

# Völkerrecht und kantonale Denkmalpflege

Das Bundesgericht definiert die Bedeutung des Granada-Übereinkommens

Ein neueres Urteil des Bundesgerichts geht auf die Völkerrechtskonformität des revidierten Zuger Denkmalschutzgesetzes ein. Gemäss Entscheid sind im Normenkontrollverfahren zumindest gewisse Bestimmungen des einschlägigen Granada-Übereinkommens justiziabel. Ein Gesetz, welches verbietet, weniger als 70 Jahre alte Objekte von lediglich lokaler Bedeutung einseitig hoheitlich unter kantonalen Schutz zu stellen, widerspricht laut Bundesgericht dem fraglichen Übereinkommen.

*Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral traite de la conformité de la loi zougoise révisée sur la protection des monuments avec le droit international public. Il considère que certaines dispositions de la Convention de Grenade – applicable en l'espèce – sont justiciables et sont donc à prendre en compte lors du recours abstrait. Selon le Tribunal fédéral, une loi qui interdit la mise sous protection cantonale d'objets de moins de 70 ans et d'importance locale uniquement est contraire à ladite Convention.*

Urteil des Bundesgerichts vom 1. April 2021 (1C\_43/2020)\*

Michael Pletscher, Dr. iur., Advokat, Universität Basel

## I. Der Fall

**(404)** Anlässlich der Referendumsabstimmung vom 24. November 2019 nahm die Bevölkerung des Kantons Zug die am 31. Januar 2019 vom Kantonsrat beschlossene Teilrevision des kantonalen Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (BGS 423.11; im Folgenden: DMSG/ZG) mit einem Ja-Anteil von 65,53% an. Der Kanton Zug beabsichtigte mit der Revision, für die Unterschutzstellung von erhaltenswerten Objekten im Rahmen der kantonalen Zuständigkeit strengere Anforderungen festzulegen und somit die Interessen der betroffenen Eigentümerschaft stärker zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund wurden unter anderem folgende Gesetzesbestimmungen neu gefasst:

### § 2 Begriff des Denkmals und des Kulturgutes

<sup>1</sup> Denkmäler nach diesem Gesetz sind Siedlungsteile, Gebäudegruppen, gestaltete Freiräume, Verkehrsanlagen, Einzelbauten, archäologische Stätten und Funde sowie in einer engen Beziehung hierzu stehende bewegliche Objekte, die einen äusserst hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert aufweisen (zwei von drei Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein).

### § 4 Verzeichnis der geschützten Denkmäler (Denkmalverzeichnis)

<sup>1</sup> Objekte, an deren Erhaltung ein äusserst hohes öffentliches Interesse besteht, werden unter kantonalen Schutz gestellt und in das Verzeichnis der geschützten Denkmäler eingetragen.

### § 25 Unterschutzstellung von Denkmälern – Beschluss über die Unterschutzstellung

<sup>1</sup> Soweit der Schutz des Denkmals mittels öffentlich-rechtlichem Vertrag mit der Eigentümerschaft nicht sichergestellt werden kann, entscheidet der Regierungsrat über die Unterschutzstellung und den Schutzzumfang. Er beschliesst sie, wenn

- a) das Denkmal von äusserst hohem wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert ist (zwei von drei Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein);
- b) das öffentliche Interesse an dessen Erhaltung allfällige entgegenstehende Privatinteressen oder anderweitige öffentliche Interessen überwiegt;
- c) die Massnahme verhältnismässig ist und eine langfristige Nutzung ermöglicht wird;
- d) die dem Gemeinwesen entstehenden Kosten auch auf Dauer tragbar erscheinen.

<sup>4</sup> Objekte, die jünger als 70 Jahre alt sind, können nicht gegen den Willen der Eigentümerschaft unter Schutz gestellt werden, sofern sie nicht von regionaler oder nationaler Bedeutung sind. Bei Bauten bezieht sich das Alter auf das Datum der rechtskräftigen Baubewilligung. Massgebend ist das Alter zum Beginn des Unterschutzstellungsverfahrens oder zum Zeitpunkt der Einreichung eines Bau- oder Abbruchgesuchs durch die Eigentümerschaft.

Gegen die am 13. Dezember 2019 amtlich publizierte Gesetzesrevision erhoben fünf Personen – allesamt Eigentümerinnen von geschützten oder schützenswerten Gebäuden im Kanton Zug – mit Eingabe vom 27. Januar 2020 Erlassbeschwerde vor Bundesgericht. Sie stellten folgende Anträge:

- «Es seien folgende Änderungen des Denkmalschutzgesetzes vom 31. Januar 2019 aufzuheben:
- in § 2 Abs. 1 die Teile «äusserst» und «(zwei von drei Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein)»
  - in § 4 Abs. 1 das Wort «äusserst»
  - in § 25 Abs. 1 lit. a die Teile «äusserst» und «(zwei von drei Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein)»
  - und § 25 Abs. 4 als Ganzes.»

\* Zur amtlichen Publikation bestimmt.

## II. Der Entscheid

### 1. Dispositiv

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut. Es hebt § 25 Abs. 4 DMSG/ZG in der Fassung vom 31. Januar 2019 auf. In Bezug auf § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und § 25 Abs. 1 lit. a DMSG/ZG wird die Beschwerde abgewiesen.

Nachfolgend werden die wichtigsten Erwägungen zusammengefasst.

### 2. Gehalt von Art. 78 Abs. 1 BV (E. 4.1–4.2)

Gerügt ist eine Verletzung von Bundesrecht, insbesondere von Art. 78 Abs. 1 BV. Gemäss dieser Verfassungsnorm sind die Kantone für den Natur- und Heimatschutz zuständig. Nach der herrschenden Lehre enthält diese Zuständigkeitsnorm indes keine konkreten inhaltlichen Vorgaben und direkt anwendbaren Schutzverpflichtungen für die Kantone. Unter dem Eindruck von Art. 3 und Art. 43 BV hat die fragliche Bestimmung eine rein deklaratorische Wirkung. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann Art. 78 Abs. 1 BV auch als Aufforderung an die Kantone zum Handeln verstanden werden.

Mit Blick auf Art. 49 Abs. 1 BV haben die Kantone zunächst dem auf Art. 78 Abs. 2–5 BV fussenden Bundesrecht Rechnung zu tragen. Ferner sind die Kantone zwar frei, die Schutzvorkehrungen und den Denkmalsbegriff zu definieren. Hingegen ist fraglich, ob es ihnen auch zustände, von ihrer Kompetenz in Sachen Natur- und Heimatschutz gar keinen oder lediglich einen minimalistischen Gebrauch zu machen und gänzlich auf wirksame Schutznormen zu verzichten oder ob das nicht Art. 78 Abs. 1 BV widersprechen würde. Diesbezüglich sind einschlägige staatsvertragliche Verpflichtungen, insbesondere das Übereinkommen vom 3. Oktober 1985 zum Schutz des baugeschichtlichen Erbes in Europa (SR 0.440.4; im Folgenden: Granada-Übereinkommen), von Bedeutung.

### 3. Geltung, Anwendbarkeit und Justiziabilität des Granada-Übereinkommens (E. 4.3 und 5)

In der Schweiz bilden völkerrechtliche Verträge Teil der Rechtsordnung. Sie müssen nicht ins Landesrecht transformiert werden. Das Granada-Übereinkommen beansprucht in der Schweiz seit 1. Juli 1996 als Landesrecht Geltung. Es erscheint daher nicht ausgeschlossen, Art. 78 Abs. 1 BV im Lichte des Völkerrechts auszulegen und bereits aus der Verfassung die Pflicht der Kantone abzuleiten, mit dem Granada-Übereinkommen übereinstimmende Schutznormen zu erlassen. Wie es sich damit verhält, kann jedoch offenbleiben, wenn davon ausgegangen werden kann, dass sich eine solche Pflicht ohnehin direkt aus dem Völkerrecht ergibt.

Nach der Rechtsprechung und Lehre richten sich die Bestimmungen des Granada-Übereinkommens an die rechtsetzenden und nicht an die rechtsanwendenden Behörden. Vor-

liegend geht es um Rechtsetzung. Es stellt sich daher die Frage, ob die Beschwerdeführenden geltend machen können, der Kanton Zug habe das gemäss dem Granada-Übereinkommen erforderliche Recht zu setzen. In dieser Hinsicht hat das Bundesgericht bereits entschieden, dass die Handlungspflicht des kantonalen Gesetzgebers keine Frage der unmittelbaren bzw. mittelbaren Anwendbarkeit des Völkerrechts darstellt. Auch nicht justiziable Individualrechte sind im Rahmen der Rechtsetzung nicht bloss politische Absichtserklärungen, sondern sie bilden Teil der objektiven Rechtsordnung und sind als solche durchsetzungsfähig. Ein gerichtliches Eingreifen erweist sich als gerechtfertigt, wenn eine völker- oder verfassungsrechtliche Handlungspflicht des kantonalen Gesetzgebers inhaltlich und zeitlich zureichend bestimmt und messbar ist. Es lässt sich im Verfahren der abstrakten, aber auch konkreten Normenkontrolle unter anderem vorbringen, dass sich der Kanton im Rahmen der Rechtsetzung inhaltlich nicht an ausreichend konkretisierte Vorgaben des höherrangigen Rechts hält.

Aufgrund seiner Staatsvertragskompetenz nach Art. 54 BV kann der Bund in einem Bereich, für dessen Regelung innerstaatlich die Kantone zuständig sind, durchaus völkerrechtliche Verträge schliessen. Er darf dabei aber nicht seine fehlende Zuständigkeit kompensieren oder übersteuern. Abgesehen davon prüft das Bundesgericht an und für sich frei, ob eine kantonale Regelung mit dem Konventionsrecht im Einklang steht. Es auferlegt sich jedoch eine gewisse Zurückhaltung, wenn unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen sind. Es hebt eine Bestimmung des kantonalen Rechts nur dann auf, wenn eine völkerrechtskonforme Anwendung ausgeschlossen oder wenig wahrscheinlich ist.

### 4. Ausreichender Konkretisierungsgrad von im Granada-Übereinkommen verankerten Bestimmungen (E. 6)

Einzelne Bestimmungen des Granada-Übereinkommens sind als allgemein gehaltene Gesetzaufträge formuliert, wohingegen andere Normen konkreter ausgestaltet sind. So berufen sich die Beschwerdeführenden auf Art. 3 Ziff. 2 und Art. 4 Ziff. 2 i.V.m. Art. 1 Ziff. 1 Granada-Übereinkommen. Zwar belassen diese Vorschriften dem Gesetzgeber ebenfalls einen Handlungsspielraum bei der Definition der Schutzgüter und bei einzelnen Schutzmassnahmen. Gleichzeitig enthalten sie aber eine ausreichend bestimmte Verpflichtung, Schutzgüter anzuerkennen und taugliche Schutzmassnahmen zu treffen. Die hier fraglichen Bestimmungen des Granada-Übereinkommens sind geeignet, im Normenkontrollverfahren angerufen zu werden. Im Gegenzug ist bei ihrer Auslegung und der Eingrenzung der daraus fließenden Verpflichtungen dem gesetzgeberischen Spielraum Rechnung zu tragen.

Im Übrigen ergibt sich aus Art. 6 Ziff. 1 Granada-Übereinkommen, dass die Vertragsparteien die Erhaltung und Wiederherstellung des baugeschichtlichen Erbes im Rahmen der verfügbaren Mittel auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene finanziell unterstützen. Folglich erstrecken sich die aus dem Granada-Übereinkommen resultierenden Pflich-

ten – entgegen der Auffassung des Kantons Zug – nicht lediglich auf den nationalen und regionalen, sondern auch auf den lokalen Denkmalschutz. Die Nennung der lokalen Ebene in Art. 6 Ziff. 1 erschiene sinnlos, wären damit nicht lokale Denkmäler gemeint.

## **5. Verletzungen des Granada-Übereinkommens im Einzelnen (E. 7)**

Die Beschwerdeführenden stossen sich zunächst an der Verwendung des Wortes «äusserst» in § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und § 25 Abs. 1 lit. a DMSG/ZG. Nach Art. 1 Ziff. 1 Granada-Übereinkommen sind alle Bauwerke von «herausragendem» geschichtlichem, archäologischem, künstlerischem, wissenschaftlichem, sozialem oder technischem Interesse, mit Einschluss zugehöriger Einrichtungen und Ausstattungen zu schützen. Laut Abkommen sind indes nicht die deutsche Übersetzung, sondern gleichermaßen die französisch- und englischsprachigen Originalfassungen verbindlich. Danach erheischen toutes réalisations «particulièrement remarquables» bzw. all buildings and structures of «conspicuous [...] interest» einen adäquaten Schutz. Diese Formulierungen sind in Bezug auf die Anforderungen der Unterschutzstellung weniger streng als die deutschsprachige Version. Dennoch erscheint es nicht ausgeschlossen, das in der Gesetzesnovelle des Kantons Zug mehrfach verwendete Wort «äusserst» im Sinne der massgeblichen Originalfassungen des Granada-Übereinkommens zu verstehen, wenngleich die Intention des Zuger Gesetzgebers dadurch abgeschwächt wird. Die angefochtenen Bestimmungen des DMSG/ZG lassen sich also konventionskonform auslegen. Sie verletzen Bundesrecht nicht. Ein anderer Schluss wäre lediglich im Falle einer freien bundesgerichtlichen Prüfung des Gesetzestexts denkbar.

Ferner muss ein Objekt für die Qualifikation als Denkmal einerseits und die einseitig hoheitliche Unterschutzstellung andererseits einen äusserst hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert aufweisen, wobei für beides zwei dieser drei Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen (§ 2 Abs. 1 und § 25 Abs. 1 lit. a DMSG/ZG). Die Beschwerdeführenden stören sich am gesetzlichen Kumulationserfordernis. Zwar hat es das Bundesgericht in einem früheren Urteil nicht als willkürlich beurteilt, ein einzelnes Kriterium als ausreichend zu erachten. Daraus kann im Umkehrschluss jedoch nicht geschlossen werden, die Kantone seien verpflichtet, ein einziges Kriterium als genügend anzuerkennen. Abgesehen davon sind gemäss Art. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 3 Ziff. 2 und Art. 4 Ziff. 2 Granada-Übereinkommen alle Bauwerke von herausragendem geschichtlichem, archäologischem, künstlerischem, wissenschaftlichem, sozialem oder technischem Interesse zu schützen. Dass ein erfülltes Kriterium für die Schutzwürdigkeit bzw. Unterschutzstellung genügen soll, wird durch den Explanatory Report to the Convention for the Protection of the Architectural Heritage of Europe erhärtet. Auf Seite 5 dieses Reports ist festgehalten, dass lediglich die «compliance with one or more of the(se) criteria» erforderlich ist. Im Endeffekt ist aber ent-

scheidend, dass sich bei einem erhaltenswerten Objekt ohnehin immer zumindest jeweils zwei der drei in § 2 Abs. 1 und § 25 Abs. 1 lit. a DMSG/ZG genannten Kriterien überlagern. So ist ein kulturell oder heimatkundlich interessantes Objekt zwangsläufig auch von wissenschaftlichem bzw. ein heimatkundliches von kulturellem Interesse und umgekehrt. Folglich lassen sich auch § 2 Abs. 1 und § 25 Abs. 1 lit. a DMSG/ZG völkerrechtskonform auslegen. Ein Verstoss gegen höherrangiges Recht liegt erneut nicht vor.

Schliesslich verlangen die Beschwerdeführenden, dass § 25 Abs. 4 DMSG/ZG als Ganzes aufzuheben sei. Gemäss dieser Bestimmung können Objekte, die jünger als 70 Jahre alt sind, nicht gegen den Willen der Eigentümerschaft unter Schutz gestellt werden, ausser sie sind von überkommener Bedeutung. Obschon sich die Schutzwürdigkeit häufig erst mit der Zeit ergibt, ist das nicht zwingend. Es ist nicht ausgeschlossen, dass ein Objekt schon nach kurzer Zeit erhaltenswert erscheint. Das auch bei Objekten von rein kommunaler Bedeutung einschlägige Granada-Übereinkommen verpflichtet die Vertragsparteien, geeignete Schutzmassnahmen zu ergreifen (Art. 3 Ziff. 2), wirksame Kontroll- und Genehmigungsverfahren einzuführen (Art. 4 Ziff. 1), und zu verhindern, dass geschützte Kulturgüter beeinträchtigt oder zerstört werden (Art. 4 Ziff. 2). Liegt der formelle Objektschutz im Belieben von Privaten, kann der Staat nicht dafür sorgen, dass schutzwürdige Objekte nicht umgebaut oder abgerissen werden. Die Möglichkeit des Allein- sowie jeder einzelnen Gesamt-, Mit- oder Stockwerkeigentümerschaft, die Unterschutzstellung zumindest über einen gewissen Zeitraum abzuwenden, stünde in einem Widerspruch zu den genannten völkerrechtlichen Verpflichtungen. Noch deutlicher wird das Gesagte, wenn zusätzlich Art. 4 Ziff. 2 lit. d Granada-Übereinkommen herangezogen wird. Danach haben die Vertragsstaaten vorzuschreiben, dass ein geschütztes Objekt enteignet werden kann. Hat es die Eigentümerschaft in der Hand, die Unterschutzstellung zu verhindern, stösst die gesetzlich verankerte Enteignungsmöglichkeit ins Leere. Alles in allem widerspricht § 25 Abs. 4 DMSG/ZG dem Granada-Übereinkommen. Eine völkerrechtskonforme Auslegung dieser Bestimmung ist angesichts des klaren Wortlauts ausgeschlossen.

## **III. Anmerkungen**

### **1. Justiziabilität des nicht unmittelbar anwendbaren Granada-Übereinkommens im Normenkontrollverfahren**

In der Schweiz gilt ein gemässiger Monismus. Bei den Völkerrechtsnormen, welche für die Schweiz verbindlich sind, handelt es sich zwar nicht um Landesrecht; Erstere beanspruchen aber wie Letzteres unmittelbar Geltung. Hierfür ist innerstaatlich kein Transformationsakt erforderlich.<sup>1</sup> Eine von der Geltung abzugrenzende Frage ist die Anwendbar-

<sup>1</sup> Statt vieler B. SCHINDLER/T. TSCHUMI, in: B. Ehrenzeller/B. Schindler/R.J. Schweizer/K. A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesver-

keit. Individuen können sich gegenüber rechtsanwendenden Behörden lediglich dann auf eine geltende Völkerrechtsbestimmung berufen, wenn diese unmittelbar anwendbar (sog. self-executing) ist.<sup>2</sup> Eine Bestimmung ist unmittelbar anwendbar, wenn sie Einzelnen erstens Rechte einräumt oder Pflichten auferlegt. Zweitens muss sie inhaltlich so klar und bestimmt sein, dass sie sich im Einzelfall anwenden lässt. Drittens muss die Völkerrechtsnorm an die rechtsanwendenden Behörden adressiert sein.<sup>3</sup> Das Granada-Übereinkommen ist nicht an die rechtsanwendenden, sondern an die rechtsetzenden Organe gerichtet, was das Bundesgericht im vorliegenden Fall bestätigt (E. 5.2). Die im Übereinkommen verankerten Bestimmungen sind folglich nicht oder zumindest nicht im soeben beschriebenen Sinne unmittelbar anwendbar.<sup>4</sup>

Was dies für die Justiziabilität bedeutet, hat das Bundesgericht bereits in BGE 137 I 305 thematisiert.<sup>5</sup> Konkret seien in der Schweiz geltende Völkerrechtsnormen, die keine subjektiven, gerichtlich durchsetzbaren Rechte begründen oder Pflichten auferlegen, «nicht nur politische oder moralische Absichtserklärungen, sondern Teil der objektiven Rechtsordnung».<sup>6</sup> Die Justiziabilität der Handlungspflicht des Gesetzgebers sei eine Frage «ausserhalb der gewohnten

Kategorien der unmittelbaren/mittelbaren Anwendbarkeit».<sup>7</sup> Diese Rechtsprechung führt das Bundesgericht in casu weiter, indem es festhält, dass sich ein gerichtliches Eingreifen erst dann rechtfertige, wenn die völkerrechtliche «Handlungspflicht des kantonalen Gesetzgebers inhaltlich und zeitlich zureichend bestimmt und messbar» erscheine (E. 5.3). Einzelne Vorgaben des Granada-Übereinkommens, namentlich die als verletzt gerügten Art. 3 Ziff. 2 und Art. 4 Ziff. 2 i.V.m. Art. 1 Ziff. 1, seien inhaltlich und zeitlich hinreichend bestimmt und messbar. Diese Normen würden eine ausreichend bestimmte gesetzgeberische Verpflichtung enthalten, Schutzgüter anzuerkennen und adäquate Schutzmassnahmen zu treffen, wenngleich sie insbesondere hinsichtlich Voraussetzungen und Umfang der Schutzgewährung sowie betreffend Wahl der tauglichen Mittel einen Handlungsspielraum vermitteln würden. Verstösse gegen die fraglichen Bestimmungen würden im Normenkontrollverfahren daher als zulässige Beschwerdegründe gelten. Im Gegenzug sei im Rahmen ihrer Auslegung und Eingrenzung der daraus fliessenden Verpflichtungen der gesetzgeberische Spielraum zu respektieren (E. 6.1 und 6.2).

Gemäss Art. 4 Ziff. 2 lit. d Granada-Übereinkommen ist das innerstaatlich zuständige Gemeinwesen zunächst gehalten, gesetzlich vorzusehen, dass ein geschütztes Objekt enteignet werden kann. In dieser Hinsicht belässt das Übereinkommen der Gesetzgebung praktisch keinen Spielraum. Demgegenüber bestehen im Anwendungsbereich der Normen, welche das Bundesgericht im Normenkontrollverfahren ebenfalls als justiziabel einstuft, mitunter doch beträchtliche Freiheiten. Dazu einige Beispiele: Das Übereinkommen bestimmt nicht, was im Sinne von Art. 3 Ziff. 2 Satzteil 1 «geeignete» Vorschriften zum Schutz der Baudenkmäler, Baugruppen und Stätten sind. Art. 3 Ziff. 2 Satzteil 2 regelt nicht konkret, wann der Schutz dieser Objekte von Gesetzes wegen «gewährleistet» ist. Angesichts von Art. 4 Ziff. 2 lit. a ist unklar, welche Veränderung in der Umgebung eines Schutzobjekts eine «Beeinträchtigung» verkörpert und deshalb der zuständigen Behörde unterbreitet werden muss. Art. 1 Ziff. 1 definiert vor allem mit unbestimmten Rechtsbegriffen, unter welchen Voraussetzungen ein Werk ein zu schützendes Baudenkmal darstellt. Vor diesem Hintergrund muss das Völkerrecht die gesetzgeberische Handlungspflicht des kantonalen Gesetzgebers inhaltlich und zeitlich zwar regeln, um dessen Verletzung im Normenkontrollverfahren vor Bundesgericht rügen zu können; hingegen sind die Erwartungen in Sachen Bestimmtheit und Messbarkeit der Handlungspflicht doch relativ gering. Anders sieht es im Rahmen der materiellen Beurteilung aus. Bezüglich der Frage, wie die Gesetzgebung einer völkerrechtlichen Handlungspflicht nachkommt, schreitet das Bundesgericht nicht ein, solange sich die kantonalen Normen im Einzelfall völkerrechtskonform auslegen lassen (E. 7.3–7.4).<sup>8</sup>

Wie dargelegt möchte das Bundesgericht in Sachen Justiziabilität des an die Rechtsetzung adressierten Völkerrechts

fassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 5 N 66.

<sup>2</sup> M.w.H. U. HÄFELIN/W. HALLER/H. KELLER/D. THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 1894; W. KÄLIN/A. EPINEY/M. CARONI/J. KÜNZLI, Völkerrecht, eine Einführung, 4. Aufl., Bern 2016, 128.

<sup>3</sup> Statt vieler BGE 118 Ia 112, 117, E. 2b, im Einzelnen KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI (Fn. 2), 130 ff.

<sup>4</sup> Botschaft Nr. 95.030 vom 26. April 1995 betreffend die Konventionen des Europarats zum Schutz des archäologischen und des baugeschichtlichen Erbes (Konvention von Malta, Konvention von Granada), BBl 1995 III 445, 451; BGer, 1A.115/2001 und 1P.441/2001, 8. Oktober 2001, E. 2g; A. EPINEY/M. KERN, in: P.M. Keller/J.-B. Zufferey/K.L. Fahrländer (Hrsg.), Kommentar NHG, Ergänzt um Erläuterungen zur JSG und BGF, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Allg. Teil Kap. 3 N 55; B. WAGNER PFEIFER, Umweltrecht, besondere Regelungsbereiche: Handbuch zu Chemikalien, GVO, Altlasten, Gewässerschutz, Energie u.a., Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 1199.

<sup>5</sup> Die Lebenssachverhalte, auf denen BGE 137 I 305 einerseits und das vorliegend besprochene Urteil andererseits fussen, unterscheiden sich insbesondere in einem Punkt. In BGE 137 I 305 konnte kein kantonaler Erlass angefochten werden. Der kantonale Gesetzgeber blieb untätig, obschon von Völkerrechts wegen ein Handeln angezeigt gewesen wäre. Vorliegend waren verschiedene Bestimmungen eines revidierten kantonalen Gesetzes strittig. Im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle konnte vor Bundesgericht also ein kantonaler Erlass angefochten werden. Zu einer vergleichbaren Ausgangslage BGE 147 I 103, 113 f., E. 11.4. Ob im Falle von BGE 137 I 305 überhaupt ein zulässiges Anfechtungsobjekt vorlag, ist umstritten; befürwortend E. SCHMID, Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen, ZSR 2016/I, 22; R. KÄGI-DIENER, Bundesgericht, I. Öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 21. November 2011, AJP 2012, 401 f.; ablehnend, M. KAUFMANN, Die unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnormen, Jusletter 16. Oktober 2017, 6 f. Das Bundesgericht ging in BGE 137 I 305 davon aus, dass die gesetzgeberische Untätigkeit angefochten werden könne, wenn zwei Aspekte substantiiert dargelegt würden. Einerseits müsse feststehen, dass von Verfassungs- oder Völkerrechts wegen eine gesetzgeberische Handlungspflicht bestehe. Andererseits gelte es aufzuzeigen, welche konkreten Handlungen laut übergeordnetem Recht auf Gesetzgebungsebene geboten seien. Dass die Untätigkeit des Gesetzgebers ein zulässiges Anfechtungsobjekt verkörpert, leitet das Bundesgericht namentlich aus Art. 94 BGG ab. Ausführlich BGE 137 I 305, 310 ff., E. 2.1–2.5.

<sup>6</sup> BGE 137 I 305, 319, E. 3.2.

<sup>7</sup> BGE 137 I 305, 319, E. 3.3.

<sup>8</sup> Vgl. auch BGE 137 I 305, 326 f., E. 7.

nicht an der Unterscheidung zwischen unmittelbar und mittelbar anwendbaren Bestimmungen anknüpfen. Wenn ein Gericht dem kantonalen Gesetzgeber aufgrund von völkerrechtlichen Vorgaben allerdings den Erlass bestimmter Vorschriften verbietet (E. 7.5), wendet es das Völkerrecht im Normenkontrollverfahren im Endeffekt fraglos unmittelbar an.<sup>9</sup>

## 2. Staatsvertragskompetenz des Bundes im Bereich einer kantonalen Zuständigkeit

Das Bundesgericht hält im vorliegenden Urteil unter Verweis auf EHRENZELLER fest, dass der «Bund in einem Bereich, dessen Regelung innerstaatlich in die Kompetenz der Kantone» falle, «aufgrund seiner Staatsvertragskompetenz nach Art. 54 BV» zwar Staatsverträge abschliessen könne. Dabei dürfe er jedoch nicht «seine fehlende Zuständigkeit kompensieren oder übersteuern». Zur interessanten Frage, ob der Bund dieser Regel Rechnung getragen hat, als im Jahre 1995 das Granada-Übereinkommen ratifiziert worden ist, äusserst sich das Bundesgericht allerdings nicht. Mit dem aktuell geltenden Art. 78 BV wurde der bis 31. Dezember 1999 massgebliche Art. 24<sup>sexies</sup> aBV im Wesentlichen übernommen.<sup>10</sup> Der Natur- und Heimatschutz ist damals wie heute eine Verbundaufgabe von Bund und Kantonen.<sup>11</sup> In Sachen Ortsbild- und Denkmalschutz verfügen die Kantone über eine umfassende Rechtsetzungskompetenz, solange es nicht um die Erfüllung von Bundesaufgaben geht und keine Objekte von nationaler Bedeutung betroffen sind.<sup>12</sup> Sodann verkörpert der Abschluss von Staatsverträgen nach Art. 54 Abs. 1 BV eine umfassende Bundeskompetenz. Dies gilt auch für Sachgebiete, für welche innerstaatlich die Kantone zuständig sind.<sup>13</sup> In der Bundesverfassung von 1874 fehlte eine dem heutigen Art. 54 BV vollends entsprechende Bestimmung. Indes ging die Lehre und Praxis bereits damals davon aus, dass die Zuständigkeit des Bundes in auswärtigen Angelegenheiten samt Abschluss von Staatsverträgen in der Verfassung stillschweigend enthalten sei bzw. sie als Verfassungsgewohnheitsrecht gelte.<sup>14</sup> In einem ersten Ergebnis lässt sich also festhalten, dass der Zeitpunkt der Ratifikation des Granada-Übereinkommens für die Frage, ob der Bund eine kantonale Zuständigkeit in einer zulässigen Art und Weise einschränkt, nicht entscheidend ist. Die Antwort auf

die Frage ist im Anwendungsbereich der Bundesverfassung von 1874 und derjenigen von 1999 die gleiche.

Der in casu aufgehobene § 25 Abs. 4 DMSG/ZG betrifft den Zuständigkeitsbereich der Kantone. Laut Bundesgericht verpflichte das Granada-Übereinkommen die Vertragsparteien auch bei Objekten von rein kommunaler Bedeutung, geeignete Schutzmassnahmen zu ergreifen (Art. 3 Ziff. 2), wirksame Kontroll- und Genehmigungsverfahren einzuführen (Art. 4 Ziff. 1), und zu verhindern, dass geschützte Kulturgüter beeinträchtigt oder zerstört werden (Art. 4 Ziff. 2). Mit § 25 Abs. 4 DMSG/ZG bestehe die Möglichkeit, dass die Eigentümerschaft die Unterschutzstellung zumindest über einen gewissen Zeitraum vereitle. Ausserdem müssten die Vertragsstaaten vorschreiben, dass ein geschütztes Objekt enteignet werden könne (Art. 4 Ziff. 2 lit. d). Solange es die Eigentümerschaft aber in der Hand habe, die Unterschutzstellung abzuwenden, stosse die gesetzlich verankerte Enteignungsmöglichkeit ins Leere (E. 7.5). Nach dem Gesagten steht fest: Mit der Ratifikation des Granada-Übereinkommens hat der Bund den Kantonen verboten, im kantonalen Zuständigkeitsbereich Vorschriften zu erlassen, welche die einseitig hoheitliche Unterschutzstellung von erhaltenswerten Objekten für eine bestimmte Zeit oder gar generell ausschliessen.

Nach Art. 54 Abs. 3 BV – eine sog. Kompetenzausübungsregel<sup>15</sup> – nimmt der Bund Rücksicht auf die Zuständigkeiten der Kantone und wahrt ihre Interessen. Art. 54 Abs. 3 BV bedingt eine Abwägung. Soll die kantonale Zuständigkeit namentlich mit einem Staatsvertrag eingeschränkt werden, bedarf es überwiegender, in der Regel gesamtschweizerischer, Interessen. Anliegen von gesamtschweizerischer Tragweite können Einbussen an Föderalismus aufwiegen.<sup>16</sup> Unter dem Eindruck von Art. 78 Abs. 1 BV sind die Kantone gehalten, die zur Erhaltung schutzwürdiger Objekte notwendigen Rechtsgrundlagen zu schaffen und über die Unterschutzstellung im Einzelfall zu befinden,<sup>17</sup> insbesondere wenn es um Objekte von lokaler oder regionaler Bedeutung geht. Zwar schreibt die Bundesverfassung den Kantonen nicht vor, welche Schutzvorkehrungen sie zu treffen und wie sie den Denkmalsbegriff zu definieren haben. Hingegen wäre es mit Art. 78 Abs. 1 BV unvereinbar, wenn ein Kanton von seiner Kompetenz keinen oder einen zu wenig weit gehenden Gebrauch macht. Letzteres bringt das Bundesgericht im vorliegend besprochenen Urteil zumindest ansatzweise zum Ausdruck (E. 4.2). Vor diesem Hintergrund besteht zweifelsohne ein der Bundesverfassung zugrunde liegendes gesamtschweizerisches Interesse, dass die Kantone Rechtsgrundlagen schaffen, um erhaltenswerte Objekte von lokaler, regionaler und

<sup>9</sup> Gl. M. A. ZÜND, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 2013, 1356.

<sup>10</sup> Statt vieler N. DAJCAR/A. GRIFFEL, in: B. Waldmann/E.M. Belser/A. Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 78 N 7; H. RAUSCH/A. MARTI/A. GRIFFEL, in: W. Haller (Hrsg.), Umweltrecht – ein Lehrbuch, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 496.

<sup>11</sup> A. MARTI, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 78 N 5.

<sup>12</sup> P. HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl., Bern 2016, 421; RAUSCH/MARTI/GRIFFEL (Fn. 10), Rz. 496 f.

<sup>13</sup> Statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 2), Rz. 1123 und 1896; A. EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 54 N 20.

<sup>14</sup> EPINEY (Fn. 13), Art. 54 N 1 f.

<sup>15</sup> T. PFISTERER, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 54 N 55.

<sup>16</sup> Ausführlich PFISTERER (Fn. 15), Art. 54 N 72 ff.

<sup>17</sup> Statt vieler BGE 121 II 8, 15, E. 3a; BGer, 1A.115/2001 und 1P441/2001, 8. Oktober 2001, E. 2d; W. ENGELER, in: B. Ehrenzeller/W. Engeler (Hrsg.), Handbuch Heimatschutzrecht, Internationales, nationales und kantonales Recht, mit einer Kommentierung des Rechts der Bau- und archäologischen Denkmäler des Kantons St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2019, § 7 N 8.

kantonalen Bedeutung jederzeit und nötigenfalls auch ohne Mitwirkung der Eigentümerschaft zu schützen. Das kantonale Anliegen, die Unterschutzstellung von erhaltenswerten Objekten für eine gewisse Zeit oder ganz allgemein nur im Einvernehmen mit der Eigentümerschaft zu erlauben, mag berechtigt sein. Indes wiegt es weniger schwer als das zuvor dargestellte gesamtschweizerische Schutzinteresse. Dementsprechend kompensierte oder übersteuerte der Bund seine fehlende Zuständigkeit nicht. Er durfte das Granada-Übereinkommen ohne weiteres abschliessen, auch wenn laut diesem Übereinkommen die Möglichkeit bestehen muss, erhaltenswerte Objekte – auch wenn sie «lediglich» von kommunaler Bedeutung sind – jederzeit und im Bedarfsfall auch gegen den Willen der Eigentümerschaft unter Schutz zu stellen.

### 3. Tragweite des Entscheids

Mit § 25 Abs. 4 DMSG/ZG hat der Kanton Zug die einseitig hoheitliche Unterschutzstellung eines Denkmals von rein kommunaler Bedeutung nur dann zulassen wollen, wenn das Objekt 70 Jahre oder älter ist. Im vorliegenden Entscheid kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass diese Bestimmung dem Granada-Übereinkommen widerspreche. Insbesondere würde Art. 4 Ziff. 2 lit. d, wonach in Vertragsstaaten die Möglichkeit bestehen muss, «geschützte» Objekte zu enteignen, seines Sinngehalts entleert. Das Gemeinwesen könne ein schutzwürdiges Objekt von rein kommunaler Bedeutung zumindest für einen gewissen Zeitraum nicht ohne Zutun der Grundeigentümerschaft unter Schutz stellen. In casu trifft dies zu. Das Zuger Denkmalschutzrecht sieht die formelle Enteignung von Objekten – seien sie schützenswert oder bereits geschützt – nicht als Schutzmassnahme vor. Anders sähe es aus, wenn im Kanton Zug – wie etwa im Kanton Basel-Stadt – ultima ratio die Möglichkeit bestünde, erhaltenswerte Objekte ungeachtet ihrer formellen Unterschutzstellung zu enteignen.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Gemäss § 25 des Gesetzes vom 20. März 1980 des Kantons Basel-Stadt über den Denkmalschutz (DSchG/BS, SG 497.100) steht dem Kanton das

Dieser Bundesgerichtsentscheid hat für all diejenigen Kantone Konsequenzen, welche die Unterschutzstellung von schützenswerten Objekten für einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum erstens ausschliesslich im Einvernehmen mit der Grundeigentümerschaft zulassen und zweitens lediglich für geschützte Objekte eine oder überhaupt keine Enteignungsmöglichkeit vorsehen. So ist im Kanton Basel-Landschaft die Unterschutzstellung eines aus kantonaler Sicht erhaltenswerten Objekts – hierfür ist ein Eintrag im Inventar der kantonal geschützten Kulturdenkmäler erforderlich – seit dem 1. Juli 2018 ohne Zustimmung der Eigentümerschaft ausgeschlossen, und zwar unabhängig davon, wie alt das betreffende Objekt ist (§ 8 Abs. 1 DHG/BL<sup>19</sup>).<sup>20</sup> Gleichzeitig dürfen lediglich bereits «geschützte» Kulturdenkmäler enteignet werden (§ 24 Abs. 1 DHG/BL). Laut vorliegendem Bundesgerichtsentscheid ist diese Rechtslage mit Art. 4 Ziff. 2 lit. d Granada-Übereinkommen nicht vereinbar. Liegen entsprechende Rügen vor, sind § 8 Abs. 1 DHG/BL und vergleichbare Bestimmungen anderer Kantone im Rahmen einer inzidenten Normenkontrolle für unanwendbar zu erklären.

Zu guter Letzt ist festzuhalten, dass das Zuger Denkmalschutzrecht auch nach der bundesgerichtlichen Aufhebung von § 25 Abs. 4 DMSG/ZG völkerrechtswidrig ist. Nach Art. 4 Ziff. 2 lit. d Granada-Übereinkommen muss die Möglichkeit bestehen, geschützte Objekte zu enteignen. Im Zuger Gesetz über Denkmalschutz, Archäologie und Kulturgüterschutz gibt es keinen Tatbestand für die formelle Enteignung. Auch sonst scheint eine bzw. eine genügend bestimmte kantonrechtliche Grundlage zu fehlen, um Objekte von lokaler, regionaler oder kantonaler Bedeutung zu enteignen.

Enteignungsrecht gemäss Enteignungsgesetz zu, wenn und soweit der Gesetzeszweck nicht auf andere Weise verwirklicht werden kann. Ob ein Objekt lediglich schützenswert oder bereits formell unter Schutz gestellt ist, spielt für die Anwendbarkeit von § 25 DSchG/BS keine Rolle.

<sup>19</sup> Gesetz vom 9. April 1992 des Kantons Basel-Landschaft über den Denkmalschutz, SGS 791.

<sup>20</sup> Zu den Beweggründen Vorlage Nr. 2015-070A vom 22. August 2017 des Regierungsrats des Kantons Basel-Landschaft zur Änderung des Denkmalschutzgesetzes, 8.