich ist, wenn die zuständige Instanz die Gründe für ihren Entscheid darlegt, sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umso strengere Anforderungen an die Begründung zu stellen, je grösser der Ermessensspielraum ist, welcher der Behörde eingeräumt wird, und je vielfältiger die tatsächlichen Voraussetzungen sind, die bei der Betätigung des Ermessens zu berücksichtigen sind (BGE 142 II 324 E. 3.6; 129 I 232 E. 3.3; 112 Ia 107 E. 2b; 104 Ia 201 E. 5g; je mit Hinweisen). Diese Begründungsanforderungen dienen darüber hinaus der Selbstkontrolle der Behörde; sie sollen dazu beitragen, die Entscheidungsfindung offenzulegen, und zu verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Erwägungen leiten lässt (BGE 129 I 232 E. 3.3; 112 Ia 107 E. 2b; je mit Hinweisen).

3.4 Gemäss § 83 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zürich vom 7. September 1975 (PBG/ZH; LS 700.1) werden mit Gestaltungsplänen für bestimmte umgrenzte Gebiete Zahl, Lage, äussere Abmessungen sowie die Nutzungsweise und Zweckbestimmung der Bauten bindend festgelegt, wobei von den Bestimmungen über die Regelbauweise und von den kantonalen Mindestabständen abgewichen werden darf. Die geltend gemachte Verletzung von Art. 3 RPV betrifft insbesondere die Lage und die äusseren Abmessungen der durch den Ge-

staltungsplan ermöglichten Bauten, womit Kernpunkte eines Gestaltungsplans betroffen sind. Die Rüge, dass sowohl öffentliche als auch private Interessen weder ermittelt noch berücksichtigt wurden und die Interessenabwägung im Hinblick auf die Festlegung des Gestaltungsplans damit rechtlich ungenügend war, betrifft zudem den Kern der Interessenabwägung. Die behauptete Falschdarstellung der rechtlichen Lage stellt die Möglichkeit einer rechtsgenügli­chen Interessenabwägung grundsätzlich infrage.

3.4.1 Eine rechtsgenügli­che, umfassende Interessenabwägung unter Einschluss der Interessen der Anwohnerschaft findet sich entgegen der Ansicht der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin im Planungsbericht nicht. Nur folgende Aussagen zur Dimensionierung und Platzierung der geplanten Gebäude sind darin enthalten:

«Die Spitalanlage Uster überzeugt in ihrer Ausrichtung auch heute noch. Der geplante Neubau betont diese Qualitäten und stärkt sie. Er wendet sich dem bestehenden Hauptgebäude in leichter Drehung zu und fasst mit ihm zusammen den Spitalpark.

Der Neubau übernimmt die Struktur des bestehenden Baus, die den Kontrast von räumlicher Nähe und Weite – Konzentration und Grosszügigkeit – betont, und entwickelt sie konsequent weiter: So treten vor die kompakten, um einen Innenhof angeordneten Untersuchungs- und Behandlungsbereiche parkseitig die Pflgetrakte mit den Patientenzimmern. Vofn] jedem Bett lässt sich die weite Aussicht geniessen – auf den umgebenden Park, das Schloss Uster und die Alpen.»

Der Aussenbezug bleibt einseitig, die Interessen der Anwohnerschaft werden nicht erwähnt. Auch die übrigen Ausführungen zur Dimensionierung und Platzierung der geplanten Gebäude wirken, als gäbe es keine angrenzende, überbaute Quartierstruktur, die es zu berücksichtigen gälte. Einzig die Ausführungen in Bezug auf den Schattenwurf nehmen die angrenzenden Häuser in den Blick, um festzustellen, dass keine wesentliche Beeinträchtigung durch Schattenwurf im Sinne von § 284 PBG/ZH und § 30 der Allgemeinen Bauverordnung des Kantons Zürich vom 22. Juni 1977 (ABV/ZH; LS 700.2) vorliege. Eine eigentliche Berücksichtigung der Interessen der Anwohnerschaft bei der Dimensionierung und Platzierung der Gebäude ist nicht zu erkennen. Daran ändert auch nichts, dass sich der Planungsbericht, wie die Vorinstanz bemerkt, mit den Rahmenbedingungen für den Ausbau des Rehabilitationsangebots auseinandersetzt, mit dem Mobilitätskonzept, mit den Anforderungen an die Parkierung, mit der Architektur, dem Verkehr, dem Freiraum und der Umwelt. Von einer Interessenabwägung kann auch nicht aufgrund von Art. 8 der Gestaltungsplanvorschriften abgesehen werden, welcher vorsieht, dass «Bauten, Anlagen, Umschwung und Terrainveränderungen [...] für sich und in ihrem Zusammenhang mit der baulichen und landschaftlichen Umgebung so zu gestalten [sind], dass eine besonders gute Gesamtwirkung erreicht wird», denn dabei handelt es sich lediglich um eine abstrakte, von einem konkreten Bauprojekt losgelöste Aussage. Ebenfalls nichts daran zu

ändern vermag das Argument, dass sämtliche privaten Einwendungen im Bericht zu den Einwendungen beantwortet worden seien und über den öffentlichen Gestaltungsplan eine Urnenabstimmung durchgeführt worden sei.

3.4.2 Auch aus dem angefochtenen Entscheid und den übrigen Akten ist nicht ersichtlich, dass vorliegend eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen wurde. Vielmehr scheint sich die Vorinstanz damit zu begnügen, dass öffentliche Interessen an der Spitalerweiterung gemäss dem öffentlichen Gestaltungsplan «erwogen» worden seien. Weiter stellt sich die Vorinstanz offenbar auf den Standpunkt, es genüge im Lichte von Art. 3 RPV, wenn das Abwägungsergebnis «im Einklang mit den Planungsgrundsätzen, dem übergeordneten Recht, der übergeordneten Planung sowie nicht offensichtlich unangemessen und unzweckmässig» sei. Die Behörden scheinen allgemein davon ausgegangen zu sein, dass es vorliegend nicht notwendig gewesen sei, eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. So ist im «Öffentliche[n] Gestaltungsplan <Spital>, Uster, Bericht zu den Einwendungen» vom 11. September 2015 zum Begehren Nr. 24 zu lesen, die Interessenabwägung gemäss Art. 3 RPV sei bereits im Rahmen der Revision der Ortsplanung mit der Bezeichnung der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen sowie den Sonderbauvorschriften für das Gebiet Wageren erfolgt – was Planungen betrifft, die bereits lange zurückliegen (dazu hinten E. 3.4.4). Ähnlich argumentiert das Baurekursgericht:

«Selbstredend haben in den letzten Jahrzehnten verschiedene Interessenabwägungen bereits im Rahmen der Festsetzung bzw. Revision der Nutzungsplanung (BZO) samt Sondernutzungsplanung (SBV Wageren) stattgefunden. Diese sind im vorliegenden Fall insofern von Bedeutung, als sie offenkundig die Grundlage für das heute bestehende Spital bildeten. Aus der von den Rekurrierenden eingehend recherchierten Entstehungsgeschichte der heutigen Grundnutzungsordnung samt SBV Wageren lässt sich indes nicht nachvollziehbar ableiten, inwiefern es dem hier massgeblichen Gestaltungsplan daselbst an einer Interessenabwägung fehlen sollte. Das Ergebnis der legislatorischen Arbeit der letzten Jahrzehnte ist selbstredend in die heute geltende Grundnutzungsordnung (BZO, SBV Wageren samt dem besonders thematisierten Art. 3 betreffend Mehrlängenzuschläge) eingeflossen. Diese Grundnutzungsordnung ist als gegeben hinzunehmen und nachfolgend nur – aber immerhin – insofern von Relevanz, als sich im Lichte des BGE Rütli die Frage nach der Zulässigkeit der mit dem Gestaltungsplan ermöglichten Abweichungen von ihr stellt.»

Das Verwaltungsgericht stützt diese Argumentation des Baurekursgerichts.

3.4.3 Die vorinstanzlichen Ausführungen scheinen eher auf die Zulässigkeit des Gestaltungsplans im Lichte von § 83 und 84 PBG/ZH ausgerichtet zu sein als auf die von den Beschwerdeführern bestrittene Rechtmässigkeit der Interessenabwägung nach Art. 3 RPV. So verlangt § 84 PBG/ZH für die Festsetzung eines öffentlichen Gestaltungsplans bloss, dass «daran ein wesentliches öffentliches Interesse besteht». Bei der von Art. 3 RPV geforderten Interessenabwägung geht es demgegenüber entgegen der Ansicht des Baurekursgerichts nicht um die Defini-

tion des äusseren Rahmens, in welchem ein Gestaltungsplan noch zulässig ist, sondern um eine umfassende Abwägung aller in Betracht fallenden öffentlichen und privaten Interessen (vorne E. 3.3.1). Selbst wenn das öffentliche Interesse am Gestaltungsplan unbestritten ist und dieser in einer Volksabstimmung klar angenommen wurde, reicht es daher entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts nicht aus, das öffentliche Interesse im Rahmen der Interessenabwägung zu «erwägen». Abzuwägen sind vielmehr sämtliche relevanten, für und wider den öffentlichen Gestaltungsplan «Spital Uster» sprechenden öffentlichen und privaten Interessen. Dabei genügt es entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts ebenfalls nicht, allein das Abwägungsergebnis zu beurteilen. Gerade bei der von offenen Normen geprägten Nutzungsplanung wirkt die Interessenabwägung selbst rechtsbildend. Zur Überprüfung der Richtigkeit des Entscheidungsinhalts ist daher grundsätzlich die Interessenabwägung, die zu dieser Entscheidung geführt hat, massgeblich einzubeziehen. Dies bedingt, dass die zuständige Behörde die wesentlichen Schritte ihrer Interessenabwägung (Ermittlung, Beurteilung und Optimierung der Interessen) offenlegt (Art. 3 RPV; Urteil des Bundesgerichts 1C_100/2020 vom 28. Juni 2021 E. 4.2.4; *Pierre Tschannen*, in: Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen: Praxiskommentar RPG, Richt- und Sachplanung, Interessenabwägung, 2019, N. 34 f. zu Art. 3 RPG; vgl. vorne E. 3.3.2).

3.4.4 Soweit die Behörden und Vorinstanzen auf «in den letzten Jahrzehnten» vorgenommene Interessenabwägungen verweisen, die in die geltende Grundnutzungsordnung «eingeflossen» seien, entbindet sie dies nicht von der Pflicht, die vorgesehene, konkrete Gestaltung einer umfassenden Interessenabwägung nach Art. 3 RPV zu unterziehen. Verweisungen auf Interessenabwägungen, die im Rahmen früherer Festlegungen vorgenommen wurden, sind zwar nicht von vornherein unzulässig. Es bedarf jedoch wenigstens einer Auseinandersetzung mit der Frage, inwiefern die damaligen Annahmen im Zeitpunkt der Beurteilung noch zutreffen und den streitigen öffentlichen Gestaltungsplan zu stützen vermögen, zumal die mutmasslichen Interessenabwägungen vorliegend im Jahre 1994 oder gar 1986 und damit vor geraumer Zeit vorgenommen worden sein sollen. Eine solche Auseinandersetzung wurde vorliegend unterlassen.

3.4.5 Mit einem Gestaltungsplan wird eine städtebaulich, architektonisch und wohnhygienisch einwandfreie Gesamtüberbauung angestrebt und zu diesem Zweck eine Spezialbauordnung aufgestellt. Gemäss § 83 Abs. 1 PBG/ZH darf mit diesem Instrument von den Bestimmungen über die Regelbauweise (und von den kantonalen Mindestabständen) abgewichen werden. Die Anforderungen und das Ausmass der zulässigen Abweichungen von der Grundnutzungsordnung mit einem Gestaltungsplan werden im kantonalen Recht nicht näher umschrieben. Gleichwohl dürfen die Abweichungen nicht dazu führen, dass die planerisch und demokratisch abgestützte Grundordnung ihres Sinngehalts entleert würde (zum Ganzen BGE 135 II 209 E. 5.2 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 1C_200/2018 vom 20. März 2019 E. 4.3, in: ZBl 123/2022, S. 206).

Bei der Festlegung eines Gestaltungsplans ist daher zu ermitteln, inwieweit dieser von der Grundordnung abweicht. So ist im erläuternden Bericht zum Gestaltungsplan darzulegen, wie sich die Rechtslage durch dessen Inkraftsetzung im Vergleich zur geltenden Grundordnung ändern wird (vgl. vorne E. 3.3.1). Die Interessenabwägung nach Art. 3 RPV hat im Hinblick auf diese Abweichung von der Grundordnung zu erfolgen. Die Anforderungen hängen dabei von ebendieser Abweichung ab. Je grösser die Abweichung, umso höher sind die Anforderungen an deren Begründung (vgl. vorne E. 3.3.2). Selbst wenn die Interessenabwägung in Bezug auf die Grundnutzung noch aktuell und damit rechtsgenüchlich wäre (vgl. E. 3.4.4), müsste die Abweichung des Gestaltungsplans von der Grundordnung somit ihre Stütze in einer umfassenden Interessenabwägung finden. Die ausführlichen Vorbringen der Beschwerdeführer über die bisherige Grundnutzung und die mit dem öffentlichen Gestaltungsplan herbeigeführten Abweichungen sind daher relevant. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz darauf nicht eingeht, zumal sie sich ausdrücklich auf die von den Beschwerdeführern bestrittene Auslegung der bisher geltenden Rechtslage stützt, um zu begründen, dass eine Interessenabwägung bereits bei der Festlegung der Sonderbauvorschriften Wageren vorgenommen worden sei. Vor diesem Hintergrund darf die Vorinstanz etwa die Mehrlängenzuschläge gemäss Art. 3 Abs. 2 der Sonderbauvorschriften nicht mit dem Argument ausser Acht lassen, dass diese im Planungsprozess nie Thema gewesen seien und davon auszugehen sei, dass bekannt war, dass diese Vorschrift mit dem Gestaltungsplan keine Anwendung mehr finden würde.

Inwieweit der angefochtene Gestaltungsplan von der bestehenden Grundordnung samt Sonderbauvorschriften abweicht, geht weder aus dem Planungsbericht noch aus dem angefochtenen Entscheid hervor. Es fehlt daher bereits an einer korrekten Erfassung der Grundordnung und der mit dem Gestaltungsplan beabsichtigten Abweichung von dieser. So gingen die Behörden von Beginn weg (bereits beim Projektwettbewerb) davon aus, dass die geltende Grundordnung mit den Sonderbauvorschriften Wageren die kommunal grösstmögliche Freiheit für den Bau neuer Gebäude zulies.

Die Beschwerdeführer haben dies von Beginn weg bestritten und ihre Einwendungen im Laufe der Verfahren mit zahlreichen Dokumenten belegt. Sie machen zusammengefasst geltend, dass die maximal zulässige Gebäudehöhe bisher – seit 1984 – 18 m betrug, wogegen die Behörden durchwegs von 25 m ausgegangen seien. Zudem weisen sie darauf hin, dass auch noch Mehrlängenzuschläge gegolten hätten, welche sie als Nachbarn vor Riegelbauten (wie der geplanten) geschützt hätten. Konkret argumentieren sie, dass sich die maximal zulässige Gebäudehöhe auf dem Spitalgelände aus der Kombination der Regelungen der kommunalen Bau- und Zonenordnung, der kommunalen Sonderbauvorschriften Wageren und des PBG/ZH ergebe. Im Jahr 1984, als die Sonderbauvorschriften Wageren festgesetzt wurden, bzw. im Jahr 1986, als diese durch den Regierungsrat genehmigt wurden, sei die maximale Geschosshöhe gegenüber der damaligen Zone W3, in welcher sich das Spitalgelände befand, durch die Sonderbauvorschriften zwar ge-

genüber der kommunalen Bau- und Zonenordnung «nach oben offen» reglementiert gewesen. Das PBG/ZH habe die Geschosshöhe in Uster als halbstädtischem Gebiet damals aber auf fünf beschränkt. Mit der Revision der Sonderbauvorschriften Wageren im Jahr 1994 und der vorgängigen Revision des PBG/ZH im Jahr 1992 habe sich das Zusammenspiel der kommunalen und kantonalen Regelungen zur Bestimmung der maximalen Gebäudehöhe geändert. Das PBG/ZH habe neu auch in Uster maximale Gebäudehöhen von 25 m zugelassen. Mit den geltenden Sonderbauvorschriften wären damit aufgrund der kantonalen Gesetzgebung neu 25 m hohe Bauten auf dem Spitalgelände möglich geworden. Das habe der Gemeinderat aber ausdrücklich nicht gewollt, weshalb die Sonderbauvorschriften Wageren 1994 revidiert wurden und die maximale Geschosshöhe an jene der Zone für öffentliche Bauten (maximal fünf Geschosse) angebunden worden sei. Das Spitalgelände selber sei zwischenzeitlich von einer Zone W3 in eine Zone für öffentliche Bauten umgezont worden. Diese Situation gelte auch heute noch.

Dieser gut dokumentierten Darstellung der Rechtslage setzen die Behörden und die Vorinstanzen keine abweichende Darstellung gegenüber. Vielmehr scheint die Vorinstanz der Darstellung der bisherigen Rechtslage – und damit auch der Abweichung des Gestaltungsplans von dieser – keine weitere Bedeutung zuzumessen. Angesichts der plausibel gemachten, wesentlichen Abweichung von der Grundordnung vereitelt der Umstand, dass unterlassen wurde, die Abweichung des Gestaltungsplans von der Grundnutzungsordnung darzustellen, geradezu eine seriöse Interessenabwägung. Die wiederholt seitens der Behörden und Gerichte vertretene Ansicht, dass eine umfassende Interessenabwägung nicht oder nicht mehr vorgenommen werden müsse (vgl. vorne E. 3.4.1–3.4.4), dürfte eng damit zusammenhängen.

3.5 Das Fehlen einer rechtsgenügenden, umfassenden Interessenabwägung zeigt sich auch in Bezug auf die Rüge der Beschwerdeführer, dass das ISOS bei der Planung nicht berücksichtigt worden sei.

3.5.1 Die Stadt Uster ist seit dem 1. Oktober 1981 als verstädert Dorf im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung ISOS aufgenommen (vgl. Anhang 1 der Verordnung vom 13. November 2019 über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz [VISOS; SR 451.12]). Beim ISOS handelt es sich um ein Inventar von Objekten von nationaler Bedeutung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451). Durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Masse die ungeschmälerterte Erhaltung, jedenfalls aber die grösstmögliche Schonung verdient (Art. 6 Abs. 1 NHG). Diese Schutzbestimmung gilt indes, wie Art. 6 Abs. 2 NHG festhält, lediglich bei der Erfüllung von Bundesaufgaben in unmittelbarer Weise. Den Behörden kommt bei der Festlegung eines Gestaltungsplans ein weiterer Gestaltungsspielraum zu. Im Rahmen dieses Gestaltungs-

spielraumes sind auch die Aspekte des Ortsbildschutzes gemäss der Grundnutzungsordnung zu beachten und die Schutzanliegen des ISOS in die Interessenabwägung einzubeziehen (BGE 147 II 351 E. 4.3; 135 II 209 E. 5.2 mit Hinweisen; vgl. die ausdrückliche Berücksichtigungspflicht in Art. 11 VISOS bzw. Art. 4a der vorher geltenden gleichnamigen Verordnung vom 9. September 1981 [AS 1981 1680 und AS 2010 1593, 1597]).

Das NHG enthält keine förmlichen Anforderungen, wie den Anliegen des ISOS Rechnung zu tragen ist (BGE 135 II 209 E. 3). In materieller Hinsicht bedeutet eine hinreichende Berücksichtigung des ISOS, dass die einzelnen Einträge zu beachten und gegen allfällige entgegenstehende Interessen wie etwa das Bedürfnis nach Wohnraum und den Grundsatz der inneren Verdichtung (Art. 1 Abs. 2 lit. a^{bis} und Art. 3 Abs. 3 lit. a^{bis} RPG) abzuwägen sind. Dabei genügt es nicht, wenn die ISOS-Einträge nur wiederholt werden; vielmehr müssen sie ernsthaft in die Überlegungen einbezogen werden. Auch reicht es nicht aus, die entgegenstehenden Interessen bloss generell anzurufen, sondern es muss geprüft werden, welches Gewicht ihnen unter den jeweiligen konkreten Umständen zukommt (zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 1C_100/2020 vom 28. Juni 2021 E. 3 mit Hinweis).

3.5.2 Das vom vorliegenden Fall betroffene Spitalareal befindet sich im rechtsgültigen ISOS (Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Bundesamt für Kultur [Hrsg.]: Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz ISOS, Kanton Zürich, Band 2, Oberland, Winter 2014/2015, S. 193–228) in der Umgebungszone XII: «Bebauung am Hang des Rehbüels». Die Umgebungszone XII umgreift «Wohnhäuser, Mehrfamilienhaussiedlungen» sowie «verschiedene Spital- und Heimareale, vor allem aus der zweiten Hälfte des 20. Jh.». Das Spitalareal ist darin als Hinweis 0.0.14 vermerkt und wird als «mehnteiliger Komplex mit markantem Flügel von 1933 und sechsgeschossigem Flachdachtrakt der 1960er-Jahre [mit] spätere[n] Erweiterungen» beschrieben. Es enthält unter anderem das «ehemalige Absonderungshaus mit Walmdach von 1920». Die Umgebungszone XII weist gemäss Bundesinventar eine gewisse Bedeutung für das Ortsbild von Uster auf. Ihr wurde das Erhaltungsziel «b» zugewiesen, d.h. das ISOS empfiehlt, die Eigenschaften, die für die angrenzenden Ortsbildteile wesentlich sind, zu erhalten. Wie das Bundesamt für Kultur (BAK) in seiner Vernehmlassung ausführt, entsprechen gemäss ISOS-Methode die Hinweise wertneutralen Bezeichnungen für Sachverhalte oder Elemente, die einer Lokalisierung im Ort bedürfen.

3.5.3 Aufgrund der Akten haben das Bundesamt für Kultur (BAK) wie – prima vista – bereits das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) festgestellt, dass im vorliegenden Fall keine Auseinandersetzung mit den Interessen des Ortsbildschutzes im Sinne des ISOS stattgefunden hat. Im Rahmen der Vorkonsultation zum öffentlichen Gestaltungsplan «Spital Uster» begrüsst zwar das Amt für Raumentwicklung des Kantons Zürich in seiner Stellungnahme vom 9. Juli 2015 ausdrücklich «die aus Sicht Ortsbild und Städtebau sehr sorgfältige und umsich-

tige Vorgehensweise bei der Erweiterung des Spitals». Diese Aussage werde, wie das Bundesamt für Kultur festhält, jedoch nicht weiter detailliert. Auch aus dem Planungsbericht gehe nicht hervor, dass eine Auseinandersetzung mit den Anliegen des ISOS stattgefunden habe. Das Bundesamt für Kultur (BAK) zieht die Feststellung der Vorinstanz in Zweifel, mit dem Ziel des Erreichens einer besonders guten Gesamtwirkung gemäss Art. 8 der Gestaltungsplanvorschriften werde den Interessen des ISOS genügend Rechnung getragen. Auch der Umstand, dass das Areal im ISOS bereits als Spitalareal erfasst sei, ergebe nicht zwingend, dass die durch das ISOS verkörperten öffentlichen Interessen sachgerecht berücksichtigt worden seien.

3.5.4 Eine fehlende (rechtsgenügende) Berücksichtigung des ISOS im Rahmen der Nutzungsplanung kann auch nicht durch eine nachträgliche Prüfung der Frage ersetzt werden, ob das Ergebnis der Planung haltbar wäre, wenn das ISOS berücksichtigt worden wäre (vorne E. 3.4.3; Urteil des Bundesgerichts 1C_100/2020 vom 28. Juni 2021 E. 4.2.4). Mangels einer in den wesentlichen Zügen erkennbaren rechtsgenügenden Interessenabwägung ist es auch nicht ausschlaggebend, dass es sich nach Dafürhalten des Bundesamts für Kultur im konkreten Fall um einen leichten Eingriff ins Ortsbild handelt. Bei den durch das ISOS verkörperten öffentlichen Interessen handelt es sich um weitere Interessen, deren Berücksichtigung in einer von Art. 3 RPV verlangten umfassenden Interessenabwägung vorliegend fehlt.

3.6 Wie bereits verschiedentlich erwähnt, setzt sich die Vorinstanz mit den Vorbringen der Beschwerdeführer ungenügend auseinander. So geht sie nicht darauf ein, dass vorliegend namentlich die privaten Interessen bei der vorgeschriebenen Interessenabwägung nach Art. 3 RPV nicht bzw. nicht genügend ermittelt und berücksichtigt worden seien (vorne E. 3.4). Trotz entsprechender, ausführlich begründeter Rügen befasst sich die Vorinstanz zudem nicht mit der Rechtslage vor Inkrafttreten des angefochtenen öffentlichen Gestaltungsplans und der mit dem angefochtenen Gestaltungsplan einhergehenden Abweichung davon; dies obwohl die Interessenabwägung zur Festsetzung eines Gestaltungsplans voraussetzen würde, dass die ins Auge gefasste Rechtsänderung offengelegt wird (vorne E. 3.4.5). Die Vorinstanz hält die zahlreichen Hinweise darauf, dass im ganzen Verfahren auf unzutreffende rechtliche Rahmenbedingungen abgestützt worden sei, für «in keiner Weise nachvollziehbar». Ihr wiederholter Hinweis darauf, dass ansonsten sämtliche mit der Sache befassten Experten, das kantonale Amt für Raumentwicklung, die Parlamentarier der Stadt Uster und die Stimmberechtigten von falschen Grundlagen ausgegangen sein müssten, ist unbehelflich. Auch der Hinweis darauf, dass die Beschwerdeführer selbst davon ausgingen, die maximal zulässige Gebäudehöhe sei mit den Rechtsänderungen in den Jahren 1986 und 1994 nicht geändert worden, taugt nicht als Begründung dafür, dass sie rechtlich nicht von Bedeutung seien. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund unhaltbar, dass die Beschwerdeführer geltend machen, die maximale Gebäudehöhe habe seit

1986 bei 18 m gelegen; die Behörden seien jedoch durchgehend von 25 m ausgegangen. Angesichts dieser Umstände erscheint es als zweifelhaft, dass der Anspruch der Beschwerdeführer auf rechtliches Gehör gewahrt wurde. Angesichts der Verletzung von Art. 3 RPV ist dies jedoch nicht weiter zu prüfen.

Kommentar von Dr. iur. *Michael Pletscher*, Rechtsanwalt, Aarau/Basel

Die Raumentwicklung verkörpert eine zukunftsorientierte, gestaltende Aufgabe. Die Rechtsetzung begegnet dieser Aufgabe primär mit Finalnormen, zumal sich die vielfältige Erscheinung «Raum» mit einer überschaubaren Zahl von (bestimmten) Konditionalnormen nicht erfassen liesse. Final strukturierte Normen definieren nicht, welches die Rechtsfolgen erfüllter Tatbestandsvoraussetzungen sind. Entsprechend vermittelt das in Gesetzen und Verordnungen verankerte Raumplanungs- und Baurecht den rechtsanwendenden Behörden typischerweise beträchtliche Handlungsspielräume. Das mit der offenen Normierung einhergehende rechtsstaatliche Defizit wird kompensiert, indem das Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700) zwischen dem unbestimmten Rechtssatz – im Ausgangspunkt – und der tatsächlich realisierten Nutzung und Gestaltung des Raums – im Ergebnis – einen zwar durchlässigen, offenen und toleranten, jedoch strukturierten Planungsprozess in der Gestalt der planungsrechtlichen Entscheidungsfolge (Richtplan – Nutzungsplan – allenfalls Sondernutzungsplan – Baubewilligung) vorschreibt. Ausserdem verlangt das Bundesrecht einen umfassenden Interessenausgleich, sobald im Anwendungsbereich von Handlungsspielraum vermittelnden Vorschriften raumwirksame Entscheidungen getroffen werden, und zwar auf sämtlichen Stufen der Entscheidungsfolge (Art. 3 Abs. 1 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 [RPV; SR 700.1]). Entscheidungsfolge und Abwägung gewährleisten, dass das für eine bestimmte raumwirksame Aufgabe zuständige Organ den verbleibenden Handlungsspielraum einerseits stufengerecht und andererseits argumentativ kontrolliert präzisiert.

Damit sich Betroffene und Kontrollstellen – und nicht zuletzt der Entscheidungsträger selbst – von den vermeintlich überwiegend positiven Auswirkungen sowie von den angeblich unvermeidbaren negativen Begleiterscheinungen der Entscheidung überzeugen können, ist der Entscheidungsträger gehalten, das Abwägungsprozedere offenzulegen (Art. 3 Abs. 2 RPV). Auf Stufe Nutzungs- bzw. Sondernutzungsplanung bietet der unverzichtbare (Planungs-, Begleit- oder wie auch immer betitelte) Bericht nach Art. 47 RPV die ideale Plattform. Im vorliegenden Urteil bestätigt das Bundesgericht, dass die umfassende Interessenabwägung bei der Erfüllung von raumwirksamen Aufgaben – konkret geht es um eine Nutzungs-, Sondernutzungs- bzw. Gestaltungsplanung – unerlässlich ist. Auf die Ursachen geht es nicht im Einzelnen ein (E. 3.3.1). Zudem hält es fest, dass der Abwägungsvorgang publik zu machen ist, und nennt im Wesentlichen die vorstehend angeführten Gründe (E. 3.3.1–3.3.2).

Ein Gestaltungsplan muss – wie jede andere staatliche Massnahme – auf einem öffentlichen Interesse fussen. Dies erhellt das gleichlautende, namentlich in Art. 5 Abs. 1 Satzteil 1 BV positivierte Prinzip. Dass für den öffentlichen Gestaltungsplan ein einfaches öffentliches Interesse nicht genügt, sondern ein wesentliches öffentliches Interesse notwendig ist, setzt § 84 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zürich vom 7. September 1975 (PBG/ZH; LS 700.1) voraus. Wenn der Entscheidungsträger, das Baurekurs- und das Verwaltungsgericht ein wesentliches öffentliches Interesse begründen, tragen sie zwar Art. 5 Abs. 1 Satzteil 1 BV und § 84 Abs. 1 PBG/ZH Rechnung. Allerdings hat damit noch kein und schon gar kein transparenter umfassender Interessenausgleich im Sinne von Art. 3 RPV stattgefunden. Hierfür müssten insbesondere auch die gegenläufigen öffentlichen und privaten Interessen ermittelt und gewichtet werden (Art. 3 Abs. 1 lit. a und b RPV). Es wäre aufzuzeigen, dass die im Gestaltungsplan definierte Nutzung nicht nur den mit dem Spitalneubau verbundenen Anliegen, sondern sämtlichen beteiligten Interessen insgesamt die maximale Geltung einträgt (Art. 3 Abs. 1 lit. c RPV). In diesem Zusammenhang wäre nicht zuletzt dem Umstand Rechnung zu tragen gewesen, dass die Eigenschaften der gestaltungsplanbetroffenen Umgebung, welche für die angrenzenden Ortsbildteile wesentlich sind, laut ISOS erhalten werden müssen. Die diesbezüglichen Erwägungen des Bundesgerichts überzeugen (E. 3.4.3 und 3.5).

Interessen unterliegen einem stetigen Wandel. Ein Bestreben, das früher als äusserst gewichtiges öffentliches Interesse gegolten hat, kann heute bedeutungslos sein. Folgerichtig ersetzen vor Jahren oder gar Jahrzehnten vorgenommene Abwägungen das umfassende Abwägungsprozedere im Entscheidungszeitpunkt, hier bei Gestaltungsplanerlass, nicht oder jedenfalls nicht gänzlich. Hinzu kommt, dass der Gestaltungsplan Spital Uster die Vorgaben der Grundordnung und der Sonderbauvorschriften (sinnigerweise) nicht einfach übernimmt, sondern nicht unerheblich davon abweicht. Hinsichtlich der Abweichungen hat mit anderen Worten bisher nie ein Interessenausgleich stattgefunden – zumindest keiner, der von Genehmigungs- und Rechtsmittelinstanzen sowie Privaten auf seine Plausibilität überprüft werden konnte. Auch diesbezüglich ist dem Bundesgericht zuzustimmen (E. 3.4.4–3.4.5).

Das vorliegende Bundesgerichtsurteil wirft aber auch Fragen auf:

Das Bundesgericht möchte den Grundsatz, wonach Abweichungen nicht dazu führen dürfen, dass die planerisch und demokratisch abgestützte Grundordnung ihres Sinngehalts entleert wird, auch im Fall des Gestaltungsplans Spital Uster anwenden (E. 3.4.5). In einem jüngst in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil hat das Bundesgericht festgelegt, was unter einem projektbezogenen Gestaltungsplan zu verstehen ist (BGE 148 II 139 E. 8.2 S. 149). Demnach bezweckt der projektbezogene Gestaltungsplan die aus Sicht der Allgemeinheit bedeutsame Realisierung eines planungspflichtigen Einzelvorhabens, welches in der geplanten Gestalt am fraglichen Standort unverzichtbar oder an anderen Orten zumindest nicht zweckmässig erscheint. Demgegenüber zielt der Gestaltungsplan i.e.S. –

im Schrifttum ist diesbezüglich auch vom klassischen Sondernutzungsplan, Detailnutzungsplan oder ergänzenden Sondernutzungsplan die Rede (*Heinz Aemisegger/Samuel Kissling*, in: Heinz Aemisegger et al. [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich/Basel/Genf 2016, Vorbemerkungen zur Nutzungsplanung N 61; *Peter Heer*, Die raumplanungsrechtliche Erfassung von Bauten und Anlagen im Nichtbaugelände: Unter besonderer Berücksichtigung von Nutzungsplan und Ausnahmegewilligung, Diss. Zürich, Zürich 1996, S. 147; *Niklaus Spori*, Das Verhältnis des Sondernutzungsplans zum Rahmennutzungsplan, Inforum 2009/3, S. 9 f.) – auf die städtebaulich einwandfreie Anordnung, Gestaltung und Nutzung von neuen oder in abgeänderter Form zu realisierenden Bauten, Anlagen und mehr oder weniger natürlichen Freiräumen ab. Der Gestaltungsplan Spital Uster weist die Merkmale eines projektbezogenen Gestaltungsplans auf. Die von der Grundordnung abweichenden Bestimmungen dieser Gestaltungsplanart müssen zwar der umfassenden Interessenabwägung standhalten; hingegen kann – anders als beim Gestaltungsplan i.e.S. – nicht Voraussetzung sein, dass die geplanten Abweichungen die Grundordnung nicht ihres Sinngehalts entleeren. Im Gegensatz zum Gestaltungsplan i.e.S. schafft der projektbezogene Gestaltungsplan nämlich eine neue, von der Grundordnung losgelöste Raumordnung. Die Nutzungs- und Gestaltungsordnung des projektbezogenen Gestaltungsplans verkörpert keine optimierte Fortsetzung der Grundordnung. Die Bestimmungen des projektbezogenen Gestaltungsplans stehen vielmehr im Dienst des konkreten Vorhabens. Nicht selten weichen zahlreiche Planinhalte erheblich von Regel-Bauvorschriften ab. Bezüglich der Frage, ob die Anordnungen des projektbezogenen Gestaltungsplans zu zahlreich sind oder zu stark von der Grundordnung abweichen, um dem erheblichen öffentlichen Interesse an der Realisierung des Projekts am fraglichen Standort Rechnung zu tragen, muss mit anderen Ellen gemessen werden als beim Gestaltungsplan i.e.S. (im Einzelnen *Michael Pletscher*, Der Gestaltungsplan i.e.S., Eine Würdigung seines Abweichungspotentials: Unter besonderer Berücksichtigung des basellandschaftlichen Quartierplans sowie des baselstädtischen Bauungsplans, Diss. Basel, Basel 2021, Rz. 62 ff.; gl. M. *Heer*, S. 146 und 160; *Spori*, S. 9 ff.).

Das Bundesgericht hält einleitend fest, dass mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten insbesondere die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden könne (E. 1.2). Abschliessend erkennt es eine Verletzung von Art. 3 RPV (E. 3.6). Worin das Bundesgericht den zulässigen Beschwerdegrund letztlich sieht, wird nicht restlos klar. Fest steht, dass die Verletzung von Art. 3 RPV nicht den Beschwerdegrund darstellen kann. Andernfalls würde bei abwägungsgebietenden kantonalen (und kommunalen) Normen im Fall eines Abwägungsfehlers stets eine Bundesrechtsverletzung und somit ein Beschwerdegrund im Sinne von Art. 95 lit. a BGG bestehen (ausführlich dazu *Pletscher*, Rz. 787; vgl. auch *Pierre Tschannen*, in: Heinz Aemisegger et al. [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Richt- und Sachplanung, Interessenabwägung, Zürich/Basel/Genf 2019, Art. 3 N 6 und Art. 1 N 5).

Abgaberecht – Verfahren

BUND

Abgabe für Radio und Fernsehen; Rügepflicht; Art. 106 BGG, Art. 5 BV. *Qualifikation des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 5 Abs. 2 BV als verfassungsmässiges Individualrecht, das der qualifizierten Rügepflicht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG unterliegt* (E. 2.2.2). *Prüfung dieser Anforderung im Hinblick auf die Frage, ob es verhältnismässig ist, eine Verordnungsbestimmung des Bundesrats über eine Abgabe trotz festgestellter Verfassungswidrigkeit dieser Norm anzuwenden* (E. 2.2.3).

(Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 6. August 2022, 2C_603/2022.)

Die im Register der mehrwertsteuerpflichtigen Personen eingetragene A. AG erzielte in der Steuerperiode 2019 einen Umsatz von rund Fr. 5,579 Mio. Die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) stellte der A. AG im Februar 2020 die Unternehmensabgabe gemäss Art. 70 ff. des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG; SR 784.40) für die Steuerperiode 2020 in Rechnung. Dies erfolgte gestützt auf Art. 67b Abs. 2 der Radio- und Fernsehverordnung in der Fassung vom 18. Oktober 2017 (nachfolgend: RTVV 2017), in Kraft vom 1. November 2017 (AS 2017 5519) bis Ende Dezember 2020 (AS 2020 1461). Die ESTV reihte die Steuerpflichtige in die Umsatzstufe 3 ein; dies führte zu einer Unternehmensabgabe von Fr. 2280.–. Auf Bestreitung hin bestätigte die ESTV diesen Betrag mit Verfügung vom 25. September 2020.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess die hiergegen eingereichte Beschwerde der A. AG mit Urteil A-4940/2020 vom 22. Juni 2022 teilweise gut.

Es berief sich auf sein Urteil A-1378/2019 vom 5. Dezember 2019, das unangefochten in Rechtskraft erwachsen war. Damals war es um einen Unternehmensträger mit einem Umsatz von Fr. 5,764 Mio. gegangen. In jenem Urteil hatte das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, Art. 67b Abs. 2 RTVV 2017 sei zwar gesetzmässig, aber verfassungswidrig ausgestaltet. Die sechs Umsatzstufen seien zu grob gefächert. Zudem nehme die relative Belastung der Unternehmensträger mit steigendem Umsatz ab (degressive Belastung) und die umsatzstärksten Unternehmensträger würden nur geringfügig belastet. Dies alles verstosse gegen das allgemeine Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV). Dennoch wäre die Nichtanwendung von Art. 67b Abs. 2 RTVV 2017 unverhältnismässig.

Von diesen Überlegungen liess sich das Bundesverwaltungsgericht auch im Urteil vom 22. Juni 2022 leiten. Es erwog, die tatsächlichen Umstände seien, insbesondere was den massgebenden Umsatz angehe, mit der Konstellation im Urteil vom 5. Dezember 2019 vergleichbar. In rechtlicher Hinsicht sei die Abgabe als Steuer zu qualifizieren. Deshalb seien die Grundsätze der Allgemeinheit, Gleichmässigkeit und Verhältnismässigkeit der Steuer (Art. 127 Abs. 2 BV) zu beachten,

jedenfalls insoweit, als die Art der Steuer es zulasse. Auch im vorliegenden Fall sei die Verfassungswidrigkeit festzustellen, von der Nichtanwendung von Art. 67 Abs. 2 RTVV 2017 sei aber abzusehen. Bei Einreichung der Beschwerdeschrift habe schon festgestanden, dass Art. 67b Abs. 2 RTVV 2017 am 1. Januar 2021 ausser Kraft gesetzt werde. Es rechtfertige sich, die Norm in der Steuerperiode 2020 uneingeschränkt anzuwenden, zumal die Steuerpflichtige ihre Rügen nicht näher substantiiere.

Die A. AG erhebt *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* beim *Bundesgericht*. Sie beantragt sinngemäss, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids sei festzustellen, dass die streitbetroffene Umsatzabgabe nicht geschuldet sei. Das Bundesgericht *tritt* auf die Beschwerde *nicht ein*. Aus den *Erwägungen*:

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat auch im angefochtenen Entscheid anerkannt, dass die Ausgestaltung von Art. 67b Abs. 2 RTVV 2017 gegen Art. 127 Abs. 2 BV verstosse. Entsprechend hat es die Beschwerde in diesem Punkt gutgeheissen. Soweit die Steuerpflichtige im bundesgerichtlichen Verfahren eine Verletzung von Art. 127 Abs. 2 BV rügt, fehlt ihr hierzu das schutzwürdige Interesse an der Aufhebung oder Anfechtung des angefochtenen Entscheids (Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG), dies mangels eines genügenden Rechtsschutzinteresses (BGE 147 I 1 E. 3.4). Fehlt das aktuelle und praktische Interesse schon bei der Beschwerdeeinreichung, ist auf eine Eingabe insofern nicht einzutreten (BGE 142 I 135 E. 1.3.1). Soweit Art. 127 Abs. 2 BV betreffend, ist die Beschwerde daher von vornherein unzulässig.

2.2 Streitig kann im bundesgerichtlichen Verfahren nur sein, ob die Vorinstanz bundesrechtskonform erwogen habe, dass Art. 67b Abs. 2 RTVV 2017 auch im vorliegenden Fall, trotz festgestellter Verfassungswidrigkeit, anzuwenden sei.

2.2.1 Die Vorinstanz bezieht sich diesbezüglich auf ihr seinerzeitiges Urteil A-1378/2019 vom 5. Dezember 2019 und bekräftigt ihre damalige Haltung. Dementsprechend begründet sie die gebotene Weiteranwendung von Art. 67b Abs. 2 RTVV 2017 hauptsächlich damit, dass die Nichtanwendung unverhältnismässig wäre. Die Unverhältnismässigkeit macht sie daran fest, dass dadurch die laufende Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gefährdet und die Rechtssicherheit beschädigt würde und die Neufassung von Art. 67b Abs. 2 RTVV 2017 schon beschlossen worden sei.

2.2.2 Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV gilt, dass staatliches Handeln im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sein muss (BGE 147 IV 145 E. 2.4.1). Dabei handelt es sich um ein verfassungsmässiges Individualrecht. Im Unterschied zum Bundesgesetzesrecht geht das Bundesgericht der Verletzung verfassungsmässiger Individualrechte (einschliesslich der Grundrechte) nur nach, falls und soweit eine solche Rüge in der Beschwerde überhaupt vorgebracht und ausreichend begründet wor-

den ist (qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 147 I 194 E. 3.4; 147 II 44 E. 1.2; 147 V 156 E. 7.2.3). Die beschwerdeführende Person hat daher klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, dass und inwiefern verfassungsmässige Individualrechte verletzt worden sein sollen (BGE 147 I 478 E. 2.4 Ingress; 147 IV 453 E. 1 Ingress). Fehlt es an einer derartigen Begründung, so ist auf die Rüge nicht einzutreten (BGE 148 IV 39 E. 2.3.5).

2.2.3 Diesen Anforderungen wird die Beschwerdeschrift offenkundig nicht gerecht, selbst wenn berücksichtigt wird, dass es sich allem Anschein nach um eine Laienbeschwerde handelt, weswegen die formellen Anforderungen praxisgemäss niedriger angesetzt werden (Urteil 2C_495/2022 vom 22. Juni 2022 E. 3.4): Die Steuerpflichtige bringt im Wesentlichen nur vor, dass sich mit der vom Bundesverwaltungsgericht formulierten Begründung sämtliche verfassungswidrigen finanziellen Lasten rechtfertigen liessen. Nichts Anderes ergibt sich aus der Literaturstelle, welche die Steuerpflichtige zitiert und damit dartun will, dass der Verordnungsbestimmung die Anwendbarkeit zu versagen wäre. Eine eigentliche Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen zur Unverhältnismässigkeit ist nicht ersichtlich. Mangels hinreichender Begründung ist die Beschwerde auch unter diesem Aspekt unzulässig.

2.2.4 Damit ist auf die Beschwerde insgesamt nicht einzutreten, was durch einzelrichterlichen Entscheid der Abteilungspräsidentin als Instruktionsrichterin im vereinfachten Verfahren zu geschehen hat (Art. 108 Abs. 1 lit. a und b BGG).

Kommentar von Prof. Dr. iur. *Regina Kiener*, Zürich

Man kann sich die Frage stellen, weshalb ein nicht amtlich publiziertes, im einzelrichterlichen Verfahren gefälltes Urteil überhaupt Anlass für eine Besprechung bietet. Die Antwort liegt in Erwägung 2.2.2, in der das Bundesgericht das Verhältnismässigkeitsprinzip als verfassungsmässiges Recht bezeichnet.

Das Urteil wurde im vereinfachten Verfahren mit einzelrichterlicher Zuständigkeit gefällt; Grund dafür war gemäss Urteilsbegründung das Vorliegen einer Beschwerde, die offensichtlich keine hinreichende Begründung enthält (Art. 108 Abs. 1 Bst. a und b BGG).

Gegenstand des Verfahrens vor Bundesgericht war ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, mit dem dieses eine von der Eidgenössischen Steuerverwaltung verfügte Unternehmensabgabe gemäss Art. 67b Abs. 2 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV; SR 784.401) in der Fassung vom 18. Oktober 2017 (in Kraft bis Ende Dezember 2020) im Grundsatz bestätigte. Das Bundesverwaltungsgericht qualifizierte die geschuldete Abgabe als Steuer, erachtete deren Ausgestaltung indessen als verfassungswidrig, da sie gegen Art. 127 Abs. 2 BV

verstosse. Anlässlich der Einreichung der Beschwerde habe schon festgestanden, dass die einschlägige RTVV-Norm per 1. Januar 2021 aufgehoben werde; es sei indessen naheliegend, die Norm für die strittige Periode gleichwohl uneingeschränkt anzuwenden, da die Nichtanwendung «unverhältnismässig» wäre. Die Nichtanwendung würde nämlich – so das Bundesverwaltungsgericht – die laufende Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gefährden und die Rechtssicherheit beschädigen. Die Auferlegung der strittigen Abgabe rechtfertige sich umso mehr, als die Steuerpflichtige ihre Rüge nicht näher substantiiert habe.

In der Folge wandte sich die – weiterhin nicht anwaltlich vertretene – Steuerpflichtige mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht und verlangte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Feststellung, dass die Abgabe nicht geschuldet sei. Sie brachte dabei im Wesentlichen vor, mit der vom Bundesverwaltungsgericht formulierten Begründung liessen sich sämtliche verfassungswidrigen finanziellen Lasten rechtfertigen (E. 2.2.3). Das Bundesgericht versteht die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Begründung dahingehend, dass diese die korrekte Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes infrage stelle, sich aber nicht hinreichend mit den vorinstanzlichen Überlegungen zur Verhältnismässigkeit auseinandersetze (vgl. E. 2.2.3).

Nach der geltenden, unbestrittenen Praxis und der herrschenden Lehre weist die Bundesverfassung dem Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV den Rang eines *geschriebenen Verfassungsgrundsatzes* zu (BGE 134 I 153 E. 4.1 S. 156; ebenso – statt vieler – *Giovanni Biaggini*, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 5 N 19; *Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, Rz. 472; *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen, Rz. 320; oder *Jacques Dubey/Jean-Baptiste Zufferey*, Droit administratif général, Basel 2014, Rz. 643; zuletzt *François Bellanger*, Le principe de la proportionnalité, in: *François Bellanger/Frédéric Bernard* [Hrsg.], Les grands principes de droit administratif, Zürich/Basel/Genf 2022, S. 63 ff., 82). Negativ gewendet: Nach herrschender Praxis und Lehre ist das Verhältnismässigkeitsprinzip weder ein Grundrecht noch ein verfassungsmässiges Recht (so auch *Bellanger*, S. 82). Die – im Übrigen nicht weiter begründete – Aussage in E. 2.2.2 des besprochenen Urteils («Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV gilt, dass staatliches Handeln im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sein muss [BGE 147 IV 145 E. 2.4.1]. Dabei handelt es sich um ein verfassungsmässiges Individualrecht») ist vor diesem Hintergrund klar unzutreffend.

Unter der geltenden Praxis prüft das Bundesgericht die Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bei der Anwendung von Bundesrecht mit freier Kognition (Leiturteil ist BGE 134 I 153 E. 4.2; vgl. seither etwa BGE 135 III 578 E. 6.1 S. 580 oder BGE 140 II 194 E. 5.8.2 S. 199 f.). Es wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), wobei die formellen Anforderungen bei Laienbeschwerden praxisgemäss niedriger angesetzt werden (vgl. das im besprochenen Entscheid aufgeführte Urteil 2C_495/2022 vom 22. Juni 2022 E. 3.4). Diese Regeln hät-

ten dem Bundesgericht die Möglichkeit geboten, die vorliegend strittige und zugegebenermassen nicht ganz einfache Frage zu beantworten, ob das Bundesverwaltungsgericht trotz festgestellter Verfassungswidrigkeit einer bundesrechtlichen Verordnungsnorm von deren Anwendbarkeit im Einzelfall ausgehen und gestützt darauf eine Abgabe verfügen darf. Die autoritative Bezeichnung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes als verfassungsmässiges Recht verunmöglicht diese Diskussion: Die Verletzung von Grundrechten (wozu nach der Praxis auch die weiteren verfassungsmässigen Rechte zählen, so etwa BGE 133 III 639 E. 2 S. 639 f.) prüft das Bundesgericht nämlich nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG, sog. qualifiziertes Rügeprinzip). Die Beschwerdeführerin hat eine solche qualifizierte Rüge offenkundig nicht vorgebracht, wozu angesichts der ständigen bundesgerichtlichen Praxis, welche das Verhältnismässigkeitsprinzip gerade nicht als verfassungsmässiges Recht qualifiziert, im Übrigen auch eine anwaltlich vertretene Partei keinen Grund gehabt hätte. In der Folge tritt das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein und verwehrt damit der Beschwerdeführerin den Weg zum materiellen Rechtsschutz.

Als Folge des Nichteintretens auferlegt das Bundesgericht der Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens. Es ist fraglich, ob die Kostenauflegung den verfahrensrechtlichen Gehalt von Treu und Glauben (Art. 29 Abs. 1 BV) und den aus dem rechtlichen Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) folgenden Grundsatz der Überraschungsfreiheit achtet (zum Verbot des Überraschungsentscheids eingehend *Arthur Brunner/Marco Zollinger*, Das Verbot des Überraschungsentscheids im schweizerischen Prozessrecht, SJZ 22/2022, S. 1077 ff.). Erstens hatte die Beschwerdeführerin die Rüge der unzutreffenden Handhabung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes durch die Vorinstanz gar nicht erhoben (vgl. E. 2.2.3), sondern zumindest sinngemäss die – nicht unplausible – Rüge erhoben, dass eine verfassungswidrige Norm des Bundesrechts keinen Bestand haben solle und die Begründung der Vorinstanz nicht zutreffe. Zweitens musste bis zum hier besprochenen Entscheid niemand damit rechnen, dass das Bundesgericht den Verhältnismässigkeitsgrundsatz als verfassungsmässiges Recht qualifiziert und damit erhöhte Anforderungen an die Rügepflicht gelten. In einer beständigen Praxis verlangt das Bundesgericht, dass den Parteien ausnahmsweise das rechtliche Gehör zu gewähren ist, «wenn ein Gericht seinen Entscheid mit einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, auf den sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit dessen Erheblichkeit sie vernünftigerweise nicht rechnen mussten» (BGer, Urteil 4A_707/2016 vom 29. Mai 2017 E. 3.3.3; weitere Nachweise zur bundesgerichtlichen Praxis bei *Brunner/Zollinger*, S. 1080 f.). Zumindest aber hätte das Bundesgericht in der vorliegenden Konstellation darauf verzichten sollen, die Beschwerdeführerin mit Verfahrenskosten zu belasten (vgl. für ein solches Vorgehen BGE 119 Ib 412 E. 3 S. 415).

Im Übrigen hat das Bundesgericht bislang aus gutem Grund davon abgesehen, das Verhältnismässigkeitsprinzip als verfassungsmässiges Recht zu anerkennen.

Die vom Bundesgericht im Leitentscheid BGE 134 I 153 zur Prüfung der Verhältnismässigkeit gegenüber kantonalen Hoheitsakten vorgebrachten Gründe gelten erst recht und verschärfen sich noch, wenn dieser Grundsatz in den Rang eines verfassungsmässigen Rechts erhoben würde. Im Bereich der *Rechtsetzung* steht dem kantonalen Gesetzgeber im Rahmen der Grundrechtsbindung (Art. 35 Abs. 2 BV) ein Gestaltungsspielraum zu, den das Bundesgericht respektiert. Sind keine Grundrechte berührt, kann eine auf Art. 5 Abs. 2 BV gestützte Intervention des Bundesgerichts nur gerechtfertigt sein, wenn das Gebot der Verhältnismässigkeit ganz offensichtlich missachtet worden ist und damit zugleich ein Verstoss gegen das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV vorliegt (BGE 134 I 153 E. 4.2.1 S. 157). Neu würde in diesen Fällen die Schwelle für das Ergreifen einer abstrakten Normenkontrolle herabgesetzt; an die Stelle der Willkürüge würde die Rüge fehlender Verhältnismässigkeit treten und das Bundesgericht müsste die kantonalen Gestaltungsspielräume einschränken. Im Bereich der *Rechtsanwendung* könnte die Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in sämtlichen Verfahren und vor allen Justizbehörden der Schweiz selbständig gerügt werden. Zudem würden die vor Bundesgericht zugelassenen Rügegründe (Art. 95 BGG) erweitert, indem neu auch die unverhältnismässige Anwendung von kantonalem Recht gerügt werden könnte. Dies widerspricht der in Art. 95 BGG zum Ausdruck kommenden Rücksichtnahme der Gerichte auf die föderalistische Staatsstruktur (BGE 134 I 153 E. 4.2.2 S. 157 f.). In *materieller Hinsicht* würden die speziellen Grundrechtsgarantien und die Voraussetzungen für deren Einschränkung (Art. 36 BV) obsolet, könnte eine gleichartige Kontrolle doch schon gestützt auf Art. 5 Abs. 2 BV erwirkt werden. Würde die Verhältnismässigerüge zu einem niederschweligen Surrogat für jedwede Grundrechtsrüge, hätte dies nicht zuletzt auch massive Auswirkungen auf die Belastung des Bundesgerichts.

Bei der (Um-)Qualifikation des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes handelt es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Darüber hat das Bundesgericht in Fünferbesetzung zu entscheiden (Art. 20 Abs. 2 BGG). Da die Qualifikation des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes als verfassungsmässiges Recht zudem eine Praxisänderung bedeutet, ist die Zustimmung weiterer Abteilungen einzuholen (Art. 23 Abs. 2 BGG). In Anwendung dieser Vorgaben hatte die Vereinigung sämtlicher Abteilungen des Bundesgerichts am 31. März 2008 entschieden, dass der Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Rahmen einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bei der Anwendung kantonalen Rechts ausserhalb des Schutzbereichs spezieller Grundrechte nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots angerufen werden kann (BGE 134 I 153 E. 4.3 S. 158). Sollte das Bundesgericht tatsächlich der Meinung sein, beim Verhältnismässigkeitsgrundsatz handle es sich um ein verfassungsmässiges Recht – was angesichts der konsolidierten und vor allem auch inhaltlich überzeugenden Praxis allerdings kaum vorstellbar ist –, hätte zwingend dieses Vorgehen gewählt werden müssen.

Planungs- und Baurecht – Verfahrensrecht

ZÜRICH

Nächtliche Ladenöffnungszeiten; Beschwerdelegitimation von Nachbarn; Art. 89 BGG. *Sind die von der Kundschaft eines Ladens mit Alkoholverkauf ausgehenden Immissionen für Nachbarn wegen des übrigen Lärms und anderer Missstände des Nachtlebens in einem städtischen Ausgehviertel nicht als eigenständige Belastung wahrnehmbar, so fehlt den Nachbarn die Legitimation im Hinblick auf diese Immissionen (E. 1.6). Unzweckmässigkeit der Eröffnung eines Baubewilligungsverfahrens bei einem einzelnen Betrieb in einem solchen Fall (E. 2). Notwendigkeit einer koordinierten Regelung über die Öffnungs- oder Alkoholverkaufszeiten für alle Verkaufsstellen im Ausgehviertel (E. 2.2).*

(Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 15. Dezember 2021, 1C_11/2021.)

A. und B. sind Eigentümer eines überbauten Grundstücks und C. Eigentümer eines weiteren überbauten Grundstücks in der Stadt Zürich. Diese Parzellen liegen in einer Distanz von 90–100 m in Luftlinie (bzw. in einer Fusswegdistanz von ca. 135 m bzw. 175 m) vom D-Shop (einem sog. 24-Stunden-Shop) an der Langstrasse in Zürich entfernt. A., B. und C. gelangten an das städtische Amt für Baubewilligungen und verlangten Einsicht in die Bauarchivakten des D-Shops. Für den Fall, dass keine baupolizeiliche Beurteilung der Ladenöffnungszeiten stattgefunden habe, sei die Betreiberschaft des D-Shop behördlich aufzufordern, ein entsprechendes Baugesuch zu stellen. Das Amt teilte ihnen am 18. Juni 2018 mit, dass keine Veranlassung bestehe, die Ladenöffnungszeiten baurechtlich zu beurteilen, und von der Betreiberschaft des D-Shop daher kein Baugesuch eingefordert werde.

Dagegen erhoben A., B. und C. gemeinsam Rekurs beim Baurekursgericht des Kantons Zürich. Dieses verneinte die Rechtsmittellegitimation der Rekurrenten. Das Verwaltungsgericht Zürich hiess die dagegen gerichtete Beschwerde gut und wies die Sache an das Baurekursgericht zurück.

Das Baurekursgericht hiess den Rekurs daraufhin gut und wies die Sache an die Vorinstanz zurück zur Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens. Diesen Entscheid zog die D-Shop GmbH mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht Zürich weiter. Dieses hiess die Beschwerde gut, hob den Rekursentscheid aus dem zweiten Rechtsgang auf und bestätigte die Anordnung des Amts für Baubewilligungen vom 18. Juni 2018.

A., B. und C. gelangen mit *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* an das Bundesgericht. Sie beantragen, das angefochtene Urteil aufzuheben und das Urteil des Baurekursgerichts aus dem zweiten Rechtsgang zu bestätigen. Das Bundesgericht *tritt* auf die Beschwerde *nicht ein*. Aus den *Erwägungen*:

1.5 Zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung besitzt (Art. 89 Abs. 1 BGG). Verlangt ist somit neben der formellen Beschwer (lit. a), dass der Beschwerdeführer über eine spezifische Beziehungsnähe zur Streitsache verfügt (lit. b) und einen praktischen Nutzen aus der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids zieht (lit. c). Die Nähe der Beziehung zum Streitgegenstand muss bei Bauprojekten insbesondere in räumlicher Hinsicht gegeben sein. Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann (BGE 133 II 409 E. 1.3 S. 413 mit Hinweisen).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Nachbarn zur Beschwerdeführung gegen ein Bauvorhaben legitimiert, wenn sie mit Sicherheit oder zumindest grosser Wahrscheinlichkeit durch Immissionen (Lärm, Staub, Erschütterungen, Licht oder andere Einwirkungen) betroffen werden, die der Bau oder Betrieb der fraglichen Anlage hervorruft. Als wichtiges Kriterium zur Beurteilung der Betroffenheit dient in der Praxis die räumliche Distanz zum Bauvorhaben bzw. zur Anlage. Die Rechtsprechung bejaht in der Regel die Legitimation von Nachbarn, deren Liegenschaften sich in einem Umkreis von bis zu rund 100 m befinden. Bei grösseren Entfernungen muss eine Beeinträchtigung aufgrund der konkreten Gegebenheiten glaubhaft gemacht werden. Allerdings wurde stets betont, dass nicht schematisch auf einzelne Kriterien (insbesondere Distanzwerte) abgestellt werden dürfe, sondern eine Gesamtwürdigung anhand der konkreten Verhältnisse erforderlich sei (vgl. zum Ganzen BGE 140 II 214 E. 2.3 mit Hinweisen).

Wird vorbestehender Lärm durch eine Anlage oder deren Zubringerverkehr verstärkt, so bejaht das Bundesgericht die Legitimation, wenn die Zunahme deutlich wahrnehmbar ist; dies wird anhand von qualitativen (Art des Verkehrsgereäuschs) und quantitativen Kriterien (Erhöhung des Lärmpegels) beurteilt (vgl. dazu BGE 136 II 281 E. 2.3.2 S. 285 f. mit Hinweisen und E. 2.5.4 S. 289 f.). Im Urteil 1C_405/2008 vom 18. März 2009 (E. 2.5, in: URP 2010, S. 295) verneinte das Bundesgericht die Beschwerdebefugnis gegen ein Spielcasino, weil sich der dadurch induzierte Mehrverkehr nicht einzelnen Strassen oder Strassenabschnitten zuordnen lasse; dessen Immissionen vermischten sich mit dem allgemeinen Strassenlärm in der Innenstadt und seien kaum mehr als eigenständige Belastung wahrnehmbar. Im Urteil 1C_204/2012 vom 25. April 2013 (E. 8, in: ZBI 115/2014, S. 391) verneinte es die Legitimation des 680 m vom projektierten Stadion mit Einkaufszentrum entfernt wohnenden Beschwerdeführers: Zwar werde das geplante Vorhaben angesichts seiner zentralen Lage Auswirkungen auf das gesamte Strassennetz der Stadt Aarau haben und daher auch auf der angrenzenden (verkehrsberuhigten) Quartierstrasse einen gewissen Mehrverkehr verursachen. Dieser sei jedoch zu

gering und zu wenig eindeutig den geplanten Nutzungen zuzurechnen, um eine besondere Betroffenheit des Beschwerdeführers zu begründen.

1.6 Vorliegend erscheint es durchaus plausibel, dass ein Teil der Kundschaft der Beschwerdegegnerin Alkohol zur Nachtzeit kauft und im Langstrassenviertel konsumiert und dabei zu den nächtlichen Ruhestörungen und anderen Missständen (z.B. Littering, Verschmutzung von Innenhöfen) im Quartier beiträgt. Diese Immissionen vermischen sich jedoch mit den übrigen Immissionen des Nachtlebens im Langstrassenviertel und sind nicht als eigenständige Belastung wahrnehmbar. Die Beschwerdeführenden machen auch nicht geltend, dass ein deutlich wahrnehmbarer Teil der Immissionen und der sonstigen Missstände bei ihren Liegenschaften der Kundschaft des D-Shop zugerechnet werden könnte. Das Langstrassenviertel gehört zu den bedeutsamsten Ausgehvierteln der Stadt Zürich, mit zahlreichen Clubs und Gastronomiebetrieben ohne Schliessungsstunde (S. 105) sowie einer hohen Konzentration an 24h-Shops (vgl. kartographische Darstellung bei *Judith Blum*, Wenn die Nächte lauter werden, Masterthesis HSR Rapperswil September 2017, S. 109). Unter diesen Umständen würde eine baurechtliche Beschränkung der Betriebszeiten des D-Shop allein den Beschwerdeführenden auch keinen praktischen Nutzen verschaffen (vgl. dazu unten, E. 2).

Unter diesen Umständen ist die Legitimation der Beschwerdeführenden zu verneinen.

2. Im Übrigen wäre die Beschwerde auch abzuweisen, wenn darauf einzutreten wäre, weil die Eröffnung eines Baubewilligungsverfahrens kein geeignetes Vorgehen zur Emissionsminderung darstellt.

2.1 Zwar erscheint es – entgegen den Ausführungen der Stadt und der Beschwerdegegnerin – nicht von vornherein ausgeschlossen, den 24h-Shops die von ihrer Kundschaft verursachten Störungen im Quartier zuzurechnen:

Nach Aussage der Stadt ist der unkontrollierte Konsum von Alkohol häufig die Ursache für unschöne Begleiterscheinungen des Ausgangs (Medienmitteilung des Sicherheitsdepartements der Stadt Zürich vom 17. Dezember 2018, Projekt Nachtleben – ein Abschluss, in den kantonalen Akten). Die Beschwerdeführenden legen substantiiert dar, dass sich der Schwerpunkt der Partyszene in den Aussenraum verlagert habe, d.h. auf den Trottoirs, Strassen und Plätzen des Langstrassenviertels Alkohol konsumiert werde, der zuvor in den durchgängig geöffneten Läden des Quartiers eingekauft worden sei. Sofern die Öffnungszeiten und das Sortiment der Verkaufsstellen auf diese Art des Konsums ausgerichtet sind (z.B. grosses Angebot von preisgünstigem Alkohol, leicht zu öffnende Flaschen/Behälter, Verkauf gekühlter Getränke), wäre es zumindest denkbar, die mit diesem Betriebsmodell erfahrungsgemäss verbundenen Immissionen den 24h-Läden als Sekundärmissionen zuzurechnen, d.h. einen engen betrieblichen Zusammenhang zu bejahen (vgl. zu diesem Kriterium *Schrade/Loretan*, in: USG-Kommentar,

2. Aufl., Stand März 1998, Art. 11 N. 17c). Hierfür bedürfte es weiterer Abklärungen, was an sich für die Eröffnung eines Baubewilligungsverfahrens sprechen würde.

2.2 Allerdings handelt es sich beim D-Shop nur um einen von vielen 24h-Läden im Quartier. Die Beschränkung der Öffnungs- oder Alkoholverkaufszeiten eines einzelnen Shops würde lediglich zum Ausweichen der Kundschaft auf andere Läden führen, ohne die Immissionen zu beschränken. Die Beschwerdeführenden räumen dies selbst ein, vertreten aber die Auffassung, es müssten eben für alle Verkaufsstellen im «Langstrassenperimeter» Baubewilligungsverfahren eröffnet werden, um diese je für sich und im Verbund mit den anderen Shops baurechtlich zu beurteilen. Sie haben bereits mit Schreiben vom 29. April 2020 einen entsprechenden Antrag beim Amt für Baubewilligungen der Stadt deponiert. Sofern zur Beseitigung der Störung erforderlich, seien die Betriebszeiten aller Shops in der Umgebung im gebotenen Umfang einzuschränken.

Den Beschwerdeführenden kommt zwar das Recht zu, die Einhaltung des Lärmschutzrechts nötigenfalls auf dem Rechtsweg durchzusetzen. Sind die Immissionen jedoch (wenn überhaupt) nicht einem einzelnen Betrieb, sondern der Gesamtheit der Verkaufsstellen mit nächtlichen Öffnungszeiten und vergleichbarem Sortiment zuzurechnen, können sie nur durch eine koordinierte, für alle (bestehenden und künftigen) Verkaufsstellen im Langstrassenperimeter geltende Regelung begrenzt werden (z.B. in Form einer Allgemeinverfügung). Dies gebietet auch das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) und der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen (Art. 27 und 94 BV), birgt doch die Eröffnung einzelner Baubewilligungsverfahren die Gefahr abweichender Beurteilungen, Auflagen und Bedingungen. Zudem müssten bei jeder Änderung der Massnahmen sämtliche Baubewilligungen angepasst werden, was unpraktikabel erscheint.

Verkehrsrecht

NIDWALDEN

Technische Sicherheit beim Betrieb einer altrechtlichen Kleinseilbahn; Art. 3, 4, 15a, 17, 18, 23 SebG, Art. 5, 6a, 26 ff., 51, 72 SebV. *Rechtliche Grundlagen* (E. 3). *Tragweite der altrechtlichen Betriebsbewilligung für die betroffene Kleinseilbahn* (E. 4.1). *Unterscheidung zwischen der einfachen Zugseilüberwachung sowie der automatisierten und selbständig funktionierenden Zugseilüberwachung* (E. 4.2). *Bundesrechtskonformität der Verpflichtung zu einer einfachen Zugseilüberwachung unabhängig von einem Umbau der*

altrechtlichen Kleinseilbahn (E. 5.6). Zulässigkeit, in diesem Zusammenhang die Auflage zu verfügen, dass die Funktionsfähigkeit dieser Überwachung nachzuweisen ist (E. 5.6.4). – Sicherheitsnachweis für den Überwachungsmechanismus betreffend Übergeschwindigkeit: Beweistwert der vorgeschriebenen Konformitätsbescheinigung im Verhältnis zu den Feststellungen der eigenständigen behördlichen Kontrolle (E. 6.3). Sicherheitsanforderungen bei einer indirekten Überprüfung des Genügens dieses Überwachungsmechanismus (E. 6.4 und 6.5).

(Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 14. Juni 2022, 2C_405/2021.)

A. ist Inhaber einer Kleinseilbahn (Pendelbahn mit zwei Fahrbahnen) im Kanton Nidwalden mit einer Nutzlast von vier Personen bzw. 400 kg. Der Kanton Nidwalden, der dafür die Konzession erteilte, ist Mitglied des Konkordats vom 15. Oktober 1951 für die nicht eidgenössisch konzessionierten Seilbahnen und Skilifte (IKSS; NG 653.11). Dieses Konkordat verfügt über eine technische Kontrollstelle (nachfolgend: Kontrollstelle IKSS). Die aus dem Jahr 1975 stammende Kleinseilbahn wurde im Jahr 2019 umgebaut. Die Kontrollstelle IKSS führte am 11. Juni 2019 die Abnahmeinspektion durch und hielt im Abnahmebericht vom 15. Juli 2019 18 Auflagen fest.

Das kantonale Amt für Wald und Energie stellte A. diesen Abnahmebericht zu und übernahm dabei den Antrag der Kontrollstelle IKSS über die noch auszuführenden Arbeiten. A. verlangte daraufhin eine anfechtbare Verfügung. Bis Ende Dezember 2019 erfüllte er 15 dieser 18 Auflagen. Der Regierungsrat des Kantons Nidwalden erliess im Februar 2020 die anfechtbare Verfügung und verpflichtete A., die Auflagen Nr. 17 und Nr. 18 umzusetzen. Hinsichtlich der dritten im Streit verbliebenen Auflage beschloss er, dass sie nicht verbindlich festgelegt werden könne. Das Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden hiess die von A. erhobene Beschwerde teilweise gut. Es bestätigte Auflage Nr. 17 teilweise und Auflage Nr. 18 gesamthaft; A. habe diese binnen drei Monaten ab Rechtskraft umzusetzen. Diese Auflagen lauten am Ausgang des kantonalen Verfahrens wie folgt:

Nr. 17:

«Die Zugseilüberwachung befindet sich im Versuchsbetrieb bis Ende April 2020. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Funktion der Überwachung regelmässig zu kontrollieren. Die durchgeführten Funktionskontrollen, sowie jedes Ansprechen der Zugseilüberwachung sind inkl. Angaben zur Fahrzeugposition und den meteorologischen Bedingungen zu protokollieren.

Nach dem Testbetrieb ist der Kontrollstelle IKSS ein Bericht über den Versuchsbetrieb einzureichen. Der Bericht enthält mindestens:

- eine Zusammenfassung über die durchgeführten Funktionskontrollen
- eine Angabe über die Zeit welche die Zugseilüberwachung in/ausser Betrieb war
- eine Auflistung der Auslösungen mit den Angaben der jeweiligen Ursache.»

Nr. 18:

«Gemäss EN 13223 Art. 8.3 muss die Übergeschwindigkeitsauslösung bei Überschreitung der bei dieser Anlage maximal zulässigen Fahrgeschwindigkeit um 10% bzw. 20% ansprechen.

Nach EN 13243 Art. 8.2.1 muss durch das Betriebspersonal diese Übergeschwindigkeitsauslösung geprüft werden können.

Dazu ist die Beschränkung des Frequenzumformers aufzuheben und die Steuerung so anzupassen, dass das Fahren mit 110% und 120% der Nenngeschwindigkeit ermöglicht wird. Andernfalls ist diese Normabweichung [...] mittels Risikoanalyse zu behandeln und in die Konformitätsbescheinigung zu integrieren.»

A. führt *Beschwerde in öffentlichen Angelegenheiten* ans Bundesgericht. Er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die vollumfängliche Aufhebung der Auflagen Nr. 17 und Nr. 18. Das Bundesgericht *weist* die Beschwerde ab. Aus den *Erwägungen*:

3. Die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr, die Seilbahnen, die Schifffahrt sowie über die Luft- und Raumfahrt ist gemäss Art. 87 BV Sache des Bundes. Gestützt auf diese Kompetenz wurde das Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über Seilbahnen zur Personenbeförderung (SebG; SR 743.01) erlassen.

3.1 Wer eine Seilbahn bauen oder betreiben will, die für die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung bestimmt ist und für die nach dem Personenbeförderungsgesetz (SR 745.1) eine Personenbeförderungskonzession notwendig ist (sogenannte Seilbahn mit Bundeskonzession), benötigt vom Bundesamt für Verkehr eine Plangenehmigung und eine Betriebsbewilligung (vgl. Art. 3 Abs. 1 SebG). Wer eine Seilbahn bauen oder betreiben will, die nach dem Personenbeförderungsgesetz keine Personenbeförderungskonzession benötigt, insbesondere einen Skilift oder eine Kleinluftseilbahn, benötigt eine kantonale Bewilligung (vgl. Art. 3 Abs. 2 SebG). Gemäss Art. 17 Abs. 1 SebG bedarf der Betrieb einer Seilbahn einer Betriebsbewilligung durch das Bundesamt für Verkehr bei Seilbahnen mit Bundeskonzession (lit. a) oder durch die zuständige kantonale Behörde bei anderen Seilbahnen (lit. b).

3.2 Die Betriebsbewilligung wird in der Verordnung vom 21. Dezember 2006 über Seilbahnen zur Personenbeförderung (SebV; SR 743.011) präzisiert (vgl. Art. 26 ff. SebV).

3.2.1 Art. 36 SebV regelt die Umbauten und Änderungen nach Erteilung der Betriebsbewilligung. Plant das Seilbahnunternehmen Änderungen der Seilbahn oder des Betriebs, hat es der Bewilligungsbehörde vorgängig ein Gesuch einzureichen (vgl. Art. 36 Abs. 1 SebV). Gemäss Art. 36 Abs. 2 SebV teilt die Bewilligungsbehörde dem Gesuchsteller oder der Gesuchstellerin mit, welche Verfahren durch-

zuführen und welche Unterlagen einzureichen sind. Eine neue beziehungsweise erneuerte Plangenehmigung oder Betriebsbewilligung ist erforderlich, wenn Änderungen der Seilbahn beziehungsweise des Betriebs nicht von der bestehenden Plangenehmigung oder Betriebsbewilligung gedeckt sind (vgl. Art. 36 Abs. 3 SebV).

3.2.2 Demgegenüber sind Änderungen der Seilbahn oder des Betriebs genehmigungs- und bewilligungsfrei, sofern sie die in Art. 15a Abs. 1 SebG genannten Voraussetzungen erfüllen und unwesentlich sind (vgl. Art. 36a Abs. 1 SebV).

3.2.2.1 Laut Art. 15a Abs. 1 SebG können Seilbahnen genehmigungs- und bewilligungsfrei geändert werden, wenn keine schutzwürdigen Interessen der Raumplanung, des Umweltschutzes, des Natur- und Heimatschutzes oder Dritter berührt sind (lit. a) und keine Bewilligungen oder Genehmigungen nach den Bestimmungen des übrigen Bundesrechts erforderlich sind (lit. b). Der Bundesrat legt fest, welche Arten von Änderungen genehmigungs- und bewilligungsfrei vorgenommen werden dürfen (vgl. Art. 15a Abs. 3 SebG).

3.2.2.2. Eine technische Änderung ist unwesentlich gemäss Art. 36a Abs. 2 SebV, wenn sie sich nicht auf die Schnittstellen zur übrigen Anlage oder auf die Seilrechnung auswirkt und sie innerhalb eines Teilsystems vorgenommen wird (lit. a), sie innerhalb eines sicherheitsrelevanten Bauteils der Infrastruktur vorgenommen wird, sofern das Tragsystem und das Tragverhalten nicht verändert werden (lit. b) oder sie kein Sicherheitsbauteil und kein sicherheitsrelevantes Bauteil betrifft (lit. c). Eine betriebliche Änderung ist unwesentlich, wenn sie nicht mit Gefährdungen verbunden ist, die sich negativ auf die Sicherheit der Anlage auswirken (vgl. Art. 36a Abs. 3 SebV). Der Sicherheitsnachweis nach Art. 26 SebV ist nachzuführen (vgl. Art. 36a Abs. 4 SebV).

3.2.2.3 Für den Sicherheitsnachweis hat der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin nachzuweisen, dass die Seilbahn den grundlegenden Anforderungen und den übrigen Vorschriften entspricht (vgl. Art. 26 Abs. 1 SebV). Er oder sie hat hierzu laut Art. 26 Abs. 2 SebV die erforderlichen Konformitätsbescheinigungen (vgl. Art. 28 SebV; vgl. auch E. 6.3.2 hiernach) und Sachverständigenberichte (vgl. Art. 29 SebV) einzureichen (lit. a), nachzuweisen, dass die Seilbahn vorschriftskonform gebaut, umgebaut oder geändert worden ist (vgl. Art. 30 SebV; lit. b) und die in Anhang 3 zur Seilbahnverordnung zusätzlich genannten Unterlagen einzureichen (lit. c).

3.2.3 Art. 37 SebV regelt sodann den Ersatz von Bauteilen desselben Typs. Wird ein sicherheitsrelevantes Bauteil durch ein Bauteil desselben Typs ersetzt, muss die Betreiberin nachweisen, dass das Bauteil vorschriftskonform ausgeführt wurde (vgl. Art. 37 Abs. 1 SebV). Als Nachweis gilt gemäss Art. 37 Abs. 2 SebV eine Konformitätserklärung des Herstellers und, wo erforderlich, eine gültige Konformi-

tätsbescheinigung oder ein gültiger Sachverständigenbericht sowie Unterlagen, die nachvollziehbar belegen, dass es sich um ein Bauteil desselben Typs handelt.

3.3 Das Seilbahngesetz vom 23. Juni 2006 und die Seilbahnverordnung vom 21. Dezember 2006 sind am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (vgl. AS 2006 5753 ff., S. 5762; 2007 39 ff., S. 60; vgl. auch Art. 75 SebV). Mit Blick auf die bestehenden Anlagen bestimmt Art. 72 Abs. 1 SebV, dass nach bisherigem Recht erteilte Konzessionen und Betriebsbewilligungen sowie kantonale Betriebsbewilligungen gültig bleiben. Die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden gilt fort, solange die Seilbahn über eine Betriebsbewilligung verfügt (vgl. Art. 72 Abs. 2 SebV).

3.3.1 Jedoch gilt auch für bereits bestehende Anlagen, dass der Inhaber oder die Inhaberin der Betriebsbewilligung für die Sicherheit des Betriebs verantwortlich ist. Namentlich muss er oder sie die Seilbahn so in Stand halten, dass die Sicherheit jederzeit gewährleistet ist (vgl. Art. 18 SebG). Eine Seilbahn muss so in Stand gehalten werden, dass die Sicherheit der Anlage und ihrer Teile jederzeit gewährleistet ist (vgl. Art. 51 Abs. 1 SebV), und das Seilbahnunternehmen plant die Instandhaltung und die Erneuerung der Anlage so, dass die Sicherheit der Anlage und ihrer Teile während der vorgesehenen Nutzungsdauer gewährleistet wird (vgl. Art. 52 Abs. 2 SebV).

3.3.2 Demzufolge darf eine Anlage grundsätzlich auch nach der neuen Seilbahngesetzgebung technisch unverändert auf der Basis der zum Zeitpunkt der Erteilung der Betriebsbewilligung geltenden technischen Anforderungen weiterbetrieben werden, sofern die Sicherheit jederzeit gewährleistet ist. Zur Beurteilung der Sicherheit von bestehenden Anlagen ist jedoch auf die aktuell geltenden, anerkannten Regeln der Technik abzustellen (vgl. Bundesamt für Verkehr BAV, Richtlinie 4, Instandhaltung und Umbau von Seilbahnen, Fassung vom 1. April 2020 [nachfolgend: BAV-Richtlinie 4], Ziff. 4 S. 17 ff.).

4. Gegenstand der vorliegenden Angelegenheit ist eine Kleinseilbahn im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SebG, die im Jahr 1975 in der heutigen Form erbaut, in der Folge in Betrieb genommen und im Jahr 2019 umgebaut wurde.

4.1 Der Betrieb der Kleinseilbahn wurde nach dem Bau im Jahr 1975 – mithin vor dem Inkrafttreten der neuen Seilbahngesetzgebung am 1. Januar 2007 (vgl. E. 3.3 hiervor) – bewilligt. Die nach bisherigem Recht erteilte kantonale Betriebsbewilligung hat demnach bis heute Gültigkeit (vgl. Art. 72 Abs. 1 SebV). Die Kleinseilbahn ist demnach als sogenannte altrechtlich bewilligte Seilbahn zu behandeln und darf damit technisch unverändert auf der Basis der zum Zeitpunkt der Erteilung der Betriebsbewilligung geltenden technischen Anforderungen weiterbetrieben werden, soweit die Sicherheit gewährleistet ist (vgl. Art. 18 SebG; BAV-Richtlinie 4, Ziff. 4.1 f. S. 17).

4.2 Die vorliegende Angelegenheit betrifft unter anderem die bei der Kleinseilbahn neu eingebaute Überwachung des Zugseils. Dabei handelt es sich nach der übereinstimmenden Bezeichnung der Verfahrensbeteiligten um eine *einfache Zugseilüberwachung* (vgl. auch E. 5.5 hiernach). Von der vorliegend eingebauten einfachen Zugseilüberwachung ist die *automatisierte und selbständig funktionierende Zugseilüberwachung* abzugrenzen (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG). Letztere stellt nach den Angaben des BAV in seiner Vernehmlassung vom 8. Dezember 2021 eine grundlegende Anforderung an die *Seilbahnen mit Bundeskonzession* gemäss Art. 3 Abs. 1 SebG dar, da eine solche Überwachung in der harmonisierten (technischen) Norm EN 12929-2 (Ziff. 6.1; Sicherheitsanforderungen an Seilbahnen für den Personenverkehr – Allgemeine Bestimmungen) definiert sei (vgl. auch E. 6.3 hiernach; Art. 4 SebG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 SebV, wonach die grundlegenden Anforderungen erfüllt sein müssen, die in Anhang II der EU-Seilbahnverordnung unter der Bezeichnung «wesentliche Anforderungen» aufgestellt werden). Die automatisierte und selbständig funktionierende Zugseilüberwachung, so das BAV weiter (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG), hält das Fahrzeug bei einer Meldung *automatisch* an, erkennt selbständig einen Fehler in ihrer Funktion (*selbstüberwachend*) und legt die Anlage im Falle eines Ausfalls der Überwachung still (*ausfallsicher*).

Diese grundlegende Anforderung ist von altrechtlich bewilligten Seilbahnen indes nicht zwingend zu erfüllen, sofern die nach bisherigem Recht erteilten Konzessionen und Betriebsbewilligungen sowie kantonalen Betriebsbewilligungen eine solche Zugseilüberwachung nicht verlangen und die Sicherheit weiterhin gewährleistet ist (vgl. E. 3.3.2 hiervor; Art. 18 SebG; Art. 72 SebV; BAV-Richtlinie 4, Ziff. 4.1 f. S. 17).

4.3 Bei dem im Jahr 2019 vorgenommenen Umbau an der Kleinseilbahn und den im bundesgerichtlichen Verfahren (noch) umstrittenen zwei Änderungen handelt es sich um Anpassungen, die nach der Erteilung der kantonalen Betriebsbewilligung vorgenommen wurden. Einig sind sich die Verfahrensbeteiligten darüber, dass es sich bei den von den Auflagen Nr. 17 und Nr. 18 betroffenen Änderungen um keine Instandhaltungsarbeiten handelt (vgl. E. 3.2.3 hiervor; Art. 37 SebV [Ersatz von Bauteilen desselben Typs]). Mit Blick auf die Auflage Nr. 17 ist umstritten, ob der Einbau der einfachen Zugseilüberwachung (nachträglich) bewilligt werden muss (vgl. E. 3.2.1 hiervor; Art. 36 SebV), oder ob er bewilligungsfrei durchgeführt werden darf (vgl. E. 3.2.2 hiervor; Art. 36a SebV). Nur in ersterem Fall wäre eine Auflage zulässig. Mit Bezug auf die Auflage Nr. 18 sind sich die Verfahrensbeteiligten im Wesentlichen uneinig, ob die neu installierte Fernüberwachungsanlage (FUA) die technischen Normen in Bezug auf die Überprüfung der Übergeschwindigkeitsauslösung einhält. Nach Auffassung des Beschwerdeführers verletzen die Auflagen Bundesrecht. Im Kern tangieren beide Auflagen die Frage, ob die Sicherheit des (Klein-)Seilbahnbetriebs gewährleistet ist.

5. Der Beschwerdeführer beanstandet die Auflage Nr. 17, wonach er während des Testbetriebs der neu eingebauten einfachen Zugseilüberwachung Funktionskontrollen durchzuführen und nach Abschluss des Testbetriebs einen Bericht zu verfassen hat. [...]

5.5 In tatsächlicher Hinsicht ergibt sich zunächst, dass die Kontrollstelle IKSS seit Längerem eine Zugseilüberwachung fordert und sich die Verfahrensbeteiligten letztlich auf den Einbau einer einfachen Zugseilüberwachung geeinigt haben.

5.5.1 Im Protokoll der Besprechung betreffend das Gesuch um Plangenehmigung zwischen der Bauherrschaft (Vertretung des Beschwerdeführers), der Kontrollstelle IKSS sowie dem Kanton Nidwalden (Vertreter des Amts für Wald und Energie) vom 16. November 2018 wird Folgendes festgehalten (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG): Der heutige Betrieb mit dem Maschinisten, der die Fahrt dauernd von der Bergstation aus überwache, sei bezüglich Sicherheit weiterhin verantwortbar – auch ohne Zugseilüberwachung. Im Laufe der weiteren Umbauplanung würden alle Möglichkeiten für eine einfache Zugseilüberwachung bezüglich Machbarkeit und Kosten mit dem Ziel geprüft, eine einfache Zugseilüberwachung zu installieren. Die Kontrollstelle IKSS fordere im Grundsatz eine Zugseilüberwachung. Im Weiteren ergibt sich aus dem Bericht der Kontrollstelle IKSS zum Plangenehmigungsgesuch vom 25. April 2019, dass die sichere Funktion der einfachen Zugseilüberwachung im Zeitpunkt der Abnahme zu gewährleisten sei oder eine andere, beziehungsweise eine ergänzende technische Lösung der Zugseilüberwachung vorhanden sein müsse (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG).

5.5.2 Gemäss dem Protokoll zur Besprechung zwischen Planer (Vertretung des Beschwerdeführers), Kontrollstelle IKSS und dem Kanton Nidwalden (Vertreter des Amts für Wald und Energie) vom 26. August 2019 einigten sich die Gesprächspartner auf den nachfolgenden Lösungsansatz: Die Teilnehmer seien sich einig, dass die bestehende einfache Zugseilüberwachung getestet und das Ergebnis im Mai 2020 in einem Bericht festgehalten werde. Sei das Testergebnis positiv, werde die einfache Zugseilüberwachung beibehalten. Keine Einigkeit bestehe zwischen der Bauherrschaft und der Kontrollstelle IKSS bezüglich der grundsätzlichen Notwendigkeit einer Zugseilüberwachung. Der Leiter der Kontrollstelle IKSS sei der Meinung, dass ohne «fest installierter» Zugseilüberwachung ein Sicherheitsdefizit bestehe. Aus Sicht der Bauherrschaft könne mit kompensatorischen Massnahmen (Videoüberwachung, Betrieb durch den Maschinisten) eine genügende Sicherheit erreicht werden.

5.5.3 Aus den soeben erwähnten Protokollen und Berichten ist ersichtlich, dass die Kontrollstelle IKSS aus Sicherheitsüberlegungen den Einbau einer Zugseilüberwachung gefordert hat. Den Ausführungen der Kontrollstelle IKSS folgend verlangt die kantonale Aufsichtsbehörde grundsätzlich eine automatisierte und

selbständig funktionierende Zugseilüberwachung und akzeptiert eine einfache Zugseilüberwachung in der Form eines Assistenzsystems im Grundsatz nicht. In der vorliegenden Angelegenheit haben sich die Verfahrensbeteiligten letztlich dennoch auf den vorübergehenden Testbetrieb einer einfachen Zugseilüberwachung geeinigt. Ist dieser erfolgreich, wird die bestehende einfache Zugseilüberwachung beibehalten (vgl. E. 5.5.2 hiervor). Nicht zutreffend ist vor diesem Hintergrund der Hinweis des Beschwerdeführers, er habe die einfache Zugseilüberwachung freiwillig eingebaut.

5.6 Die Sorgfaltspflicht gemäss Art. 18 SebG verlangt von den Inhaberinnen und Inhabern einer Betriebsbewilligung, dass sie die Seilbahn so in Stand halten, dass die Sicherheit jederzeit gewährleistet ist (vgl. auch E. 3.3 hiervor).

5.6.1. Die kantonale Aufsichtsbehörde überwacht, unabhängig vom Vorliegen eines Umbaus, den Betrieb der Seilbahnen (vgl. Art. 23 Abs. 1 SebG). Stellt sie fest, dass eine Seilbahn die Sicherheit von Personen oder die Sicherheit von Gütern gefährden kann, trifft sie die erforderlichen Massnahmen, um die Sicherheit wiederherzustellen (vgl. Art. 23 Abs. 3 Satz 1 SebG). Hält die kantonale Aufsichtsbehörde aus Sicherheitsüberlegungen den Einbau einer (einfachen) Zugseilüberwachung für notwendig, kann sie eine solche unter dem Gesichtspunkt der Sorgfaltspflicht gemäss Art. 18 SebG und als Massnahme im Sinne von Art. 23 Abs. 3 SebG fordern, auch wenn der Beschwerdeführer keinen Umbau vorgenommen hätte.

5.6.2 Das BAV weist daraufhin, dass klar ein Sicherheitsdefizit vorliege, wenn eine Zugseilüberwachung fehle. Es sieht allerdings bei der konkreten technischen Umsetzung der Überwachung des Zugseils einen gewissen (projektspezifischen) Spielraum. Es ist daher nicht massgebend, ob der Beschwerdeführer im Rahmen des Umbaus der Kleinseilbahn eine wesentliche oder eine unwesentliche (technische) Änderung vorgenommen hat. Ausschlaggebend ist in der vorliegenden Angelegenheit vielmehr, ob die einfache Zugseilüberwachung erforderlich ist, damit die Sicherheit der Kleinseilbahn jederzeit gewährleistet ist. Damit kann offenbleiben, ob eine bewilligungspflichtige Änderung im Sinne von Art. 36 SebV (vgl. E. 3.2.1 hiervor) oder eine bewilligungsfreie Änderung gemäss Art. 36a SebV (vgl. E. 3.2.2 hiervor) vorliegt.

5.6.3 Altrechtlich bewilligte Seilbahnen – wie die vorliegend zu beurteilende Kleinseilbahn – müssen die (neuen) harmonisierten technischen Normen im Grundsatz nicht erfüllen (vgl. Art. 72 SebV), sofern die Sicherheit des Betriebs gewährleistet ist (vgl. Art. 18 SebG). Zur Beurteilung der Sicherheit von Anlagen sind indes die anerkannten Regeln der Technik – namentlich die technischen Normen – zu beachten (vgl. BAV-Richtlinie 4, Ziff. 4.2 S. 17). Gemäss BAV verlangt die harmonisierte technische Norm EN 12929-2 (Ziff. 6.1) eine Zugseilüberwachung,

andernfalls im Grundsatz ein Sicherheitsdefizit vorliegt. Aus Sicherheitsüberlegungen hat die Kontrollstelle IKSS den zeitnahen Einbau einer (einfachen) Zugseilüberwachung gefordert (vgl. E. 5.5.1 hiervor). Das BAV weist im Weiteren daraufhin, dass mit dem Zubau einer technischen Lösung das gesamte Risiko der Anlage verbessert werden könne. Daraus ergibt sich, dass bei der vorliegenden Kleinseilbahn jedenfalls dem Grundsatz nach ein gewisses Sicherheitsdefizit besteht. Die vorliegend eingebaute und zur Diskussion stehende einfache Zugseilüberwachung im Sinne eines separaten assistierenden Überwachungssystems stellt eine sicherheitsrelevante Massnahme dar, die dieses Sicherheitsdefizit potenziell zu reduzieren vermag.

5.6.4 Angesichts des grundsätzlichen Sicherheitsdefizits bei Seilbahnen ohne Zugseilüberwachung und im Lichte von Art. 18 SebG kann die kantonale Aufsichtsbehörde vom Beschwerdeführer demnach gestützt auf Art. 23 SebG entsprechende Sicherheitsmassnahmen verlangen. Vorliegend haben sich die Verfahrensbeteiligten auf den Einbau einer einfachen Zugseilüberwachung geeinigt (vgl. E. 5.5.2 hiervor). Ausserdem erwähnen die Verfahrensbeteiligten gleichermassen, dass bis zum Ende des Jahres 2026 Kleinseilbahnen im Grundsatz mit einer Zugseilüberwachung nachzurüsten seien. Im Zusammenhang mit dieser Einigung und im Zuge der Anordnung einer Massnahme gestützt auf Art. 23 Abs. 3 SebG darf die kantonale Aufsichtsbehörde ohne Weiteres Auflagen verfügen. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die kantonale Aufsichtsbehörde das Funktionieren der einfachen Zugseilüberwachung voraussetzt, auf die sich die Verfahrensbeteiligten geeinigt haben, und vom Beschwerdeführer den Nachweis der Funktionstüchtigkeit verlangt. Gemäss dem von der Vorinstanz bestätigten ersten Teil der Auflage Nr. 17 hat der Beschwerdeführer die Funktion der einfachen Zugseilüberwachung zu kontrollieren und die Funktionskontrollen zu protokollieren. Nach dem Testbetrieb hat er der Kontrollstelle IKSS einen Testbericht einzureichen. Die Bestätigung dieser Auflage durch die Vorinstanz ist nicht zu beanstanden.

5.7 Die Notwendigkeit eines automatisierten und selbständig funktionierenden Zugseilüberwachungssystems ist vorliegend nicht zu beurteilen, da sich die Verfahrensbeteiligten im Rahmen des technischen Ermessens der Kontrollstelle IKSS vorderhand auf den Betrieb einer einfachen Zugseilüberwachung geeinigt haben (vgl. E. 5.5.2 hiervor) und diese Einigung nicht als bundesrechtswidrig erscheint (vgl. Art. 106 Abs. 1 BGG; BGE 142 II 451 E. 4.5.1; 133 II 35 E. 3). Ausserdem hat die Vorinstanz den zweiten Teil der Auflage Nr. 17 aufgehoben. Der Anschluss der einfachen Zugseilüberwachung an das Modul Fernüberwachungsanlage und Fixpunktüberwachung (FUA-FPÜW) steht im bundesgerichtlichen Verfahren nicht mehr zur Diskussion. Die Kontrollstelle IKSS und die kantonale Aufsichtsbehörde haben nach dem Testbetrieb gestützt auf die Erkenntnisse des Testberichts zu entscheiden, ob weitere Massnahmen erforderlich sind. In diesem Rah-

men haben sie zu berücksichtigen, dass es für das BAV nicht nachvollziehbar erscheint, weshalb die einfache Zugseilüberwachung (noch) nicht an das Modul Fernüberwachungsanlage und Fixpunktüberwachung (FUA-FPÜW) angeschlossen worden sei.

5.8 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Auflage Nr. 17 im Umfang des vorinstanzlich bestätigten ersten und zweiten Absatzes dem Bundesrecht standhält. [...]

6. Der Beschwerdeführer beanstandet im Weiteren die Auflage Nr. 18, wonach er die «Beschränkung des Frequenzumformers aufzuheben und die Steuerung so anzupassen [hat], dass das Fahren mit 110% und 120% der Nenngeschwindigkeit ermöglicht wird», oder andernfalls «diese Normabweichung [...] mittels Risikoanalyse zu behandeln und in die Konformitätsbescheinigung zu integrieren» hat.

6.1 Unbestritten ist, dass es sich bei der von der Auflage Nr. 18 betroffenen Fernüberwachungsanlage (FUA) um ein Sicherheitsbauteil im Sinne von Art. 28 Abs. 1 lit. a SebV handelt. Wird ein solches Bauteil nach Erteilung der Betriebsbewilligung eingebaut, liegt eine wesentliche technische Änderung vor (vgl. Art. 36a Abs. 2 lit. c SebV), die nach Art. 36 SebV bewilligungspflichtig ist. Damit können grundsätzlich Auflagen verfügt werden. Umstritten ist unter den Verfahrensbeteiligten, ob das Sicherheitsbauteil die technischen Normen EN 13223 (Art. 8.3) und EN 13243 (Art. 8.2.1) erfüllt: Die Kontrollstelle IKSS kam im Nachgang an die Inspektion vom 11. Juni 2019 zum Schluss, dass Abweichungen von den technischen Normen EN 13223 (Art. 8.3) sowie EN 13243 (Art. 8.2.1) bestünden. Demgegenüber tut der Beschwerdeführer dar, der Prüfbericht vom 5. Juni 2019, der zur Konformitätsbescheinigung geführt habe, decke unter anderem auch die Einhaltung der technischen Normen EN 13223 und EN 13243 ab. Das bedeute, so der Beschwerdeführer weiter, dass das Sicherheitsbauteil sämtliche Vorgaben der bezeichneten technischen Normen erfülle. Es bestehe daher kein Raum für einen Nachweis im Sinne von Art. 6a SebV (Abweichung von technischen Normen).

[6.2 Das Bundesgericht stellt fest, dass die für die Fernüberwachungsanlage [FUA] ausgestellte Konformitätsbescheinigung vom 5. Juni 2019 bestätigt, die Konformitätsprüfung habe die technischen Normen EN 13223 und EN 13423 umfasst.]

6.3 Im Folgenden ist der Beweiswert der Konformitätsbescheinigung zu beurteilen. Der Bundesrat legt die grundlegenden Anforderungen für den Bau und den Betrieb von Seilbahnen sowie für das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme von Sicherheitsbauteilen und Teilsystemen für Seilbahnen in einer Verordnung fest, wobei er dabei das internationale Recht berücksichtigt (vgl. Art. 4 Abs. 1 SebG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 SebG; vgl. auch Art. 26 lit. b SebG).

6.3.1 Gestützt auf diese Kompetenz hat der Bundesrat in Art. 5 Abs. 1 SebV bestimmt, dass Seilbahnen sowie ihre Infrastruktur, ihre Sicherheitsbauteile und ihre Teilsysteme den grundlegenden Anforderungen entsprechen müssen, die in Anhang II der EU-Seilbahnverordnung unter der Bezeichnung «wesentliche Anforderungen» aufgestellt werden. Wird eine Seilbahn, ein Teilsystem oder ein Sicherheitsbauteil einer Seilbahn entsprechend den technischen Normen erstellt oder hergestellt, so wird vermutet, dass die grundlegenden Anforderungen erfüllt werden (vgl. Art. 5 Abs. 2 SebG; vgl. auch Urteil 2C_905/2010 vom 22. März 2011 E. 2.2). Die technischen Normen EN 13223 (Art. 8.3; Sicherheitsanforderungen an Seilbahnen für den Personenverkehr – Antriebe und weitere mechanische Einrichtungen) und EN 13243 (Art. 8.2.1; Sicherheitsanforderungen an Seilbahnen für den Personenverkehr – Elektrische Einrichtungen ohne Antriebe) bestimmen unter anderem, dass die Überwachung bei Überschreitung der bei einer Anlage zulässigen Fahrtgeschwindigkeit um 10% und 20% ansprechen und einen Nothalt auslösen muss.

6.3.2 Sicherheitsrelevante Bauteile müssen laut Art. 27 SebV durch eine unabhängige Stelle auf die Einhaltung der grundlegenden Anforderungen hin geprüft werden (vgl. auch Art. 65 SebV). Die Stelle stellt eine Konformitätsbescheinigung oder einen Sachverständigenbericht aus. Eine Konformitätsbescheinigung ist für jedes Sicherheitsbauteil erforderlich (vgl. Art. 28 Abs. 1 lit. a SebV). Mit den erforderlichen Konformitätsbescheinigungen hat der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin nachzuweisen, dass die Seilbahn den grundlegenden Anforderungen und den übrigen Vorschriften entspricht (sogenannter Sicherheitsnachweis; vgl. Art. 26 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a SebV; vgl. auch E. 3.2.2.3 hiervor; Urteil 2C_905/2010 vom 22. März 2011 E. 2). Wer Seilbahnen in Betrieb nehmen oder Teilsysteme oder Sicherheitsbauteile auf dem Markt bereitstellen will, die nicht den technischen Normen, die geeignet sind, die grundlegenden Anforderungen zu konkretisieren, entsprechen, muss auf andere Weise nachweisen, dass die grundlegenden Anforderungen erfüllt sind. Diesen Nachweis erbringt, wer aufgrund einer Risikoanalyse belegt, dass sich durch die Abweichung das Risiko insgesamt nicht erhöht (vgl. Art. 6a SebV).

6.3.3 Für die behördliche und gerichtliche Prüfung, ob ein Sicherheitsbauteil im Sinne von Art. 28 Abs. 1 lit. a SebV die erforderlichen technischen Normen erfüllt, ist zunächst auf die Konformitätsbescheinigung der unabhängigen Stelle abzustellen. Dies ergibt sich namentlich aus Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51): Ist eine Prüfung oder eine Konformitätsbewertung durch Dritte – wie in Art. 27 SebV in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 SebV – vorgeschrieben, so gilt als Nachweis hierfür der Prüfbericht oder die Konformitätsbescheinigung einer Stelle, welche für den betreffenden Fachbereich in der Schweiz akkreditiert ist (lit. a), durch die Schweiz im Rahmen eines internationalen Abkommens anerkannt ist (lit. b) oder

nach schweizerischem Recht auf andere Weise ermächtigt oder anerkannt ist (lit. c). Sowohl der aktenkundige Prüfbericht als auch die aktenkundige Konformitätsbescheinigung der unabhängigen Stelle erklären die erforderlichen technischen Normen – so auch EN 13223 und EN 13243 – vorliegend als eingehalten (vgl. E. 6.2 hiervor).

6.3.4 Indessen überprüft die (kantonale) Bewilligungsbehörde gemäss Art. 33 Abs. 2 SebV mit Stichproben risikoorientiert die Sachverständigenberichte (lit. a), ob die sicherheitsrelevanten Bauteile und Teilsysteme bestimmungsgemäss verwendet werden (lit. b) und ob die Anlage, so wie sie ausgeführt wurde, den grundlegenden Anforderungen entspricht (lit. c). Die Kompetenz der Bewilligungsbehörde beschränkt sich somit *nicht* lediglich darauf, zu überprüfen, ob alle für den Sicherheitsnachweis erforderlichen Dokumente eingereicht wurden (vgl. Art. 33 Abs. 1 SebV i.V.m. Art. 26 Abs. 2 SebV [u.a. Konformitätsbescheinigung i.S.v. Art. 28 SebV]). Nichts hindert die Bewilligungsbehörde ihrerseits eigenständig Kontrollen durchzuführen. Vorliegend hat die zuständige kantonale Aufsichtsbehörde (Amt für Wald und Energie) eine Überprüfung unter Beizug der Kontrollstelle IKSS vorgenommen.

Bei dieser Kontrolle kann die Bewilligungsbehörde zur Feststellung gelangen, trotz der Bestätigung in einer Konformitätsbescheinigung entspreche eine Anlage nicht den grundlegenden Anforderungen – namentlich nicht den technischen Normen (vgl. auch Art. 19 Abs. 3 lit. b THG). In diesem Fall darf einer Konformitätsbescheinigung im Grundsatz kein höherer Beweiswert beigemessen werden als den konkreten Feststellungen der Bewilligungsbehörde. Solche Abweichungen von den technischen Normen EN 13223 (Art. 8.3) sowie EN 13243 (Art. 8.2.1) hat die kantonale Aufsichtsbehörde (Amt für Wald und Energie) unter Beizug der Kontrollstelle IKSS vorliegend festgestellt.

6.4 Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung soll ein Gericht – auch im Rahmen seiner uneingeschränkten Kognition – in ausgesprochenen Fachfragen eine gewisse Zurückhaltung üben und der Fachbehörde einen gewissen Beurteilungsspielraum belassen, falls die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt worden sind (vgl. BGE 142 II 451 E. 4.5.1; 136 I 184 E. 2.2.1; 131 II 680 E. 2.3.2).

6.4.1 In der vorliegenden Angelegenheit gelangte die Kontrollstelle IKSS im Nachgang an die Inspektion vom 11. Juni 2019 zum Schluss, dass Abweichungen von den technischen Normen EN 13223 (Art. 8.3) sowie EN 13243 (Art. 8.2.1) bestünden, da es nicht möglich sei, die Kleinseilbahn mit einer Geschwindigkeit grösser als 100% zu betreiben, um die Übergeschwindigkeitsauslösung zu prüfen. Demgegenüber legt der Beschwerdeführer dar, dass der Überwachungsmechanismus funktioniere und korrekt reagiere, wenn eine Übergeschwindigkeit auftrete.

Die Übergeschwindigkeitsauslösung und deren Reaktion an der Kleinseilbahn würden dadurch geprüft, dass die Anlage eine doppelt so hohe Geschwindigkeit simuliere, als die Anlage tatsächliche fahre. So könne das Fahren mit 110% und 120% der Nenngeschwindigkeit simuliert werden und (indirekt) getestet werden, ob der Überwachungsmechanismus die Übergeschwindigkeit detektiere und einen Nothalt auslöse.

6.4.2 Mit diesen Ausführungen gelingt es dem Beschwerdeführer jedoch nicht, aufzuzeigen, dass die Fernüberwachungsanlage (FUA) – entgegen den Feststellungen der Kontrollstelle IKSS – die technischen Normen EN 13223 und EN 13243 einhält. Das BAV legt in seiner Vernehmlassung an das Bundesgericht vom 8. Dezember 2021 dar, in praktisch allen Anlagen der Schweiz würden die Schwellen der Übergeschwindigkeit direkt geprüft, indem die Anlage entsprechend schneller bis zu den geforderten Geschwindigkeiten betrieben werde und geprüft werde, ob die Überwachung auslöse. Lediglich in der neusten Generation der Steuerungen eines Herstellers werde die Übergeschwindigkeitsauslösung indirekt geprüft. Diesfalls, so das BAV weiter, sei aber aus den Dokumenten der Konformitätsbescheinigung klar ersichtlich, wie die Übergeschwindigkeitsauslösung geprüft werde und dass die eingesetzte Steuerung samt Software nach der EU-Seilbahnverordnung zertifiziert sei.

6.4.3 Nach den Feststellungen der Kontrollstelle IKSS und unter Berücksichtigung der aktenkundigen Konformitätsbescheinigung (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG) trifft dies vorliegend indes nicht zu: Weder ergibt sich aus der Konformitätsbescheinigung, dass die Übergeschwindigkeitsauslösung indirekt geprüft wird, noch erbringt der Beschwerdeführer den Nachweis, dass die neu installierte Fernüberwachungsanlage (FUA) entsprechend zertifiziert ist. Insofern ermöglichen es die Kontrollstelle IKSS und die kantonale Aufsichtsbehörde (Amt für Wald und Energie) dem Beschwerdeführer im Rahmen der Auflage Nr. 18 zu Recht, die Übergeschwindigkeitsauslösung weiterhin indirekt zu prüfen, diese (indirekte) Prüfmethode aber «mittels Risikoanalyse zu behandeln und in die Konformitätsbescheinigung zu integrieren». Nicht massgebend ist, dass nach Ansicht des Beschwerdeführers aus den technischen Normen EN 13223 und EN 13243 selbst nicht hervorgeht, mit welcher Methode die Übergeschwindigkeitsauslösung geprüft werden müsse.

6.5 Es ist nach dem Dargelegten im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz trotz der Bestätigung in der aktenkundigen Konformitätsbescheinigung bei dieser (technischen) Fachfrage der konkreten Würdigung der Kontrollbehörde IKSS folgte, wonach eine Abweichung von den technischen Normen EN 13223 und EN 13243 vorliege, und die Auflage Nr. 18 bestätigte. [...]

Besprechung

Herdegen Matthias/Masing Johannes/Poscher Ralf/Gärditz Klaus Ferdinand: Handbuch des Verfassungsrechts, Darstellung in transnationaler Perspektive, LVIII + 1837 Seiten. Preis CHF 276.–. Beck Verlag, München 2021. ISBN 978-3-406-73850-0.

«Gibt es nicht schon genug Darstellungen des deutschen Verfassungsrechts?» So umschreiben die Herausgeber im Vorwort, S. IX, den *Kontext* des im Sommer 2021 neu erschienenen «Handbuch[s] des Verfassungsrechts, Darstellung in transnationaler Perspektive». Hinter dieser Frage offenbart sich ein gewisses Unbehagen gegenüber einer zunehmenden Versteinerung der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik durch eine zirkelhafte Bestätigung von Auffassungen. In der schweizerischen Verfassungslehre sind entsprechende Bedenken trotz der mittlerweile fünf Verfassungskommentare und einer Vielzahl an Lehrbüchern mit ähnlichen Konzepten bisher kaum präsent. Das rezensierte Handbuch will der Sorge um eine wissenschaftliche Verengung von Gestaltungsräumen innerhalb einer verfassungsrechtlichen Rahmenordnung durch seine Konzeption als «Schaufenster der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft und ihrer Entwicklung» entgegentreten (Vorwort, S. X). Zu diesem Zweck werden die «wesentlichen Leitlinien des deutschen Verfassungsrechts» aus einem selbstdistanzierten Blickwinkel transparent gemacht, in den transnationalen Austausch gebracht und international eingeordnet (Einleitung, Rz. 3). Dieses Grundanliegen widerspiegelt sich auch im Untertitel und in der Methodik des Werks. Anstatt des üblichen nationalen Bekenntnisses verweist das rezensierte Werk

auf eine transnationale Perspektive. Eine «distanzschaffende Reflexion» über das deutsche Grundgesetz soll neue Betrachtungsweisen eröffnen, anstatt bekannte Verfassungsinterpretationen ein weiteres Mal wiederzugeben (Einleitung, Rz. 14).

Die *Methode* des Handbuchs ist es, das deutsche Grundgesetz in transnationaler Perspektive darzustellen. Der «Zugang zum deutschen Verfassungsrecht» soll erleichtert und «das deutsche Verfassungsrecht und die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft [...] international in den wissenschaftlichen und wissenschaftsorientierten Diskurs» eingebracht werden (Vorwort, S. IX). Mit diesen angestrebten Transferleistungen schlägt das Handbuch einen Mittelweg ein: Durch eine transnationale Kontextualisierung des Grundgesetzes grenzt es sich von traditionellen Kommentaren, Hand- und Lehrbüchern zum deutschen Verfassungsrecht ab, die im innerdeutschen Diskurs und seiner dogmatischen Prägung verhaftet bleiben (Einleitung, Rz. 6). Das Handbuch will aber keine rechtsvergleichende Studie sein, die einen «gleichgeordneten Vergleich unterschiedlicher Verfassungsordnungen» auf ihre Gemeinsamkeiten hin vornimmt (Einleitung, Rz. 7). Und einen verfassungstheoretischen Blickwinkel nimmt das Werk nur insoweit ein, wie er den «Zugang zu den spezifischen Antworten des deutschen Verfassungsrechts auf Grundlagenfragen demokratischer Rechtsstaaten» erleichtert (Einleitung, Rz. 8). Der methodische Ansatz des Handbuchs liegt vielmehr darin, Standort, Stärken und Schwächen des deutschen Verfassungsrechts anhand von anderen verfassungsrechtlichen Ordnungs- und Denkmodellen besser zu erfassen, seine

«Verwobenheit» mit einem inter- und supranationalen Mehrebenensystem zu verdeutlichen (Einleitung, Rz. 15 ff.) und seine Grundlagen für ausländische Verfassungsordnungen und Leserschaften zugänglich zu machen (Einleitung, Rz. 4, 8). Die Autorinnen und Autoren, denen ein Kreis ausgewiesener Verfassungsexpertinnen und -experten aus aller Welt – zwei davon aus der Schweiz – beratend zur Seite stand (S. VII f. und X), haben verschiedene Ansätze entwickelt, um das deutsche Verfassungsrecht in transnationaler Perspektive darzustellen. Gewisse Kapitel erörtern bestimmte verfassungsrechtliche Ordnungsmodelle und verweisen dabei eher beispielhaft auf das Grundgesetz (z.B. *Matthias Herdegen*, Das Grundgesetz im Gefüge des westlichen Konstitutionalismus, § 1). Einige Beiträge stellen die grundgesetzliche Konzeption ins Zentrum und führen diese durch verfassungstheoretische und -vergleichende Überlegungen Abschnitt für Abschnitt einem transnationalen Dialog zu (z.B. *Christoph Möllers*, Demokratie, § 5; *Peter M. Huber*, Rechtsstaat, § 6; *Astrid Wallrabenstein*, Sozialstaat, § 7). Andere Kapitel gehen eher deduktiv vor, indem sie mit denkbaren Regelungsoptionen und theoretischen Überlegungen beginnen, bevor sie deren konkrete Ausgestaltung in der deutschen Verfassungsordnung erörtern (vgl. *Joachim Wieland*, Bundesstaat, § 8; *Ralf Poscher*, Menschenwürde, § 17; *Wolfgang Durner*, Umweltverfassungsrecht, § 26). Einzelne Beiträge stellen das deutsche Verfassungsrecht aber auch durch ein gekonntes Hin- und Herwandern zwischen Grundgesetz, Europäischem Recht, anderen Rechtsordnungen und Verfassungstheorie in transnationaler Perspektive dar (z.B. *Angelika Siehr*, Der Staat als Personalverband: Staatsangehörigkeit, Unionsbürgerschaft und Migra-

tion, § 9). Diese verschiedenen methodischen Herangehensweisen an die Darstellung des deutschen Verfassungsrechts in transnationaler Perspektive mögen der Vielfältigkeit seiner Fragestellungen Rechnung tragen. Einer ausländischen Leserschaft wäre mitunter jedoch besser durch eine einheitliche Methode gedient, die durchgehend anhand von verfassungsrechtlichen Ordnungsmodellen und theoretischen Überlegungen einen Einstieg in die Konzeption des Grundgesetzes erleichtert. Das Handbuch ist in fünf Teile gegliedert. Einleitend erörtern die vier Herausgeber bestimmte *Grundlagen* (I): *Matthias Herdegen* beschreibt «das Grundgesetz im Gefüge des westlichen Konstitutionalismus» (§ 1) und *Johannes Masing* «die Verfassung im internationalen Mehrebenensystem» (§ 2), bevor *Ralf Poscher* «das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismässigen Ausgleichs» charakterisiert (§ 3) und *Klaus Ferdinand Gärditz* auf die «Verfassungsentwicklung und Verfassungswissenschaft» eingeht (§ 4). Der zweite Teil befasst sich mit den *Verfassungsprinzipien* (II.) der Demokratie, des Rechtsstaates, des Sozialstaates und des Bundesstaates – eine der schweizerischen Verfassungsdogmatik vertraute Auswahl. In weiteren drei Teilen behandelt das Werk die *Staatsorganisation* (III.) und die *Grundrechte* des deutschen Grundgesetzes (IV.) sowie *Teilordnungen* (V.) wie die Sicherheitsverfassung oder die Finanzverfassung. Von besonderem Interesse sind aus der Sicht eines Nachbarstaates *Angelika Siehrs* Überlegungen zum Staat als Personalverband und zu den Herausforderungen von Migration für den Nationalstaat und Europa (§ 9) sowie die Ausführungen zur Ausenverfassung Deutschlands von *Matthias Herdegen* (§ 27). Etwas vermissen lässt die vorliegende Darstellung des deutschen Ver-

fassungsrechts in transnationaler Perspektive in allen fünf Teilen qualitative Aussagen darüber, welche verfassungsrechtlichen Konzepte im innerstaatlichen Diskurs selbst gefestigt sind, welche umstritten sind und welche sich auch in anderen Staaten als gelungene verfassungsrechtliche Ordnungsmodelle durchsetzen konnten. Für den schweizerischen Verfassungsdiskurs stellt sich bei einem Handbuch des deutschen Verfassungsrechts in transnationaler Perspektive die Frage, wieweit darin das Verständnis über das deutsche Grundgesetz anhand der Bundesverfassung geschärft wird. Punktuell wird die Bundesverfassung als Gegenmodell zur deutschen Verfassungskonzeption erwähnt, etwa in Bezug auf die Verrechtlichung hochpolitisierter Entscheide in Deutschland (*Matthias Herdegen*, § 1, Rz. 22 f.), die limitierten Vertragsabschlusskompetenzen der Bundesländer im Vergleich zu den Kantonen (*Matthias Herdegen*, § 27, Rz. 9 ff.) oder die im Unterschied zu Deutschland trotz Art. 137 BV fehlenden besonderen Rechte der politischen Parteien in der Schweiz (*Christian Waldhoff*, § 10, Rz. 14 f.). Vereinzelt wird auf konzeptionelle Ähnlichkeiten des Grundgesetzes und der Bundesverfassung hingewiesen, so etwa auf das verfassungsrechtliche Prinzip der Nachhaltigkeit (Art. 73 f. BV) und dessen Verwandtschaft zur Staatszielbestimmung zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a GG). In Bezug auf die Schuldenbremse wird Art. 126 BV gar als Vorbild für Art. 109 Abs. 3 GG bezeichnet (*Joachim Wieland*, § 24, Rz. 40). Insgesamt sind explizite Bezüge zum schweizerischen Verfassungsrecht im rezensierten Werk jedoch eher selten, was wenig erstaunt, wenn man dem transnationalen Verfassungsdenken in der deutschen Verfassungslehre und -praxis mit *Klaus Ferdinand*

Gärdtitz aktuell einen zurückhaltenden Einfluss attestiert (§ 4, Rz. 65 ff.).

Zusammengefasst lohnt sich ein Blick in das neue Schaufenster des deutschen Verfassungsrechts, ausgestattet von Koryphäen dieses Fachs, für das schweizerische Fachpublikum allemal: Einmal schärft die Auseinandersetzung mit dem deutschen Grundgesetz das Verständnis der schweizerischen Bundesverfassung. Sodann hilft das vorliegende Handbuch jenen weiter, die in der deutschen Verfassungsdogmatik nach Orientierung für den Umgang mit neuen, unklaren oder umstrittenen Fragen des schweizerischen Verfassungsrechts suchen. Schliesslich richtet das rezensierte Werk den Fokus auf vernachlässigte Chancen, verfassungsdogmatische Erkenntnisse über die eigene Verfassung durch den Blick auf andere Verfassungen zu erlangen. Im deutschen wie im schweizerischen Verfassungsrecht hatte das transnationale Rechtsdenken einst Tradition (zu deutschen Verfassungsrechtlern an schweizerischen Fakultäten *Andreas Kley*, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, S. 26 ff.; zum Transfer verfassungsrechtlicher Konzepte aus Deutschland in die Schweiz *ders.*, a.a.O., S. 66 ff.). So verwiesen etwa *Georg Jellinek* (*Allgemeine Staatslehre*, 5. Aufl., Berlin 1921 [1900], S. 489 ff., 530 ff., 578, 724, 727) wie auch *Carl Schmitt* (*Verfassungslehre*, 11. Aufl., Berlin 2017 [1928], S. 22 f., 101, 105, 112 f., 261) in ihren Werken häufig auf die Bundesverfassung als Kontrast und Erkenntnisfolie. *Peter Häberle* verfasste gar eine Studie zum kantonalen Verfassungsrecht (*Neueste Schweizer Kantonsverfassungen – eine Einführung mit Dokumentationen*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 56/2008, S. 279 ff.). Mit dem Inkrafttreten des deutschen Grundgesetzes 1949 und der

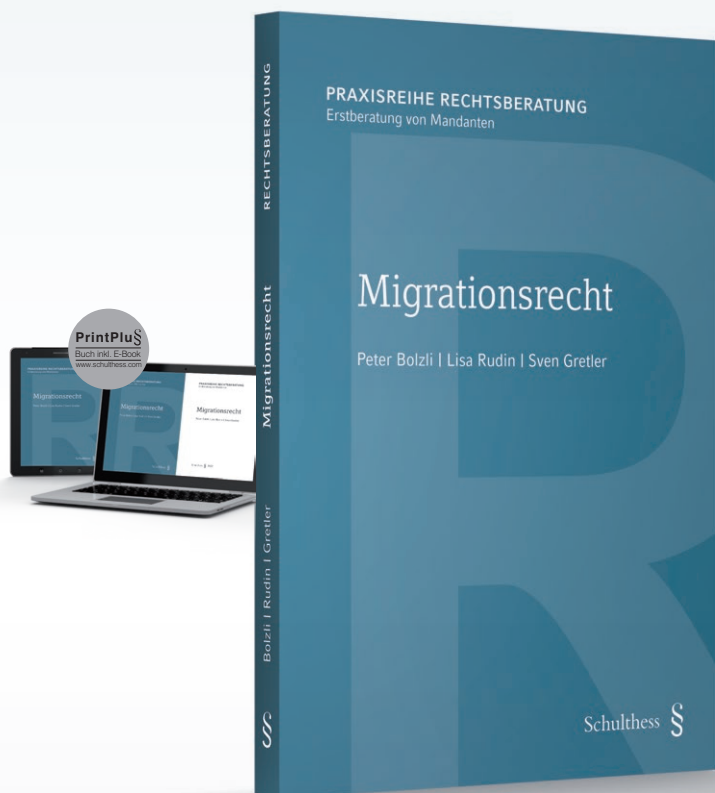
totalrevidierten Bundesverfassung 50 Jahre später ist das Interesse an anderen Verfassungen indes auf beiden Seiten einem nach innen gerichteten Verfassungspatriotismus gewichen. Hier wie dort löste dies – wenn auch etwas zeitverschoben – eine Flut an Kommentaren, Hand- und Lehrbüchern aus, welche die Eigenheiten der neuen Verfassungen bis in die letzten Verästelungen auszumessen versuchen. Diese erstarkte Innenperspektive verstellt in der deutschen wie auch in der schweizerischen Verfassungsdogmatik zunehmend die Sicht auf Erkenntnisse, die sich erst in einem transnationalen Vergleich von Gemeinsamkeiten und Unterschieden einzelner verfassungsrechtlicher Regelungsmuster gewinnen lassen. Mit der beeindruckenden «Selbstbeob-

achtung» (Einleitung, Rz. 14, 21) tritt das rezensierte Handbuch des Verfassungsrechts demnach nicht nur dem Unbehagen gegenüber einer wissenschaftlichen Verengung verfassungsrechtlicher Gestaltungsräume entgegen, sondern will vor allem auch das transnationale Verfassungsdenken in Deutschland (wieder) stärken. Es ist an der Zeit, dass auch im schweizerischen Verfassungsdiskurs eine kritische Selbstreflexion über eine zunehmend nach innen gerichtete Verfassungsdogmatik stattfindet. Schliesslich war transnationales Rechtsdenken ein wichtiger Treiber der schweizerischen Verfassungsentwicklung – und dürfte dies auch in der Zukunft sein.

Dr. iur. Kaspar Ehrenzeller, Zürich

Neuerscheinung aus dem Schulthess Verlag

Migrationsrecht



**Praxisreihe Rechtsberatung:
Erstberatung von
Mandanten**

**Peter Bolzli / Lisa Rudin /
Sven Gretler**

März 2022

232 Seiten, PrintPlus
ISBN 978-3-7255-8210-5
CHF 98.00

Autoren:

lic. iur. Peter Bolzli,
Rechtsanwalt

Lisa Rudin, MLaw,
Rechtsanwältin

Sven Gretler, MLaw,
Fachanwalt SAV Strafrecht



Das kompakte Nachschlagewerk, geschrieben von erfahrenen Praktikern für Praktiker, Auszubildende und andere Interessierte, bietet dank einer übersichtlichen Gliederung, konkreten Fallbeispielen, zahlreichen Tipps und Checklisten eine zuverlässige Hilfe für die Vorbereitung und Durchführung von Besprechungen mit ausländischen Klientinnen, die die Erteilung oder Verlängerung von Arbeits- und Aufenthalts- und Niederlassungsbewil-

ligungen in der Schweiz anstreben. In wenigen Minuten ist die Leserin zu den häufigsten Beratungsthemen auf dem aktuellen Stand von Gesetzgebung, Behördenpraxis und Rechtsprechung. Dank seiner hohen Praxisrelevanz ist das Buch von grossem Nutzen sowohl für Einsteiger in die Materie wie auch für Beraterinnen, die sich mit Migrationsrecht zwar bereits befassen, aber nicht schwerpunktmässig.



Geeignet, Erforderlich, Angemessen – das neue Handbuch des Verwaltungsrechts!

© JS-photo: „BVerwG & Creative Hawk: „Themis“ - Fotolia

Hrsg. von Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht der Universität Heidelberg, und Prof. Dr. Markus Ludwigs, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht der Universität Würzburg.

Das „**Handbuch des Verwaltungsrechts**“ basiert auf einer Gesamtkonzeption, die das deutsche, europäische und internationale Verwaltungsrecht als Einheit und in ihrer Interdependenz und Interaktion in den Blick nimmt. Der Rechtsstoff wird enzyklopädisch aufbereitet, die Zusammenhänge und das Allgemeine in der Fülle der Referenzgebiete des Besonderen werden erschlossen und auseinanderstrebende Detailforschungen zusammengeführt. Das Handbuch stellt die positivrechtlichen Begriffe, Prinzipien und Institute des Verwaltungsrechts in ihren Geltungsbedingungen dar, geht ihren wesentlichen geschichtlichen und sonstigen Grundlagen nach, analysiert sie dogmatisch und untersucht eingehend ihre europäische und internationale Verzahnung.

Band V: Maßstäbe und Handlungsformen im deutschen Verwaltungsrecht

2023. LXXXVIII, 1.539 Seiten. Gebunden. Buckram-Leinen mit Goldprägung. Mit Schutzumschlag. Im Schuber. € 300,-. ISBN 978-3-8114-5966-3. **Auch als E-Book erhältlich!**

Mit Beiträgen von: *Tristan Barczak, Christian Bickenbach, Roland Broemel, Christian von Coelln, Klaus-Dieter Drüen, Sven Eisenmenger, Christian Ernst, Claudio Franzius, Kathrin Groh, Patrick Hilbert, Hermann Hill, Christian Hillgruber, Shu-Peng Hwang, Wolfgang Kahl, Paul Kirchhof, Charlotte Kreuter-Kirchhof, Anna Leisner-Egensperger, Josef Franz Lindner, Markus Ludwigs, Anna Katharina Mangold, Thomas Mann, Maria Marquardsen, Nikolaus Marsch, Markus Ogorek, Arne Pilniok, Ralf Poscher, Stephan Rixen, Jochen Rozek, Karsten Schneider, Gunnar Folke Schuppert, Thorsten Siegel, Alexander Tischbirek, Rainer Wernsmann, Armin von Weschpfennig, Alexander Windoffer, Daniela Winkler, Johanna Wolff.*

Bereits erschienen:

Bd. I: Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts. 2021. LXXVII, 1.265 S. € 260,-. ISBN 978-3-8114-8855-7

Bd. II: Grundstrukturen des europ. und int. Verwaltungsrechts. 2021. LXXXI, 1.140 S. € 250,-. ISBN 978-3-8114-8856-4

Bd. III: Verwaltung und Verfassungsrecht. 2022. LXXXIII, 1.468 S. € 280,-. ISBN 978-3-8114-5802-4

Bd. IV: Status des Einzelnen und Verfahren. 2022. LXXXV, 1.271 S. € 270,-. ISBN 978-3-8114-5822-2

Alle 12 Bände zur Fortsetzung mit 15 % Rabatt auf den Einzelpreis. Ca. € 2.750,-. ISBN 978-3-8114-8723-9.

Lieferung der Einzelbände jeweils bei Erscheinen.

Strukturen und Perspektiven des Verwaltungsrechts

Symposium anlässlich der Präsentation des Handbuchs des Verwaltungsrechts

2023. XI, 130 Seiten. Kartoniert. € 59,-. ISBN 978-3-8114-5446-0 (C.F. Müller Wissenschaft).

Mit Beiträgen von: *Steffen Augsburg, Elena Buoso, David Capitant, Astrid Epiney, Friedhelm Hufen und Wojciech Piątek.*

