

Pierre Tschannen

# **Interessenabwägung bei raumwirksamen Vorhaben**

Résumé ———> 129/Riassunto ———> 129

## Interessenabwägung bei raumwirksamen Vorhaben

I. Einleitung	114
II. Annäherung an das Thema	114
1. Warum Interessenabwägung «bei raumwirksamen Vorhaben» und nicht «im Umweltrecht»?	114
2. Gab es Interessenabwägungen nicht schon immer?	115
3. Falls ja: Wo ist das Problem?	115
III. Vom Planungsermessen zur Interessenabwägung	116
1. Planungsermessen als politisches Ermessen	116
2. Interessenabwägung als Medium materieller Koordination	117
3. Was die Interessenabwägung nicht darf und nicht kann	119
IV. Drei Probleme der Interessenabwägung	120
1. Wie methodisch muss sie sein?	120
2. Was heisst «stufengerechte» Abwägung?	121
3. Gehört die Suche nach Alternativen dazu?	122
V. Umweltrechtliche Domestizierungsinstrumente	124
1. Eingrenzung des Abwägungsfelds	124
2. Vorstrukturierung des Abwägungs- vorgangs	125
3. Umweltprüfung strategischer Planungs- entscheidungen	127
VI. Schluss	128

## Zusammenfassung

Interessenabwägungen sind altbekannt, vor allem (aber nicht nur) bei Grundrechtsbeschränkungen: Sie müssen sich durch ein überwiegendes öffentliches Interesse rechtfertigen lassen und dürfen dem Betroffenen keine Opfer zumuten, die zum öffentlichen Nutzen in keinem vernünftigen Verhältnis stehen. Dieses einfache Schema hilft bei raumwirksamen Vorhaben allerdings kaum weiter: Meist sind mehrere und oft auch widerstreitende öffentliche Interessen beteiligt, die Vorhaben selbst – jedenfalls die grösseren unter ihnen – müssen längs gegliederter Entscheidfolgen Stufe für Stufe herangebildet werden, immer verfügen die Behörden dabei über bedeutendes Planungsermessen.

Das Planungsermessen handelt vorab von Standortfragen und Ausmassfragen. Die Beantwortung dieser Fragen schlägt sich prägend auf Raum und Umwelt nieder; Planungsermessen ist daher ein Stück weit politisches Ermessen. Aber auch als politisches Ermessen muss das Planungsermessen rechtlich rationalisiert werden. Hier nun bietet die Interessenabwägung als Argumentationstechnik die Möglichkeit, Ermessensspielräume in nachvollziehbarer Weise zu konkretisieren und dabei zu Lösungen zu gelangen, die einer gesamtheitlichen Rechtsanwendung verpflichtet bleiben.

Interessenabwägungen folgen dem Schema «Ermitteln, Beurteilen, Optimieren». Besondere Bedeutung kommt dem Punkt «Beurteilen» zu. Neben materiellen Bezugsgrössen wie Ressortzielen oder räumlichen Leitbildern müssen hierzu auch die möglichen Auswirkungen auf Raum und Umwelt sowie auf Wirtschaft und Gesellschaft bedacht werden. Durchläuft ein Projekt mehrere Planungsstufen, so sind Breite und Tiefe der jeweiligen Abwägungen auf Funktion und Tragweite des jeweils massgeblichen Planungsinstrumentes abzustimmen. Nach der Planungsstufe richtet sich auch die Pflicht, Standorte und Ausmasse eines Projekts zu evaluieren.

Der Ausgang einer Interessenabwägung bleibt bei raumwirksamen Vorhaben letztlich unberechenbar. Aus ökologischer Sicht besteht daher das Bedürfnis, die Position der Schutzinteressen zu stärken. Rechtstechnisch gibt es dazu mehrere Möglichkeiten. Der Gesetzgeber kann erstens das Abwägungsfeld eingrenzen, indem er sektorielle Abwägungsverbote setzt (wie beim Moorschutz) oder indem er die einzelnen Abwägungstatbestände auf Nebenfragen beschränkt. Ein zweiter Ansatz zielt auf den Abwägungsvorgang selbst. So kann das Gesetz den Katalog der abwägungsweise zu bedenkenden Interessen näher umschreiben oder gewisse Belange von vornherein als unmassgeblich ausschliessen (etwa finanzielle Interessen im Kontext eines Rodungsgesuchs). Möglich sind auch Vorschriften zur Beurteilung und Optimierung der Interessen. Art. 6 Abs. 2 NHG bildet das bekannteste Beispiel (der Umgang mit solchermassen «vorstrukturierten» Abwägungen bereitet allerdings Schwierigkeiten). Ein dritter Weg führt über die Umweltprüfung strategischer Planungsentscheidungen. Die «Strategische Umweltprüfung SUP» bietet die Chance, die Schwächen einer meist zu spät intervenierenden Projekt-UVP zu kompensieren. Der hauptsächliche Mehrwert einer SUP dürfte prozessualer Natur sein, indem die Umweltdimension im Planerlassverfahren eine institutionalisierte und formalisierte Präsenz erhält.

## I. Einleitung

«Umfassende Interessenabwägung» – eine Phrase von lästiger Omnipräsenz, sie hat sich längst zum administrativen Schreckgespenst entwickelt. Den Planungsämtern gelten Abwägungen oft als Hochseilakt: Was ist deswegen an Vorhaben nicht schon gescheitert! Die Umweltbehörden wiederum: Wenn sie etwas fürchten, dann die normative Leere – Abwägung als Blackbox. Wieviel besser lebt es sich mit klaren Regeln und Grenzwerten!

Hiermit wäre der Beitrag im Grunde bereits zu Ende, denn Neues zu berichten gibt es kaum. Höchstens kann man die Figur der Interessenabwägung etwas banalisieren. Darum soll es denn im Folgenden auch gehen. «Abwägung», soviel vorweg, wird hier verstanden als Mittel der Entscheidung in Fällen, wo gegensätzliche Anliegen aufeinandertreffen und das anwendbare Recht keine ableitbare Lösung bereithält, sondern im Gegenteil Handlungsspielräume offenlässt. Von Belang sind also nur Abwägungen in Händen der rechtsanwendenden Behörden, nicht jene Abwägungen, die der Gesetzgeber selbst vorweggenommen hat. Und «raumwirksame Vorhaben», der zweite im Titel verwendete Begriff, meint den gezielten und absehbar mit neuen Belastungen verbundenen Eingriff in die räumliche Ordnung eines bestimmten Gebiets.

Das Thema soll zunächst etwas eingegrenzt werden (Ziff. II). Dreh- und Angelpunkt der Interessenabwägung, so zeigt sich bald, ist das Planungsermessen. Will man die Chancen und Risiken der Interessenabwägung erfassen, so muss man zuerst den Sinn und Zweck des Planungsermessens kennen (Ziff. III). Was die Abwägungstechnik als solche angeht: Sie ist schon oft beschrieben worden; in diesem Beitrag sollen stattdessen einige Fragen herausgegriffen werden (Ziff. IV). Ein letzter Abschnitt gilt den umweltrechtlichen Versuchen, auf die Interessenabwägung einzuwirken (Ziff. V).

## II. Annäherung an das Thema

### 1. Warum Interessenabwägung «bei raumwirksamen Vorhaben» und nicht «im Umweltrecht»?

Die Herbsttagung der VUR stand unter dem Titel «Interessenabwägung im Umweltrecht». Die Verortung «im» Umweltrecht lenkt den Blick zunächst auf den ökologischen Normbestand und die dort zugestandenen Handlungsspielräume. Sie gibt es sehr wohl. Schon nur das Umweltschutzgesetz (USG)<sup>1</sup> eröffnet mehrere Abwägungsfelder: etwa mit dem Vorbehalt der «wirtschaftlichen Tragbarkeit» (Art. 11 Abs. 2, Art. 30d Bst. a), mit dem Zugeständnis von «Erleichterungen» im Einzelfall (Art. 17 Abs. 1, Art. 25 Abs. 2) oder mit der Möglichkeit «baulicher Massnahmen» an belasteten Anlagen anstelle der grundsätzlich verlangten Intervention bei der Einwirkungsquelle (Art. 20 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1, Art. 25 Abs. 3). Auch das Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG)<sup>2</sup> kennt seine Abwägungstatbestände (Art. 3, 6, 18), ebenso das Waldgesetz (Art. 5)<sup>3</sup> oder das Gewässerschutzgesetz (GSchG)<sup>4</sup> (Art. 33). Der Umgang mit Normen dieser Art gestaltet sich gewiss nicht immer

---

1 SR 814.01.

2 SR 451.

3 SR 921.0.

4 SR 814.201.

leicht. Allerdings drehen sich die entsprechenden Abwägungen letztlich doch nur um gesetzlich begrenzte Fragen und gesetzlich vorgezeichnete Antworten.

Das Bild ändert sich, sobald das Thema aus der Perspektive des raumwirksamen Vorhabens betrachtet wird; das Vorhaben bildet ja auch den Auslöser aller folgenden Schwierigkeiten. Raumwirksame Vorhaben folgen primär der Ratio ihrer eigenen Rechtsgrundlagen, handle es sich nun um die allgemeine Planungs- und Baugesetzgebung oder um besondere Sacherlasse zu Infrastrukturen aller Art. Auf diesen Rechtsgrundlagen gründen auch die projektspezifischen Abwägungen, und hier geht es um die wirklich grossen Fragen: um die Prüfung des Bedarfs, die Bestimmung der geeigneten Massnahme, die Evaluation von Standorten und Linienführungen, die Definition der räumlichen Ausmasse. Der dabei unvermeidliche Griff auf die natürlichen Ressourcen versetzt das Umweltrecht in eine Abwehrrolle; es beherrscht die entscheidenden Abwägungen nicht oder nur zum Teil. Interessenabwägungen in derartigen Konstellationen sollen im Folgenden interessieren.

## 2. Gab es Interessenabwägungen nicht schon immer?

Gewiss, Interessenabwägungen kennt das öffentliche Recht seit je – vorab bei Grundrechtseingriffen, daneben aber auch bei sonstigen Verwaltungsmassnahmen. Gewöhnlich werden Abwägungen unter dem Titel der Zumutbarkeit abgewickelt; sie wiederum gehört zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2, Art. 36 Abs. 3 BV)<sup>5</sup>. Der Zumutbarkeitstest ist bestanden, wenn die Verwaltungsmassnahme eine angemessene Zweck-Mittel-Relation wahr; er verlangt ein vernünftiges Verhältnis zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung (man könnte auch sagen: zwischen öffentlichem Nutzen und privater Last).<sup>6</sup> Derlei Abwägungen sind nicht besonders anspruchsvoll. Erstens hat man es meist mit einfachen, nämlich bipolaren Konfliktlagen zu tun: Hier der Staat, dort der Bürger; hier das öffentliche Eingriffsinteresse, dort das private Abwehrinteresse. In der Sache selbst, zweitens, geht es weithin nur um rechtlich geregelte Einzelmassnahmen. Und drittens wird der Abwägungsvorgang durch die davor unternommenen Prüfschritte «gesetzliche Grundlage» und «öffentliches Interesse» sowie – im Kontext der Verhältnismässigkeit – «Eignung» und «Erforderlichkeit» wesentlich entlastet. Was dann noch abwägungsweise zu klären ist, betrifft nurmehr die Frage, ob der legitime Zweck auch die Mittel heiligt.

## 3. Falls ja: Wo ist das Problem?

Es sind gleich mehrere. Problem Nummer eins besteht darin, dass raumwirksame Vorhaben multiple Interessen berühren können und dann auch entsprechend komplexe Konfliktlagen provozieren. Besonders im Zuge der zentralen Planungsprozesse (Richtplanung, Nutzungsplanung und Sachplanung) kommen vielfache und oft auch widersprüchliche Ressortinteressen ins Spiel. Gleiches gilt von der privaten

5 SR 101.

6 Vgl. nur ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 497, 555 ff.; PIERRE MOOR / ALEXANDRE FLÜCKIGER / VINCENT MARTENET, Droit administratif I, 3. Aufl., Bern 2012, S. 819 ff.

Seite; ausserdem können sich private und öffentliche Interessen überschneiden.<sup>7</sup> Entsprechend unübersichtlich präsentiert sich dann auch die Rechtslage; regelmässig sind neben dem für das Vorhaben zuständigen Sachgesetz zahlreiche Anforderungen weiterer Erlasse zu erfüllen. Wo es aber an bipolaren Konflikten fehlt, gibt es auch keine Abwägungen nach dem Muster «A gegen B». Im Grunde ist schon der Begriff «Abwägung» verfehlt, denn er unterstellt ja das Bild zweier Waagschalen, und davon kann in komplexen Lagen nun wirklich keine Rede sein.

Das zweite Problem betrifft die Funktion der Interessenabwägung. Idealerweise schliesst die Abwägung an die bereits ins Auge gefasste (und gesetzlich vorbestimmte) Massnahme an. Raumwirksame Vorhaben indessen – Kleinprojekte beiseitegelassen – stehen nicht a priori fest; oft müssen sie entlang mehrstufiger Entscheidungsfolgen nach und nach herangebildet werden. Stufe für Stufe wird es dabei auch zu Abwägungen kommen. Mit anderen Worten: Bei raumwirksamen Vorhaben dienen Abwägungsprozesse nicht nur der Projektbeurteilung, sondern mehr noch der Projektentwicklung; sie schliessen nicht nur am Vorhaben an, sondern führen auch zum Vorhaben hin.

In diesen langen Abwägungs- und Entscheidungsfolgen spiegelt sich ein weiteres Problem: Die schwache materielle Steuerungskraft des raumwirksamen Rechts. Das Raumplanungsgesetz operiert über weite Strecken mit offenen (unbestimmten, vagen) Normen; viele Sachplanungserlasse tun es ihm gleich, man denke nur an Verkehr und Versorgung. Über die Gründe wird noch zu sprechen sein (sogleich Ziff. III/1). Vorerst geht es nur um die Feststellung, und die lautet: Trotz materieller Vorgaben ist es völlig ausgeschlossen, den konkreten Plan oder das konkrete Werk durch Interpretation aus dem Gesetz abzuleiten.<sup>8</sup> Die Konsequenzen sind rasch benannt: Offene Norm gleich Planungsermessen, Planungsermessen gleich Interessenabwägung. Die offene Norm ist es ja, welche die Interessenabwägung erst ermöglicht und übrigens auch erfordert.

Sagen wir es deutlich: Die Wurzel des ökologischen Unwohlseins liegt beim Planungsermessen.

### III. Vom Planungsermessen zur Interessenabwägung

#### 1. Planungsermessen als politisches Ermessen

Der Weg von der Norm zum räumlichen Ergebnis ist nicht blosser Exekution eines im Gesetz schon vorgezeichneten Projekts, sondern bildet selbst noch Teil der Projektdefinition: Das war die Feststellung. Nun die Gründe.

Der Griff des Gesetzgebers zur offenen Norm erklärt sich einmal mit dem Profil der raumwirksam agierenden Ressorts: Raumplanung wie Sachplanung sind Gestaltungsaufgaben; die sachgerechte Erfüllung solcher Aufgaben aber verlangt nach weiten Handlungsspielräumen. Dem entspricht ja auch der offene, von Widersprüchen durchsetzte Katalog der Planungsgrundsätze (Art. 3 RPG<sup>9</sup>).<sup>10</sup> Der zweite

7 ALAIN GRIFFEL, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zürich 2001, Rz. 445 f.; TIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genf/Zürich/Basel 2011, Rz. 546 ff.

8 Statt vieler PIERRE MOOR, Principes du droit de la gestion territoriale, in: MARTINA CARONI et al. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2010, S. 299 ff., 304.

9 SR 700.

10 RUEDI MUGGLI, Umweltprüfung vor der Projektierung, URP 2004, S. 445 ff., 456.

nicht minder wichtige Grund liegt beim Gestaltungsgegenstand der Planungsressorts: Es ist der physische Raum, somit eine konkrete Gegebenheit, die sich in ihrer Vielfalt kaum je mit typischen Situationen wiederholt.<sup>11</sup> Projekt und Raum müssen dementsprechend jedesmal neu aufeinander bezogen werden. Man sieht sogleich: Mit einer inhaltsorientierten Regelungstechnik nach dem herkömmlichen Wenn-Dann-Muster wird man weder dem Gestaltungscharakter der Planung noch den Eigenheiten des Raums gerecht; die Aufgabensteuerung erfolgt notgedrungen über Aufträge, Ziele, Grundsätze, Kriterien und Verfahren. Wo aber der Gesetzgeber durch Einsatz offener Normen von strikter Steuerung absieht (absehen muss), steigt im gleichen Mass der Handlungsspielraum der Verwaltung. Das Wort dafür wurde genannt: es heisst Planungsermessen.

In der Sache selbst kann sich das Planungsermessen auf ganz unterschiedliche Fragen erstrecken. Grob gesagt sind es vier: Grundsatzfragen (oder Bedarfsfragen, das «Ob»), Standortfragen (das «Wo», einschliesslich Fragen der Linienführung, wenn man es mit netzartigen Anlagen zu tun hat), weiter Ausmassfragen (das «Wie viel» oder «Wie gross»), schliesslich Ausführungsfragen (das «Wie»). Bestand und Umfang des Planungsermessens hängen natürlich von den Dispositionen des Gesetzgebers ab. Ohne allzu sehr zu vereinfachen, kann man doch eins festhalten: Standortfragen und Ausmassfragen sind jene Fragen, um die sich das Planungsermessen hauptsächlich dreht; es sind jene Fragen, die im allgemeinen Pflichtenheft der Planungsbehörden vorab erscheinen (vgl. nur Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b sowie Art. 15 Abs. 3 Bst. a und b Raumplanungsverordnung [RPV])<sup>12</sup>; es sind schliesslich jene Fragen, deren Beantwortung im höchsten Mass raumprägend und umweltbedeutsam sind.

Nach diesen Sätzen dürfte aber auch klargeworden sein: Planungsermessen ist ein Stück weit politisches Ermessen – politisch deshalb, weil es autonom gefasste Entscheidungen über die Art und Weise der Raumordnung ermöglicht und folglich über einen Teil dessen, was die Ordnung des Gemeinwesens ausmacht. Neben juristisch rationalisierbaren Erwägungen werden sich dann auch sachpolitische Argumente Geltung verschaffen wollen; dies liegt in der Natur jedes gesetzlich eingeräumten Planungsermessens.<sup>13</sup> Relativierend ist beizufügen: Der Sinn der administrativen Dezisionsbefugnisse liegt nur mehr darin, aufgabenspezifische Zweckmässigkeiten zur Entfaltung zu bringen; grosse Politik ist auf diese Weise nicht zu machen.

## 2. Interessenabwägung als Medium materieller Koordination

Die Technik der offenen Normierung (mithin auch: die Gewährung weiten Planungsermessens) mag der Sache geschuldet und daher unvermeidlich sein. Sie hat aber zur Folge, dass das RPG und mit ihm auch zahlreiche Sacherlasse die herkömmliche Gesetzesfunktion nurmehr unzureichend erfüllen, nämlich die Sache selbst demokratisch abzustützen und ihre Grundzüge deutlich vorzuzeichnen. Stattdessen hinterlassen sie erhebliche Legitimations- und Berechenbarkeitsdefizite.

11 PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl., Bern 2016, S. 85.

12 SR 700.1.

13 Vgl. BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 476 ff., 482. Ebenso MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET (Fn. 6), S. 753 f.; TANQUEREL (Fn. 7), Rz. 549.

Diese Defizite müssen auf prozeduralem Weg aufgefangen werden, eine andere Möglichkeit gibt es nicht. Legitimationsdefizite – dies vorweg – lassen sich durch den Grundsatz der offenen Planung mildern (Art. 4 RPG), aber auch durch referendumsfähige Plan-, Sach- oder Finanzbeschlüsse. Im Zusammenhang hier interessieren die Berechenbarkeitsdefizite. Als Therapie der Wahl gilt die Kombination zweier Kompensationsmechanismen. Ein erster Mechanismus besteht darin, den Planungsprozess mittels Entscheidfolgen zu strukturieren. Die bekannten Entscheidfolgen lauten «Richtplan – Nutzungsplan – Baubewilligung» sowie «Sachplan – Plangenehmigung», im Bereich der Nationalstrassen auch die Folge «Netzbeschluss – generelles Projekt – Ausführungsprojekt mit Plangenehmigung»: Sie bieten den Behörden Mittel und Wege, die Komplexität einer raumwirksamen Aufgabe in geordneten und zeitlich auseinanderliegenden Schritten abzuarbeiten; es handelt sich salopp gesagt darum, das Planungsermessen zu stückeln, ohne den Blick fürs Ganze zu verlieren. Der zweite Mechanismus gilt der Handhabung des Planungsermessens selbst; die Rede ist wenig überraschend von der Interessenabwägung als Verfahren zur Konkretisierung des Ermessens im Einzelfall.

Wie eingangs erwähnt soll die Interessenabwägung zum Entscheid hinführen. Als Argumentationstechnik verstanden dient die Abwägung zur gedanklichen Herleitung des Entscheids bei steuerungsschwacher Rechtsgrundlage. Insofern erfüllt die Interessenabwägung den gleichen Zweck wie jede andere Begründung rechtlicher Beschlüsse: Sie zwingt die Behörde zur Selbstkontrolle, sorgt für Nachvollziehbarkeit des Entscheids und steigert seine Annehmbarkeit.<sup>14</sup>

Zugleich aber fungiert die Interessenabwägung als Medium der materiellen Koordination. Dazu muss man sich den Ausgangspunkt jeder Abwägung vor Augen halten: die prinzipielle Gleichrangigkeit der widerstreitenden Anliegen (immer solange der Gesetzgeber nicht anders entschieden hat); sie wiederum rührt vom ebenso grundsätzlichen Gleichrang der dahinterstehenden Verfassungsnormen her.<sup>15</sup> Wenn nun die Behörde vor der Aufgabe steht, unter prinzipiell gleichrangig widerstreitenden Interessen eine Entscheidung zu treffen, so muss sie mit diesen Interessen zu arbeiten beginnen. Die Arbeit besteht darin, die konfligierenden Anliegen zueinander in eine situationsgerechte und folgenbewusste Beziehung zu bringen, so dass am Ende eine Lösung herauschaut, die man verantworten kann. Ziel ist, in einem Wort, die «ganzheitliche Rechtsanwendung».<sup>16</sup> Das Bundesgericht sagt es so: «Es gilt Lösungen zu finden, bei denen alle Regelungen möglichst gleichzeitig und vollumfänglich zum Zuge kommen und das Ergebnis gesamthaft sinnvoll ist. Diese Gesamtbeurteilung wird in materieller Hinsicht durch die Anwendung einer Norm, die eine umfassende Interessenabwägung vorschreibt, gewährleistet.»<sup>17</sup>

14 PIERRE TSCHANNEN / ULRICH ZIMMERLI / MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 29 Rz. 12.

15 BGE 139 I 16 E. 4.2.1; 128 II 1 E. 3d S. 10 f. Aus der umweltrechtlichen Literatur GRIFFEL (Fn. 7), Rz. 466; ARNOLD MARTI, Das Schutzkonzept des Natur- und Heimatschutzgesetzes auf dem Prüfstand, ZBl 2008, S. 81 ff., 86; STEPHAN WULLSCHLEGER, Interessenabwägung im Umweltrecht, URp 1995, S. 75 ff., 82.

16 GRIFFEL (Fn. 7), Rz. 447 a.E.

17 BGE 117 Ib 28 E. 2 S. 31 (Samnaun GR).

### 3. Was die Interessenabwägung nicht darf und nicht kann

Interessenabwägungen dürfen und können vieles, allerdings auch nicht alles. Was sie nicht dürfen: Den rechtlichen Kontext negieren. Gesetzliche Regeln, erstens, müssen vorweg eingehalten werden. Jede Abwägung ist auf normativ zugestandene Handlungsspielräume verwiesen; wo sie fehlen, ist anzuwenden und nicht abzuwägen.<sup>18</sup> Die unlängst aufgekommene Idee, via Interessenabwägung auf Richtplanstufe ein Abweichen von raumwirksamen Verboten zu erlauben, gehört in den politischen Giftschränk.<sup>19</sup> Sachgesetzliche Sondervorschriften zum Abwägungsvorgang selbst, dies der zweite Punkt, sind ebenso zu respektieren. Prozedural vorstrukturierte oder materiell eingegrenzte Abwägungen mögen ihre Tücken haben (dazu später; Ziff. V/2); aber wenn das Gesetz kein freies Abwägen will, dann hat sich die Praxis zu fügen. Drittens endlich stiftet die Interessenabwägung keinen Freipass zu beliebigem Argumentieren. Das Abwägungsergebnis wird Teil eines rechtlich gestützten Entscheids; daher darf der Abwägungsprozess nur solche Interessen verarbeiten, die in Verfassung, Gesetz und Verordnung Rückhalt gefunden haben.

Umgekehrt gibt es Dinge, die man sich von der Interessenabwägung erhoffen mag, aber niemals erhalten wird. Der Wunsch nach unzweifelhaften Ergebnissen gehört hierher: Er kann nur enttäuscht werden. Interessen lassen sich nicht durchwegs objektivieren; oft spielen ideelle Belange mit, die sich einer zahlenmässigen Betrachtungsweise eher verschliessen.<sup>20</sup> Um Wertungen – und zwar um eigene Wertungen – kommt die Fachbehörde demnach nicht herum. So umschliesst jeder Abwägungsvorgang Dezisionsanteile, die keiner Rechtsnorm mehr zugerechnet werden können, sondern nur noch dem Gestaltungswillen der Behörde selbst.<sup>21</sup> Ein Weiteres bleibt unerfüllbar: Allen berührten Anliegen gerecht zu werden. Interessenabwägung heisst nicht Interessenausgleich; am Ende muss es ja zu einem Entschluss kommen. Zwar sollen die berührten Belange, ihrer Beurteilung entsprechend, weitest möglich berücksichtigt werden. Dennoch kann es bei Unvereinbarkeiten geschehen, dass das eine Interesse bevorzugt und das andere zurückgestellt werden muss (oder bei gleichwertigen Varianten, dass die Wahl auch anders hätte ausfallen können). Wer sich daran stört, sollte sich an den politischen Einschlag des Planungsermessens erinnern und auch daran, dass die Wahrnehmung der damit einhergehenden Gestaltungsmacht vom Gesetzgeber eigens an die Fachbehörden delegiert wurde. Hierbei sind sie nun einmal auf sich selbst gestellt; sie können diese Verantwortung nicht wieder rückdelegieren.

---

18 BGE 134 II 97 E. 3.1 S. 100 (Wolfenschiessen NW); 117 Ib 28 E. 3 S. 31 f. (Samnaun GR); 115 Ib 472 E. 2e/aa S. 486 f. (Ossingen ZH). GRIFFEL (Fn. 7), Rz. 479; WULLSCHLEGER (Fn. 15), S. 91.

19 Vgl. hierzu Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz BPUK, Raumplanerische Interessenabwägung, Bericht der Arbeitsgruppe vom 21. September 2017, S. 40 f.

20 Einlässliche Diskussion bei KASPAR PLÜSS, Interessenabwägung beim Bau von Wasser- und Windenergieanlagen, Zürich/St. Gallen 2017, Rz. 118 ff.

21 Zum politischen Charakter der Interessenabwägung u. a. GRIFFEL (Fn. 7), Rz. 454 mit Hinweisen.

## IV. Drei Probleme der Interessenabwägung

### 1. Wie methodisch muss sie sein?

Das Drei-Schritte-Schema ist bekannt: erstens Ermitteln der Interessen, zweitens Beurteilen der ermittelten Interessen, drittens Optimieren der ermittelten und beurteilten Interessen (die Abwägung im engeren Sinn). Bei jedem Schritt sind ein paar einfache Regeln zu beachten: Zu ermitteln sind alle rechtlich anerkannten Interessen, die im konkreten Fall von Bedeutung sind (aber auch nur sie); die Beurteilung verlangt nach rechtlich ausgewiesenen Massstäben und einem Tableau der absehbaren Auswirkungen; und optimieren schliesslich heisst nicht zuletzt dem Gewicht Rechnung tragen, das den Interessen im Zuge der Beurteilung beigelegt wurde. Das Schema gilt übrigens nicht allein im Planungs- und Umweltrecht, sondern – bei komplexen Konfliktlagen – auch für Interessenabwägungen auf anderen Gebieten des öffentlichen Rechts.<sup>22</sup>

Wie methodisch muss eine Interessenabwägung sein? Der immer wieder repetierte Einwand, Abwägung sei von vornherein nichts Methodisches, möge hier in Frieden ruhen.<sup>23</sup> Methoden im Sinne gleichbleibender Abläufe zur Bewirkung reproduzierbarer Ergebnisse unter gleichbleibenden Bedingungen kennt die Jurisprudenz ohnehin nicht; selbst die sogenannten «Auslegungsmethoden» bilden nicht mehr als einen Katalog zugelassener Argumente.<sup>24</sup> Reden wir besser von Abwägung als Argumentationstechnik. Die Frage lautet dann entsprechend: Muss man sich an das Drei-Schritte-Schema halten?

Die Antwort lautet: Je nachdem. Die Schritte stehen für Pflichtpunkte der Abwägung, nicht für Etappen eines Prüfprogramms; der Inhalt zählt mehr als die Reihenfolge. Statt zuerst alle Interessen zu ermitteln und anschliessend alle Interessen zu beurteilen, kann es sinnvoller sein, Ermittlung und Beurteilung für einzelne Interessenposten zusammenzufassen. In einem Planerlassverfahren wird es sich arbeitstechnisch hin und wieder als einfacher erweisen, die Interessenabwägungen örtlich oder sachlich zu begrenzen und portionsweise abzuwickeln; dagegen ist nichts einzuwenden, solange der Blick für die Gesamtbilanz gewahrt bleibt. Möglich – wenn auch nicht zu empfehlen – ist die vor allem bei Juristen beliebte Methode, den Einwänden aus Mitwirkungs- und Einspracheverfahren zu folgen – wenig empfehlenswert deshalb, weil die Gefahr einer bloss noch reagierenden Argumentation besteht. Wie auch immer man den Abwägungsvorgang gestaltet, so soll am Ende doch erkennbar sein, dass die gedanklichen Pflichtpunkte tatsächlich abgearbeitet wurden.

Sichtbar zu machen ist insbesondere die Beurteilung der Interessen, denn mit der Beurteilung werden wichtige Wegmarken zum Abwägungsergebnis gesetzt. Hierzu sind einige Sätze nachzuschieben.<sup>25</sup> Beurteilen heisst bestimmen, inwiefern die Verwirklichung eines Interesses wünschbar erscheint. Die Interessen sind mithin zu gewichten: zunächst für sich selbst, dann aber auch im Verhältnis zu den anderen Interessen. Die Gewichtung kann vom Gesetzgeber in generell-abstrakter

22 Vgl. BGE 138 II 346 E. 10.3 S. 364 betr. Datenschutz. So auch GRIFFEL (Fn. 7), Rz. 449.

23 Resümee der gängigen Kritik z.B. bei PLÜSS (Fn. 20), Rz. 3. Zum Thema auch GRIFFEL (Fn. 7), Rz. 448; WULLSCHLEGER (Fn. 15), S. 80 f.

24 Vgl. nur BGE 131 III 314 E. 2.2 S. 315 f.

25 Zur Problematik bereits GEORG MÜLLER, Interessenabwägung im Verwaltungsrecht, ZBl 1972, S. 337 ff., 347 ff. Aus neuerer Zeit GRIFFEL (Fn. 7), Rz. 452; WULLSCHLEGER (Fn. 15), S. 82 ff.

Weise vorweggenommen worden sein; dieser eher seltene Fall gehört ins Kapitel «vorstrukturierte Abwägung» (näher hierzu Ziff. V/2). Im Übrigen erfolgt die Beurteilung anhand passender Massstäbe im Einzelfall. Die Frage nach dem passenden Massstab ist allerdings delikater. Zuerst wird man nach materiellen Bezugsgrössen suchen müssen. Zu diesen Bezugsgrössen zählt in allgemeiner Weise die Vereinbarkeit mit der anzustrebenden räumlichen Entwicklung (Art. 3 Abs. 1 Bst. b RPV); in der Sachplanung sind es die zuvor bestimmten Ressortziele und Projektkriterien (Art. 14 Abs. 2 Bst. a RPV); in beiden Fällen handelt es sich um genuin politisch bestimmte Vorgaben. Wichtiger noch ist ein Zweites: der Blick auf die möglichen Auswirkungen (so auch Art. 3 Abs. 1 Bst. b RPV). Verlangt ist eine Folgendiskussion, d. h. die Darstellung und Erörterung dessen, was sich voraussichtlich einstellen könnte, wenn das eine Interesse dem anderen vorgezogen würde.<sup>26</sup> Die Behörde muss also erstens die absehbaren Effekte der unterschiedlichen Handlungsoptionen benennen (räumlich-ökologisch, wirtschaftlich, gesellschaftlich); und sie muss sich zweitens zur Wünschbarkeit dieser Effekte äussern. Es geht, wie unschwer zu erkennen ist, um eine Art Nachhaltigkeitstest.<sup>27</sup> Darin liegt gewiss kein handfester Massstab. Die Pflicht zur Folgendiskussion setzt die Behörde aber unter erhöhten Erklärungszwang. Dieser prozedurale Hebel dürfte praktisch nicht weniger wirksam sein als die aufgabenbezogene Zielvorgabe.

## 2. Was heisst «stufengerechte» Abwägung?

«Stufengerecht» ist leichter gesagt als erklärt. Art. 2 RPG über die Planungspflicht soll neuerdings um einen Absatz 2<sup>bis</sup> ergänzt werden; die Behörden, heisst es dort, «wägen auf der jeweiligen Ebene die Interessen gegeneinander ab».<sup>28</sup> So würde nicht nur die Abwägungspflicht als solche gesetzlich verankert, sondern gleichzeitig auch das Prinzip der stufengerechten Abwägung. Über die politische Opportunität des Vorschlags kann man geteilter Meinung sein, dies nur als Anmerkung.<sup>29</sup> Zum Stichwort «stufengerecht» bleiben die amtlichen Erläuterungen allerdings seltsam vage. Gemeint sei, «dass auf der jeweiligen Planungsebene die für eine sachgerechte Entscheidung relevanten Aspekte zu ermitteln und zu würdigen sind, ohne dass entsprechende Abklärungen schon abschliessend sein müssen»; wo noch «nachgelagerte konkretisierende Planungsschritte» folgten, könne man «beispielsweise detailliertere Abklärungen über die Wirkungen des Vorhabens auch erst auf dieser Planungsstufe» treffen.<sup>30</sup> Ja, das Grosse kommt vor dem Kleinen, der Grundsatz vor dem Detail, das wussten wir bereits.

Die Frage nach der stufengerechten Interessenabwägung stellt sich selbstredend nur dort, wo ein raumwirksames Vorhaben mehrere Planungsetappen durchläuft – was wiederum voraussetzt, dass das anwendbare Recht ein entsprechend gestuftes Entscheidungsinstrumentarium eingerichtet hat.

26 BGE 121 II 378 E. 1e/aa S. 384 (Murgenthal AG). Beispiel einer Folgendiskussion in BGE 114 Ib 268 E. 4b und 4c S. 274 f. (Walchwil ZG).

27 In eine ähnliche Richtung MUGGLI (Fn. 10), S. 463 f.

28 Zweite Etappe der Teilrevision des Raumplanungsgesetzes: Vernehmlassungsentwurf Sommer 2017 (abrufbar unter are.admin.ch).

29 Vgl. BPUK (Fn. 19), S. 37 ff.

30 Zweite Etappe der Teilrevision des Raumplanungsgesetzes: Erläuternder Bericht vom 21. Juni 2017, S. 6 (abrufbar unter are.admin.ch).

«Stufengerecht» heisst zum einen, dass ein und dieselbe Frage im Zuge einer Entscheidfolge nur einmal – negativ ausgedrückt: nicht mehrfach – bearbeitet wird. Hat der Sachplan Standort oder Linienführung eines Vorhabens definiert, dann soll es im Plangenehmigungsverfahren nurmehr um Varianten gehen und nicht um grundsätzliche Alternativen; hat der Richtplan das Mass der gebotenen Rückzonung festgelegt, dann soll sich die Nutzungsplanung um Ort und Ausgestaltung der Baulandreduktion kümmern, nicht mehr aber um Grundsatz und Umfang. Die Betonung liegt allemal auf «soll»; Versäumnisse auf der vorgeordneten Planungsetappe lassen sich mit der Vokabel «stufengerecht» selbstredend nicht entschuldigen. Was «stufengerecht» hingegen positiv bedeutet, ist nicht einfach zu beschreiben. Grundsätzlich gilt: Breite und Tiefe der Interessenabwägung richten sich nach Funktion und Tragweite des jeweils beanspruchten Planungsinstruments und den absehbaren Auswirkungen des Planeintrags; Funktion und Tragweite des Planungsinstruments wiederum sind aus dem einschlägigen Gesetz zu gewinnen. Wenn Richtpläne und Sachpläne dazu bestimmt sind zu zeigen, wie die Behörden von ihrem Planungsermessen Gebrauch machen wollen, und wenn diese Pläne überdies nur die Behörden binden, so folgt daraus, dass private Interessen vorerst kein Thema sind: Dazu sind spätere Entscheidungstappen bestimmt (die Nutzungsplanung, das Plangenehmigungsverfahren) – Etappen, in denen die Privaten über Parteirechte verfügen und sich dementsprechend einbringen können. Im Kreis der öffentlichen Interessen sodann sind alle Belange zu erfassen, die wegen der jetzt zu treffenden Planbeschlüsse in nachfolgenden Etappen nicht mehr aufgegriffen werden können. Die zu erreichende Grenzlinie liegt beim Bereich dessen, was entscheidoffen bleiben darf. Am Beispiel der richtplanpflichtigen Grossvorhaben (Art. 8 Abs. 2 RPG): Eine positive Festlegung zu Ort und Ausmass eines Projekts bedeutet vorerst nur, dass mögliche Alternativen ausgeschieden wurden (sie liessen sich auf Stufe Nutzungsplan nur nach vorgängiger Anpassung des Richtplans realisieren); die Aussage lautet: «Wenn überhaupt, dann hier und nicht anderswo». In die Abwägung sind daher alle Interessen einzubeziehen, die vom Feld der denkbaren Standortfestlegungen betroffen sind; und zu diskutieren sind sie in einer Tiefe, die es erlaubt, die rechtliche Realisierbarkeit des Vorhabens am schliesslich priorisierten Ort trotz seiner noch unsicheren Konturen zumindest plausibel erscheinen zu lassen;<sup>31</sup> letzte Gewissheit ist noch nicht verlangt. Bei einem projektbezogenen Nutzungsplan dagegen wird man bereits in die technischen Details gehen müssen.

### 3. Gehört die Suche nach Alternativen dazu?

Gewiss, denn für raumwirksame Vorhaben gibt es nie nur eine einzige Lösung: die einzig mögliche Massnahme, den einzig möglichen Standort, die einzig mögliche Linienführung. Die verfassungsrechtlich erwartete Raum- und Umweltverträglichkeit eines Vorhabens lässt sich ein gutes Stück weit nur im Vergleich denkbarer Alternativen einschätzen.

Die Pflicht zum Denken in Alternativen besteht schon dort, wo das Recht den Nachweis der Standortgebundenheit verlangt. Art. 24 RPG und Art. 5 WaG bilden die bekanntesten Beispiele. Zwar ist die Standortgebundenheit als Bewilligungserfordernis vorweg zu prüfen; die umfassende Interessenabwägung folgt

---

31 Vgl. ARE, Ergänzung des Leitfadens Richtplanung, März 2014, S. 30 f.

erst in einem zweiten Schritt. Gleichwohl lassen sich Standortgebundenheit und Interessenabwägung nicht restlos trennen. Grund dafür ist die Rechtsprechung: In der Regel lässt sie eine relative Standortgebundenheit genügen, das heisst die Gewissheit, dass der beanspruchte Standort gegenüber anderen Standorten erheblich vorteilhafter erscheint.<sup>32</sup> Damit geht dem Befund über die Standortgebundenheit eine eigene, spezifisch auf die Evaluation von Standortalternativen gerichtete Interessenabwägung voraus.<sup>33</sup> Wenig anders verhält sich in Fällen, wo «unmittelbare» Standortgebundenheit verlangt ist (so teilweise beim Biotopschutz).<sup>34</sup> Darlegen, dass keine vernünftige Alternative besteht, kann ja nur, wer nach Alternativen gesucht hat.

Alternativen sind erst recht in vorgeordneten Planungsphasen mit zu bedenken – dort also, wo die wirklich bedeutenden Handlungsspielräume bestehen. So müssen die Behörden bei der Planung raumwirksamer Tätigkeiten allgemein prüfen, «welche Alternativen und Varianten in Betracht fallen» (Art. 2 Abs. 1 Bst. b RPV). Ähnliches gilt in der Sachplanung: Zum Pflichtenheft gehört der Bedarfsnachweis, die Prüfung von Alternativstandorten und das Testat der Standortgebundenheit (Art. 15 Abs. 3 Bst. a und b RPV). Alternative heisst übrigens nicht nur Standortalternative oder Ausmassalternative, sondern je nach Ressort auch Massnahmenalternative (beispielsweise im Bereich Energietransport: Erdverlegung vs. Freileitung; oder im Bereich Verkehr: Tunnellösung vs. offene Führung).

Der Alternativenfächer richtet sich (nicht anders als die Abwägungspflicht) nach der Planungsstufe: Er soll alternative Antworten auf Standort- und Ausmassfragen abdecken, die nach dem gesetzlichen Pflichtenheft des aktuell eingesetzten Planungsinstrumentes nicht auf spätere Planungsetappen verschoben werden dürfen. In der Richtplanung müssen sicher jene Vorhaben einem Alternativtest punkto Standort und Ausmass unterzogen werden, die zwingend einer Grundlage im Richtplan bedürfen (das sind die raumwirksamen Grossvorhaben nach Art. 8 Abs. 2 RPG). In der Sachplanung stehen grundsätzlich alle Projekte in der Pflicht: Die Bedarfs- und Standortevaluation gehört zum normativ vorgegebenen Pflichtprogramm (Art. 15 Abs. 3 Bst. a und b RPV), ausserdem ist der Sachplan ohnehin primär auf Vorhaben zugeschnitten, «die sich erheblich auf Raum und Umwelt auswirken» (Art. 126 Abs. 4 MG; Art. 16 Abs. 5 EleG; Art. 18 Abs. 5 EBG; Art. 37 Abs. 5 LFG).

Die Alternativen sind «im Hinblick auf die anzustrebende räumliche Entwicklung» zu beurteilen, wie sich Art. 2 Abs. 1 RPV ausdrückt. Das dürfte als Evaluationsmassstab nicht immer genügen. Für Vorhaben mit weitreichenden Auswirkungen auf Raum und Umwelt müssen wohl auch projektbezogene Kriterien entwickelt werden; anders ist eine nachvollziehbare Alternativenprüfung kaum zu bewerkstelligen.<sup>35</sup>

32 Statt vieler BGE 136 II 214 E. 2.1 S. 218 (Arosa GR).

33 BGE 141 II 245 E. 7.6.1 S. 254 (Bichelsee-Walterswil TG); 136 II 214 E. 3.2 S. 220 f. (Arosa GR); 129 II 63 E. 3.3 S. 69 f. (Champéry VS); 112 Ib 26 E. 4b/bb S. 32 f. (Kerzers FR).

34 Vgl. Art. 4 Abs. 2 AuenV (SR 451.31) oder Art. 7 Abs. 1 TwwV (SR 451.37).

35 Vgl. Urteil BGER 1C\_346/2014 vom 26. Oktober 2016, in: ZBl 2017 668 E. 2.7 und 2.8 S. 672 f. (Plaffeien FR). Diskussion des Entscheids bei ARNOLD MARTI, a. a. O., S. 683 ff., und BERNHARD WALDMANN, FZR 2016, S. 396 ff.

Wer die Suche nach Alternativen unterlässt, verletzt die Abwägungspflicht und zugleich auch die Planungspflicht.<sup>36</sup> Der Satz gilt allerdings nur mit Blick auf realistische Alternativen. Stellt sich bereits aufgrund einer summarischen Beurteilung heraus, dass eine Lösungsvariante mit erheblichen Nachteilen belastet ist, so darf sie ohne Rechtsverletzung aus der Abwägung entlassen werden.<sup>37</sup>

## V. Umweltrechtliche Domestizierungsinstrumente

### 1. Eingrenzung des Abwägungsfelds

Die abwägungsmethodischen Sorgfaltspflichten, von denen bis dahin die Rede war, ändern nichts daran, dass die Abwägungsergebnisse streuen können. Die Methode gilt als unzuverlässig, unberechenbar, ja gefährlich. Vor diesem Hintergrund erklärt sich das Bestreben, Interessenabwägungen zu domestizieren. Aus Sicht der Ökologie geht es darum, die Position der Schutzinteressen zu stärken; sie sind schon strukturell vergleichsweise schwach.

Ein erster Ansatz besteht in der normativen Eingrenzung des Abwägungsfelds. Die Rechnung ist einfach: Je kleiner die Spielwiese, desto geringer das Schadensrisiko.

Die radikale Form der Eingrenzung sind kategorische Abwägungsverbote auf umweltrechtlich autonom definierten Flächen. Es gibt sie zuvorderst im Moorschutz (Art. 78 Abs. 5 BV und Art. 23a ff. NHG; dem Abwägungsverbot unterliegen neue Eingriffe in bereits inventarisierte Moorlandschaften, nicht aber die erstmalige Abgrenzung des Schutzperimeters).<sup>38</sup> Eine ähnliche Sperrzone errichtet Art. 12 Abs. 2 Energiegesetz (EnG)<sup>39</sup> (keine neuen Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien in Biotopen von nationaler Bedeutung und in Wasser- und Zugvogelreservaten). In einem weiteren Sinn gehört auch die Forstpolizei hierher: Die räumliche Umgrenzung des Waldareals mit allen damit verbundenen Rechtsfolgen richtet sich nach der Legaldefinition (Art. 2 WaG); sie wiederum stellt allein auf die faktischen Verhältnisse ab und schliesst eine Abwägung mit privaten oder anderen öffentlichen Interessen aus.<sup>40</sup> Abwägungsverbote der genannten Art sind immer auch Denkverbote; sie sollte man nur sparsam einsetzen.<sup>41</sup>

Schmälerungen des Abwägungsfelds – teilweise bis auf null – ergeben sich des Weiteren aus den anlagebezogenen Schutzvorschriften des Umweltrechts, dies nur nebenbei. Eine im Umweltrecht verbreitete Technik zur Eingrenzung des Abwägungsfelds besteht endlich darin, die Standortgebundenheit des Projekts zur Vorabbedingung zu erklären.<sup>42</sup> Soweit solche Vorschriften doch wieder Abwägungsvorbehalte zugestehen, handelt es sich um klar begrenzte und vom Umweltrecht selbst beherrschte Handlungsspielräume.

36 Urteil BGer 1C\_346/2014 vom 26. Oktober 2016, in: ZBl 2017 668 E. 6 S. 681 ff. (Plaffeien FR); BVGE 2011/33 E. 4.4.2.4 S. 764 (Twann BE I).

37 BVGE 2016/13 E. 8.4 S. 204 (Twann BE II). Ähnlich BGE 139 II 499 E. 7.3.1 S. 516 (Gommerleitung VS).

38 BGE 143 II 241 E. 7.2 S. 250 f. (Moorlandschaft Grimsel BE); 138 II 281 E. 6.2 S. 295 (Moorlandschaft Wetzikon / Hinwil ZH).

39 SR 730.0.

40 BGE 124 II 85 E. 3e S. 89 (Balgach SG).

41 Zurückhaltend auch MARTI (Fn. 15), S. 86.

42 Z. B. Art. 22 Abs. 2 NHG (Beseitigung der Ufervegetation); Art. 5 Abs. 2 Bst. a WaG (Rodung), Art. 4 Abs. 2 AuenV und Art. 7 Abs. 1 TwwV (Eingriffe in Auengebiete und Trockenwiesen).

## 2. Vorstrukturierung des Abwägungsvorgangs

Ein zweiter Ansatz geht dahin, in den Abwägungsvorgang als solchen einzugreifen. Das Normalschema der Abwägung lautet «Ermitteln – Beurteilen – Optimieren»; man spricht insofern von freier (oder einfacher) Abwägung – «frei» wie immer in den Grenzen des gesetzlich zugestandenen Ermessens. Die Sachgesetzgebung kann aber bestimmte Aspekte der Interessenabwägung konkretisieren; aus der freien Abwägung wird dann eine vorstrukturierte (oder qualifizierte, eingeschränkte) Abwägung. Entsprechende Sondervorschriften müssen vorweg angewendet werden.<sup>43</sup>

Am wenigsten Schwierigkeiten entstehen, wenn sich die Sondervorschriften lediglich auf Phase eins des Abwägungsvorgangs beziehen, das heisst auf den Kanon jener Belange, die in die Abwägung einbezogen werden müssen oder gegenteils gerade nicht bedacht werden dürfen. So kann das Gesetz ressortspezifische Kataloge mit Pro- und Kontraargumenten vorsehen; es gibt sie etwa für die Beurteilung bewilligungspflichtiger Wasserentnahmen aus Fliessgewässern (Art. 33 Abs. 2 und 3 GSchG).<sup>44</sup> Umgekehrt können bestimmte Belange ausdrücklich mit dem Etikett «unmassgeblich» versehen werden. Finanzielle Interessen beispielsweise gelten nicht als wichtiger Grund für die Erteilung einer Rodungsbewilligung (Art. 5 Abs. 3 WaG).<sup>45</sup>

Sachgesetzliche Vorschriften zur Beurteilung und Optimierung der Interessen dagegen provozieren Komplikationen. Hier nun ist Art. 6 Abs. 2 NHG zu nennen: ein singulärer Sonderfall aus früher Zeit; die Planungsämter würden von Sorgenkind sprechen. Die Bestimmung findet Anwendung, wenn einem inventarisierten Objekt von nationaler Bedeutung (Art. 5 NHG) bei der Erfüllung von Bundesaufgaben (Art. 2 NHG) schwere Eingriffe drohen: Derartige Eingriffe – ein «Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung» – dürfen nur «in Erwägung gezogen» werden, wenn bestimmte «gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung» entgegenstehen.<sup>46</sup> In Begriffen des allgemeinen Abwägungsschemas übersetzt bedeutet dies kurz gesagt Folgendes:

— Bei der *Ermittlung der Interessen* dürfen nur solche Eingriffsinteressen einbezogen werden, die nach einer vorwegnehmenden Beurteilung per se ebenfalls als «von nationaler Bedeutung» eingestuft werden konnten. Andere Eingriffsinteressen können höchstens noch leichte Eingriffe rechtfertigen;<sup>47</sup> es genügt dann aber auch eine einfache Interessenabwägung (Art. 3 NHG).<sup>48</sup>

— Die *Beurteilung der Interessen* muss ergeben, dass die Eingriffsinteressen von ebenfalls nationaler Bedeutung den Schutzinteressen «gleich- oder höherwertig» sind. Die Eingriffsinteressen von ebenfalls nationaler Bedeutung sind also zu gewichten und mit den Schutzinteressen in Bezug zu setzen. Misslingt der Nachweis

43 BGE 134 II 97 E. 3.1 S. 100 (Wolfenschiessen NW); 117 Ib 28 E. 3 S. 31 f. (Samnaun GR); 115 Ib 472 E. 2e/aa S. 486 f. (Ossingen ZH).

44 BGE 140 II 262 E. 8.2 S. 277 (Obergomms VS).

45 Vgl. BGE 114 Ib 224 E. 10dc S. 235 f. (Salgesch VS) und 114 Ib 241 E. 4e S. 243 (Giswil OW) betr. Rodung zur Gewinnung von Landwirtschaftsland.

46 BGE 127 II 273 E. 4c S. 282 f. (Ermatigen TG). Zum Begriff der Bundesaufgabe BGE 139 II 271 E. 9 S. 273 ff. (Savognin GR); Urteil BGER 1C\_482/2012 vom 14. Mai 2012 E. 3.4 (Sarnen OW). Kasuistik u. a. bei HÄNNI (Fn. 11), S. 423 f.

47 BGE 123 II 256 E. 6d S. 265 f. (Hergiswil NW). So auch Art. 6 Abs. 1 Satz 2 VBLN.

48 Vgl. BGE 137 II 266 E. 4 S. 274 f. (Riniken AG); BVGE 2013/31 E. 5.5 S. 457 f. und E. 6 S. 465 (Oberdorf SO).

der Gleich- oder Höherwertigkeit, dürfen wiederum nur mehr leichte Eingriffe erwogen werden.

— Sind beide Bedingungen erfüllt, darf in einem dritten Schritt ein «Abweichen» von der ungeschmälernten Erhaltung «in Erwägung» gezogen werden. Mit diesen Worten spricht das NHG den dritten und letzten Schritt der Interessenabwägung an: die *Optimierung der Interessen* (die Interessenabwägung im engeren Sinn). Gelangt man zum Schluss, ein «Abweichen» von der ungeschmälernten Erhaltung sei gestützt auf ein gleich- oder höherwertiges Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung zulässig, so ist immer noch die Pflicht zur «grösstmöglichen Schonung» des Inventarobjekts zu beachten (Art. 6 Abs. 1 NHG).

Kurz und gut: Art. 6 NHG stellt strengere Anforderungen als Art. 3 RPV; der Abwägungsprozess wird formell vorstrukturiert und dabei auch noch materiell eingeschränkt.<sup>49</sup> Die Mechanik setzt wie schon bei den Abwägungsverboten (Ziff. V/1) voraus, dass sich das Umweltrecht vorweg sein eigenes Territorium verschafft (das Territorium hier heisst «Inventarobjekt»). Mehrere Biotopschutzverordnungen verfahren in ähnlicher Weise, dies zur Vollständigkeit.<sup>50</sup>

Den Schutzinteressen mag mit dem skizzierten Abwehrdispositiv fürs Erste gedient sein. Der Gewinn ist aber nicht umsonst zu haben. Wiederum in aller Kürze:

— Allein schon die Frage nach der «ebenfalls nationalen Bedeutung» der «entgegenstehenden» Interessen bereitet Mühe. Das NHG schweigt, die Praxis lässt klare Kriterien vermissen.<sup>51</sup> Ausserdem genügt es ja nicht, dass die entgegenstehende Aufgabe als solche einem öffentlichen Interesse von nationaler Bedeutung dient; zusätzlich muss sich zeigen, dass auch das zu beurteilende Einzelprojekt ausreichend zur Verwirklichung dieser Aufgabe beiträgt (ein generelles Aufgabeninteresse von nationaler Bedeutung generiert nicht zwingend auch ein konkretes Eingriffsinteresse von nationaler Bedeutung).<sup>52</sup>

— «Gleich- oder höherwertig» sind die entgegenstehenden Eingriffsinteressen, wenn ihnen eine Bedeutung zukommt, die den Schutzinteressen im Einzelfall mindestens ebenbürtig ist. Dies bedingt aufseiten der Inventarobjekte präzise Schutzziele. Grundsätzlich müssten diese Ziele aus den Objektblättern hervorgehen; praktisch jedoch gewinnen sie oft erst aufgrund der Kommissionsgutachten im Einzelfall (Art. 7 Abs. 2 NHG) die erforderliche Bestimmtheit.<sup>53</sup> Das ist darum unschön, weil die nachgelieferte Konturierung der Schutzziele neue normative Massstäbe setzt und darum geeignet ist, die rechtliche Würdigung eines konkreten Eingriffs mitzubestimmen.<sup>54</sup>

49 So auch Urteil BGER 1C\_118/2016 vom 21. März 2017 E. 4.2 (Sarnen OW).

50 Art. 4 Abs. 2 AuenV; Art. 7 Abs. 1 TwwV.

51 Resümee der Rechtsprechung bei PIERRE TSCHANNEN / FABIAN MÖSCHING, Nationale Bedeutung von Aufgaben- und Eingriffsinteressen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 NHG, Gutachten im Auftrag des BAFU vom 7. November 2012, S. 25 ff.

52 TSCHANNEN / MÖSCHING (Fn. 51), S. 23 f.; dort auch Hinweise auf Kriterien und Prozeduren zur Bestimmung der nationalen Bedeutung, S. 30 ff., 39 ff. In diesem Sinn Urteil BGER 1C\_118/2016 vom 21. März 2017 E. 4.2 (Sarnen OW).

53 Urteil BGER 1C\_357/2015 vom 1. Februar 2017, in: ZBl 2017 562 E. 5.3 S. 565 f. (Blatten VS).

54 Vgl. hierzu BPUK (Fn. 19), S. 53 f.

Die hier nur gestreiften Schwierigkeiten haben in jüngster Zeit legislatorische Gegenreaktionen ausgelöst. Technisch gesehen gibt es zwei Möglichkeiten: Das Gesetz kann bestimmten Eingriffsinteressen ausdrücklich nationale Bedeutung zuerkennen (Art. 5 Abs. 3<sup>bis</sup> WaG; Art. 12 f. EnG); zusätzlich kann es auch noch den Gleichrang von Eingriffs- und Schutzinteresse dekretieren (Art. 5 Abs. 3<sup>bis</sup> WaG a. E.; Art. 12 Abs. 3 EnG). Man sieht sogleich: Mit der generell-abstrakten Beförderung bestimmter Eingriffsinteressen auf das Niveau der Schutzinteressen regrediert Art. 6 Abs. 2 NHG zur gewöhnlichen Interessenabwägung. Kritik ist denn auch nicht ausgeblieben.<sup>55</sup> Vielleicht hätte sich die frühere Praxis zu den Bundesinventaren doch etwas mehr bewegen müssen. Vor allem aber hätte sich der Bund bemühen müssen, Anlagen von «ebenfalls nationalem Interesse» durch Sachpläne und Konzepte konkret zu bestimmen.<sup>56</sup>

### 3. Umweltprüfung strategischer Planungsentscheidungen

Es bleibt der Blick auf die Wunderwaffe «Strategische Umweltprüfung SUP». Wenn die Prüfung «strategisch» sein will, dann muss sie sich auf strategische Planungsbeschlüsse beziehen. Dazu gehört nach geläufigem Verständnis alles, was nicht von der geltenden Projekt-UVP erfasst wird: Sachpläne, Richtpläne sowie Nutzungspläne mit Ausnahme der projektbezogenen Sondernutzungspläne. Die Rede ist denn auch von «Umweltprüfung vor der Projektierung»; die SUP ist im Grunde nichts anderes als eine «Plan-UVP».<sup>57</sup>

Das Problem ist bekannt: Wenn die UVP zum Zug kommt, sind manche Vorentscheidungen schon getroffen. Die SUP, so die Überlegung, soll die Umweltbelange daher schon in vorgelagerten Planerlassverfahren zur Geltung bringen und auf diese Weise die spätere Projektprüfung entlasten.<sup>58</sup> In der Sache geht es um eine sektorale Wirkungsbeurteilung.

Nun ist es ja nicht so, dass das geltende Planungsrecht für die Sorgen der Umweltressorts blind wäre. Man denke nur an den Planungsbericht im Verfahren auf Erlass eines Nutzungsplans (Art. 47 RPV), an die umweltbezogenen Grundlagen in der Richtplanung (Art. 6 RPG) und das Recht der Umweltverbände zur Mitwirkung (Art. 10 Abs. 2 RPG), ferner auch an die Pflicht der Sachplanbehörden, die umweltrechtlichen Auswirkungen ihrer Festsetzungen zu bedenken (Art. 15 Abs. 3 Bst. c RPV). Diese Instrumente sind aber nicht wirklich strukturiert; ausserdem müssen sich die Umweltfachstellen dabei mit den ordentlichen Kooperations- und Konsultationsmechanismen begnügen.<sup>59</sup>

Eine SUP könnte demgegenüber für die erforderliche Institutionalisierung und Formalisierung sorgen. Nach dem Muster der UVP wären die SUP-pflichtigen Planungen zu nennen, weiter die Pflicht der Planerlassbehörden zur Vorlage eines

55 ARNOLD MARTI, *Energiewende verstärkt Schutz-Ungleichgewicht im Natur- und Heimatschutz*, ZBl 2016, S. 457 f. Einlässlich zum Thema KATHRIN FÖHSE, *Positivierte Aufgaben- und Nutzungsinteressen von nationaler Bedeutung – Bestandesaufnahme im neuen Energierecht des Bundes*, ZBJV 2017, S. 581 ff.

56 So bereits die Empfehlung in TSCHANNEN / MÖSCHING (Fn. 51), S. 40 ff.

57 MUGGLI (Fn. 10), S. 445, 457.

58 MUGGLI (Fn. 10), S. 449, 457.

59 Im Bund: Ämterkonsultation und Mitberichtsverfahren, Art. 4 f. Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1).

Umweltberichts, die Kompetenz der Umweltfachstellen zur Beurteilung und Antragstellung, schliesslich die Öffentlichkeit des Berichts; wie bei der UVP hätte man es mit einem begleitenden, nicht aber neuen Verfahren zu tun. Das kann man alles machen, eine Revision des USG genügt.<sup>60</sup>

Es gibt allerdings einen heiklen Punkt: die Definition des Beurteilungsmassstabs. Das Schutzdispositiv des Umweltrechts ist weitgehend (wenn auch nicht nur) auf Anlagen zugeschnitten, also auf konturierte raumwirksame Vorhaben. Das trifft vorab auf das Immissionsschutzrecht zu, aber auch auf weitere Bereiche wie den Natur- und Heimatschutz. Zu den oft noch wenig konsolidierten – aber eben doch schon präjudizierenden – Festlegungen in vorgelagerten Planungsstufen bestehen dagegen nur wenige griffige Vorschriften (einmal abgesehen von den Planungswerten bei der Bezeichnung neuer Bauzonen oder den raumwirksamen Aussagen im Massnahmenplan Luftreinhaltung; Art. 24 und 44a USG). Diese Schwäche wiederum darf auf der anderen Seite nicht dazu führen, dass strategische Pläne – insbesondere Sachplan und Richtplan – zu funktionsfremder Präzision gezwungen werden, nur damit das Umweltrecht ein steuerbares Objekt vorfindet. Daher sollte man sich von einer SUP materiell gesehen nicht allzu viel versprechen: Sie wird sich auf Grossvorhaben mit weitreichenden Implikationen auf Raum und Umwelt beschränken müssen. Dort kann sie immerhin zu einer verbesserten Alternativenprüfung führen; eine frühe Diskussion der absehbaren Umweltfolgen erlaubt den Planungsbehörden, jene Handlungsmöglichkeiten auszuschneiden, die mit einer hohen Wahrscheinlichkeit zu unerwünschten oder gar unzulässigen Umweltbelastungen führen würden. Diese gewissermassen negative Herangehensweise macht die SUP aber keinesfalls wertlos, im Gegenteil. Der wirkliche Mehrwert einer SUP ist prozeduraler Natur, indem wie erwähnt die Umweltdimension im Planerlassverfahren ihre gesicherte Präsenz erhält. Das ist nicht zu unterschätzen, denn auch bloss prozedurale Zutritte bergen stets ein materielles Optimierungspotenzial.

## VI. Schluss

Der Ausgang einer Interessenabwägung lässt sich im Letzten nicht voraussagen: Das ist der Preis für die Chance, in Gegenwart widerstreitender Anliegen zu insgesamt befriedigenden Lösungen zu gelangen. Zu diesem Zweck muss sich die Behörde allerdings bewegen können; sie benötigt normativ möglichst unverstellte Ermessensspielräume. Materielle und formelle Sondervorschriften zur Interessenabwägung mögen politisch gewollt, sachlich berechtigt und praktisch hilfreich sein. Es gibt aber eine Kehrseite: Sie setzen sektorielle Anliegen generell-abstrakt (und oft genug unkoordiniert) über die umfassende Betrachtungsweise im Einzelfall. Kurzum, freie Interessenabwägungen sollten die Regel bilden, apriorische Wertungen dagegen die Ausnahme bleiben.

---

60 Vgl. Bericht des Bundesrats über den Vollzug der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) und die Bewilligungsverfahren vom 18. Februar 2004, BBl 2004 1611, 1616. Zum Ablauf einer SUP MUGGLI (Fn. 10), S. 460 f.; BAFU, Strategische Umweltprüfung (SUP) für Pläne und Programme, Grundlagenpapier Mai 2013, S. 4 ff. (abrufbar unter [bafu.admin.ch](http://bafu.admin.ch)). Zur SUP im Kanton Genf und den dortigen Praxiserfahrungen GILLES WACHSMUTH, Strategische Umweltprüfung SUP, Raum & Umwelt 4/2011.

## Résumé

La pondération des intérêts est une opération bien connue, en particulier (mais pas seulement) lorsqu'il s'agit de restreindre des droits fondamentaux: ces restrictions doivent être justifiées par un intérêt public prépondérant et ne peuvent pas exiger, de la part des personnes concernées, des sacrifices disproportionnés par rapport à l'utilité publique. Ce schéma simple n'est toutefois pas d'un grand secours en ce qui concerne les projets ayant une incidence sur le territoire: dans la plupart des cas, plusieurs intérêts publics, souvent contradictoires, sont en jeu, les projets eux-mêmes (du moins les grands projets) se forment étape par étape, en suivant une série de décisions structurées, dans le cadre desquelles les autorités disposent toujours d'une marge d'appréciation considérable.

La marge d'appréciation en matière de planification concerne en premier lieu les questions relatives au lieu d'implantation et à l'étendue des projets. La réponse à ces questions se reflète de manière significative dans l'espace et dans l'environnement, raison pour laquelle cette appréciation constitue, dans une large mesure, une appréciation politique. Mais même en tant qu'appréciation politique, l'appréciation en matière de planification doit être juridiquement rationalisée. C'est ici que la pondération des intérêts intervient: en tant que technique d'argumentation, elle offre la possibilité de concrétiser de manière transparente les marges d'appréciation et d'aboutir à des solutions permettant d'appliquer le droit dans son intégralité.

La pondération des intérêts suit le schéma «évaluer, apprécier, optimiser». L'étape de l'appréciation revêt une importance particulière. Parallèlement aux valeurs de référence matérielles telles que les objectifs visés dans le domaine en question ou le développement spatial, il convient aussi de réfléchir aux incidences possibles sur l'espace et l'environnement ainsi que sur l'économie et la société. Si un projet passe par plusieurs niveaux de planification, l'étendue et la profondeur des différentes considérations doivent être coordonnées à la fonction et à la portée des instruments de planification déterminants. En outre, l'obligation d'évaluer le lieu d'implantation et l'étendue d'un projet doit être réalisée conformément au niveau de planification.

## Riassunto

La ponderazione degli interessi è ben nota, soprattutto (ma non solo) nell'ambito della limitazione dei diritti fondamentali: questa deve essere giustificata da un interesse pubblico prevalente e non deve imporre all'interessato alcun sacrificio che non sia ragionevolmente proporzionato all'interesse pubblico. Tuttavia, questo semplice schema non è di grande aiuto quando si tratta di progetti che interessano il territorio: nella maggior parte dei casi, gli interessi pubblici sono molteplici e spesso in conflitto. I progetti stessi – perlomeno quelli più grandi – devono essere sviluppati passo dopo passo nell'ambito di una successione di decisioni strutturate e in questo le autorità dispongono sempre di un importante margine di apprezzamento pianificatorio.

Il margine di apprezzamento pianificatorio tratta prima di tutto le questioni legate all'ubicazione e alle dimensioni. Le risposte a queste domande hanno un impatto determinante sul territorio e sull'ambiente; l'appa-

mento pianificatorio è dunque in parte anche apprezzamento politico. Tuttavia, anche come apprezzamento politico, l'apprezzamento pianificatorio deve essere giuridicamente razionalizzato. In questo caso, la ponderazione degli interessi, intesa come tecnica di argomentazione, offre la possibilità di concretizzare in maniera ripercorribile i margini di apprezzamento e di giungere a soluzioni conformi all'applicazione della legge nel suo insieme.

La ponderazione di interesse segue lo schema «determinare, valutare, ottimizzare». Particolare importanza è attribuita alla «valutazione». Oltre ai parametri materiali, come gli obiettivi dipartimentali o le linee direttive territoriali, vanno considerati anche i possibili impatti sul territorio e sull'ambiente, nonché sull'economia e sulla società. Se un progetto passa attraverso più fasi pianificatorie, l'ampiezza e la profondità delle rispettive considerazioni devono essere determinate in base alla funzione e alla portata del relativo strumento di pianificazione. La fase di pianificazione definisce anche l'obbligo di valutare l'ubicazione e le dimensioni di un progetto.

Il risultato di una ponderazione degli interessi rimane imprevedibile nel caso di progetti con impatto sul territorio. Da un punto di vista ecologico, è quindi necessario rafforzare la posizione degli interessi di protezione. Da un punto di vista giuridico, esistono per questo diverse possibilità. In primo luogo, il legislatore può limitare il campo di ponderazione imponendo divieti di ponderazione settoriali (come nel caso della protezione delle paludi) o limitando i singoli fattori di ponderazione a domande secondarie. Un secondo approccio riguarda la procedura di ponderazione stessa. In tal modo, la legge può definire in modo più dettagliato l'elenco degli interessi da prendere in considerazione o escludere sin dall'inizio determinati interessi non pertinenti (ad esempio gli interessi finanziari nel contesto di una domanda di dissodamento). Sono inoltre possibili disposizioni per la valutazione e l'ottimizzazione degli interessi. L'art. 6 cpv. 2 LPN ne è l'esempio più noto (tuttavia, il trattamento di tali ponderazioni «prestrutturate» crea difficoltà). Una terza via è la valutazione ambientale delle decisioni di pianificazione strategica. La «Valutazione Ambientale Strategica VAS» offre l'opportunità di compensare le debolezze di un progetto per il quale l'EIA può intervenire in genere troppo tardi. Il principale valore aggiunto di una VAS dovrebbe essere di natura procedurale, dando agli aspetti ambientali una presenza istituzionalizzata e formalizzata nel processo di pianificazione.