

ONNEN SCHILLING
RECHTSANWÄLTE

Bühlstrasse 15 Postfach CH-8201 Schaffhausen

Fax +41 52 624 52 95 www.anwalt-sh.ch

Mitglieder des Schweizerischen Anwaltsverbandes

Frau
Ursula Uttinger
Generalsekretärin der
Direktion des Innern des Kantons Zug
Neugasse 2
6300 Zug

Schaffhausen, den 16. Juni 2018 AM

**Kurzgutachten zu aktuellen Fragen der Denkmalschutz-
gesetzgebung des Kantons Zug**

Sehr geehrte Frau Generalsekretärin,
sehr geehrte Damen und Herren,

Sie haben mich beauftragt, im Zusammenhang mit der *Teilrevision des Zuger Denkmalschutzgesetzes* zu einigen *aktuellen Fragen* als Rechtsgutachter Stellung zu nehmen (vgl. Mail vom 6. Juni 2018 und schriftlicher Auftrag vom 7. Juni 2018). Es geht insbesondere darum, ob es rechtlich zulässig sei vorzuschreiben, dass eine *Unterschutzstellung* eines Denkmals *nur mit Zustimmung der Eigentümerschaft* verfügt werden kann. Überdies stellt sich die Frage, ob es zulässig sei, eine *Unterschutzstellung erst* zu ermöglichen, wenn das betreffende *Denkmal 70 Jahre alt* ist, und ob es möglich sei, eine *Unterschutzstellung* von den *finanziellen Möglichkeiten der Eigentümerschaft* abhängig zu machen. Ich nehme zu diesen

PROF. DR. IUR. ARNOLD MARTI

Rechtskonsulent/Rechtsanwalt

Telefon +41 52 620 32 75 marti@anwalt-sh.ch

Fragen Stellung, in dem ich zunächst *allgemeine Ausführungen* zur Kompetenzsituation im Bereich des Denkmalschutzes mache und dann die *konkreten Fragen* beantworte (vgl. auch das Literaturverzeichnis S. 15)

1. Kompetenzsituation im Bereich des Denkmalschutzes

1.1. Eigentliches Denkmalschutzrecht

Gemäss Art. 78 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) sind grundsätzlich die *Kantone zuständig* für die *Regelung des Natur- und Heimatschutzes* und damit auch für den *Denkmalschutz* (vgl. zum Begriff des Denkmalschutzes insbesondere *Engeler*, S. 6 ff., insbesondere S. 11 ff. und 51 ff., je mit weiteren Hinweisen). Die grundsätzliche Gesetzgebungszuständigkeit der Kantone wird jedoch durch die nachfolgenden Absätze von Art. 78 BV in verschiedener Hinsicht wesentlich eingeschränkt. Zunächst enthält Art. 78 Abs. 2 BV eine wichtige *Selbstverpflichtung des Bundes*: dieser hat nämlich bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes zu nehmen und die Landschaften, Ortsbilder, geschichtlichen Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler zu schonen und sie ungeschmälert zu erhalten, wenn das öffentliche Interesse es gebietet. Der Bund hat gestützt auf diese Verpflichtung im *Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz* vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451) in den Art. 2 - 17a Regelungen zum Schutz der Landschaften, Ortsbilder und Natur- bzw. Kulturdenkmäler erlassen, welche bei der Erfüllung von Bundesaufgaben i.S.v. Art. 2 NHG (Bundesbehördenverfahren oder kantonale Verfahren, welche weitgehend durch Bundesrecht geregelt sind) zu berücksichtigen sind. Neben der entsprechenden *Grundschnitznorm* von Art. 3 NHG hat der Bund insbesondere gestützt auf die Art. 5 ff. NHG *Bundesinventare* für *Schutzobjekte von nationaler Bedeutung* geschaffen, nämlich das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN; ab 1977), das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder von

nationaler Bedeutung (ISOS; ab 1981) und das Bundesinventar der historischen Verkehrswege der Schweiz (IVS; ab 2010). Diese Bundesinventare sind direkt anzuwenden bei der Erfüllung von Bundesaufgaben im erwähnten Sinn, während sie im rein kantonalen Aufgabenbereich (insbesondere bei der Richt- und Nutzungsplanung sowie bei der Erteilung gewöhnlichen Baubewilligungen innerhalb des Siedlungsgebietes mit Abwägungsspielraum) nach geltendem Recht lediglich zu berücksichtigen sind (vgl. dazu BGE 135 II 209 ff. [Rüti/ZH] und inzwischen auch ausdrücklich Art. 8 VBLN, Art. 4a VISOS und Art. 9 VIVS). Für den Bereich des *Arten- und Biotopschutzes* besteht demgegenüber aufgrund von Art. 78 Abs. 4 BV eine *umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes*, welche dieser durch den Erlass der Art. 18 ff. NHG auch wahrgenommen und für diese Materien eine weitgehend abschliessende Bundesregelung eingeführt hat. Diese wurde noch verstärkt durch den *besonderen Schutz der Moore und Moorlandschaftsschutz* von nationaler Bedeutung, welcher 1987 aufgrund der Rothenthurm-Initiative in die Bundesverfassung aufgenommen wurde (heute Art. 78 Abs. 5 BV). Vgl. zur verfassungsrechtlichen Kompetenzsituation im Natur- und Heimatschutz auch eingehend *Marti*, SG-Komm. BV, Art. 78 Rz. 4 ff. und *Dajcar/Griffel*, BS-Komm. BV, Art. 78 Rz. 8 ff.).

Als *Zwischenfazit* kann somit festgehalten werden, dass die *Gesetzgebungskompetenz* im Bereich des *eigentlichen Denkmalschutzes* – anders als namentlich diejenige im Bereich des Biotop- und Artenschutzes – grundsätzlich *ganz bei den Kantonen* bleibt, wobei sich hinsichtlich der *bestehenden Bundesinventare* für die Kantone aber immerhin eine *Berücksichtigungspflicht* im Rahmen ihrer Planungskompetenzen ergibt. Dies kann im vorliegenden Zusammenhang namentlich hinsichtlich des ISOS-bedeutsam sein, zumal dieses Bundesinventar für die Ortsbilder von nationaler Bedeutung einen Ortsbildschutz in einem relativ weiten Sinn umfasst. So unterscheiden die *ISOS-Schutzumschreibungen* nach qualitativen und quantitativen Kriterien zwischen dem Ortsbild als Ganzem und Ortsbildteilen (Gebiete, Baugruppen, schützenswerte Einzelelemente), womit *auch mögliche*

Denkmalschutzobjekte erfasst werden (vgl. dazu *Engeler*, S. 122 ff. und zum ISOS allgemein *Rausch/Marti/Griffel*, Rz. 569 f.).

Zu beachten sind überdies auch *völkerrechtliche Rechtsquellen* des *Denkmalschutzes*, in unserem Land namentlich die *UNESCO-Konvention von 1972* (Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturgutes der Welt vom 23. November 1971; SR 0.451.41 [Inhalt: Schutz von Natur- und Kulturgütern von aussergewöhnlichem universellem Wert; bei uns in Kraft seit 17. Dezember 1975]) und die *Konvention von Granada* (Übereinkommen zum Schutz des baugeschichtlichen Erbes in Europa vom 3. Oktober 1985; SR 0.440.4 [Inhalt: Angleichung des Baudenkmalschutzes in Europa i.S. eines Minimalstandards; bei uns in Kraft seit 1. Juli 1996]). Für den Bereich der Archäologie besteht darüber hinaus die *Konvention von Malta* (Europäisches Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes vom 16. Januar 1992; SR 0.440.5 [bei uns in Kraft seit 28. September 1996]). Diese Konventionen enthalten keine Rechte und Pflichten, welche die Bürger direkt betreffen (keine unmittelbare Anwendbarkeit), sondern *richten sich an die innerstaatlichen Gesetzgeber*, welche die Konventionen umzusetzen haben. Der Bund ging beim Beitritt zur *UNESCO-Konvention von 1972* davon aus, dass in allen Kantonen herausragende Baudenkmäler geschützt werden und verwies überdies darauf hin, dass der Bund aufgrund von Art. 15 NHG entsprechende Schutzobjekte von nationaler Bedeutung freihändig oder durch Enteignung erwerben kann. Beim Beitritt zur *Granada-Konvention* hielt der Bundesrat fest, dass die geforderten Massnahmen für den Baudenkmalschutz in den Gesetzgebungen von Bund und Kantonen annähern umgesetzt seien, wobei darauf hinzuweisen ist, dass Bund und Kantone durch diese Konvention verpflichtet sind, ihre Gesetzgebung fortlaufend auf die Konventionskonformität zu überprüfen (vgl. dazu *Engeler*, S. 92 ff., insbesondere S. 95 und 98, je mit weiteren Hinweisen, insbesondere auf die Botschaft zu den Konventionen von Granada und Malta, BBl 1995 III 445 ff., 451 f. und auf den Bundesgerichtsentscheid 1A.115/2001 und 1P.441/2001 vom 8. Oktober 2001, E. 2g [Haus Niederöst, Schwyz]).

1.2 Weitere Rechtsbereiche

1.2.1 Kulturgüterschutz

Ergänzend zum eigentlichen Denkmalschutz bestehen weitere bundesrechtliche Vorschriften, welche im vorliegenden Zusammenhang allenfalls von Bedeutung sein können. So hat der Bund gestützt auf *Art. 61 BV (Zivilschutzartikel)* und *völkerrechtliche Verpflichtungen* (insbesondere im Haager Abkommen für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten vom 14. Mai 1954 [SR 0.520.3]) das *Bundesgesetz über den Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten, bei Katastrophen und in Notlagen* vom 20. Juni 2014 (KGSG; SR 520.3) erlassen. Dieses Gesetz regelt jedoch nur den Schutz von Kulturgütern *bei entsprechenden Gefährdungen*. Es enthält Begriffsdefinitionen für solche Güter in Anlehnung an das Haager Abkommen und regelt die Aufgaben von Bund und Kantonen im Hinblick auf die erwähnten Gefährdungen (u.a. Inventarisierung, Sicherstellungsdokumentation und Notfall- und Schutzmassnahmen), kann jedoch nicht Rechtsgrundlage für den allgemeinen Denkmalschutz sein (vgl. dazu und in diesem Sinn auch *Engeler*, S. 55 f).

1.2.2 Raumplanung

Ein weiterer Berührungspunkt besteht mit dem *Raumplanungsrecht*. Der Bund hat gestützt auf den *Raumplanungsartikel* von Art. 75 BV (Grundsatzgesetzgebungskompetenz) das *Bundesgesetz über die Raumplanung* vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700) geschaffen. In diesem Gesetz werden insbesondere Grundsätze und Ziele der Raumplanung sowie die wichtigsten Planungsinstrumente (Sachpläne und Konzepte des Bundes; Richt- und Nutzungspläne der Kantone) und die Baubewilligung in den Grundzügen bzw. als Mindestanforderung geregelt. Die *Ziele und Grundsätze der Raumplanung* gelten für die gesamte raumwirksame Tätigkeit der Behörden, also insbesondere auch für die Siedlungs- und Landschaftsgestaltung. So sollen sich etwa Siedlungen, Bauten und Anlagen in die Landschaft einordnen (Art. 3 Abs. 2 lit. b RPG) und wohnliche Siedlungen geschaffen werden (Art. 1 Abs.

2 lit a^{bis} und Art. 3 Abs. 3 RPG [Ingress]). Der *räumliche Denkmalschutz* (unbewegliche Objekte) und die entsprechende *Denkmalpflege* sind daher ohne Zweifel *raumwirksame Tätigkeiten*, für welche die Planungsziele und Grundsätze daher ebenfalls gelten und bei der Ausgestaltung des Denkmalschutzes zu berücksichtigen sind. Ausdrücklich genannt werden Denkmalschutz und Denkmalpflege in den Art. 1 und 3 RPG jedoch nicht, zumal für diese Bereiche eine *Spezialgesetzgebung* besteht (Natur- und Heimatschutzrecht). Vgl. dazu auch *Engeler*, S. 59 ff.

Direkt angesprochen wird der Denkmalschutz jedoch in *Art. 17 RPG* (Schutzzone), mit welcher Bestimmung der Bund – in Fortführung der früheren dringlichen Schutzmassnahmen im Raumplanungsrecht – eine in den Kantonen grundsätzlich direkt anwendbare Grundlage für den Erlass von *besonderen Nutzungszonen* (*Schutzzone*) schuf. Diese umfassen gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. c RPG ausdrücklich auch „bedeutende Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler“, worunter unbestritterweise auch Baudenkmäler fallen (vgl. dazu *Jeannerat/Moor*, Praxiskommentar RPG, Art. 17 Rz. 1 ff., insbesondere Rz. 56 ff., *Rausch/Marti/Griffel* Rz. 530 ff., und *Marti*, S. 81 ff.). Dies führt denn auch dazu, dass die Kantone sich im Rahmen der vom Bund zu genehmigenden Richtplanung auch zum räumlichen Denkmalschutz und den damit verfolgten Zielen zu äussern haben, womit der Bund einen gewissen Einfluss auf einen genügenden Denkmalschutz in den Kantonen nehmen kann (vgl. dazu insbesondere *Engeler*, S. 85 ff., 109 f, 285 ff. mit zahlreichen Hinweisen).

Art. 17 Abs. 2 RPG sieht sodann vor, dass das kantonale Recht – statt Schutzzone festzulegen – auch *andere geeignete Massnahmen* vorsehen kann, wozu namentlich Inventare, *Schutzverordnungen* und *-verfügungen* sowie *Vereinbarungen* (verwaltungsrechtliche Verträge), aber auch *vorsorgliche Schutzmassnahmen* und die *Enteignung* gehören. Im Unterschied zu den Schutzzone nach Art. 17 RPG benötigen diese Massnahmen jedoch *eine eigenständige gesetzliche Grundlage* im

kantonalen Recht und können nicht direkt gestützt auf Art. 17 Abs. 2 RPG erlassen werden (vgl. dazu *Jeannerat/Moor*, Praxiskommentar RPG, Art. 17 Rz. 71 ff., und *Rausch/Marti/Griffel* Rz. 533 ff.).

Insgesamt ergibt sich, dass das *Raumplanungsrecht* für den kantonalen Denkmalschutz *in verschiedener Hinsicht von Bedeutung* ist und bei der kantonalen Denkmalgesetzgebung *berücksichtigt werden muss*. Allerdings ergeben sich aus dem Raumplanungsrecht *mit Ausnahme der Schutzzonen-Regelung* von Art. 17 Abs. 1 RPG *keine präzisen Vorgaben* für das kantonale Denkmalschutzrecht und auch im Bereich der *Schutzzonen* verfügen die Kantone bei der Umschreibung der zu schützenden Objekte i.S.v. Art. 17 Abs. 1 RPG über ein gewisses Ermessen. Sie sind sodann frei, Schutzzonen auch für weitere schutzwürdige Objekte auszuscheiden, soweit hierfür ein überwiegendes Interesse besteht (vgl. dazu *Jeannerat/Moor*, Praxiskommentar RPG, Art. 17 Rz. 32 ff.).

2. Beantwortung der konkreten Fragen

2.1 Zulässigkeit einer Unterschutzstellung nur mit Zustimmung der Eigentümerschaft?

Im bisherigen zugerischen Denkmalschutzrecht ist die *Unterschutzstellung durch behördliche Schutzverfügung* (hoheitlicher Akt) vorgesehen, wobei die Eigentümerschaft im Unterschutzstellungsverfahren anzuhören ist; zuständig für den Unterschutzstellungsentscheid ist der Regierungsrat und in gewissen Fällen die Direktion des Innern (vgl. §§ 22 ff., insbesondere § 24 Abs. 2 und § 25 des *Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (Denkmalschutzgesetz)* vom 26. April 1990 [DSG/ZG; BGS 423.11]). Dies entspricht grundsätzlich dem *Standard in den Kantonen*. Der *Bund* kann demgegenüber im Bereich des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes nur provisorische Schutzmassnahmen ergreifen und

Schutzobjekte vertraglich oder durch Enteignung erwerben (Art. 15 f. NHG), was jedoch damit zusammenhängt, dass dem Bund in diesem Bereich nur sehr beschränkte direkte hoheitliche Befugnisse zukommen (vgl. dazu *Engeler*, S. 170 ff., 318 ff., 331 f., je mit zahlreichen weiteren Hinweisen, und zur verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung auf diesem Gebiet oben Ziff. 1.1). Eine Vorschrift, dass eine *Unterschutzstellung* von unbeweglichen Bau- und Kulturdenkmälern nur durch eine *einvernehmliche Lösung* (verwaltungsrechtlicher Vertrag) erfolgen darf, kennt *bisher kein Kanton*. Es gibt allerdings Kantone, welche ihre Denkmalschutzbehörden verpflichten, im Falle einer geplanten Unterschutzstellung von unbeweglichen Bau- und Kulturdenkmälern durch Verfügung zuerst und *vorrangig eine vertragliche Regelung* zu treffen (vgl. für den Kanton *Bern* die Hinweise bei *Engeler*, S. 332 bei Fn. 171; vgl. für die vorgeschriebene Rangfolge der Schutzmassnahmen auch das Zürcher Recht, welches jedoch keinen Vorrang für Vertragslösungen enthält [*Engeler*, S. 306]). Einzelne Kantone sehen sodann vor, dass eine Unterschutzstellung von *beweglichen Kulturgütern nur durch Vertrag* erfolgen darf (vgl. wiederum für den Kanton *Bern* *Engeler*, S. 332, Fn. 1971). Es stellt sich daher die Frage, ob eine solche Lösung *auch für unbewegliche Bau- und Kulturdenkmälern* möglich ist, welche primärer Gegenstand des Denkmalschutzgesetzes bilden (vgl. § 2 DSG/ZG). Dies ist offenbar der Sinn von *Vorstössen in der vorberatenden parlamentarischen Kommission*, welche Anlass für dieses Gutachten gegeben hat (siehe Mail der Generalsekretärin DI vom 6. Juni 2018).

Wie in den *allgemeinen Ausführungen* (oben Ziff. 1) dargelegt wurde, sind die Kantone in der Regelung des Denkmalschutzes grundsätzlich frei, soweit nicht bundesrechtliche Einschränkungen bestehen. Die wichtigsten Einschränkungen ergeben sich hierbei einerseits durch die *Berücksichtigungspflicht* gegenüber den Bundesinventaren, wobei im Denkmalschutz namentlich das *ISOS-* und das *IVS-Inventar* von Bedeutung sind. Sodann besteht in *Art. 17 RPG* eine grundsätzlich direkt anwendbare Vorschrift über die *Schaffung von Schutzzonen*, welche auch dem Schutz von Bau- und Kulturdenkmälern dient (siehe Art. 17 Abs. 1 lit. c RPG). Dies

gilt aber nur für *planerische Schutzmassnahmen*, welche daher jedenfalls nicht vom Einverständnis der Eigentümerschaft abhängig gemacht werden dürfen (vgl. zutreffend *Engeler*, S. 332 Fn. 1971). Wie in Ziff. 1 dargelegt wurde, sind die Kantone aber grundsätzlich frei, für Schutzobjekte im Sinne von Art. 17 Abs. 1 RPG auch *andere Schutzmassnahmen* vorzusehen, wobei sich hieraus aber wohl noch keine direkte bundesrechtliche Pflicht ergibt, das Instrument einseitiger behördlicher Schutzverfügungen zur Verfügung zu stellen.

Aus den Zielsetzungen und Grundsätzen des RPG ergibt sich jedoch, dass auch der *räumliche Denkmalschutz* eine *raumwirksame Aufgabe* i.S. des *Raumplanungsgesetzes* darstellt und die Kantone daher *geeignete Instrumente* zur *Ausführung dieser Aufgabe* zur Verfügung stellen müssen. Sind abgesehen von planerischen Massnahmen (Schutzzonen) aber *nur einvernehmliche Schutzregelungen* möglich, besteht die Gefahr, dass der *Denkmalschutz* in den konkreten Einzelfällen schutzwürdiger Objekte *nicht angemessen wahrgenommen* werden kann. Sofern in einem solchen Fall eine Einigung mit der Eigentümerschaft scheitert, können unter diesen Umständen nämlich auch bedeutende schutzwürdige Bau- und Kulturdenkmäler schutzlos bleiben, was den *Grundsätzen des RPG widersprechen* würde. Diesfalls verbliebe nur noch die *formelle Enteignung*, wobei diese im Zuger Denkmalschutzrecht offenbar – ausser für den Heimschlagsfall (§ 32 DSG/ZG) – nicht ausdrücklich vorgesehen ist und als sehr schwerwiegender Eigentumseingriff jedenfalls auch „ultima ratio“ bilden muss. Eine formelle Enteignung erscheint denn auch schon aus verfassungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen, wenn *mildere Mittel* (insbesondere also eine behördliche *Schutzverfügung*) möglich sind (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*; vgl. dazu auch die Hinweise bei *Engeler*, S. 307 f.). Der *Ausschluss einer einseitigen behördlichen Schutzverfügung* erscheint somit jedenfalls *nicht vereinbar* mit den *Grundsätzen des Raumplanungsrechts* bzw. deren Durchsetzung. Es kann in diesem Zusammenhang denn auch auf den kürzlich ergangenen Bundesgerichtsentscheid betreffend die Revision des Zürcher Strassengesetzes hingewiesen werden, mit welcher die *Möglichkeit der formellen*

Enteignung (anstelle einer vertraglichen Lösung) zur Umsetzung des Grundsatzes der *freien Zugänglichkeit der Seeufer* gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c RPG gesetzlich ausgeschlossen werden sollte (vgl. dazu Bundesgerichtsurteil 1C_157/2014 vom 4. November 2015, insbesondere E. 3.7). Wenn aber zur Verwirklichung der Grundsätze des Raumplanungsrechts schon das äusserste Mittel der formellen Enteignung nicht ausgeschlossen werden darf, muss dies *umso mehr* gelten, wenn es um das *deutlich mildere Mittel der Schutzverfügung* geht, welche nötigenfalls auch gegen den Willen der Eigentümerschaft erlassen werden kann.

Anders als bei der Realisierung der Zugänglichkeit der Seeufer kommen beim Bau- und Kulturdenkmälerschutz aber zusätzlich auch *völkerrechtliche Verpflichtungen* hinzu, welche einer solchen Einschränkung im Instrumentarium des Denkmalschutzes entgegenstehen. Wie in Ziff. 1.1 erwähnt, will die *Granada-Konvention* von 1985, welche in der Schweiz seit 1. Juli 1996 in Kraft ist, einen Minimalstandard des Denkmalschutzes in Europa sicherstellen. Die Konvention sieht ausdrücklich vor, dass die Konventionsstaaten „gesetzliche Massnahmen zum Schutz ihres baugeschichtlichen Erbes zu treffen“ haben und „geeignete Vorschriften“ erlassen müssen, „um den Schutz der Baudenkmäler, Baugruppen und Stätten zu gewährleisten“ (Art. 3 der Konvention). Nach Art. 4 der Konvention verpflichten sich die Vertragsstaaten überdies, für die erwähnten Denkmäler wirksame Kontroll- und Genehmigungsverfahren einzuführen (Ziff. 1), und zu verhindern, dass geschützte Kulturgüter verunstaltet, beeinträchtigt oder zerstört werden (Ziff. 2), weshalb entsprechende behördliche Schutzmassnahmen (lit. a), Anzeigepflichten der Eigentümerschaft (lit. b), Schutzauflagen und Ersatzvornahme (lit. c) und notfalls auch die Enteignungsmöglichkeit (lit. d) vorgesehen werden müssen. Das Bundesgericht hat im Urteil 1A.115/2001/1P.441/2001 vom 8. Oktober 2001 (Haus Niederöst, Schwyz), E. 2g, in welchem das Instrumentarium des Denkmalschutzes zur Diskussion stand, daher ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die *kantonalen Gesetzgeber verpflichtet* sind, dafür zu sorgen, dass die *kantonalen Natur- und Heimatschutzvorschriften diesen Anforderungen genügen*. Der Ausschluss einer

einseitigen behördlichen Schutzverfügung steht daher auch mit dieser völkerrechtlichen Verpflichtung im Widerspruch.

Dass einzelne Kantone – wie erwähnt – den Schutz *beweglicher Kulturgüter nur auf dem Vertragsweg* vorsehen, *ändert daran nichts*, zumal der Schutz beweglicher Kulturgüter grundsätzlich nicht eine raumwirksame Aufgabe bildet und die Konvention von Granada ausdrücklich nur für unbewegliche Kulturgüter gilt (vgl. Art. 1 der Konvention).

Als *Zusammenfassung* ergibt sich, dass ein *Ausschluss einer Unterschutzstellung von unbeweglichen Bau- und Kulturdenkmälern durch einseitige behördliche Verfügung mit dem Bundesrecht und dem Völkerrecht nicht vereinbar* ist. *Zulässig* erscheint es demgegenüber, wie der Kanton Bern den *Vorrang einer vertraglichen Lösung* vor dem Erlass einer einseitigen behördlichen Schutzverfügung vorzusehen. Wie die Erfahrungen des *Kantons Bern* zeigen, hat sich dieser *Grundsatz* sich dort *auch bewährt*, werden doch im Kanton Bern offenbar 99 von 100 Schutzmassnahmen im gegenseitigen Einvernehmen erlassen (vgl. dazu auch *Engeler*, S. 306, Fn. 1794 und S. 332 Fn. 1972).

2.2 Zulässigkeit der Beschränkung der Unterschutzstellung auf ältere Bau- und Kulturdenkmäler

Der *Denkmalschutz* bezieht sich – wie schon der Begriff nahelegt – nicht auf ganz neu geschaffene Bauten und Kulturobjekte, sondern auf *Objekte, welche nach einer gewissen Zeit zu Denkmälern geworden sind*, wobei jedoch *keine gesetzlichen Altersgrenzen* im Sinne eines Mindestalters bestehen (vgl. dazu auch *Engeler*, S. 44 f. und 141 ff., je mit weiteren Hinweisen; für den Kanton Zug § 2 DSG/ZG). Nach heute herrschender Auffassung insbesondere auch zum *raumplanerischen Schutz nach Art. 17 RPG* können jedoch *nicht nur Zeugen einer vergangenen Zeit*

schutzwürdige Bauten und Anlagen darstellen; vielmehr können auch *neuere Objekte* aus dem letzten oder sogar aus dem laufenden Jahrhundert schutzwürdig sein (vgl. dazu *Jeannerat/Moor*, Praxiskommentar RPG, Art. 17 Rz. 58 bei Fn. 142 mit zahlreichen Hinweisen). Auch im *internationalen Denkmalschutz* werden neben historischen Objekten auch architektonische Werke aus jüngerer Zeit als schutzwürdig betrachtet (vgl. dazu für den UNESCO-Schutz *Gredig*, S. 27 mit Hinweis etwa auf das 1973 eingeweihte Opernhaus von Sidney). Dasselbe gilt für das *ISOS*, welches ebenfalls auch auf neuere schutzwürdige Ortsbildteile und Baugruppen hinweist. Nach heute allgemein anerkannter Praxis dürfte für eine Unterschutzstellung der *Abstand von einer Generation* in der Regel genügen (vgl. auch *Engeler*, S. 143 bei Fn. 816 mit Hinweis auf die Berner Regelung, wonach potentiell schützenswerte Bauwerke der letzten 30 Jahre nicht eingestuft, aber in eine provisorische Liste aufgenommen werden). *Feste Altersgrenzen* bestehen weder in den *bundesrechtlichen noch in den völkerrechtlichen Rechtsgrundlagen*; Rechtsprechung und Praxis sind diesbezüglich im Fluss. Ob die nötige Denkmalqualität nach diesen übergeordneten Vorgaben besteht, sollte daher auch von den Kantonen der Rechtsanwendung und Rechtsprechung überlassen werden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift früher oder später rechtswidrig wird. Eine *Altersgrenze von mindestens 70 Jahren* für eine Unterschutzstellung, wie dies in der vorberatenden Kommission offenbar postuliert worden ist, erscheint aber *jedenfalls als zu hoch* und *im Widerspruch* zu den *bestehenden übergeordneten Rechtsgrundlagen* bzw. der Praxis dazu.

2.3. Zulässigkeit der Unterschutzstellung in Abhängigkeit von den finanziellen Möglichkeiten der Eigentümerschaft

Die Unterschutzstellung von Denkmalschutzobjekten erfordert als erheblicher Eingriff in die Eigentümerbefugnisse jedenfalls eine *klare gesetzliche Grundlage* sowie ein *überwiegendes Interesse*, welches den Eingriff als *verhältnismässig*

erscheinen lässt; kommt die Unterschutzstellung überdies einer *materiellen Enteignung* gleich, besteht ein Anspruch auf entsprechende *Entschädigung*. Überdies besteht auch bei weniger weit gehenden Eingriffen allenfalls ein Anspruch auf eines *Subvention nach Denkmalschutzrecht*, insbesondere wenn teure Unterhalts- oder restaurierungsmassnahmen nötig werden (vgl. dazu *Engeler*, S. 179 ff. mit zahlreichen Hinweisen; für den Kanton Zug § 25 Abs. 1, § 32 und § 34 DSG/ZG). Erforderlich ist bei der Unterschutzstellung somit insbesondere eine *umfassende Interessenabwägung*, wie sie heute § 25 Abs. 1 DSG/ZG ausdrücklich und nach detaillierten Vorgaben verlangt. Dazu gehört insbesondere auch das einer Unterschutzstellung *entgegenstehende Privatinteresse*. Bei der Beurteilung der Folgen der Unterschutzstellung für die Eigentümerschaft sind vor allem *die Schwere der Nutzungseinschränkung* und die damit verbundenen *finanziellen Nachteile* zu berücksichtigen. Das *finanzielle Interesse* eines Grundeigentümers vermag allerdings ein erhebliches öffentliches Schutzinteresse *kaum je überwiegen*, zumal – wie erwähnt – *Denkmalschutzsubventionen* zur Verfügung stehen und bei materieller Enteignung eine *Enteignungsentschädigung* zu bezahlen ist. Ein solcher Anspruch ist insbesondere dann gegeben, wenn keine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der betreffenden Liegenschaft mehr möglich ist. Dementsprechend kann es grundsätzlich auch *nicht darauf ankommen*, ob die *Eigentümerschaft mehr oder weniger vermögend* ist. Würde massgebend darauf abgestellt, läge wohl auch eine *Verletzung der Rechtsgleichheit* vor, da es unter den gegebenen Umständen kaum zulässig sein kann, dass ein bestimmtes schutzwürdiges Denkmalobjekt bei einer reichen Eigentümerschaft, nicht aber bei einer weniger bemittelten Eigentümerschaft unter Schutz gestellt wird. *Primär massgebend* sein muss vielmehr das *öffentliche Denkmalschutzinteresse*; sind erhebliche finanzielle Folgen damit verbunden, bestehen sowohl für gutbetuchte als auch für weniger bemittelte Eigentümer *dieselben Ausgleichsmassnahmen* (Denkmalschutzsubvention; Enteignungsentschädigung). Eine im Sinne der erwähnten Idee *einschränkende Formulierung* bei der Regelung der *Voraussetzungen einer Unterschutzstellung* würde somit im *Widerspruch* zu den *Grundsätzen des Denkmalschutzrechts* und der

Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) sowie der *Rechtsgleichheit* (Art. 8 BV) stehen. Vgl. zur Prüfung der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit bei Denkmalschutzmassnahmen auch *Engeler*, S. 193 ff., 201 ff., je mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

Mit freundlichen Grüssen

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'M' followed by 'A' and 'M'.

Prof. Dr. Arnold Marti

Verwendete Literatur:

Aemisegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (Hrsg), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. Autor, Praxiskommentar RPG)

Dajcar Nina, Natur- und Heimatschutz-Inventare des Bundes, Diss. Zürich 2011

Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014 (zit. Autor, SG-Komm BV)

Engeler Walter, Das Baudenkmal im schweizerischen Recht, Untersuchungen zum materiellen Baudenkmalbegriff und dem Verfahren der Unterschutzstellung, Zürich/St. Gallen 2008

Gredig Markus, Der Schutz des UNESCO-Welterbes in der Schweiz, Bern 2014

Keller Peter M./Zufferey Jean-Baptiste/Fahrländer Ludwig (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz, Zürich 1997 (zit. Autor, Komm. NHG)

Marti Arnold, Schutzzonen als unentbehrliches bundesrechtliches Schutzinstrument für den Natur- und Heimatschutz, URP 2010, S. 81 ff.

Rausch Heribert/Marti Arnold/Griffel Alain, Umweltrecht – ein Lehrbuch, Zürich/Basel/Genf 2005

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. Autor, BS-Komm. BV)