

RECHTSGUTACHTEN

vom 31. Mai 2022

**von
Fürsprecher Dr. Lorenz Meyer,
ehemaliger Präsident des Bundesgerichts**

betreffend

Campingplatz Fanel

unter Mitwirkung von Rechtsanwalt Dominik Eichenberger

INHALTSVERZEICHNIS

| | | |
|------|--|----|
| I. | ZUSAMMENFASSUNG | 3 |
| II. | AUFTRAG..... | 5 |
| III. | SACHVERHALT | 6 |
| | A. Vorbemerkungen | 6 |
| | B. Der Campingplatz Fanel..... | 6 |
| | C. Verträge und Konzessionen | 7 |
| | D. Weiterbetrieb des Campingplatzes Fanel | 11 |
| | 1. Das Gutachten der ENHK | 11 |
| | 2. Das Gutachten Fahrländer | 12 |
| | 3. Das Verwaltungsgerichtsurteil vom 8. Dezember 2017 | 13 |
| | 4. Die tripartite Vereinbarung vom 30. August 2018 | 15 |
| | 5. Parlamentarische Vorstösse..... | 16 |
| IV. | RECHTLICHE ERWÄGUNGEN..... | 18 |
| | A. Zur Frage der Zonenzugehörigkeit des Campingplatzes | 18 |
| | 1. Gegenwärtige Rechtslage | 18 |
| | 2. Wie kann die Zonenkonformität hergestellt werden?..... | 20 |
| | a. Durch Änderung der baurechtlichen Grundordnung der Gemeinde Gampelen..... | 20 |
| | b. Durch den Erlass einer kantonalen Überbauungsordnung..... | 20 |
| | c. Durch den Erlass eines Gesetzes (Lex Fanel)..... | 21 |
| | 3. Würdigung und Zusammenfassung..... | 23 |
| | B. Zum materiellen Umweltrecht | 23 |
| | 1. Der Natur- und Heimatschutz | 23 |
| | 2. Die Schutzgebiete | 24 |
| | 3. Wald | 25 |
| | 4. Die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) und deren Gutachten | 26 |
| | 5. Zwischenergebnis | 29 |
| | C. Zur Besitzstandsgarantie und zur tripartiten Vereinbarung vom 30. August 2018 | 30 |
| | 1. Insbesondere zur Besitzstandsgarantie | 30 |
| | 2. Insbesondere zur tripartiten Vereinbarung vom 30. August 2018 | 31 |
| | D. Zum Campingplatz die neue zeit | 32 |
| | 1. Der Campingplatz „die neue zeit“ | 32 |
| | 2. Rechtliche Grundlage | 33 |
| | a. Eigentumsverhältnisse | 33 |
| | b. Planungs- und baurechtliche Grundlagen | 33 |
| | aa. Raumplanung | 33 |
| | bb. Natur- und Heimatschutz | 35 |
| | 3. Beurteilung | 35 |
| V. | ANTWORT AUF DIE DEM GUTACHTER GESTELLTEN FRAGEN..... | 36 |

I. ZUSAMMENFASSUNG

- 1. Der Campingplatz Fanel ist in der Nutzungsplanung der zuständigen Gemeinde Gampelen nicht verankert. Er befindet sich ausserhalb der Bauzone und ist deshalb zonenwidrig. Die erste Frage muss deshalb bereits aus diesem Grund mit „nein“ beantwortet werden.**
- 2. Die Zonenkonformität kann wie folgt hergestellt werden:**
 - a. Die Gemeinde Gampelen kann im Bereich des Campingplatzes eine Nutzungszone ausscheiden, welche die Anlage im heutigen Zustand zulässt und so die Zonenkonformität herstellen. Allerdings würde eine solche Zone vom zuständigen Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) heute kaum genehmigt werden. Eine Neubeurteilung der Genehmigungsfähigkeit fiel gemäss der Antwort des Regierungsrates auf die Motion Nr. 191-2001 allenfalls dann in Betracht, wenn das vorliegende Gutachten einen planerischen Spielraum innerhalb der heute geltenden Zuständigkeitsordnung sieht.**
 - b. Die Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern (DIJ) kann gestützt auf Art. 102 BauG eine entsprechende kantonale Überbauungsordnung ausscheiden und so die Zonenkonformität herstellen. Allerdings hat die zuständige DIJ bereits wiederholt – und insbesondere in ihren Antworten auf die Motionen Nr. 318-2020 und Nr. 191-2021 – eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht gewillt ist, eine solche Zone zu beschliessen, es sei denn, das vorliegende Gutachten sehe einen Planungsspielraum. Die DIJ kann aufgrund der geltenden Zuständigkeitsordnung vom Grosse Rat nicht verpflichtet werden, eine kantonale Überbauungsordnung auszuschneiden.**
 - c. Der Grosse Rat des Kantons Bern kann – wie von ihm mit Motion Nr. 191/2021 in Aussicht genommen – ein Gesetz („Lex Fanel“) verabschieden, das den Regierungsrat verpflichtet, im Bereich des Campingplatzes Fanel eine kantonale Überbauungsordnung gemäss Art. 102 BauG auszuschneiden, welche den Campingplatz im heutigen Zustand rechtlich sichert. Dies ist zwar ungewöhnlich, aber formell zulässig. Der Grosse Rat kann so die Zonenkonformität herstellen.**
- 3. Mit der formellen Einzonung des Campingplatzes allein ist aber nicht dessen materielle Rechtmässigkeit hergestellt. Der Campingplatz muss insbesondere auch dem eidgenössischen Umweltrecht entsprechen.**
 - a. Am 17. April 2003 erstattete die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) ein einlässliches Gutachten zur Verträglichkeit des Campingplatzes mit dem Bundesumweltrecht. Ein Gutachten der ENHK ist eine von Bundesrechts wegen vorgesehene amtliche Expertise durch ein unabhängiges und sachkundiges Organ. Die ENHK kam zum Schluss, dass der bestehende Campingplatz eine schwerwiegende Beeinträchtigung der**

verschiedenen nationalen und internationalen Schutzgebiete darstellt und dass die Weiterführung des Betriebes mit den Schutzbestimmungen des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz nicht zu vereinbaren ist. Der Campingplatz ist gemäss dem Gutachten der ENHK von höchstens regionaler Bedeutung. Eine Interessenabwägung der ENHK ergab, dass der Campingplatz innerhalb einer vernünftigen Frist (spätestens bis 2010) am fraglichen Ort aufzuheben ist. Die ENHK behält sich die Abgabe einer abschliessenden Stellungnahme im Rahmen eines formalen Verfahrens vor.

- b. Hält der Kanton Bern über das Jahr 2024 hinaus am Campingplatz Fanel fest, zum Beispiel mit dem Erlass eines kantonalen Gesetzes, wird sich die ENHK erneut zur Vereinbarkeit des Campingplatzes mit dem Bundesumweltrecht äussern müssen. Der Grosse Rat ist gut beraten, wenn er dieses neue Gutachten der ENHK veranlasst, bevor er aufwändige Planungs- und/oder Gesetzgebungsarbeiten in die Wege leitet.
- c. Kommt die ENHK wie bei der letzten Prüfung erneut zum Schluss, dass der Campingplatz dem Bundesumweltrecht widerspricht und erlässt der Grosse Rat entgegen der abschliessenden Stellungnahme der ENHK gleichwohl eine Lex Fanel, dann können die Umweltverbände, das Bundesamt für Umwelt (BAFU) und auch Privatpersonen den Beschwerdeweg beschreiten und letztinstanzlich das Bundesgericht anrufen. Dies werden sie wohl auch tun. Das Bundesgericht kann zwar zu einem anderen Ergebnis gelangen als die ENHK. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt den Gutachten der ENHK aber grosses Gewicht zu. Sowohl der Grosse Rat als auch das Bundesgericht dürfen nur aus triftigen Gründen vom Ergebnis der Begutachtung abweichen. Mit Blick auf die besondere Funktion des Gutachtens der ENHK kann es nach der Rechtsprechung auch nicht durch private Gutachten (wie das vorliegende) ersetzt werden. Es ergibt deshalb keinen Sinn, wenn der juristische Gutachter vorliegend eine fachliche Meinung zur Verträglichkeit des Campingbetriebs mit den verschiedenen Schutzziele des Bundesumweltrechts abgibt, für die er fachlich nicht kompetent ist, und die nach der Rechtsprechung auch nicht entscheidend sein kann. Der Gutachter hat aber die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Gutachten der ENHK analysiert und festgestellt, dass das Bundesgericht bisher in deutlich mehr als 20 Fällen über Gutachten der ENHK entschieden hat und insgesamt lediglich in vier Fällen – stets aus besonderen Gründen – ganz oder teilweise vom Gutachten abgewichen ist. Dabei lässt sich eine Tendenz erkennen: Während in den 1980er- und 1990er Jahren noch vereinzelt Abweichungen vorkamen, hat das Bundesgericht seit dem Jahr 2003, d.h. seit fast 20 Jahren – soweit ersichtlich – kein Urteil mehr gefällt, in dem es einem Gutachten der ENHK nicht gefolgt ist. Falls die ENHK bei einer erneuten Begutachtung ihren Befund aus dem Jahr 2003 bestätigt, müssen die Erfolgsaussichten einer Beschwerde gegen die Lex Fanel

deshalb als gut bezeichnet werden. Der Gutachter empfiehlt in diesem Fall, auf die Einzonung des Campingplatzes zu verzichten und diesen aufzuheben.

- d. Falls die ENHK im neuen Gutachten die Ergebnisse des ersten Gutachtens nach 20 Jahren korrigiert und den Fortbestand des Campingplatzes ganz oder teilweise akzeptiert, dann steht einer Einzonung aus Sicht des eidgenössischen Umweltrechts nichts entgegen. Eine allfällige Beschwerde gegen die Einzonung hat aus umweltrechtlichen Gründen, wie soeben dargelegt, wenig Aussicht auf Erfolg. Einer Einzonung durch die Gemeinde Gampelen ist dabei aber einer Lex Fanel grundsätzlich der Vorzug zu geben.
4. Die Besitzstandsgarantie steht der Aufhebung des Campingplatzes nicht entgegen, weil alle massgeblichen Verträge befristet abgeschlossen wurden und diese Fristen spätestens Ende 2024 ablaufen. Der Kanton Bern hat zudem am 30. August 2018 mit dem TCS und fünf Umweltverbänden die sog. tripartite Vereinbarung abgeschlossen, wonach der Campingplatz per Ende 2024 definitiv aufgehoben wird. Damit entfällt jedenfalls ab Ende 2024 jede Besitzstandsgarantie.
 5. Mit dieser Vereinbarung vom 30. August 2018 erlosch nicht nur die Besitzstandsgarantie endgültig, sondern es entstand zusätzlich gegenüber den Umweltverbänden die vertragliche Verpflichtung des Kantons Bern und des TCS, den Campingplatz aufzuheben. An diesen tripartiten Vertrag ist der Kanton Bern gebunden. Es wäre wohl insbesondere für die Umweltverbände nur schwer verständlich, wenn der Kanton Bern diesen Vertrag einseitig brechen würde.

Gleichwohl ist zu präzisieren: Wenn die ENHK in ihrem neuen Gutachten zum Schluss gelangt, der Campingplatz verletze Bundesumweltrecht und sei aufzuheben, dann verletzt die Weiterführung des Campingplatzes – unter Vorbehalt der unwahrscheinlichen Korrektur durch das Bundesgericht – nicht nur Bundesumweltrecht, sondern auch den tripartiten Vertrag. In diesem Fall ist der Kanton Bern gut beraten, wenn er den Campingplatz ohne weitere Umtriebe aufhebt.

Wenn die ENHK zum Schluss gelangt, der Campingplatz dürfe aus Sicht des Umweltrechts weiterbetrieben werden, dann besteht eine reelle Chance, auch die vertraglichen Hindernisse zu überwinden.

6. Es bestehen wesentliche Unterschiede zwischen dem Campingplatz „die neue zeit“ und dem Campingplatz Fanel.

II. AUFTRAG

- 1 Die Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern DIJ, handelnd durch Regierungsrätin Evi Allemann, („Auftraggeberin“ oder „DIJ“) und Dr. Lorenz Meyer („Gutachter“) unterzeichneten am 22./23. Februar 2022 einen schriftlichen **Vertrag zur Erstellung eines „Gutachtens Campingplatz Fanel“**.

2 Gemäss Vertrag soll der Gutachter zuhanden der Auftraggeberin ein Rechtsgutachten, insbesondere zu raumplanerischen und umweltrechtlichen Fragen, im Zusammenhang mit dem vom Touring Club Schweiz („TCS“) am Neuenburgersee im Gebiet „Fanel-Seewald“ der Gemeinde Gampelen (BE) betriebenen Campingplatz („Campingplatz Fanel“ oder „Campingplatz“) erstellen. Das Gutachten soll folgende Fragen beantworten:

1. **Ist der Campingplatz Fanel mit den umwelt- und planungsrechtlichen und baurechtlichen Bestimmungen von Bund, Kanton und Gemeinde vereinbar?**
2. **Falls nein: kann der Kanton den Campingplatz oder Teile davon mit planungs- oder baurechtlichen Massnahmen legalisieren?**
3. **Ist die bau- und planungsrechtliche Ausgangslage des Campingplatzes „die neue zeit“ mit derjenigen des Campingplatzes Fanel vergleichbar und wenn ja, inwiefern?**
4. **Gibt es seitens des Gutachtens weitere Bemerkungen?**

3 **Das Gutachten beantwortet die gestellten Fragen.** Es ist demnach **keine Abhandlung zu sämtlichen rechtlichen Aspekten**, die sich im Zusammenhang mit dem Campingplatz Fanel stellen.

III. SACHVERHALT

A. VORBEMERKUNGEN

4 Die Auftraggeberin hat den Gutachter mit der Erstellung eines **Rechtsgutachtens** beauftragt. Der Gutachter nimmt daher grundsätzlich **keine eigenen Sachverhaltsabklärungen** vor, sondern stützt sich bei der Prüfung der rechtlichen Fragen auf den Sachverhalt, wie er sich aus den ihm von der Auftraggeberin zur Verfügung gestellten Akten ergibt. Zum besseren Verständnis hat der Gutachter aber zusätzlich am 24. April 2022 und am 20. Mai 2022 an Ort und Stelle eine Besichtigung des Campingplatzes Fanel vorgenommen.

5 Gestützt auf die Sachverhaltsdarstellung in der Mandatumschreibung vom 25. Januar 2022 sowie auf die ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen (vgl. Anhang) geht der Gutachter von nachfolgendem **Sachverhalt** aus. Dabei werden einzelne Sachverhaltselemente zusammengefasst; sie werden später im Rahmen der rechtlichen Erwägungen soweit erforderlich weiter ausgeführt und präzisiert.

B. DER CAMPINGPLATZ FANEL

6 Der TCS betreibt seit den 1950er Jahren am Neuenburgersee, in der Berner Gemeinde Gampelen, den Campingplatz Fanel.

- 7 Gemäss dem auf der **Webseite des TCS abrufbaren Prospekt** „TCS Camping Gampelen Neuenburgersee“¹ beträgt die **Grösse des Campingplatzes** insgesamt 11.3 ha (d.h. 113'000 m²). Der Campingplatz verfügt über 720 Stellplätze für Saisoncamper und 140 Stellplätze für Tagestouristen. Der Prospekt des TCS wirbt mit der besonderen Lage des Campingplatzes inmitten des Naturschutzgebiets Fanel und einem Angebot, zu dem unter anderem ein Spielplatz, ein Planschbecken für Kinder, ein Bootshafen, Plätze für Tischtennis, Boccia, Gartenschach und Bogenschiessen, ein Einkaufsladen und ein Restaurant mit direktem Blick auf den See gehören.
- 8 Diese Angaben **decken sich mit** den Feststellungen im Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) vom 17. April 2003 („**Gutachten ENHK**“).² Gemäss dem Gutachten ENHK umfasst der Campingplatz Fanel insgesamt rund 900 Plätze. Davon sind 750 Plätze für Dauermieter (Saisonplätze) und 150 Plätze für Tagestouristen vorgesehen. Der Campingplatz beansprucht 46'550 m² Wiesland, 53'070 m² Waldareal (inkl. Waldwege), 1'390 m² Bauten sowie 11'850 m² Wege und Plätze. Dazu kommen 520 m² Gewässer und 7'055 m² Parkplatz ausserhalb des Campingplatz-Areals. Zum Campingplatz gehören auch ein Bootshafen, ein öffentlicher Badestrand sowie ein Sportplatz.
- 9 Der Campingplatz Fanel wird nur in der Sommersaison genutzt. Im Winter bleibt der Campingplatz geschlossen.³
- 10 Der Campingplatz Fanel befindet sich in zahlreichen Schutzgebieten für Biotope und Moorlandschaften sowie für weitere Schutzobjekte von nationaler (und teilweise internationaler) Bedeutung.⁴
- 11 Die **Besichtigung** der Örtlichkeiten durch den Gutachter hat ergeben, dass zwar die durch einen Campingplatz dieser Grösse üblichen Eingriffe in die natürliche Umwelt auch beim Campingplatz Fanel beobachtet werden können, dass aber das Bemühen des Betreibers erkennbar ist, diese gering zu halten.

C. VERTRÄGE UND KONZESSIONEN

- 12 Der Campingplatz befindet sich auf den Parzellen Gampelen-Gbbl. Nr. 23 und Nr. 1600. **Grundeigentümer** der Parzellen Nr. 23 und Nr. 1600 ist der **Kanton Bern**.

¹ Vgl. https://www.tcs.ch/assets/docs/camping-reisen/camping/campingplaetze/broschueren-2020/9088_prospekt_campingplatz_gampelen_190625.pdf; zuletzt abgerufen am 27. Mai 2022.

² Vgl. zu diesem Gutachten auch Rz. 31 ff. unten.

³ Gemäss Angaben auf der Webseite des TCS dauert die Saison im Jahre 2022 vom 9. April 2022 bis zum 23. Oktober 2022 (vgl. <https://www.tcs.ch/de/camping-reisen/camping-insider/campingplaetze/tcs-campingplaetze/campingplatz-gampelen-neuenburgersee.php>; zuletzt abgerufen am 27. Mai 2022).

⁴ Vgl. dazu auch Rz. 99 f. unten.

- 13 Das Recht zur Nutzung der im Eigentum des Kantons Bern stehenden Parzellen Nr. 23 und Nr. 1600 als Campingplatz durch den **TCS** stützt sich auf verschiedene, im Laufe der Zeit immer wieder verlängerte bzw. erneuerte Verträge (Mietverträge, Pachtverträge, Baurechtsverträge).
- 14 Massgeblich sind insbesondere die folgenden Verträge:
- Mietvertrag Nr. 109697 vom 19.12.2003: Miete, Parzelle Nr. 23, 20'306 m²;
 - Mietvertrag Nr. 109698 vom 19.12.2003: Miete, Parzelle Nr. 23, 33'167 m²;
 - Mietvertrag Nr. 109733 vom 16.2.2004: Miete, Parzelle Nr. 23, 2'173 m²;
 - Mietvertrag Nr. 109734 vom 16.2.2004 Miete, Parzelle Nr. 23 747 m²;
 - Mietvertrag Nr. 109735 vom 16.2.2004: Miete, Parzelle Nr. 23, 7'055 m²;
 - Baurechtsvertrag vom 16.3.1994 (inkl. Nachträge): Baurecht zu Lasten Parzelle Nr. 1600.
- 15 Der Baurechtsvertrag betrifft den „vorderen“, nicht bewaldeten Teil des Campingplatzes am Seeufer (Parzelle Nr. 1600), währenddem sich die Mietverträge auf die Parkplätze, die Spielwiese und die Standplätze im „hinteren“, bewaldeten Teil des Campingplatzes beziehen (Parzelle Nr. 23).
- 16 Der Kanton Bern überliess dem TCS mit den erwähnten insgesamt fünf **Mietverträgen** vom 19. Dezember 2003 bzw. 16. Februar 2004 verschiedene Flächen auf seiner Parzelle Nr. 23 zu explizit umschriebenen Zwecken („zum Betrieb eines Autoabstellplatzes“, „zum Betrieb einer Spielwiese“, „zum Betrieb eines Zelt- bzw. Campingplatzes“). Sämtliche Mietverträge sehen eine feste Mietdauer bis zum 31. Dezember 2018 vor, verbunden mit folgender Regelung:
- „Nach Ablauf der vereinbarten Mietdauer wird die Mietsache wieder der ursprünglichen Nutzung (Wald im Sinne der Forstgesetzgebung) zugeführt.“*
- „Der Mieter hat die Mietsache im gleichen Zustande der Bodennutzung zurückzugeben, in dem er sie angetreten hat.“*
- 17 Die Parteien vereinbarten in den Mietverträgen allerdings weiter, dass spätestens vier Jahre vor Vertragsablauf über die Aufhebung oder die planungsrechtliche Zukunft des Campingplatzes zu verhandeln ist, wobei in zwei der fünf Verträge explizit eine stillschweigende Fortsetzung des Mietverhältnisses mit Wirkung ab 1. Januar 2019 im Sinne von Art. 266 OR⁵ ausgeschlossen wurde.

⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

- 18 Mit **Baurechtsvertrag** vom 16. März 1994 räumte der Kanton Bern dem TCS auf seiner Parzelle Nr. 1600 ein selbständiges und dauerndes Baurecht gemäss Art. 675 und Art. 779 ff. ZGB⁶ ein. Im Grundbuch ist das Baurecht zu Gunsten des TCS als Grundstück Gampelen-Gbbl. Nr. 1601 eingetragen. Das Baurecht Nr. 1601 erstreckt sich über die ganze Fläche des Grundstücks Nr. 1600 im Halte von 574.6 Aren, d.h. 57'460 m².
- 19 Der TCS verpflichtete sich im Baurechtsvertrag, auf dem Baurechtsgrundstück ausschliesslich einen Campingplatz zu betreiben.
- 20 Mit Bezug auf die auf dem Grundstück vorhandenen Gebäude und Anlagen trafen die Parteien des Baurechtsvertrags unter anderem die folgenden Vereinbarungen:
- Sämtliche auf dem Grundstück Nr. 1600 stehenden Gebäude wurden vom TCS mit eigenen Mitteln erstellt. Mit der Einräumung des Baurechts gehen sämtliche Gebäude entschädigungslos in das Eigentum des TCS über.
 - Die Erstellung von Bauten und die Vornahme von baulichen Änderungen an bestehenden Bauten bedürfen vorgängig der Genehmigung des Baurechtsgebers.
- 21 Das Baurecht wurde für eine Dauer vom 1. Januar 1994 bis zum 31. Dezember 2023 vereinbart.
- 22 Die Parteien verpflichteten sich unter dem Titel „Heimfall“, zwei Jahre vor Ablauf der Baurechtsdauer Verhandlungen über eine Verlängerung aufzunehmen. Für den Fall, dass sich die Parteien nicht über eine Verlängerung des Baurechtsvertrages würden einigen können, vereinbarten sie, dass alle Bauten auf der Baurechtsparzelle zu 80 % des dannzumaligen Verkehrswertes ins Eigentum des Kantons Bern übergehen. Bauten, die der Kanton Bern nicht übernehmen will, sind vom TCS auf eigene Kosten zu entfernen, und die Bauplätze sind zu planieren, zu humusieren und entsprechend den Weisungen des Kantons Bern anzupflanzen.
- 23 Gemäss einer von den Parteien vereinbarten Schiedsklausel sind Streitigkeiten aus dem Baurechtsvertrag endgültig durch ein Dreier-Schiedsgericht in Bern zu beurteilen.
- 24 Der Baurechtsvertrag steht schliesslich unter dem Vorbehalt, dass das Baurechtsgrundstück in eine Camping-Zone eingezont wird. Andernfalls fällt der Baurechtsvertrag dahin.
- 25 Mit **Nachtrag** vom 14. Juli 1994 wurde die Dauer des Baurechtsvertrags um ein Jahr, bis zum 31. Dezember 2024, verlängert.

⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

26 Mit einem **zweiten Nachtrag** vom 19. Dezember 2003 bestätigten der Kanton Bern und der TCS den Baurechtsvertrag vom 16. März 1994 mitsamt Nachtrag vom 14. Juli 1994 grundsätzlich, um in der Folge aber gewisse Vertragsänderungen vorzunehmen.

27 Die Parteien vereinbarten insbesondere folgende Änderungen:

- Der Baurechtszins wurde neu festgelegt.
- Die Parteien vereinbarten in obligatorischer Weise, dass das dinglich bis 31. Dezember 2024 dauernde Baurecht vorerst bis zum 31. Dezember 2018 befristet wird. Spätestens vier Jahre vor Ablauf dieser Frist ist zwischen dem Kanton Bern und dem TCS über die Aufhebung oder die planungs-/privatrechtliche Zukunft des Campingplatzes zu verhandeln. Kommt es zu einer Aufhebung des Campingplatzes bzw. zu keiner Verlängerung des Vertrages, so verpflichtet sich der TCS in obligatorischer Weise, zur Löschung des Baurechts auf erstes Begehren des Kantons Bern Hand zu bieten.
- Die ursprüngliche Vereinbarung über den Heimfall wurde durch die nachfolgende Klausel ersetzt:

„Bei Aufhebung des Campingplatzes bzw. bei definitivem Ablauf des Baurechtsvertrages hat der Bauberechtigte die von ihm erstellten Bauten, Anlagen und Einrichtungen auf eigene Kosten zu entfernen und die baulich genutzte Fläche zu planieren, zu humusieren und entsprechend den Weisungen der zuständigen Waldabteilung in gegenseitiger Absprache anzupflanzen.“

Damit wurde die im Baurechtsvertrag vom 16. März 1994 noch vorgesehene Möglichkeit, dass der Kanton Bern die vom TCS erstellten Bauten, Anlagen und Einrichtungen gegen eine Entschädigung von 80 % des Verkehrswerts übernimmt, aufgehoben.

28 Der Nachtrag vom 19. Dezember 2003 hatte offensichtlich das Ziel, den Baurechtsvertrag auf die im gleichen Zeitraum abgeschlossenen Mietverträge abzustimmen, welche ebenfalls eine (Miet-)Dauer bis 31. Dezember 2018 vorsehen, verbunden mit der Vereinbarung, spätestens vier Jahre vorher Verhandlungen über die Aufhebung oder Weiterführung des Campingplatzes aufzunehmen.

29 Die Nutzung des Bootshafens durch den TCS schliesslich beruht auf einer **Konzession**: Mit Verfügung vom 1. Mai 1991 erteilte die Liegenschaftsverwaltung des Kantons Bern dem TCS eine unbefristete Konzession gestützt auf Art. 8 des Schifffahrtsgesetzes⁷ für den Bootshafen vor dem Zeltplatz des TCS mit einer beanspruchten Wasserfläche von 3'350 m². Die Konzession ist mit der expliziten Auflage verbunden, dass der TCS bei Aufhebung der Konzession ohne Weiteres verpflichtet ist, die von ihm erstellten Bauten und Anlagen auf eigene Kosten abzurechen, zu entfernen und den ursprünglichen Zustand einwandfrei wiederherzustellen.

⁷ Gesetz über die Schifffahrt und die Besteuerung der Schiffe vom 19. Februar 1990 (Schifffahrtsgesetz; BSG 767.1).

D. WEITERBETRIEB DES CAMPINGPLATZES FANEL

30 Die Rechtmässigkeit bzw. Zonenkonformität des (Weiter-)Betriebs des Campingplatzes Fanel ist seit längerer Zeit Gegenstand von Diskussionen.

1. Das Gutachten ENHK

31 Bereits Ende der 1990er/Anfang der 2000er Jahre versuchten die kantonalen Stellen, die Gemeinde Gampelen und der TCS, die raumplanerischen Grundlagen für eine Weiterführung des Campingplatzes zu klären. Dabei prüfte die Ecoptima AG im Auftrag der Gemeinde Gampelen und des TCS mittels einer Machbarkeitsstudie vom 2. Mai 2002 die Voraussetzungen für die Ausscheidung einer planungsrechtlichen Nutzungszone sowie für die Erteilung einer Rodungsbewilligung. Die geplante Campingplatzzone sollte die raumplanerische Voraussetzung bilden, um die Weiterführung des Campingbetriebs rechtlich zu sichern. Die Machbarkeitsstudie gelangte zum Schluss, dass der Weiterbetrieb des Campingplatzes die Erreichung der diversen Schutzziele voraussichtlich nicht gefährde.

32 Die Machbarkeitsstudie der Ecoptima AG wurde in der Folge der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) zur Begutachtung vorgelegt. Die ENHK erstattete daraufhin am 17. April 2003 zuhanden des AGR ein Gutachten zur Verträglichkeit der bestehenden Anlage und der bestehenden Nutzung des Campingplatzes mit den betroffenen Schutzgebieten.

33 In ihrem Gutachten kam die ENHK zum Schluss, dass der bestehende Campingplatz eine schwerwiegende Beeinträchtigung der betroffenen Schutzgebiete darstellt und dass die Weiterführung des Betriebes mit den Schutzbestimmungen des Natur- und Heimatschutzrechts des Bundes nicht zu vereinbaren ist. Aus der Sicht der ENHK kann dem Fortbestand des Campingplatzes höchstens regionale Bedeutung zugesprochen werden.

34 Die ENHK forderte deshalb, dass der Campingplatz sowie sämtliche Nebenanlagen innerhalb der Schutzobjekte aufgehoben werden und dass das gesamte Gebiet wieder in den ursprünglichen, naturnahen Zustand zurückgeführt wird. Die ENHK empfahl dem Kanton Bern, innerhalb einer vernünftigen Übergangsfrist, spätestens bis ins Jahr 2010, zusammen mit dem TCS, der Gemeinde Gampelen und den zuständigen kantonalen Fachstellen eine Lösung für die definitive Verlegung des Campingplatzes an einen anderen Standort zu suchen.

35 Aufgrund des Gutachtens der ENHK gingen die Beteiligten davon aus, dass eine Einzonung und/oder eine Rodungsbewilligung am fraglichen Ort nicht möglich sei. Der Regierungsrat kam allerdings zum Schluss, dass eine kurzfristige Aufhebung des Campingplatzes nicht im gesamtkantonalen Interesse liege. Der Kanton Bern vereinbarte daher mit dem TCS, dass der Campingplatz für die nächsten 15 Jahre am bisherigen Standort weiterbestehen könne. Zu diesem Zweck schloss der Kanton Bern mit dem TCS Ende 2003/Anfang 2004 die erwähnten fünf Mietverträge ab, welche bis Ende 2018 befristet wurden

und welche vorsahen, dass spätestens vier Jahre vor Ablauf der Vertragsdauer Verhandlungen über die Aufhebung oder die planungsrechtliche Zukunft des Campingplatzes aufgenommen werden sollten.⁸

2. Das Gutachten Fahrländer

36 Nach dem Gutachten der ENHK trat die Frage nach der Zonenkonformität bzw. die Frage, ob die Zonenkonformität durch eine Einzonung hergestellt werden könne, in den Hintergrund. Stattdessen wandten sich die Beteiligten der Frage zu, ob der Campingplatz trotz fehlender Zonenkonformität gleichwohl (ganz oder teilweise) weiterbestehen könnte. Der TCS gab zu diesem Zweck ein Rechtsgutachten bei Fürsprecher Dr. Karl Ludwig Fahrländer in Auftrag.

37 In seinem Gutachten vom 10. August 2015⁹ hielt Karl Ludwig Fahrländer zunächst fest, dass sich durch das Gutachten der ENHK gezeigt hatte, dass es nicht möglich sein wird, für den Campingplatz eine Nutzungszone auszuscheiden. Gegenstand des Gutachtens bildete deshalb einzig die (Rechts-)Frage, ob der Campingplatz deswegen aufgegeben werden müsse oder weitergeführt werden könne.

38 Karl Ludwig Fahrländer kam in seinem Gutachten, gestützt auf einen Bericht des Biologen Dr. Roland Luder,¹⁰ zum Schluss, dass gemäss den massgeblichen Bestimmungen des Natur- und Heimatschutzgesetzes (NHG)¹¹ die bestehenden Bauten und Anlagen nicht zurückgebaut werden müssten und dass die bestehende Nutzung weitergeführt werden dürfe. Unter gewissen Voraussetzungen seien sogar der Unterhalt und die Erneuerung von bestehenden Bauten und Anlagen möglich. Bestehende Bauten könnten höchstens mit Vereinbarungen oder nötigenfalls durch formelle Enteignung oder allenfalls durch Erwerb oder Sicherung des schützenswerten Objekts durch den Bund rückgängig gemacht werden.

39 Auch die sog. „Regenerationsartikel“ der auf das NHG abgestützten Verordnungen des Bundes, wonach bestehende Beeinträchtigungen von Objekten bei jeder sich bietenden Gelegenheit soweit als möglich zu beheben sind, gehen gemäss dem Gutachten Fahrländer nicht weiter. Die Anwendung solcher Regenerationsmassnahmen setze ein Bewilligungs- oder Planerlassverfahren voraus. Wenn es an einem solchen öffentlich-rechtlichen Verfahren mangle, dann fehle auch die in den Regenerationsartikeln vorausgesetzte Gelegenheit, Verbesserungen anzuordnen. Keine solche Gelegenheit seien die zwischen dem Kanton Bern und dem TCS bevorstehenden Verhandlungen über die Erneuerung der auslaufenden Verträge. Die im Eigentum des Kantons stehenden Grundstücke, welche mit Baurechten zu Gunsten des

⁸ Vgl. zu diesen Verträgen Rz. 14 ff. oben.

⁹ Dr. Karl Ludwig Fahrländer, TCS-Camping „Fanel“, Gampelen, Wiederherstellung, Aufgabe oder Weiterführung, Rechtsgutachten vom 10. August 2015 („Gutachten Fahrländer“).

¹⁰ Dr. Roland Luder, TCS-Campingplatz Fanel, Gampelen, Schutzzielverträglichkeit des Campingplatzes, Bericht vom 10. Juli 2015 („Bericht Luder“).

¹¹ Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451).

TCS belastet seien oder dem TCS mit obligatorischen Verträgen zur Nutzung überlassen wurden, gehörten ausnahmslos zum Finanz- und nicht zum Verwaltungsvermögen, weshalb der Kanton mit dem in Frage stehenden Land keine hoheitlichen Aufgaben wahrnehme. Auch wenn anlässlich der Verhandlungen über eine Vertragserneuerung keine Regenerationsverpflichtung bestehe, können solche Massnahmen gemäss dem Gutachten Fahrländer aber selbstverständlich zwischen dem TCS und dem Kanton Bern vertraglich vereinbart werden.

3. Das Verwaltungsgerichtsurteil vom 8. Dezember 2017

40 Um die Verhältnisse über das Ende der bis 2018 befristeten Verträge des Kantons Bern mit dem TCS hinaus zu regeln, ermächtigte der Regierungsrat des Kantons Bern das Amt für Grundstücke und Gebäude des Kantons Bern (AGG) mit Beschluss vom 24. August 2016 dazu, mit dem TCS unbefristete Mietverträge sowie einen neuen Baurechtsvertrag mit einer Laufzeit von 35 Jahren abzuschliessen. Die Möglichkeit der Vertragsverlängerung wurde damit begründet, dass die fraglichen Grundstücke zum Finanzvermögen des Kantons gehörten, weshalb die Bestimmungen der Landschafts- und Umweltschutzgesetzgebung nicht anwendbar seien. Diese würden nur für Grundstücke und Liegenschaften im Verwaltungsvermögen gelten. Der Regierungsrat folgte damit der im Gutachten Fahrländer vertretenen Rechtsauffassung.¹²

41 Gegen diesen Regierungsratsbeschluss erhoben der Verein Pro Natura – Schweizerischer Bund für Naturschutz, der Verein Pro Natura Bern, die Stiftung Landschaftsschutz Schweiz, der Verein Schweizer Vogelschutz SVS/BirdLife Schweiz und der WWF Schweiz („die Umweltverbände“) sowie das Bundesamt für Umwelt (BAFU) Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Die Beschwerdeführer beantragten, der angefochtene Regierungsratsbeschluss sei aufzuheben und es sei dem Kanton Bern zu verbieten, mit dem TCS oder mit Dritten neue oder geänderte Verträge zu schliessen, die eine Nutzung des Campingplatzes Fanel über den 31. Dezember 2018 hinaus ermöglichen.

42 Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerden mit Urteil vom 8. Dezember 2017 gut und hob den Regierungsratsbeschluss vom 24. August 2016 auf. Die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung unterscheidet gemäss dem Urteil des Verwaltungsgerichts nicht zwischen Verwaltungsvermögen und Finanzvermögen: Der Kanton Bern hat die Verpflichtungen, die sich aus dem Natur- und Heimatschutzrecht ergeben, auch dann zu erfüllen, wenn das Schutzobjekt Grundstücke in seinem Finanzvermögen betrifft.¹³ Das Verwaltungsgericht erwog weiter, dass der Regierungsrat seinen Beschluss als rein verwaltungsinterne Anweisung betreffend einen zivilrechtlichen Vertragsschluss verstanden und dessen Vereinbarkeit mit

¹² Vgl. dazu Rz. 36 ff., insbesondere Rz. 39 oben.

¹³ Urteil (des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern) vom 8. Dezember 2017, Nrn. 100.2016.271/277U („Urteil vom 8. Dezember 2017“) E. 3.5.

dem öffentlichen Recht daher nicht abgeklärt hatte. Diese Betrachtungsweise ist gemäss dem Verwaltungsgericht nicht zutreffend.¹⁴ Der Entscheid, mit dem das Gemeinwesen über die Benützung von öffentlichen Sachen befindet, ist eine öffentlich-rechtliche Frage, auch wenn die Zurverfügungstellung auf dem Weg eines privatrechtlichen Vertrags erfolgt.¹⁵ Die strittigen Vertragsverlängerungen sind daher mit einer Bewilligung oder einer Konzessionserneuerung zu vergleichen, die eine Pflicht zur Beseitigung von Beeinträchtigungen auslösen kann.¹⁶

43 Da der Regierungsrat in seinem Beschluss, das AGG zu einer Vertragsverlängerung zu ermächtigen, die Frage nicht geprüft hat, ob die Weiterführung des Campingplatzes mit den bundesrechtlichen Bestimmungen, namentlich des NHG und von dessen Ausführungserlassen, vereinbar ist, ist dies nachzuholen. Gemäss dem Urteil des Verwaltungsgerichts sind weitere Abklärungen zur Frage erforderlich, inwiefern der Campingbetrieb die Schutzgebiete beeinträchtigt. Der angefochtene Beschluss des Regierungsrats beruht daher auf einer unvollständigen Sachverhaltsfeststellung.¹⁷

44 Falls der Kanton Bern die Weiterführung des Campingbetriebs ermöglichen will, so wird er vorgängig abklären müssen, ob und wenn ja unter welchen Rahmenbedingungen ein Campingbetrieb auf den streit betroffenen Parzellen mit dem Umweltrecht vereinbar ist. Gestützt auf das Ergebnis der Abklärungen muss weiter geprüft werden, ob ein allfälliger Weiterbetrieb einzig auf der Grundlage einer Vertragsverlängerung bzw. -anpassung möglich ist oder ob es dazu einer Sondernutzungsplanung bedarf. Das Verwaltungsgericht erachtet es jedoch nicht als seine Aufgabe, als erste Instanz die nötigen Sachverhaltsabklärungen durchzuführen.¹⁸

45 Das Verwaltungsgericht hob daher den angefochtenen Regierungsratsbeschluss auf und entzog damit der Vertragsverlängerung mit dem TCS vorläufig die Grundlage. Über die Weiterführung des Campingplatzes entschied das Verwaltungsgericht hingegen ausdrücklich nicht.¹⁹ Eine allfällige Weiterführung des Campingbetriebs erfordert vielmehr ein neues Verfahren. Das Verwaltungsgericht überliess es dem Kanton Bern, über das weitere Vorgehen im Sinne der verwaltungsgerichtlichen Erwägungen zu entscheiden und gegebenenfalls ein neues, für die Weiterführung des Campingbetriebs erforderliches Verfahren durchzuführen.²⁰

14 Urteil vom 8. Dezember 2017 E. 6.1.

15 Urteil vom 8. Dezember 2017 E. 4.2.

16 Urteil vom 8. Dezember 2017 E. 4.4.

17 Urteil vom 8. Dezember 2017 E. 6.1.

18 Urteil vom 8. Dezember 2017 E. 6.2.

19 Urteil vom 8. Dezember 2017 E. 6.3.

20 Urteil vom 8. Dezember 2017 E. 7.1.

4. Die tripartite Vereinbarung vom 30. August 2018

46 Der Regierungsrat des Kantons Bern kam aufgrund seiner rechtlichen Analyse des Verwaltungsgerichts-urteils vom 8. Dezember 2017 zum Schluss, dass die Verlängerung oder Erneuerung von Verträgen zum Betrieb eines Campingplatzes am bisherigen Standort aus umweltrechtlichen Gründen nicht möglich ist. Der Regierungsrat beauftragte deshalb die DIJ, mit dem TCS und den Umweltverbänden nach einer ein-
vernehmlichen Lösung zu suchen.

47 Der Regierungsrat des Kantons Bern, der TCS und die Umweltverbände schlossen daraufhin am 30. Au-
gust 2018 eine sog. „tripartite Vereinbarung“, in welcher sie sich darauf einigten, dass der Campingplatz Fanel mit dem Ablauf des Baurechtsvertrags Ende 2024 definitiv aufgehoben wird. Die tripartite Verein-
barung sieht im Wesentlichen Folgendes vor:

- Der Kanton Bern wird den Campingplatz Fanel mit Ablauf des bestehenden Baurechtsvertrags per Ende 2024 am heutigen Standort im Naturschutzgebiet Fanel definitiv aufheben.
- Die Umweltverbände akzeptieren im Gegenzug eine einmalige Verlängerung der auslaufenden Mietverträge im Sinne einer Übergangs- und Rückbauphase bis Ende 2024.
- Nach Schliessung des Campingplatzes Ende 2024 baut der TCS die baulichen Anlagen und Infra-
strukturanlagen des Campingplatzes bis spätestens Ende 2025 geordnet zurück.
- Nicht zurückzubauen sind die Anlagen der öffentlichen Badestelle mit Steg in den Neuenburger-
see, welche als Freifläche in einer entsprechenden kommunalen Nutzungszone gemäss SFG lie-
gen. Damit bleibt die für die Bevölkerung heute schon öffentlich zugängliche Badestelle bestehen.
- Der Kanton Bern verpflichtet sich, nach Abschluss der Rückbauarbeiten durch den TCS das übrige
Gebiet des heutigen Campingplatzes ab dem Jahr 2026 schrittweise zu renaturieren und das Na-
turschutzgebiet aufzuwerten.
- Der Kanton Bern ist bereit, einen Ersatzstandort auf kantonseigenem Land angrenzend an das
Naturschutzgebiet raumplanerisch zu prüfen.

48 Die Parteien hielten in der tripartiten Vereinbarung ausdrücklich fest, dass sie damit die Kontroverse um
den Fortbestand des Campingplatzes Fanel einvernehmlich regelten. Sie verpflichteten sich, auf weitere
rechtliche Auseinandersetzungen zu verzichten, soweit und solange diese Vereinbarung korrekt umge-
setzt wird.

49 Streitigkeiten der tripartiten Vereinbarung sind gemäss der von den Parteien vereinbarten Gerichtsstandsklausel gemäss Art. 87 Bst. b VRPG²¹ auf Klage hin vom Verwaltungsgericht des Kantons Bern zu beurteilen. Vorbehalten bleibt die Durchsetzung der in der Vereinbarung festgelegten Rückbaupflichten, welche durch die Baupolizeibehörde der Einwohnergemeinde Gampelen mittels baupolizeilicher Verfügung im Sinne von Art. 45 ff. BauG²² erfolgen soll.

50 Mittlerweile haben die Parteien bereits mit der Umsetzung der Vereinbarung begonnen: Erste Rückbaugesuche sind gestellt. Die zuständigen kantonalen Stellen haben unter Einbezug der Gemeinde Gampelen, des TCS und der Umweltverbände ein Konzept zur Renaturierung erarbeitet. Die Suche nach einem Ersatzstandort hingegen ist gescheitert.

5. Parlamentarische Vorstösse

51 Im Anschluss an das Verwaltungsgerichtsurteil vom 8. Dezember 2017 wurden im Grossen Rat des Kantons Bern verschiedene parlamentarische Vorstösse im Zusammenhang mit dem Campingplatz Fanel eingereicht.

52 So wurde der Regierungsrat mittels **Motion von Madeleine Amstutz vom 30. April 2019** (Motion „Amstutz“ Nr. 122-2019 „Weiterbetrieb des Campingplatzes Fanel“) dazu aufgefordert, den Weitertrieb des Campingplatzes nach dem Jahr 2024 zu ermöglichen. Der Regierungsrat lehnte die Motion Amstutz ab, da die Umsetzung der Motion den Bestimmungen der Natur- und Heimatschutzgesetzgebung wie auch der tripartiten Vereinbarung vom 30. August 2018 widersprechen würde. Entgegen dem Antrag des Regierungsrats nahm der Grosse Rat die Motion Amstutz am 12. März 2020 an.

53 Im Jahre 2020 folgten eine **Interpellation vom 2. März 2020 (Interpellation „Etter“** Nr. 027-2020 „TCS-Camping Fanel in Gampelen“), eine **Motion vom 12. März 2020** (Motion „Amstutz“ Nr. 082-2020 „Aufhebung des Aufnahmestopps beim Campingplatz Fanel“) und eine **Interpellation vom 31. August 2020** (Interpellation „Amstutz“ Nr. 218-2020 „Kosten für die Beendigung des Campings Fanel erläutern“).

54 Mit einer weiteren **Motion vom 3. Dezember 2020** (Motion „Etter, Amstutz, Gerber“ Nr. 318-2020 „Zonenkonformität und umweltrechtliche Zulässigkeit des TCS-Campingplatzes Gampelen umsetzen“) sollte der Regierungsrat beauftragt werden, die betroffenen Parzellen des Campingplatzes Fanel in eine Zone für öffentliche Nutzung (Campingplatzzone) umzuwandeln (Punkt 1), die vom Verwaltungsgericht geforderte umweltrechtliche Zulässigkeit des heutigen Campingplatzes zu beurteilen (Punkt 2) und den vorgesehenen Ersatzstandort in eine Öko-Fläche umzuwandeln und dem Naturschutzgebiet Fanel zuzuteilen (Punkt 3).

21 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (VRPG; BSG 155.21).

22 Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 (BauG, BSG 721.0).

- 55 Der Regierungsrat lehnte diese Motion am 19. Mai 2021 ebenfalls ab. Die Umzonung liege in der Kompetenz der Gemeinde. Der Regierungsrat könne nicht verpflichtet werden, dies umzusetzen. Es sei wider die bernische Rechtsordnung, wenn der Regierungsrat der Gemeinde dort eine Zone für öffentliche Nutzung verordnen würde. Weitere umweltrechtliche Abklärungen wurden vom Regierungsrat angesichts der dargelegten eindeutigen Rechtslage für sinnlos erachtet.
- 56 Der Grosse Rat nahm die Motion am 16. September 2021 entgegen dem Antrag des Regierungsrats an, wobei er ihr explizit „Weisungscharakter“ verlieh.
- 57 Am **6. September 2021** reichten Madeleine Amstutz und sechs weitere Motionäre erneut eine Motion ein (**Motion „Freudiger, Gerber, Schwarz, Amstutz, Hess, Bohnenblust“** Nr. 191-2021, „Campingplatz Fanel – Den politischen Willen endlich umsetzen“). Gemäss den Motionären sollte der Regierungsrat beauftragt werden, dem Grossen Rat ein Gesetz vorzulegen, wonach der Regierungsrat verpflichtet wird, eine kantonale Überbauungsordnung auszuarbeiten, welche die bestehende Nutzung als Campingplatz und Bootshafen gewährleistet, sowie ein Verfahren zur Festsetzung der Nutzung als Campingplatz und Bootshafen im Richtplan des Kantons einzuleiten.
- 58 Der **Regierungsrat** lehnte es in seiner Antwort vom 17. November 2021 ab, ein Einzelfallgesetz auszuarbeiten, welches bezweckt, den Campingplatz durch Erlass einer kantonalen Überbauungsordnung zu erhalten. Die DIJ gebe jedoch in Umsetzung der Motion Nr. 318-2020²³ ein **Rechtsgutachten** in Auftrag, um ergebnisoffen alle rechtlichen Möglichkeiten nochmals vertieft analysieren und allfällige Handlungsspielräume ausloten zu lassen. Wenn das Gutachten zum Schluss kommen sollte, dass es trotz zahlreicher Schutzvorschriften einen planerischen Spielraum gibt, könnte im Rahmen der geltenden gesetzlichen Vorgaben und Verfahren eine Nutzungsplanung erlassen werden. Eine Sondergesetzgebung kommt hingegen aus Sicht des Regierungsrats nicht in Frage. Der Regierungsrat erachtet es als nicht zulässig, für ein Einzelvorhaben mit einem Spezialgesetz die Zuständigkeits- und Verfahrensbestimmungen im Baugesetz zum Erlass einer kantonalen Überbauungsordnung und zu einer Festlegung im kantonalen Richtplan auszuhebeln.
- 59 Mit Schreiben vom 4. November 2021 orientierte Regierungsrätin Evi Allemann die FraktionspräsidentInnen des Grossen Rats über die gestützt auf die Motion Nr. 318-2020 vorgesehene Erteilung eines Gutachtensauftrags zur Überprüfung der umweltrechtlichen Zulässigkeit des Campingplatzes Fanel und ersuchte sie um eine Rückmeldung zu den vom Gutachter zu beantwortenden Fragen und zur Person des Gutachters.
- 60 Nach Konsultation der FraktionspräsidentInnen beauftragte die DIJ – wie ausgeführt – am 22./23. Februar 2022 den unterzeichnenden Gutachter mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens betreffend den Campingplatz Fanel.

²³ Vgl. dazu Rz. 54 oben.

IV. RECHTLICHE ERWÄGUNGEN

A. ZUR FRAGE DER ZONENZUGEHÖRIGKEIT DES CAMPINGPLATZES

61 Dieses Kapitel befasst sich mit der Frage, ob und in welcher Nutzungszone sich der Campingplatz Fanel befindet, und welche Behörden für die Zuordnung zu einer Nutzungszone zuständig sind.

1. Gegenwärtige Rechtslage

62 Der Kanton Bern hat die raumplanerischen Befugnisse im Wesentlichen an die Gemeinden übertragen: Gemäss Art. 64 ff. BauG obliegt es den **Gemeinden**, im Rahmen der Ortsplanung die bundesrechtlichen und kantonrechtlichen Vorgaben und übergeordneten Planungen umzusetzen.²⁴ Diese Umsetzung erfolgt unter anderem durch den Erlass der baurechtlichen Grundordnung (Zonenplan und Baureglement) und durch den Erlass von Überbauungsordnungen.²⁵

63 Das kantonale Recht räumt den Gemeinden bei der Ortsplanung eine **grosse Autonomie** ein.²⁶

64 Der Kanton hat daher grundsätzlich nicht die Kompetenz, für das auf dem Gebiet der Gemeinde Gampelen gelegene Areal des Campingplatzes Fanel eine entsprechende Nutzungszone (z.B. eine Campingplatzzone) festzulegen. Die Zuständigkeit für die Nutzungsplanung liegt vielmehr bei der Gemeinde Gampelen. Ausnahmsweise kann aber auch der Kanton tätig werden.²⁷

65 Der Campingplatz Fanel befindet sich im Perimeter des von der Gemeinde Gampelen am **2. Dezember 1994** erlassenen und am 26. August 1997 vom AGR genehmigten **Uferschutzplans** gemäss See- und Flussufergesetz²⁸. Es handelt sich dabei um einen im Verfahren für Überbauungsordnungen im Sinne des Baugesetzes erlassenen Sondernutzungsplan.²⁹ Das Areal des Campingplatzes wird dort **keiner Nutzungszone** zugewiesen, sondern gehört zu den **Schutzgebieten**.

²⁴ Stalder Beat, in: Müller Markus/Feller Reto (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2013, 7. Kap. Rz. 129.

²⁵ Art. 64 Abs. 1 BauG.

²⁶ Art. 65 BauG.

²⁷ Vgl. Rz. 77 ff. unten.

²⁸ Gesetz über See- und Flussufer vom 6. Juni 1982 (See- und Flussufergesetz, SFG; BSG 704.1).

²⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 2 SFG.

- 66 Im Uferschutzplan wird aufgezeigt, dass ein wesentlicher Teil des Uferschutzgebiets auch im Perimeter des am 14. März 1967 vom Regierungsrat des Kantons Bern erlassenen **kantonalen Naturschutzgebiets Fanel** liegt³⁰, und es ist ersichtlich, wo sich der Campingplatz Fanel befindet. Gemäss den Überbauungsvorschriften zum Uferschutzplan gilt für das Naturschutzgebiet Fanel der Regierungsratsbeschluss vom 14. März 1967.³¹
- 67 Der Regierungsratsbeschluss vom 14. März 1967 erklärt im Sinne einer Ausnahme im Schutzgebiet ausdrücklich „das Campieren und Baden beim Campingplatz Gampelen des TCS gemäss dem zwischen der Staatsforstverwaltung und dem TCS abgeschlossenen Pachtvertrag vom 19. März 1964“ sowie die Zufahrt zum Campingplatz für zulässig.³² Somit darf dort trotz kantonalem Naturschutzgebiet campiert werden. Mit dem Hinweis im Uferschutzplan der Gemeinde auf das kantonale Naturschutzgebiet wird dieses aber **nicht Teil des Gemeinderechts**.
- 68 Der Bereich der öffentlichen Badestelle am See wird im Uferschutzplan im Sinne einer Freifläche nach SFG einer Zone für öffentliche Nutzung (ZÖN) zugewiesen.
- 69 Soweit die Überbauungsvorschriften und der Überbauungsplan des Uferschutzplanes nichts anderes bestimmen, gilt für den Wirkungsbereich des Uferschutzplans die Grundordnung der Gemeinde Gampelen.³³
- 70 Gemäss dem **Zonenplan** der Gemeinde Gampelen liegen die Parzellen Nr. 23 und Nr. 1600, auf welchen sich der Campingplatz Fanel befindet, **ausserhalb der Bauzone**. Der Zonenplan enthält weiter im Sinne von Hinweisen die Angaben, dass sich das Areal des Campingplatzes (teilweise) im Wald befindet, im Wirkungsbereich des Uferschutzplans liegt und zum kantonalen Naturschutzgebiet gehört.
- 71 Abgesehen vom Uferschutzplan³⁴ hat die Gemeinde Gampelen im Bereich des Campingplatzes Fanel keine weiteren Nutzungspläne erlassen. Der Campingplatz ist insbesondere keiner Zone für Sport- und Freizeitanlagen (ZSF) i.S.v. Art. 78 BauG³⁵ oder einer besonderen Campingplatzzone zugewiesen.

³⁰ Regierungsratsbeschluss (RRB) Nr. 1783 vom 14. März 1967.

³¹ Vgl. Art. 10 der Überbauungsvorschriften (Marginalie: Naturschutzgebiet Fanel): „Es gilt der RRB Nr. 1783 vom 14. März 1967“.

³² Vgl. Ziff. III/5 Bst. d und f des RRB Nr. 1783 vom 14. März 1967.

³³ Art. 2 der Überbauungsvorschriften.

³⁴ Vgl. dazu Rz. 65 ff. oben.

³⁵ Zu den Anlagen, die in einer ZSF zugelassen sind, gehören unter anderem auch Campingplätze (vgl. Zaugg Aldo/Ludwig Peter, in: Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 - Kommentar Band II, [Art. 53-153: Planung, Bauen ausserhalb der Bauzone, Erschliessung, Baulandumlegung, formelle und materielle Enteignung, Finanzierung], 4. Aufl., Bern 2017, Art. 78 N 2).

72 Der Betrieb eines Campingplatzes in einem Gebiet, für das **keine entsprechende Nutzungszone** besteht, ist mit den raumplanungsrechtlichen Bestimmungen von Bund, Kanton Bern und Gemeinde Gampelen nicht vereinbar. Die Nutzung der Parzellen Nr. 23 und Nr. 1600 durch den TCS als Campingplatz ist **zonenwidrig**. Damit muss die erste Frage bereits aus diesem Grund mit „nein“ beantwortet werden.

2. Wie kann die Zonenkonformität hergestellt werden?

a. Durch Änderung der baurechtlichen Grundordnung der Gemeinde Gampelen

73 Das geeignete Mittel, den Campingplatz Fanel einzuzonen, ist die entsprechende Anpassung des Zonenplans der Gemeinde Gampelen. Die Gemeindeversammlung müsste einen entsprechenden Nutzungsplan (**z.B. eine Zone für Sport- und Freizeitanlagen [ZSF] oder eine spezielle Campingzone**) schaffen. Die Gemeindeversammlung hat sich kürzlich in einer konsultativen Abstimmung denn auch für die Erhaltung des Campingplatzes ausgesprochen.³⁶

74 Bis zu Beginn der 2000er Jahre hatten der Kanton Bern und die Gemeinde Gampelen auch noch die gemeinsame Absicht gehabt, diese Einzonung voranzutreiben. Diese Absicht wurde aber nach dem Vorliegen des Gutachtens der ENHK vom 17. April 2003 fallen gelassen, weil diese zum Schluss gelangte, eine solche Einzonung widerspreche dem Umweltrecht des Bundes. Entsprechend mussten die Gemeinde Gampelen und der Kanton Bern fortan davon ausgehen, dass der Campingplatz nicht eingezont werden könne.

75 Falls die Gemeinde Gampelen eine entsprechende Zonenplanänderung beschliessen würde, muss angenommen werden, dass ein solcher Einzonungsbeschluss vom kantonalen AGR nicht genehmigt würde, weil die vorgesetzte DIJ, wie sie mehrfach erklärt hat, eine Einzonung ebenfalls ablehnt.

76 Der Regierungsrat bzw. die Direktorin der DIJ liess allerdings in der Antwort auf die Motion Nr. 191-2021 durchblicken, dass der Erlass einer Nutzungsplanung – bzw. deren Genehmigung – in Betracht falle, wenn das vorliegende Gutachten einen planerischen Spielraum dafür sehen sollte.

b. Durch den Erlass einer kantonalen Überbauungsordnung

77 Trotz der erwähnten umfassenden Übertragung raumplanerischer Befugnisse an die Gemeinden verbleiben dem Kanton gewisse planungsrechtliche Aufgaben und Befugnisse. Obschon die Überbauungsordnung grundsätzlich ein Instrument der Ortsplanung ist,³⁷ kann die DIJ gestützt auf Art. 102 BauG zur Wahrung kantonalen oder gefährdeter regionaler Interessen **kantonale Überbauungsordnungen** erlassen. Art. 102 Abs. 1 BauG enthält eine (nicht abschliessende) Aufzählung möglicher Zwecke, namentlich

³⁶ Stephan Künzi, Gampelen stellt sich gegen den Kanton, in: Berner Zeitung vom 9. Oktober 2021.

³⁷ Vgl. Rz. 62 oben.

Massnahmen der Ortsbild-, Landschafts- und Ufergestaltung, Massnahmen zur Erschliessung und Ausstattung von Erholungsgebieten, Zonen für öffentliche Nutzungen sowie Zonen für Sport- und Freizeitanlagen.

78 Nach Lehre und Rechtsprechung vermögen nur Interessen von einiger Bedeutung den Erlass einer kantonalen Überbauungsordnung zu rechtfertigen.³⁸ Den Ermessensentscheid, ob solche Interessen von einiger Bedeutung vorliegen, hat vorab die DIJ zu fällen.

79 Das Verfahren auf Erlass einer kantonalen Überbauungsordnung folgt grundsätzlich den Vorschriften für den Erlass einer kommunalen Überbauungsordnung gemäss Art. 58 ff BauG, jedoch mit einigen Besonderheiten. Die DIJ beschliesst die kantonale Überbauungsordnung und entscheidet über die unerledigten Einsprachen.³⁹

80 Dies bedeutet, dass der Kanton Bern mittels einer kantonalen Überbauungsordnung i.S.v. Art. 102 BauG für den Campingplatz Fanel eine Zone für Sport- und Freizeitanlagen (ZSF) festlegen und damit die Zonenkonformität des Campingbetriebs herbeiführen kann.

81 Die für den Erlass eines kantonalen Nutzungsplans zuständige DIJ hat sich in den letzten Jahren allerdings wiederholt und aus verschiedenen Gründen gegen eine solche kantonale Nutzungsplanung ausgesprochen. Dies liegt in ihrem Ermessen und sie kann vom Grossen Rat nach geltendem Recht nicht zum Erlass einer kantonalen Überbauungsordnung verpflichtet werden, weil die gesetzliche Zuständigkeitsordnung nicht durch Beschluss des Grossen Rates, sondern ausschliesslich durch eine Änderung des Gesetzes geändert werden kann.

82 Allerdings ist auch in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass der Regierungsrat bzw. die Direktorin der DIJ in der Antwort auf die Motion Nr. 191-2021 durchblicken liess, dass der Erlass einer Nutzungsplanung in Betracht falle, wenn das vorliegende Gutachten einen planerischen Spielraum dafür sehen sollte.

c. Durch den Erlass eines Gesetzes (Lex Fanel)

83 Der Kanton Bern hat auch die Möglichkeit, die Zonenkonformität des Campingplatzes Fanel im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens herzustellen. Denn ein Rechtsakt in der Form eines Gesetzes kann materiell ebenfalls als Nutzungsplan betrachtet werden, wenn er Art, Ort und Mass der Bodennutzung für ein

³⁸ Der Kommentar zum bernischen Baugesetz spricht anschaulich davon, dass nicht mit Kanonen auf Spatzen geschossen werden soll (vgl. Zaugg Aldo/Ludwig Peter, in: Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 - Kommentar Band II, [Art. 53-153: Planung, Bauen ausserhalb der Bauzone, Erschliessung, Baulandumlegung, formelle und materielle Enteignung, Finanzierung], 4. Aufl., Bern 2017, Art. 102 N 3).

³⁹ Art. 121 Abs. 3 der Bauverordnung des Kantons Bern vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1).

bestimmtes Gebiet verbindlich festlegt.⁴⁰ Das RPG lässt es mit anderen Worten zu, dass Nutzungspläne vom kantonalen Gesetzgeber (Stimmvolk bzw. Parlament) erlassen werden.⁴¹

84 Ein solches Gesetz kann auch in der Form geschaffen werden, wie es der Grosse Rat mit seiner Motion Nr. 191-2021 vorgesehen hat, nämlich indem der Regierungsrat (oder besser die DIJ) per **Gesetz** verpflichtet wird, auf den Parzellen des Campingplatzes Fanel eine **kantonale Überbauungsordnung** zu erlassen, welche die bestehende Nutzung als Campingplatz inklusive Bootshafen gewährleistet und dauerhaft sichert.

85 Gemäss Art. 69 Abs. 4 der Verfassung des Kantons Bern⁴² sind zwar nur grundlegende und wichtige Rechtssätze des kantonalen Rechts in Form eines Gesetzes zu erlassen. Man mag sich fragen, ob die vorgesehene Lex Fanel einen solchen Rechtsgrundsatz darstellt. Aber es muss dazu gesagt werden, dass in der Vergangenheit wiederholt Einzelfallgesetze erlassen wurden und dass dem Grossen Rat bei der Beurteilung der Frage, was er als wichtigen Grundsatz und damit als **Gesetzesmaterie** bewertet, ein grosser Beurteilungsspielraum zusteht. Soweit der Regierungsrat oder die DIJ beanstanden sollte, mit einem solchen Einzelfallgesetz werde in ihre Zuständigkeit eingegriffen, ist darauf hinzuweisen, dass es der Grosse Rat ist, der nach Art. 79 Abs. 1 Bst. d KV **Kompetenzkonflikte** zwischen dem Grossen Rat und dem Regierungsrat entscheidet. Der Gutachter kommt daher zum Schluss, dass der Erlass einer Lex Fanel zwar **ungewöhnlich, aber nicht unzulässig** ist.

86 Ein solches Gesetz kann im **ordentlichen** Gesetzgebungsverfahren vorbereitet werden, das vom Regierungsrat geleitet wird.⁴³ In diesem Fall erstellt die zuständige Direktion den Gesetzesentwurf.⁴⁴

87 Neben dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren besteht zudem für Ratsmitglieder, Kommissionen und Fraktionen des Grossen Rats die Möglichkeit, eine **parlamentarische Initiative** zu ergreifen und den Entwurf zu einem Erlass oder Beschluss des Grossen Rats einzureichen.⁴⁵ Die parlamentarische Initiative kann nur in ausgearbeiteter Form erfolgen, d.h. es muss eine ausgearbeitete Gesetzesvorlage eingereicht werden. Bei der vorliegenden konkreten Situation fällt auch dieser Weg in Betracht.

⁴⁰ Jeannerat Eloi/Moor Pierre, in: Aemisegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 14 Begriff / I. - II. N 8.

⁴¹ Vgl. Waldmann Bernhard/Hänni Peter, in: Raumplanungsgesetz, Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), Bern 2006, Artikel 26 N 4.

⁴² Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1).

⁴³ Vgl. Art. 88 Abs. 2 KV.

⁴⁴ Rechtsetzungslinie des Kantons Bern, Modul 5: Ablauf des Rechtsetzungsverfahrens, Fassung vom 27. August 2014, S. 2.

⁴⁵ Art. 62 Abs. 1 des Gesetzes über den Grossen Rat des Kantons Bern (Grossratsgesetz, GRG; BSG 151.21).

3. Würdigung und Zusammenfassung

88 Die Zonenkonformität des Campingplatzes Fanel kann formell sowohl mittels **Einzonung durch die Gemeinde** Gampelen als auch mit dem Erlass einer **kantonalen Überbauungsordnung** oder eines **Gesetzes** hergestellt werden.

89 In allen drei Fällen kann der Entscheid über die Einzonung mit **Beschwerde** angefochten werden, welche letztinstanzlich durch das **Bundesgericht** beurteilt werden muss.⁴⁶

90 Die Rechtsmittelinstanzen und (letztinstanzlich) das Bundesgericht werden insbesondere prüfen, ob das Gesetz und/oder der Nutzungsplan dem **materiellen Bundesumweltrecht** entspricht.⁴⁷

91 Ebenfalls kann gerichtlich überprüft werden, ob die **Besitzstandsgarantie** den Weiterbestand des Campingplatzes in jedem Fall sichert und welche Bedeutung der **tripartiten Vereinbarung** zukommt.

92 Nur wenn sich erweist, dass eine Einzonung des Campingplatzes dem Bundesumweltrecht entspricht und deshalb der Bestand der Anlage für die Zukunft sichergestellt werden kann, ergibt der Aufwand für eine Einzonung Sinn.

93 Ebenfalls lohnt sich eine Einzonung nur dann, wenn der Weiterbestand des Campingplatzes nicht ohnehin durch die Besitzstandsgarantie sichergestellt ist.

94 Schliesslich lohnt sich eine Einzonung nur, wenn der Kanton Bern den Campingplatz nicht ohnehin aufgrund der tripartiten Vereinbarung aufheben muss. **Alle diese Fragen sollen im Folgenden geprüft werden.**

95 **Sofern** eine Einzonung Sinn ergibt, ist sie **am einfachsten und vernünftigsten durch die zuständige Gemeinde** Gampelen vorzunehmen. Diese Lösung ist einer kantonalen Überbauungsordnung oder einem Gesetz vorzuziehen.

B. ZUM MATERIELLEN UMWELTRECHT

1. Der Natur- und Heimatschutz

96 Gemäss dem **Natur- und Heimatschutzgesetz** des Bundes sorgen der Bund und die Kantone bei der Erfüllung der Bundesaufgaben dafür, dass das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche

⁴⁶ Bei einer Lex Fanel besteht zudem, wie bei jedem Gesetz, auch die Möglichkeit eines Referendums.

⁴⁷ Vgl. dazu Rz 96 ff. unten.

Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler geschont werden und, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert erhalten bleiben.⁴⁸

97 Zu diesem Zweck erstellt der Bundesrat (nach Anhörung der Kantone) **Inventare von Objekten von nationaler Bedeutung**.⁴⁹ Durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Masse die **ungeschmälerte Erhaltung**, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient. Ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung im Sinne der Inventare darf bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte **gleich- oder höherwertige Interessen** von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen.⁵⁰

98 Es handelt sich beim Natur- und Landschaftsschutz um eine den Kantonen übertragene Bundesaufgabe, weshalb im vorliegenden Fall der **Kanton Bern** als Adressat der Bundesaufgabe verpflichtet ist, die Bestimmungen des Bundesnatur- und –landschaftsschutzrechts umzusetzen.⁵¹

2. Die Schutzgebiete

99 Die Parzellen Nr. 23 und Nr. 1600, auf denen sich der Campingplatz mit Badeplatz und Bootshafen befindet, gehören zu **mehreren Schutzgebieten** für Biotope und Moorlandschaften sowie für weitere Schutzobjekte: Sie liegen im Auengebiet von nationaler Bedeutung Nr. 209 „Seewald-Fanel“⁵² und in der Moorlandschaft Nr. 416 „Grande Cariçaie“.⁵³ Die Schilf- und Uferbereiche vor dem Campingplatz, dem Badeplatz und dem Bootshafen gehören zum Flachmoor von nationaler Bedeutung Nr. 2294 „Le Fanel“.⁵⁴ Die Parzellen liegen zudem im Wasser- und Zugvogelreservat von internationaler Bedeutung Nr. 4

48 Art. 3 NHG.

49 Art. 5 Abs. 1 NHG.

50 Art. 6 NHG.

51 Vgl. auch Urteil vom 8. Dezember 2017 E. 3.5.

52 Art. 1 i.V.m. Anhang 1 der Verordnung vom 28. Oktober 1992 über den Schutz der Auengebiete von nationaler Bedeutung (Auenverordnung; SR 451.31).

53 Art. 1 i.V.m. Anhang 1 der Verordnung vom 1. Mai 1996 über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (Moorlandschaftsverordnung; SR 451.35).

54 Art. 1 i.V.m. Anhang 1 der Verordnung vom 7. September 1994 über den Schutz der Flachmoore von nationaler Bedeutung (Flachmoorverordnung; SR 451.33).

„Fanel-Chablais de Cudrefin, Pointe de Marin”,⁵⁵ einem Schutzgebiet im Sinn von Art. 11 des Jagdgesetzes⁵⁶, sowie im kantonalen Naturschutzgebiet „Fanel”.⁵⁷ Sie gehören ferner zum Objekt Nr. 1208 „Rive sud du lac de Neuchâtel” des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN),⁵⁸ einem Inventar im Sinne von Art. 5 NHG.

100 Der Campingplatz Fanel befindet sich demnach in zahlreichen Schutzgebieten **von nationaler (und teilweise internationaler) Bedeutung**, deren Ziel die ungeschmälerete Erhaltung des Gebiets „Fanel-See-wald“ als See- und Uferlandschaft, Auengebiet, Moorlandschaft, Flachmoor sowie Wasser- und Zugvogelreservat mit seiner Tier- und Pflanzenwelt ist.

3. Wald

101 Die Parzelle Nr. 23 liegt schliesslich **vollständig im Wald**.

102 Im Waldgebiet sind Rodungen grundsätzlich verboten⁵⁹ (wobei als Rodung jede dauernde oder vorübergehende Zweckentfremdung von Waldboden gilt⁶⁰). Eine Ausnahmegewilligung darf nur erteilt werden, wenn der Gesuchsteller nachweist, dass für die Rodung wichtige Gründe bestehen, die das Interesse an der Walderhaltung überwiegen und wenn das Werk, für das gerodet werden soll, auf den vorgesehenen Standort angewiesen ist, wenn das Werk die Voraussetzungen der Raumplanung sachlich erfüllt und wenn die Rodung zu keiner erheblichen Gefährdung der Umwelt führt.⁶¹

103 Bei der Gewährung von Rodungs- bzw. Ausnahmegewilligungen ist dem Natur- und Heimatschutz Rechnung zu tragen.⁶² Rodungsbewilligungen sind zudem zu befristen.⁶³

104 Für den Campingplatz Fanel liegt keine gültige Rodungsbewilligung vor.

55 Art. 1 i.V.m. Anhang 1 der Verordnung vom 21. Januar 1991 über die Wasser- und Zugvogelreservate von internationaler und nationaler Bedeutung (WZVV; SR 922.32).

56 Bundesgesetz vom 20. Juni 1986 über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz, JSG; SR 922.0; vgl. Art. 18 Abs. 4 NHG).

57 Regierungsratsbeschluss Nr. 1783 vom 14. März 1967. Der Regierungsratsbeschluss enthält eine Ausnahmebestimmung, welche den Betrieb des Campingplatzes Fanel im Schutzgebiet ermöglicht (vgl. dazu bereits Rz. 66 f. oben).

58 Art. 1 i.V.m. Anhang 1 der Verordnung vom 29. März 2017 über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler (VBLN; SR 451.11).

59 Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über den Wald (Waldgesetz, WaG; SR 921.0).

60 Art. 4 WaG.

61 Art. 5 Abs. 2 WaG.

62 Art. 5 Abs. 4 WaG.

63 Art. 5 Abs. 5 WaG.

4. Die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) und deren Gutachten

- 105 Das **Gutachten der ENHK** vom 17. April 2003 kam mit einlässlicher Begründung zum Schluss, dass die direkten und indirekten Auswirkungen des Campingplatzes mit den Schutzziele der verschiedenen betroffenen Bundesinventare **nicht zu vereinbaren** sind. Gemäss dem Gutachten der ENHK stellt der gesamte bestehende Campingplatz Fanel eine **schwerwiegende Beeinträchtigung** des BLN-Objektes Nr. 1208 sowie der weiteren betroffenen Schutzgebiete dar. Eine Weiterführung des Betriebes ist aus Sicht der ENHK weder mit Art. 6 NHG noch mit den Schutzbestimmungen der weiteren Schutzobjekte von nationaler Bedeutung zu vereinbaren. Dies gilt nicht nur für den Campingplatz im Waldareal, sondern auch für den übrigen Teil im vorderen, nicht bewaldeten Bereich des Campingplatzes und dem damit verbundenen Bootshafen.
- 106 Das Gutachten vom 17. April 2003 war von der ENHK gestützt auf Art. 7 NHG im Sinne einer grundsätzlichen Vorbeurteilung zuhanden des AGR erstattet worden.⁶⁴ Obschon das Gutachten der ENHK im Zusammenhang mit einer im Jahre 2002 geplanten Schaffung einer Campingplatzzone erstellt wurde und daher bereits älter ist, kommt dem **Gutachten auch heute Bedeutung** zu. Es gilt nach wie vor als amtliche Fachmeinung zu den Auswirkungen des Campingplatzes auf die verschiedenen Schutzziele.
- 107 Die ENHK behielt sich in ihrem Gutachten vom 17. März 2003 die Abgabe einer **abschliessenden Stellungnahme** im Rahmen eines **zukünftigen formellen Verfahrens** vor.⁶⁵ Da es sich bei der vom Grossen Rat geforderten Herstellung der Zonenkonformität des Campingplatzes Fanel um ein formelles Verfahren handelt,⁶⁶ wird vorgängig eine **erneute Begutachtung** durch die ENHK einzuholen sein.
- 108 Diese (erneute) **Begutachtungspflicht** ergibt sich aus dem Gesetz selber.⁶⁷
- 109 Sie setzt zunächst die **Erfüllung einer Bundesaufgabe** voraus.⁶⁸ Da sowohl die Erteilung einer Rodungsbewilligung gemäss Art. 5 Abs. 2 WaG als auch die Einzonung⁶⁹ eine Bundesaufgabe sind, ist diese Voraussetzung im vorliegenden Fall erfüllt. Die ENHK ist in ihrem Gutachten vom 17. April 2003 denn auch zum Schluss gelangt, dass eine Bundesaufgabe vorliegt.⁷⁰

⁶⁴ Vgl. Ziff. 1, S. 2 des Gutachtens ENHK.

⁶⁵ Vgl. Ziff. 6, S. 16 des Gutachtens ENHK.

⁶⁶ Dies gilt unabhängig davon, ob die Zonenkonformität mittels Einzonung durch die Gemeinde Gampelen, mittels Erlass einer kantonalen Überbauungsordnung oder mittels Gesetz hergestellt wird.

⁶⁷ Art. 7 NHG.

⁶⁸ Art. 7 Abs. 2 NHG.

⁶⁹ Vgl. BGE 142 II 515.

⁷⁰ Ziff. 1, S. 2 des Gutachtens ENHK.

- 110 Eine obligatorische Begutachtung setzt weiter voraus, dass ein Objekt aus einem **Inventar nach Art. 5 NHG** betroffen ist. Auch diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt, da das Areal des Campingplatzes Fanel zum Objekt Nr. 1208 „Rive sud du lac de Neuchâtel“ des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN) gehört,⁷¹ einem Inventar im Sinn von Art. 5 NHG.
- 111 Eine Begutachtungspflicht setzt schliesslich voraus, dass bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe ein Objekt, das in einem Inventar des Bundes nach Art. 5 NHG aufgeführt ist, **erheblich beeinträchtigt** werden **könnte**, oder wenn sich in diesem Zusammenhang **grundsätzliche Fragen** stellen. Auch diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt, zumal an das Kriterium der erheblichen Beeinträchtigung praxisgemäss keine hohen Anforderungen zu stellen sind, weshalb im Zweifelsfall ein Gutachten zu erstellen ist.⁷² Die ENHK hat in ihrem Gutachten vom 17. April 2003 festgestellt, dass eine schwerwiegende Beeinträchtigung des BLN-Objekts vorliegt.
- 112 Sind, wie im vorliegenden Fall, die Voraussetzungen von Art. 7 NHG erfüllt, dann ist die **Begutachtung** durch die zuständige Kommission **zwingend** und die zur Erfüllung der Bundesaufgabe zuständige Stelle verletzt Bundesrecht, wenn sie kein Gutachten einholt.⁷³ Die ENHK stützte ihr Gutachten vom 17. April 2003 denn auch ausdrücklich auf Art. 7 NHG.⁷⁴
- 113 Auch gemäss dem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 8. Dezember 2017 sind weitere Abklärungen zur Frage erforderlich, inwiefern der Campingbetrieb die Schutzgebiete beeinträchtigt und das Bundesumweltrecht verletzt.⁷⁵
- 114 Ein Gutachten der ENHK ist eine vom Bundesrecht **obligatorisch verlangte amtliche Expertise** durch ein unabhängiges und sachkundiges Organ. Den Gutachten der ENHK kommt **grosses Gewicht** zu. Von einem ENHK-Gutachten darf die zuständige Behörde nur aus **triftigen Gründen** abweichen. Dies gilt nicht nur für die dem Gutachten zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen, sondern auch dort, wo die ENHK Rechtsfragen entscheidet, beispielsweise durch die Konkretisierung und Differenzierung der

71 Vgl. Rz. 99 oben.

72 Leimbacher Jörg, in: Keller Peter M./Zufferey Jean-Baptiste/Fahrländer Karl-Ludwig (Hrsg.), Kommentar NHG / Commentaire LPN, Ergänzt um Erläuterungen zu JSG und BGF / Augmenté d'aspects choisis LChP et LFSP, 2. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2019, Art. 7 Begutachtung durch die Kommission N 6.

73 Leimbacher Jörg, in: Keller Peter M./Zufferey Jean-Baptiste/Fahrländer Karl-Ludwig (Hrsg.), Kommentar NHG / Commentaire LPN, Ergänzt um Erläuterungen zu JSG und BGF / Augmenté d'aspects choisis LChP et LFSP, 2. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2019, Art. 7 Begutachtung durch die Kommission N 10.

74 Vgl. Ziff. 1, S. 2 des Gutachtens ENHK.

75 Vgl. Rz. 43 f. oben.

Schutzziele und die Bestimmung des Ausmasses und des Gewichtes der Beeinträchtigungen dieser Schutzziele.⁷⁶

- 115 Damit steht fest, dass im zeitlichen Zusammenhang mit der Eröffnung eines Verfahrens auf Weiterführung des Campingbetriebs – zum Beispiel **bei der Eröffnung eines Planungs- oder Gesetzgebungsverfahrens – zwingend ein (neues) Gutachten** der ENHK eingeholt werden muss. Bis zu diesem neuen Gutachten gilt dasjenige aus dem Jahr 2003, das die Aufhebung des Campingplatzes verlangt.
- 116 Im Hinblick auf das neue Gutachten der ENHK ist zu empfehlen, auf die wesentlichen Veränderungen der letzten 20 Jahre hinzuweisen. So können etwa **neue Beweismittel**, wie der nachträglich erstellte Bericht Luder vom 10. Juli 2015 über die Schutzzielverträglichkeit des Campingplatzes Fanel beigelegt werden. Ebenfalls kann von Bedeutung sein, dass die Bemühungen um einen Ersatzstandort gescheitert sind, und es kann darauf hingewiesen werden, dass sich im Gegensatz zum Jahr 2003 heute der Grosse Rat für den Campingplatz einsetzt und gemäss der Motion Nr. 191-2021 bereit ist, dafür ein Gesetz vorbereiten zu lassen. Diese und weitere Veränderungen können die Interessenabwägung beeinflussen.
- 117 Auf der anderen Seite muss darauf hingewiesen werden, dass sich die Rechtslage in der Zwischenzeit kaum massgeblich verändert hat und es keine Hinweise dafür gibt, dass die Nutzung durch den Campingplatz seit dem Jahre 2003 abgenommen hat.⁷⁷
- 118 **Falls** die ENHK ihren Befund aus dem Jahre 2003 **bestätigt** und der Grosse Rat entgegen der abschliessenden Stellungnahme der ENHK **gleichwohl ein Gesetz** zur Erhaltung des Campingplatzes verabschiedet, dann ist damit zu rechnen, dass es von den Umweltverbänden und der zuständigen Bundesbehörde vor **Gericht angefochten** wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt dem Gutachten der ENHK wie ausgeführt **grosses Gewicht** zu, und es darf vom Ergebnis der Begutachtung nur aus **triftigen Gründen** abgewichen werden, selbst wenn der entscheidenden Behörde eine **freie Beweiswürdigung** zusteht. Dies trifft namentlich auch für die der Begutachtung zu Grunde liegenden **tatsächlichen Feststellungen** und **rechtlichen Überlegungen** zu.
- 119 Mit Blick auf die besondere Funktion des Gutachtens der ENHK kann es nach der Praxis des Bundesgerichts auch **nicht durch private Gutachten – wie dem vorliegenden – ersetzt** werden⁷⁸. Es ergibt deshalb auch keinen Sinn, dass der juristische Gutachter vorliegend eine fachliche Meinung zur Verträglichkeit des Campingplatzes mit den verschiedenen Schutzziele abgibt, für die er fachlich nicht kompetent ist und die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch nicht entscheidend sein kann.

⁷⁶ Leimbacher Jörg, in: Keller Peter M./Zufferey Jean-Baptiste/Fahrländer Karl-Ludwig (Hrsg.), Kommentar NHG / Commentaire LPN, Ergänzt um Erläuterungen zu JSG und BGF / Augmenté d'aspects choisis LChP et LFSP, 2. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2019, Art. 7 Begutachtung durch die Kommission N 20.

⁷⁷ Vgl. dazu auch die aktuellen Angaben über Grösse und Angebot des Campingplatzes in Rz. 7 f. oben.

⁷⁸ BGE 127 II 273 E. 4b.

120 Der Gutachter hat aber die **Rechtsprechung des Bundesgerichts** zu den Gutachten der ENHK analysiert⁷⁹: Seit dem Erlass des NHG ergingen deutlich **mehr als 20 Urteile** des Bundesgerichts, welche sich mit einem Gutachten der ENHK befassten. Lediglich in **vier** zumeist älteren Fällen ist das Gericht vom Gutachten der ENHK ganz oder teilweise **abgewichen**. Seit dem Jahr 2003, d.h. **seit fast 20 Jahren** hat das Bundesgericht – soweit ersichtlich – **kein einziges Urteil** mehr gefällt, bei dem es einem Gutachten der ENHK **nicht gefolgt** ist. Falls die ENHK bei einer erneuten Begutachtung ihren Befund aus dem Jahr 2003 bestätigt, müssen die Erfolgsaussichten einer Beschwerde gegen eine Einzonung des Campingplatzes Fanel (auch durch ein Gesetz) deshalb als gut bezeichnet werden. Der Gutachter empfiehlt in diesem Fall, auf eine Einzonung mittels Lex Fanel oder im ordentlichen Planungsverfahren zu verzichten.

121 **Falls** die ENHK im neuen Gutachten die Ergebnisse des ersten Gutachtens nach 20 Jahren korrigiert und den Fortbestand des Campingplatzes ganz oder teilweise **akzeptiert**, dann steht einer **Einzonung** aus Sicht des eidgenössischen Umweltrechts nichts entgegen. Allfällige Beschwerden gegen die Einzonung hätten wenig Aussicht auf Erfolg.

122 In diesem Fall eröffnet sich aber auch im Sinne der Antwort des Regierungsrates auf die Motion Nr. 191/2001 ein **planerischer Spielraum** innerhalb der heute geltenden Zuständigkeitsordnung, den auch der Regierungsrat oder die DIJ nutzen kann: Die DIJ oder das AGR kann der zuständigen **Gemeinde Gampelen** die Genehmigung in Aussicht stellen, wenn diese die Einzonung beschliesst. Diese Lösung ist einer Lex Fanel oder einer kantonalen Überbauungsordnung vorzuziehen.

5. Zwischenergebnis

123 **Nimmt der Grosse Rat eine Lex Fanel in Aussicht, ist zunächst eine erneute Begutachtung durch die ENHK einzuholen.**

124 **Bestätigt die ENHK ihren Befund von 2003, so müssen die Erfolgsaussichten einer Beschwerde gegen eine Lex Fanel (letztinstanzlich bis ans Bundesgericht) als gut bezeichnet werden. Der Gutachter empfiehlt in diesem Fall, auf eine Lex Fanel (oder eine Einzonung im Rahmen des ordentlichen Planungsverfahrens) zu verzichten.**

125 **Bejaht die ENHK in ihrem neuen Gutachten die Übereinstimmung mit dem Bundesumweltrecht und akzeptiert sie den Weiterbestand des Campingplatzes ganz oder teilweise, kann die Gemeinde Gampelen aus der Sicht des Bundesumweltrechts die Einzonung vornehmen und das AGR kann diese genehmigen. Eine solche Einzonung durch die zuständige Gemeinde ist einer Lex Fanel vorzuziehen.**

⁷⁹ Vgl. die Aktennotiz „Praxis des Bundesgerichts betreffend Gutachten der ENHK“ vom 28. April 2022 in Anhang II (Beilage 1)

C. ZUR BESITZSTANDSGARANTIE UND ZUR TRIPARTITEN VEREINBARUNG VOM 30. AUGUST 2018

1. Inbesondere zur Besitzstandsgarantie

- 126 Schliesslich ist zu prüfen, ob der Campingplatz Fanel (unabhängig von einer allfälligen Einzonung bzw. Nichteinzonung) aufgrund der **Besitzstandsgarantie** bestehen bleiben kann.
- 127 Aufgrund der verfassungsrechtlich gewährleisteten Besitzstandsgarantie bleiben der **Bestand und die Nutzung von rechtmässig erstellten Bauten und Anlagen** grundsätzlich **gewährleistet**, wobei die Besitzstandsgarantie je nach betroffenem Bereich mehr oder weniger stark beschränkt ist.
- 128 Der Campingplatz Fanel existiert **seit den 1950er-Jahren**, d.h. lange vor dem Inkrafttreten der heute anwendbaren bau-, planungs- und landschaftsschutzrechtlichen Bestimmungen des NHG und der dazugehörigen Verordnungen, des RPG, des BauG usw. Der TCS als Betreiber des Campingplatzes und der Kanton Bern als Grundeigentümer können sich daher grundsätzlich auf die **Besitzstandsgarantie berufen**.
- 129 Der TCS und der Kanton Bern als Grundeigentümer sind aufgrund der Besitzstandsgarantie **grundsätzlich berechtigt**, den Campingplatz weiterhin **in der bisherigen Art zu betreiben**.
- 130 Zu beachten ist allerdings, dass in zahlreichen rechtlichen Grundlagen, welche dem TCS den Betrieb des Campingplatzes ermöglichen (**Baurechtsvertrag, Mietverträge, Baubewilligungen usw.**), vorgesehen ist, dass der TCS die Bauten, Anlagen und Einrichtungen **nach Ablauf der vorgesehenen Dauer zurückbauen** muss. So sehen beispielsweise bereits der Baurechtsvertrag vom 16. März 1994 und dessen Nachträge vor, dass der TCS beim Ablauf des Baurechtsvertrags am 31. Dezember 2024 die von ihm erstellten Bauten, Anlagen und Einrichtungen auf eigene Kosten zu entfernen hat. Die Mietverträge vom 19. Dezember 2003 bzw. 16. Februar 2004 sehen ebenfalls vor, dass die Mietsache nach Ablauf der vereinbarten Mietdauer wieder der ursprünglichen Nutzung als Wald im Sinne der Forstgesetzgebung zugeführt wird. Auch die dem TCS am 21. Juni 2001 erteilte Baubewilligung für den Neubau des Receptionsgebäudes und den Bau einer Entsorgungsanlage enthält die Auflage, das Gebäude **Ende 2024** wieder zu entfernen und den natürlichen Zustand wiederherzustellen. Bereits aus diesem Grund **entfällt ab Ende 2024 die Besitzstandsgarantie**.
- 131 Dazu kommt, dass sich der **TCS** und der **Kanton Bern** mit der Unterzeichnung der **tripartiten Vereinbarung vom 30. August 2018** gegenüber den Umweltverbänden ausdrücklich **verpflichtet** haben, den Campingplatz mit dem Ablauf des Baurechtsvertrags **am 31. Dezember 2024 definitiv aufzuheben**, und der TCS hat sich (erneut) vertraglich dazu verpflichtet, anschliessend die baulichen Anlagen und Infrastrukturanlagen des Campingplatzes zurückzubauen.
- 132 Vor diesem Hintergrund können sich der TCS und der Kanton Bern **nur bis Ende 2024** auf die **Besitzstandsgarantie** berufen. Nach diesem Datum besteht keine Besitzstandsgarantie mehr.

133 Dies gilt umso mehr, als **zahlreiche Verordnungen** im Bereich des Natur- und Heimatschutzrechts des Bundes die Kantone dazu verpflichten, bestehende **Beeinträchtigungen** von Objekten **bei jeder sich bietenden Gelegenheit soweit als möglich zu beseitigen, zu beheben bzw. rückgängig zu machen**.⁸⁰ Auch wenn sich aus den erwähnten Verordnungsbestimmungen nicht präzise ableiten lässt, bei welchen Gelegenheiten welche konkreten Anordnungen zu treffen sind, haben der TCS, der Kanton Bern und die Umweltverbände diese Frage in der tripartiten Vereinbarung vom 30. August 2018 definitiv geklärt und den Termin für die Aufhebung auf den 31. Dezember 2024 festgelegt.

134 Das **Gutachten Fahrländer** vom 10. August 2015⁸¹ kommt im Ergebnis zu **keinem anderen Schluss**. Die Ausführungen im Gutachten Fahrländer zu den Wiederherstellungs- und Regenerationsmassnahmen stehen ausdrücklich unter dem Vorbehalt von anderslautenden Vereinbarungen.⁸² Gemäss dem Gutachten Fahrländer können selbstverständlich auch Regenerationsmassnahmen vereinbart und umgesetzt werden.⁸³ Dies ist mit der tripartiten Vereinbarung vom 30. August 2018 geschehen.

2. Insbesondere zur tripartiten Vereinbarung vom 30. August 2018

135 Mit der tripartiten Vereinbarung vom 30. August 2018 erlosch nicht nur die Besitzstandsgarantie endgültig, sondern es entstand zusätzlich **gegenüber den Umweltverbänden die vertragliche Verpflichtung des Kantons Bern und des TCS, den Campingplatz aufzuheben**. An diesen Vertrag ist der Kanton Bern **gebunden**. Es handelt sich dabei um einen auch **öffentlich-rechtlichen Vertrag**, mit dem der Rechtsstreit der drei Parteien vor Verwaltungsgericht durch **aussergerichtlichen Vergleich** erledigt wurde. Es wäre wohl insbesondere für die Umweltverbände nur schwer verständlich, wenn ihn der **Kanton Bern einseitig brechen** würde.

136 Gleichwohl ist zu präzisieren: Wenn die ENHK in ihrem neuen Gutachten zum Schluss gelangt, der Campingplatz verletze Bundesumweltrecht und sei aufzuheben, dann verletzt die Weiterführung des Campingplatzes – unter Vorbehalt der unwahrscheinlichen Korrektur durch das Bundesgericht – nicht nur Bundesumweltrecht, sondern auch den tripartiten Vertrag. In diesem Fall ist der Kanton Bern gut beraten, wenn er den Campingplatz ohne weitere Umtriebe aufhebt.

137 Wenn die ENHK zum Schluss gelangt, der Campingplatz dürfe aus Sicht des Umweltrechts weiterbetrieben werden, dann ändert sich auch für die Umweltverbände die Interessenlage. In diesem Fall sollte mit den Umweltverbänden eine gütliche Lösung angestrebt werden. Kann diese erreicht werden, dann kann die Gemeinde Gampelen den Campingplatz einzonen, und er kann weiterbetrieben werden.

⁸⁰ Vgl. Art. 18, 18a und 23a ff. NHG, Art. 11 JSG, Art. 8 Auenverordnung, Art. 8 Flachmoorverordnung sowie Art. 8 Moorland-schaftsverordnung.

⁸¹ Vgl. dazu Rz. 36 ff. oben.

⁸² Gutachten Fahrländer, S. 16 oben.

⁸³ Gutachten Fahrländer, S. 20 unten.

- 138 Kann trotz einem für den Kanton Bern positiven Befund der ENHK keine gütliche vertragliche Lösung gefunden werden, dann gilt die tripartite Vereinbarung an sich weiter. Will der Grosse Rat am Weiterbetrieb gleichwohl festhalten, dann kann er die Lex Fanel erlassen. In diesem Fall wird die tripartite Vereinbarung durch ein ihr widersprechendes Gesetz überlagert. Das Gesetzmässigkeitsprinzip verlangt in diesem Fall auf der einen Seite, dass der öffentlich-rechtliche Vertrag dem neuen Recht angepasst wird. Auf der anderen Seite verlangt das Prinzip des Vertrauensschutzes, dass sich der Grundsatz „pacta sunt servanda“ (Verträge sind einzuhalten) durchsetzt. Lehre und Rechtsprechung verlangen bei dieser Sachlage eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Gesetzmässigkeit und dem Interesse am Vertrauen in den Bestand des Vertrags.⁸⁴ Es bleibt daher das Risiko bestehen, dass die Umweltverbände eine Verletzung der tripartiten Vereinbarung geltend machen und auf dem Rechtsweg vom Kanton Bern und/oder vom TCS die Aufhebung des Campingplatzes Fanel fordern. Das Prozessrisiko, welches der Kanton Bern in diesem Fall eingeht, ist für den Gutachter schwer abschätzbar, aber vertretbar.

D. ZUM CAMPINGPLATZ DIE NEUE ZEIT

1. Der Campingplatz „die neue zeit“

- 139 Die Stiftung „«die neue zeit» für gesunde Freizeitgestaltung, Gampelen“ („Stiftung die neue zeit“ oder „Stiftung“) betreibt seit den 1960er Jahren am Zihlkanal („Thielle“) in der Gemeinde Gampelen den Campingplatz „die neue zeit“.
- 140 Der **Zweck der Stiftung** besteht in der *„Schaffung und Erhaltung geeigneter Voraussetzungen für eine gesunde Freizeitgestaltung im Sinne der Lebensform. Das heisst, die Stiftung soll ideell und wirtschaftlich so verwaltet werden, dass sie für alle Zeiten umfassenden Lebensformen und solchen, die darnach streben, für Freizeit und Ferien eine Erholungsstätte gesunden, friedlichen Lebens bietet. Nikotin, Alkohol und Fleisch aller Art sind strikte zu meiden. Im Rahmen der jeweils geltenden Landesgesetze wird nackt oder möglichst wenig bekleidet in Wasser, Luft und Sonne gebadet, gespielt, Gymnastik und Sport betrieben.“*
- 141 Der **Campingplatz** „die neue zeit“ verfügt über rund 400 feste Stellplätze, rund 40 mobile Plätze, rund 30 Zeltstandplätze, mehrere Zonen für Zelte sowie über dreizehn Zimmer, Studios und Chalets.⁸⁵ Auf dem

⁸⁴ Vgl. zum Ganzen Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020, Rz. 1366 ff. m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung.

⁸⁵ https://www.die-neue-zeit.ch/wp-content/uploads/2020/06/Gel%C3%A4ndeplan-dnz-2020_Original_WEB.pdf; <https://www.die-neue-zeit.ch/wp-content/uploads/2019/04/Gel%C3%A4ndeplan-2017-Mietobjekte.pdf> (zuletzt abgerufen am 27. Mai 2022).

Gelände befinden sich weiter ein vegetarisches Restaurant, ein Bioladen, ein Beachvolleyballfeld, Tischtennistische, eine Bocciabahn, weitere Spiel- und Sportplätze, eine Sauna sowie ein Zugang zum Neuenburgersee. Zudem wird ein überwiegend kostenfreies Sommerkurs- und Kulturprogramm angeboten.⁸⁶

142 Die Nutzung des Campingplatzes „die neue zeit“ konzentriert sich hauptsächlich auf die **Sommersaison**. Inhaberinnen und Inhaber einer Saisonkarte haben jedoch auch im Winter Zutritt zum Gelände. Im Winter ist der Empfang allerdings nicht bedient, die Betriebsleitung ist nur eingeschränkt erreichbar und die Sanitäranlagen sind nur in reduziertem Umfang geöffnet.⁸⁷

143 Das gesamte Gelände des Campingplatzes „die neue zeit“ beansprucht eine **Fläche** von 92'861 m². Dabei fallen 3'191 m² auf Strassen und Wege, 58'394 m² auf die Gartenanlage, 13'594 m² auf stehende Gewässer, 7'402 m² auf den Schilfgürtel, 5'543 m² auf geschlossenen Wald, 2'150 m² auf insgesamt 23 Gebäude, 359 m² auf übrige humusierete Fläche und 2'228 m² auf übrige befestigte Flächen.

2. Rechtliche Grundlage

a. Eigentumsverhältnisse

144 Der Campingplatz „die neue zeit“ befindet sich auf der Parzelle Gampelen-Gbbl. Nr. 204. Grundeigentümerin dieser Parzelle ist seit dem 13. November 1996 die **Stiftung „«die neue zeit» für gesunde Freizeitgestaltung, Gampelen“**.

b. Planungs- und baurechtliche Grundlagen

aa. Raumplanung

145 Im Zonenplan der Gemeinde Gampelen befindet sich die Parzelle Nr. 204, auf welcher der Campingplatz „die neue zeit“ liegt, ausserhalb der Bauzone.

146 Wie der Campingplatz Fanel befindet sich auch der Campingplatz „die neue zeit“ innerhalb des Wirkungsbereichs des **Uferschutzplans** der Gemeinde Gampelen.⁸⁸ Im Gegensatz zum Campingplatz Fanel sieht der Uferschutzplan für den Campingplatz „die neue zeit“ aber **besondere Zonenvorschriften** vor.⁸⁹

⁸⁶ <https://www.die-neue-zeit.ch/wp-content/uploads/2021/02/die-neue-zeit-das-Paradies-FlyerOnline-DE.pdf> (zuletzt abgerufen am 27. Mai 2022).

⁸⁷ <https://www.die-neue-zeit.ch/wp-content/uploads/2021/02/Gelaendeordnung-2021-DE.pdf> (zuletzt abgerufen am 27. Mai 2022).

⁸⁸ Vgl. zu diesem Uferschutzplan bereits Rz. 65 ff. oben.

⁸⁹ Vgl. das Kapitel „II. Zonenvorschriften“ der Überbauungsvorschriften.

- 147 Die Parzelle Nr. 204 befindet sich gemäss dem Uferschutzplan im Sektor B. Die **Nutzung** des Sektors B ist gemäss Art. 5.1 der Überbauungsvorschriften ausdrücklich dem Campingplatz „die neue zeit“ reserviert.
- 148 **Lärmschutzrechtlich** ist der Sektor B der **Empfindlichkeitsstufe II** gemäss Art. 43 der Lärmschutz-Verordnung⁹⁰ zugeordnet.
- 149 Die Überbauungsvorschriften des Uferschutzplanes definieren für den Sektor B, d.h. für das Areal des Campingplatzes „die neue zeit“ sodann fünf verschiedene Zonen mit unterschiedlichen **Nutzungen**.
- 150 So ist die **Zone 1** dem Aufstellen von Mobilheimen reserviert, wobei ein Anschliessen der Mobilheime an die Kanalisation nicht gestattet ist. Bestehende Bauten haben Bestandesgarantie und können im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens auch umgebaut werden. Neue, feste Bauten wie beispielsweise Toilettenanlagen, Gemeinschaftsräume, Massenlager usw. können als Ausnahme bewilligt werden; Ferienhäuser hingegen sind verboten.⁹¹
- 151 Die **Zone 2** umfasst das bestehende Wohnhaus. Die Zone 2 dient dem Wohnen und gemeinsamen Nutzungen.
- 152 Die **Zone 3** ist Wald im Sinne der Forstgesetzgebung. Gemäss dem Uferschutzplan durfte die Zone 3 noch bis zum 31. Dezember 2003 im Sinne der bisherigen Nutzung weiter genutzt werden. Eine Teilnutzung ab dem 1. Januar 2004 muss mit den zuständigen Organen festgelegt werden.⁹²
- 153 Die **Zone 4** ist eine Freizone für Sport, Spiel, Liegewiese usw. Das Aufstellen von Zelten zur Übernachtung ist in der Zone 4 zulässig.⁹³
- 154 Die **Zone 5** schliesslich ist für das Abstellen von Autos, Motorrädern usw. reserviert.

⁹⁰ Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV; SR 814.41).

⁹¹ Art. 5.3 der Überbauungsvorschriften.

⁹² Art. 5.5 der Überbauungsvorschriften.

⁹³ Art. 5.6 der Überbauungsvorschriften.

bb. *Natur- und Heimatschutz*

155 Die Parzelle Nr. 204, auf welcher sich der Campingplatz „die neue zeit“ befindet, gehört sodann (zumindest teilweise) zu mehreren **Schutzgebieten**, so unter anderem zum Auengebiet Nr. 209 „Seewald-Fanel“,⁹⁴ zur Moorlandschaft Nr. 416 „Grande Cariçaie“,⁹⁵ zum Wasser- und Zugvogelreservat „Fanel-Chablais de Cudrefin Pointe de Marin“⁹⁶ und zum Objekt Nr. 1208 „Rive sud du lac de Neuchâtel“ des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung.⁹⁷

156 Der Campingplatz „die neue zeit“ ist hingegen **nicht Teil des kantonalen Naturschutzgebiets** „Fanel“.⁹⁸

3. Beurteilung

157 Das Areal des Campingplatzes „die neue zeit“ liegt zwar ebenfalls (zumindest teilweise) in verschiedenen **Schutzgebieten**. Die bau- und planungsrechtliche Ausgangslage unterscheidet sich aber dennoch in verschiedener Hinsicht deutlich von derjenigen des Campingplatzes Fanel:

158 So ist die Nutzung der Parzelle Nr. 204 der Stiftung „die neue zeit“ als Campingplatz im **Uferschutzplan** ausdrücklich und unter dem Titel **„Zonenvorschriften“** vorgesehen, währenddem das Gebiet Fanel im Uferschutzplan als **Schutzgebiet** definiert ist. Für den Campingplatz „die neue zeit“ bestehen sodann auch entsprechende Zonenvorschriften im Uferschutzplan, welche **Art und Ausmass der Nutzung** des Areals, aufgeteilt in fünf unterschiedliche Zonen, umschreiben. Der Campingplatz „die neue zeit“ verfügt daher – anders als der Campingplatz Fanel – über eine **Grundlage in der kommunalen Nutzungsplanung**.

159 Dazu kommt, dass die Stiftung „die neue zeit“, welche den Campingplatz betreibt, auch **Grundeigentümerin** ist. Die Betreiberin des Campingplatzes „die neue zeit“ ist daher – dies im Unterschied zum Betreiber des Campingplatzes Fanel⁹⁹ – **nicht auf** entsprechende (befristete bzw. kündbare) **Verträge mit dem Grundeigentümer angewiesen**. Es bestehen insbesondere auch keinerlei vertragliche Verpflichtungen der Stiftung „die neue zeit“, den Betrieb des Campingplatzes innert einer bestimmten Frist wieder einzustellen und den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen. Die Überbauungsvorschriften des Ufer-

⁹⁴ Art. 1 i.V.m. Anhang 1 der Auenverordnung

⁹⁵ Art. 1 i.V.m. Anhang 1 der Moorlandschaftsverordnung.

⁹⁶ Art. 1 i.V.m. Anhang 1 WZVV.

⁹⁷ Art. 1 i.V.m. Anhang 1 VBLN.

⁹⁸ Vgl. zu diesem kantonalen Naturschutzgebiet Rz. 66 f. oben.

⁹⁹ Vgl. zu den vertraglichen Grundlagen des Campingplatzes Fanel Rz. 12 ff. oben.

schutzplans erklären vielmehr **ausdrücklich die bestehenden Bauten als unter dem Schutz der Besitzstandsgarantie** stehend und lassen auch die Erstellung von neuen festen Bauten (als Ausnahme) zu.

160 Daraus folgt, dass sich die Stiftung „die neue zeit“ unbeschränkt auf die **Besitzstandsgarantie** berufen kann, sofern und soweit der von ihr betriebene Campingplatz die betroffenen Schutzgebiete tangiert; dies im Unterschied zum TCS, dem aufgrund der abgeschlossenen Verträge bewusst war, dass er die Bauten, Anlagen und Einrichtungen nach Ablauf der vorgesehenen Dauer wieder zurückbauen muss, weshalb das Recht des TCS, sich auf die Besitzstandsgarantie zu berufen, zeitlich befristet ist.¹⁰⁰

161 Die Stiftung „die neue zeit“ ist entsprechend auch nicht darauf angewiesen, irgendwelche Vereinbarungen mit dem Kanton Bern zu verlängern. Aus diesem Grund kann auch die sich aus der Natur- und Heimatschutzgesetzgebung grundsätzlich ergebende **Verpflichtung** des Kantons, **bestehende Beeinträchtigungen von Objekten bei jeder sich bietenden Gelegenheit soweit als möglich zu beseitigen, zu beheben bzw. rückgängig zu machen**,¹⁰¹ mit Bezug auf den Campingplatz „die neue zeit“ **nicht zur Anwendung** kommen. Denn es gibt gar keine Verträge betreffend die Nutzung als Campingplatz, welche auslaufen würden und damit zum Anlass genommen werden könnten, den Campingplatz „die neue zeit“ aufzuheben.

V. ANTWORT AUF DIE DEM GUTACHTER GESTELLTEN FRAGEN

1. **Ist der Campingplatz Fanel mit den umwelt- und planungsrechtlichen und baurechtlichen Bestimmungen von Bund, Kanton und Gemeinde vereinbar?**

Antwort: Nein, es fehlt bereits die Zuordnung zu einer Nutzungszone, welche den Betrieb eines Campingplatzes erlauben würde.

2. **Falls nein: Kann der Kanton den Campingplatz oder Teile davon mit planungs- oder baurechtlichen Massnahmen legalisieren?**

Antwort: Will der Kanton Bern den Campingplatz legalisieren, muss er zunächst ein abschliessendes Gutachten zum eidgenössischen Umweltrecht bei der zuständigen Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) einholen.

¹⁰⁰ Vgl. dazu Rz. 126 ff. oben.

¹⁰¹ Vgl. dazu Rz. 42 oben.

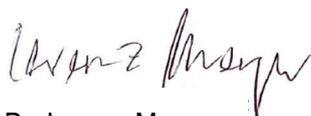
- a. **Gelangt die ENHK in ihrem Gutachten erneut zum Schluss, der Weiterbetrieb verletze das Umweltrecht des Bundes, empfiehlt der Gutachter die definitive Aufhebung des Campingplatzes.**
- b. **Gelangt die ENHK in ihrem Gutachten zum Schluss, der Campingplatz könne aus Sicht des eidgenössischen Umweltrechts ganz oder teilweise weiter betrieben werden, dann fällt – mit einem gewissen Prozessrisiko aufgrund der tripartiten Vereinbarung – die Einzonung des Campingplatzes durch die Gemeinde Gampelen (eventuell durch eine kantonale Überbauungsordnung oder eine Lex Fanel) in Betracht.**

3. Ist die bau- und planungsrechtliche Ausgangslage des Campingplatzes „die neue zeit“ mit derjenigen des Campingplatzes „Fanel“ vergleichbar und wenn ja, inwiefern?

Antwort: Nein, die Ausgangslage ist nicht vergleichbar.

4. Gibt es seitens des Gutachters weitere Bemerkungen?

Antwort: Nein.



Dr. Lorenz Meyer

Anhang I: Aktenverzeichnis

I. Von der DIJ erhaltene Unterlagen

1. Fakten zum Campingplatz Fanel der Direktion für Inneres und Justiz vom 28. September 2021
2. Campingplatz Fanel – Mandat für ein Gutachten zuhanden der Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern vom 25. Januar 2022
3. Vertrag zur Erstellung eines Gutachtens betreffend Campingplatz Fanel vom 22./23. Februar 2022
4. Unterlagen gemäss „Beilagenverzeichnis Gutachterauftrag «Fanel»“
5. Unterlagen gemäss „Beilagenverzeichnis Originalakten AGR“ (Uferschutzplan)
6. Unterlagen gemäss „Beilagenverzeichnis Originalakten AGR“ (Ortsplanung Gampelen)
7. Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) vom 17. April 2003
8. Konzession der Liegenschaftsverwaltung des Kantons Bern vom 1. Mai 1991 betreffend die Nutzung des Bootshafens
9. Mietvertrag Nr. 109735 zwischen dem Kanton Bern und dem TCS vom 16. Februar 2004 betreffend die Parzelle Gampelen Gbbl. Nr. 23, zwei Abschnitte Land für Autoabstellplatz
10. Mitteilungsformular für Mietzins- und andere Vertragsänderungen des AGR vom 12. November 2008 betreffend das Mietobjekt Gampelen Gbbl. Nr. 23; für einen Autoabstellplatz
11. Mietvertrag Nr. 109734 zwischen dem Kanton Bern und dem TCS vom 16. Februar 2004 betreffend die Parzelle Gampelen Gbbl. Nr. 23, ein Abschnitt Land nord-westlich der Zufahrt zum Campingplatz zum Betrieb eines Autoabstellplatzes im Halte von 747 m²
12. Mitteilungsformular für Mietzins- und andere Vertragsänderungen des AGR vom 12. November 2008 betreffend das Mietobjekt Gampelen Gbbl. Nr. 23, einen Abschnitt Land nord-westlich der Zufahrt zum Campingplatz zum Betrieb eines Autoabstellplatzes im Halte von 747 m²
13. Mietvertrag Nr. 109733 zwischen dem Kanton Bern und dem TCS vom 16. Februar 2004 betreffend die Parzelle Gampelen Gbbl. Nr. 23, ein Abschnitt süd-östlich angrenzend an die Parzelle Gampelen Gbbl. Nr. 1600 zum Betrieb einer Spielwiese im Halte von 2'173 m²

14. Mitteilungsformular für Mietzins- und andere Vertragsänderungen des AGR vom 12. November 2008 betreffend das Mietobjekt Gampelen Gbbl. Nr. 23, einen Abschnitt süd-östlich angrenzend an die Parzelle Gampelen Gbbl. Nr. 1600 zum Betrieb einer Spielwiese im Halte von 2'173 m²
15. Mietvertrag Nr. 109698 zwischen dem Kanton Bern und dem TCS vom 19. Dezember 2003 betreffend die Parzelle Gampelen Gbbl. Nr. 23, ein Abschnitt Wald nord-westlich der Zufahrt zum Campingplatz zum Betrieb eines Zelt- bzw. Campingplatzes im Halte von ca. 33'167 m²
16. Mitteilungsformular für Mietzins- und andere Vertragsänderungen des AGR vom 12. November 2008 betreffend das Mietobjekt Gampelen Gbbl. Nr. 23, einen Abschnitt Wald nord-westlich der Zufahrt zum Campingplatz zum Betrieb eines Zelt- bzw. Campingplatzes im Halte von 33'167 m²
17. Mietvertrag Nr. 109697 zwischen dem Kanton Bern und dem TCS vom 19. Dezember 2003 betreffend die Parzelle Gampelen Gbbl. Nr. 23, ein Abschnitt süd-östlich der Zufahrt zum Campingplatz zum Betrieb eines Zelt- bzw. Campingplatzes im Halte von ca. 20'306 m²
18. Mitteilungsformular für Mietzins- und andere Vertragsänderungen des AGR vom 12. November 2008 betreffend das Mietobjekt Gampelen Gbbl. Nr. 23, einen Abschnitt Wald süd-östlich der Zufahrt zum Campingplatz zum Betrieb eines Zelt- bzw. Campingplatzes im Halte von 20'306 m²
19. Baurechtsvertrag zwischen dem Staat Bern und dem TCS vom 16. März 1994, Urschrift Nr. 3'086, betreffend die Parzelle Gampelen Gbbl. Nr. 1600
20. Nachtrag zum Baurechtsvertrag vom 16. März 1994, Urschrift Nr. 3'086, vom 14. Juli 1994 betreffend die Parzelle Gampelen Gbbl. Nr. 1600
21. Nachtrag zum Baurechtsvertrag vom 16. März 1994 vom 19. Dezember 2003, Urschrift Nr. 1310
22. Dr. Karl Ludwig Fahrländer, TCS-Camping „Fanel“, Gampelen, Wiederherstellung, Aufgabe oder Weiterführung, Rechtsgutachten vom 10. August 2015
23. Dr. Roland Luder, TCS-Campingplatz Fanel, Gampelen, Schutzzielverträglichkeit des Campingplatzes, Bericht vom 10. Juli 2015
24. Zonenplan der Gemeinde Gampelen, beschlossen am 18. Juni 2010, genehmigt vom 8. April 2011 (Massstab: 1 : 6'000)
25. Schreiben des Regierungsrats des Kantons Bern an Pro Natura Bern vom 17. Dezember 2003
26. Aussprachepapier des Regierungsrat des Kantons Bern vom 7. März 2018 – Campingplatz Fanel, Gampelen: Weiteres Vorgehen

II. Weitere Unterlagen

1. Stephan Künzi, Gampelen stellt sich gegen den Kanton, in: Berner Zeitung vom 9. Oktober 2021
2. Kantonaler Sachplan Moorlandschaften des Regierungsrats des Kantons Bern, November 2000
3. Informationsblatt 02/2021, Ausserordentliche Gemeindeversammlung, Konsultativabstimmungen, Gemeinderat Gampelen, September 2021

Anhang II: Beilagenverzeichnis

- Aktennotiz „Praxis des Bundesgerichts betreffend Gutachten der ENHK“ vom 28. April 2022

Beilage 1

Aktennotiz

Projekt Meyer Lorenz i.S. Campingplatz Fanel
Betrifft **Praxis des Bundesgerichts betreffend Gutachten der ENHK**
Datum 28. April 2022
Verfasser LM/lr

X1634211.docx

I. SACHVERHALT

Am 17. April 2003 erstattete die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) ein Gutachten zur Verträglichkeit der bestehenden Anlage und der bestehenden Nutzung des Campingplatzes Fanel mit den betroffenen Schutzgebieten.

Die ENHK kam in ihrem Gutachten zum Schluss, dass der bestehende Campingplatz Fanel eine schwerwiegende Beeinträchtigung der betroffenen Schutzgebiete darstellt und dass die Weiterführung des Betriebes mit den Schutzbestimmungen des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz nicht zu vereinbaren ist.

II. FRAGESTELLUNG

Es stellt sich die Frage, wie verbindlich die Gutachten der ENHK gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind.

III. ZUSAMMENSTELLUNG VON URTEILEN DES BUNDESGERICHTS

| Urteil | Datum des Urteils | Kurzinhalt | Rechtsprechung | Ergebnis |
|----------------|-------------------|--|---|---------------------------------|
| BGE 127 II 273 | 28.08.2001 | <p>Baugesuch für eine Bootsstegsanlage in der Gemeinde Ermatingen (TG) am Bodensee.</p> <p>Die ENHK gelangt zum Ergebnis, dass die geplante Steganlage im Vergleich zu den vorhandenen Bojenfeldern eine erhebliche Beeinträchtigung des Schutzzieles des BLN-Objekts Nr. 1411 darstelle und mit dem Gebot der grösstmöglichen Schonung gemäss Art. 6 NHG nicht in Einklang stehe.</p> | <p>E. 4b : „Mit der obligatorischen Begutachtung wird gewährleistet, dass ein unabhängiges Fachorgan bei der Beurteilung eines Projekts auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes speziell achtet und dass die zuständigen Instanzen diesbezüglich über zuverlässige Unterlagen verfügen [...]. Dem Gutachten der ENHK kommt dementsprechend grosses Gewicht zu [...]. Es darf nur aus triftigen Gründen vom Ergebnis der Begutachtung abgewichen werden, auch wenn der entscheidenden Behörde eine freie Beweiswürdigung zusteht [...]. Dies trifft namentlich auch für die ihr zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen zu. Mit Blick auf die besondere Funktion des Gutachtens der ENHK kann es nicht durch private Gutachten ersetzt werden.“</p> | Keine Abweichung vom Gutachten. |
| BGE 136 II 214 | 12.03.2010 | Baugesuch für ein Bergrestaurant auf dem Aroser Weisshorn. | E. 5: „Nach der Rechtsprechung kommt einem Gutachten der ENHK grosses Gewicht zu. Vom Ergebnis der | Keine Abweichung vom Gutachten. |

| | | | | |
|----------------|------------|---|--|---|
| | | <p>Die ENHK kommt zum Schluss, dass das geplante Bergrestaurant in Anbetracht der bestehenden Vorbelastungen und der touristisch intensiven Nutzung des Weissshorns keine zusätzliche Beeinträchtigung der Landschaft bewirke. In einem weiteren Gutachten kommt die ENHK zum Schluss, dass die von der Arosa Bergbahnen AG in Aussicht genommenen Abbruch- und Renaturierungsmassnahmen den Auflagen nicht genüge.</p> | <p>Begutachtung darf nur aus triftigen Gründen abgewichen werden, auch wenn der entscheidenden Behörde eine freie Beweiswürdigung zusteht.” Mit Verweis auf BGE 127 II 273 E. 4b und BGE 125 II 591.</p> | |
| BGE 114 Ib 268 | 06.12.1988 | <p>Baugesuch für eine Walderschliessungsstrasse ausserhalb der Bauzone in der Gemeinde Walchwil (ZG).</p> <p>Die ENHK kommt zum Schluss, dass das Gebiet Chnoden von hoher wissenschaftlicher Bedeutung und bemerkenswertem landschaftsästhetischem Reiz sei. Mit dem Bau der Strasse werde eine nicht angemessene, atypische Vegetation gefördert.</p> | | Keine Abweichung vom Gutachten. |
| BGE 113 Ib 340 | 16.09.1987 | <p>Rodungsgesuch zur Erstellung eines Grundwasserwerks in Belp (BE).</p> <p>Die ENHK beantragt, das Rodungsgesuch betreffend einer Fläche im Auwald Belp abzuweisen.</p> | | Im Urteil wird nicht weiter auf das Gutachten eingegangen. Im Ergebnis erfolgt aber eine Abweichung vom Gutachten, indem das EDI angewiesen |

| | | | | |
|----------------|------------|---|---|---|
| | | | | wurde, die Rodungsbewilligung unter von ihm noch genau festzulegenden Auflagen zu erteilen. |
| BGE 125 II 591 | 05.10.1999 | <p>Gesuch der AG Kraftwerk Wägital um Dauerbewilligung für periodische Spülungen des Ausgleichsbeckens Rempfen des Wägitalersees (SZ).</p> <p>Die ENHK umschreibt die umweltschutzrechtliche Bedeutung des Aarhorn-Deltas. Sie kommt zum Schluss, dass neue Spülverfahren zu befürworten seien, weil ein zusätzlicher Eintrag von Material zur auencharakteristischen Veränderung der Lebensräume beitrage. Die ENHK unterstütze daher das neue Spülverfahren, soweit die Spülungen in Kombination mit natürlichen Hochwasserereignissen erfolgen würden.</p> | <p>E. 7: „Dem Gutachten der EHK kommt dementsprechend grosses Gewicht zu. So entspricht es dem Sinn des Bezugs der Fachstelle als sachkundiger Spezialbehörde, dass nur aus triftigen Gründen vom Ergebnis der Begutachtung abzuweichen ist, auch wenn der entscheidenden Behörde eine freie Beweiswürdigung zusteht. Dies trifft namentlich auch für die ihr zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen zu.“</p> <p>E. 7b: „Ausgehend von der oben dargestellten Funktion des Gutachtens der ENHK muss dieses eine Entscheidhilfe sein für die zuständigen Instanzen bei der Beurteilung eines Projekts, das Objekte der BLN beeinträchtigen könnte.“</p> | Keine Abweichung vom Gutachten. |
| BGE 123 II 256 | 16.04.1997 | Gesuch der Pilatus-Bahn-Gesellschaft um Bewilligung einer Beleuchtungsanlage auf dem Pilatus-Gipfel (NW). | | Abweichung vom Gutachten, indem das Bundesgericht zum Schluss kam, dass der |

| | | | | |
|----------------|------------|---|--|--|
| | | Die ENHK kommt zum Schluss, dass eine Bewilligungserteilung betreffend Beleuchtung des Pilatus eine präjudizielle Wirkung für die grossflächige Beleuchtung anderer Berggipfel habe. | | Erteilung der Ausnahmegewilligung in Anbetracht der speziellen Situation des Pilatus keine überwiegenden Interessen entgegenstehen würden. |
| BGE 128 II 1 | 05.11.2001 | Plangenehmigungsverfahren für eine militärische Ausbildungsanlage am Standort Au unmittelbar neben der Aare in der Gemeinde Böttstein (AG). Die ENHK vertritt die Auffassung, dass dem Wildtierkorridor in der Au nationale Bedeutung zuerkannt werden müsse. | | Keine Abweichung vom Gutachten. |
| BGE 124 II 219 | 01.04.1998 | Gemeinsames Gesuch der SBB und der BKW um Erteilung des Enteignungsrechtes für eine Starkstrom-Freileitung entlang der Gleisanlagen Biel-Pieterlen (BE). Die Frage des Ortsbildschutzes war im Plangenehmigungsverfahren vom Bundesrat eingehend geprüft worden, der zu diesem Zweck auch Gutachten der ENHK eingeholt hatte. Dem bundesrätlichen Entscheid ist die Feststellung zu entnehmen, dass die projektierte Leitung die anerkannten Schutzzinhalte des ISOS nicht | | Im Urteil wurde nicht weiter auf das Gutachten eingegangen. |

| | | | | |
|----------------|------------|--|---|--|
| | | <p>schmälere, auch wenn sich eine Verkabelung rechtfertigen könne. In Würdigung der Äusserungen der ENHK kam der Bundesrat in Berücksichtigung aller Gesichtspunkte zum Ergebnis, der Ortsbildschutz gebiete keine Verkabelung.</p> | | |
| BGE 114 Ib 224 | 20.01.1988 | <p>Bewilligung eines Rebbergmeliorationsverfahrens in der Gemeinde Salgesch (VS).</p> <p>Die ENHK kommt zum Schluss, dass den in Frage stehenden Bestockungen eine grosse landschaftliche Bedeutung zukomme, indem sie den markanten Gegensatz zwischen den Hügeln und den Mulden und Vertiefungen ganz einheitlich prägen würden.</p> | <p>E. 10 da: „Bei der Gegenüberstellung des Rodungsbedürfnisses und der Anliegen der Walderhaltung ist von der Beurteilung durch die ENHK auszugehen, auch wenn diese das Bundesgericht nicht bindet.“</p> <p>E. 3b: „Die materielle Würdigung von Natur und Landschaft durch die ENHK überzeugt. Dagegen hat die ENHK zu Unrecht angenommen, sie müsse den Rodungen aus formellen Gründen trotzdem zustimmen. Die bundesgerichtliche Analyse hat ergeben, dass zu Unrecht von einem alles bestimmenden Vorentscheid ausgegangen wurde. Ebensowenig darf angenommen werden, die Rebberggenossenschaft hätte schrittweise ohne Bewilligung vorgehen dürfen oder die schlechten Beispiele anderer Rebbergveränderungen hätten</p> | <p>Teilweise Abweichung vom Gutachten.</p> |

| | | | | |
|---|------------|---|---|---------------------------------|
| | | | massgebend sein müssen. Somit bleibt auch in der Argumentation der ENHK der Hinweis auf die Belastung mit dem Schutz des Pfywaldes; diesem kommt selbstverständlich Gewicht zu.” | |
| BGE 145 II 176 = Urteil des Bundesgerichts 1C_583/2017 | 11.02.2019 | <p>Quartierplan in der Altstadt von Schaffhausen (SH).</p> <p>Die ENHK erstellte ein Gutachten zum Ortsbildschutz bzw. den ISOS-Schutzziele. Gemäss der ENHK liegt eine schwere Beeinträchtigung der formulierten Schutzziele vor. Da eine Überbauung auf der betroffenen Parzelle erwünscht sei, soweit sie eine positive Wirkung auf das Ortsbild von nationaler Bedeutung ausübe, sei die Genehmigung des Quartierplans jedoch nicht ersatzlos zu verweigern, sondern der Quartierplan sei zur Überarbeitung zurückzuweisen.</p> | E. 5.6: „Nach der Rechtsprechung kommt einem Gutachten der ENHK grosses Gewicht zu. Vom Ergebnis der Begutachtung darf nur aus triftigen Gründen abgewichen werden, auch wenn der entscheidenden Behörde eine im Übrigen freie Beweiswürdigung zusteht. Dies trifft namentlich für die dem Gutachten zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen zu. Diese Grundsätze gelten selbst für eine fakultative Begutachtung gemäss Art. 8 NHG, müssen jedoch erst recht für die gestützt auf Art. 7 NHG erforderliche Begutachtung Anwendung finden.” | Keine Abweichung vom Gutachten. |
| Urteil des Bundesgerichts 1C_542/2012 | 14.05.2013 | <p>Baugesuch für die Errichtung einer Mobilfunkanlage auf einem unter Denkmalschutz stehenden Gebäude in Biel (BE).</p> <p>Gestützt auf das Gutachten der ENHK und der EDK ging die BVE davon aus, dass die</p> | E. 4.2: „Dies habe zur Folge, dass das Gutachten der ENHK/EDK nicht obligatorisch, sondern fakultativ gewesen sei. Es sei zwar für die entscheidenden Behörden nicht verbindlich, stelle jedoch eine bundesrechtlich vorgesehene amtliche Expertise dar, der grosses | Keine Abweichung vom Gutachten. |

| | | | | |
|---------------------------------------|------------|---|---|---------------------------------|
| | | geplante Mobilfunkanlage angesichts der Heterogenität des Quartiers und insbesondere der Dachlandschaft nur zu einer leichten Beeinträchtigung des Ortsbilds führen würde. Dagegen würde sie eine schwere Beeinträchtigung der für das Standortgebäude formulierten Schutzziele bedeuten, weshalb das Bauvorhaben abgelehnt werden müsse. | Gewicht zukomme und von deren Ergebnis nur aus triftigen Gründen bzw. bei begründeten Zweifeln abgewichen werden dürfe." | |
| Urteil des Bundesgerichts 1C_893/2013 | 01.10.2014 | Ortsplanungsrevision in der Gemeinde Roggwil (TG). Dagegen ist die Vorinstanz in Übereinstimmung mit dem Gutachten der ENHK der Ansicht, zur Erhaltung der Fernwirkung der inventarisierten Schutzobjekte sei auch von einer Bebauung der nördlich der Autobahn bzw. des Autobahnzubringers liegenden Roggwilerwiese abzusehen. Die ENHK lehnt die Erweiterung der Gewerbezone und damit die vorliegende Zonenplanänderung ab. | E. 5.3.3: „Nach der Rechtsprechung kommt einem Gutachten der ENHK grosses Gewicht zu. Vom Ergebnis der Begutachtung darf nur aus triftigen Gründen abgewichen werden, auch wenn der entscheidenden Behörde eine freie Beweiswürdigung zusteht.“ Mit Verweis auf BGE 136 II 214 E. 5. | Keine Abweichung vom Gutachten. |
| Urteil des Bundesgerichts 1C_173/2016 | 23.05.2017 | Baugesuch für eine Mobilfunkantenne an einem Standort in der Gemeinde Erlach (BE), welcher im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von | E. 5.1: „Nach der Rechtsprechung kommt einem Gutachten der ENHK grosses Gewicht zu. Vom Ergebnis der Begutachtung darf nur aus triftigen | Keine Abweichung vom Gutachten. |

| | | | | |
|---------------------------------------|------------|--|--|---------------------------------|
| | | <p>nationaler Bedeutung (ISOS) verzeichnet ist und an das Objekt Nr. 1301 „St. Petersinsel-Heideweg“ des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN) angrenzt.</p> <p>Die ENHK hat für den vom Vorhaben betroffenen Teil des Ortsbildes von nationaler Bedeutung sowie für Bereiche, die für die Sichtbezüge wichtig sind, Schutzziele formuliert. Weiter beantragt die ENHK eine Prüfung der Reduktion der Anlage auf 15 Meter sowie die Wahl einer dunklen und matten Farbgebung.</p> | <p>Gründen abgewichen werden, auch wenn der entscheidenden Behörde eine freie Beweiswürdigung zusteht.” Mit Verweis auf BGE 136 II 214 E. 5; 127 II 273 E. 4b; 125 II 591 E. 7a.</p> <p>E. 5.5: „Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz mit ihren detaillierten Ausführungen der von der ENHK zur Diskussion gestellten Variante nach eingehender Prüfung nicht gefolgt ist und am vorgesehen Projekt mit einer 18 Meter hohen Antennenhöhe festgehalten hat. Davon, dass die Vorinstanz vom Gutachten der ENHK abgewichen sein soll, kann keine Rede sein.”</p> | |
| Urteil des Bundesgerichts 1C_357/2015 | 01.02.2017 | <p>Gesuch der KW Breithorn Fafleralp AG um eine Wasserrechtskonzession für Laufkraftwerk auf dem Gemeindegebiet von Blatten im Lötschental (VS).</p> <p>Die ENHK ging im Ergebnis von einem Grenzfall aus und forderte für den Fall der Bewilligung des Konzessionsgesuchs eine Überwachung der Restwassermenge.</p> | <p>E. 4.2.3: „Mit der obligatorischen Begutachtung wird gewährleistet, dass ein unabhängiges Fachorgan bei der Beurteilung eines Projekts auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes speziell achtet und dass die zuständigen Instanzen diesbezüglich über zuverlässige Unterlagen verfügen. Dem Gutachten der ENHK kommt dementsprechend grosses Gewicht zu.</p> | Keine Abweichung vom Gutachten. |

| | | | | |
|---------------------------------------|------------|---|--|---------------------------------|
| | | | Es darf nur aus triftigen Gründen vom Ergebnis der Begutachtung abgewichen werden, selbst wenn der entscheidenden Behörde eine freie Beweiswürdigung zusteht.” | |
| Urteil des Bundesgerichts 1A.185/2006 | 05.03.2007 | Baugesuch der Bergschaft Tschingelfeld für den Ausbau Zügelweg Litschentelli-Dürrenegg-Weri-Bödeli als Maschinenweg. Die ENHK hielt fest, dass der geplante Maschinenweg in der unversehrten Berglandschaft sehr stark als störendes Element in Erscheinung treten würde. | E. 6: „Dem Gutachten der ENHK kommt dementsprechend grosses Gewicht zu. Es darf nur aus triftigen Gründen vom Ergebnis der Begutachtung abgewichen werden, auch wenn der entscheidenden Behörde eine freie Beweiswürdigung zusteht.” | Keine Abweichung vom Gutachten. |
| Urteil des Bundesgerichts 1C_38/2007 | 27.08.2007 | Gemäss dem Gutachten der ENHK sei die Schlosslandschaft und die nördlich der Schlösser in den Gemeinden Roggwil (TG) und Arbon (TG) gelegene Ebene schutzbedürftig. Der Antennenmast würde die Ebene zusätzlich belasten. Die ENHK empfehle sogar, dass die in der Ebene befindliche Starkstromleitung verkabelt und die Siloanlagen zurückgebaut werden sollten. | | Keine Abweichung vom Gutachten. |
| Urteil des Bundesgerichts 1A-124/2003 | 23.09.2003 | Die Orange Communications SA will eine Mobilfunkanlage auf einer Parzelle in Rüeggisberg (BE) errichten. | | Keine Abweichung vom Gutachten. |

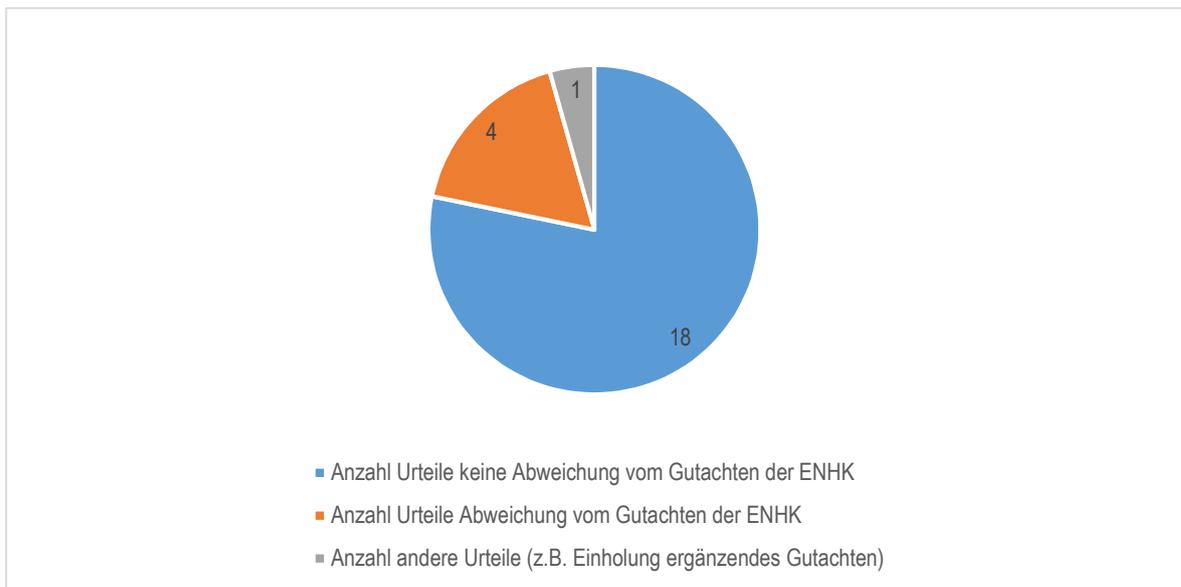
| | | | | |
|---------------------------------------|------------|---|--|---------------------------------|
| | | Die ENHK kommt zum Ergebnis, das Vorhaben stelle eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Charakters und des Landschaftsbildes der Moorlandschaft dar und widerspreche deren Schutzziele. | | |
| Urteil des Bundesgerichts 1C_118/2016 | 21.03.2017 | <p>Die Obwaldner Kantonalbank stellte ein Baugesuch für den Neubau eines Bankgebäudes mit Einstellhalle auf einer Parzelle in Sarnen (OW).</p> <p>Die ENHK führt aus, dass die Mauer primär im Interesse des IVS schutzwürdig. Durch den Rück- und Wiederaufbau der Mauer würde die historische Bausubstanz zerstört. Das öffentliche Interesse am ungeschmäleren Erhalt der Mauer sei sehr hoch. Mit einer Anpassung der Baugrubenpläne könne das Bauprojekt jedoch realisiert werden.</p> | | Keine Abweichung vom Gutachten. |
| Urteil des Bundesgerichts 1A.73/2002 | 06.10.2003 | <p>Die politische Gemeinde Kesswil (TG) plant den Bau eines Inselhafens im Bodensee rund 40m vor dem bestehenden Goldhafen.</p> <p>Die ENHK kommt zum Schluss, dass der geplante Hafen einen beachtlichen Eingriff ins Ortsbild darstellt.</p> | | Keine Abweichung vom Gutachten. |

| | | | | |
|--|------------|---|---|-------------------------------------|
| Urteil des Bundesgerichts 1C_643/2020 | 07.01.2022 | Die ENHK verfasste ein Gutachten zu Zonenfragen im Gebiet Unterer Meienberg im Zusammenhang mit Bauprojekten in Rapperswil-Jona (SG). | | Keine Abweichung vom Gutachten |
| Urteil des Bundesgerichts 1C_528/2018, 1C_530/2018 | 17.10.2019 | Es ging um das Strassenprojekt für die Umfahrung Schmitten Süd (GR), deren Umweltverträglichkeit und ein Rodungsgesuch. Zusammenfassend beurteilte die ENHK sowohl das Auflageprojekt 2010 als auch alle zur Diskussion stehenden Varianten einer Südumfahrung Schmittens als schwere Beeinträchtigung der Lebensräume und der Kulturlandschaft im Sinne der formulierten Schutzziele. | E. 4.5: „Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf das Gericht in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe von Sachverständigengutachten abweichen. Besonderes Gewicht kommt im Bereich des Natur- und Heimatschutzes den Gutachten der ENHK zu. Dies gilt nicht nur für die obligatorische Begutachtung nach Art. 7 NHG, sondern auch für die fakultative Begutachtung nach Art. 8 NHG.“ | Keine Abweichung vom Gutachten. |
| Urteil des Bundesgerichts 1A.151/2002 | 22.01.2003 | Es geht um eine Konzession zur weiteren Nutzung der Wasserkraft des Geissbachs im bestehenden Kraftwerk. Die ENHK hat ausgeführt, dass die technische Beeinflussung der Abflussmenge sich negativ auswirke und eine konkrete Beeinträchtigung des Schutzziels darstelle. Eine ungeschmälerete Erhaltung der Giessbachfälle verlange den Verzicht auf jegliche Wasserentnahme. Die ENHK | | Teilweise Abweichung vom Gutachten. |

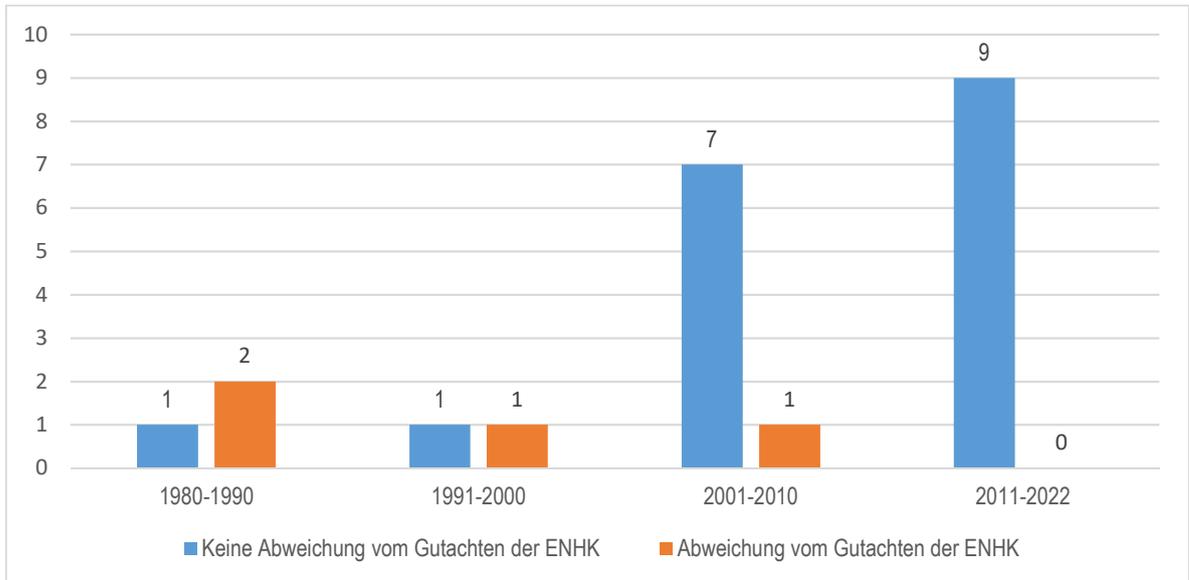
| | | | | |
|---------------------------------------|------------|--|--|---------------------------------|
| | | beantragte, keine weitere Konzession zu erteilen. | | |
| Urteil des Bundesgerichts 1C_647/2012 | 03.09.2014 | <p>Ein Ehepaar beabsichtigte auf einer in der Landwirtschaftszone gelegenen Parzelle in der Gemeinde Horw (LU) ein neues Betriebsgebäude mit Wohnung, Büro, Degustationsraum, Kelterei sowie Tank- und Lagerräumen zu errichten.</p> <p>Die ENHK kommt zum Schluss, dass die Räume im betrieblichen Teil des Gebäudes um bis zur Hälfte verkleinert werden könnten und ihre Funktion immer noch gut erfüllen würden.</p> | | Keine Abweichung vom Gutachten. |

IV. STATISTIK

| | |
|---|----|
| Anzahl der zusammengestellten Urteile | 23 |
| Anzahl der Urteile, in denen nicht vom Gutachten der ENHK abgewichen wird | 18 |
| Anzahl der Urteile, in denen (ganz oder teilweise) vom Gutachten der ENHK abgewichen wird | 4 |
| Anzahl andere Urteile (z.B. Einholung eines ergänzenden Gutachtens) | 1 |



| Zeitraum des Urteils | Keine Abweichung vom Gutachten der ENHK | Abweichung vom Gutachten der ENHK |
|----------------------|---|-----------------------------------|
| 1980-1990 | 1 | 2 |
| 1991-2000 | 1 | 1 |
| 2001-2010 | 7 | 1 |
| 2011-2022 | 9 | 0 |



V. ERGEBNIS

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt einem Gutachten der ENHK grosses Gewicht zu. Vom Ergebnis der Begutachtung darf nur aus triftigen Gründen bzw. bei begründeten Zweifeln abgewichen werden. Dieser Grundsatz gilt sowohl bei obligatorischen als auch bei fakultativen Begutachtungen, sowie wenn der entscheidenden Behörde eine freie Beweiswürdigung zusteht. Der Grundsatz bezieht sich zudem auch auf die der Begutachtung zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen. Verbindlich ist die Begutachtung der ENHK hingegen nicht.

Diese Rechtsprechung wird auch in verschiedenen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt (vgl. z.B. BVGE 2016/13 vom 22.02.2016 E. 6; BVGE 2011/33 vom 15.07.2011 E. 4.2.2; BVGE 2013/31 vom 27.05.2013 E. 4.7.6).

Auch wenn die Anzahl der untersuchten Fälle nicht besonders gross ist, zeigt sich bei einer statistischen Analyse der Urteile des Bundesgerichts doch, dass in den meisten Fällen nicht vom Ergebnis der Begutachtung der ENHK abgewichen wird. Vor allem aber lässt sich eine Tendenz erkennen: Währenddem das Bundesgericht in den 1980er- und 1990er-Jahren vereinzelt noch von einem Gutachten der ENHK abgewichen ist, hat das Bundesgericht seit dem Jahr 2003, d.h. seit fast 20 Jahren – soweit ersichtlich – kein Urteil mehr gefällt, in dem es einem Gutachten der ENHK nicht gefolgt ist.