



Protection des sites et du paysage dans le canton de Berne

Rapport de mise en œuvre de la motion 190-2021 et du chiffre 1, point 2 de la motion 184-2021

Rapport du Conseil-exécutif

Date de la séance du CE : 23 août 2023
N° d'affaire : 2022.DIJ.3397
Direction : Direction de l'intérieur et de la justice
Classification : Non classifié

Table des matières

1.	Synthèse	2
2.	Contexte	2
2.1	La Commission cantonale des sites et des paysages (CPS)	2
2.2	Mandats parlementaires.....	3
2.3	Motion Josi du 6 septembre 2021 (M 190-2021)	3
2.4	Motion Speiser-Niess du 6 septembre 2021 (M 184-2021) : chiffre 1, point 2	3
3.	Mandat d'expertise.....	4
3.1	Questions	4
3.2	Résultat de l'expertise juridique	4
4.	Appréciation et conclusion du Conseil-exécutif	6
4.1	Institution de commissions spécialisées régionales pour la protection des sites et des paysages.....	6
4.2	Tenue du secrétariat de la CPS	6
4.3	Conclusion et recommandations.....	7
	Annexe : expertise juridique du professeur Riva.....	9
6.	Réponses aux questions posées dans le cadre de l'expertise	9
6.1	Question 1	9
6.2	Question 2	10

1. Synthèse

La motion 190-2021 (Josi) adoptée le 8 décembre 2021 (partiellement sous forme de postulat) chargeait d'une part le Conseil-exécutif d'examiner la création de commissions régionales (instituées par les régions d'aménagement ou les conférences régionales) à même de s'occuper de la protection des sites et du paysage et demandait d'autre part que le secrétariat de la Commission cantonale des sites et des paysages (CPS) ne soit plus assuré par l'Office des affaires communales et de l'organisation du territoire (OACOT) ou par une personne travaillant pour cet office. Cet élément est aussi abordé au chiffre 1, point 2 de la motion 184-2021 (Speiser-Niess), elle aussi adoptée le 8 décembre 2021, puisqu'il est demandé au Conseil-exécutif d'étudier la problématique de la préimplication de l'OACOT qui gère le secrétariat de la CPS tout en étant l'autorité cantonale compétente pour évaluer le respect de la conformité de projets à l'affectation de la zone et octroyer des dérogations pour la construction hors de la zone à bâtir. Il est aussi demandé au gouvernement de présenter un rapport au Grand Conseil à ce sujet. Le présent rapport répond aux mandats parlementaires mentionnés.

2. Contexte

2.1 Commission cantonale des sites et des paysages (CPS)

La CPS, qui a été instituée par le Conseil-exécutif, se prononce sur les aspects liés à la protection des sites et du paysage de projets de construction ou d'aménagement. Elle évalue, à la demande de l'autorité d'octroi du permis de construire, les projets dont la réalisation est susceptible d'avoir un impact considérable sur le site ou le paysage, prend position sur les questions concernant la protection dans le cadre de procédures d'aménagement, d'octroi de concession et de recours et conseille les organes cantonaux ainsi que les maîtres d'ouvrage et les personnes concevant des projets qui le souhaitent. Dans certains cas, la loi exclut l'intervention de la CPS lors de procédures d'octroi du permis de construire et d'approbation des plans de première instance, en particulier lorsque le projet a déjà été examiné par un service spécialisé local compétent et performant (art. 10, al. 5 LC¹, art. 99a et 99b OC²).

Du point de vue organisationnel, la CPS relève de la DIJ (art. 5, al. 1, lit. *d* OO DIJ³). L'OACOT assume quant à lui le secrétariat et la comptabilité de cette commission (art. 12, al. 1, lit. *g* OO DIJ). Au sein de l'OACOT, c'est le Service des constructions qui gère le secrétariat de la CPS.

Les points plus précis concernant la CPS, à savoir ses tâches, son organisation et la procédure qui la concerne sont réglementés dans l'ordonnance concernant la Commission de protection des sites et du paysage (OCPS⁴). Celle-ci précise que la CPS se compose d'une présidente ou d'un président, des personnes assumant la présidence des quatre groupes régionaux ainsi que de 15 à 25 autres membres. La CPS est divisée en quatre groupes, chacun traitant les affaires concernant sa région administrative et disposant en son sein de personnes représentant les disciplines suivantes : architecture, architecture paysagère, histoire de l'art et de l'architecture, aménagement du territoire et urbanisme (art. 5 OCPS). Un directoire coordonne le travail des quatre groupes. Il se compose de la présidente ou du président de la CPS, des présidentes ou présidents des quatre groupes et de deux personnes représentant l'OACOT (art. 6 OCPS). Le secrétariat et la comptabilité de la commission sont assurés par l'OACOT (art. 7 OCPS), qui

¹ Loi du 9 juin 1985 sur les constructions (LC), RSB 721.0

² Ordonnance du 6 mars 1985 sur les constructions (OC), RSB 721.1

³ Ordonnance du 18 octobre 1995 sur l'organisation et les tâches de la Direction de l'intérieur et de la justice (ordonnance d'organisation DIJ, OO DIJ), RSB 152.221.131

⁴ Ordonnance du 27 octobre 2010 concernant la Commission de protection des sites et du paysage (OCPS), RSB 426.221

perçoit les émoluments pour les prestations fournies par la CPS (art. 8 OCPS en relation avec l'annexe 4A, ch. 2.21 OEmo⁵).

2.2 Mandats parlementaires

2.3 Motion Josi du 6 septembre 2021 (M 190-2021)

La teneur de la motion 190-2021 déposée le 6 septembre 2021 est la suivante :

« Le Conseil-exécutif est chargé de ce qui suit :

1. *En plus de la CPS existante, les régions d'aménagement ou les conférences régionales doivent pouvoir recourir à des commissions de protection des sites et des paysages supplémentaires composées de spécialistes au bénéfice d'une formation reconnue (architecte, architecte paysagiste, etc.) pour évaluer les projets de construction et de planification dans le périmètre de la région ou de la conférence concernée.*
2. *Ces commissions supplémentaires au sens du chiffre 1 bénéficient du même statut d'autorité compétente que les groupes CPS et peuvent notamment accomplir la totalité des tâches citées à l'article 10 LC et à l'article 22a DPC. Le travail des commissions est financé par le canton.*
3. *En sus des cas prévus à ce jour, le recours à la CPS n'est plus nécessaire non plus si le projet de construction a déjà été approuvé par la commission au sens du chiffre 1. En revanche, le maître d'ouvrage est libre de confier une expertise à l'autre organe spécialisé dans la mesure où il n'est pas d'accord avec l'évaluation du groupe CPS ou de la commission au sens du chiffre 1.*
4. *Le secrétariat d'un groupe CPS ne peut pas être assumé par une personne qui œuvre simultanément pour l'OACOT. Le secrétariat d'une commission supplémentaire au sens du chiffre 1 ne peut pas être assumé par une personne qui œuvre simultanément pour la région d'aménagement ou la conférence régionale concernée.*
5. *L'OACOT considère les rapports techniques des commissions spécialisées de protection des sites et des paysages comme faisant partie intégrante d'une évaluation globale des intérêts. L'OACOT peut, pour autant que la décision du projet lui revienne (art. 84 LC), refuser un projet conforme à l'affectation de la zone uniquement sur la base d'une évaluation globale des intérêts à documenter de façon compréhensible et non pas en se fondant unilatéralement sur la prise de position d'une commission spécialisée. »*

Le 8 décembre 2021, le Grand Conseil a adopté les chiffres 1 et 2 sous forme de postulat et les chiffres 3, 4 et 5 sous forme de motion. Il a ainsi donné au Conseil-exécutif deux mandats d'examen (ch. 1 et 2) et trois mandats législatifs (ch. 3, 4 et 5).

2.4 Motion Speiser-Niess du 6 septembre 2021 (M 184-2021) : chiffre 1, point 2

La motion M 184-2021 déposée elle aussi le 6 septembre 2021 a la teneur suivante, dans la mesure où celle-ci est pertinente en l'espèce :

« Le Conseil-exécutif est chargé :

- 1.
- [...]

⁵ Ordonnance du 22 février 1995 fixant les émoluments de l'administration cantonale (ordonnance sur les émoluments, OEmo), RSB 154.21

- d'étudier la problématique de la préimplication, parce que le secrétaire de la Commission de protection des sites et du paysage (CPS) évalue aussi pour l'OACOT le respect de la conformité à l'affectation de la zone ou, le cas échéant, octroie la dérogation au sens des articles 24 et suivants LAT ;

- [...]

- [...]

- [...]

2. Le rapport est présenté au Grand Conseil. »

Le 8 décembre 2021, le Grand Conseil a adopté l'intervention sous forme de motion (par 143 voix contre une et avec deux abstentions) et a demandé au Conseil-exécutif d'examiner dans le cadre d'un rapport la problématique de la préimplication des collaboratrices et des collaborateurs de l'OACOT travaillant aussi comme secrétaires de la CPS. Ces mêmes personnes sont en effet également compétentes en matière d'examen de conformité de projets à l'affectation de la zone et d'octroi de dérogations au sens des articles 24 ss LAT⁶.

3. Mandat d'expertise

3.1 Questions

La mise en œuvre des mandats parlementaires mentionnés précédemment a nécessité des recherches juridiques approfondies dont le professeur émérite de droit Enrico Riva, à Berne, a été chargé. Le mandat d'expertise confié comprenait les questions suivantes :

1.a) Est-il admissible du point de vue juridique et pertinent du point de vue matériel que les conférences régionales (collectivités de droit communal) ou les régions d'aménagement (associations de droit privé) instituent des commissions composées de spécialistes pour évaluer les questions liées à la protection des sites et du paysage lors de procédures d'octroi du permis de construire et d'édiction des plans ?

1.b) Si tel n'est pas le cas, quelles autres solutions sont-elles envisageables ?

2. Si l'OACOT ne doit plus assumer de tâches de secrétariat pour la CPS, quelles seraient d'autres solutions convaincantes, tant juridiquement que matériellement (p. ex. rattachement à une autre Direction cantonale comme la DTT, l'INC, la DEEE ou délégation / autonomisation) et quels seraient les avantages et les inconvénients de ces solutions ?

3.2 Résultat de l'expertise juridique

L'expertise que le professeur Riva a achevée le 16 décembre 2022 (ci-après : expertise Riva) est intégrée dans sa totalité au présent rapport, sous forme d'annexe. Elle répond ainsi aux questions posées (réponses présentées ci-après sous une forme résumée) :

Question 1a :

- La création de commissions spécialisées régionales chargées d'évaluer la compatibilité de projets de construction et d'aménagement avec la protection des sites et du paysage n'est pas jugée pertinente sur le plan matériel, d'autant qu'une telle évaluation doit se fonder exclusivement sur des critères techniques généralement reconnus et non être influencés par des intérêts locaux, spécifiques à la région ou même personnels. Dans la

⁶ Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT), RS 700

mesure où des aspects régionaux ont un rapport direct avec les sites et le paysage, ils peuvent tout au plus être pris en compte lors de l'évaluation de projets de construction et d'aménagement. Pour les projets (de construction) situés hors de la zone à bâtir, il est impératif (en vertu du droit fédéral), de disposer d'une évaluation globale cantonale, ce qui plaide en faveur d'une commission cantonale spécialisée.

- Juridiquement, l'institution de commissions régionales n'est pas exclue a priori mais suppose une réglementation très claire des compétences et requiert donc l'édiction d'une base légale à cet égard. Il conviendrait de s'assurer que les membres de telles commissions disposent des qualifications professionnelles et de l'indépendance requises.
- Vu qu'aujourd'hui déjà, les communes sont habilitées à créer des services spécialisés locaux compétents et performants pour se prononcer sur des questions d'esthétique et de compatibilité avec la protection des sites et du paysage, l'expertise Riva ne voit pas de besoin à l'échelle régionale. La création de commissions régionales, assumant la même tâche que la CPS, entraînerait des coûts supplémentaires, ce qui, selon l'expert, n'est pas dans l'intérêt public.

Question 1b :

- Selon l'expertise Riva, une solution susceptible de remplacer les commissions régionales ou la CPS serait celle des services spécialisés locaux compétents et performants, qui est inscrite dans la législation sur les constructions (voir art. 10, al. 5 LC et art. 99b OC).

Question 2 :

- D'après l'expertise Riva, le rattachement administratif actuel de la CPS à la DIJ et, au sein de cette dernière, à l'OACOT et l'accomplissement des tâches de secrétariat requises pour le fonctionnement de la CPS par des collaboratrices et des collaborateurs de l'OACOT n'ont pas, en soi, à être contestés. Le fait que cet office soit compétent pour les questions d'aménagement du territoire et de construction hors de la zone à bâtir ne justifie pas de nécessité de se récuser pour les membres du personnel de l'OACOT qui se chargent de travaux de secrétariat (au sens strict) pour la CPS.
- L'expertise Riva juge cependant problématique que la personne assumant la fonction de secrétaire pour la CPS participe également à la préparation de décisions au sujet de projets de construction hors de la zone à bâtir présentés à la CPS afin que cette dernière les évalue. Il existerait en pareil cas une apparence de partialité (art. 9, al. 1, lit. f LPJA⁷).
- Par conséquent, selon l'expertise Riva, il s'agit de garantir que la personne s'occupant du secrétariat de la CPS ne soit pas, simultanément, l'un des membres du personnel de l'OACOT chargé de préparer ou de prendre les décisions au sens des articles 24 ss LAT.
- Une séparation totale entre le secrétariat de la CPS et l'administration cantonale réduirait certes le risque de conflits d'intérêts ou de prévention, mais il s'agit de la solution la plus coûteuse. L'expertise Riva relève que l'attribution du secrétariat de la CPS à une autre Direction cantonale serait envisageable, mais qu'en raison d'éventuels conflits d'intérêts, la DTT (instance de recours pour les affaires de construction), la DEEE (Office de l'agriculture et de la nature) et l'INC (Service cantonal des monuments historiques) n'entrent pas en ligne de compte.

⁷ Loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA, RSB 155.21)

4. Appréciation et conclusion du Conseil-exécutif

4.1 Institution de commissions spécialisées régionales pour la protection des sites et des paysages

Le Conseil-exécutif est d'avis que l'institution de commissions régionales ayant comme tâche l'examen de projets de construction et de plans du point de vue de la protection des sites et des paysages n'est ni pertinente, ni nécessaire. Au-delà du fait qu'il s'agirait de créer une base légale spécifique pour que les conférences régionales ou les régions d'aménagement aient la compétence d'instituer de telles commissions, il faudrait aussi que ces organisations régionales disposent de ressources humaines supplémentaires et des connaissances nécessaires. En effet, les questions du droit (matériel) de la construction et de la protection des sites et des paysages n'ont pas fait partie jusqu'à maintenant du domaine de tâches et de compétences des organisations régionales. À cela s'ajoute le fait qu'à l'heure actuelle déjà, les communes ont la possibilité d'instituer, seules ou à plusieurs, des services spécialisés locaux compétents et performants, pouvant se prononcer sur les aspects liés à la protection des sites et du paysage d'un projet de construction ou d'aménagement et, ainsi, d'influencer leur composition. Dans ce contexte, les compétences spécifiques et l'indépendance des membres de ces organes sont décisives pour l'évaluation professionnelle objective des aspects de compatibilité, notamment en ce qui concerne l'acceptation de l'évaluation et sa stabilité face à un recours. En présence d'un service spécialisé local compétent et performant, la loi (art. 10, al. 5 LC) prévoit que la CPS n'est pas consultée dans les procédures d'octroi du permis de construire ou d'édiction des plans de première instance. Les exigences à remplir par les services locaux (s'agissant en particulier de leurs compétences et de leur indépendance) sont décrites au niveau de l'ordonnance (voir art. 99b OC).

Le Conseil-exécutif est par conséquent défavorable à l'institution de commissions spécialisées régionales chargées de se prononcer sur les aspects liés à la protection des sites et du paysage d'un projet de construction ou d'aménagement.

4.2 Tenue du secrétariat de la CPS

Comme mentionné, l'expertise Riva estime admissible, sous l'angle juridique, que la CPS soit rattachée à la DIJ sur le plan organisationnel et qu'au sein de cette dernière, l'OACOT soit responsable du soutien administratif à la CPS. Le Conseil-exécutif se rallie à cette évaluation et relève qu'une telle solution favorise en outre d'importantes synergies et économies.

Même si la réglementation en vigueur relative à l'organisation du secrétariat de la CPS ne saurait être contestée juridiquement, il est compréhensible, pour le Conseil-exécutif, que le rôle du Service des constructions de l'OACOT soit clarifié et précisé. Il est vrai que la tenue du secrétariat de la CPS et des secrétariats des quatre groupes de cette commission par des inspectrices et des inspecteurs du Service des constructions de l'OACOT et le fait que deux personnes représentant cet office siègent au directoire de la CPS font naître des doutes quant à l'indépendance de cette commission spécialisée cantonale. Le Conseil-exécutif est donc d'avis qu'il y a lieu de réagir et d'examiner la situation, afin d'exclure toute apparence de partialité.

Les principales options qui se présentent du point de vue du Conseil-exécutif sont les suivantes :

1. Optimisation de la tenue du secrétariat de la CPS par l'OACOT

L'OACOT demeure compétent pour assurer le soutien administratif de la CPS mais la pratique actuelle est améliorée à deux égards :

- a) Suppression du cumul des fonctions

Ce ne sont plus les inspectrices et les inspecteurs du Service des constructions de l'OACOT qui s'occupent du secrétariat de la CPS, mais les membres du secrétariat des Services centraux du même office.

b) Répartition des rôles

En ce qui concerne le secrétariat et la comptabilité (encaissement des émoluments) pour la CPS, l'OACOT (personnel du secrétariat) assume exclusivement des fonctions d'assistance ou de tâches de secrétariat au sens strict. Hormis la correspondance générale, la réception et la transmission de questions préalables et d'affaires à la CPS ou encore la tenue du répertoire des membres, par exemple, l'OACOT ne s'occupe d'aucune question matérielle ou d'aspects techniques, qui doivent relever directement de la CPS. Celle-ci doit aussi répondre aux questions préalables, réaliser des expertises, faire le compte-rendu de séances et attribuer les affaires à ses groupes et à ses membres.

Cette solution présente l'avantage de ne pas entraîner de charges importantes du point de vue organisationnel ou législatif et peut être mise en œuvre par le recours aux ressources humaines actuelles de l'OACOT. Les démarches législatives nécessaires se limitent en effet à une adaptation de l'OCPS. Le fait que pour des personnes extérieures à l'OACOT, la suppression du cumul des fonctions, au niveau du personnel, et la répartition des rôles ne soient pas très claires pourrait toutefois représenter un inconvénient.

2. Rattachement de la CPS à un service extérieur à la DIJ

La CPS est dissociée de la DIJ et se voit rattachée, pour l'aspect organisationnel, à une autre unité administrative n'assumant aucune tâche dans le domaine de la procédure d'octroi du permis de construire et d'approbation des plans. La Chancellerie d'État, la Direction de la santé publique, de l'action sociale et de l'intégration, la Direction des finances et la Direction de la sécurité entrent ici en ligne de compte.

Cette solution présente l'avantage d'exclure tout soupçon de partialité et de renforcer l'indépendance professionnelle de la CPS. Quant aux inconvénients, ils sont les suivants : travail lié à des modifications législatives, à l'organisation et aux ressources humaines, puisqu'il s'agit dans ce cas de trouver le personnel et de mettre en place le savoir-faire requis.

3. Autonomie complète de la CPS

La CPS est rendue autonome du point de vue de son administration et de son organisation. Elle n'est donc plus rattachée du tout à l'administration cantonale. Une telle option tient pleinement compte du critère d'indépendance de la CPS en tant que commission cantonale spécialisée mais ne va pas sans entraîner des charges (supplémentaires) importantes en termes d'organisation ainsi que de ressources humaines et financières. Outre l'adaptation des bases légales actuelles (OCPS, OO DIJ, etc.), ce statut implique notamment la mise à disposition de postes de travail modernes et de locaux adéquats, le recrutement, la gestion du personnel du secrétariat ainsi que sa rétribution.

4.3 Conclusion et recommandations

Compte tenu de ces considérations, le Conseil-exécutif adresse les recommandations suivantes au Grand Conseil, en vue de la suite de la procédure :

1. Il convient de renoncer à instituer des commissions spécialisées régionales à même de s'occuper de la protection des sites et du paysage.

2. Il n'y a pas lieu de contester, d'un point de vue juridique, le rattachement organisationnel de la CPS à la DIJ et l'attribution du secrétariat de la commission à l'OACOT, qui ont fait leurs preuves. Le fait que le secrétariat (comptabilité incluse) relève de l'OACOT permet de recourir aux ressources existantes et de bénéficier des expériences déjà réalisées et donc d'éviter des charges supplémentaires.
3. Il est indispensable de distinguer les fonctions et de préciser les rôles entre l'OACOT (Service des constructions) et le secrétariat de la CPS, pour exclure tout soupçon de partialité. Le soutien de l'OACOT à la CPS se limite à des tâches purement administratives, assumées par les secrétaires de l'office (Services centraux) et non plus par les inspectrices et les inspecteurs (Service des constructions). L'OACOT n'est plus représenté au sein du directoire de la CPS. L'ordonnance sur la CPS (OCPS) est adaptée à cet égard et l'OACOT procède aux changements organisationnels nécessaires permettant de garantir une indépendance totale de la CPS en tant que commission cantonale spécialisée dans les questions de protection des sites et du paysage.

Annexe : expertise juridique du professeur Riva

(Traduction du chiffre 6 de l'expertise)

6. Réponses aux questions posées dans le cadre de l'expertise

6.1 Question 1

Question 1 :

- « 1.a) Est-il admissible du point de vue juridique et pertinent du point de vue matériel que les conférences régionales (collectivités de droit communal) ou les régions d'aménagement (associations de droit privé) instituent des commissions composées de spécialistes pour évaluer les questions liées à la protection des sites et du paysage lors des procédures d'octroi du permis de construire et d'édiction des plans ?
- 1.b) Si tel n'est pas le cas, quelles sont les autres solutions envisageables ? »

Admissibilité juridique des commissions spécialisées régionales ?

La création de commissions régionales chargées d'évaluer la compatibilité de projets de construction et d'aménagement avec la protection des sites et du paysage est juridiquement admissible.

S'il entend le faire, le canton doit créer les bases à cet effet dans une loi et respecter les prescriptions imposées par le droit fédéral (ch. 4.2.2).

La compétence d'instituer une commission régionale peut être accordée aux conférences régionales et aux régions d'aménagement.

Une commission régionale doit exiger de ses membres qu'ils disposent des qualifications spécifiques attendues et respectent le principe de l'indépendance.

Une réglementation univoque des compétences dans la loi est indispensable. En fixant celles-ci, le législateur peut établir que les commissions régionales assument toutes les affaires d'évaluation dans les limites de leur territoire. Une telle réglementation doit cependant se limiter aux procédures de première instance.

Les commissions spécialisées régionales ont-elles une pertinence d'un point de vue matériel ?

Je considère que l'institution de commissions régionales n'est pas pertinente du point de vue matériel.

Dans la mesure où la création d'une commission régionale doit permettre, dans l'évaluation d'un cas concret, de prendre en compte les intérêts propres à la région ou les intérêts personnels de la population et des entreprises installées sur place, cet objectif ne peut pas être atteint. La commission a pour tâche d'évaluer et d'intégrer un projet de construction ou un aménagement. Cette évaluation ne peut se fonder que sur les critères des disciplines représentées dans la commission. Cette dernière ne tient compte d'aspects régionaux dans son évaluation qu'à la condition qu'ils aient un lien direct avec le site et le paysage.

S'il s'agit de considérer des éléments de protection des sites et des paysages pour les projets de construction hors de la zone à bâtir, une évaluation du point de vue cantonal s'impose, en

conformité avec la compétence décisionnelle concentrée après de l'autorité cantonale. Seule la CPS peut procéder à une telle évaluation.

Les communes ont la possibilité d'instituer leurs propres services compétents et performants, qui se prononcent sur les questions d'esthétique et de compatibilité entre un projet de construction ou d'aménagement et les sites et le paysage. Si un tel service local procède aux évaluations, la CPS n'est plus impliquée. Vu cette compétence accordée aux communes, il n'est plus nécessaire de disposer de services régionaux. Ce besoin est d'autant moins présent que plusieurs communes peuvent se regrouper pour créer un service spécialisé de ce type.

La création de commissions spécialisées dans les régions se traduirait par des coûts supplémentaires non négligeables. Ces commissions accompliraient une tâche identique à celles qui incombent à la CPS ou aux services spécialisés propres aux communes, là où ils existent. Il manque un intérêt public avéré pour dupliquer des organes spécialisés déjà existants. Les charges financières impliquées en sus s'opposeraient au principe d'une gestion financière efficiente du canton.

Autres solutions ?

Le législateur a déjà créé une autre alternative en permettant aux communes, et même à plusieurs d'entre elles à la fois, d'instituer un service spécialisé local compétent et performant. Si une ou plusieurs communes le font, le service spécialisé local se voit attribuer la tâche d'évaluer la compatibilité d'un projet de construction ou d'aménagement avec le site et le paysage.

6.2 Question 2

Question 2 :

« Si l'OACOT ne doit plus assumer de tâches de secrétariat pour la CPS, quelles seraient d'autres solutions convaincantes, tant juridiquement que matériellement (p. ex. rattachement à une autre Direction cantonale comme la DTT, l'INC, la DEEE ou délégation / autonomisation) et quels seraient les avantages et les inconvénients de ces solutions ? »

La CPS est rattachée administrativement à la Direction de l'intérieur et de la justice (DIJ) et, au sein de celle-ci, à l'Office des affaires communales et de l'organisation du territoire (OACOT). L'une des tâches de l'OACOT est la tenue du secrétariat de la CPS. Concrètement, cela signifie que les travaux de secrétariat concernant la CPS sont effectués par des collaboratrices et des collaborateurs de l'OACOT qui assument également d'autres tâches au sein de l'office.

Cette réglementation ne déroge pas au droit en vigueur.

Bien que la CPS ne dispose d'aucune compétence décisionnelle mais fournisse exclusivement une évaluation technique au sujet des affaires qui lui sont soumises, ses membres sont tenus au respect de la réglementation cantonale sur la récusation dans les affaires de droit public. Cette réglementation est inscrite à l'article 59 de la loi sur le personnel et à l'article 9 de la loi sur la procédure et la juridiction administratives.

Le fait que l'OACOT soit l'office compétent en matière d'aménagement du territoire et qu'il lui revienne en particulier de statuer sur tous les projets de construction prévus hors de la zone à bâtir ne suffit pas à constituer un motif de récusation pour le personnel de l'office s'occupant du secrétariat de la CPS.

Par contre, il ne serait pas admissible qu'une personne assurant des fonctions de secrétariat pour la CPS doive aussi prendre en charge les tâches d'examen de projets de construction hors de la zone à bâtir ou de préparation de décisions à ce sujet. En effet, selon les situations, la CPS rend une expertise pour de tels projets. Même si une collaboratrice ou un collaborateur de l'OACOT n'exécute que de simples travaux administratifs de secrétariat pour la CPS, il pourrait exister une apparence de partialité pour les tâches qu'elle ou il effectuerait dans le cadre de la préparation ou de l'évaluation des projets de construction mentionnés (art. 9, al. 1, lit. f LPJA).

Il s'agit de garantir qu'aucune personne ne s'occupe à la fois du secrétariat de l'OACOT et des décisions au sens des articles 24 ss LAT et qu'il existe une séparation nette à cet égard.

Il n'est pas indispensable que le secrétariat de la CPS soit rattaché à la DIJ et, au sein de celle-ci, à l'OACOT. Des raisons politiques ou des motifs de gouvernance peuvent inciter à placer le secrétariat de l'OACOT dans une autre structure et donc en dehors de l'OACOT. Séparer complètement le secrétariat de la CPS de l'administration cantonale permettrait de réduire au mieux le risque de conflits d'intérêts et d'éventuelle partialité, mais serait probablement la solution la plus onéreuse.

Il est aussi envisageable d'intégrer le secrétariat de la CPS à une autre Direction cantonale que la DIJ. Plusieurs d'entre elles n'entrent toutefois pas en ligne de compte : la Direction des travaux publics et des transports (du fait de son statut d'instance de premier recours dans les affaires de construction), la Direction de l'économie, de l'énergie et de l'environnement (car elle comprend l'Office de l'agriculture et de la nature [OAN], ce qui pourrait donner lieu à une proximité jugée inadéquate entre la CPS et l'OAN) et la Direction de l'instruction publique et de la culture (à laquelle le Service des monuments historiques est rattaché). Aucun obstacle de ce type ne s'opposerait à l'intégration du secrétariat de la CPS à l'une des trois autres Directions ou à la Chancellerie d'État.

KHNETA ADVOKATUR NOTARIAT

Prof. Dr. iur. Enrico Riva
Falschetter, LL.M.
ern. Richter des öffentlichen Rechts
an der Universität Basel
zusätzlich als auch
eingetragen im Anwaltsregister

Peer C. Augstburger
Hans Hähig
Jolina Casenberg
Thierry Fasnacht
André Fathner
Nicolas Kuechlin
Moritz Müller
Prof. Dr. Enrico Riva
Sven Schürmann
Hans Rulli
Yvonne Stadler
Dr. Wolfgang Straub

Kontaktperson:
Ulrich Hirz
Dr. Georg Kretz

Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern
Herrn Dr. Daniel Wachter, Amtsvorsteher
Nydeggasse 11 / 13
3011 Bern

Bern, 16. Dezember 2022
ADVOKAT/OLK-Gutachten-16-Dez-2022

G.-Nr.: 2022.DIJ.3397

GUTACHTEN

zur Umsetzung der Motionen Josi (M 190-2021) und Speiser-Niess (M 184-2021) betref-
fend die kantonale Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK)

1. GEGENSTAND DES GUTACHTENS – FRAGESTELLUNG

1.1 Überwiesene Motionen Josi (M 190-2021) und Speiser-Niess (M 184-2021)

1.1.1 Der Grosse Rat des Kantons Bern hat an seiner Sitzung vom 8. Dezember 2021 zwei
Motionen beraten und mehrheitlich – teilweise als Postulat – gutgeheissen, welche die kanto-
nale Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) zum Gegenstand haben.

1.1.2 Die von Frau Grosseräin Barbara Josi und mehreren Mitunterzeichnerinnen und Mit-
unterzeichnern am 6. September 2021 eingereichte Motion M 190-2021 hat folgenden Wortlaut:

"Den Kanton vorwärtsbringen und unnötige Verzögerungen und Verhinderungen
durch die OLK stoppen

Der Regierungsrat wird wie folgt beauftragt:

1. Nebst der bestehenden OLK sollen durch die Planungsregionen bzw. Regional-
konferenzen weitere, aus Fachleuten mit anerkannter Ausbildung (Architekt, Land-
schaftsarchitekt usw.) zusammengesetzte Kommissionen zur Pflege der Orts- und
Landschaftsbilder eingesetzt werden können für die Beurteilung von Bau- und Plan-
nungsvorhaben im Perimeter der jeweiligen Region bzw. Konferenz

Münchgössa 3 Postfach 3100 Biel Tel +41 31 225 27 00 Fax +41 31 225 67 01 sekretariat@khneta.ch

2. Diese weiteren Kommissionen gemäss Ziff. 1 geniessen denselben Status als Fachbehörde wie die OLK-Gruppen, sie können namentlich sämtliche der in Artikel 10 BauG und Artikel 22a BewD erwähnten Aufgaben erfüllen. Die Arbeit der Kommissionen wird durch den Kanton finanziert.

3. Ein Beizug der OLK erfolgt nebst den heute vorgesehenen Fällen auch dann nicht mehr, wenn das Bauvorhaben bereits durch die Kommission gemäss Ziffer 1 begutachtet worden ist. Hingegen ist es dem Bauherrn freigestellt, eine Begutachtung durch das jeweils andere Fachgremium zu verlangen, sofern er mit der Beurteilung durch die OLK-Gruppe bzw. durch die Kommission gemäss Absatz 1 nicht einverstanden ist.

4. Das Sekretariat einer OLK-Gruppe darf nicht durch eine Person geführt werden, die zugleich für das AGR tätig ist. Das Sekretariat einer weiteren Kommission gemäss Absatz 1 darf nicht durch eine Person geführt werden, die zugleich für die jeweilige Planungsregion bzw. Regionalkonferenz tätig ist.

5. Das AGR würdigt die Fachberichte der Fachkommissionen zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder als Teil einer umfassenden Interessenabwägung. Das AGR darf, soweit es über das Projekt zu entscheiden hat (Art. 84 BauG), ein an sich zonenkonformes Projekt nur mit einer umfassenden, nachvollziehbar zu dokumentierenden Interessenabwägung ablehnen und nicht einseitig auf die Stellungnahme einer Fachkommission abstellen."

1.1.3 Ebenfalls am 6. September 2021 reichte Frau Grossrätin Anne Speiser-Niess zusammen mit Mitunterzeichnerinnen und Mitunterzeichnern eine Motion (M 184-2021) ein mit folgendem Wortlaut (Auszug):

"Der Regierungsrat erstellt einen Bericht über die Tätigkeit des AGR

Der Regierungsrat wird wie folgt beauftragt:

1. Er

- untersucht die Angemessenheit der Länge der Dauer und, soweit gesetzliche Vorgaben bestehen, die Einhaltung der Termine, die das AGR benötigt, um Anfragen und/oder konkrete Vorhaben zu beantworten
- untersucht die Problematik der Vorbefassung, weil der Sekretär der OLK zugleich für das AGR die Einhaltung der Zonenkonformität prüft bzw. die Ausnahmegewilligung nach Artikel 24 ff. RPG erteilt

[...]

2. Der verfasste Bericht wird dem Grossen Rat vorgelegt."

1.2 Gutachtensauftrag

Die beiden überwiesenen Vorstösse liegen im Aufgabenbereich der Direktion für Inneres und Justiz DIJ, und innerhalb der DIJ Beim, beim Amt für Gemeinden und Raumordnung AGR.

Das AGR hat mich beauftragt, ein Gutachten zu den beiden folgenden Fragen zu erstellen¹:

"1.a) Ist es rechtlich zulässig und sachlich sinnvoll, wenn die Regionalkonferenzen (gemeinderechtliche Körperschaften) bzw. Planungsregionen (privatrechtliche

¹ Die Fragen sind formuliert in der Notiz des AGR zuhanden des Gutachters vom 18. Mai 2022.

Vereine) aus Fachleuten zusammengesetzte Fachkommissionen zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder im Baubewilligungsverfahren und im Planerlassverfahren einsetzen?

- 1.b) Wenn nein, welche Alternativen sind denkbar?
2. Wenn das AGR keine Sekretariatsaufgabe für die OLK mehr wahrnehmen soll, welche rechtlich und sachlich überzeugenden Alternativen gäbe es (z.B. Angliederung an eine andere kantonale Direktion wie z.B. BVD, BKD, WEU oder Auslagerung / Verselbständigung) und welche Vor- und Nachteile hätten die denkbaren Alternativen?"

2. BEIZUG VON FACHKOMMISSIONEN AUSSERHALB DER ZENTRALVERWALTUNG BEI DER ERFÜLLUNG ÖFFENTLICHER AUFGABEN

2.1 Historische Tradition in der Schweiz

2.1.1 Die Tätigkeiten des Staats erstrecken sich auf höchst unterschiedliche Bereiche. Um die öffentlichen Aufgaben korrekt und rechtmässig zu erfüllen, braucht es bereichsspezifisches Sachwissen. Der Staat ist personell und ökonomisch nicht in der Lage, zu allen seinen Aufgabenbereichen das erforderliche Wissen vollständig innerhalb der eigenen Verwaltungsorganisation verfügbar zu halten. Dies galt noch ausgeprägter im 19. Jahrhundert und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, als die Staatsverwaltung personell tendenziell knapp dotiert war (wobei es damals allerdings weniger Staatsaufgaben gab als heute).

Aufgrund dieser Situation besteht in der Schweiz eine lange Tradition, für die Erfüllung gewisser Staatsaufgaben das *Fachwissen verwaltungsexterner Personen beizuziehen*, auf deren Expertise die Verwaltung zurückgreifen kann, um Wissensdefizite zu beheben.

Bis heute ermächtigen die Organisationsgesetze des Bundes und des Kantons die Regierung und bisweilen auch die Verwaltung, externe Fachpersonen oder Fachkommissionen beizuziehen. Der Gesetzgeber erachtet das Zurückgreifen auf ein externes Wissen und eine Expertise, über welche der Staat selber nicht verfügt, nach wie vor als sachlich angebracht und erforderlich.

Beispiele:

- o Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz [des Bundes] vom 21. März 1997 (SR 171.010)

Ausserparlamentarische Kommissionen [= Überschrift vor Art. 57a]

Art. 57a Zweck

- ¹ Ausserparlamentarische Kommissionen beraten den Bundesrat und die Bundesverwaltung ständig bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben.
- ² Sie treffen Entscheide, soweit sie durch ein Bundesgesetz dazu ermächtigt werden.

Art. 57b Voraussetzungen

Ausserparlamentarische Kommissionen können eingesetzt werden, wenn die Aufgabenerfüllung:

- a. besonderes Fachwissen erfordert, das in der Bundesverwaltung nicht vorhanden ist;
- b. den frühzeitigen Einbezug der Kantone oder weiterer interessierter Kreise verlangt; oder
- c. durch eine nicht weisungsgebundene Einheit der dezentralen Bundesverwaltung erfolgen soll.

- o [Bernisches] Gesetz über die Organisation des Regierungsrats und der Verwaltung (Organisationsgesetz, OrG) vom 20. Juni 1995 (BSG 152.01)

Art. 37 Externes Fachwissen

¹ Der Regierungsrat, die Direktionen und die Staatskanzlei können Sachverständige beiziehen, die nicht der kantonalen Verwaltung angehören.

² Sie können Kommissionen mit Sachverständigen oder Vertretungen bestimmter Bevölkerungsgruppen einsetzen. In jeder Kommission sind beide Geschlechter wenn möglich zu mindestens 30 Prozent vertreten.

³ [...; Berücksichtigung der französischsprachigen Minderheit].

2.1.2 Besonders verbreitet war – und bleibt bis heute – die Einsetzung von Fachkommissionen in Aufgabenbereichen, bei welchen die anzuwendenden Rechtsgrundlagen unbestimmte Gesetzesbegriffe und Ermessensvorschriften mit Bezug auf Kriterien der Qualität und der Ästhetik enthalten.²

Beispiele für solche Normen aus dem Baurecht (Hervorhebungen nicht im Original):

- o "Bauten, Anlagen, Reklamen, Anschriften und Bemalungen dürfen Landschaften, Orts- und Strassenbilder nicht *beeinträchtigen*. Zur Verhinderung einer *störenden Baugestaltung* (störende Farb- oder Materialwahl, ortsfremde Bau- oder Dachform und dgl.) können im Baubewilligungsverfahren Bedingungen und Auflagen verfügt oder Projektänderungen verlangt werden" (Art. 9 Abs. 1 BauG);
- o "... *besonders schöne oder kulturgeschichtlich wertvolle* Landschaften sowie *bedeutende öffentliche Aussichtspunkte* ..." (Art. 9a Abs. 1 Bst. b BauG);
- o "Bauten, Gebäudeteile und Gestaltungen des öffentlichen sowie privaten Aussenraums, *die sich in ihrer Erscheinung nicht in das Stadt-, Quartier- und Strassenbild sowie die Stadtsilhouette einfügen oder die Einheitlichkeit der wesentlichen Merkmale der betreffenden Bebauung nicht wahren*, sind unzulässig, auch wenn sie den übrigen Bauvorschriften entsprechen" (Art. 6 Abs. 1 der Bauordnung Stadt Bern vom 24. September 2006).

Von der Bewertung im Einzelfall hängen die Rechtsfolgen ab. Eine Bewertung durch die Verwaltung selber erscheint jedoch als heikel, weil hier gesamtgesellschaftliche Anschauungen zur Diskussion stehen. Es steht dem Staat nicht zu, eine "Staatsqualität" oder eine "Staatsästhetik" festzulegen.

² Ein in das 19. Jahrhundert zurückgehendes Beispiel gibt die Eidgenössische Kommission für historische Kunstdenkmäler; siehe dazu das Reglement des Bundesrats vom 9. März 1917 betreffend die Beteiligung des Bundes an den Bestrebungen zur Erhaltung historischer Kunstdenkmäler, Art. 2 ff und namentlich die Übergangsbestimmung Art. 16; Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen, Band 4, Bern 1950, S: 222.

2.2 Die Schaffung der OLK

In der geschilderten Tradition steht auch die kantonale Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder. Die von mir beigezogenen Dokumente belegen eine jahrzehntealte Geschichte der Kommission.

2.2.1 Kantonale Heimatschutzkommission als Vorläuferin der OLK

Zu der heutigen Kommission gibt es eine Vorläuferin, die *kantonale Heimatschutzkommission*.

Soweit ersichtlich erscheint diese in der Gesetzessammlung des Kantons erstmals 1963. Veröffentlicht ist dort ein "Beschluss des Regierungsrates betreffend Bestellung einer kantonalen Heimatschutzkommission" vom 3. Dezember 1963³.

Der Regierungsbeschluss stützt sich gemäss seinem Ingress auf § 83 des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (im Folgenden: *EGzZGB*) vom 28. Mai 1911⁴ und auf § 1 der Verordnung vom 28. Oktober 1911 betreffend den Schutz und die Sicherung der Landschaften, Ortschaftsbilder und Aussichtspunkte im Kanton Bern⁵.

Der Beschluss weist der Heimatschutzkommission in § 1 folgende Aufgaben zu:

"Zur Begutachtung von Massnahmen und Vorschriften des Kantons und von Gemeinden sowie von Bauvorhaben bezüglich Verunstaltung oder wesentliche Beeinträchtigung des Landschafts-, Orts- und Strassenbildes und von Aussichtspunkten wird eine Kommission von 11 Mitgliedern bestellt."

Dieser Aufgabenbereich entspricht im Wesentlichen jenem der späteren OLK (vgl. Ziffer 2.2.3).

Gemäss § 4 arbeitet die Kommission im Plenum und in den Gruppen Oberland, Mittelland und Jura (wobei die Zuständigkeit der Gruppe Mittelland auch den Oberrigol, das Emmental und das Seeland einschliesst).

2.2.2 Schaffung der OLK im Jahr 1977

Die Heimatschutzkommission wird 1977 in die neu geschaffene Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder überführt. Dies geschieht mit der regierungsrätlichen "Verordnung

³ Gesetze, Dekrete und Verordnungen des Kantons Bern 1963, S. 181. – Gemäss seinem § 5 wird der Beschluss in die Gesetzessammlung aufgenommen. Damit hat der Regierungsrat ihn als rechtsetzenden Akt (d.h. als eine Verordnung) qualifiziert.

Der Beschluss von 1963 ist mit Inkrafttreten der Verordnung von 1977 (vgl. Ziffer 2.2.3) aufgehoben worden.

⁴ Gesetze, Dekrete und Verordnungen des Kantons Bern 1911, S. 32.

⁵ Gesetze, Dekrete und Verordnungen des Kantons Bern 1911, S. 165.

über die kantonale Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK)" vom
10. August 1977⁶.

Art. 1 der Verordnung umschreibt Zweck und Aufgabe der OLK wie folgt:

¹ Der kantonalen Baudirektion ist als beratendes Organ die kantonale Kommission zur
Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) beigeordnet).

² Die Kommission begutachtet in den ihr von der kantonalen Baudirektion überwiesenen
Fällen die ästhetischen Auswirkungen von vorgesehenen Massnahmen und Vorschriften
des Kantons und der Gemeinden sowie von Bauvorhaben auf die Landschaft, Orts- und
Strassenbilder, Aussichtspunkte und dergleichen. Sie gibt ihre Gutachten und Empfeh-
lungen schriftlich ab.

³ Die Kommission steht durch Vermittlung der kantonalen Baudirektion auch anderen
kantonalen Amtsstellen zur Verfügung."

Gleich wie die aufgehobene Heimatschutzkommission ist die OLK in die Gruppen Oberland,
Mittelland und Jura gegliedert (Art. 2 Abs. 1). „Das Sekretariat der Kommission wird von der
kantonalen Baudirektion (Bauinspektorat) geführt" (Art. 2 Abs. 4).

Die Verordnung führt im Ingress als Gesetzesgrundlagen für die Einsetzung der OLK den § 83
des EGzZGB und Art. 112 des Baugesetzes vom 7. Juni 1970 an.⁷

2.2.3 Formellgesetzliche Grundlage für die OLK im Baugesetz 1985

Mit dem Baugesetz vom 9. Juni 1985 wird die OLK erstmals auf der Stufe des formellen Geset-
zes festgeschrieben. Dies geschieht in Art. 144, der die Zuständigkeit des Regierungsrats zum
Erlass von Verordnungen regelt.⁸

⁶ Gesetze, Dekrete und Verordnungen des Kantons Bern 1977, S. 141. – Die Ablösung der Hei-
matschutzkommission durch die OLK und damit die Kontinuität zwischen den beiden Kommis-
sionen ergibt sich direkt aus der Verordnung von 1977: In Art. 5 Abs. 2 wird der Beschluss des
Regierungsrates vom Dezember 1963 betreffend Bestellung einer kantonalen Heimatschutz-
kommission aufgehoben.

⁷ Im Baugesetz von 1970 wird die OLK aber nicht ausdrücklich erwähnt. Art. 112 enthält die gene-
relle Ermächtigung an den Regierungsrat, Verordnungen zum Baugesetz zu erlassen. Absatz 2
dieser Bestimmung nennt spezifische Bereiche, in denen die Verordnungskompetenz des Regie-
rungsrats gilt. Genannt wird unter Bst. a ausdrücklich der Bereich „Schutz von Orts- und Land-
schaftsbildern".

⁸ Art. 144 Abs. 3:

³ Gegenstand besonderer Verordnungen können insbesondere sein

a / b [...]

c die Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder OLK [...]"

Soweit die OLK betreffend ist diese Bestimmung seit Erlass des Baugesetzes unverändert ge-
blieben.

2.2.4 Entwicklung der gesetzlichen Regelung seit 1977

Die Gesetzesgrundlagen für die OLK haben seit dem Erlass der Verordnung von 1977 mehrere Änderungen erfahren, sowohl in formeller wie in materieller Hinsicht.

- (a) Die Verordnung zur OLK von 1977 wurde 1983 und 1996 durch neue Verordnungen ersetzt⁹. Zurzeit in Kraft steht die Verordnung vom 27. Oktober 2010 über die kantonale Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLKV) (BSG 426.221).
- (b) Anlässlich der Revision des Baugesetzes von 2016 erhielt die OLK im Gesetz selber eine – auf die Grundzüge beschränkte – Regelung im neu gefassten Artikel 10:

"Art. 10 3 Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder

¹ Der Regierungsrat setzt eine aus Fachleuten zusammengesetzte Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) ein.

² Die OLK beurteilt zuhanden der Baubewilligungsbehörde prägende Bauvorhaben aus Sicht des Ortsbilds- und Landschaftsschutzes. Die Interessenabwägung obliegt der Baubewilligungsbehörde.

³ Die OLK berät kantonale Organe und nimmt in Planungs-, Konzessions- und Rechtsmittelverfahren Stellung zu Fragen des Ortsbild- und Landschaftsschutzes.

⁴ Sie berät Bauherrschaften und Projektverfasserinnen und -verfasser im Rahmen der Beurteilung von prägenden Bauvorhaben gemäss Absatz 2, wenn sie von diesen beigezogen wird."

- (c) Das vom Grossen Rat erlassene Dekret über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret; BewD) vom 22. März 1994 (BSG 725.1) regelt in Art. 22a, in welchen Situationen im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens die OLK beizuziehen bzw. nicht beizuziehen ist¹⁰.
- (d) Am 13. September 2022 hat der Grosse Rat eine weitere Revision des Baugesetzes und des Bewilligungsdekrets beschlossen. Die Revision wurde ausgelöst durch Aufträge, die der Grosse Rat der Regierung erteilt hatte. Änderungen erfahren haben u.a. die Bestimmungen über die OLK in Art. 10 BauG und Art. 22a BewD¹¹.

⁹ Verordnung über die kantonale Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) vom 21. Dez. 1983; Gesetze, Dekrete und Verordnungen des Kantons Bern 1983, S. 420.

Verordnung über die kantonale Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLKV) vom 14. August 1996; BAG 96–66 [= Bernische amtliche Gesetzessammlung 1996].

¹⁰ Art. 22a wurde am 9. Juni 2016 neu in das BewD eingefügt.

¹¹ Referendumsvorlage vom 13.09.2022. Siehe zur Änderung den Vortrag des Regierungsrats vom 27. April 2022 "Änderung des Baugesetzes (BauG) und des Baubewilligungsdekrets (BewD)". Der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung ist noch offen.

3. GEGENWÄRTIGE SITUATION

3.1 Gesetzliche Grundlagen der OLK

Die OLK ist heute umfassend normiert. Die für sie geltenden Bestimmungen finden sich auf allen Stufen der Rechtsetzung gemäss dem bernischen Staatsrecht:

- o Das Baugesetz konstituiert in Art. 10 «eine aus Fachleuten zusammengesetzte Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder», welche vom Regierungsrat eingesetzt wird (Abs. 1).

Art. 10 BauG betraut die Kommission mit den Aufgaben der Beurteilung, der Beratung und der Stellungnahme zu Fragen des Ortsbilds- und Landschaftsschutzes. Diese Aufgaben nimmt die OLK im Baubewilligungsverfahren (beschränkt auf prägende Bauvorhaben) (Abs. 2), in Planungs-, Konzessions- und Rechtsmittelverfahren (Abs. 3) und auf Ersuchen auch für Bauherrschaften (Abs. 4) wahr. Den kantonalen Organen steht die OLK generell beratend zur Verfügung (Abs. 3 am Anfang).

- o Auf der Stufe des Dekrets – also einer Verordnung des Grossen Rats – werden die Situationen präzisiert, in denen für ein Baubewilligungsverfahren eine Begutachtung erforderlich bzw. nicht erforderlich ist (Art. 22a Baubewilligungsdekret).
- o Die regierungsrätliche Verordnung vom 27. Oktober 2010 über die kantonale Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLKV; BSG 426.221) präzisiert die Aufgaben der OLK in den verschiedenen Situationen, in denen sie tätig wird (Vor-anfrage, Baubewilligungsverfahren, Planungs- und Konzessionsverfahren und Rechtsmittelverfahren). Die OLKV regelt die Organisation und das Verfahren der Kommission. Art. 7 bestimmt, dass die Sekretariats- und Rechnungsführung der OLK dem AGR obliegt.
- o Die regierungsrätliche Verordnung über die Organisation und die Aufgaben der Direktion für Inneres und Justiz vom 18. Oktober 1995 (BSG 152.221.131) ordnet in Art. 5 Abs. 1 Bst. d die OLK dieser Direktion zu.

3.2 Charakteristiken der Kommission

Eine Reihe von Merkmalen charakterisieren die OLK in ihrem gegenwärtigen Rechtszustand.

3.2.1 Hilfsorgan, nicht Entscheidorgan

Die OLK ist eine ausschliesslich beratend tätige externe Expertenkommission; sie verfügt über keine Entscheidzuständigkeit.¹²

¹² Siehe zur Beratungsfunktion der OLK Daum, Kommentar zu Art. 19 VRPG, N. 53, 56 und 58. Die Baugesetz-Kommentatoren Zaugg/Ludwig charakterisieren die OLK folgendermassen: Bei der OLK "handelt es sich [...] nicht um eine Amtsstelle [...] und auch nicht um eine Behörde [...].

In den ihr zugewiesenen Tätigkeitsfeldern – Baubewilligungsverfahren, Planerlassverfahren, Konzessionsverfahren – liegt die Entscheidkompetenz immer bei einer anderen Behörde. Diese Behörde zieht die OLK in den gesetzlich vorgesehenen Fällen bei (vgl. Ziffer 3.2.4 hinten). Die Aufgabe der OLK liegt darin, der Entscheidbehörde eine unabhängige fachliche Beurteilung abzugeben und gegebenenfalls Empfehlungen zu machen bzw. Alternativen vorzuschlagen.

Soweit das Gesetz eine Interessenabwägung verlangt, liegt diese allein in der Zuständigkeit der Entscheidbehörde. Satz 2 in Art. 10 Abs. 2 BauG („Die Interessenabwägung obliegt der Baubewilligungsbehörde“) spricht für das Baubewilligungsverfahren etwas aus, was immer Geltung hat.

3.2.2 Fachorgan mit gesamtkantonaalem Charakter

Die OLK ist ein gesamtkantonales Fachorgan. Sie wird vom Regierungsrat bestellt (a), ihr Wirkungsbereich umfasst den ganzen Kanton (b), und es gibt organisatorische Vorkehrungen, welche eine gesamtheitliche Beurteilungspraxis für den ganzen Kanton sicherstellen (c).

- a. Wahlorgan der Kommissionsmitglieder und der Präsiden ist der Regierungsrat (Art. 10 Abs. 1 BauG; Art. 9 Abs. 1 OLKV).

- b. Die OLK bearbeitet die ihr zugewiesenen Geschäfte im Regelfall nicht im Plenum, sondern in den vier regionalen Untergruppen Oberland, Bern-Mittelland, Jura Bernois/ Seeland und Emmental/Oberaargau (Art. 5 Abs. 1 OLKV).

Der gesamtkantonale Charakter der Kommission wird damit nicht aufgehoben. Die Gliederung in Untergruppen dient einem wirtschaftlichen Einsatz der Mittel und ermöglicht auf der Ebene der Sachbeurteilung eine adäquate Berücksichtigung regionaler Eigenheiten, dies aber immer im Rahmen der übergeordneten Optik der Kommission als ganzer.

- c. Art. 6 OLKV konstituiert eine Geschäftsleitung „zur Koordination der Arbeit der vier Gruppen“, zusammengesetzt aus der Präsidentin / dem Präsidenten der OLK und den vier Gruppenpräsidien sowie zwei Abgeordneten des AGR.

Für die Situation eines oberinstanzlichen Verfahrens, in welchem eine erneute Beurteilung vorgenommen werden muss, bestimmt Art. 4 Abs. 3 OLKV, dass dafür ein Ausschuss zuständig ist, der aus den Präsiden der OLK-Gruppen und der Präsidentin / dem Präsidenten der Gesamtkommission gebildet ist.

Insgesamt kommt in diesen Merkmalen das Ziel zum Ausdruck, eine kantonsweit übereinstimmende Beurteilungspraxis zu gewährleisten.

sondern um eine verwaltungsexterne Expertenkommission, die bei der Beurteilung der ihr unterbreiteten Fälle weisungsunabhängig ist“; N. 9c zu Art. 9–10.

3.2.3 Unabhängigkeit

Die Kommission ist in ihrer Tätigkeit unabhängig. Weder der Regierungsrat als Wahlbehörde noch die im konkreten Fall entscheidenden Behörden sind befugt, der OLK inhaltliche Weisungen bezüglich ihrer Arbeit zu erteilen¹³. Die Unabhängigkeit der Kommission ist der Garant für eine nach gleichen Massstäben erfolgende, neutrale Beurteilung der zu prüfenden Bau- und Planungsprojekte.

3.2.4 Kein selbständiges Tätigwerden

Die OLK wird nur tätig, wenn sie von einer dafür zuständigen Behörde oder – im Rahmen einer Voranfrage (Art. 1a OLKV) – von Bauherrschaften oder Projektanten beauftragt bzw. beigezogen wird¹⁴.

Anders, als es für die beiden eidgenössischen Kommissionen im Bereich des Natur- und Heimatschutzes gilt (Eidgenössische Kommission für Natur- und Heimatschutz ENHK und Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege EKD)¹⁵, kann die OLK also nicht von sich aus einen aus ihrer Sicht kritischen Fall aufgreifen und dazu eine Beurteilung abgeben.

4. GUTACHTENSFRAGE 1: SCHAFFUNG VON REGIONALEN FACHKOMMISSIONEN MIT GLEICHER AUFGABENSTELLUNG WIE DIE OLK

4.1 Fragestellung

Gemäss der Motion Josi sollen die Planungsregionen (Art. 97 BauG) bzw. die Regionalkonferenzen (Art. 97a BauG) die Kompetenz erhalten, eine regionale Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder einzusetzen und diese mit den selben Beurteilungsaufgaben zu betrauen, welche die OLK hat (Ziffer 1 und 2 der Motion Josi). Die regionale Kommission würde „sämtliche der in Art. 10 BauG und Art. 22a BewD erwähnten Aufgaben erfüllen“ (Ziffer 2 der Motion Josi). Wäre ein Bauvorhaben von der regionalen Kommission begutachtet, dürfte die OLK in dieser Sache keine Beurteilung mehr abgeben, ausser die Bauherrschaft verlangte zusätzlich auch eine Begutachtung der OLK (Ziffer 3 der Motion Josi).

¹³ Gleich Zaugg/Ludwig, Kommentar Baugesetz, N. 9c zu Art. 9–10. Zulässig ist einzig die Erteilung *organisatorischer* Weisungen (Art. 12 OLKV).

¹⁴ Vgl. die Art. 1a – 4 OLKV, welche den Aufgabenbereich der Kommission definieren. Diese Artikel präzisieren immer, dass die Geschäfte der OLK von einer andern Behörde oder – im Fall einer Voranfrage – von einer Bauherrschaft "unterbreitet" werden.

¹⁵ Art. 8 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451).

Gemäss dem Gutachtensauftrag¹⁶ ist unter Frage 1.a zu prüfen, ob eine solche Änderung der Rechtsgrundlagen rechtlich zulässig und sachlich sinnvoll ist.

4.2 Rechtliche Zulässigkeit regionaler Kommissionen zur fachlichen Beurteilung der Verträglichkeit von Vorhaben mit dem Orts- und Landschaftsbild

4.2.1 Die Organisationsautonomie der Kantone und ihre Schranken

Die Zuständigkeiten für ein Tätigwerden des Staats sind im schweizerischen Bundesstaat zwischen dem Bund und den Kantonen aufgeteilt¹⁷. Eine wichtige kantonale Zuständigkeit ist die sogenannte Organisationsautonomie. Die Kantone regeln ihre Behördenorganisation und die Ordnung der rechtlichen Verfahren im Kanton selber¹⁸.

Allerdings besteht die kantonale Organisationsautonomie nur in den Schranken des Bundesrechts¹⁹. Schranken ergeben sich aus der Bundesverfassung oder aus Gesetzen, die der Bund gestützt auf eine ihm übertragene Rechtsetzungszuständigkeit erlässt. Beispiele für Organisations- und Verfahrenskompetenzen, welche dem Bund direkt aus der BV zustehen, geben die Art. 122 Abs. 2 BV (Organisation und Verfahren im Bereich des Zivilrechts) und Art. 123 Abs. 2 BV (Organisation und Verfahren im Bereich des Strafrechts). Der Bund ist ferner berechtigt, in Sachbereichen, welche die Verfassung ihm zur Regelung zuweist, Vorschriften der Organisation und des Verfahrens aufzustellen, soweit dies für die korrekte Durchsetzung des Bundesrechts nötig ist.

Im Bereich der Raumplanung (welche in das Baurecht hineinwirkt) bestätigt das Bundesgesetz über die Raumplanung in Art. 25 Abs. 1 grundsätzlich die Organisationsautonomie der Kantone („Die Kantone ordnen Zuständigkeiten und Verfahren.“). Der Gesetzgeber hat im Raumplanungsgesetz jedoch mehrere organisatorische und verfahrensrechtliche Bestimmungen erlassen, die von den Kantonen zwingend beachtet werden müssen²⁰.

¹⁶ Vorne Ziffer 1.2.

¹⁷ Schweizerische Bundesverfassung, 2. Kapitel des Dritten Titels, Art. 54 ff. – Der Bund hat eine Zuständigkeit nur für jene Staatstätigkeiten, welche die BV ihm ausdrücklich zuweist; Art. 42 BV.

¹⁸ Ruch, N. 1 f. zu Art. 25 RPG; Tschannen, Staatsrecht, S. 247 Rz. 618.

¹⁹ Tschannen, Staatsrecht, S. 247 Rz. 619.

²⁰ Dazu gehört namentlich die Bestimmung von Art. 25 Abs. 2 RPG: „Die zuständige kantonale Behörde entscheidet bei allen Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen, ob sie zonenkonform sind oder ob für sie eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann.“ – Weitere bundesrechtliche Ver-

fahrens- und Organisationsvorschriften listet Ruch auf; Kommentar Art. 25 PRG, N. 9–11.

4.2.2 Bundesrechtliche oder kantonale rechtliche Vorgaben

(a) *Fragestellung*

Bezogen auf die Motion Josi stellt sich die Frage, ob rechtliche Vorgaben im Bundes- oder im kantonalen Recht es ausschliessen, neben der OLK (mit kantonsweitem Tätigkeitsgebiet) zusätzlich regionale Kommissionen zu schaffen, denen – beschränkt auf das Regionsgebiet – dieselbe Beurteilungsaufgabe zugewiesen ist wie der OLK.

(b) *Kantonale Organisationsautonomie als Grundprinzip*

Aufgrund seiner Organisations- und Verfahrensautonomie ist der Kanton grundsätzlich berechtigt, Behörden und Fachgremien zu schaffen und mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu betrauen. Insofern ist die von der Motion Josi verlangte Schaffung regionaler Kommissionen rechtlich zulässig. Für lokal tätige Fachgremien mit einem Begutachtungsauftrag gibt es auch bereits rechtliche Grundlagen: Das Baubewilligungsdekret (BewD; BSG 725.1) ermächtigt die Gemeinden, eigene sachverständige Fachstellen einzusetzen, um die Ortsbild- und Landschaftsverträglichkeit eines Vorhabens zu beurteilen; wo eine solche sachverständige Fachstelle existiert, wird die OLK nicht mehr beigezogen (Art. 22a Abs. 2 BewD; dazu auch hinten Ziffer 4.4).²¹

(c) *Eindeutige Festlegung der Zuständigkeit*

Zu beachten ist in jedem Fall eine rechtliche Grundforderung: *Die Zuständigkeit muss in eindeutiger Weise festgelegt sein.* Dies verlangt das Legalitätsprinzip. Nicht nur Art und Umfang der staatlichen Aktivitäten müssen im Gesetz geregelt werden. Das Gesetz muss auch festlegen, welches staatliche Organ eine bestimmte Aktivität wahrnimmt. Erforderlich ist eine eindeutige Festlegung, aus welcher im Voraus klar wird, bei welchem Organ die Zuständigkeit liegt.²²

Sollen entsprechend der Motion Josi nebeneinander zwei Kommissionen geschaffen werden, welche beide in der betreffenden Region die Aufgabe der Beurteilung von Fragen des Ortsbilds- und Landschaftsschutzes wahrnehmen, ist gesetzlich festzulegen, welche Kommission im konkreten Fall zum Zug kommt.

Dieser Punkt bleibt in der Motion Josi offen. Es steht nicht zum Voraus fest, welche der beiden Kommissionen in einem Einzelfall die Beurteilung vornimmt²³. Eine derartige Unbestimmtheit ist rechtlich unzulässig. Sollen zusätzlich zur OLK regionale Kommissionen eingesetzt werden,

²¹ Mit der Revision von Art. 10 des Baugesetzes, die der Grosse Rat am 13. September 2022 beschlossen hat, werden leistungsfähige örtliche Fachstelle neu ermächtigt, auch in *Planungsverfahren* (also nicht wie bisher nur in Baubewilligungsverfahren) eine Beurteilung abzugeben mit der Folge, dass die OLK nicht mehr beigezogen wird (Art. 10 Abs. 5 Bst. a in neuer Fassung).

²² Auf Bundesebene ist dies niedergelegt in Art. 5 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 164 Abs. 1 Bst. g BV.

²³ Die Motion sagt einzig, dass eine Bauherrschaft, die mit der erhaltenen Beurteilung nicht zufrieden ist, ein Gutachten der anderen Kommission verlangen kann.

muss das Gesetz klare Aussagen über die Zuständigkeit machen.²⁴ Ist diese Forderung respektiert, erachte ich die Schaffung regionaler Fachkommissionen für die Beurteilung von Fragen des Orts- und Landschaftsbildes als rechtlich zulässig.

(d) *Verpflichtungen aus dem Bundesgesetz über Natur- und Heimatschutz*

Der Schutz von Natur und Heimat ist eine Aufgabe, welche grundsätzlich im Zuständigkeitsbereich der Kantone liegt (Art. 78 Abs. 1 BV). Eine Schutzpflicht hat jedoch auch der Bund. Sie ist in Art. 78 Abs. 2 BV niedergelegt und aktualisiert sich jedesmal, wenn der Bund Aufgaben erfüllt, welche die Bundesverfassung oder die Bundesgesetzgebung ihm zuweisen (sogenannte Bundesaufgaben)²⁵.

Bundesaufgaben werden je nach Fall durch Behörden des Bundes oder der Kantone wahrgenommen. Oft überträgt die Bundesgesetzgebung den Vollzug – entsprechend einem Grundprinzip des schweizerischen Föderalismus – den Kantonen. Die bundesrechtlichen Vorschriften über den Schutz von Natur und Heimat finden in dieser Konstellation unmittelbar Anwendung und binden die Kantone.

Die massgebenden Schutzvorschriften sind im Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 enthalten (NHG; SR 451). Von zentraler Bedeutung ist Art. 3, dessen Absatz 1 folgende Wortlaut hat:

„¹ Der Bund, seine Anstalten und Betriebe sowie die Kantone sorgen bei der Erfüllung der Bundesaufgaben dafür, dass das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler geschont werden und, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert erhalten bleiben.“

Wenn die Kantone eine Bundesaufgabe erfüllen, dürfen sie keine Schutzstandards anwenden, die tiefer sind als jene des Bundesrechts. Ebenso wenig dürfen sie organisatorische Anordnungen treffen, die mit dem Bundesrecht unvereinbar wären. Mit anderen Worten: Die materiellen Schutzvorgaben und die organisatorischen Anordnungen des Bundesrechts sind Minimalvorgaben, an welche sich die Kantone zu halten haben.

Verbindliche Regeln für das Verfahren und die Behördenorganisation enthalten namentlich die Art. 7 und 25 des NHG.

o Art. 25 Abs. 2 NHG

Die Vorschrift lautet:

„Die Kantone bezeichnen Fachstellen für den Naturschutz, den Heimatschutz und die Denkmalpflege.“²⁶

²⁴ Eine derartige Festlegung könnte darin bestehen, dass das Gesetz die regionale Kommission (sofern eine solche geschaffen wurde) zur Abgabe von Beurteilungen in erstinstanzlichen Baubewilligungs- oder Planerlassverfahren als zuständig erklärt, unter Ausschluss der OLK.

²⁵ Der Wortlaut von Art. 78 Abs. 2 BV ist gleich anschliessend im Haupttext wiedergegeben.

²⁶ Der Kanton hat diese Fachstellen den Bundesämtern, in deren Aufgabenbereich der Natur- und Heimatschutz hineinspielt, mitzuteilen

Die vom Bundesgesetzgeber in Art. 25 verwendeten Begriffe Naturschutz, Heimatschutz und Denkmalpflege *schliessen auch den Schutz der Landschaft und der Ortsbilder ein*. Dies ergibt sich direkt aus Art. 78 Abs. 2 der Bundesverfassung mit dem Wortlaut:

„¹ Der Bund nimmt bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes. Er schont *Landschaften, Ortsbilder*, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler; er erhält sie ungeschmälert, wenn das öffentliche Interesse es gebietet.“

Gemäss den von mir eingeholten Auskünften bestehen im Kanton Bern als kantonale Fachstellen im Sinn von Art. 25 Abs. 2 NHG die Abteilung Naturförderung (ANF) als Fachstelle für den Naturschutz, die Kantonale Denkmalpflege (KDP) als Fachstelle für die Denkmalpflege und die Abteilung Kantonsplanung des AGR (KPL) als Fachstelle Landschaft. Die Abteilung Kantonsplanung nimmt gegebenenfalls, im Verbund mit den weiteren für Belange des heimatlichen Orts- und Landschaftsbildes zuständigen Stellen, auch die Funktion der kantonalen Fachstelle für den Heimatschutz wahr.

Diese kantonalen Fachstellen sind die zuständigen Organe immer dann, wenn im Zusammenhang mit der Erfüllung einer Bundesaufgabe durch den Kanton Fragen des Natur- und Heimatschutzes geklärt werden müssen. Sie haben insbesondere gemäss Art. 7 Abs. 1 Satz 2 NHG zu entscheiden, ob in einem konkreten Fall ein Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) oder der Eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege (EKD) einzuholen ist.²⁷ Dieser Entscheid muss von einem kantonalen Organ mit Behördencharakter getroffen werden und darf nicht einer Kommission zugewiesen werden, die nur Beurteilungsaufgaben erfüllt²⁸. Deshalb fallen sowohl die OLK wie regionale Fachkommissionen als kantonale Fachstelle im Sinn von Art. 7 Abs. 1 Satz 2 NHG ausser Betracht.

Art. 7 Abs. 2 NHG

Die Vorschrift lautet:

„Kann bei der Erfüllung der Bundesaufgabe ein Objekt, das in einem Inventar des Bundes nach Artikel 5 aufgeführt ist, erheblich beeinträchtigt werden oder stellen sich in diesem Zusammenhang grundsätzliche Fragen, so verfasst die Kommission zuhanden der Entscheidbehörde ein Gutachten. Die Kommission gibt darin an, ob das Objekt ungeschmälert zu erhalten oder wie es zu schonen ist.“

„Kommission“ ist je nach der sachlichen Ausgangslage entweder die Eidgenössische Kommission für Natur- und Heimatschutz (ENHK) oder die Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege (EKD)

²⁷ Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 NHG: „Ist für die Erfüllung einer Bundesaufgabe der Bund zuständig, so beurteilt je nach Zuständigkeit das Bundesamt für Umwelt (BAFU), das Bundesamt für Kultur oder das Bundesamt für Strassen, ob ein Gutachten durch eine Kommission nach Artikel 25 Absatz 1 erforderlich ist. Ist der Kanton zuständig, so obliegt diese Beurteilung der kantonalen Fachstelle nach Artikel 25 Absatz 2.“

²⁸ Der Entscheid der kantonalen Fachstelle, die ENHK bzw. die EKD nicht beizuziehen, kann mit dem Entscheid in der Sache (Bauentscheid oder Planfestsetzung) angefochten werden mit der Rüge, es sei Bundesrecht (nämlich Art. 7 Abs. 2 NHG) verletzt worden. Dieser Entscheid hat mittelbar Aussenwirkung auf die Verfahrensbeteiligten; er darf daher nicht einem verwaltungs-externen Organ, das nur Beurteilungsaufgaben wahrnimmt, zugewiesen werden.

In die Bundesinventare aufgenommen werden Schutzobjekte von nationaler Bedeutung (Art. 5 Abs. 1 NHG). Immer dann, wenn ein in einem Bundesinventar verzeichnetes Objekt im Zusammenhang mit der Erfüllung einer Aufgabe durch einen Kanton erheblich beeinträchtigt werden könnte oder wenn sich bezüglich des konkreten Falls grundsätzliche Fragen stellen, ist die kantonale Entscheidbehörde verpflichtet, eine der beiden eidgenössischen Kommissionen beizuziehen und von ihr ein Gutachten zu verlangen.

In dieser Situation ist es ausgeschlossen, das Gutachten der Eidgenössischen Kommission durch eine Beurteilung einer kantonalen Kommission zu ersetzen.

Im Rahmen der dargestellten gesetzlichen Bestimmungen bleibt es jedoch zulässig, dass das kantonale Fachorgan gemäss Art. 25 Abs. 2 NHG eine Kommission nach kantonalem Recht (OLK oder regionales bzw. gemeindliches Fachorgan) beratend beizieht.

Als Fazit ist festzuhalten, dass der Kanton immer dann, wenn er Bundesaufgaben erfüllt, zwingende Vorgaben des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz einzuhalten hat. Diese Vorgaben betreffen:

- (1) die materiellen Schutzvorschriften des NHG (Art. 3 – 6);
- (2) die Behördenorganisation innerhalb des Kantons;
- (3) die Einholung eines Gutachtens der ENHK oder der EKD.

Diese Vorgaben verbieten es dem Kanton, einem rein beratenden Fachorgan wie der OLK oder einer regionalen Fachkommission den Entscheid über den Beizug einer der beiden eidgenössischen Kommission zu übertragen oder im kantonalen Recht zu bestimmen, dass die Beurteilung durch die OLK oder eine regionale Fachkommission die Begutachtung durch die ENHK oder die EKD ersetzt.

(e) Oberinstanzliche Verfahren

In einem oberinstanzlichen Verfahren muss die zuständige Verwaltungsjustizbehörde die Möglichkeit haben, eine Beurteilung der kantonalen OLK einzuholen. Diese Forderung ergibt sich aus dem Untersuchungsgrundsatz, der in allen öffentlichrechtlichen Verfahren Geltung hat²⁹. Der Untersuchungsgrundsatz verlangt von der entscheidenden Behörde, dass sie von Amtes wegen den Sachverhalt soweit ermittelt und klärt, als es für ihren Entscheid nötig ist. Die Verwaltungsjustizbehörde muss deshalb in den bei ihr hängigen Beschwerdeverfahren ein Gutachten bei der kantonalen OLK einholen können. Anders ausgedrückt: Eine Regelung, welche die kantonale OLK vollständig – also auch in einem Rechtsmittelverfahren – von der Beurteilung ausschliessen würde, wenn es um ein Vorhaben in einer Region mit einer regionalen Fachkommission geht, erachte ich als rechtlich nicht zulässig.³⁰

²⁹ Art. 18 VRPG.

³⁰ Ich schliesse mich der rechtlichen Auffassung an, die der Regierungsrat diesbezüglich in seinem Vortrag für die Revision 2022 des BauG und des BewD vertritt; Vortrag vom 27. April 2022, S. 2 und 8.

(f) *Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone?*

Geht es um Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone, liegt die Bewilligungszuständigkeit kraft Bundesrecht beim Kanton (Art. 25 Abs. 2 RPG). Das Bundesrecht verlangt namentlich, dass eine einzige, zur kantonalen Zentralverwaltung gehörende Behörde die entsprechenden Entscheide trifft³¹. Angesichts dieser bundesrechtlichen Regelung der Entscheidzuständigkeit fragt sich, ob die fachliche Beurteilung und Bewertung der Auswirkungen, welche ein konkretes Bauvorhaben auf die Landschaft haben wird, einem Gremium übertragen werden darf, das einen Beurteilungsauftrag nur für eine Region hat und das nicht von Kanton, sondern von regionalen Behörden ernannt wird.

Sachgerecht ist es, für Projekte, die sich auf Art. 24 ff RPG stützen, die Zuständigkeit nicht nur bezüglich des rechtlichen Entscheids, sondern auch bezüglich der fachlichen Begutachtung einem einzigen, gesamtkantonal tätigen Organ zu übertragen (dazu hinten Ziffer 4.3.3). Aus dieser Zweckmässigkeitsüberlegung lässt sich jedoch nicht ableiten, das Bundesrecht verlange – neben der Zuweisung der *Entscheidkompetenz* an eine einzige kantonale Behörde (Art. 25 Abs. 2 RPG) – auch eine *einzigste Fachbehörde mit gesamtkantonaalem Charakter* als Beurteilungsorgan für Fragen des Orts- und Landschaftsschutzes. Ein solches Organ übt eine Hilfsfunktion aus. Die Verantwortung für den zu treffenden Entscheid liegt allein in der Hand der Entscheidbehörde, im Kanton Bern also in der Hand des AGR. Wäre neben der OLK eine regionale Fachkommission institutionalisiert und gäbe diese eine Beurteilung ab, die aber nach Auffassung des AGR den Anforderungen nicht genügt, läge es in der Befugnis des Amts als Entscheidbehörde, zusätzlich einen Fachbericht von einer andern geeigneten Instanz einzuholen. In Frage kämen dafür die OLK und unter Umständen auch die Eidgenössische Kommission für Natur- und Heimatschutz (Art. 7 und Art. 17a NHG).

Der Bund hat im Bereich der Raumplanung nur die Zuständigkeit zur Grundsatzgesetzgebung (Art. 75 Abs. 1 BV). In Berücksichtigung dieser beschränkten Kompetenz und des föderalistischen Prinzips, dass die Kantone über die Organisations- und Verfahrensautonomie verfügen, verbietet sich eine extensive Auslegung, gemäss welcher das Bundesrecht regionale Fachkommissionen ausschliessen würde³².

4.2.3 Zuständigkeit zur Einsetzung eines regionalen Fachorgans und zur Wahl von dessen Mitgliedern bei Regionalkonferenzen oder Planungsregionen?

Zur Erfüllung von Aufgaben, die sinnvollerweise nur in einem grösseren geografischen Bereich und nicht beschränkt auf ein Gemeindeterritorium bewältigt werden sollen, hat der Kanton die Instrumente der Regionalkonferenz und der Planungsregion geschaffen³³. Die Regionalkonfe-

³¹ Art. 25 Abs. 2 RPG und die zugehörige Rechtsprechung des Bundesgerichts, namentlich BGE 128 Ia 254 (2002) (Unzulässigkeit einer Übertragung der Entscheidzuständigkeit an die bernischen Regierungsstatthalter). Ruch, Kommentar zu Art. 25 RPG, N. 25 – 27.

³² Vgl. dazu auch Ruch, Kommentar Art. 25 RPG, N. 12 – 14, der auf die Pflicht des Bundes zur Rücksichtnahme gegenüber den Kantonen hinweist.

³³ Der obligatorische Aufgabenkreis der Regionalversammlungen ist in Art. 141 des Gemeindegesetzes vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11) beschrieben. – Für die Planungsregionen beschränkt sich der Aufgabenkreis auf Pläne im weiten Sinn; vgl. Art. 98 BauG.

renzen sind öffentlich-rechtliche Körperschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 2 GG), die Planungsregionen juristische Personen des privaten Rechts (Art. 97 BauG).

Der einzelfallweise Gesetzesvollzug (so besonders die Erteilung von Baubewilligungen) und die Nutzungsplanung liegen jedoch ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs der Regionalkonferenzen und der Planungsregionen³⁴. Grundsätzlich entgegengesetzt ist das Tätigkeitsfeld eines Fachorgans für die Beurteilung von Fragen des Ortsbild- und Landschaftsschutzes: Beurteilungen werden hauptsächlich in Baubewilligungs- und Nutzungsplanverfahren abgegeben. Angesichts dieser Sachlage erscheint es nicht als sachgerecht, den Regionalkonferenzen oder Planungsregionen die Kompetenz einzuräumen, eigene regionale Fachorgane für die Beurteilung von Fragen des Ortsbild- und Landschaftsschutzes einzusetzen und deren Mitglieder zu wählen.

Diese Überlegung genügt nach meiner Auffassung jedoch nicht, um ein rechtliches Verbot für die Konstituierung einer Fachkommission zur Beurteilung der Orts- und Landschaftsbilder durch regionale Organe zu postulieren. Sofern der kantonale Gesetzgeber die nötigen Grundlagen in einem formellen Gesetz schafft, darf er die Einsetzung regionaler Fachorgane und die Wahl von deren Mitgliedern auch einer regionalen Institution übertragen.

Festzuhalten bleibt in diesem Zusammenhang Folgendes: Ein allenfalls im Gesetz geschaffenes Wahlrecht der Regionalkonferenzen für die Mitglieder eines regionalen Fachorgans muss zwingend mit Vorgaben verbunden werden, welche die fachliche Qualifikation und die Unabhängigkeit der Mitglieder gewährleisten. Das Fachorgan ist nicht ein politisches Gremium, sondern ein Expertengremium. Es muss seine Gutachten entsprechend den Massstäben des betreffenden Fachs und mit völliger Unabhängigkeit abgeben (dazu auch hinten Ziffer 4.3.2).

4.2.4 Ergebnis

Der Kanton ist rechtlich befugt, mit Erlass der entsprechenden gesetzlichen Grundlagen den Regionalkonferenzen und den Planungsregionen die Möglichkeit zu geben, eigene, im Regionsgebiet tätige Kommissionen zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder einzusetzen und auf diese Weise für die gleiche öffentliche Aufgabe eine (regional beschränkte) Parallelstruktur neben der kantonalen OLK zu schaffen.

Zu den nötigen Rechtsgrundlagen gehören Vorgaben, welche die fachliche Qualifikation und Unabhängigkeit der Mitglieder der Kommission sicherstellen.

Erforderlich ist eine eindeutige Zuständigkeitsregelung im Gesetz. Es darf nicht möglich sein, dass Behörden oder private Bauherrschaften und Projektanten wählen können, welche Kommission – die OLK oder die regionale Kommission – sie mit einem Gutachten beauftragen.

Ermöglicht der Gesetzgeber die Schaffung regionaler Kommissionen zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder, darf er festlegen, dass nach der Einsetzung einer solchen Kommission diese alle Beurteilungsgeschäfte im Gebiet der Region übernimmt. Eine solche Regelung muss jedoch auf das erstinstanzliche Verfahren beschränkt werden. Für die Rechtsmittelverfahren und

³⁴ Eine Ausnahme besteht für regionale Überbauungsordnungen. Solche können gemäss Art. 98b BauG von Regionalkonferenzen erlassen werden (nicht aber von Planungsregionen).

die Bewilligungsverfahren nach Art. 16 und Art. 24 RPG ist – wegen des Untersuchungsgrundsatzes – die Befugnis Entscheidbehörde zu wahren, das gesamtkantonale Beurteilungsorgan, also die OLK, mit der Fachbeurteilung zu betrauen.

Das besondere Verfahren bei Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone (Art. 16 und Art. 24 RPG) wirft eine weitere rechtliche Frage auf. Von Bundesrechts wegen ist die Entscheidzuständigkeit einer gesamtkantonalen Behörde vorbehalten. Angesichts dieser beim Kanton konzentrierten Entscheidzuständigkeit scheint es fragwürdig, dass die Beurteilung von Fachfragen des Orts- und Landschaftsschutzes einer bloss regional tätigen und von Regionsorganen bestellten Kommission überlassen werden darf. Nach meiner Auffassung geht die Tragweite von Art. 25 Abs. 2 RPG jedoch nicht so weit, dass die Einsetzung regionaler Beurteilungsorgane bundesrechtlich verboten wäre.

4.3 Sind regionale Kommissionen sachlich sinnvoll?

4.3.1 Fragestellung

Gemäss Gutachtensfrage 1.a ist neben der rechtlichen Zulässigkeit weiter zu prüfen, ob die Schaffung regionaler Fachkommissionen zur Begutachtung von Fragen des Ortsbilda- und Landschaftsschutzes sachlich sinnvoll ist.

Die Kriterien, nach denen diese Prüfung zu erfolgen hat, sind nur beschränkt objektivierbar. Der Entscheid darüber, ob ausreichende und durchschlagende Gründe für regionale Fachkommissionen bestehen, hängt stark von politischen Einstellungen und Präferenzen ab. Als Gutachter kann ich die gestellte Frage nur anhand von Kriterien prüfen, die nicht von vornherein einen überwiegend politischen Charakter haben. Geeignet in diesem Sinn sind die Kriterien:

- Eignung der Massnahme zur Erreichung der verfolgten Zwecke (Ziffer 4.3.2 und 4.3.3);
- Notwendigkeit der Massnahme zur Erreichung der verfolgten Zwecke (Ziffer 4.3.4);
- Wirtschaftlichkeit der Massnahme (Ziffer 4.3.5).

4.3.2 Eignung der Massnahme zur Erreichung der verfolgten Zwecke: Berücksichtigung regionaler Belange

Anlass für die Einreichung der Motion Josi gibt offenbar eine Unzufriedenheit in gewissen Regionen des Kantons mit dem Inhalt der von der OLK abgegebenen Gutachten. Aus Sicht der Regionen scheinen die Gutachten zu wenig auf die Bedürfnisse und Anliegen der Bauherrschaften / Projektanten und der Region Rücksicht zu nehmen. Von einer Fachkommission, deren Mitglieder durch die Planungsregionen bzw. Regionalkonferenzen gewählt werden³⁵, erwarten die Motionäre vermutlich mehr Verständnis für regionale Belange.

Ausschlaggebend in diesem Zusammenhang ist jedoch, dass die Aufgabe eines Fachgremiums die Bewertung und Einordnung eines baulichen oder planerischen Vorhabens *nach den Krite-*

³⁵ Motion Josi, Ziffer 1.

rien dieser Fachsparte ist. Eine Kommission zur Begutachtung der Orts- und Landschaftsbilder hat Aussagen darüber zu machen, wie sich das zu prüfende Projekt auf die Landschaft und das Ortsbild auswirken würde und, je nach Situation, mit welchen Massnahmen und Projektänderungen negative Auswirkungen vermieden oder minimiert werden könnten. Es liegt ausserhalb der Aufgabe des Fachgremiums – und wäre angesichts der ihm zugewiesenen Aufgabe unzulässig –, in die Beurteilung Aspekte einfliessen zu lassen, die in den Bereich der regions-eigenen Interessen oder der persönlichen Interessen der in der Region ansässigen Menschen und Betriebe gehören. Die korrekte Aufnahme und Berücksichtigung solcher Anliegen ist – soweit rechtlich dafür Raum besteht – der Behörde vorbehalten, die den Entscheid trifft.

Die Fachkommission darf regionale Aspekte nur soweit in ihre Beurteilung einbeziehen, als sie einen direkten Bezug zum Orts- und Landschaftsbild haben. Solche Aspekte sind etwa die regionale Siedlungsstruktur, die regionale Gebäudetypologie, die Ausprägung der regionalen Wirtschaft auf Ortsbild und Landschaft. Um diese Aspekte adäquat zu berücksichtigen, eignen sich ein regionales Beurteilungsorgan und die OLK mit ihrer Gliederung in regionale Untergruppen gleich gut. Damit ist aber auch gesagt, dass ein Bedürfnis für ein zusätzliches regionales Beurteilungsorgan neben der OLK nicht ausgewiesen ist.

4.3.3 Eignung der Massnahme zur Erreichung der verfolgten Zwecke: Projekte ausserhalb der Bauzone

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass aus rechtlicher Sicht eine Regionalisierung der Fachbeurteilung im Sinn der Motion Josi zu Fragen führt, wenn es um Vorhaben für Bauten ausserhalb der Bauzone geht. Nach meiner Auffassung ist eine solche Regionalisierung rechtlich jedoch zulässig (vgl. Ziffer 4.2.2.f).

Klarer ist für mich der Befund auf die Frage, ob die Regionalisierung in Berücksichtigung dieses Aspekts *sachlich sinnvoll* ist. Ich verneine die Frage.

Die Entscheidzuständigkeit liegt in diesen Fällen aufgrund der bundesrechtlich zwingenden Vorgabe von Art. 25 Abs. 2 RPG bei einer einzigen kantonalen Instanz, dem AGR (vorne Ziffer 4.2.2.f). Das AGR muss seine Entscheidungen nicht zuletzt mit Blick auf die Verhältnisse des ganzen Kantons treffen. Angesichts der gebotenen gesamtkantonalen Perspektive erachte ich es als sachlich richtig, dass die jeweilige Fachbeurteilung bezüglich Ortsbild und Landschaft ebenfalls durch ein Organ vorgenommen wird, welches gesamtkantonalen Charakter hat und aus Kenntnis der Verhältnisse im ganzen Kanton amtiert. Ein rein regionales Beurteilungsorgan kann diese Aufgabe nicht wahrnehmen; es ist dafür nicht geeignet.

Soweit es also um Fälle des Bauens ausserhalb der Bauzone geht, erachte ich die Übertragung von Zuständigkeiten auf regionale Fachkommissionen als sachlich verfehlt.

4.3.4 Notwendigkeit der Massnahme zur Erreichung der verfolgten Zwecke

In Ziffer 4.4 hinten wird ausgeführt, dass die Gemeinden heute über die Möglichkeit verfügen, leistungsfähige eigene Fachstellen einzusetzen, welche die Vereinbarkeit eines Bauvorhabens

oder einer Planung mit dem Landschafts- und Ortsbildschutz beurteilen. Wenn eine solche örtliche Fachstelle die Beurteilung vornimmt, wird die OLK nicht mehr beigezogen.

Angesichts dieser Befugnis der Gemeinden lässt sich ein Bedürfnis für regionale Fachstellen nicht mehr erkennen. Das Bedürfnis ist umso weniger gegeben, als mehrere Gemeinden auch zusammen eine solche Fachstelle schaffen und sich in deren Kosten teilen können. Die Gemeinden haben damit die Wahl, die Klärung von Beurteilungsfragen bezüglich des Ortsbild- und Landschaftsschutzes weiterhin der OLK oder aber einem von ihnen eingesetzten örtlichen – und eventuell auch überkommunalen – Fachorgan zu übertragen.

Etwas Weiteres kommt hinzu: Die gesamtkantonale OLK wie auch gemeindliche Fachstellen passen als Beurteilungsorgan in die geltende Struktur der Entscheidzuständigkeiten und der Verfahren hinein (vgl. vorne Ziffer 4.2.3). Zuständig für die Erteilung von Baubewilligungen und für den Erlass von Nutzungsplänen sind der Kanton und die Gemeinden. Entsprechend macht es grundsätzlich Sinn, beim Kanton und bei den Gemeinden ein gutachterlich tätiges Fachorgan einzusetzen.

Anders ist die Ausgangslage bei den Regionalkonferenzen und Planungsregionen. Im Baubewilligungsverfahren kommt ihnen keine Funktion zu. In der Nutzungsplanung haben Regionalkonferenzen (nicht aber Planungsregionen) die beschränkte Kompetenz, regionale Überbauungsordnungen zu erlassen (Art. 98b BauG). Weitergehende Aufgaben raumplanerischer Art nehmen die Regionalkonferenzen und Planungsregionen einzig in der regionalen Richtplanung wahr. Gesamthaft gesehen erfüllen sie also – mit der seltenen Ausnahme einer regionalen Überbauungsordnung – kaum Aufgaben, bei denen der Beizug einer Fachkommission in Frage käme. Auch unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die Schaffung regionaler Fachkommissionen als unnötig.

Es besteht damit keine Notwendigkeit, um rechtliche Grundlagen für *regionale* Fachkommissionen zu schaffen, welche die Verträglichkeit von Bauprojekten und Nutzungsplanungen mit dem Orts- und Landschaftsbild begutachten.

4.3.5 Wirtschaftlichkeit

Die Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1) stellt in Art. 101 allgemeine Grundsätze für die Finanzordnung auf. Gemäss Absatz 1 soll der Finanzhaushalt sparsam, wirtschaftlich sowie konjunktur- und verursachergerecht geführt werden. Die Verpflichtung zur Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung bedeutet insbesondere, dass die kantonalen Aufgaben kostengünstig erfüllt werden und dass von Doppelspurigkeiten abgesehen wird.

Die Schaffung paralleler Fachkommissionen in den Regionen würde merkbare Mehrkosten nach sich ziehen. Die Kosten würden sich noch erhöhen, wenn – gemäss der überwiesenen Ziffer 4 der Motion Josi – eigenständige (d.h. von der Organisationsstruktur der Regional-

konferenz losgelöste) Sekretariate für die regionalen Fachkommissionen eingerichtet werden müssten. Gemäss Motion Josi sollen alle Kosten vom Kanton getragen werden³⁶.

Die in den Ziffern 4.3.2 – 4.3.4 dargelegten Überlegungen führen zum Schluss, dass kein ausreichender Anlass für die Duplizierung der OLK durch parallele Fachorgane in der Region mit dem gleichen Aufgabenkreis wie die OLK besteht. Die fachliche Qualität der Beurteilungen, welche die OLK abgibt, ist nicht bestritten; es besteht kein fachlicher Missstand, der nach Behebung ruft.

Für die Schaffung zusätzlicher regionaler Beurteilungsorgane, welche die identische Aufgabe wie die OLK erfüllen würden, fehlt deshalb nach meiner Auffassung ein ausgewiesenes öffentliches Interesse. Nach meinem Dafürhalten widerspricht der finanzielle Mehraufwand, den die Massnahme nach sich ziehen würde, dem Gebot eines wirtschaftlichen Finanzgebarens des Staats.

4.3.6 Ergebnis

Aufgrund der vorstehenden Überlegungen beurteile ich die Schaffung regionaler Fachkommissionen für die Pflege der Orts- und Landschaftsbilder insgesamt als sachlich nicht sinnvoll.

4.4 Alternativen?

Gemäss der Gutachtensfrage 1.b ist zu prüfen, welche Alternativen zur Schaffung regionaler Fachorgane für die Beurteilung der Ortsbild- und Landschaftsverträglichkeit eines Projekts oder einer Planung denkbar sind.

Eine valable Alternative zu regionalen Fachstellen existiert heute bereits. Art. 22a Abs. 4 des Baubewilligungsdekrets ermächtigt die Gemeinden, „leistungsfähige örtliche Fachstellen“ einzusetzen mit der Aufgabe, die Verträglichkeit eines Bauprojekts oder einer Planung mit dem Orts- und Landschaftsbild zu begutachten. Sobald die vom Grossen Rat am 13. September 2022 beschlossene Revision des Baugesetzes in Kraft tritt, wird diese Möglichkeit auf der Stufe des formellen Gesetzes geregelt sein, in Art. 10 Abs. 5 Bst. a.

Ist eine örtliche Fachstelle eingerichtet, wird die OLK in einem gemeindlichen Baubewilligungsverfahren und – nach dem Inkrafttreten der Baugesetzrevision vom September 2022 – auch in einem gemeindlichen Planerlassverfahren nicht mehr beigezogen.

Die Leistungsfähigkeit einer örtlichen Fachstelle muss allerdings sichergestellt sein. Sie misst sich an Voraussetzungen, die in einem Rechtssatz definiert werden müssen. Das heisst, dass die einzelnen Mitglieder festgelegte Anforderungen bezüglich Ausbildung und Vertrautheit mit der Materie erfüllen müssen und dass sie unabhängig sind.³⁷ Die Unabhängigkeit des Gremiums als Ganzes muss ebenfalls gewährleistet sein.

³⁶ Motion Josi, Ziffer 2 Satz 2.

³⁷ Dazu auch Zaugg/Ludwig, Kommentar Baugesetz, N. 9a zu Art. 9–10.

Jede Gemeinde kann eine solche eigene Fachstelle einsetzen. Möglich ist auch, dass mehrere Gemeinden gemeinsam sie schaffen. Dies haben beispielsweise die Gemeinden Bremgarten, Kirchlindach, Meikirch und Wohlen getan³⁸.

Die Kosten einer örtlichen Fachstelle tragen grundsätzlich die Gemeinden, welche sie schaffen. Jedoch werden in den Baubewilligungsverfahren die anfallenden Kosten – so auch die Kosten für Gutachten – im Sinn des Verursacherprinzips den Baugesuchstellern auferlegt; Art. 52 BewD³⁹.

5. GUTACHTENSFRAGE 2: ORGANISATION / ZUORDNUNG DES OLK-SEKRETARIATS

5.1 Sekretariat der OLK: Aktuelle Situation

5.1.1. Seit die OLK geschaffen wurde, ist ihr ein Sekretariat beigegeben⁴⁰. Dieses ist in die kantonale Zentralverwaltung eingegliedert, seit 1996 im Amt für Gemeinden und Raumordnung AGR⁴¹.

5.1.2 Der Regierungsrat hat die praktisch-administrative Situation des Sekretariats in seiner Antwort vom 8. September 2021 (RRB 1055/2021) auf eine Interpellation von Grossrat Wandfluh vom 18. März 2021 (Vorstoss Nr. 025-2021) dargestellt. Als Sekretäre der Gesamtkommission und der einzelnen Untergruppe amten Mitarbeiter der Abteilung Bauen des AGR (zwei Personen aus dem Abteilungssekretariat und vier Bauinspektoren, letztere als Sekretäre einer

³⁸ Siehe das Merkblatt "Fachberatung Baugestaltung der Gemeinden Wohlen, Meikirch, Bremgarten und Kirchlindach" (ohne Datum; abgerufen am 13. November 2022 auf der Homepage der Gemeinde Kirchlindach), sowie – als Beispiel – Baureglement Kirchlindach vom 22. Juni 2010, Art. 42.

³⁹ Siehe Zaugg/Ludwig, Kommentar Baugesetz, N. 18 zu Art. 38–39, besonders Buchstabe c. Die Finanzierung von Planungen ist in Art. 138–140 BauG geregelt. Für den Erlass von Nutzungsplänen, namentlich von Überbauungsordnungen, bietet es sich an, vorgängig mit einer Planungsvereinbarung die Aufteilung der Kosten zwischen dem planenden Gemeinwesen und den Personen, in deren Interesse die Planung geschieht, festzulegen.

⁴⁰ Art. 7 der geltenden OLKV. – Erstmals aufgeführt ist das Sekretariat in der Verordnung vom 10. August 1977 über die kantonale Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder, Art. 2 Abs. 4 (Gesetze, Dekrete und Verordnungen des Kantons Bern 1977, S. 141); vorne Ziffer 2.2.2.

⁴¹ OLKV vom 27. Oktober 2010 (BSG 426.2021), Art. 7. – Die OLK ist, wie auch einige andere Kommissionen, der Direktion für Inneres und Justiz zugeordnet; Art. 5 Abs. 1 Bst. d der Verordnung über die Organisation und die Aufgaben der Direktion für Inneres und Justiz vom 18. Oktober 1995 (BSG 152.221.131). Ursprünglich war das OLK-Sekretariat der kantonalen Baudirektion – dem damaligen Bauinspektorat – angeschlossen; Verordnung vom 10. August 1977, Art. 2 Abs. 4. Auch noch gemäss der OLK-Verordnung vom 21. Dezember 1983 wurde das Sekretariat «vom kantonalen Raumplanungsamt (Bauinspektorat) geführt», Art. 3 Abs. 4; Gesetze, Dekrete und Verordnungen des Kantons Bern 1983, S. 420 f.

OLK-Gruppe). Diese Mitarbeiter nehmen innerhalb des Amts primär andere Aufgaben wahr; die Besorgung eines der OLK-Sekretariate ist eine Nebenfunktion.

Die Kommissionsberichte werden ausschliesslich von Mitgliedern der OLK geschrieben, nicht von den Personen, die das OLK-Sekretariat betreuen. Der Regierungsrat führt in seiner Antwort auf die Fragen 4 und 5 der Interpellation Wandfluh diesbezüglich das Folgende aus:

„4. Die fachlich begründete Einschätzung erfolgt durch die für das Gebiet zuständige OLK-Gruppe. Das sind pro OLK-Gruppe sechs bis sieben ausgewiesene Fachpersonen aus den Bereichen Architektur, Landschaftsarchitektur, Kunst- und Architekturhistorik sowie Raumplanung und Städtebau. Die OLK-Berichte werden in der Regel von zwei OLK-Mitgliedern geschrieben, von den übrigen Mitgliedern in der Gruppe freigegeben und von der zuständigen Präsidentin oder dem zuständigen Präsidenten der OLK-Gruppe unterschrieben und an das Sekretariat weitergeleitet. Am Fachentscheid sind ausschliesslich AGR-externe Fachpersonen beteiligt.

Die OLK-Gruppensekretäre traktandieren die Geschäfte, stellen die erforderlichen Grundlagen zusammen (wie Normen, Bauvorschriften usw.), organisieren die Sitzungen sowie allfällige Augenscheine und führen das Sitzungsprotokoll. Die zwei Personen im zentralen OLK-Sekretariat sorgen für den Versand der Berichte, die Ablage, die Verrechnung an die Leitbehörde sowie die Entschädigung der Kommissionsmitglieder.

5. [...] [D]ie Sekretäre der OLK haben lediglich organisatorische, koordinative und administrative Aufgaben und üben keinen Einfluss auf die fachlichen Entscheide der OLK aus. Sie haben auch keine Möglichkeiten dazu, denn die fachlichen Entscheide und deren Freigabe erfolgen ausschliesslich durch die Mitglieder der OLK-Gruppe.“

5.1.3 Die Grossrätinnen und Grossräte, welche die Motionen Josi und Speiser-Niess eingereicht haben, sehen in der Nähe des Kommissionssekretariats zur Zentralverwaltung und namentlich zum AGR die Gefahr einer institutionellen Befangenheit und ständiger Interessenkonflikte.

Die Motion Josi verlangt in der – vom Grossen Rat als Motion überwiesenen – Ziffer 4:

„Das Sekretariat einer OLK-Gruppe darf nicht durch eine Person geführt, die zugleich für das AGR tätig ist“⁴².

Die Motion Speiser-Niess fordert eine Untersuchung der „Problematik der Vorbefassung, weil der Sekretär der OLK zugleich für das AGR die Einhaltung der Zonenkonformität prüft bzw. die Ausnahmegewilligung nach Artikel 24 ff. RPG erteilt“⁴³.

Die zweite Gutachtensfrage bezieht sich auf diese Anträge. Es soll geprüft werden, „welche rechtlich und sachlich überzeugenden Alternativen [es] gäbe [...] und welche Vor- und Nachteile [...] die denkbaren Alternativen [hätten]“.

⁴² Im zweiten Satz von Ziffer 4 verlangt die Motion Josi auch für den Fall, dass regionale Fachkommissionen geschaffen würden, die personelle Trennung zwischen Kommissionssekretariat und der jeweiligen Planungsregion bzw. Regionalkonferenz.

⁴³ Vgl. den Wortlaut der Motion vorne Ziffer 1.1.2.

5.2 Ausstandsregelung im bernischen Recht

5.2.1 Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV) gibt jeder Person für alle Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen einen Anspruch „auf gleiche und gerechte Behandlung“. Art. 30 Abs. 1 BV präzisiert diesen Anspruch für die *gerichtlichen* Verfahren, indem er ausdrücklich verlangt, dass das Gericht unabhängig und unparteiisch ist. Das kantonale Recht muss diese Vorgaben der Bundesverfassung adäquat umsetzen, namentlich mit Regeln für den Ausstand und die Ablehnung.

5.2.2 Im Kanton Bern ist dies für den Bereich des öffentlichen Staatshandelns und der Verwaltungsrechtspflege mit Art. 59 des Personalgesetzes vom 15. September 2004 (PG; BSG 153.01) und mit Art. 9 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (VRPG; BSG 155.21) geschehen.

Die Ausstandsregelung des bernischen Personalgesetzes hat folgenden Wortlaut:

Art. 59 Ausstandspflicht

„¹ Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die an einer Verfügung, einem Entscheid oder einem Beschluss mitwirken, treten in den Ausstand, wenn sie

- a in der Sache ein persönliches Interesse haben,
- b an einem Vorentscheid mitgewirkt haben,
- c mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, eingetragene Partnerschaft, faktische Lebensgemeinschaft oder Adoption verbunden sind, wobei die Auflösung der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft den Ausstandsgrund nicht aufhebt,
- d die gesetzlichen Voraussetzungen für das Amt nicht mehr erfüllen,
- e eine Partei vertreten haben oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig gewesen sind,
- f aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten.“

² Im Übrigen gilt das Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG).“

In Art. 9 VRPG (Überschrift: „Ausstand und Ablehnung“) ist im vorliegenden Zusammenhang Absatz 1 massgebend mit folgenden Wortlaut:

„¹ Eine Person, die eine Verfügung oder einen Entscheid zu treffen oder vorzubereiten oder als Mitglied einer Behörde zu amten hat, tritt in den Ausstand, wenn sie

- a in der Sache ein persönliches Interesse hat;
- b am Vorentscheid mitgewirkt hat;
- c mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis dem dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, Kindesannahme, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbunden ist, wobei die Auflösung der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft den Ausstandsgrund nicht aufhebt;
- d eines gesetzlichen Erfordernisses für das Amt verlustig geht;
- e eine Partei vertritt oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig war;
- f aus andern Gründen in der Sache befangen sein könnte.“

Die Ausstandsregelungen der beiden Gesetze sind sehr ähnlich, decken sich aber nicht ganz. Welche Regelung im konkreten Fall massgebend ist, bestimmt sich nach dem Geltungsbereich der Gesetze. Nach meinem Verständnis ist das Personalgesetz *lex generalis* im Verhältnis zum Verwaltungsrechtspflegegesetz als *lex specialis*. Das VRPG gilt nur für *Verfahren der Verwaltungsrechtspflege*.

5.2.3 Die Tätigkeit eines kantonalen Fachberatungsorgans wie der OLK charakterisiert sich dadurch, dass das Organ zwar in Form von Begutachtungen einen relevanten Beitrag zu einem verbindlichen Entscheid leistet, selber aber keinen Entscheid fällt. Die Entscheidzuständigkeit liegt bei anderen Behörden, nämlich bei der Baubewilligungsbehörde oder beim kommunalen oder kantonalen Organ, das eine Planung festsetzt⁴⁴. Die Lehre ist sich aber darin einig, dass auch die Mitglieder der OLK für ihre Begutachtungstätigkeit den Ausstandsregeln von Art. 59 PG und Art. 9 VRPG unterstehen⁴⁵. Denn die Ausstandspflicht gilt für alle Personen, „die auf das Zustandekommen des Verwaltungsakts Einfluss nehmen können und eine effektive Verantwortung tragen“⁴⁶.

Dies hat für die Mitglieder der OLK zur Folge, dass sie in den Ausstand treten müssen – also an der Beurteilung des betreffenden Falls nicht mitwirken dürfen –, wenn eine der im Gesetz umschriebenen Situationen eintritt. Praktisch bedeutsam sind die Fälle eines persönlichen Interesses an der Sache oder des Vorliegens anderer Gründe, die zu einer Befangenheit in der Sache führen könnten.

5.3 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des AGR mit Funktionen im Sekretariat der OLK

5.3.1 Fragestellung in den Motionen Josi und Speiser-Niess

Entsprechend der administrativen Zuordnung der OLK zum AGR werden heute die Sekretariatsarbeiten der Gesamtkommission und der drei regionalen Gruppen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Amts übernommen. Diese Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nehmen daneben weitere Aufgaben im Tätigkeitsbereich des AGR wahr (vorne Ziffer 5.1.2).

⁴⁴ Die Tätigkeit einer Fachkommission löst keine Rechtswirkungen aus; sie ist eine Hilfstätigkeit auf dem Weg zu einem Entscheid. Die Verwaltungsrechtswissenschaft ordnet solche Aktivitäten den sogenannten Realakten zu; Tschannen/Zimmerli/Müller, S. 393 ff; von Büren, Kommentar Art. 9 VRPG, N. 10. Die Tätigkeit der OLK fällt unter die «verfügungsbezogenen Realakte», Tschannen/Zimmerli/Müller, S. 399.

⁴⁵ So ausdrücklich für die OLK Daum, Kommentar, N. 9 zu Art. 2 VRPG. Weniger eindeutig v. Büren, Kommentar Art. 9 VRPG, Noten 7–10. Nach Zaugg/Ludwig richtet sich die Ausstandspflicht der OLK-Mitglieder nach Art. 59 i.V.m. Art. 2 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 7 des bernischen Personalgesetzes (PG; BSG 153.01); Kommentar Baugesetz, N. 9c *in fine* zu Art. 9–10.

Wie in Ziffer 5.2.2 dargelegt, gilt das VRPG für *Verfahren der Verwaltungsrechtspflege*, also für Verfahren, die zu einem Entscheid, namentlich zu einer Verfügung führen. Hier kommt Art. 9 VRPG zur Anwendung. Ausserhalb dieses Bereichs unterstehen die OLK-Mitglieder der Regelung des Personalgesetzes. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Kommission rein *beratende* Funktionen für den Kanton oder Private im Sinn von Art. 10 Abs. 3 und 4 BauG wahrnimmt.

⁴⁶ von Büren, Kommentar Art. 9 VRPG, N. 7.

Zu den wichtigen Aufgaben des AGR gehört es andererseits, als kantonale Behörde im Sinn von Art. 25 Abs. 2 RPG für alle Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone zu entscheiden, "ob sie zonenkonform sind oder ob für sie eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann"⁴⁷.

Die Motionen Josi und Speiser-Niess bringen die Auffassung zum Ausdruck, der Umstand, dass das Sekretariat der OLK in das Amt für Gemeinden und Raumordnung eingeordnet ist, führe als solcher zu einer Befangenheit. Die Untersuchung, welche in der Motion Speiser-Niess verlangt wird, thematisiert spezifisch die „Problematik der Vorbefassung, weil der Sekretär der OLK zugleich für das AGR die Einhaltung der Zonenkonformität prüft bzw. die Ausnahmegewilligung nach Artikel 24 ff. RPG erteilt“⁴⁸.

5.3.2 Keine generelle Befangenheit aus der Wahrnehmung von Sekretariatsfunktionen bei der OLK durch Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des AGR

Wird ein verwaltungsexternes Beurteilungsorgan administrativ einer Organisationseinheit der Zentralverwaltung zugewiesen, führt dies bei den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, welche Arbeiten sowohl für die Einheit als auch für das externe Organ ausführen, nicht zu einer generellen Befangenheit im Sinn von Art. 9 oder von Art. 59 PG. Eine generelle Befangenheit tritt auch nicht ein, wenn die betreffende Organisationseinheit in ihrem Zuständigkeitsbereich Entscheidungen mit Aussenwirkung trifft. Befangenheit im Rechtssinn setzt spezifische Gründe von der Art voraus, wie sie in Art. 59 PG und Art. 9 VRPG genannt sind.

Die Forderung der Motion Josi nach einer durchgehenden personellen Trennung zwischen dem Sekretariat der OLK und dem AGR findet im geltenden Recht keine Grundlage. Die heutige Zuordnung der OLK zum Amt für Gemeinden und Raumordnung und die Besorgung des Kommissionssekretariats durch Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Amtes ist rechtlich einwandfrei.

Die Forderung nach einer Trennung lässt sich jedoch mit ausserrechtlichen Argumenten begründen, so mit der Governance-Überlegung, dass keine personellen Verflechtungen zwischen der Kommission mit Einschluss ihres Sekretariats und dem für raumplanerische Belange zuständigen kantonalen Amt bestehen sollen. Die Entscheidung über die Ausgestaltung und Zuordnung eines Fachorgans wie der OLK hat insofern auch eine legitime politische Seite.

5.3.3 Situation einer Vorbefassung des OLK-Sekretärs / der OLK-Sekretärin wegen Involvierung in die Entscheidungsfindung bei Fällen von Art. 24 ff RPG

Die von der OLK abgegebenen Gutachten enthalten eine Beurteilung, welche auf den zu treffenden Entscheid einen relevanten, oft ausschlaggebenden Einfluss hat. In der Regel weichen

⁴⁷ Art. 25 Abs. 2 RPG; ferner Art. 84 Abs. 1 BauG in Verbindung mit Art. 12 Bst. e der Verordnung über die Organisation und die Aufgaben der Direktion für Inneres und Justiz vom 18. Oktober 1995 (BSG 152.221.131). Vgl. vorne Ziffer 4.2.2.f.

⁴⁸ Vgl. den Wortlaut der Motion vorne Ziffer 1.1.2.

die Entscheidbehörden nicht von einer überzeugenden Begutachtung der Fachkommission ab⁴⁹.

Wären Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des AGR, welche für die OLK Sekretariatsarbeiten besorgen, auch mit der Aufgabe betraut, den Entscheid über ein Baugesuch gemäss Art. 24 ff RPG vorzubereiten und als Entwurf zu formulieren, oder könnten sie in anderer Weise auf diese Entscheide einwirken, bestünde die Gefahr, dass die Funktionen der fachlichen Beurteilung und der Entscheidung nicht mehr getrennt sind. Eine solche Trennung ist aber rechtsstaatlich unerlässlich.

In der beschriebenen Situation ist nach meiner Beurteilung der Tatbestand von Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG erfüllt⁵⁰: Es besteht unausweichlich ein Anschein der Befangenheit. Daraus ergibt sich die Forderung, dass zwischen dem Sekretariat der OLK und dem Kreis jener Personen, die innerhalb des AGR Entscheidungen nach Art. 24 ff RPG vorbereiten und treffen, eine vollständige personelle Trennung sichergestellt sein muss.

5.4 Diskussion von Alternativen

5.4.1 Ausgangslage

Die in den Ziffern 5.1 bis 5.3 gemachten Überlegungen führen mich gesamthaft zum Befund, dass keine rechtlichen Vorschriften es verbieten, das OLK-Sekretariat durch Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter des AGR führen zu lassen. Zwingend sichergestellt sein muss bei dieser Organisation aber, dass zwischen dem Sekretariat der OLK und den Personen, die innerhalb des AGR Entscheidungen nach Art. 24 ff RPG vorbereiten und treffen, eine vollständige personelle Trennung besteht.

Es kann jedoch politische Gründe oder Gründe der Governance geben, um das OLK-Sekretariat aus dem AGR herauszulösen.

Im Fall der Herauslösung aus dem AGR stellt sich die Frage, ob das Sekretariat ganz ausserhalb der Kantonsverwaltung angesiedelt oder ob es zwar in der Kantonsverwaltung belassen, aber in eine besser geeignete Organisationseinheit verschoben werden soll.

5.4.2 OLK-Sekretariat ausserhalb der Kantonsverwaltung

Diese Lösung hat den Vorzug, dass die Gefahr von Interessenkonflikten und von Befangenheit bestmöglich vermieden wird.

⁴⁹ Vgl. Daum, Kommentar zu Art. 19 VRPG, N. 56 und 58.

⁵⁰ Weil es um den Erlass einer Verfügung geht, kommt in dieser Konstellation ausschliesslich Art. 9 VRPG zur Anwendung. Es liegt dabei nicht der Fall von Absatz 1 Buchstabe b vor. «Vor-entscheid» bezieht sich auf eine andere Situation, nämlich die Mitwirkung an einem Entscheid in unterer Instanz; von Büren, Kommentar zu Art. 9 VRPG, N. 18.

Praktisch gesehen könnte es sich als schwierig erweisen, für das Sekretariat geeignete selbstständig tätige Personen zu finden. Das Sekretariat beansprucht vermutlich kein volles Arbeitspensum. Die Sekretärin / der Sekretär der OLK müsste daneben noch einer weiteren Tätigkeit nachgehen. Diese Lösung wird im Übrigen fast sicher teurer sein als die Eingliederung des Sekretariats in der Kantonsverwaltung.

Ausserhalb der Kantonsverwaltung, aber innerhalb der Staatsorganisation steht die Justizleitung des Kantons Bern. Eine Angliederung des OLK-Sekretariats an diese Behörde wäre zu prüfen.

5.4.3 OLK-Sekretariat an anderer Stelle innerhalb der Kantonsverwaltung

Es ist rechtlich zulässig, die Sekretariate der OLK-Gruppen und der Gesamtkommission administrativ in der kantonalen Zentralverwaltung einzugliedern. Der Umstand allein, dass die Personen, welche das Sekretariat besorgen, auch Angehörige der Zentralverwaltung sind, begründet keine institutionelle Befangenheit.

Ausser Betracht für eine Eingliederung fallen neben der Direktion für Inneres und Justiz (zu der das AGR gehört) allerdings noch weitere Direktionen. Denn auch bei ihnen besteht eine Situation der Nähe bzw. der institutionellen Befangenheit, die zu den gleichen Bedenken führen könnte, welche heute für das Verhältnis AGR / OLK erhoben werden. Es sind dies:

- o die Bau- und Verkehrsdirektion: Sie ist die erstinstanzliche Beschwerdeinstanz in Bausachen.
- o die Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion: Zu ihr gehört das Amt für Landwirtschaft und Natur.
- o die Bildungs- und Kulturdirektion: Ihr ist die kantonale Denkmalpflege angegliedert.

Keine vergleichbaren Hindernisse bestehen in den übrigen Direktionen. Hier ist eine Angliederung möglich, so namentlich in der Finanzdirektion und in der Sicherheitsdirektion, ferner in der Staatskanzlei.

6. BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

6.1 Frage 1

Frage 1:

- "1.a) Ist es rechtlich zulässig und sachlich sinnvoll, wenn die Regionalkonferenzen (gemeinderechtliche Körperschaften) bzw. Planungsregionen (privatrechtliche Vereine) aus Fachleuten zusammengesetzte Fachkommissionen zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder im Baubewilligungsverfahren und im Planerlassverfahren einsetzen?
- 1.b) Wenn nein, welche Alternativen sind denkbar?"

Rechtliche Zulässigkeit regionaler Fachkommissionen?

Die Schaffung regionaler Fachkommissionen für die Beurteilung der Verträglichkeit von Bauprojekten und Planungen mit dem Orts- und Landschaftsbild ist rechtlich zulässig.

Der Kanton muss dafür die Grundlagen in einem Gesetz schaffen. Er hat dabei die Vorgaben einzuhalten, welche das Bundesrecht macht (Ziffer 4.2.2).

Die Befugnis zur Einsetzung einer regionalen Fachkommission kann den Regionalkonferenzen und den Planungsregionen eingeräumt werden.

Eine regionale Fachkommission muss bezüglich ihrer Mitglieder die Anforderungen der fachlichen Qualifikation und der Unabhängigkeit einhalten.

Erforderlich ist eine eindeutige Zuständigkeitsregelung im Gesetz. Bei der Festlegung der Zuständigkeiten darf der Gesetzgeber festlegen, dass die regionalen Fachkommissionen alle Beurteilungsgeschäfte im Gebiet der Region wahrnehmen. Diese Regelung muss jedoch auf das erstinstanzliche Verfahren beschränkt werden.

Sind regionale Fachkommissionen sachlich sinnvoll?

Ich beurteile die Einsetzung regionaler Fachkommissionen als sachlich nicht sinnvoll.

Soweit die Einsetzung einer regionalen Fachkommission dazu dienen soll, im konkreten Fall regionseigene Interessen oder persönliche Interessen der in der Region ansässigen Menschen und Betriebe in die Beurteilung einfließen zu lassen, lässt sich dieser Zweck nicht erreichen. Die Aufgabe der Kommission ist die Bewertung und Einordnung eines baulichen oder planerischen Vorhabens. Diese Bewertung darf ausschliesslich nach den Kriterien der in der Kommission vertretenen Fachsparten vorgenommen werden. Nur soweit regionale Aspekte einen direkten Bezug zum Orts- und Landschaftsbild haben, ist es zulässig, dass die Kommission solche Aspekte in ihre Beurteilung einbezieht.

Sind bei Vorhaben für Bauten ausserhalb der Bauzone Gesichtspunkte des Ortsbild- und Landschaftsschutzes zu berücksichtigen, ist – in Übereinstimmung mit der beim Kanton konzentrier-

ten Entscheidzuständigkeit – eine Beurteilung aus gesamtkantonomaler Sicht nötig. Eine solche Beurteilung ist nur der OLK möglich.

Die Gemeinden haben die Möglichkeit, leistungsfähige eigene Fachstellen einzusetzen, welche Fragen der Ästhetik und der Vereinbarkeit eines Bauvorhabens oder einer Planung mit dem Landschafts- und Ortsbildschutz beurteilen. Wenn eine solche örtliche Fachstelle die Beurteilungen vornimmt, wird die OLK nicht mehr beigezogen. Angesichts dieser Befugnis der Gemeinden lässt sich ein Bedürfnis für regionale Fachstellen nicht mehr erkennen. Das Bedürfnis ist umso weniger gegeben, als mehrere Gemeinden auch zusammen eine solche Fachstelle schaffen können.

Die Schaffung von Fachkommissionen in den Regionen zöge merkbare Mehrkosten nach sich. Die Kommissionen würden die identische Aufgabe erfüllen wie die OLK oder, wo solche eingesetzt sind, die gemeindeeigenen Fachstellen. Für eine solche Duplizierung bereits bestehender Fachorgane fehlt ein ausgewiesenes öffentliches Interesse. Der finanzielle Mehraufwand widerspricht dem Gebot eines wirtschaftlichen Finanzgebarens des Staats.

Alternativen?

Der Gesetzgeber hat eine Alternative bereits geschaffen. Er ermöglicht den Gemeinden – oder auch mehreren Gemeinden zusammen – eine leistungsfähige örtliche Fachstelle einzusetzen. Tut dies eine Gemeinde oder tun das mehrere Gemeinden, steht es der örtlichen Fachstelle zu, die Verträglichkeit eines Bauprojekts oder einer Planung mit dem Orts- und Landschaftsbild zu begutachten.

6.2 Frage 2

Frage 2:

"Wenn das AGR keine Sekretariatsaufgabe für die OLK mehr wahrnehmen soll, welche rechtlich und sachlich überzeugenden Alternativen gäbe es (z.B. Angliederung an eine andere kantonale Direktion wie z.B. BVD, BKD, WEU oder Auslagerung / Verselbständigung) und welche Vor- und Nachteile hätten die denkbaren Alternativen?"

Die kantonale Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) ist administrativ bei der Direktion für Inneres und Justiz (DIJ), und innerhalb der Direktion beim Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) eingegliedert. Zu den Aufgaben des AGR gehört es, das Sekretariat der OLK zu führen. Praktisch bedeutet dies, dass die für die OLK anfallenden Sekretariatsarbeiten von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des AGR besorgt werden, wobei diese Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter innerhalb des Amts weitere Aufgaben erfüllen.

Die geschilderte Ordnung steht mit dem geltenden Recht in Übereinstimmung.

Obwohl die OLK keine Entscheidzuständigkeit hat, sondern ausschliesslich eine fachliche Beurteilung in den ihr zugewiesenen Geschäften abgibt, unterstehen ihre Mitglieder der kantonalen Regelung über den Ausstand und die Ablehnung in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten.

Diese Regelung ist in Art. 59 des Personalgesetzes bzw. in Art. 9 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes niedergelegt.

Der Umstand allein, dass das AGR das zuständige Amt für Fragen der Raumplanung ist und dass ihm insbesondere die Aufgabe obliegt, über alle Bauvorhaben zu entscheiden, welche ausserhalb der Bauzone erstellt werden sollen, begründet keinen Ausstandsgrund für die Tätigkeit von Mitarbeitenden des Amts im Sekretariat der OLK.

Unzulässig wäre es jedoch, wenn eine Person, welche Sekretariatsfunktionen bei der OLK wahrnimmt, auch Aufgaben der Prüfung oder Vorbereitung bei Entscheiden über Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone zu erfüllen hätte. Bei diesen Vorhaben gibt die OLK je nach Situation ein Gutachten ab. Auch wenn eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter des AGR nur administrative Sekretariatsarbeiten für die OLK ausführt, bestünde ein Anschein der Befangenheit für ihre / seine weitere Aufgabe im Zusammenhang mit der Vorbereitung oder Beurteilung der erwähnten Bauvorhaben (Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG). Zwischen dem Sekretariat der OLK und dem Kreis jener Personen, die innerhalb des AGR Entscheidungen nach Art. 24 ff RPG vorbereiten und treffen, muss eine vollständige personelle Trennung sichergestellt sein.

Die Angliederung des OLK-Sekretariats an die DIJ und das AGR ist nicht zwingend. Politische Gründe oder Gründe der Governance können Anlass geben, das OLK-Sekretariat anders – also ausserhalb des AGR – einzurichten.

Bei einer vollständigen Herauslösung des OLK-Sekretariats aus der Kantonsverwaltung wird die Gefahr von Interessenkonflikten und eventueller Befangenheit bestmöglich vermieden. Diese Lösung wird vermutlich kostenmässig die teuerste sein.

Möglich ist es, das OLK-Sekretariat in einer anderen Direktion des Kantons einzugliedern. Ausser Betracht fallen dabei (neben der DIJ) die Bau- und Verkehrsdirektion (wegen ihrer Aufgabe als erstinstanzliche Beschwerdesache in Bausachen), die Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion (weil dort das Amt für Landwirtschaft und Natur ALN eingegliedert ist, was eventuell zu einer als ungünstig beurteilten Nähe zwischen OLK und ALN führen könnte), und die Bildungs- und Kulturdirektion (zu welcher die kantonale Denkmalpflege gehört). Keine vergleichbaren Hindernisse bestehen bei einer Angliederung an eine der drei anderen Direktionen oder an die Staatskanzlei.

Prof. Dr. E. Riva

ZITIERTE LITERATUR

von Büren Lucie,
Kommentierung von Art. 9 VRPG,
in: Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege
des Kantons Bern (VRPG; BSG 155.21)
herausgegeben von R. Herzog und M. Daum
2. Auflage 2020, Bern
(zitiert von Büren, *Kommentar Art. 9 VRPG*).

Daum Michel,
Kommentierung mehrerer Artikel des VRPG,
in: Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege
des Kantons Bern (VRPG; BSG 155.21)
herausgegeben von R. Herzog und M. Daum
2. Auflage 2020, Bern
(zitiert Daum, *Kommentar Art. [xx] VRPG*).

Leimbacher Jörg,
Kommentierung der Art. 7 und 25 NHG,
in: Kommentar NHG Ergänzt um Erläuterungen zu JGS und BGF,
herausgegeben von P. M. Keller / J.-B. Zufferey / K. L. Fahrländer
2. Auflage 2019, Zürich Basel Genf
(zitiert Leimbacher, *Kommentar Art. XX NHG*).

Ruch Alexander,
Kommentierung von Art. 25 RPG,
in: Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren,
herausgegeben von H. Aemisegger / P. Moor / A. Ruch / P. Tschannen
2020, Zürich Basel Genf
(zitiert Ruch, *Kommentar Art. 25 RPG*).

Tschannen Pierre / Zimmerli Ulrich / Müller Markus,
Allgemeines Verwaltungsrecht
5. Auflage 2022, Bern
(zitiert: *Tschannen/Zimmerli/Müller, Verwaltungsrecht*).

Tschannen Pierre,
Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft
5. Auflage 2021, Bern
(zitiert: *Tschannen, Staatsrecht*).

Zaugg Aldo / Ludwig Peter,
Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 Kommentar,
Band I, 5. Auflage 2020, Bern,
(zitiert: *Zaugg / Ludwig, Kommentar Baugesetz, ...*).

ABKÜRZUNGEN

AGR	Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern
BauG	Baugesetz [des Kantons Bern] vom 9. Juni 1985 (BSG 721.0)
BewD	Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret) (BSG 725.1)
BGE	Bundesgerichtsentscheid [Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts Amtliche Sammlung]
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BV	Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101)
E.	Erwägung
i.V.M.	in Verbindung mit
N.	Note (in einem Gesetzeskommentar)
OLK	Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder
OLKV	Verordnung vom 27. Oktober 2010 über die kantonale Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (BSG 426.221)
GG	Gemeindegesetz [des Kantons Bern] vom 16. März 1998 (BSG 170.11)
PG	Personalgesetz vom 16. September 2004 (BSG 153.01)
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz; SR 700)
RPV	Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (SR 700.1)
SR	Systematische Gesetzessammlung des Bundesrechts
VRPG	Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (BSG 155.21)

INHALTSVERZEICHNIS

1.	Gegenstand des Gutachtens – Fragestellung	1
1.1	Überwiesene Motionen Josi (M 190-2021) und Speiser-Niess (M 184-2021)	1
1.2	Gutachtensauftrag	2
2.	Beizug von Fachkommissionen ausserhalb der Zentralverwaltung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben	3
2.1	Historische Tradition in der Schweiz	3
2.2	Die Schaffung der OLK	5
3.	Gegenwärtige Situation	8
3.1	Gesetzliche Grundlagen der OLK	8
3.2	Charakteristiken der Kommission	8
4.	Gutachtensfrage 1: Schaffung von regionalen Fachkommissionen mit gleicher Aufgabenstellung wie die OLK	10
4.1	Fragestellung	10
4.2	Rechtliche Zulässigkeit regionaler Kommissionen zur fachlichen Beurteilung der Verträglichkeit von Vorhaben mit dem Orts- und Landschaftsbild	11
4.3	Sind regionale Kommissionen sachlich sinnvoll?	18
4.4	Alternativen?	21
5.	Gutachtensfrage 2: Organisation / Zuordnung des OLK-Sekretariats	22
5.1	Sekretariat der OLK: Aktuelle Situation	22
5.2	Ausstandsregelung im bernischen Recht	24
5.3	Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des AGR mit Funktionen im Sekretariat der OLK	25
5.4	Diskussion von Alternativen	27
6.	Beantwortung der Gutachtensfragen	29
6.1	Frage 1	29
6.2	Frage 2	30
	Zitierte Literatur	32
	Abkürzungen	33
	Inhaltsverzeichnis	34