



Denkmalschutzrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen

1

MEINRAD HUSER*

Der Schriftsteller Thomas Hürlimann aus Zug hielt im Rahmen einer Tagung auf dem Monte Verità in Ascona fest: «Ohne Erinnerung gibt es keine Realität. Denn Geschichte ist das ›Geschichtete‹, das auf verschiedenen Kulturen und Zeiten aufbaut – und wir sind die oberste Schicht.» Er fragt besorgt, was geschehe, wenn einzelne Schichten wegfallen. «Was wird das für eine Gesellschaft, die sich völlig von der Geschichte entfernt?»¹

L'écrivain Thomas Hürlimann, de Zoug, a déclaré lors d'une réunion au Monte Verità à Ascona : « Sans mémoire, il n'y a pas de réalité. Car l'histoire est une › superposition de couches › construite sur différentes cultures et époques - et nous en sommes la couche supérieure. » Il demande avec inquiétude ce qui se passerait si certaines couches disparaissaient. « Que va devenir cette société qui s'éloigne complètement de l'histoire ? »

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundlagen
 - A. Internationale Übereinkommen
 - 1. Einleitung
 - 2. Das Granada-Übereinkommen
 - B. Das Schweizer Denkmalschutzrecht
 - 1. Denkmalschutz in der Bundesverfassung
 - 2. Denkmalschutz durch den Bund
 - 3. Notkompetenzen des Bundes
 - 4. Denkmalschutz im kantonalen Recht
- III. Aktuelle Kernfragen zum Denkmalschutzrecht
 - A. Die Schutzkriterien
 - 1. Die Schutzkriterien im Lichte des Granada-Übereinkommens
 - 2. Bedeutung für die rechtsanwendenden Behörden
 - B. Einverständnis der Eigentümerschaft beim Schutz «jüngerer» Objekte
 - 1. Die fixe Altersbegrenzung
 - 2. Das Zustimmungserfordernis
 - 3. Bedeutung der kommunalen, regionalen bzw. nationalen Wirkung
 - 4. Gültigkeit der Revision ohne Hauptanliegen?
 - C. Die vertragliche Unterschutzstellung
 - 1. Die Regelung im Gesetz
 - 2. Dank einvernehmlicher Lösung zum Vertrag
 - D. Der Schutzentscheid auf dem Prüfstand
 - 1. Rechtssicherheit während der Schutzabklärung
 - 2. Akzeptanz in der Bevölkerung
 - 3. Fachmeinungen und Gutachten
 - 4. Schutzobjekt und veränderte Verhältnisse – insbesondere bei geändertem Recht
- IV. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Die Zukunftsfrage des Schriftstellers erhält besonderes Gewicht, wenn der Schutz besonderer, historisch wertvoller Gebäude, die unsere Erinnerung erhalten, zugunsten individueller Eigentumsinteressen zurückgedrängt wird und die Politik dem Denkmalschutz enge Grenzen setzt oder ihn sogar ausschliesst.

Im 2019 revidierte der Kantonsrat Zug das Denkmalschutzgesetz.² Er verschärfte die Kriterien für die Unterschutzstellung denkmalwürdiger Objekte und stärkte die Position der Grundeigentümer. Die Änderungen traten am 14. Dezember 2019 in Kraft. Im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle hob das Bundesgericht mit Entscheid vom 1. April 2021³ eine Bestimmung auf und leistete für die Anwendung der weiteren umstrittenen Bestimmungen wertvolle Interpretationshilfe für Fachbehörden der Kantone und Gemeinden.⁴

Diese Abhandlung stellt in einem ersten Teil die rechtlichen Grundlagen des Denkmalschutzes dar (II.). In einem zweiten Teil erörtert sie konkrete Fragen, die sich in der Praxis kantonsübergreifend stellen (III.), und schliesst mit einer Zusammenfassung (IV.).

* MEINRAD HUSER, Dr. iur., Rechtsberater, Zug; Lehrbeauftragter an der ETH Zürich, Dozent an der FHNW (Muttens) und der ZHAW School of Management and Law (Winterthur), Co-Leiter CAS Recht der Denkmalpflege und des Heimatschutzes an der ZHAW Winterthur; Inhaber der Huser Bau- und Immobilienrecht, Zug, sowie Konsulent bei AAK, Anwälte und Konsulenten AG, Zürich. Der Autor dankt Roland Tremp, Raumentwicklung, Chur, für seine kritisch-konstruktiven Bemerkungen.

¹ Tessiner Zeitung, 2.4.2015, 5.

² Gesetz vom 26. April 1990 über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (Denkmalschutzgesetz, DMSG; GS 2019/085; BGS 423.11).

³ BGER, 1C_43/2020, 1.4.2021 = BGE 147 I 308.

⁴ Der Autor des Aufsatzes war Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden.

Korrekturabzug

II. Grundlagen

Das Denkmal als gesellschaftliches Gedächtnis und seine Bedeutung für die eigene Identität sind allgemein anerkannt,⁵ in internationalen Vereinbarungen und Übereinkommen verankert (A.)⁶ und in den Gesetzen des Bundes und der Kantone über den Natur- und Heimatschutz konkretisiert (B.).⁷

Der Umgang mit Denkmälern wird in Grundsatzdokumenten beschrieben. International sind insbesondere die Leitlinien der Nichtregierungsorganisation ICOMOS⁸, auf nationaler Ebene die Leitsätze zur Denkmalpflege in der Schweiz⁹ zu erwähnen. Sie sind für die Praktiker wichtig, stellen aber keine gesetzlichen Grundlagen dar.

A. Internationale Übereinkommen

1. Einleitung

Denkmäler sind Teil des Kulturerbes¹⁰ eines Landes oder einer Region. Die Notwendigkeit, sie zu erhalten, zeigte sich spätestens, als im Zweiten Weltkrieg der Denkmalbestand massiv reduziert wurde.¹¹ Dass der Schutz weiterhin nötig ist und international geregelt, umgesetzt und überwacht werden muss, ergibt sich auch aus aktuellen Konflikten, bei denen religiöse Gebäude und andere Denkmäler mit überregionaler Bedeutung dem Erdboden gleichgemacht werden.

Seit den fünfziger Jahren des letzten Jahrhunderts schützen internationale Übereinkommen Denkmäler, etwa die Haager Konvention von 1954 oder das Zweite Haager Protokoll von 1999.¹²

Auch die Schweiz ist Pflichten aus internationalem Recht eingegangen.¹³ So ist sie der UNESCO-Konvention von 1972¹⁴ beigetreten, die Denkmäler, Ensembles und Stätten, mithin auch Baudenkmäler, von aussergewöhnlichem universellem Wert schützt,¹⁵ die in der «Liste des Erbes der Welt» eingetragen sind und vom Welterbekomitee überwacht werden.¹⁶ Die Schweiz hat zudem verschiedene Abkommen des Europarates übernommen, wie etwa das Europäische Kulturabkommen von 1954¹⁷ oder die Malta-Konvention zum Schutz des archäologischen Erbes von 1992¹⁸. Im Fokus des Aufsatzes steht aber das Übereinkommen des Europarates zum Schutz des baugeschichtlichen Erbes in Europa, das Granada-Übereinkommen.¹⁹

2. Das Granada-Übereinkommen

a. Überblick

Das Granada-Übereinkommen dient dem Schutz von Bauwerken. Es auferlegt den Vertragsstaaten verschiedene Förderungs- und Gesetzgebungspflichten, aber auch Kontrollaufgaben.

b. Allgemeine und direkt anwendbare Bestimmungen

Völkerrechtliche Verträge sind Teil der Rechtsordnung, ohne dass sie ins Landesrecht transformiert werden müssen. Die innerstaatliche Geltung hängt jedoch vom konkreten völker- und verfassungsrechtlichen Kontext ab. Ob aus der schweizerischen Verfassung eine Pflicht zur Umsetzung des Granada-Übereinkommens abgeleitet werden kann, kann offenbleiben, da sich – so das Bundesgericht – aus dem Übereinkommen direkte Schutzpflichten ergeben.²⁰

Das Granada-Übereinkommen enthält zwar allgemein gehaltene Gesetzgebungsaufträge, etwa die Pflicht, private Initiativen zur Erhaltung und Wiederherstellung

⁵ Dazu KERSTIN VON DER DECKEN, § 3 N 1, Internationales Recht, in: Bernhard Ehrenzeller/Walter Engeler (Hrsg.), Handbuch Heimatschutzrecht, Zürich/St. Gallen 2020.

⁶ Dazu unten Ziff. II.A.

⁷ Dazu unten Ziff. II.B.

⁸ International Council on Monuments and Sites (eine Nichtregierungsorganisation). Siehe die Übersicht bei VON DER DECKEN (FN 5), § 3 N 44 f.

⁹ Veröffentlicht durch die eidgenössische Kommission für Denkmalpflege im Jahr 2007.

¹⁰ Zum Kulturauftrag allgemein und in der Schweiz siehe WALTER ENGELER/CHRISTOPHER RÜHLE, in: Bernhard Ehrenzeller/Walter Engeler (Hrsg.), Handbuch Heimatschutzrecht, Zürich/St. Gallen 2020, 7 ff.

¹¹ Dazu VON DER DECKEN (FN 5), § 3 N 1.

¹² Siehe die Übersicht bei VON DER DECKEN (FN 5), § 3 N 3 ff., und ASTRID EPINEY/MARKUS KERN, 3. Kap. N 51 ff., in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrländer (Hrsg.), Kommentar NHG, 2. A., Zürich 2019.

¹³ VON DER DECKEN (FN 5), § 3 N 6 ff. und insbes. N 22 ff.

¹⁴ Übereinkommen vom 23. November 1971 zum Schutz des Kultur- und Naturgutes der Welt, in der Schweiz in Kraft seit 17. Dezember 1975 (SR 0.451.41).

¹⁵ VON DER DECKEN (FN 5), § 3 N 30.

¹⁶ VON DER DECKEN (FN 5), § 3 N 32 ff.

¹⁷ VON DER DECKEN (FN 5), § 3 N 37.

¹⁸ VON DER DECKEN (FN 5), § 3 N 41; zur Bedeutung des Abkommens für den kantonalen Gesetzgeber siehe auch MICHAEL PLETSCHER, Völkerrecht und kantonale Denkmalpflege, Das Bundesgericht definiert die Bedeutung des Granada-Übereinkommens, BR 2021, 252 ff., 253 f.

¹⁹ Übereinkommen vom 3. Oktober 1985 zum Schutz des baugeschichtlichen Erbes in Europa, für die Schweiz gültig seit 1. Juli 1996 (SR 0.440.4).

²⁰ BGE 147 I 308 E. 4.3 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und die juristische Literatur. Neuerdings PLETSCHER (FN 18), 253 f.

des baugeschichtlichen Erbes zu fördern (Art. 6 Ziff. 3 Granada-Übereinkommen). Es räumt dem Gesetzgeber einen Handlungsspielraum bei der Festlegung der Schutzkriterien und bei der Wahl der Schutzmassnahmen ein (Art. 3 Ziff. 2 und Art. 4 Ziff. 2 i.V.m. Art. 1 Ziff. 1 Granada-Übereinkommen). Es enthält aber auch konkrete und präzise formulierte²¹ Gesetzgebungsaufträge. So hat der Gesetzgeber Schutzgüter anzuerkennen und taugliche Schutzmassnahmen zu treffen, insbesondere auch die Enteignung zum Schutz von Objekten vorzusehen.²²

c. Pflichten für den kantonalen Gesetzgeber

Die Vorgaben des Granada-Übereinkommens richten sich an die Vertragsparteien.²³ Vertragspartei ist der Bund. Bei der Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, die er abschliesst (Art. 54 BV), ist er an die innerstaatliche Kompetenzaufteilung gebunden. Der Bund darf nicht «[...] Ausführungsregelungen anstelle der Kantone erlassen».²⁴

In erster Linie steht also der kantonale Gesetzgeber in der Pflicht. Das Granada-Übereinkommen bleibt aber auch im Anwendungsfall anfechtbar: «Die [...] für die Gesetzgebung massgebliche Auslegung des Völkerrechts wird [...] auch im Einzelfall im Rahmen der völkerrechtskonformen Rechtsanwendung vorfrageweise zu beachten sein.»²⁵

B. Das Schweizer Denkmalschutzrecht

Grundsätze für den Schutz von bemerkenswerten Objekten in der Schweiz ergeben sich aus der Bundesverfassung und dem Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG²⁶), Einzelheiten sind in den kantonalen Gesetzen geregelt.

1. Denkmalschutz in der Bundesverfassung

a. Zuständigkeit und Inhalt

Nach Art. 78 BV sind die Kantone für den Natur- und Heimatschutz zuständig. Der Bund unterstützt die Schutzanstrengungen der Kantone. Für Objekte von gesamtschweizerischer Bedeutung erstellt er die notwendigen Inventare.²⁷ Ihm stehen beschränkte Notkompetenzen zu (Art. 15 und 16 NHG). Inhaltlich sind Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler, also Kulturgüter und Baudenkmäler,²⁸ zu schützen (Art. 78 Abs. 2 BV).

b. Handlungspflicht aufgrund der Verfassung?

Art. 78 BV wird in der juristischen Literatur als deklaratorische Bestimmung ohne direkt anwendbare Schutzverpflichtungen bezeichnet.²⁹ Vereinzelt³⁰ wird dies bedauert. Das Bundesgericht spricht Art. 78 Abs. 1 BV eine aktive Rolle zu, der die Kantone zum Handeln auffordere bzw. diese im Sinne eines Appells zu Leistungen im Bereich des Natur- und Heimatschutzes ansporne.³¹

Das Bundesgericht anerkennt, dass die Kantone zwar von der Bundesverfassung her frei seien, die Schutzvorkehrungen festzulegen und den Denkmalsbegriff zu bestimmen.³² Es bezweifelt aber, ob es den Kantonen auch zustände, von ihrer Kompetenznorm (Art. 78 Abs. 1 BV) nur einen minimalistischen Gebrauch zu machen oder ganz auf wirksame Schutznormen zu verzichten.³³ Es sei insbesondere nicht ausgeschlossen, Art. 78 BV im Lichte des Völkerrechts auszulegen und bereits aus dem Verfassungsrecht eine dem Granada-Übereinkommen entsprechende Pflicht der Kantone zum Erlass damit

²¹ Vgl. EPINEY/KERN (FN 12), 3. Kap. N 55.

²² BGE 147 I 308 E. 6.1; siehe dazu auch PLETSCHER (FN 18), 253 f.

²³ SG BV-EHRENZELLER, Art. 54 N 8, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SG BV-Verfasser); ALEXANDER REY, Ortsbildschutz und Denkmalpflege, in: Alain Griffel/Hans U. Liniger/Daniela Thurnherr (Hrsg.), Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich/Basel/Genf 2016, 331 ff., N 4.74.

²⁴ BGE 147 I 308 E. 5.4 mit Hinweisen. Zur Bedeutung des Entscheids aus Sicht des Schweizer Heimatschutzes siehe MARTIN KILLIAS, Klima- vor Heimatschutz? – «Verhältnisblödsinn!», NZZ vom 25.10.2021, 6.

²⁵ Ausdrücklich BGE 147 I 308 E. 5.3; siehe auch Arnold Marti, Unberechtigte Angriffe auf die Natur- und Heimatschutzinventare des Bundes, ZBI 2020, 521 f., 522.

²⁶ Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451).

²⁷ Dazu unten Ziff. II.B.2.a.

²⁸ Zum Begriff AURÉLIEN WIEDLER, La protection du patrimoine bâti, Étude de droit fédéral et cantonal, Bern 2019, 22 ff.; WALTER ENGELER, § 7 N 2, v.a. N 75 ff., in: Bernhard Ehrenzeller/Walter Engeler (Hrsg.), Handbuch Heimatschutzrecht, Zürich/St. Gallen 2020.

²⁹ BGE 147 I 308 E. 4.1 mit Hinweisen auf: BSK BV-DAJCAR/GRIFFEL, Art. 78 N 8 f., in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), BV, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-Verfasser); SG BV-MARTI (FN 23), Art. 78 N 4; SIMONE WALTHER/FELIX WEBER, § 4, in: Bernhard Ehrenzeller/Walter Engeler (Hrsg.), Handbuch Heimatschutzrecht, Zürich/St. Gallen 2020.

³⁰ So etwa JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, 1. Kap. N 27, in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrlander (Hrsg.), Kommentar NHG, 2. A., Zürich 2019.

³¹ BGE 147 I 308 E. 4.2; ebenso BGer, 1A.115/2001 und 1P.441/2001, 8.10.2001, E. 2d, mit Literaturhinweisen.

³² Hinweis auf BGE 121 II 8 E. 3a.

³³ BGE 147 I 308 E. 4.2; PLETSCHER (FN 18), 253.

übereinstimmender Schutznormen herzuleiten.³⁴ Die Frage konnte das Bundesgericht letztlich offen lassen, weil sich Pflichten direkt aus dem Granada-Übereinkommen ergeben.

2. Denkmalschutz durch den Bund

Der Bund hat seine – beschränkten – Schutzaufgaben in den Bundesinventaren nach Art. 5 NHG umgesetzt und besitzt bei Schutzgefährdung Notkompetenzen.

a. Die Bundesinventare im Allgemeinen

Bei der Erfüllung von Bundesaufgaben sind unter anderem Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler zu schonen, wenn das öffentliche Interesse es gebietet (Art. 78 Abs. 2 BV). Sie sind ungeschmälert zu erhalten, wo das allgemeine Interesse am Schutz überwiegt (Art. 3 Abs. 1 NHG). Schutzverantwortlich sind der Bund, aber auch die Kantone und Dritte, wenn sie Bundesaufgaben wahrnehmen.

Zu den Bundesaufgaben (Art. 2 NHG³⁵) zählen unter anderem das Erstellen und Erhalten von Bauten und Anlagen des Bundes und seiner Anstalten und Betriebe (Nationalstrassen, Bahnanlagen), Plangenehmigungen des Bundes (Hochspannungsleitungen, Flughafenanlagen), Erteilen von gewässerschutzrechtlichen Ausnahmegewilligungen, Rodungsbewilligungen sowie die mit Bundesgeldern unterstützten kantonalen Vorhaben (z.B. an Meliorationen, Gewässerkorrekturen).³⁶

Die Schutzobjekte von nationaler Bedeutung sind in verschiedenen Bundesinventaren aufgelistet (Art. 5 ff. NHG): im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler (BLN), im Bundesinventar der historischen Verkehrswege der Schweiz (IVS) und im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS).³⁷ Durch die Aufnahme eines Objektes in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Masse die

ungeschmälerte Erhaltung, jedenfalls aber die grösstmögliche Schonung verdient (Art. 6 Abs. 1 NHG).³⁸

Für den Schutz der Baudenkmäler ist in erster Linie das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) zu beachten.

b. Bundesinventare bei Erfüllung von Bundesaufgaben

Bei der Erfüllung von Bundesaufgaben sind die Vorgaben des ISOS direkt und konsequent anzuwenden. Den inventarisierten Schutzobjekten ist ein gegenüber den Schutzanordnungen nach Art. 3 NHG verstärkter Schutz zu gewähren.³⁹ Zudem ist vor Eingriffen eine obligatorische Begutachtung durch die zuständige Kommission vornehmen zu lassen (Art. 7 NHG).⁴⁰

Denkmalschutz ist eine Bundesaufgabe, soweit Objekte in einem Inventar des Bundes aufgenommen sind oder aufgenommen sein sollten.⁴¹

c. Bundesinventare bei der Erfüllung kantonaler und kommunaler Aufgaben

Kantone und Gemeinden haben die Bundesinventare in ihren Planungen «zu berücksichtigen».⁴² Diese Pflicht ist in Art. 4a VISOS⁴³ ausdrücklich angeordnet.⁴⁴ Für die Umsetzung der Berücksichtigungspflicht wird das Denkmalschutzrecht durch die Instrumente der Raumplanung unterstützt.⁴⁵

³⁴ BGE 147 I 308 E. 4.3.

³⁵ Art. 2 NHG erhält eine nicht abschliessende Aufzählung der Bundesaufgaben (ausführlich THOMAS MERKLI, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz [ISOS], in: Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet [Hrsg.], *Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Genf/Zürich/Basel 2020, 965 ff., 967).

³⁶ Ausführlich dazu MERKLI (FN 35), 974.

³⁷ Zur Verbindlichkeit ARNOLD MARTI, Kurzgutachten zu aktuellen Fragen der Denkmalschutzgesetzgebung des Kantons Zug, 16. Juni 2018, erstellt zu Händen der Generalsekretärin der Direktion des Innern des Kantons Zug im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens, 2 f., und Nina Dajcar, Natur- und Heimatschutzinventare des Bundes, Zürich/Basel/Genf 2011, 192 ff.

³⁸ Statt vieler BGer, 1C_100/2020, 28.6.2021.

³⁹ BARBARA JUD, Bundesinventare nach Art. 5 NHG und ihre Tragweite für Bund, Kantone und Gemeinden, VLP Raum und Umwelt Januar 1/11, Bern 2011, 6, mit Hinweis auf ARNOLD MARTI, Das Schutzkonzept des Natur- und Heimatschutzgesetzes auf dem Prüfstand, SJZ 2008, 81 ff., 83.

⁴⁰ Dazu unten Ziff. III.D.3.

⁴¹ Analog zur Rechtsprechung bei fehlender Aufnahme in ein kommunales oder kantonales Inventar (BGer, 1C_92/2021, 7.6.2021, Dägerlen). Dazu gleich Ziff. II.B.3.

⁴² BGE 135 II 209 E. 2.1; dazu JÜRIG LEIMBACHER, Art. 6 N 23 ff., in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrlander (Hrsg.), *Kommentar NHG*, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2019; ebenso BSK BV-DAJCAR/GRIFFEL (FN 29), Art. 78 N 18, und ALAIN GRIFFEL, *Umweltrecht*, Zürich/St. Gallen 2019, 251 f.; zur Bedeutung dieser Berücksichtigungspflicht Jud (FN 39), 1 ff.; ebenso HEINZ AEMISEGGER/LUKAS BÜHLMANN, Stellungnahme zuhanden des Bundesamtes für Kultur zu den parlamentarischen Initiativen 17.525 (NR Gregor Rutz) und 17.526 (NR Hans Egloff), 14. Januar 2019 (veröffentlicht auf der Homepage des Bundesamtes für Kultur).

⁴³ Verordnung vom 13. November 2019 über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (VISOS; SR 451.12).

⁴⁴ Siehe dazu die kritischen Bemerkungen bei PETER KARLEN, Das ISOS – ein übergrosses Gewand für den Ortsbildschutz des Bundes, ZBl 2020, 461 f., 461.

⁴⁵ AEMISEGGER/BÜHLMANN (FN 42), N 2.

Im Baubewilligungsverfahren wird der Schutz der Inventarobjekte in erster Linie nach den planerischen Festlegungen des Kantons und der Gemeinden zu beurteilen sein.

3. Notkompetenzen des Bundes

Droht einem Kulturdenkmal von nationaler Bedeutung unmittelbare Gefahr, kann der Bund die betroffenen Objekte befristet unter den Schutz des Bundes stellen und die nötigen Sicherungen zu seiner Erhaltung anordnen (Art. 16 NHG). Es liegt grundsätzlich im Ermessen des Bundes, ob Massnahmen angeordnet werden. Dieses Ermessen ist pflichtgemäss auszuüben und kann sich zu einer Handlungspflicht verdichten, wenn ansonsten der Verlust eines Bauwerks von herausragendem, gesamtschweizerischem Interesse droht.⁴⁶

Der Bund kann beispielsweise einschreiten, wenn er feststellen muss, dass der Kanton oder andere zuständige Instanzen die Bedeutung eines Objektes unterschätzen. Dies muss auch gelten, wenn die Schutzwürdigkeit oder die nationale Bedeutung noch nicht abgeklärt ist, namentlich wenn ein vermutungsweise schützenswertes Objekt wegen fehlender Aktualisierung im ISOS oder in einem anderen bundesrechtlichen Inventar noch nicht erfasst ist.⁴⁷

4. Denkmalschutz im kantonalen Recht

Das kantonale Recht regelt die Organisation, die Schutzvoraussetzungen und das Verfahren sowie die allfällige finanzielle Unterstützung der schützenswerten und geschützten Objekte. Die Bestimmungen finden sich in eigenen Gesetzen (Zug, Basel-Landschaft), sind aber oft auch in baurechtlichen Erlassen (Bern, St. Gallen, Zürich) eingeordnet.

Das ISOS des Bundes tritt mit seinem Schutzgegenstand, den Ortsbildern, in Konkurrenz zur raumplanerischen Zuständigkeit der Kantone. Wenn kantonale Planfestsetzungen oder kantonalrechtliche Bewilligungsentscheide ISOS-Objekte betreffen, müssen die Behörden die ISOS-Wertung mit in Betracht ziehen.⁴⁸ Das Zusammenwirken zwischen Bund und Kantonen bedarf deshalb der rechtlichen Klärung.

⁴⁶ BGer, 1P.441/2001, 8.10.2001, E. 3a.

⁴⁷ In Analogie BGer, 1C_92/2021, 7.6.2021 (Dägerlen).

⁴⁸ AEMISEGGER/BÜHLMANN (FN 42), N 12.

a. Inhalt des ISOS

Im ISOS werden Ortsbilder nach einem schweizweit einheitlichen Massstab beurteilt. Die wertvollsten Siedlungen des Landes werden beschrieben, bewertet und mit Erhaltungszielen versehen. Das ISOS dokumentiert die schweizweit vorhandene Baukultur und beschreibt deren Werte.⁴⁹

Das ISOS⁵⁰ gliedert den beschriebenen Ort (bzw. Ortsteil) in Gebiete und Baugruppen sowie in Umgebungszonen und Umgebungsrichtungen. Die Zuordnung erfolgt nach den historischen und räumlichen Qualitäten einer Bebauung. Im Inventar werden Zustand und Bedeutung des Ortsteils beschrieben und die Erhaltungsziele festgelegt (Substanzerhaltung, Strukturhaltung oder Erhaltung des Charakters). Für Umgebungszonen bzw. Umgebungsrichtungen sieht es die Erhaltung der Beschaffenheit oder die Erhaltung der Eigenschaft vor.

Im Inventar finden sich Zielvorgaben für ein bestimmtes Gebiet, ohne jedes einzelne Haus zu bewerten. So ist beispielsweise die «Gartenstadt» der Stadt Zug als intensiv durchgrüntes und planmässig angelegtes Arbeiterquartier erwähnt und als Gesamtes dem Erhaltungsziel A zugeteilt; ergänzend weist das Inventar auf einzelne Gebäude hin, ohne aber einen zusätzlichen Schutz zu umschreiben. Die Aussagen zur Gestaltung («intensiv durchgrünt») oder die Bezeichnung («Gartenstadt»⁵¹) bestimmen den Schutzzumfang direkt. Die konkreten Zielvorstellungen im Inventarblatt, aber auch die weiteren Beschreibungen (Hinweise) sind in die raumplanerische Interessenabwägung aufzunehmen. Das für ein bestimmtes Gebiet festgelegte Erhaltungsziel muss beachtet werden.

b. Praxisfragen bei der Umsetzung des ISOS in der kantonalen Planung

Bis 2009 war die Verbindlichkeit der Bundesinventare für Kantone und Gemeinden unklar. Beschwerden wegen

⁴⁹ DAJCAR (FN 37), 70 f.

⁵⁰ Aus den Erläuterungen zum ISOS, die jeder Inventarzusammenstellung in gleicher Weise zu Grunde liegen (Eidg. Departement des Innern, Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz, Ortsbilder von nationaler Bedeutung Kanton Zug, Bern 2002). Dazu auch DAJCAR (FN 37), 63 f.; ROLAND TREMP/PHILIPP MAURER/LUKAS BÜHLMANN/BARBARA JUD, Ortsbildschutz und Verdichtung, Raumplanerische Interessenabwägung in Gemeinden mit einem Ortsbild von nationaler Bedeutung (ISOS), VLP-ASPAN Arbeitshilfe, Bern 2018, 7 ff.; ausführlich WIEDLER (FN 28), 152 ff.

⁵¹ Generell wird unter «Gartenstadt» ein Arbeiterviertel verstanden, dessen Häuser «umgrünt» sind, damit die Bewohner dort ihre Gärten zur Bepflanzung für die eigene Versorgung nutzen können.

Beeinträchtigung eines ISOS-Objekts kamen praktisch nicht vor.⁵²

Im Entscheid Rüti⁵³ befand das Bundesgericht, dass Bundesinventare und damit auch das ISOS ihrer Natur nach Sachpläne und Konzepte im Sinne von Art. 13 RPG⁵⁴ darstellen und im Rahmen der Planungspflicht (Art. 2 RPG)⁵⁵ bei der Erfüllung von kantonalen und kommunalen Aufgaben zu berücksichtigen sind. Die Kantone haben die Inhalte des ISOS wie Sachpläne und Konzepte des Bundes in den Richtplan aufzunehmen (Art. 6 Abs. 4 RPG, Art. 23 RPV) und in der kantonalen Nutzungsplanung zu präzisieren.⁵⁶

Der Entscheid Rüti hat die Grundlagen der Nutzungsplanung wesentlich verändert und hätte zur Überprüfung und Anpassung der bestehenden Nutzungspläne führen müssen (Art. 21 Abs. 2 RPG). Verschiedene Kantone sind dieser Pflicht nachgekommen und verfügen über Planungsentscheide, die für die Beurteilung neuer rechtlicher Anforderungen, wie etwa aus der Revision des Rauplanungsgesetzes (2012), sachgerechte Interessenabwägungen zulassen.⁵⁷ Schwieriger ist die Umsetzung des Entscheids Rüti, wo die erforderliche Planung noch nicht vorgenommen wurde.

Das Bundesgericht verpflichtet die Kantone und Gemeinden ausdrücklich, das ISOS im Rahmen ihrer Planung mindestens *hinreichend* zu berücksichtigen.⁵⁸ Die einzelnen Einträge im ISOS seien zu beachten und gegen allfällige entgegenstehende Interessen abzuwägen. Es genüge nicht, die ISOS-Einträge lediglich zu wiederholen; vielmehr müssten sie ernsthaft in die Überlegungen einbezogen werden. Und es reiche auch nicht, die entgegenstehenden Interessen bloss generell anzurufen, sondern es müsse geprüft werden, welches Gewicht ihnen unter den jeweiligen konkreten Umständen zukomme. Wichtig sei namentlich das Interesse am Schutz von Bauten, die in

das ISOS mit dem Erhaltungsziel A (Substanzerhaltung) aufgenommen wurden.⁵⁹

Eine formelle Planung ist dann erforderlich, wenn die Vorgaben und Inhalte des ISOS für die betroffene Fläche so gewichtig sind, dass sie nur im Rahmen einer Planung richtig eingeordnet werden können.⁶⁰ Besteht zur Umsetzung des ISOS die notwendige Planung nicht, sind Bewilligungen für Änderungen von bestehenden oder neuen Bauten im ISOS-Gebiet abzulehnen oder auszusetzen;⁶¹ ist eine Planung nicht nötig, sind die ISOS-Vorgaben im Bewilligungsverfahren zu berücksichtigen.⁶²

Teil der Planungsgrundlagen sollte in der Regel auch ein Fachgutachten sein,⁶³ dessen Vorschläge und Empfehlungen in die Interessenabwägung einfließen. Dies gilt auch, wenn eine bestehende Planung, bei der das ISOS bereits berücksichtigt wurde, überarbeitet wird. Drei Schritte sind jeweils zu beachten: Die Behörde hat zuerst die betroffenen Interessen zu ermitteln. Sie hat alsdann diese Interessen zu beurteilen und dabei insbesondere die Vereinbarkeit mit der anzustrebenden räumlichen Entwicklung und die möglichen Auswirkungen zu berücksichtigen. Schliesslich hat sie diese Interessen auf Grund der Beurteilung im Entscheid möglichst umfassend zu berücksichtigen (Art. 3 RPV). Die Schritte sind im Raumplanungsbericht festzuhalten (Art. 47 RPV).

Das ISOS kann in einer Ortsbildschutzzone nach Art. 17 RPG umgesetzt sein. Ob dies zutrifft und wie die Angaben des ISOS in die Interessenabwägung (Art. 3 RPV⁶⁴) eingeflossen sind, ist dem Planungsbericht nach Art. 47 RPV zu entnehmen. Ein allgemeiner Hinweis, dass bestehende Ortsbildschutzzonen den Schutz des ISOS auch gewährleisten, genügt nicht. Ortsbildschutzzonen, die vor dem Entscheid Rüti (2009) erlassen wurden, können den Anforderungen der Rechtsprechung nicht genügen. Dem Planungsbericht ist auch zu entnehmen, aus welchen Gründen ISOS-Interessen allenfalls nicht berücksichtigt werden mussten.⁶⁵

⁵² Die Rechtsprechung enthielt lediglich Hinweise auf das ISOS (dazu MERKLI [FN 35], 974).

⁵³ BGE 135 II 209 E. 2.1; Nach PETER HEER, Aktuelle Rechtsfragen zum ISOS, BR 2019, 189 ff., 190 f., ist der Entscheid Rüti rechtlich schlicht falsch.

⁵⁴ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

⁵⁵ MERKLI (FN 35), 974.

⁵⁶ Zum Ganzen JUD (FN 39), 9 ff.; siehe die kritischen Gedanken zur rechtlichen Zuordnung der Bundes-Inventare bei DAJCAR (FN 37), 189 ff.

⁵⁷ Siehe dazu etwa VGer AG, WBE 2020/42, 20.10.2021 im Zusammenhang mit einer Gesamtrevision der Nutzungsplanung, die die ISOS-Vorgaben bereits mitberücksichtigt hatte.

⁵⁸ BGer, 1C_100/2020, 28.6.2021, mit Hinweis auf BGE 135 II 209 E. 2.1.

⁵⁹ BGer, 1C_100/2020, 28.6.2021, mit Hinweis auf BGer, 1C_305/2015, 14.12.2015, E. 6.3.

⁶⁰ So MERKLI (FN 35), 974.

⁶¹ Analoge Anwendung der Rechtsprechung zur fehlenden Planung für planungspflichtige Bauvorhaben ausserhalb des Baugebiets (PETER KARLEN, Planungspflicht und Grenzen der Planung, ZBJV 1994, 117 ff.).

⁶² Zur Koordination im Bewilligungsverfahren ausführlich ANDREAS ABEGG/LEONIE DÖRIG, Koordinationspflichtige Bauvorhaben bei Schutzobjekten, Zürich/St. Gallen 2017, N 34 f.; ebenso ENGELER (FN 28, § 7 N 134).

⁶³ Differenziert in VGer AG, WBE 2020/42, 20.10.2021, E. 3.1.

⁶⁴ Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1).

⁶⁵ «Aus der Tatsache, dass ein Gebäudeensemble im ISOS beziehungsweise in der Ortsbildschutzzone aufgenommen ist, ergibt

c. Praxisfragen bei der Umsetzung des ISOS im Baubewilligungsverfahren

Der Spielraum für die Berücksichtigung des ISOS im Baubewilligungsverfahren ist beschränkt.⁶⁶

Im Baubewilligungsverfahren wird geprüft, ob ein konkretes Projekt dem Zonenzweck entspricht, genügend erschlossen ist und im Einklang mit den baurechtlichen Bestimmungen steht (Art. 22 Abs. 2 RPG). Sind die Voraussetzungen erfüllt, ist die Bewilligung zu erteilen. Die Bewilligungsbehörde kann – aus baurechtlicher Sicht – keine Varianten verlangen. **Ob genügend Spielraum für eine Interessenabwägung nach Art. 3 RPV besteht, muss im Einzelfall geklärt werden.**

Ist die Baubewilligung mit einer Schutzabklärung oder aufgrund eines anderen raumwirksamen Rechts zu koordinieren, besteht in der Regel eine Pflicht zur **Interessenabwägung aus der Fachgesetzgebung.**⁶⁷

Bei Ausnahmegewilligungen **ausserhalb der Bauzone** können die ISOS-Angaben bei der Bewertung der allenfalls entgegenstehenden, überwiegenden Interessen berücksichtigt werden (Art. 24 lit. b RPG).⁶⁸ **Innerhalb der Bauzone** ist eine Interessenabwägung nicht vorgesehen (Art. 22 Abs. 2 RPG), doch sind für jede Bewilligung die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts vorbehalten (Art. 22 Abs. 3 RPG).

Dem ISOS könne bei der Beurteilung der Baubewilligung – so wird vorgeschlagen⁶⁹ – im Sinne einer **Ästhetikklausel** Rechnung getragen werden.⁷⁰ Eine Idee, die zielführend sein kann, will das ISOS doch Bauten, Baugruppen oder Quartiere, die wertend wahrnehmbar sind und ein Erscheinungsbild prägen, schützen. Nicht gelöst ist damit jedoch weiterhin das Vorgehen bei **Objekten, die nicht aus Gründen der Ästhetik, sondern aufgrund ihrer Funktion oder kulturgeschichtlichen Bedeutung Denkmä-**

ler werden sollen.⁷¹ Zu beachten ist auch, dass die Wertung sich im Laufe der Zeit verändert.⁷²

III. Aktuelle Kernfragen zum Denkmalschutzrecht

Bei der Beurteilung des Zuger Denkmalschutzgesetzes hat sich das Bundesgericht auch zu Minimalanforderungen an den Schutz und zu den Schutzkriterien geäußert. In weiteren Urteilen hat es auch mit dem Konflikt zwischen Denkmalschutz im Rahmen weiterer Interessen, namentlich der inneren Verdichtung, befasst. Auf vier Einzelfragen wird eingegangen.

A. Die Schutzkriterien

Das revidierte Denkmalschutzgesetz des Kantons Zug liess bei potenziellen Schutzobjekten den Schutz nur zu, wenn sie einen *«äusserst hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert»* aufweisen.⁷³ Die Schutzvoraussetzungen werden in den anderen Kantonen mit ähnlichen Wertangaben festgelegt.

1. Die Schutzkriterien im Lichte des Granada-Übereinkommens

Nach dem deutschen Text des Granada-Übereinkommens müssen Bauobjekte von *«herausragendem [...] Interesse»* (Art. 1 Ziff. 1 Granada-Übereinkommen) geschützt werden. Gemäss den verbindlichen französisch- und englischsprachigen Originalfassungen sind jedoch bereits *«monuments [...] particulièrement remarquables»* bzw. *«monuments of conspicuous [...] interest»* zu schützen. Der französische Begriff kann durchaus auch mit *«besonders bemerkenswert»* übersetzt werden. Insgesamt werden die Begriffe der Originalfassung vom Bundesgericht als weniger streng bezeichnet als der deutsche Wortlaut. Ohne über den Begriffsstreit zu entscheiden, stellt es klar, dass *«äusserst hoch»* nicht restriktiver ausgelegt werden dürfe als die Begriffe des Granada-Übereinkommens.⁷⁴ Nicht angesprochen hat das Bundesgericht die Unter-

sich nicht, dass ein einzelnes Gebäude nicht abgebrochen und nicht neu erstellt werden dürfte» (VGer ZG, V 2016 122, E. 3d).

⁶⁶ MERKLI (FN 35), 975; TREMP/MAURER/BÜHLMANN/JUD (FN 50), 17.

⁶⁷ So ausdrücklich BGer, 1C_460/2020, 30.3.2021, E. 4.3, bei dem sich die Interessenabwägung aus dem Gewässerschutzgesetz ergeben hat.

⁶⁸ BGer, 1C_416/2019, 2.2.2011.

⁶⁹ MERKLI (FN 35), 975; gleicher Meinung siehe WIEDLER (FN 28), 203, mit ausführlicher Begründung; zudem REY (FN 23), N 4.80, und TREMP/MAURER/BÜHLMANN/JUD (FN 50), 17.

⁷⁰ Nach MERKLI verhelfen positive Ästhetikklauseln, die eine bestimmte gestalterische Qualität verlangen, den Zielsetzungen des ISOS im Allgemeinen besser zum Durchbruch als blosse Verunstaltungsverbote, vgl. MERKLI (FN 35), 975.

⁷¹ Auch wenn die äussere Erscheinungsform baugeschichtlich unbedeutend ist (ENGELER [FN 28], § 7 N 47 mit Hinweisen auf BGer, 1C_285/2017, 27.10.2017, E. 2)

⁷² Zur Schutzwürdigkeit entsprechend den Epochen BGE 135 I 176 E. 6.

⁷³ In der Regelung 1990 mussten die Objekte einen besonderen, in der Regelung 2008 einen sehr hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert aufweisen.

⁷⁴ BGE 147 I 308 E. 7.3.

scheidung im Granada-Übereinkommen für Bauwerke (herausragender Wert) sowie für Baugruppen und Stätten (besonderer Wert).⁷⁵

2. Bedeutung für die rechtsanwendenden Behörden

Das Bundesgericht geht davon aus, dass die Wertkriterien im Zuger Denkmalschutzgesetz konventionskonform angewendet werden können. Die rechtsanwendenden Behörden werden den Begriff «äusserst» anhand der Konvention auslegen. Es müssen Objekte geschützt werden, die «besonders bemerkenswert» sind. Die Behörden können sich insbesondere nicht auf einen anderslautenden Gesetzgeberwillen berufen, da dieser gegen die Wertungen im Granada-Übereinkommen verstossen könnte.⁷⁶

Das Urteil des Bundesgerichts im Fall Zug wird auch bei anderen Kantonen zu einer Überprüfung der Schutzkriterien und allfälliger Anpassung der Praxis an die Minimalanforderungen des Granada-Übereinkommens führen müssen.

B. Einverständnis der Eigentümerschaft beim Schutz «jüngerer» Objekte

Lokale Objekte⁷⁷, die noch nicht 70 Jahre alt sind, sollten – nach § 25 Abs. 4 der Gesetzesnovelle – nur mit Zustimmung des Eigentümers unter Schutz gestellt werden dürfen. Das Bundesgericht hatte sich mit der Grundsatzfrage befasst, ob das Alter ein Schutzkriterium sein kann.

1. Die fixe Altersbegrenzung

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist es **grundsätzlich fragwürdig, jüngere Objekte ganz vom Denkmalschutz auszuschliessen**. Auch wenn sich die Schutzwürdigkeit häufig erst durch Zeitablauf ergebe, sei diese Frist auf jeden Fall nicht zwingend. Eine Baute könne schon nach kurzer Zeit schutzwürdig sein.⁷⁸

⁷⁵ VON DER DECKEN (FN 5), § 3 N 39.

⁷⁶ Das Bundesgericht bestätigt: «auch wenn dadurch der gesetzgeberische Wille abgeschwächt wird» (BGE 147 I 308 E. 7.3).

⁷⁷ Der Regierungsrat hatte dem Parlament vorgeschlagen, das Zustimmungserfordernis für alle Objekte gelten zu lassen, die noch nicht siebenzig Jahre alt waren.

⁷⁸ BGE 147 I 308 E. 7.5.1. Auch in Bern ist das Alter für die Qualifikation als Baudenkmal nicht entscheidend, vgl. ALDO ZAUGG/PETER LUDWIG, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Band I, 5. A., Bern 2020, Art. 10a–10f N 2.

2. Das Zustimmungserfordernis

Das Bundesgericht sieht im **Zustimmungserfordernis** eine **Gefährdung einzelner Verpflichtungen aus dem Granada-Übereinkommen**. Konkret könnten die Schutzmassnahmen (Art. 3 Ziff. 2) nicht gesichert sein, ein Kontroll- und Genehmigungsverfahren nicht wirksam sein (Art. 4 Ziff. 1) und die Beeinträchtigung und Zerstörung geschützter Kulturgüter nicht verhindert werden (Art. 4 Ziff. 2), wenn Private entschieden, dass schutzwürdige Objekte nicht geschützt würden. Der Staat könne dann nicht verhindern, dass diese umgebaut oder abgerissen würden. «Die [...] Verpflichtungen nach Art. 3 und 4 des Übereinkommens würden [...] ausgehöhlt bzw. ihres Sinnes entleert.»⁷⁹ Wenn ein Grundeigentümer oder gar ein einzelner Stockwerkeigentümer⁸⁰ nach persönlicher Einschätzung verhindern könne, dass ein Objekt überhaupt geschützt werde, laufe zudem jegliche Enteignungsmöglichkeit von vornherein ins Leere und das staatsvertraglich vorgeschriebene Enteignungsrecht (Art. 4 Ziff. 2 lit. d Granada-Übereinkommen) bliebe wirkungslos.⁸¹

Auch der Kanton Basel-Landschaft schliesst den Schutz eines aus kantonaler Sicht erhaltenswerten Objekts ohne Zustimmung der Eigentümerschaft aus,⁸² was aufgrund des Bundesgerichtsurteils wohl zu einer Änderung des Gesetzes führen muss.⁸³ Auch bei anderen Kantonen wird das Urteil zu einer Überprüfung der Rechtslage führen müssen.

3. Bedeutung der kommunalen, regionalen bzw. nationalen Wirkung

Die Kantone unterscheiden regelmässig kommunale, regionale oder kantonale Schutzobjekte⁸⁴ und weisen die Aufgaben kompetenzgerecht der Gemeinde oder dem Kanton zu.⁸⁵ Die Unterscheidung ist nicht identisch mit dem Schutzwert. Ein Denkmal geniesst Schutz, sobald es nach den staatlichen Vorgaben als Denkmal anerkannt und sein Schutzzumfang bestimmt ist. Die geografische Einbettung ist für den Schutz nicht entscheidend.⁸⁶

⁷⁹ BGE 147 I 308 E. 7.5.1.

⁸⁰ BGE 147 I 308 E. 7.5.1.

⁸¹ BGE 147 I 308 E. 7.5.2.

⁸² Dazu § 8 Abs. 1 Gesetz vom 9. April 1992 über den Denkmal- und Heimatschutz (SGS 791).

⁸³ So auch PLETSCHER (FN 18), 257.

⁸⁴ Die Einteilung gilt nur für innerstaatlich geschützte Objekte, nicht aber für den Schutz aus internationalen Übereinkommen wie etwa der UNESCO-Konvention von 1972 (dazu oben II.A.1.).

⁸⁵ So etwa § 203 und 2011 PBG/ZH.

⁸⁶ Für das Zürcher Recht ausdrücklich CHRISTOPH FRITZSCHE/PETER BÖSCH/THOMAS WIPF/DANIEL KUNZ, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. A., Wädenswil 2019, 278.

Auch das Granada-Übereinkommen trifft keine Unterscheidungen nach örtlicher Bedeutung. Die Anforderungen an die Schutzwürdigkeit eines Objekts gelten auch für lokale Denkmäler.⁸⁷ Art. 6 Ziff. 1 des Granada-Übereinkommens verlangt denn auch die Erhaltung und Wiederherstellung des baugeschichtlichen Erbes auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene. «Die Nennung der lokalen Ebene erschiene sinnlos, wären damit nicht lokale Denkmäler gemeint.»⁸⁸

4. Gültigkeit der Revision ohne Hauptanliegen?

Das Zustimmungserfordernis war – neben der Reduktion der Schutzanforderungen und der «einvernehmlichen» Unterschutzstellung⁸⁹ – das Hauptanliegen der Gesetzesnovelle. Wenn nun eines der Kernelemente wegfiel, sei die Zielsetzung der Gesetzesrevision in Frage gestellt, argumentierte der Kanton Zug⁹⁰ und forderte: Das Bundesgericht solle prüfen, ob das Zustimmungserfordernis deshalb nicht aufgehoben werden solle, weil sonst die ganze Novelle keinen Sinn mehr ergebe.⁹¹ Das Bundesgericht lehnte den Antrag ab. Die erforderlichen Anpassungen am Gesetzesprojekt bzw. die Auslegung der fraglichen Bestimmungen erscheine ihm nicht derart zentral, dass damit die ganze Novelle in Frage gestellt würde. Insbesondere verbleibe der Gesetzesänderung auch ohne § 25 Abs. 4 DMSG/ZG ein Sinn.⁹²

C. Die vertragliche Unterschutzstellung

Das Denkmalschutzgesetz im Kanton Zug setzt auf Kooperation der Bewilligungsbehörden mit den privaten Eigentümern im Schutzverfahren.⁹³ Neben dem in der Zwischenzeit vom Bundesgericht aufgehobenen Zustimmungserfordernis sieht der Regierungsrat als Regelfall die einvernehmliche Lösung für den Schutz einer Baute

vor. Der Vorschlag des Regierungsrats⁹⁴ war im Kantonsrat nicht bestritten.

1. Die Regelung im Gesetz

Die «einvernehmliche» Lösung bzw. vertragliche Abmachungen sind in den Zuständigkeitsbestimmungen (§ 10 und § 11 DMSG/ZG) und in den materiellen Vorgaben (§ 24 und § 25 DMSG/ZG) geregelt.

Die Unterschutzstellung erfolgt – bei einer Einigung – mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags zwischen der Eigentümerschaft des Denkmals und dem Amt für Denkmalpflege und Archäologie. Der Vertrag ist zu genehmigen. Die Genehmigung wird verweigert, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Unterschutzstellung nicht gegeben sind (§ 24a DMSG/ZG). Soweit der Schutz des Denkmals mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags mit der Eigentümerschaft nicht sichergestellt werden kann, entscheidet der Regierungsrat über die Unterschutzstellung und den Schutzzumfang (§ 25 Abs. 1 DMSG/ZG).

2. Dank einvernehmlicher Lösung zum Vertrag

a. Kaum Vertragsfreiheit

Für das Zustandekommen des Vertrags ist zunächst eine einvernehmliche Lösung zu finden, was eine übereinstimmende Willensäußerung voraussetzt (§ 24a Abs. 1 DMSG/ZG).

Die Lösungssuche ist nicht mit der Vertragsfreiheit vergleichbar, wie sie im Privatrecht umschrieben ist (Art. 1 und 19 OR). Sie ist vielmehr durch den «Vertragspartner» (Behörde) und den Vertragsinhalt (Regelung des Schutzes) gesetzlich eingeschränkt. Die Lösung muss den Grundeigentümer überzeugen, gleichzeitig aber auch die gesetzlichen Rahmenbedingungen erfüllen. In den Kernfragen (Unterschutzstellung, allfällige Zustimmung der Gemeinde, staatlicher Beitrag) darf die Vertragsregelung vom Inhalt einer möglichen Verfügung nicht abweichen, weil beide Vorgehen gesetzmässig sein müssen. Die Regeln in Zug sehen – anders als im Kanton Zürich⁹⁵ – keine

⁸⁷ BGE 47 I 308 E. 7.5.3, ebenso E. 6.3.

⁸⁸ BGE 147 I 308 E. 6.1.

⁸⁹ Dazu gleich III.C.

⁹⁰ BGE 147 I 308 E. 7.6.

⁹¹ Mit den gleichen Argumenten – aber umgekehrt eingesetzt – hätten die Beschwerdeführenden beantragen können, dass die gesamte Revision aufzuheben sei – ebenfalls mit wenig Erfolgchancen.

⁹² BGE 147 I 308 E. 7.6.

⁹³ Zum Ruf nach einem vermehrt einvernehmlich handelnden Staat siehe AUGUST MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Ausgewählte Fragen zum vertraglichen Handeln der Verwaltung und zum Einsatz des Vertrags in der Verwaltungsrechtspflege, Zürich/Basel/Genf 2005, 76 ff.

⁹⁴ Siehe dazu Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 10. März 2015 zu den Motionen von KR Thimo Hächler, Daniel Abt und Manuel Brandenburg betreffend Neuorganisation der Denkmalpflege im Kanton Zug (Vorlage Nr. 2342.1 – 14549) und von KR Thimo Hächler, Daniel Abt und Manuel Brandenburg betreffend Unterschutzstellungen der Denkmalpflege im Kanton Zug (Vorlage Nr. 2453.1 – 14823).

⁹⁵ Im Zürcher Recht können im Schutzvertrag auch Vereinbarungen getroffen werden, die weiter gehen, als dies mit einer Verfügung möglich wäre. Diese Ausweitung scheint in Konflikt zu stehen mit dem Gesetzmässigkeitsprinzip der Verwaltung, zumal der Umfang der Kompetenzerweiterung aus dem Gesetz nicht ersichtlich ist. Die

speziellen bzw. weitergehenden Kompetenzen der Behörden bei der Suche nach einvernehmlichen Lösungen vor, was aus der Sicht der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und der Gleichbehandlung richtig erscheint.

Die Denkmalschutzbehörde hat bei der Suche nach einer einvernehmlichen Lösung keine hoheitlich durchsetzbaren Mittel. Sie wird auch nicht mit der längeren Verfahrensdauer «drohen» können; faktisch werden die rechtlichen Abklärungen (Erstellung von Fachmeinung bzw. Gutachten) in beiden Verfahrensarten gleichermaßen Zeit in Anspruch nehmen. Einvernehmliche Verfahren könnten sogar länger dauern; bei hoheitlichem Vorgehen darf die Behörden Fristen setzen. Richtig ist immerhin, dass bei der einvernehmlichen Lösung Rekurs- und Beschwerdeverfahren (durch Grundeigentümer) wegfallen.⁹⁶

b. Vertragsdokument

Die einvernehmliche Lösung wird in einem Vertragsdokument festzuhalten sein. Schriftlichkeit ist zwar im Gesetz des Kantons Zug nicht ausdrücklich vorgesehen, muss jedoch vorhanden sein, da der Vertragsinhalt nicht nur für die Vertragsparteien, sondern auch für Dritte verbindlich sein soll.⁹⁷

c. Die konstitutive Genehmigung

Die Verträge sind von einer kantonalen Behörde zu genehmigen (§ 24a Abs. 2 DMSG/ZG). Diese Genehmigung dient der hoheitlichen Überprüfung der Rechtmässigkeit der getroffenen Lösung und ist die Grundlage für den Rechtsschutz (§ 39 Abs. 1 DMSG/ZG). Sie wirkt konstitutiv.

Lässt erst die Genehmigung die Rechte und Pflichten entstehen, kommt der Vereinbarung keine eigenständige Bedeutung, sondern höchstens vorbereitender Charakter zu. Es liegt eine hoheitliche bzw. hoheitlich überprüfte Lösung vor,⁹⁸ die auch ohne Zustimmung oder sogar gegen den Willen des Grundeigentümers verbindlich ist.

Zustimmung des Grundeigentümers ändert daran nichts. Immerhin ist diese Regelung von den gerichtlichen Instanzen mehrmals bestätigt worden (VB.2016.00187). Kritisch dazu auch FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ (FN 86), 291 f., zumindest in Bezug auf die Umsetzung durch eine Personaldienstbarkeit.

⁹⁶ Mit der einvernehmlichen Lösung verzichtet der private Grundeigentümer, aber auch der Staat auf ein mögliches Rechtsmittel (grundlegend Mächler [FN 93], 227 ff.).

⁹⁷ Auch die Verwaltungslehre verlangt die Schriftlichkeit vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 1342 mit weiteren Hinweisen.

⁹⁸ Die Regelung entspricht einem «hybriden Handlungstyp» (dazu BERNHARD WALDMANN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007, 2).

D. Der Schutzentscheid auf dem Prüfstand

Das Verfahren zur Entscheidungsfindung richtet sich nach kantonalem Recht.⁹⁹ Die Regeln sind gesamtschweizerisch nicht harmonisiert; aus Verfassungsgrundsätzen und einzelnen Bestimmungen des Natur- und Heimatschutzgesetzes lassen sich wichtige Schranken für bestimmte Verfahrensschritte ableiten.

1. Rechtssicherheit während der Schutzabklärung

Baudenkmäler existieren erst, wenn ihre Bedeutung staatlich festgestellt ist. Einem Haus sind die besonderen Qualitäten nicht immer auf den ersten Blick anzusehen und den Denkmalschutzbehörden können nicht alle möglichen Schutzobjekte bekannt sein. Zudem kann sich die Wert einschätzung der schützenswerten Objekte im Laufe der Zeit ändern.¹⁰⁰ Die für den Eigentümer unsichere Situation muss geklärt werden, am besten durch einen definitiven Entscheid über den Schutz und die Bekanntgabe in einem öffentlich zugänglichen Inventar. Der Kanton muss aber auch sicherstellen, dass die Schutzwürdigkeit der Objekte abgeklärt werden kann, ohne dass Veränderungen in der Zwischenzeit den möglichen Schutz **nicht** gefährden.

a. Inventare vermuteter Schutzobjekte

In einer Übergangsphase lassen sich Unsicherheiten vor den Schutzabklärungen durch kantonale Inventare überbrücken.¹⁰¹ Sie benennen die Objekte, deren Schutz erwogen wird. Die inventarisierte Baute wird regelmässig als vermutetes Denkmal behandelt, mit der Pflicht, bei einem Baugesuch oder wenn am inventarisierten Objekt Änderungen geplant sind, über den Schutz definitiv zu entscheiden. Ebenso muss die Denkmalschutzbehörde tätig werden, wenn ein betroffener Grundeigentümer definitive Schutzabklärungen verlangt (so etwa das Provokationsbegehren nach § 213 PBG/ZH). Erfahrungsgemäss erfassen

⁹⁹ In diesem Sinn BERNHARD EHRENZELLER/WALTER ENGELER, IN: BERNHARD EHRENZELLER/WALTER ENGELER (Hrsg.), Handbuch Heimatschutzrecht, Zürich/St. Gallen 2020, Vorwort, Seite V.

¹⁰⁰ Schutzwürdig sind für eine bestimmte Epoche typische Bauten oder Zeugen eines bestimmten – auch jüngeren – Baustils (BGE 135 I 176 E. 6).

¹⁰¹ Beispiele: § 118–120 Planungs- und Baugesetz des Kantons St. Gallen (ENGELER [FN 28], § 7 N 111 ff.); Art. 10d und 10e Baugesetz des Kantons Bern, vgl. ZAUGG/LUDWIG (FN 78), Art. 10e N 11–11b; § 203–217 Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich, vgl. FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ (FN 86), 277 ff.; § 5 und 21 DMSG/ZG. Übersicht über die Kantone der Suisse Romande siehe WIEDLER (FN 28), 430 ff.

aber Inventare die möglichen Schutzobjekte nicht immer umfassend.¹⁰² Es muss deshalb auch nachträglich¹⁰³ und unabhängig vom Inventareintrag möglich sein, den Schutz abzuklären.¹⁰⁴

Das Vorgehen bei der Erstellung und Wirkung der Inventare und auch die Verfahrensregelungen, mithin die Mitwirkungs- und Beschwerdemöglichkeiten, sind in den kantonalen Gesetzen uneinheitlich und unvergleichbar geregelt. Unterschiede sind insbesondere bei den Voraussetzungen für die Aufnahme eines Objekts in das Inventar festzustellen. So werden im Kanton Zürich bereits für die Aufnahme eines Objekts ins Inventar mehr oder weniger tiefgreifende Abklärungen zur Schutzwürdigkeit vorgenommen. Die Auswahl der Objekte erfolgt nach wissenschaftlichen Kriterien.¹⁰⁵ In anderen Kantonen wird das Inventar bzw. die Liste der möglichen Schutzgüter grosszügig angelegt. Das Zuger Denkmalschutzgesetz beispielsweise überlässt den Entscheid ohne nähere Vorgaben offensichtlich den Fachbehörden. Im Inventar seien Objekte festzuhalten, deren Schutz erwogen wird (§ 5 Abs. 1 und § 21 DMSG/ZG).

b. Weitere Möglichkeiten der Sicherung potenzieller Schutzobjekte

Zunächst kann das Gesetz für konkrete Situationen den provisorischen Schutz direkt bestimmen. So sind nach dem Berner Baugesetz bisher unbekannte Bauten oder Bauteile, die im Zuge von Arbeiten zu Tage treten, unverändert zu lassen und die Entdeckung sofort der zuständigen Fachstelle zu melden. Diese hat dann unverzüglich die notwendigen Massnahmen anzuordnen, insbesondere um Bauverzögerungen zu vermeiden. Betreffen die Entdeckungen bisher nicht inventarisierte Objekte und sind diese als schützenswert oder erhaltenswert einzustufen, veranlasst die zuständige Fachstelle eine Ergänzung der Inventare (Art. 10f BauG/BE).¹⁰⁶

Die kantonalen Gesetze sehen regelmässig auch vorsorgliche Massnahmen vor, namentlich wenn potenzielle Schutzobjekte gefährdet sind. Nach dem Zürcher Recht

bewirkt die Einleitung einer Schutzabklärung eine Inventareröffnung (§ 209 PBG/ZH) mit einem Veränderungsverbot. Eine sofortige, vorsorgliche Unterschutzstellung ist zudem ohne Inventaraufnahme möglich (§ 210 PBG/ZH). Nach dem Zuger Recht können gefährdete Denkmäler¹⁰⁷ vorsorglich unter Schutz gestellt und nötigenfalls zusätzliche sichernde Massnahmen verfügt werden (§ 22 DMSG/ZH).

2. Akzeptanz in der Bevölkerung

Denkmalschutzmassnahmen dürfen nicht ausschliesslich im Interesse eines begrenzten Kreises von Fachleuten erlassen werden. Sie müssen von einem grösseren Teil der Bevölkerung befürwortet werden, um Anspruch auf eine gewisse Allgemeingültigkeit erheben zu können.¹⁰⁸

Bund und Kantone haben deshalb für die Information und Beratung der Behörden und der Öffentlichkeit über die Bedeutung und den Zustand von Natur und Landschaft zu sorgen (Art. 25a NHG).

In den Kantonen bestehen regelmässig Kommissionen, die die Verwaltungsbehörden beraten oder deren Entscheid vorbereiten. In diesen Kommissionen wirken Personen mit, die aufgrund ihres Berufs Fachwissen einbringen können, aber auch Personen, die allgemein am Denkmalschutz interessiert sind, sowie allenfalls offizielle Vertreter der politischen Kräfte oder der Bevölkerung. Das kantonale Recht regelt die Existenz, Zusammensetzung und Aufgaben dieser Kommissionen.

Im Kanton St. Gallen (Art. 120 Abs. 1 PBG/SG) wird der Bevölkerung bei der Erstellung und Anpassung des Schutzinventars ein weitgehendes Mitwirkungsrecht eingeräumt.¹⁰⁹ In anderen Kantonen ist gesetzlich kaum geregelt, wie kantonale Behörden die Akzeptanz von Denkmalschutzmassnahmen im Einzelfall, namentlich beim Fehlen einer Denkmalkommission, messen.¹¹⁰

¹⁰² FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ (FN 86), 264 f.

¹⁰³ Siehe Art. 118 Abs. 2 PBG/SG in Bezug auf sogenannte «Entdeckungen».

¹⁰⁴ So ausdrücklich BGer, 1C_92/2021, 7.6.2021, bei dem der frühere Gasthof «Zur Traube» in Dägerlen aufgrund zu strenger (!) Beurteilung in willkürlicher Weise nicht ins Inventar aufgenommen worden ist.

¹⁰⁵ Aus: Kantonale Denkmalpflege, Inventare Denkmalschutz, Erläuterungen zur Erarbeitung, Festsetzung und Anwendung, Eine Hilfestellung für Gemeinden im Kanton Zürich, Stand September 2018, 2, 13.

¹⁰⁶ Auch andere Kantone regeln den Umgang mit entdeckten schutzwürdigen Objekten ähnlich (so etwa Art. 124 PBG/SG).

¹⁰⁷ Sinngemäss kann es sich nur um potenzielle Denkmäler handeln, weil das Gesetz davon ausgeht, dass der Schutz dahinfällt, wenn nicht innert Jahresfrist die Aufnahme des Objektes in das Denkmalverzeichnis beschlossen wird (§ 22 DMSG/ZG).

¹⁰⁸ BGer, 1C_300/2011, 3.2.2012, E. 5.1.2.

¹⁰⁹ ENGELER (FN 28), § 7 N 136, JÜRIG BEREUTER, Art. 120 N 8, in: Jürg Bereuter/Jörg Frei/Werner Ritter (Hrsg.), Kommentar PBG St. Gallen, Basel 2020; zu den Vorteilen der offenen Partizipation siehe CHRISTINA KRÖGER, Partizipation in der Denkmalpflege – ein Plädoyer dafür!, 15 f., Internet: https://baumediation-sdm.ch/wp-content/uploads/2021/01/NIKE_4a_RZ_Web_Partizipation_in_der_Denkmalpflege.pdf (Abruf 30.11.2021).

¹¹⁰ Siehe auch FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ (FN 86), 272; BEREUTER (FN 109), Art. 122 N 15.

3. Fachmeinungen und Gutachten

Schutzabklärungen erfordern Fachkenntnisse. Dieses Grundlagenwissen findet sich in den Fachämtern. Es wird ergänzt durch unabhängige Gutachten.¹¹¹

Bei Bundesinventaren sieht das Natur- und Heimatschutzgesetz eine zwingende und fakultative Begutachtung durch die Eidgenössische Kommission für Denkmalfpflege (EKD) vor:

- Zwingend: Wenn bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe ein Objekt, das in einem Inventar des Bundes aufgeführt ist, erheblich beeinträchtigt wird oder sich in diesem Zusammenhang grundsätzliche Fragen stellen (Art. 7 Abs. 2 NHG), besteht eine Begutachtungspflicht.¹¹² Ob eine Begutachtung erforderlich ist, beurteilt die Bundesfachstelle, also das Bundesamt für Umwelt (BAFU), das Bundesamt für Kultur oder das Bundesamt für Strassen (Art. 7 Abs. 1 NHG). Die Beurteilung ist nicht anfechtbar.
- Fakultativ: In wichtigen Fällen kann die Eidgenössische Denkmalkommission von sich aus jederzeit und in jedem Stadium des Verfahrens ein Gutachten über die Schonung oder ungeschmälerter Erhaltung von Objekten abgeben (Art. 8 NHG). Eine fakultative Begutachtung durch die Eidgenössische Denkmalkommission ist auch möglich, «wenn das Gutachten von einer Verfahrenspartei beantragt wird [...]».¹¹³ Die Kommission entscheidet aber, ob sie begutachtet.

Die Kommission des Bundes hat den Sachverhalt festzustellen. Sie hat sich namentlich zur möglichst ungeschmälerter Erhaltung des Objekts zu äussern und aufzuzeigen, auf welche Weise es geschont werden kann. Sie schlägt gegebenenfalls Auflagen vor, entscheidet aber nicht.¹¹⁴ Bei kantonal, regional und lokal geschützten oder schützenswerten Objekten ist eine Begutachtung ebenfalls erforderlich. Auch diese soll durch eine unabhängige Fachperson erfolgen, die im Idealfall von ausserhalb der Verwaltung beigezogen wird. Fachgutachten werden oft auch durch Fachbehörden der kantonalen Verwaltungen erstellt. Da diese aber der Weisungspflicht der vorgesetzten Stelle unterstehen, ist ihre Unabhängigkeit nicht in jedem Fall garantiert. Entscheidend sind jedoch die kantonalen Vorschriften.

Die Ergebnisse aus Expertenmeinungen und Gutachten stellen eine Grundlage für die Abwägung aller Inte-

ressen durch die Entscheidbehörde dar (Art. 7 Abs. 3 NHG). Die Gutachterinnen und Fachinstanzen machen selber keine Interessenabwägung. Grundsätzlich ist vom Ergebnis der Begutachtung nur aus triftigen Gründen abzuweichen, auch wenn der entscheidenden Behörde eine freie Beweiswürdigung zusteht.¹¹⁵ Insbesondere gilt dies für die Sachverhaltsfeststellungen.¹¹⁶ Unbeachtlich ist ein Gutachten zudem, soweit es sich nicht zu den Schutzziele äussert¹¹⁷ oder aus rechtlichen Gründen keine Rolle spielt.¹¹⁸

Dass nicht die Fachbehörde allein entscheiden kann, ist der Eigentums garantie geschuldet. Jeder Schutzentscheid ist ein Eingriff in die Eigentums garantie und deshalb nur zulässig, wenn er unter anderem¹¹⁹ verhältnismässig ist (Art. 36 Abs. 3 BV).¹²⁰ Die Massnahme muss erforderlich und geeignet sein, was in der Regel durchaus begründet werden kann. Die Schutzunterstellung muss aber auch in einem vernünftigen Verhältnis zwischen den Schutzanliegen und der Eingriffswirkung für den Privaten¹²¹ stehen, damit der Schutz ausgesprochen werden kann. Dafür braucht es eine Interessenabwägung, die auch Elemente ausserhalb des Denkmalschutzes einbezieht. **Die Fachmeinung ist nur, aber immerhin, ein bedeutender Teil dieser Interessenabwägung; es darf nur aus triftigen Gründen abgewichen werden.**

4. Schutzobjekt und veränderte Verhältnisse – insbesondere bei geändertem Recht

a. Ausgangslage

Der Schutz einer Baute, einer Baugruppe oder eines Quartiers ist ein raumwirksamer Entscheid (Art. 1 RPV).¹²² Er setzt an einem bestimmten Ort Rechte und Pflichten zu einem genauen Zeitpunkt und für die Zukunft fest. Dieser Schutz kann mit späteren Nutzungsanliegen in Konflikt

¹¹⁵ BGE 127 II 273 E. 4b; BGE 125 II 591 E. 7a; vgl. auch BGer, 1P.185/1999, 22.7.1999, in: URP 1999, 794 ff.; dies gilt auch für die dem Gutachten zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen (BGer, 1A.185/2006, 5.3.2007, E. 6.1 mit Hinweisen, in: URP 2007, 461).

¹¹⁶ Dazu LEIMBACHER (FN 42), Art. 7 N 20.

¹¹⁷ BGer, 1C_173/2016, 21.3.2017, E. 5.5 f.

¹¹⁸ BGE 143 II 241; gemäss MERKLI (FN 35), 971, sind die Fälle, in denen das Bundesgericht von Gutachten der Kommission abgewichen ist, selten.

¹¹⁹ Vorausgesetzt ist zudem, dass sich der Entscheid auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützt und im öffentlichen Interesse ergangen ist (Art. 36 Abs. 1 und 2 BV).

¹²⁰ Siehe dazu bei WIEDLER (FN 28), 85 ff.

¹²¹ Immerhin ist anerkannt, dass finanzielle Anliegen der Grundeigentümer allein den Eingriff nicht verhindern können.

¹²² So auch MARTI (FN 37), 6.

¹¹¹ LEIMBACHER (FN 42), Art. 7 N 16.

¹¹² So MERKLI (FN 35), 970; LEIMBACHER (FN 42), Art. 7 N 15.

¹¹³ Siehe dazu BGE 136 II 214 E. 4 – ein Entscheid zum Restaurant auf dem Gipfelplateau des Arosler Weissorns (Landschaftsschutzgründe).

¹¹⁴ MERKLI (FN 35), 970.

geraten. Andererseits ist es auch möglich, dass der Wert eines Objekts erst im Zusammenhang mit seiner Veränderung erkannt wird oder dass sich die Werteinschätzung – entsprechend der Architekturperiode¹²³ – ändert, was ein Überdenken der Schutzverfügung und gegebenenfalls deren Widerruf und den Erlass einer neuen Verfügung erfordert.¹²⁴

Konfliktpotenzial für geschützte Objekte brachte insbesondere die Revision des Raumplanungsgesetzes im Jahr 2012¹²⁵. Mit dem Ziel, die Siedlungsentwicklung nach innen zu leiten (Art. 1 Abs. 2 lit. abis RPG)¹²⁶, verpflichtet sie die Kantone und Gemeinden unter anderem, Massnahmen zur Verdichtung im Siedlungsgebiet zu treffen (Art. 3 Abs. 3 lit. abis RPG). Geschützte Gebäude sind regelmässig mit Umschwung versehen und ältere Baugruppen oder Quartiere erfreuen sich einer lockeren Bauweise.¹²⁷ Ortszentren eignen sich verkehrstechnisch gut für das Verdichten, treten damit aber in Konflikt zum Schutz der Zentren.¹²⁸ **Die Koordination der Verfahren und die inhaltlich umfassende Güterabwägung¹²⁹ sind in diesen Fällen unabdingbar.**

b. Koordination

Sind für die Erstellung oder Änderung von Bauten und Anlagen mehrere Bewilligungen notwendig, die von unterschiedlichen Behörden erteilt werden, sind die Verfahren zu koordinieren.¹³⁰ Koordinationsbedarf besteht unter anderem, wenn ein Schutzentscheid und eine Baubewilligung zur Veränderung eines Schutzobjekts oder von dessen Umgebung in unterschiedlichen Verfahren oder durch unterschiedliche Behörden vorzubereiten sind. Oft werden – zumindest für überkommunale Schutzobjekte – die

kantonalen Stellen und für die Erteilung der Baubewilligung die Gemeinden zuständig sein. Diese Situation wird als problematisch beurteilt.¹³¹ Das Bundesgericht musste im Zuger Fall nicht beurteilen, ob diese Regelungen mit dem Granada-Übereinkommen vereinbar sind. Art. 13 des Abkommens verpflichtet in der Tat die Vertragspartei, «eine wirksame Zusammenarbeit zwischen der Denkmalpflege, der Kulturförderung, dem Umweltschutz und der Raumplanung auf allen Ebenen zu fördern».

Koordinationsbedarf besteht regelmässig bei baulichen Veränderungen der geschützten bzw. schützenswerten Gebäuden, soweit diese Veränderungen einer Bewilligungspflicht unterstehen.¹³² Zu koordinieren sind alle Entscheide, die einen direkten Einfluss auf die Zulässigkeit oder Ausgestaltung einer geplanten Baute oder Anlage haben. Der Umbau eines geschützten Hauses kann nur bewilligt werden, wenn er schutzverträglich ist und das Schutzobjekt nicht beeinträchtigt.¹³³ Die Koordinationspflicht besteht aber auch bei Veränderungen der Umgebung, die sich auf ein bestehendes Schutzobjekt auswirken, denn: «Der wirksame Schutz eines Bauwerks oder eines architektonisch wertvollen Ensembles ist oft undenkbar ohne gleichzeitigen Schutz seiner Umgebung.»¹³⁴ So kann etwa eine Pflicht zur verdichteten Bauweise auf der Nachbarparzelle sich auf bestehende geschützte Objekte auswirken und allenfalls eine Konkretisierung des Schutzes der Umgebung notwendig machen.¹³⁵

Fraglich ist, ob eine Unterschutzstellung zwingend auch über die allenfalls gesetzlich vorgesehenen Denkmalpflegebeiträge befinden muss.¹³⁶ Soweit Subventionsentscheide einen direkten Einfluss auf das Bauprojekt haben, sind sie koordinationspflichtig.¹³⁷ Keiner Koordination bedarf es nur, wenn die Verfügung keinen Einfluss auf die Baubewilligung hat, namentlich bei Spezialbewil-

¹²³ Dazu BGE 135 I 176 E. 6.

¹²⁴ Dazu etwa PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 31, 297 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 97), N 1213 ff.

¹²⁵ Dazu umfassend JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Revision Raumplanungsgesetz 2014, Paradigmenwechsel oder alter Wein in neuen Schläuchen?, Zürich/Basel/Genf 2015.

¹²⁶ ALEXANDER RUCH, Grundlage der Revision vom 15. Juni 2012, in: Jean-Baptiste Zufferey/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Revision Raumplanungsgesetz 2014, Paradigmenwechsel oder alter Wein in neuen Schläuchen?, Zürich/Basel/Genf 2015, 1 ff., 9 ff.

¹²⁷ Siehe dazu BGE 147 II 125 E. 9.3.

¹²⁸ Siehe dazu TREMP/MAURER/BÜHLMANN/JUD (FN 50), 10 f.

¹²⁹ Dazu ausführlich ABEGG/DÖRIG (FN 62), N 36.

¹³⁰ Die Koordinationspflicht ergibt sich aus dem materiellen Bundesverwaltungsrecht, aber auch aus der Bundesverfassung, siehe ARNOLD MARTI, Art. 25a N 10 mit weiteren Hinweisen und N 21 ff., in: Heinz Aemisegger/Pierre Moor/Alexander Ruch/Pierre Tschannen (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 2020.

¹³¹ MARTI weist – zu Recht – auf erhebliche Probleme hin, wenn Behörden unterschiedlicher Gemeinwesen zuständig sind (MARTI [FN 130], Art. 25a N 24 und 29 f.).

¹³² Sind Schutzmassnahmen nicht mit einer Baubewilligung verbunden und ihre Verwirklichung auch von keiner weiteren Bewilligung abhängig, besteht kein Koordinationsbedarf (ABEGG/DÖRIG [FN 62], N 28).

¹³³ Dies wird im Zürcher Recht ausdrücklich geregelt (siehe die Nachweise bei ABEGG/DÖRIG [FN 62], N 20).

¹³⁴ BGE 109 Ia 185 E. 3b.

¹³⁵ Siehe dazu auch Art. 7 des Granada-Übereinkommens: «Jede Vertragspartei verpflichtet sich, Massnahmen einzuleiten zur qualitativen Verbesserung sowohl der unmittelbaren Umgebung von Baudenkmalern wie auch innerhalb von Baugruppen und Stätten.»

¹³⁶ MARTI (FN 130), Art. 25a N 19.

¹³⁷ ABEGG/DÖRIG (FN 62), N 24.

lungen von untergeordneter Bedeutung;¹³⁸ dazu kann der Schutzentscheid nicht gezählt werden.¹³⁹

Das Bundesrecht legt Minimalanforderungen an die Koordination fest (Art. 25a RPG). Es ist eine verantwortliche Behörde zu bestimmen, die Verfahren koordiniert, und Entscheide dürfen keine Widersprüche enthalten (Art. 25a Abs. 3 RPG). Die Zuständigkeiten und Massnahmen der Koordinationsbehörde bestimmt das kantonale Recht. Der Schutzentscheid kann als selbständiger Entscheid oder als Teil der Baubewilligung erteilt werden. Das kantonale Recht kann der Koordinationsbehörde auch Entscheidungskompetenzen übertragen.¹⁴⁰

c. Umfassende Güterabwägung – auch beim Konflikt zwischen Schutz und Verdichtung

Interessenkonflikte sind inhaltlich durch eine umfassende Güterabwägung zu bereinigen. Welche Interessen einander gegenüberstehen, ergibt sich im Einzelfall. Das Bundesgericht befasste sich mehrmals mit dem Konflikt zwischen Schutz und Veränderung bzw. Ersatz eines geschützten oder inventarisierten Objekts und präziserte im Rahmen der beabsichtigten Verdichtung folgende wichtige Grundsätze:

Der Konflikt zwischen dem Schutz von Gebäuden bzw. Ortsbildern und dem Verdichtungsauftrag ist in erster Linie planerisch zu lösen. Der Kanton hat Vorgaben im Richtplan zu machen, die für die Nutzungsplanung verbindlich¹⁴¹ oder in die Interessenabwägung einzubeziehen sind.¹⁴²

Grundsätzlich kommt keinem Interesse Vorrang zu. Es ist insbesondere nicht generell unzulässig, bei der Suche nach baulicher Verdichtung auch den Abbruch denkmalpflegerisch interessanter Objekte in Betracht zu ziehen.

Ältere Siedlungen weisen regelmässig eine geringere Nutzungsdichte auf als Neubauten. Durch den Ab-

bruch schutzwürdiger Liegenschaften lässt sich eine höhere Ausnutzung erzielen. Und der Erhalt historischer Bausubstanz bedingt fast immer einen Verzicht auf eine maximale Ausnutzung des Bodens.¹⁴³ Das Argument der Verdichtung könnte deshalb immer zu Ungunsten des Denkmalschutzes angefügt werden. Dies würde automatisch zu einer hohen Gewichtung der Verdichtungsanliegen führen, was einer sachgerechten Interessenabwägung widerspräche.¹⁴⁴

Finanzielle Gründe oder Rentabilitätsüberlegungen privater Grundeigentümer sind umso geringer zu gewichten, je schutzwürdiger eine Baute ist.¹⁴⁵ Grosse finanzielle Interessen der Grundeigentümer haben gewichtigen öffentlichen Interessen des Denkmalschutzes zu weichen, «weil sonst das Gemeinwesen kaum noch Bauten unter Schutz stellen könnte».¹⁴⁶

- Rein finanziellen Interessen eines Eigentümers an der möglichst gewinnbringenden Nutzung seiner Liegenschaft kommen im Verhältnis zu gewichtigen öffentlichen Interessen an raumplanerischen oder denkmalgeschützerischen Massnahmen grundsätzlich kein entscheidendes Gewicht zu.¹⁴⁷
- Auch das Argument, dass ein Ersatzbau günstiger wäre und die Mieten weniger steigen liesse, konnte nicht immer verfangen: «Bei den [...] geltend gemachten Sanierungskosten handelt es sich mehrheitlich um angestauten Renovationsbedarf.»¹⁴⁸

IV. Schlussbemerkungen

Denkmalschutz ist nach der Bundesverfassung eine Kantonsaufgabe. Die Kantone haben einen grossen, aber nicht unbegrenzten Gestaltungsspielraum. Sie sind an übergeordnetes Recht gebunden. Aufgrund des Granada-Übereinkommens müssen die Kantone Denkmalschutzmassnahmen vorsehen und dürfen sich nicht ihrer Verantwortung entledigen, indem sie die Unterschutzstellung vom Einverständnis der Grundeigentümer abhängig machen. Zudem dürfen sie ihre Schutzkriterien nur so hoch ansetzen, dass besonders bemerkenswerte Objekte noch Schutz erhalten. Die Kantone haben zudem die Vorgaben des Inventars der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz

¹³⁸ Betriebsbewilligungen, Kanalisationsanschlussbewilligung, Reklambewilligung, Bewilligung für technische Einrichtungen usw., siehe dazu MARTI (FN 130), Art. 25a N 34.

¹³⁹ ABEGG/DÖRIG (FN 62), N 26.

¹⁴⁰ Die federführende kantonale Stelle (Koordinationsstelle) kann offensichtlich nicht bewilligungsfähige Projekte sofort abweisen (Art. 132 Abs. 1 lit. b PBG/SG) oder über Widersprüche direkt entscheiden (dazu DAVID INAUE, Art. 132 N 6 und 4, in: Bernhard Ehrenzeller/Walter Engeler [Hrsg.], Handbuch Heimatschutzrecht, Zürich/St. Gallen 2020).

¹⁴¹ Der Kanton Zug hat im Richtplan die Gebiete abschliessend bezeichnet, in denen verdichtet gebaut werden soll: So bezeichnet der aktuell gültige Richtplan die «Gartenstadt», in welchem ein umstrittenes Verdichtungsprojekt realisiert werden soll, nicht als Verdichtungsgebiet (I oder II), sondern als Ortsbildschutzgebiet (Richtplantext S 5.2).

¹⁴² Der Kanton Zürich legt die Kriterien fest, wie zu verdichten ist, bestimmt aber nicht, wo dies erfolgen soll.

¹⁴³ BGE 147 II 125 E. 12 mit Hinweisen auf BGer, 1C_610/2018, 12.6.2019, E. 5.3.3.

¹⁴⁴ BGE 147 II 125 E. 9.3.

¹⁴⁵ BGE 126 I 219 E. 2c.

¹⁴⁶ BGer, 1C_514/2020, 5.5.2021, E. 9.1.

¹⁴⁷ BGer, 1P.509/1995, 30.9.1996, E. 4b mit weiteren Hinweisen.

¹⁴⁸ BGE 147 II 125, Zusammenfassung der E. 10 in den Regesten.

(ISOS) in ihren Planungen und bei Einzelentscheiden zu berücksichtigen. Die Regeln und die Praxis des Schutzverfahrens müssen im Sinne von Treu und Glauben den betroffenen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern Rechtssicherheit bieten. Dieses Anliegen wird mit den Inventaren erfüllt. Mit dem neuen Raumplanungsrecht steht die innere Verdichtung im Vordergrund. Geschützte Denkmäler kommen in Bedrängnis, weil sie weniger eng bebaut und oft durchgrünt sind. Bei der erforderlichen Güterabwägung ist der Tatsache Rechnung zu tragen, dass Baugruppen und Quartiere für die Geschichte von grosser Bedeutung sind und deshalb nicht leichthin der Verdichtung geopfert werden sollen.

Korrekturabzug