

# Subsidiaritätsprinzip(ien) im Natur- und Heimatschutzrecht

GABRIEL SCHÜRCH\*

SCHLAGWÖRTER	Natur- und Heimatschutzrecht – Subsidiaritätsprinzip – Schutzmassnahmen – Subsidiarität – Subventionen
ZUSAMMENFASSUNG	Im vorliegenden Beitrag wird untersucht, auf welche Arten das Prinzip der Subsidiarität im Natur- und Heimatschutzrecht zum Ausdruck kommt. Das verfassungsmässige Subsidiaritätsprinzip wirkt sich auf die Finanzierung des Natur- und Heimatschutzes aus, namentlich auf die Ausrichtung von Bundesbeiträgen an die Kantone. Für die Aufgaben- und Kostenverteilung zwischen Bund und Kantonen wird im vorliegenden Beitrag vom Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinn ( <i>sensu stricto</i> ) gesprochen. Das Subsidiaritätsprinzip im weiteren Sinn ( <i>sensu lato</i> ) kommt bei der Wahl der konkreten Schutzmassnahme nach dem Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG) zum Tragen. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, unterscheiden sich die beiden Arten des Subsidiaritätsprinzips insbesondere durch ihren Anwendungsbereich, da das Subsidiaritätsprinzip i.e.S. die Staatsebene zwischen Bund und Kantonen, das Subsidiaritätsprinzip i.w.S. hingegen regelmässig das Verhältnis zwischen Staat und Privatpersonen betrifft.
RÉSUMÉ	La présente contribution examine de quelle manière le principe de subsidiarité s'exprime dans le droit de la protection de la nature et du patrimoine. Le principe constitutionnel de subsidiarité se répercute sur le financement de la protection de la nature et du paysage, notamment sur le versement des contributions fédérales aux cantons. Pour la répartition des tâches et des moyens financiers entre la Confédération et les cantons, on parlera dans cet article du principe de subsidiarité au sens étroit ( <i>sensu stricto</i> ). Le principe de subsidiarité au sens étendu ( <i>sensu lato</i> ) s'applique au choix de la mesure de protection concrète selon la loi sur la protection de la nature et du paysage (LPN). Comme nous le montrerons ci-après, les deux types de principe de subsidiarité se distinguent notamment par leur champ d'application, puisque le principe de subsidiarité au sens étroit concerne le niveau étatique entre la Confédération et les cantons, tandis que le principe de subsidiarité au sens étendu concerne régulièrement les relations entre État et personnes privées.
ABSTRACT	This article examines the ways in which the principle of subsidiarity is expressed in nature and cultural heritage protection law. The constitutional principle of subsidiarity effects the financing of nature and cultural heritage protection, particularly the payment of federal contributions to the cantons. For the distribution of tasks and costs between the Swiss Confederation and the cantons, this article refers to the principle of subsidiarity in the strict sense ( <i>sensu stricto</i> ). The principle of subsidiarity in the wider sense ( <i>sensu lato</i> ) applies to the choice of specific protection measures under the Federal Act on the Protection of Nature and Cultural Heritage (NCHA). As will be shown in the following, the two types of subsidiarity principle differ in particular in their scope of application, as the principle of subsidiarity in the strict sense relates to the state level between the Confederation and the cantons, whereas the principle of subsidiarity in the wider sense generally relates to the relationship between the state and private parties.

## I. Einleitung

Das Prinzip der Subsidiarität spielt im schweizerischen Natur- und Heimatschutzrecht in verschiedener Hinsicht eine bedeutende Rolle. Das Subsidiaritätsprinzip trägt dazu bei, dass Entscheidungen so nah wie möglich an der

betroffenen Bevölkerung und den spezifischen örtlichen Gegebenheiten getroffen werden, was für die Legitimität des Natur- und Heimatschutzes wesentlich ist. Dies fördert eine bürgernahe und effektive Umsetzung von Natur- und Heimatschutzmassnahmen, da die Kantone und Gemeinden am besten mit den lokalen Gegeben-

\* GABRIEL SCHÜRCH, MLaw, Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich.

Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-084-0\_09.

heiten und Bedürfnissen der Bevölkerung vertraut sind. Insbesondere der Heimatschutz, also der Ortsbild-, Landschafts- und Denkmalschutz, stellt seit jeher und nach wie vor eine grundsätzliche Aufgabe der kantonalen und lokalen Behörden dar (Art. 78 Abs. 1 BV<sup>1</sup>). Der Bund interveniert erst, wenn die Schutzziele nicht ausreichend von den Kantonen verwirklicht werden können und auf nationaler Ebene besser zu erreichen sind. Der Bund unterstützt die kantonalen Bemühungen und stellt sicher, dass der Verfassungsauftrag erfüllt wird – stets unter Berücksichtigung der kulturellen Vielfalt der schweizerischen Kantone und Regionen.

Im Folgenden werden die unterschiedlichen Facetten der Subsidiarität für das Natur- und Heimatschutzrecht beleuchtet.<sup>2</sup> Zunächst wird das Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinn erörtert (unten II.A.) und dessen Spuren bei der Entstehung des Verfassungsartikels zum Natur- und Heimatschutz aufgezeigt (unten II.B.). Anschliessend wird ein Überblick zur geltenden Kompetenzverteilung im Bereich Natur- und Heimatschutz gegeben («Welche Staatsebene ist zuständig?», unten II.C.).

Im nachfolgenden Teil geht es zunächst um den Vollzug des Natur- und Heimatschutzgesetzes<sup>3</sup> und die «subsidiäre» Kompetenz des Bundes, selbst Natur- und Heimatschutzmassnahmen zu ergreifen (unten III.A.). Bei der Wahl der konkreten Schutzmassnahme hat er das Prinzip der Subsidiarität zu beachten. Dieses legt fest, unter welchen Voraussetzungen der Bund Natur- und Heimatschutzmassnahmen, wie z.B. eine Unterschutzstellung oder eine Anordnung vorsorglicher Massnahmen oder einer formellen Enteignung, ergreifen darf. Die Subsidiarität bezieht sich hier auf die Art und Weise der Umsetzung des Natur- und Heimatschutzes («Wie umsetzen?», unten III.B.).

Anschliessend wird die Finanzierung des Natur- und Heimatschutzes thematisiert. Dabei werden sowohl die Bundeskompetenz zur finanziellen Förderung (unten VI.A.) als auch das Problem der Kostentragung zwischen den Staatsebenen im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip diskutiert («Wer bezahlt?», unten VI.B.).

## II. Grundlagen

### A. Wirkungsweise des Subsidiaritätsprinzips

Gemäss dem in Art. 5a BV verankerten Subsidiaritätsprinzip sollte der Bund nicht Zuständigkeiten und Aufgaben an sich ziehen, welche die Kantone ebenso gut erfüllen können.<sup>4</sup> Aus dieser vereinfachten Umschreibung wird deutlich, dass dem Subsidiaritätsprinzip zwar eine richtungsweisende Funktion bei der Kompetenzzuweisung im Bundesstaat zukommt, es allerdings *keine rechtliche Bindungswirkung* gegenüber dem Verfassungsgeber besitzt, sondern lediglich die Bedeutung einer staatspolitischen Maxime.<sup>5</sup>

Der Bundesgesetzgeber hingegen ist der primäre Adressat des Subsidiaritätsprinzips und entsprechend an die Art. 5a BV und Art. 43a BV gebunden.<sup>6</sup> Die Verfassungsnorm von Art. 5a BV darf allerdings nicht isoliert betrachtet werden, sondern ist stets im Zusammenhang mit der konkreten Kompetenznorm zu beurteilen.<sup>7</sup> So bestimmt Art. 78 Abs. 1 BV, dass der Natur- und Heimatschutz grundsätzlich eine Aufgabe der Kantone sei. Für den Heimatschutz, also den Ortsbild-, Landschafts- und Denkmalschutz, trifft dies im Wesentlichen zu. Für den Naturschutz sieht Art. 78 Abs. 4 BV eine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes vor, weshalb sich hier die Frage erübrigt, ob der Bund für diesen Bereich legiferieren soll oder nicht. Das Subsidiaritätsprinzip

<sup>1</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

<sup>2</sup> Das Natur- und Heimatschutzrecht ist als ein besonderes Teilgebiet des Umweltrechts einzuordnen (vgl. HERIBERT RAUSCH/ARNOLD MARTI/ALAIN GRIFFEL, in: Walter Haller (Hrsg.), Umweltrecht, Ein Lehrbuch, Zürich/Basel/Genf 2004, N 494; Komm. NHG-MARTI, Kap. 2, N 3), wobei das Subsidiaritätsprinzip auch im allgemeinen Umweltrecht von Bedeutung ist. Vgl. dazu z.B. ASTRID EPINEY, Das Subsidiaritätsprinzip im EU-Umweltrecht: ein Argument für die Reduktion umweltpolitischer Vorgaben in der EU?, Natur und Recht (NuR) 2018, 30 ff.; WALTER SCHENKEL/STEPHAN KUX/DANIEL MAREK, Subsidiarität und Luftreinhaltung in der Schweiz – aus internationaler, nationaler und lokaler Perspektive, Swiss Political Science Review (SPSR), 1997 (3), 1 ff.

<sup>3</sup> Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451).

<sup>4</sup> Vgl. Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001, BBl 2002 2291 ff., 2457 f., wo auch auf den Umstand hingewiesen wird, dass die explizite Verankerung des Subsidiaritätsprinzips bereits im Rahmen der Verfassungsnachführung (1999) vorgeschlagen, jedoch in den parlamentarischen Beratungen abgelehnt wurde.

<sup>5</sup> Vgl. SGK BV-SCHWEIZER/MÜLLER, Art. 5a N 17; Botschaft NFA I (Fn. 4), BBl 2002 2458, wonach es sich bei der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips um eine grundsätzliche staatspolitische Frage handle, die nicht von den Gerichten zu überprüfen sei. Dieser Auffassung folgt auch das Bundesgericht (vgl. statt vieler BGE 138 I 378, 395 E. 8.4).

<sup>6</sup> Vgl. Botsch. NFA I (Fn. 4), BBl 2002 2339.

<sup>7</sup> Vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 5a N 13. Zur Kompetenzverteilung unten II.C.

*sensu stricto* betrifft das Verhältnis zwischen den Staatsebenen Bund, Kantonen und Gemeinden; auf das Verhältnis zwischen Staat und Privatpersonen findet es keine Anwendung.<sup>8</sup> Als Abgrenzung dazu kommt das Prinzip der Subsidiarität *sensu lato* bei der Wahl der konkreten Schutzmassnahme (z.B. Inventarisierung, vorsorgliche Massnahme oder formelle Enteignung) zwischen Staat und Privatpersonen zur Anwendung.<sup>9</sup>

Das Subsidiaritätsprinzip wird in Art. 43a BV konkretisiert,<sup>10</sup> indem Kriterien festgelegt werden, wann ein Tätigwerden des Bundesgesetzgebers angezeigt ist. Dies ist der Fall, wenn staatliche Aufgaben die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen (Art. 43a Abs. 1 BV). Das Subsidiaritätsprinzip hat eine lange Tradition als staatspolitische Maxime und wurde bereits vor dessen ausdrücklicher Verankerung in der Verfassung (Art. 5a BV und Art. 43a BV) berücksichtigt.<sup>11</sup> Dies wird anhand des folgenden Überblicks zur Entstehungsgeschichte des Verfassungsartikels zum Natur- und Heimatschutz veranschaulicht.

## B. Subsidiarität bei der Entstehung des Verfassungsartikels zum Natur- und Heimatschutzrecht

Für den Bereich des Natur- und Heimatschutzes waren vor Einführung von Art. 24<sup>sexies</sup> BV 1874<sup>12</sup> die Kantone nach allgemeiner bundesstaatlicher Verfassungsordnung gemäss Art. 3 BV 1874 zuständig.<sup>13</sup> Der Grund für eine Vereinheitlichung auf Bundesebene lag im unterschiedlichen kantonalen Schutzzumfang von wertvollen Natur- und Kulturobjekten. Nach zahlreichen Bestrebungen in der Zwischen- und Nachkriegszeit<sup>14</sup> hiessen die eidgenössischen Räte im Jahr 1961 schliesslich einen Vorstoss zur Schaffung einer Verfassungsänderung gut.<sup>15</sup> Das Volk und alle Stände stimmten der Aufnahme von Art. 24<sup>sexies</sup> BV 1874 an der Abstimmung vom 27. Mai 1962 deutlich zu.<sup>16</sup>

Ziel der Verfassungsänderung war es, die *Zusammenarbeit* zwischen Bund und Kantonen im Bereich des Natur- und Heimatschutzes zu verstärken, wobei der Bund sich davor hütete, zu stark in die *Kompetenz der Kantone* einzugreifen. Die Aufgabe des Bundes bestand grösstenteils in der finanziellen Förderung von kantonalen und privaten Natur- und Heimatschutzbestrebungen. Dem Bund wurde im Bereich des Naturschutzes auch eine koordinierende Funktion aufgetragen, da gerade beim Arten- und Pflanzenschutz aufgrund der angestrebten kantonsübergreifenden Schutzwirkung ein landesweit vereinheitlichter Schutz notwendig wurde, wohingegen der Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz vorwiegend von lokaler oder regionaler Bedeutung ist und deswegen auch kantonal unterschiedlich geregelt werden konnte.<sup>17</sup> Diese Differenzierung entspricht im Grunde dem das Subsidiaritätsprinzip konkretisierenden Kriterium nach Art. 43a Abs. 1 BV,<sup>18</sup> wonach der Bund nur diejenigen Aufgaben wahrnimmt, welche einer einheitlichen nationalen Regelung bedürfen.<sup>19</sup> Daran wird ersichtlich, dass das Subsidiaritätsprinzip bereits bei der Schaffung

---

Schutze des Landschaftsbildes am Zürichsee (1934) ging erstmals so weit, die Aufnahme eines *Bundesverfassungsartikels* vorzuschlagen (vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 24<sup>sexies</sup> betreffend den Natur- und Heimatschutz vom 19. Mai 1961, BBl 1961 I 1093 ff.).

<sup>8</sup> Dies war jedenfalls der klare Wille des Verfassungsgebers (vgl. Botschaft NFA I [Fn. 4], BBl 2002 2457), wengleich die jüngere Praxis sich damit teilweise schwertut (dazu BSK BV-BIAGGINI, Art. 5a N 18 ff.).

<sup>9</sup> Vgl. unten III.B. zum Prinzip der Subsidiarität *sensu lato*.

<sup>10</sup> Vgl. BSK BV-BIAGGINI, Art. 43a N 11 ff.; SGK BV-MÜLLER, Art. 43a N 11 ff.

<sup>11</sup> M.w.H. BSK BV-BIAGGINI, Art. 5a N 3 ff., zur historischen Bedeutung und Herleitung des Subsidiaritätsprinzips.

<sup>12</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, AS 1999 2556. Der Art. 24<sup>sexies</sup> BV 1874 entspricht im Wesentlichen dem Art. 78 BV 1999.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 41 I 468 ff., 489 E. 4; 57 I 207 ff., 211 E. 2/b; 64 I 205 ff., 208 E. 1. Der Art. 3 BV 1874 entspricht wortwörtlich dem Art. 3 BV 1999.

<sup>14</sup> Z.B. die Bemühungen seitens des Schweizerischen Bundes für Naturschutz (heute Pro Natura), die Motion von Nationalrat OLDANI (1931) sowie die sog. «Oltener Resolution» (1932), welche ein *Bundesgesetz* für einen wirksamen Natur- und Heimatschutz anbegehrten. Eine Eingabe des Verbands zum

<sup>15</sup> Vgl. Bundesbeschluss über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 24<sup>sexies</sup> betreffend den Natur- und Heimatschutz vom 21. Dezember 1961, BBl 1961 II, 1350 f.

<sup>16</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 27. Mai 1962 betreffend den Bundesbeschluss über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 24<sup>sexies</sup> betreffend den Natur- und Heimatschutz vom 15. Juni 1962, BBl 1962 I 1456.

<sup>17</sup> Vgl. Botschaft Art. 24<sup>sexies</sup> BV 1874 (Fn. 14), BBl 1961 I 1102, 1107. Der Bund schuf sich allerdings auch im Bereich des Heimatschutzes für «Naturreservate, geschichtliche Stätten und Kulturdenkmäler von nationaler Bedeutung» die Kompetenz, selbst Sicherungsmassnahmen zu ergreifen (Art. 24<sup>sexies</sup> Abs. 3 BV 1874, Herv. d. Verf.); s. dazu unten IV.A.

<sup>18</sup> Nach allgemein geteilter Ansicht wird Art. 43a Abs. 1 BV als Konkretisierung des in Art. 5a BV verankerten Subsidiaritätsprinzips verstanden (vgl. BSK BV-BIAGGINI, Art. 43a N 11 ff.; SGK BV-MÜLLER, Art. 43a N 11 ff.).

<sup>19</sup> Vgl. auch Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 12. November 1965, BBl 1965 III 89 ff., 107, wo die «föderalistische Grundhaltung des Natur- und Heimatschutzartikels» betont wird.

des Verfassungsartikels zum Natur- und Heimatschutz eine Rolle spielte.

### C. Geltende Kompetenzverteilung im Natur- und Heimatschutzrecht

Gemäss Art. 78 Abs. 1 BV sind die Kantone für den Natur- und Heimatschutz zuständig. Auch wenn diese Kompetenzverteilung aufgrund von Art. 3 und Art. 42 Abs. 1 BV an sich bereits gilt, verdeutlicht der ausdrückliche Vorbehalt von Art. 78 Abs. 1 BV deklaratorisch die kantonale Kompetenz.<sup>20</sup> Der Heimatschutz (Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz) stellt weitgehend eine Aufgabe der kantonalen (und lokalen) Behörden dar. Für den Bereich des Natur- und Artenschutzes hingegen besteht für den Bund aufgrund von Art. 78 Abs. 4 BV eine umfassende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung, die von ihm zu einem grossen Teil ausgeschöpft wurde.<sup>21</sup> Diese konkurrierende Bundeskompetenz schliesst jedoch weitergehende Schutzvorschriften, beispielsweise für den Biotopschutz,<sup>22</sup> durch das kantonale Recht nicht aus.

In Art. 78 Abs. 2 BV wird die Selbstbindung des Bundes statuiert, welche für die Kompetenzverteilung keine direkten Folgen hat und deshalb hier nicht weiter erörtert wird. Für die vorliegende Untersuchung von Interesse ist Art. 78 Abs. 3 BV, weil darin zum einen eine «subsidiäre» Bundeskompetenz zum Ergreifen von Sicherungsmassnahmen (dazu sogleich III.A.), zum anderen eine Förderungskompetenz des Bundes festgelegt wird (dazu unten IV.A.).

<sup>20</sup> Vgl. Petit Comm. Cst.-AUBERT, Art. 78 N 3; NHG Komm.-ZUFFEREY, Kap. 1, N 9, der Art. 78 Abs. 1 als «réserve au sens impropre» (unechter Vorbehalt) bezeichnet; zurückhaltender BV SGK BV-MARTI, Art. 78 N 4, zur Bedeutung von Art. 78 Abs. 1.

<sup>21</sup> Vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 78 N 5; SGK BV-MARTI, Art. 78 N 5, der auch darauf hinweist, dass die Kantone aufgrund des Vollzugs des Schutzauftrags nach NHG, insbesondere durch die Berücksichtigung von Bundesinventaren in den kantonalen Raumplanungen auch im Bereich des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes bundesrechtlich eingeschränkt sind (ders., a.a.O., Art. 78 N 9; vgl. kritisch dazu PETER KARLEN, Die Überhöhung des Ortsbildschutzes durch den Bund, Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz, ZBl 2023, 115 ff.).

<sup>22</sup> Vgl. BGE 133 II 220, 224 E. 2.3, in welchem das kantonale und kommunale Recht einen weitergehenden Heckenschutz als das Bundesrecht (NHG) vorsieht, weshalb ihm nach Bundesgericht selbstständige Bedeutung zukommt und im zu entscheidenden Fall für die Bewertung der Biotopqualität massgeblich war (E. 2.6).

### III. Subsidiarität bei Natur- und Heimatschutzmassnahmen

#### A. Kantonaler Vollzug und «subsidiäre» Bundeskompetenz

Der Verfassungsgeber ging davon aus, dass die kantonalen und lokalen Behörden grundsätzlich besser in der Lage sind, das baukulturelle Erbe angemessen zu erfassen und zu schützen.<sup>23</sup> Für den Vollzug der auf dieser originären kantonalen Kompetenz (vgl. Art. 78 Abs. 1 BV) gestützten kantonalen Normen ist keine Vollzugsbestimmung notwendig. Für den Vollzug des NHG sind auf Gesetzesstufe die Art. 24f – 24h NHG massgebend. Als Grundsatz sieht Art. 24f NHG vor: «Die Kantone vollziehen dieses Gesetz, soweit es den Vollzug nicht dem Bund überträgt.» Diese Bestimmung ähnelt bezüglich der Regelungslogik derjenigen von Art. 3 BV, was unter dem Gesichtspunkt des Vollzugsföderalismus sinnvoll erscheint. Das NHG überträgt beispielsweise dem Bund die Vollzugskompetenz für die Ausscheidung der Landschaften und Ortsbilder von nationaler Bedeutung (Art. 5 NHG) und der Biotope von nationaler Bedeutung (Art. 18a Abs. 1 NHG). Die Kantone bleiben im Umkehrschluss weiterhin zuständig für die Ausscheidung der Landschaften, Ortsbilder und Biotope von regionaler und lokaler Bedeutung (Art. 5 und 18a Abs. 1 NHG je *e contrario*).

Die Verfassung sieht jedoch in Art. 78 Abs. 3 BV selbst die Möglichkeit vor, dass der Bund Objekte von gesamtschweizerischer Bedeutung unter Schutz stellen, erwerben und, wenn nötig, mittels Enteignung sichern kann. Diese konkurrierende «subsidiäre» Bundeskompetenz schränkt allerdings die kantonale Kompetenz, bedeutende Schutzobjekte zu erwerben oder zu enteignen, nicht ein.<sup>24</sup>

Voraussetzung für eine Intervention des Bundes ist stets eine *gesamtschweizerische Bedeutung* der Kulturdenkmäler<sup>25</sup> sowie eine Notwendigkeit des Bundes zum Handeln, wenn die Kantone den Schutzauftrag nicht erfüllen können. Die subsidiäre «Auffangkompetenz» des Bundes gemäss Art. 78 Abs. 3 BV und Art. 15 Abs. 1 NHG kommt im Fall eines Vollzugsnotstands durch die Kantone zur Anwendung, beispielsweise weil ihnen die nötigen Mittel

<sup>23</sup> Vgl. Botschaft Art. 24<sup>sexies</sup> BV 1874 (Fn. 14), BBl 1961 I 1102. S. oben II.C. zur Kompetenzverteilung.

<sup>24</sup> Vgl. Botschaft Art. 24<sup>sexies</sup> BV 1874 (Fn. 14), BBl 1961 I 1114; OFK BV-BIAGGINI, Art. 78 N 4; NHG Komm.-ZUFFEREY, Kap. 1, N 15, der von einer «compétence fédérale concurrente mais *subsidiäre*» spricht (Herv. im Original).

<sup>25</sup> Wobei der Bund selbst entscheidet, ob einem Schutzobjekt nationale Bedeutung zukommt und ob im Einzelfall eine Enteignung notwendig ist (vgl. SGK BV-MARTI, Art. 78 N 14).

fehlen.<sup>26</sup> Verzichten die Kantone jedoch gewollt auf das Ergreifen von Schutzmassnahmen, hindert Art. 78 Abs. 1 BV den Bund grundsätzlich daran, einzugreifen; er kann dies nur gestützt auf andere in Art. 78 BV vorgesehene Bundeskompetenzen tun, also falls es um die Erfüllung einer Bundesaufgabe (Abs. 2), Kulturdenkmäler oder geschichtliche Stätten von gesamtschweizerischer Bedeutung (Abs. 3) oder den Biotop- und Artenschutz (Abs. 4) geht.<sup>27</sup>

## B. Subsidiarität bei Wahl der Natur- und Heimatschutzmassnahme

Bei Anordnung von Natur- und Heimatschutzmassnahmen gilt das Prinzip der Subsidiarität *sensu lato*. Zunächst kommen Inventarisierungen (Art. 5 NHG) oder vertragliche Schutzvereinbarungen und dann vorsorgliche Massnahmen nach Art. 16 NHG in Betracht. Erst wenn solche Vorkehrungen nicht ausreichen oder eine Schutzvereinbarung mangels Konsenses gar nicht zustande kommt, sind weitergehende Massnahmen zur zusätzlichen Sicherstellung nach Art. 15 NHG, wie eine formelle Enteignung, als *ultima ratio* in Betracht zu ziehen.

Gemäss Art. 15 Abs. 1 NHG kann der Bund Schutzobjekte «von nationaler Bedeutung vertraglich oder, wenn dies nicht möglich ist, auf dem Weg der Enteignung erwerben oder sichern». Aufgrund des Prinzips der Subsidiarität *sensu lato* und anders als es der Wortlaut der Bestimmung vermuten lässt, steht dabei weniger der (Eigentums-)Erwerb als die blossе Sicherung des Natur- oder Kulturdenkmals im Vordergrund.<sup>28</sup> Art. 15 Abs. 1 NHG ist subsidiär zu anderen Massnahmen des NHG. Eine Sicherstellung durch den Bund ist somit erst geboten, wenn keine andere Massnahme zur blossen Sicherstellung des baulichen Objekts ausreicht. In der strikten Subsidiarität der formellen Enteignung dürfte auch der Grund liegen, weshalb es bisher in der Praxis nur selten zur formellen Enteignung von Privateigentum zugunsten des Natur- und Heimatschutzes durch den Bund gekommen ist.<sup>29</sup>

Es kommen also zunächst nur vertragliche oder vorsorgliche Massnahmen nach Art. 16 NHG in Betracht, die die Eigentumsbefugnisse weniger stark beeinträchtigen. Erst dann, wenn solche Vorkehrungen nicht ausreichen oder nicht zustande kommen, können zusätzliche Massnahmen zur Sicherstellung zur Anwendung gelangen.<sup>30</sup> Eine formelle Enteignung kommt nur als *ultima ratio* zur Anwendung, sofern diese tatsächlich erforderlich ist und kein einvernehmlicher Erwerb oder keine anderweitige Sicherung möglich ist. Die Subsidiarität bei der Wahl der Massnahmen entspricht in diesem Zusammenhang einem Element des *Verhältnismässigkeitsgrundsatzes* (vgl. Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 3 BV)<sup>31</sup>. Es betrifft regelmässig das Verhältnis zwischen Staat und Privatpersonen, weshalb das Subsidiaritätsprinzip *sensu stricto* keine Anwendung findet.<sup>32</sup> Als Abgrenzung dazu kann in diesem Zusammenhang vom Prinzip der Subsidiarität *sensu lato* gesprochen werden. Das Prinzip der Subsidiarität *sensu lato* steht in engem Konnex mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz, weil auch dieser voraussetzt, dass die Auswirkungen für die betroffene Person bei der Wahl der konkreten Schutzmassnahme berücksichtigt werden und die Auswirkungen so gering wie möglich, d.h. in einem *zumutbaren Mass*, zu halten sind. Die Sicherstellung eines Schutzobjekts mittels Enteignung kommt erst infrage, wenn sie in den konkreten Verhältnissen notwendig, mithin unbedingt *erforderlich* erscheint.

Darüber hinaus können *vorsorgliche Massnahmen* durch das zuständige Departement (UVEK oder EDI) angeordnet werden, wenn für eine Naturlandschaft, eine geschichtliche Stätte oder ein Kulturdenkmal eine unmittel-

---

(1980) und «Martigny» (1977), die bedeutende archäologische Fundstellen betrafen (vgl. TISSOT NATHALIE, Protection juridique des vestiges archéologiques, Problèmes liés au droit des expropriations et de l'aménagement du territoire, Diss., Neuenburg 1991, 105 ff., zu letzteren zwei Entscheiden, die gar nicht bis vor Bundesgericht gelangten, sondern «verwaltungsintern» vom Bundesrat beurteilt wurden).

<sup>26</sup> Vgl. Komm. NHG-FAHRLÄNDER, Art. 15 N 2; NHG Komm.-ZUFFEREY, Kap. 1, N 15.

<sup>27</sup> Vgl. NHG Komm.-ZUFFEREY, Kap. 1, N 15. Im Bereich des Biotop- und Moorlandschaftsschutzes hat Art. 78 Abs. 3 BV und Art. 15 Abs. 1 NHG aufgrund von Art. 78 Abs. 5 BV (eingeführt anlässlich der «Rothenthurm-Initiative», BBl 1988 I 569 ff.) massiv an Bedeutung verloren (m.w.H. Komm. NHG-FAHRLÄNDER, Art. 15 N 4).

<sup>28</sup> Vgl. Komm. NHG-FAHRLÄNDER, Art. 15 N 8.

<sup>29</sup> Als Beispiele können angeführt werden: BGE 114 Ib 321 ff. («Buchillon»), in dem es um die Enteignung einer Bauverbotsdienstbarkeit im Interesse des Landschaftsschutzes ging, sowie die zwei nicht veröffentlichten Entscheide «Welschdörfli»

<sup>30</sup> Vgl. Botschaft NHG (Fn. 19), BBl 1965 III 107; Komm. NHG-FAHRLÄNDER, Art. 15 N 8.

<sup>31</sup> Vgl. auch MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, in: Markus Müller/Pierre Tschannen (Hrsg.), Kleine Schriften zum Recht, 2. Aufl., Bern 2023, 37, der auf einen (anderen) Zusammenhang zwischen Verhältnismässigkeit und föderaler Bundesstaatsstruktur hinweist: Bei der Wirkungsanalyse im Rahmen der Geeignetheit einer Massnahme sind auch föderalistische Implikationen zu berücksichtigen, weil z.B. bei einer pandemiebedingten Maskenpflicht oder einem Verbot von Veranstaltungen die präventive Wirkung einer bloss vereinzelt kantonalen Regelung leicht umgangen werden kann, wenn andere Kantone keine vergleichbaren Regelungen erlassen.

<sup>32</sup> Vgl. oben II.A.

telbare Gefahr droht (Art. 16 NHG). Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist allerdings *strikt subsidiär* zu anderen Schutzvorkehrungen, wie insbesondere zu den gestützt auf Art. 5 NHG erlassenen Bundesinventaren, zu den Beschwerderechten von Gemeinden und gesamtschweizerischen Organisationen, sowie zu Schutzvereinbarungen.<sup>33</sup>

Es ist damit möglich und wohl regelmässig auch der Fall, dass mehrere Massnahmen für ein Schutzobjekt parallel angeordnet werden, um den erforderlichen Schutz des Objekts zu gewährleisten. Das Bundesgericht spricht sich denn auch für eine Kombination von raumplanerischen Schutzmassnahmen und Schutzverfügungen aus.<sup>34</sup> Zusätzlich zur raumplanerischen Zuweisung in ein Schutzgebiet kommt neben der Schutzverfügung, je nach Ausgestaltung der kantonalen Rechtsordnung, auch die Eintragung in ein grundeigentümergebundenes Inventar in Betracht.

#### IV. Subsidiaritätsprinzip bei der Finanzierung des Natur- und Heimatschutzes

##### A. Förderungskompetenz des Bundes

Dem Bund war es für lange Zeit mangels entsprechender Verfassungsgrundlage zum Natur- und Heimatschutz nur möglich, den kantonalen Heimatschutz *finanziell* zu unterstützen. Der Bund hat sich bereits 1886 mittels Bundesbeschlusses eine Grundlage geschaffen, um Mittel aus dem Bundesbudget für die Förderung, den Erhalt und den Erwerb von Denkmälern einsetzen zu können.<sup>35</sup> Die geltende Verfassung sieht in Art. 78 Abs. 3 BV die Möglichkeit («Er [der Bund] kann Bestrebungen des Natur- und Heimatschutzes unterstützen [...]») der Beitragsgewährung vor, welche die verfassungsmässige Grundlage für die in Art. 13 ff. NHG vorgesehenen Subventionsbestimmungen bildet. Daraus lässt sich allerdings für den Beitragsempfänger kein Rechtsanspruch auf Bundesbeiträge ableiten,<sup>36</sup> was gerade im Bereich des Denkmalschutzes von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist.

Die in Art. 78 Abs. 3 BV geregelte Förderungskompetenz schränkt die primären kantonalen Kompetenzen im Bereich des Heimatschutzes verfassungsrechtlich nicht

ein, da die Förderungskompetenz die Kantone nicht direkt verpflichtet, selbst wenn die Ausrichtung von Bundesbeiträgen von gewissen Anforderungen an die Kantone abhängig gemacht werden können.<sup>37</sup> Das Subsidiaritätsprinzip bedeutet in Bezug auf Finanzhilfen, dass diese nur so weit zu gewähren sind, als sie zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse des Bundes liegenden Aufgabe notwendig sind und andere, insbesondere Finanzierungsmöglichkeiten der Kantone ausgeschöpft sind bzw. deren Kapazitäten übersteigen.<sup>38</sup> Die Finanzierungsmöglichkeit durch Private darf in diesem Zusammenhang allerdings nicht berücksichtigt werden, weil das Subsidiaritätsprinzip *sensu stricto* nicht auf das Verhältnis zwischen Staat und Private Anwendung findet.<sup>39</sup>

Im Rahmen der NFA-Reform wurde der Vollzug der Subventionsbestimmungen nach NHG den Kantonen aufgrund ihrer Nähe zum Vollzugsgegenstand zugewiesen.<sup>40</sup> Die vom Bund gewährten finanziellen Beiträge werden somit grundsätzlich von den Kantonen an Private ausgerichtet, zusammen mit den nicht unwesentlichen kantonalen Beiträgen. So lagen die Kantonsbeiträge für den Denkmalschutz im Kanton Luzern bei CHF 2,54 Millionen für das Jahr 2024.<sup>41</sup> Der Vollzug der Bundesfinanzhilfen erfolgt seit der NFA-Reform auf der Grundlage von Programmvereinbarungen zwischen den zuständigen Bundesämtern (ASTRA, BAFU oder BAK) und den Kantonen, in denen Globalbeiträge für die vereinbarten Leistungen festgelegt werden (Art. 46 Abs. 2 BV).<sup>42</sup> Die Beitragssumme, die dem Kanton Luzern im Rahmen der Programmvereinbarungen mit dem BAK in den Jahren 2021–2024 zur Verfügung stand, betrug CHF 3,326 Millionen.<sup>43</sup> Die Bundesbeiträge stellen somit rund einen Drittel der gesamthaft in diesem Zeitraum gesprochenen Finanzhilfen im Bereich des Denkmalschutzes im Kanton Luzern dar.

Der Bund kann darüber hinaus auch für Projekte, die wegen ihrer Komplexität einer Beurteilung im Einzelfall bedürfen, ausnahmsweise direkt Finanzhilfen (Art. 13

<sup>33</sup> Vgl. Botschaft NHG (Fn. 19), BBl 1965 III 108; Komm. NHG-FAHRLÄNDER, Art. 16 N 5 ff.

<sup>34</sup> BGE 116 Ia 41 E. 4. c/b; vgl. auch BGE 106 Ia 364 ff.

<sup>35</sup> Vgl. Bundesbeschluss betreffend die Beteiligung des Bundes an den Bestrebungen zur Erhaltung und Erwerbung vaterländischer Altertümer vom 30. Juni 1886, BS 4 221.

<sup>36</sup> Vgl. Komm. NHG- ZUFFEREY, Kap. 1, N 14; BGE 99 Ib 70 E. 2.a.

<sup>37</sup> Vgl. SGK BV-MARTI, Art. 78 N 11. Es handelt sich bei der Förderungskompetenz des Bundes um eine parallele Kompetenz (vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 78 N 4).

<sup>38</sup> Vgl. NHG Komm.-JENNI, Vorbem. zu den Art. 13–17a, N 7.

<sup>39</sup> Vgl. BSK BV-BIAGGINI, Art. 5a N 16 f.; s. auch oben II.A.

<sup>40</sup> Vgl. NHG Komm.-JENNI, Vorbem. zu den Art. 13–17a, N 13.

<sup>41</sup> Gemäss dem Dokument «Entwicklung Staatsbeiträge» des Kantons Luzern vom 13.01.2025 (abrufbar unter: <<https://denkmalpflege.lu.ch/taetigkeit/denkmalerschutz>>, abgerufen am 17.02.2025).

<sup>42</sup> Vgl. Botschaft NFA I (Fn. 4), BBl 2005 6114 f.; SGK BV-MARTI, Art. 78 N 11.

<sup>43</sup> Gemäss <<https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/baukultur/finanzhilfen/finanzhilfe-objekte.html>>, abgerufen am 17.02.2025.

Abs. 2 NHG) und Abgeltungen (Art. 18d Abs. 2 und 23c Abs. 4 NHG) an den Beitragsempfänger gewähren.<sup>44</sup> Diese Aufgaben- und Finanzierungsentflechtung bewirkt eine Stärkung föderaler Strukturen im schweizerischen Bundesstaat und liegt damit in der allgemeinen Zielsetzung der NFA-Reform.

## B. Kostentragung nach dem Prinzip der fiskalischen Äquivalenz?

Für die Kostentragung im Natur- und Heimatschutz ist das Prinzip der *fiskalischen Äquivalenz* (Art. 43a Abs. 2 und Abs. 3 BV) von Bedeutung, das zusammen mit dem Subsidiaritätsprinzip im Rahmen der NFA-Reform eingeführt wurde.<sup>45</sup> Das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz verankert den Grundsatz der Konnexität,<sup>46</sup> wonach einerseits das Gemeinwesen, bei dem der Nutzen einer staatlichen Leistung anfällt, deren Kosten zu tragen hat (Art. 43a Abs. 2 BV), und andererseits das Gemeinwesen, das die Kosten einer staatlichen Leistung trägt, über deren Verwendung bestimmen kann (Art. 43a Abs. 3 BV).

Es stellt sich jedoch gerade beim Naturschutz, von dem sowohl regional als auch national profitiert wird, insbesondere was die Biodiversität angeht, die Frage der Finanzierung. In der Lehre wird als Ansatz vorgeschlagen, dass hier eine Abwägung vorzunehmen sei, welche staatliche Ebene den Hauptnutzen aus der Aufgabe zieht.<sup>47</sup> Allerdings erscheint die Beurteilung nach dem Hauptnutzen nicht immer eindeutig. So kommt beispielsweise ein Naturschutzgebiet kurzfristig hauptsächlich der regionalen und lokalen Bevölkerung als Naherholungsgebiet zugute, weshalb diesfalls der Kanton (bzw. die Gemeinde)<sup>48</sup> die Kosten für das Naturschutzgebiet zu tragen hätte. In einer langfristigen Sichtweise hingegen kommt der Hauptnutzen eines Naturschutzgebietes wohl der Gesamtbevölkerung zu. Begründet werden kann das damit, dass nur

eine Vielzahl von Naturschutzgebieten eine die Bewirtschaftung des Bodens vorausgesetzte Biodiversität erhalten kann, weshalb diesfalls der Bund die Kosten für das Naturschutzgebiet zu tragen hätte. Das Beispiel zeigt, dass der Hauptnutzen nicht immer eindeutig bestimmt werden kann; es bleibt bei dieser Betrachtungsweise ein erheblicher Beurteilungsspielraum, wem der Hauptnutzen zukommt. Es wird deshalb teilweise vorgeschlagen, das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz nicht bei Aufgaben anzuwenden, die aufgrund der Wirksamkeit zentral geregelt, aber regional oder lokal bereitgestellt und genutzt werden, wie dies für weite Bereiche des Natur- und Heimatschutzes der Fall ist.<sup>49</sup> Diese Ansicht wird hier geteilt, weil das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz als Verfassungsgrundsatz in begründeten Fällen wie dem Naturschutz auch Ausnahmen vom Grundsatz zulassen können muss.

Hingegen spricht im Bereich des regionalen Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes m.E. angesichts des lokalen und regionalen «Nutzens» dieser Schutzgüter nichts gegen eine zumindest partielle Anwendung des Prinzips der fiskalischen Äquivalenz. Im Unterschied zum Naturschutz hängt der Hauptnutzen weniger stark vom lokalen und regionalen Denkmalschutz ab, der zwar wichtig und identitätsstiftend für eine Gemeinde oder Region ist. Der Hauptnutzen für die Gesamtbevölkerung besteht jedoch mehrheitlich darin, dass der Bund Ortsbilder und Denkmäler von nationaler Bedeutung selbstständig unter Schutz stellen kann. Dem entspricht im Grunde die stärkere finanzielle Bindung des Bundes im Bereich des Naturschutzes: Das NHG sieht für den Biotopschutz Ansprüche der Grundeigentümer auf Abgeltungen durch den Bund vor (vgl. Art. 18c Abs. 2, Art. 18d NHG), für den Denkmalschutz hingegen kommen bloss ermessens- und budgetabhängige Finanzhilfen (Art. 13 NHG) zur Anwendung.

## V. Schlussbemerkungen

Der Bund unterstützt und koordiniert, wo dies erforderlich ist, den Natur- und Heimatschutz und stellt sicher, dass der Verfassungsauftrag erfüllt wird. Das Subsidiaritätsprinzip ermöglicht eine differenzierte Herangehensweise, welche die kulturelle Vielfalt der schweizerischen Kantone und Regionen berücksichtigt und schützt. Das Subsidiaritätsprinzip als staatspolitische Maxime spielte wie aufgezeigt (oben II.B.) bereits bei der Entstehung des Verfassungsartikels zum Natur- und Heimatschutz eine

<sup>44</sup> Vgl. Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 7. September 2005, BBl 2005 6029 ff., 6114.

<sup>45</sup> Vgl. Botschaft NFA I (Fn. 4), BBl 2002 2358 f.

<sup>46</sup> Vgl. statt vieler SGK BV-MÜLLER, Art. 43a N 4 ff. Vereinfacht lässt sich der Grundsatz auf den Punkt bringen: «wer zahlt, befiehlt – wer befiehlt, zahlt».

<sup>47</sup> Vgl. JÜRIG MARCEL TIEFENTHAL, Das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz nach Art. 43a Abs. 2–3 BV. Verfassungsrechtliches Gebot mit Potenzial oder Fremdkörper in der Verfassung?, ZSR 2021 I, 583 ff., 592.

<sup>48</sup> Für das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz ist allerdings unklar, ob unter «Gemeinwesen» (Art. 43 Abs. 2 und Abs. 3 BV) neben dem Bund und den Kantonen auch die Gemeinden zu verstehen sind (vgl. BSK BV-BIAGGINI, Art. 43a N 15).

<sup>49</sup> Vgl. TIEFENTHAL (Fn. 47), 593.

bedeutende Rolle. Das Subsidiaritätsprinzip *sensu stricto* stärkt die föderalistische Struktur des schweizerischen Bundesstaates, indem es den Vollzug des NHG sowie die Ausrichtung der Bundesbeiträge den Kantonen überantwortet (oben III.A. und IV.A.).

Bei Anordnung von Natur- und Heimatschutzmassnahmen nach NHG gilt das Prinzip der Subsidiarität *sensu lato*, welches im Gegensatz zum Subsidiaritätsprinzip *sensu stricto* regelmässig das Verhältnis zwischen Staat und Privaten betrifft (oben III.B.). Es besagt, dass die Befugnisse der betroffenen Eigentümerinnen und Eigentümer über das zu schützende Objekt nur soweit als erforderlich eingeschränkt werden dürfen. In Form einer «Kaskade» der unterschiedlichen Schutzmassnahmen kommen zunächst weniger einschneidende Massnahmen wie insbesondere eine vertragliche Schutzvereinbarung oder Inventarisierung in Betracht und erst wenn solche Vorkehrungen nicht ausreichen, kommen weitergehende

Massnahmen zur zusätzlichen Sicherstellung, wie beispielsweise vorsorgliche Massnahmen oder eine formelle Enteignung, infrage. Das Prinzip der Subsidiarität *sensu lato* ist damit mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz verwandt (oben III.B.). Es dient letztlich dem Schutz der betroffenen Personen vor einem ausufernden zentralistischen Staatsinterventionismus, was auch einer angemessenen dezentralen Selbstbeschränkung des Staates förderlich erscheint.

Anzeige

Christoph Born | Andreas Blattmann | Simon Canonica

# Medienrecht der Schweiz

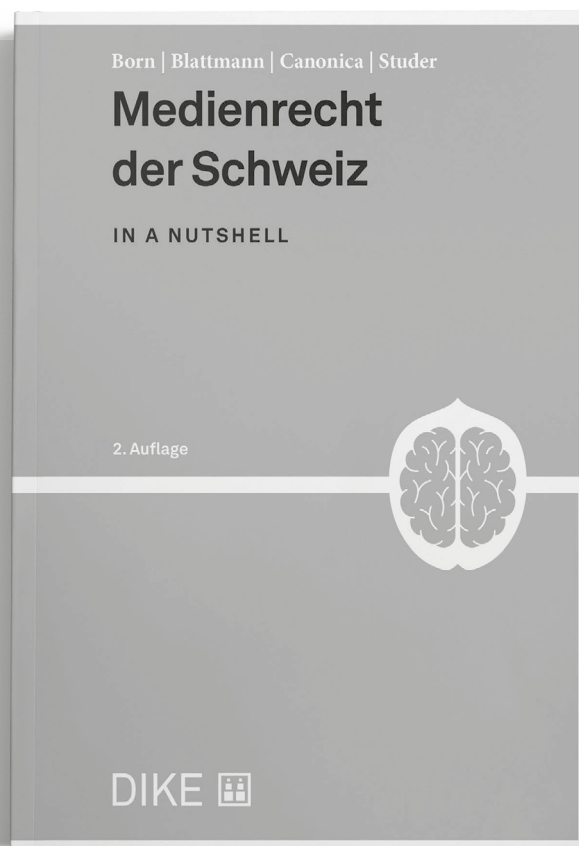
**in a nutshell**

Medienrecht ist ein Querschnittsgebiet. Seine Normen sind über die ganze schweizerische Rechtsordnung verstreut. «Medienrecht in der Schweiz» bietet einen kompakten Überblick – angereichert mit zahlreichen Hinweisen auf die Gerichtspraxis und Fallbeispielen.

2023, 244 Seiten, broschiert  
ISBN 97978-3-03891-478-5  
CHF 42.–



[www.dike.ch/4785](http://www.dike.ch/4785)



**DIKE**