

INHALT

4 EDITORIAL

5 THEMA

Die Teilrevision des kantonalen
Richtplans in den Bereichen Gewässer,
Gefahren, Ver- und Entsorgung
von Barbara Schultz

INFORMATIONEN

16 Aus dem Bundesgericht
von Dr. Beat Dold

21 Aus dem Bundesgericht
von Adrian Mattle

26 Aus dem Kanton
von Mathias Rosskopf

35 DER ENTSCHEID

(Massen-) Entlassungen
aus dem Denkmalinventar
von Dr. Dominik Bachmann

49 ZUSCHRIFTEN

50 NEUERSCHEINUNGEN

GG
BB
PP
aktuell

ZÜRCHER ZEITSCHRIFT FÜR
ÖFFENTLICHES BAURECHT
1/2010

Sehr geehrte Damen und Herren



Am 24. November 2009 hat der Zürcher Kantonsrat die Teilrevision des kantonalen Richtplans in den Bereichen Gewässer, Gefahren, Ver- und Entsorgung festgesetzt. Die Vorlage sorgte bereits im Vorfeld für viel Diskussionsstoff, sind doch fast 16'000 Einwendungen im öffentlichen Auflageverfahren eingereicht worden. Frau Barbara Scholtz stellt uns die wichtigsten Neuerungen vor. Sie ist stellvertretende Abteilungsleiterin der Zürcher Kantonalplanung, ARV, und war auch an der Erarbeitung der Vorlage massgebend beteiligt.

Für Gesprächsstoff gesorgt haben auch die neuesten Entscheide von Baurekurskommission und Verwaltungsgesicht zur sogenannten Masseninventarentlassung in den Gemeinden Hittnau und Gossau. Dabei wurden die beiden Gemeinden für ihr Vorgehen kritisiert und die Massenentlassungen wieder aufgehoben. Dr. Dominik Bachmann setzt sich mit diesen jüngsten Entscheiden kritisch auseinander. Insbesondere zeigt er auf, dass die Inventare so ihrem ursprünglichen Zweck – nämlich ein Arbeitsinstrument der Behörden zu sein – beraubt würden.

Mit dieser Ausgabe verabschiede ich Frau Dr. Schoder, die ab 2008 bis Ende 2009 verdankenwerterweise über die neuesten bundesgerichtlichen Entscheide berichtet hat. Frau Dr. Schoder wurde neu als Richterin am Bundesverwaltungsgericht gewählt. Herzliche Gratulation zu diesem ehrenvollen Amt! Neu wird das Redaktionsteam unterstützt durch Herrn Dr. Adrian Mattle. Der promovierte Jurist ist ebenfalls Gerichtsschreiber an der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts und wirkte früher bereits als redaktioneller Mitarbeiter beim Schweizerischen Zentralblatt mit. Ich freue mich auf die neue Zusammenarbeit.

Ihre
Carmen Walker Späh

(Massen-) Entlassungen aus dem Denkmalinventar

Im Bestreben, ihre kommunalen Inventare der schützenswerten Denkmalobjekte zu bereinigen, haben die Gemeinden Gossau und Hittnau mit je einem einzigen Beschluss gleich mehrere Objekte aus dem Inventar entlassen, nämlich 35 in Gossau und 51 in Hittnau. Die Beschlüsse sind amtlich publiziert und in der Folge vom Zürcher Heimatschutz angefochten worden. Die Baurekurskommission hat die Entlassung von 5 Objekten in Gossau¹ und von 37 Objekten in Hittnau² aufgehoben.⁵

I. Die Baurekursentscheide «Gossau» und «Hittnau»

Die Baurekurskommission hat die Entlassungen als unzulässig erklärt, weil eine seriöse Schutzabklärung über alle diese Objekte nicht erfolgt sei, ja gar nicht möglich gewesen wäre, weil mit solchen Massentlassungen das Verbandsbeschwerderecht unterlaufen würde und weil eine Inventarentlassung ohne Veranlassung von Seiten der Grundeigentümerschaften unverhältnismässig sei.

Die Erwägungen der Baurekurskommission stützen sich auf die Rechtsprechung, die sich zu den einschlägigen Normen und zum rechtmässigen Umgang mit dem Instrument «Inventar» über lange Jahre, insbesondere auch nach der Einführung des Verbandsbeschwerderechts⁴ entwickelt hat. In diesem letzteren Zusammenhang weist die Rekurskommission darauf hin, dass die Inventare ursprünglich reine Arbeitsinstrumente der Gemeinden gewesen seien, mit der Einführung des Verbandsbeschwerderechtes aber einen Wandel erfahren hätten, indem zur Wahrung des Verbandsbeschwerderechtes eine Entlassung aus dem Inventar nicht mehr formlos möglich, sondern in einen zu publizierenden anfechtbaren Verwaltungsakt zu fassen sei.⁵ Darauf ist zurückzukommen. In den hier besprochenen zwei Fällen war dies jedenfalls von entscheidender Bedeutung, weil die Objekte mit der Begründung aus dem Inventar entlassen werden sollten, sie seien nicht schutzwürdig.

«Die Rekurskommission weist in ihrem Entscheid darauf hin, dass die Inventare ursprünglich reine Arbeitsinstrumente der Gemeinden gewesen seien, mit der Einführung des Verbandsbeschwerderechtes aber einen Wandel erfahren hätten.»

Die beiden Rekursurteile sind deshalb und in ihrem Ergebnis, soweit sie sich auf die beurteilten Konstellationen beziehen, richtig. Indes vermag die Erwägung nicht zu überzeugen, eine Inventarentlassung ohne Veranlassung durch die Eigentümerschaft sei unverhältnismässig und deshalb grundsätzlich unzulässig.

«Die Unverhältnismässigkeit erkennt die Baurekurskommission in der Gefahr, dass ein Verbandsrekurs gegen die Entlassung erfolgreich ausgehen könnte.»

«Dass die Gefährdung des Objektes unabdingbare Voraussetzung einer formellen Unterschutzstellung sei, ist eine zu strikte Prämisse.»

«Eine Schutzabklärung kann unter Umständen auch von Nachbarn verlangt werden.»

Die Unverhältnismässigkeit erkennt die Baurekurskommission in der Gefahr, dass ein Verbandsrekurs gegen die Entlassung erfolgreich ausgehen könnte: Dann müsste das entsprechende Objekt unter Schutz gestellt werden⁶, könnte sich die Eigentümerschaft also mit einer Unterschutzstellung konfrontiert sehen, die nicht notwendig gewesen wäre, weil das Objekt wegen fehlender Veränderungsabsichten gar nicht gefährdet gewesen sei.

Dass die Gefährdung des Objektes unabdingbare Voraussetzung einer formellen Unterschutzstellung sei, ist eine zu strikte Prämisse. Eine «nicht notwendige» Unterschutzstellung ist dem gesetzlichen Mechanismus von Inventarisierung und Unterschutzstellung auch nicht fremd. Eine Schutzabklärung kann beispielsweise durch eine Erbteilung ausgelöst werden: Auch in einem solchen Fall ist das Objekt nicht an sich gefährdet, sondern geht es lediglich um die Feststellung des Werts eines Nachlassbestandteils.

Ebensowenig erfolgt eine Unterschutzstellung immer nach dem von der Baurekurskommission angesprochenen Zweckmässigkeitsprinzip in dem Sinn, dass sich der Schutzzumfang anhand eines konkreten Umbauprojektes bestimmt: Eine Schutzabklärung kann nicht nur im Erbteilungsfall, sondern unter Umständen auch von Nachbarn verlangt werden⁷; auch in solchen Fällen muss der Schutzzumfang abstrakt festgelegt werden, was die betroffene Eigentümerschaft ebenfalls zu dulden hat. Die Verhältnismässigkeit einer Denkmalschutzmassnahme entscheidet sich demnach nicht an der Frage einer aktuellen Gefährdung und der möglichst objektnahen Konkretisierung des Schutzzumfangs, sondern an der Relation der Schutzanordnung zum Objekt an sich.

II. Auswirkungen auf die Behördenpraxis

Die Rüge der Unverhältnismässigkeit überzeugt aber insbesondere insofern nicht, als damit eine von der Behörde selbst ausgehende Entlassung aus dem Inventar generell als unzulässig bezeichnet wird. Damit würde das rechtliche Instrument des Inventars seines ursprünglichen Zwecks beraubt, nämlich ein Arbeitsinstrument der Behörde zu sein. Allerdings geht die Baurekurskommission unter Berufung auf die Verwaltungsgerichtspraxis davon aus, dass das Inventar mit der Einführung des Verbandsbeschwerderechts den Charakter als blosses Arbeitsinstrument teilweise verloren habe.

Dies ist zu hinterfragen, auch weil die mit den beiden Entscheidungen formulierte generelle Unzulässigkeit von behördlich begründeten Inventarentlassungen zu einer verstärkt zurückhaltenden Aufnahme von neuen potentiellen Schutzobjekten ins Inventar (oder gar zu einem Aufnahmestopp?) führen kann. Die Freiheit, aufgrund blosser Vermutungen Objekte in das Inventar aufzunehmen, kommt dem Denkmalschutz zugute. Sie wird aber in Zukunft wohl nur dann genutzt werden, wenn Korrekturmöglichkeiten erhalten bleiben. Auch ist das Motiv, die Inventare aussagekräftig zu gestalten, jedenfalls beachtenswert, und es liegt im öffentlichen und im privaten Interesse.

Die Baurekurskommission setzt als bekannt voraus, dass zahlreiche Gemeinden ihre Inventare eher breit angelegt haben. Sie verweist deshalb auf die Möglichkeit, die Inventare lediglich intern zu bereinigen: Schutzabklärungen könnten durchgeführt und die als nicht schutzwürdig erkannten Objekte in der Inventarliste gestrichen werden, ohne dass sie förmlich und mit amtlicher Publikation aus dem Inventar entlassen würden. Damit wäre, so die Baurekurskommission, alles Erforderliche vorgekehrt, um im Bedarfsfall ohne Zeitverlust rasch förmliche Denkmalentscheide zu treffen. Diese Lösung vermag jedoch nicht zu befriedigen, und zwar nicht nur, weil sie dem Prinzip der Öffentlichkeit der Inventare⁸ sowie generell dem ver-

«Die Freiheit, aufgrund blosser Vermutungen Objekte in das Inventar aufzunehmen, kommt dem Denkmalschutz zugute. Sie wird aber in Zukunft wohl nur dann genutzt werden, wenn Korrekturmöglichkeiten erhalten bleiben.»

«Die Baurekurskommission setzt als bekannt voraus, dass zahlreiche Gemeinden ihre Inventare eher breit angelegt haben.»

fassungsmässigen Öffentlichkeitsprinzip⁹ zuwiderlaufen dürfte.

III. Das Instrument des Denkmalinventars im Allgemeinen

«Die Inventare der kunst- und kulturhistorischen Schutzobjekte sind in erster Linie als Arbeitsinstrumente der Gemeinden und des Kantons geschaffen worden.»

«Zur Aufnahme eines Objektes genügt die Möglichkeit, dass es sich bei genauer Untersuchung als Denkmal erweisen könnte.»

Die Inventare der kunst- und kulturhistorischen Schutzobjekte sind in erster Linie als Arbeitsinstrumente der Gemeinden und des Kantons geschaffen worden.¹⁰ Dieser Zweckbestimmung entspricht es, dass die Aufnahme eines Objektes einerseits keine unmittelbare Rechtswirkung zulasten der Eigentümerschaft, aber auch nicht zugunsten des möglichen Schutzobjektes auslöst. Die Inventare stellen immerhin zwar, aber doch nur Vermutungslisten dar.¹¹ Zur Aufnahme eines Objektes genügt die Möglichkeit, dass es sich bei genauer Untersuchung als Denkmal erweisen könnte. Anders als in anderen Kantonen ist hingegen die Aufnahme keine Schutzmassnahme, und zwar auch keine provisorische: Bei akuter Gefährdung muss ein vorsorglicher Schutz eigens angeordnet werden.¹² Deshalb stellt die Aufnahme eines Objektes in das Inventar auch keinen anfechtbaren Verwaltungsakt dar.¹³ Ebenso wenig muss die Inventaraufnahme bekannt gegeben werden, weder der Eigentümerschaft noch gar durch Publikation der Öffentlichkeit. Den Verbänden und Privaten bleibt es verwehrt, die Aufnahme bestimmter Objekte in ein Denkmalschutzinventar zu verlangen.¹⁴

Zwar sind die Inventare öffentlich, sie können also von allen eingesehen werden¹⁵. Eigentümerverbindliche Wirkung entfalten die Inventare aber erst dann, wenn die erfolgte Aufnahme eines Objektes förmlich (schriftlich) angezeigt wird («Eröffnung des Inventars»),¹⁶ regelmässig verbunden mit einem Hinweis auf das damit wirksam werdende gesetzliche Veränderungsverbot.¹⁷ Ausgelöst wird eine solche Anzeige in der Regel durch ein Begehren der Eigentümerschaft um Schutzabklärung¹⁸ oder durch ein Baugesuch.¹⁹ Notfalls, also bei anderweitiger akuter Gefährdung des Objektes, beispielsweise als Folge mangelhaften Unterhalts, kann die Behörde das Inventar auch von sich aus eröffnen und die erforderlichen (Not-) Massnahmen anordnen.

Selbst wenn die Inventare einen gewissen Mindestinhalt aufweisen müssen²⁰ und einige Gemeinden über sehr detaillierte Inventare verfügen, geben sie dem Grundsatz nach für noch nicht unter Schutz gestellte Objekte lediglich Anhaltspunkte dafür, weshalb und in welchem Umfang diese Objekte schutzwürdig sein könnten. Die Inventare ersetzen keine (notwendigerweise wissenschaftlich fundierten²¹) Schutzabklärungen. Die Wirkung des Inventars besteht demnach darin, die Behörde und die nachfragenden Eigentümer oder Drittpersonen darauf aufmerksam zu machen, dass die aufgenommenen Objekte im Falle von Veränderungen einer erhöhten Aufmerksamkeit bedürfen. Auf einen solchen Fall bezogen zielt die Inventaraufnahme verfahrensmässig auf einen positiven oder einen negativen Feststellungsentscheid über die Schutzwürdigkeit eines Objektes durch die dafür zuständige Behörde (die Gemeindeexekutive oder die Baudirektion²²). Zeigt sich das Objekt nach einer Schutzabklärung als Denkmal, ist es bei gegebener Verhältnismässigkeit unter Schutz zu stellen; es verbleibt dann auch im Inventar.²³ Erweist sich das Objekt als nicht schutzwürdig, wird es vollständig²⁴ aus dem Inventar «entlassen». Die Entlassung selbst ist dann also die formelle Folge aus dem (negativen) materiellen Entscheid über die Schutzwürdigkeit.

IV. Die Entlassung von Objekten aus dem Denkmalinventar, insbesondere ohne Entscheid über deren Schutzwürdigkeit

Wie gesehen, hat die Aufnahme eines Objektes in das Denkmalinventar keine unmittelbar eigentümerverbindliche Wirkung; dennoch bleibt sie nicht ohne mittelbare Folgen, die sich auch eigentumsbeschränkend auswirken können: Auch ohne Schutzabklärung und selbst ohne formelle Inventareröffnung gelten bei inventarisierten Objekten die erhöhten Gestaltungsanforderungen nach § 238 Abs. 2 PBG, und zwar nicht nur für die inventarisierten Objekte selbst, sondern auch für Gebäude, die solchen Objekten benachbart sind. Belastet sein können also auch die Nachbargrundstücke; den Nachbarn wird deshalb das Recht zugestanden, eine Schutzabklärung zu beantragen²⁵. Auch

«Selbst wenn die Inventare einen gewissen Mindestinhalt aufweisen müssen und einige Gemeinden über sehr detaillierte Inventare verfügen, geben sie dem Grundsatz nach für noch nicht unter Schutz gestellte Objekte lediglich Anhaltspunkte dafür, weshalb und in welchem Umfang diese Objekte schutzwürdig sein könnten.»

«Auch ohne Schutzabklärung und selbst ohne formelle Inventareröffnung gelten bei inventarisierten Objekten die erhöhten Gestaltungsanforderungen nach § 238 Abs. 2 PBG, und zwar nicht nur für die inventarisierten Objekte selbst, sondern auch für Gebäude, die solchen Objekten benachbart sind.»

können Nachbarn eine Baubewilligung im Zusammenhang mit einem inventarisierten Gebäude mit der Begründung anfechten, der Altbau sei schutzwürdig,²⁶ und unter Umständen können sie auch eine Inventarentlassung anfechten.²⁷ Auch aus diesen Gründen kann hinter dem Anliegen einer Bereinigung eines Schutzzinventars – neben dem Motiv der Wahrung von dessen Aussagekraft – ein zu beachtendes Interesse erkannt werden.

«Die Gemeinden sind verpflichtet, über ihre möglichen Denkmalobjekte ein Inventar zu erstellen und periodisch nachzuführen; sie unterstehen darin der Aufsicht des Kantons.»

Die Baurekurskommission weist in den beiden besprochenen Entscheiden darauf hin, dass die Inventarentlassungen formlos erfolgen konnten, bis das Verbandsbeschwerderecht eingeführt worden war. Das ist in dieser Formulierung nicht richtig: Die Gemeinden sind verpflichtet, über ihre möglichen Denkmalobjekte ein Inventar zu erstellen und periodisch nachzuführen;²⁸ sie unterstehen darin der Aufsicht des Kantons. Das Erstellen und Führen der Inventare muss deshalb auch über einen förmlichen Beschluss der Gemeinde-Exekutive erfolgen; das trifft seit jeher auch auf die Entlassung von Objekten zu.²⁹ Indessen hat die Einführung des Verbandsbeschwerderechtes über die Verwaltungsgerichtspraxis dazu geführt, dass Inventarentlassungen zur Wahrung der Rechtsmittelansprüche publiziert werden müssen. Der Grund dafür liegt aber nicht in einer Änderung der rechtlichen Qualität der Denkmalinventare, sondern darin, dass andernfalls wegen fehlender formeller Öffentlichkeit die Anfechtbarkeit von materiellen Schutzentscheiden nicht gewährleistet wäre.

Die Publikationspflicht dient deshalb nicht dazu, die Anfechtung einer Inventarentlassung, sondern dazu, die Anfechtung eines negativen oder ungenügenden Schutzentscheides zu ermöglichen. Es geht bei der Anfechtungsmöglichkeit immer um die materielle Frage der Schutzwürdigkeit. Folgerichtig hat deshalb das Bundesgericht auch kantonale Entscheide aufgehoben, nach denen die Verbände von einer Anfechtung einer Inventarentlassung ausgeschlossen bleiben sollten, die auf den von der Behörde unbenützten Ablauf der einjährigen (bzw. auf zwei Jahre er-

streckten) Frist zum Abschluss einer Schutzabklärung zurückzuführen war⁵⁰.

Weil der materielle Entscheid und nicht die formelle Entlassung aus dem Inventar Anfechtungsobjekt ist, ist aber die Publikation auch nur in den Fällen erforderlich, in denen die Rechtsmittellegitimierten über den materiellen Entscheid nicht anderweitig orientiert würden. Die Publikationspflicht entfällt deshalb immer dann, wenn die Schutzabklärung im Rahmen eines publizierten Baubewilligungsverfahrens erfolgt und die Rechtsmittellegitimierten innert Frist den Bauentscheid verlangen konnten;⁵¹ die Öffentlichkeit ist in solchen Fällen in der Weise zu gewährleisten, dass bereits in der Publikation des Baugesuches auf die Inventarisierung des Objektes hingewiesen wird.⁵² Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass die Schutzabklärung und die Inventarentlassung separat und vorgängig erfolgen⁵³; diesfalls ist die Inventarentlassung zu publizieren⁵⁴, auch wenn sie im Hinblick auf ein danach zu beurteilendes Baugesuch beschlossen worden ist.

Weil der materielle Entscheid und nicht die formelle Entlassung aus dem Inventar Anfechtungsobjekt ist, ist nun weiter eine Entlassung auch dann nicht zu publizieren, wenn diese gar nicht auf einem materiellen Entscheid über die Schutzwürdigkeit beruht. Diese hier vertretene Auffassung deckt sich allerdings, darauf ist hinzuweisen, nicht mit der Gerichtspraxis: Das Verwaltungsgericht sieht einerseits zwar in der Aufnahme eines Schutzobjektes in ein Inventar eine blosser Verwaltungsanordnung ohne Verfügungscharakter (weshalb sie nicht anfechtbar ist),⁵⁵ andererseits aber in einer Entlassung aus dem Inventar immer das Resultat einer Auseinandersetzung mit der Denkmalvermutung, und zwar immer in dem Sinne, dass eine Entlassung aus dem Inventar zwingend mit einem negativen Schutzentscheid, einer definitiven Nicht-Unterschutzstellung gleichzusetzen ist.⁵⁶ Darauf beruhen auch die über die Fälle «Gossau» und «Hittnau» hinaus weisenden Erwägungen der Baurekurskommission. Nach Sinn und Zweck der Inventare muss jedoch im Rahmen von Inventarbereinigungen, wie sie nach

«Weil der materielle Entscheid und nicht die formelle Entlassung aus dem Inventar Anfechtungsobjekt ist, ist aber die Publikation auch nur in den Fällen erforderlich, in denen die Rechtsmittellegitimierten über den materiellen Entscheid nicht anderweitig orientiert würden.»

«Nach Sinn und Zweck der Inventare muss im Rahmen von Inventarbereinigungen, wie sie nach Gesetz vorgesehen sind und die nicht nur Neuaufnahmen, sondern auch Entlassungen umfassen können, eine Entlassung auch in dem Sinn möglich sein, dass ein Objekt im gleichen Verfahren, nach dem es Aufnahme in das Inventar gefunden hat, aus dem Inventar auch wieder entlassen wird.»

«Auf die Aufnahme eines nicht gefährdeten potentiellen Schutzobjektes in das Inventar hat ausser der Behörde niemand einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch.»

Gesetz vorgesehen sind und die nicht nur Neuaufnahmen, sondern auch Entlassungen umfassen können,⁵⁷ eine Entlassung auch in dem Sinn möglich sein, dass ein Objekt im gleichen Verfahren, nach dem es Aufnahme in das Inventar gefunden hat, aus dem Inventar auch wieder entlassen wird.⁵⁸ Wie für die Aufnahme die zwar begründete, aber nicht gesicherte Möglichkeit (die Vermutung) der Denkmalqualität ausreicht, kann eine neue Beurteilung dieser Möglichkeit, nicht der materiellen Schutzwürdigkeit, zur Entlassung führen. Eine solche Entlassung aus dem Inventar ohne Schutzentscheid ist nach der hier vertretenen Auffassung förmlich zu beschliessen, der Beschluss ist aber – systemkonform – nicht anfechtbar und deshalb auch nicht zu publizieren. Er ist jedoch Teil des Inventars und nimmt demnach auch dauerhaft an der Öffentlichkeit des Inventars teil.

Weil diesfalls über die Denkmalqualität nicht entschieden wird, dem betreffenden Objekt insbesondere nicht definitiv die Schutzwürdigkeit abgesprochen wird, sind Dritte und Verbände nicht anders gestellt, als wenn das Objekt gar nie in das Inventar aufgenommen worden wäre.

Auf die Aufnahme eines nicht gefährdeten potentiellen Schutzobjektes in das Inventar hat ausser der Behörde niemand einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch⁵⁹. Die Aufnahme der potentiellen (und der definitiven) Denkmalobjekte in die Inventare ist Pflicht der Gemeinden. Wenn diese Aufnahme nicht der gerichtlichen Kontrolle (aber der Verwaltungsaufsicht) untersteht, ist es systemkonform, auch eine Entlassung ohne Schutzentscheid unter die Aufgaben der Behörde einzureihen, die sie pflichtgemäss und richtig zu erfüllen hat. Die nicht plausibel begründete Entlassung von möglichen Schutzobjekten ist deshalb wie die unterlassene Aufnahme nicht mit Rekurs, aber allenfalls mit Aufsichtsbeschwerde anfechtbar.

Die Gerichtspraxis räumt den Verbänden eine Anfechtungslegitimation ein, wenn ein inventarisiertes Objekt als nicht schutzwürdig beurteilt (und in der Folge aus dem In-

ventar entlassen) wird. Eine Schutzabklärung, die in einen materiellen Entscheid über die Denkmalqualität mündet, ist aber von Gesetzes wegen auch möglich und erforderlich, wenn sich ein nicht inventarisiertes Objekt als mögliches Denkmal herausstellt. Wird ein nicht aufgenommenes Schutzobjekt akut gefährdet, muss deshalb auch die gerichtliche Anfechtung desjenigen Verwaltungsaktes offen stehen, der die Zerstörung eines solchen nicht inventarisierten Denkmalobjektes zur Folge hätte.⁴⁰ Indessen hat das Verwaltungsgericht den Verbänden schon in frühen Entscheiden die Anfechtungslegitimation im Zusammenhang mit nicht inventarisierten Objekten verwehrt, weil andernfalls mit der lediglich behaupteten Begründung, es sei ein nicht inventarisiertes Objekt doch schutzwürdig, sozusagen gegen jedes Bauvorhaben hätte rekurriert werden können. An dieser Praxis hält das Gericht grundsätzlich fest,⁴¹ lässt aber zwischenzeitlich ein Rechtsmittel in Ausnahmefällen doch zu, wenn nämlich die zu Unrecht oder offenkundig fehlerhaft nicht erfolgte Inventarisierung eines Objektes glaubhaft gemacht wird⁴² oder wenn der kommunale Entscheid im Rahmen eines Provokationsverfahrens ergangen ist.⁴³

Wird in einem Bauentscheid der Abbruch eines nicht inventarisierten Objektes bewilligt, ergeht ein solcher Beschluss nicht gestützt auf den III. Titel («Natur- und Heimatschutz») des Planungs- und Baugesetzes, der allein den Rahmen der Beschwerdeberechtigung von Verbänden nach § 338a Abs. 2 PBG absteckt. Nach allgemein geltendem prozessrechtlichem Grundsatz schliesst indessen die Anfechtbarkeit einer fehlerhaften Anwendung eines Rechtssatzes immer auch die Anfechtbarkeit der Nichtanwendung eines Rechtssatzes mit ein.⁴⁴ Die im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens nicht ausgesprochene Unterschutzstellung eines Schutzobjektes kann eine solche fehlerhafte Nichtanwendung der Bestimmungen nach dem III. Titel des Planungs- und Baugesetzes darstellen; sie ist demnach anfechtbar. Die offenere Sichtweise auf die Anfechtbarkeit im Falle von nicht inventarisierten Objekten rechtfertigt sich auch deshalb, weil eine (noch) fehlende Inventarisierung

«Das Verwaltungsgericht hat den Verbänden schon in frühen Entscheiden die Anfechtungslegitimation im Zusammenhang mit nicht inventarisierten Objekten verwehrt, weil andernfalls mit der lediglich behaupteten Begründung, es sei ein nicht inventarisiertes Objekt doch schutzwürdig, sozusagen gegen jedes Bauvorhaben hätte rekurriert werden können.»

«Die offenere Sichtweise auf die Anfechtbarkeit im Falle von nicht inventarisierten Objekten rechtfertigt sich auch deshalb, weil eine (noch) fehlende Inventarisierung ihre Ursache nicht nur in offenkundigen Fehlern im Verwaltungshandeln, sondern auch im Wandel in der Beurteilung und der Begrifflichkeit des Natur- und Heimatschutzes haben kann.»

ihre Ursache nicht nur in offenkundigen Fehlern im Verwaltungshandeln, sondern auch im Wandel in der Beurteilung und der Begrifflichkeit des Natur- und Heimatschutzes haben kann.⁴⁵

Dem widerspricht zuweilen die Praxis zur Legitimation in Fragen der Schutzwürdigkeit von nicht inventarisierten Objekten;⁴⁶ wird die dargestellte Praxis restriktiv gehandhabt und bleiben deshalb die Verbände von einer Anfechtung entsprechender Schutzentscheide ausgeschlossen, läuft sie auf eine Vereitelung oder Vereitelungsmöglichkeit des Verbandsbeschwerderechts aus förmlichen Gründen hinaus. Nach dem Entscheid «Hinterbergstrasse»⁴⁷ ist aber jedenfalls nicht auszuschliessen, dass eine solche Praxis vor Bundesgericht keinen Bestand haben wird. Es ist willkürlich und mit allgemeinen Grundsätzen nicht vereinbar, einen materiell fehlerhaften Entscheid über die Denkmalqualität nur dann als anfechtbar zu erklären, wenn das betreffende Objekt im Inventar verzeichnet oder offensichtlich fehlerhaft (willkürlich) nicht darin verzeichnet ist, wenn andererseits die Inventaraufnahme selbst ausschliesslich auf dem Weg eines nicht anfechtbaren und nicht durchsetzbaren Verwaltungsaktes erfolgt.

V. Zusammenfassung

Zusammenfassend sind die Baurekurskommissionsentscheide zu «Gossau» und «Hittnau» richtig, weil die Gemeinden die Inventarentlassungen aufgrund eines negativen Schutzentscheides vorgenommen haben, demnach den zu entlassenden Objekten im materiellen Sinn die Schutzwürdigkeit (definitiv) abgesprochen worden war. Soweit die Entscheide über die konkreten Fälle hinaus eine generelle Unzulässigkeit von behördenseitig vorgenommenen Entlassungen (im Sinn einer förmlich, mit Beschluss erfolgten Löschung aus der Inventarliste) annehmen, sollte ihnen aber nicht gefolgt werden. Es ist empfehlenswert, die Systematik von «Inventar» und «Unterschutzstellung» in ihrem Mechanismus möglichst zu bewahren bzw. wiederzubeleben; dieser erlaubt einen transparenten und vorausseh-

baren Umgang mit den Schutzobjekten und dient damit der Rechtssicherheit:

- Die Denkmalinventare sind Arbeitsinstrumente für die Behörden und haben orientierenden Charakter für die Eigentümerschaft und Dritte. Das Erstellen, die Ergänzung und die Bereinigung der Inventare erfolgen nicht formlos, sondern mit Beschlüssen der Gemeinde-Exekutive bzw. Verfügungen der Baudirektion.⁴⁸ Diese sind aber nicht amtlich zu publizieren.
- Die Aufnahme eines Objektes in das Inventar ist nicht anfechtbar, kann aber auch nicht auf dem Prozessweg verlangt werden. Die Entlassung eines Objektes aus dem Inventar bedeutet für sich keinen materiellen Entscheid über die Schutzwürdigkeit. Geht ihr kein (positiver oder negativer) Schutzentscheid voraus, ist die Entlassung aus dem Inventar zulässig und möglich, aber nicht zu publizieren und auch nicht anfechtbar. Die materielle Richtigkeit und die Vollständigkeit der Inventare unterliegen nicht einer gerichtlichen, sondern der aufsichtsrechtlichen Kontrolle.
- Die materielle Denkmalqualität von inventarisierten, aber auch von nicht inventarisierten (möglichen) Schutzobjekten ist nach einer fundierten Schutzabklärung durch Entscheid der Gemeinde-Exekutive bzw. durch Verfügung der Baudirektion zu bestimmen. Schutzentscheide sind zur Wahrung der Rechtsmittelansprüche von Dritten in geeigneter Weise bekannt zu machen. Erfolgt dies im Fall eines Schutzentscheides über ein inventarisiertes Objekt durch Publikation der Inventarentlassung, ist nicht die Entlassung selbst, sondern der materielle Schutzentscheid das Anfechtungsobjekt. Trifft der Schutzentscheid ein nicht inventarisiertes Objekt, erfolgt die Publikation in anderer geeigneter Weise, beispielsweise durch Ausschreibung eines Bau- oder Abbruchgesuchs. Auch in diesem Fall ist der Schutzentscheid Anfechtungsobjekt.

«Die Denkmalinventare sind Arbeitsinstrumente für die Behörden und haben orientierenden Charakter für die Eigentümerschaft und Dritte.»

«Schutzentscheide sind zur Wahrung der Rechtsmittelansprüche von Dritten in geeigneter Weise bekannt zu machen.»

«Für die Praxis erscheint es hilfreich, das formelle Inventarrecht und das materielle Denkmalrecht auseinanderzuhalten.»

- Für die Praxis erscheint es hilfreich, das formelle Inventarrecht und das materielle Denkmalrecht auseinanderzuhalten. In Streitfällen um Nicht-Unterschutzstellungen steht regelmässig das materielle Denkmalrecht in Frage. Die hier skizzierte Lösung erscheint mir sachgerecht und systemkonform, jedoch nur dann, wenn die Anfechtbarkeit von materiellen Schutzentscheiden – ebenfalls systemkonform – nicht davon abhängig gemacht wird, ob ein Objekt im Inventar verzeichnet sei oder nicht. Jedenfalls ist den Denkmälern mit der richtigerweise auch hinsichtlich der nicht inventarisierten Objekte zuzugestehenden Rechtsmittellegitimation wohl der bessere Dienst erwiesen als mit der zwingenden, aber auf inventarisierte Objekte beschränkten prozessualen Gleichsetzung von Inventarentlassung und Schutzverzicht.

**Dr. Dominik
Bachmann,
Rechtsanwalt,
Zürich**

- 1 BRKE III Nrn. 171-175/2009. Die BRK hat den Gemeinderatsbeschluss nur bezüglich 5 Objekten aufgehoben, weil der Heimatschutz den Beschluss auch nur hinsichtlich dieser 5 Objekte angefochten hatte.
- 2 BRKE III Nrn. 216-253/2009 (auf www.brk.zh.ch unter den «aktuellen Urteilen» – nicht dauerhaft – greifbar). Über die Entlassung von mindestens einer beträchtlichen Anzahl der 51 Objekte musste anders entschieden werden, weil diese ungeachtet des Inventareintrages ohne Schutzabklärung bereits abgebrochen worden waren. Details sind mir nicht bekannt.
- 3 Die BRKE sind bei Redaktionsschluss noch nicht rechtskräftig; beide Gemeinden sind an das Verwaltungsgericht gelangt.
- 4 § 338a Abs. 2 PBG.
- 5 RB 1990 Nr. 13.
- 6 Zutreffend weist die BRK darauf hin, dass eine Schutzabklärung immer darauf hinauslaufe, entweder die Denkmalqualität eines Objektes zu verneinen (dann ist es aus dem Inventar zu entlassen) oder zu bejahen; in diesem letzten Fall ist das Denkmal formell unter Schutz zu stellen (und nicht lediglich im Inventar zu belassen).
- 7 Vgl. etwa BRKE I Nr. 200/2009 in BEZ 2006 Nr. 60.
- 8 § 203 Abs. 2 PBG.
- 9 Art. 17 Verfassung Kanton Zürich (KV).
- 10 Robert Imholz, Die Denkmalschutzbestimmungen des zürcherischen Planungs- und Baugesetzes, in: DISP Nr. 67/1982, S. 34 ff., S. 38; Robert Imholz, Der Heimatschutz nach Zürcher Planungs- und Baugesetz, in: PBG aktuell, 4/1995, S. 5 ff, S. 9.
- 11 Vgl. RB 1990 Nr. 13.
- 12 Vgl. Imholz, DISP, S. 39, und PBG aktuell, a.a.O., S.9.
- 13 RB 1992 Nr. 8.
- 14 VB.2006.024 in BEZ 2006 Nr. 29. Indessen können Grundeigentümer eine Unterschutzstellung eines nicht inventarisierten Objektes vorschlagen und mit Vertrag erreichen; in der Folge ist das Objekt in das Inventar aufzunehmen.
- 15 § 203 Abs. 2 PBG.
- 16 VB.2002.172 Erw. 1c)aa).
- 17 § 209 Abs. 2 PBG.
- 18 § 213 Abs. 2 PBG. Unter besonderen Umständen kann auch eine Nachbarschaft einen Entscheid über die Denkmalqualität und damit eine Schutzabklärung verlangen, vgl. den bereits zitierten Entscheid BRKE I Nr. 200/2009 in BEZ 2006 Nr. 60.
- 19 § 209 PBG.
- 20 § 6 NHV.
- 21 BGE 120 Ia 270, Badischer Bahnhof Basel, S. 275.
- 22 § 211 Abs. 1 und 2 PBG.
- 23 Das Inventar verzeichnet nicht nur die möglichen Schutzobjekte, sondern auch diejenigen Objekte, die als Denkmäler bestimmt sind oder für die bereits Schutzanordnungen getroffen sind. In die Inventare sind alle Schutzobjekte aufzunehmen; vgl. Imholz, PBG aktuell, a.a.O., S.9.
- 24 Es ist in diesem Fall unzulässig, das Objekt im Inventar zu belassen, auch nicht mit verminderter Wirkung, vgl. BEZ 2008 Nr. 10.
- 25 Bereits zitiert: BRKE I Nr. 200/2009 in BEZ 2006 Nr. 60.
- 26 VB.2002.157 Erw. 2; VB.2003.274 Erw. 2; VB.2008.404 Erw. 2.1.
- 27 VB.2006.067.
- 28 § 203 Abs. 2 PBG, § 8 NHV.

- 29 Ist beispielsweise eine Unterschutzstellung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben worden, wird dieser Entscheid mit einem Beschluss der Gemeinde-Exekutive über die Entlassung des Objektes aus dem Inventar zu vollziehen sein.
- 30 «Hinterbergstrasse Zürich»: Urteil des Bundesgerichtes 1C_68/2009 zum Urteil VB.2008.416 = BEZ 2009 Nr. 1.
- 31 Vgl. etwa VB 94/040 in BEZ 1993 Nr. 6.
- 32 BRKE IV Nrn. 167, 168/2007 in BEZ 2008 Nr. 10.
- 33 Vgl. VB.2005.580, Güterbahnhof Zürich.
- 34 Vgl. den Fall in VB.2003.386.
- 35 RB 1992 Nr. 8.
- 36 RB 1990 Nr. 13. Die Wiedergabe der Erwägungen bei Imholz, PBG aktuell, a.a.O., S. 10, ist deshalb insofern nicht ganz korrekt, als er schreibt, es könne im Falle einer Inventarentlassung auch auf Schutzmassnahmen verzichtet werden; nach dem Verwaltungsgericht ist der Verzicht auf Schutzmassnahmen zwingend, denn die Entlassung bedeutet nach dem zitierten Entscheid eine Nicht-Unterschutzstellung.
- 37 Vgl. Imholz, a.a.O., S. 10.
- 38 Anderer Meinung wie erwähnt das Verwaltungsgericht: «Die Aufnahme eines Schutzobjektes in ein Inventar ist im Gegensatz zur Inventaraufnahme eine bloße Verwaltungsanordnung ohne Verfügungscharakter» (RB 1992 Nr. 8). Die Gegensätzlichkeit wird nicht weiter begründet (publiziert ist nur die Regeste des Entscheides); sie überzeugt aber nicht. Hier wird die Meinung vertreten, dass das Inventar keine rechtsverbindliche positive Aussage über den Schutzwert eines Objektes macht. Die materielle Beurteilung erfolgt in einem Schutzentscheid; der Verbleib oder die Entlassung aus dem Inventar sind lediglich reflexweise erforderliche Verwaltungsanordnungen – auch im Falle der Entlassung.
- 39 Vorbehalten bleibt die Aufsichtsbeschwerde.
- 40 Das hat das Verwaltungsgericht für einen betroffenen Nachbarn ausdrücklich bejaht, VB.2008.404 Erw. 2.1.
- 41 VB.2008.404 Erw. 2.1. – Es ist zumindest fragwürdig, ob das Gericht mit dem Motiv der Steuerung eines befürchteten Missbrauchs die Rechtsmittellegitimation durch die Entwicklung einer Beschränkung in dem Sinn eingrenzen darf, dass diese nur in Bezug auf inventarisierte Objekte gegeben sein soll. Vgl. dazu sogleich unten bei Fussnote 44.
- 42 VB.2003.197 und VB.2004.488; in diesen Entscheiden wird auch die bisherige Praxis zusammengefasst.
- 43 VB.1999.101 Erw. 3; VB.2005.479 Erw. 2.
- 44 So ausdrücklich § 50 Abs. 2 lit. a VRG; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., N 6 zu § 20 VRG und N 2 zu § 50 VRG, und i.A. auch Benjamin Schindler, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, N 23 zu Art. 49 VwVG; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. A., Bern 1983, S. 292; Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., Bern 1994, S. 75. Das Verwaltungsgericht hat die mit seiner Praxis entstehende Lücke beispielsweise in VB 90/223 und VB 91/023 = BEZ 1991 Nr. 23 thematisiert, die Verbände dabei aber – m. E. zu Unrecht – auf den Weg der Aufsichtsbeschwerde verwiesen.
- 45 Vgl. Imholz, DISP, S. 40.
- 46 In seinen generellen Ausführungen m. E. deshalb unzutreffend VB.2004.488.
- 47 Urteil des Bundesgerichtes 1C_68/2009.
- 48 § 4 NHV.