



ZÜRCHER ZEITSCHRIFT FÜR
ÖFFENTLICHES BAURECHT
3/2017

Denkmalgutachten

Dr. Dominik Bachmann

Denkmalgutachten

Dr. Dominik Bachmann



I. Ausgewählte Fragen¹

In Denkmalverfahren spielen die Gutachten regelmässig eine wichtige und häufig eine umkämpfte Rolle. Dieser Beitrag spricht vier Themenbereiche zum Denkmalgutachten an, die je nach Rollenverteilung unter den Verfahrensbeteiligten in unterschiedlicher Art problematisch sind: Die Klärung der Schutzwürdigkeit erfordert Fachkenntnis über das Objekt. Dem Wunsch nach raschem und pragmatischem Entscheid steht das Bedürfnis nach möglichst profunder fachlicher Grundlage gegenüber. Besteht eine Pflicht zur Begutachtung (Kapitel II)? Wird ein Gutachten beigezogen und zum Bestandteil der Entscheidungsfindung, erhebt sich die Frage, ob und wem dazu rechtliches Gehör zu gewähren ist (Kapitel III), und nach Abschluss der Begutachtung weiter, inwiefern für Behörden und Gerichte eine Bindung an das Gutachten besteht (Kapitel IV). Nach diesen Verfahrensfragen wird schliesslich noch die inhaltliche Regel angesprochen, dass ein Denkmalgutachten keine Rechtsfragen beantworten darf (Kapitel V).

II. Pflicht zur Begutachtung?

A. Grundsätzliches

«An erster Stelle und als Grundlage eines Entscheids steht die Feststellung des denkmal-kundlichen Wertes eines Objekts.»

Denkmalschutz ist von der Rechtsordnung bestimmt: Welche Objektkategorien geschützt werden können, wem die Kompetenz zukommt, einen Schutzentscheid zu treffen, und wie ein Unterschutzstellungsverfahren verlaufen muss, regelt das Gesetz, über das ein Unterschutzstellungsverfahren durchaus auch eine politische Komponente erhält. Dessen ungeachtet steht im Ablauf eines Schutzverfahrens an erster Stelle und als Grundlage des Entscheids die Feststellung des denkmal-kundlichen Wertes eines Objektes, denn es gilt der Grundsatz: «Bei der Prüfung der Frage, ob ein Objekt Schutz verdient, hat eine sachliche, auf wissenschaftliche Kriterien abgestützte Gesamtbeurteilung Platz zu greifen, welche den kulturellen, geschichtlichen, künstlerischen und städtebaulichen Zusammenhang eines Bauwerks mitberücksichtigt.»² Ohne fachkundige, ihm vorangehende Beurteilung kann deshalb kein rechtsgenügender Schutzentscheid ergehen.³

«Ein wissenschaftliches Gutachten kann auch durch (verwaltungs)angestellte Sachverständige erstattet werden.»

Eine fachkundige Beurteilung bedeutet jedoch nicht von vornherein eine denkmalwissenschaftliche Expertise durch unabhängige Sachverständige. Ein wissenschaftliches Gutachten kann auch durch (verwaltungs)angestellte Sachverständige erstattet werden, und für eine Objektbeurteilung können ebenso beispielweise die amtlich tätige Denkmalpflege mit einem Verwaltungsgutachten, eine von der Exekutive bestellte Denkmalpflegekommission mit einem Amtsbericht oder vom Fachgericht ein Fachvotum eines seiner Mitglieder beigezogen werden. Schliesslich sind selbst Privatexperten nicht unbeachtlich.

Die verschiedenen Beurteilungen lassen sich je dadurch unterscheiden, von wem sie in Auftrag gegeben werden (Privatpartei/Verband, Amtsstelle/Exekutivorgan oder Gericht), wer sie erstellt und welche Aufgabe sie erfüllen sollen (Entscheidungsgrundlage für Privatperson, Behörde oder im streitigen Verfahren). Je stärker eine fachliche Beurteilung auf ausgewiesener wissenschaftlicher Basis beruht und je unabhängiger die Fachpersonen sind, desto grösser ist das Vertrauen in das Untersuchungsergebnis.⁴ Darauf gründet das Interesse an einer Begutachtungspflicht.

«Je wissenschaftlicher die Basis und je unabhängiger die Fachpersonen, desto grösser ist das Vertrauen in die Beurteilung.»

Eine Pflicht zur Begutachtung besteht entweder aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung oder ergibt sich, wo eine solche fehlt, aus Lehre und Praxis, dabei insbesondere auch aus dem Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs⁵ (dazu nachfolgend in Kapitel III. «Rechtliches Gehör»).

B. Bundesrecht

Das Natur- und Heimatschutzgesetz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451) unterscheidet zwischen obligatorischen, fakultativen und besonderen Gutachten.⁶ Nach dem NHG gilt eine Begutachtungspflicht immer dann, wenn bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe⁷ ein im ISOS⁸ verzeichnetes Objekt erheblich beeinträchtigt werden kann oder sich in diesem Zusammenhang grundsätzliche Fragen stellen.⁹ Mit der Eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege (EKD)¹⁰ ist gleich auch schon bestimmt, wer die Expertise durchzuführen hat; es besteht keine Wahlmöglichkeit.¹¹ Weil allerdings die Zahl der Anfragen die Kapazität der Kommission überstiegen hat, ist mit einer Gesetzesnovelle die Ersteinschätzung, ob ein Vorhaben ein inventarisiertes Objekt erheblich beeinträchtigen könne, an das Bundesamt für Kultur (BAK)¹² delegiert worden; wird die Bundesaufgabe durch einen Kanton erfüllt, nimmt die Triage eine vom Kanton bestimmte Fachstelle vor.¹⁵ Die Vorentscheidung dieser Amtsstellen ist zu beachten.¹⁴

«Eine Begutachtungspflicht gilt immer dann, wenn bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe ein im ISOS verzeichnetes Objekt erheblich beeinträchtigt werden kann.»

Die Pflicht zum Kommissionsgutachten gilt bereits für das Verwaltungsverfahren, bei Unterlassung ist deshalb im Rechtsmittelverfahren diese Rechtsverletzung zu rügen und eine Begutachtung durch die Kommission (nicht eine Gerichtsexpertise) zu verlangen.¹⁵

Eine Kommission des Bundes kann in wichtigen Fällen auch von sich aus («fakultativ») ein Gutachten zur Frage abgeben, ob ein Objekt – sofern von der Erfüllung einer Bundesaufgabe betroffen¹⁶ – ungeschmälert zu erhalten oder wie es zu schonen sei.¹⁷

Schliesslich räumt das Gesetz¹⁸ dem Bundesrat auch die Kompetenz zur Bezeichnung von Fällen ein, in denen eine eidgenössische Kommission von sich aus oder auf Gesuch von Dritten ein Gutachten abgeben kann, selbst wenn keine Erfüllung von Bundesaufgaben ansteht; solche «besonderen Gutachten» bedürfen der Zustimmung des Kantons, in welchem das fragliche Objekt liegt. Diese Möglichkeit besteht nach bundesrätlicher Verordnung für Vorhaben ausserhalb der Erfüllung von Bundesaufgaben, die ein in einem Bundesinventar verzeichnetes Objekt beeinträchtigen können.¹⁹

C. Kantonales Recht

1. Kantonale Behörde

«Von einer Gutachtenpflicht ist auszugehen, sobald die Schutzwürdigkeit von überkommunal bedeutenden Objekten zu klären ist.»

Im Kanton Zürich gibt es mit der Natur- und Heimatschutz-, der Denkmalpflege- und der Archäologie-Kommission drei kantonale Kommissionen, die die Regierung in Fragen des Natur- und Heimatschutzes beraten.²⁰ Dabei sah das entsprechende Reglement früher deren Stellungnahme «zu allen Fragen» vor, während die Kommissionen nach der geltenden Verordnung nur mehr zu den «wichtigen Fragen» zu begrüssen sind, wobei indes das kantonale Inventar und die Schutzwürdigkeit von überkommunalen Schutzobjekten gemäss Auflistung als «wichtige Fragen» gelten.²¹ Ungeachtet der aus Spargründen²² erfolgten Reduktion des Aufgabenspektrums ist deshalb weiterhin von

einem Gutachtenobligatorium auszugehen, sobald die Schutzwürdigkeit von überkommunal bedeutenden Objekten zu klären ist.²⁵

2. Gemeindebehörden

Aus der kantonalen Ordnung (und aus dem Fehlen einer anderen gesetzlichen Grundlage) folgt jedoch auch, dass bei Objekten von allein²⁴ kommunaler Bedeutung²⁵ keine Gutachtenpflicht besteht. Nach dem zitierten Grundsatz, dass der wissenschaftliche Befund einem Schutzentscheid voranzugehen hat, bleibt indes eine Fachbeurteilung erforderlich, nur muss diese eben nicht über ein Gutachten im engeren Sinne erfolgen. Die Schwelle kann je nachdem sogar sehr tief liegen. So hat das Verwaltungsgericht festgehalten, dass eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Objekt durch die Behörde selbst ausreicht, sofern sich keine besonderen denkmalpflegerischen Fragen stellen.²⁶ Die Behörde kann sich demnach auf eigene aussagekräftige Fachunterlagen, auf einen Bericht ihres Denkmalamtes²⁷ oder auf eine Sachverständigenkommission stützen, wie sie in grösseren Gemeinden bestehen, oder sie kann schliesslich eine externe Expertise in Auftrag geben (beispielsweise bei der kantonalen Denkmalpflegekommission,²⁸ wenn sie nicht über eine eigene verfügt).

Es ergibt sich so eine Rangfolge, die sich nach der Schwierigkeit der Fragestellung und den Besonderheiten eines Objektes richtet: vom eigenen Sachverstand der Behörde über deren eigene Fachstelle und die kommunale Sachverständigenkommission bis zur externen Expertise. Der Entscheid, welche Fachperson oder welches Gremium mit der Beurteilung zu beauftragen ist, liegt in jedem Einzelfall bei der Behörde selbst, der dazu ein erheblicher Ermessensspielraum zugestanden wird.²⁹ Wie immer ist das Ermessen aber pflichtgemäss auszuüben,³⁰ es kann deshalb von einem Gutachten dann nicht abgesehen werden, wenn sich aussergewöhnliche oder heikle Fachfragen stellen.³¹

«Folglich besteht bei Objekten von allein kommunaler Bedeutung keine Gutachtenpflicht.»

«Von einem Gutachten kann nicht abgesehen werden, wenn sich aussergewöhnliche oder heikle Fragen stellen.»

«Wenn sich bereits die Verwaltungsbehörde für ihren Entscheid auf ein Gutachten gestützt hat, sind die Rechtsmittelinstanzen nicht gehalten, ein weiteres Gutachten anzufordern.»

3. Erste Rechtsmittelinstanz (Fachgericht)

Entsprechend dem recht breiten Instrumentarium, das den Gemeinden zur Wahl steht, sind Korrekturmöglichkeiten in Rechtsmittelverfahren in Richtung qualifizierterer oder unabhängigerer Untersuchung beschränkt.⁵² Grundsätzlich sind (auch) die Rechtsmittelinstanzen nicht generell verpflichtet, für ihr Urteil ein Gutachten – beispielsweise einer Fachkommission – einzuholen. Insbesondere sind sie nicht gehalten, ein weiteres Gutachten anzufordern, wenn sich bereits die Verwaltungsbehörde für ihren Schutzentscheid auf ein Gutachten abgestützt hat⁵³ oder wenn sie aufgrund der vorhandenen Fachbeurteilungen zum Schluss kommen, dass ein weiteres Gutachten den Sachverhalt nicht anders erscheinen lassen wird.⁵⁴ In diesen Fällen kann sich das Gericht zunächst auf die eigene Fachkompetenz stützen,⁵⁵ unterliegen doch nicht nur die Fachbeurteilungen, sondern auch die Gutachten der Beweiswürdigung durch die Gerichte (dazu im Einzelnen nachfolgend in Kapitel IV. über die Bindung an Gutachten).

Zudem kann sich ein Fachgericht, also das Baurekursgericht auch auf einen Fachbericht eines seiner Mitglieder stützen. Ist das Gericht hingegen vom Verwaltungsgericht in einem Rückweisungsentscheid zum Einholen eines Gutachtens aufgefordert worden, darf es sich nicht stattdessen auf einen Fachbericht beschränken.⁵⁶ Eine lediglich mündlich abgegebene Fachmeinung würde im Übrigen nicht ausreichen: Ein Fachbericht ist schriftlich zu erstatten, damit er verfahrensmässig wie ein Gutachten zum Bestandteil der Verfahrensakten wird, auf die sich das Gericht in seinem Urteil stützt. Auf diese Weise kann auch der Fachbericht von den Parteien hinterfragt⁵⁷ oder (mit dem Urteil) angefochten werden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass allein die Zugehörigkeit zu einem Fachgericht noch nicht zu einem Fachbericht befähigt; vielmehr muss das Mitglied des Gerichtes, von dem es mit einem Fachbericht betraut wird, über die erforderlichen Spezialkenntnisse verfügen – was das Verwaltungsgericht dem Baurekursgericht in Denkmalfragen jüngst abgesprochen hat.⁵⁸

Schliesslich kann das Gericht auch die Ergänzung eines bereits vorhandenen Gutachtens anordnen oder eine Gerichtsexpertise einholen. Zu beachten ist allerdings die primäre Kompetenz des Gemeinwesens zum Erlass eines Schutzentscheides: Hat die Denkmalbehörde eine Begutachtung unterlassen und ist eine solche nach gerichtlichem Urteil nachzuholen, ist es nicht an der Rechtsmittelinstanz, das Gutachten in Auftrag zu geben und den Schutzentscheid selbst zu fällen; vielmehr ist das Verfahren vollumfänglich an die Gemeinde zurückzuweisen.³⁹

4. Zweite Rechtsmittelinstanz

Es liegt in der Logik des vorstehend Ausgeführten, dass die zweite Rechtsmittelinstanz ebenfalls nicht verpflichtet ist, ein Sachverständigengutachten anzuordnen beziehungsweise einem entsprechenden Beweisantrag stattzugeben, insbesondere nicht für eine gerichtliche Oberexpertise. Eine solche kann indes im Rahmen der Beweiswürdigung erforderlich sein (vgl. Kapitel III. über das rechtliche Gehör). Anders ist auch zu entscheiden, wenn die Vorinstanzen (bis hin zur zuständigen Denkmalbehörde) es unterlassen haben, ein gesetzlich vorgeschriebenes Gutachten einzuholen. Im Übrigen aber darf auch die zweite Instanz auf vorinstanzliche Fachurteile oder Sachverständigengutachten abstellen, ebenso auf deren Würdigung durch die Vorinstanz als Fachgericht.⁴⁰

«Hat die Denkmalbehörde eine Begutachtung unterlassen, ist das Verfahren vollumfänglich an die Gemeinde zurückzuweisen.»

D. Fazit

So wünschenswert es aus Sicht des Denkmalschutzes wäre, dass für Schutzentscheide und für diese beurteilende Gerichtsentscheide nicht nur Fachwissen, sondern – von untergeordneten Fällen abgesehen – generell (verwaltungs-) unabhängige Sachverständigengutachten als Grundlage dienen: Strikt verlangt werden können sie nur bei entsprechender gesetzlicher Vorschrift, so bei ISOS-Objekten in Verfahren nach Art. 7 NHG und bei potentiellen Schutzobjekten von überkommunaler Bedeutung.

«Wenn sich bei einem Ermessensentscheid heikle Fragen stellen, kann auf ein Gutachten nicht verzichtet werden.»

In anderen Fällen können Gutachten je nach Grad der Beeinträchtigung und der Bedeutung des betroffenen Objektes erforderlich sein, ihre Anordnung erfolgt jedoch in einem Ermessensentscheid der verfügenden Behörde. Wenn sich aussergewöhnliche oder heikle Fragen stellen, kann auf ein Gutachten nicht verzichtet werden. Durfte indes die entscheidende Behörde in rechtlich einwandfreier Ausübung ihres Ermessens auf das Einholen eines Gutachtens verzichten, kann nicht über das Rechtsmittelverfahren eine zwingende Begutachtung sozusagen nachgefordert werden. Dies auch dann nicht, wenn die ursprüngliche Fachbeurteilung qualifiziert unrichtig und anfechtbar ist: Dann entscheidet wiederum die Rechtsmittelinstanz, ob für eine Überprüfung ihr Fachwissen oder ein Fachbericht ausreichen oder eine Gerichtsexpertise eingeholt werden muss.

III. Rechtliches Gehör

Als Grundlage eines Schutzentscheides sind die Gutachten ein wichtiger Teil zunächst des behördlichen Willensbildungsprozesses, dann im Rechtsmittelverfahren der Urteilsfindung. Wie sind die beteiligten Parteien in das Verfahren einzubeziehen?

A. Begutachtung durch die eidgenössischen Kommissionen nach NHG

«Bei einem ISOS-Objekt ist zu beachten, dass bereits mit seiner Aufnahme ins Inventar seine Schutzwürdigkeit feststeht.»

Im Verfahren um die denkmalkundliche Begutachtung von im ISOS verzeichneten Objekten ist die Besonderheit zu beachten, dass bereits mit seiner Aufnahme ins Inventar die Schutzwürdigkeit des Objektes feststeht, das es ungeschmälert zu erhalten oder unter Voraussetzungen mindestens zu schonen gilt.⁴¹ Ein Gutachten der EKD hat deshalb nicht die Frage nach der Schutzwürdigkeit zu beantworten, sondern sich lediglich noch zum Schutzzumfang bzw. zum adäquaten Umgang mit dem bereits als schutzwürdig bestimmten Objekt zu äussern. Ein Instruktionsausweis mit der EKD ist deshalb kein gerichtlicher Ausweis, der parteiöffentlich wäre, denn es geht nicht

(mehr) um eine Tatsachenfeststellung. Das Bundesgericht verneint einen Anspruch der Parteien auf Teilnahme an solchen Augenscheinen.⁴²

B. In anderen Verfahren

1. Gutachtauftrag, Instruktion, Augenschein

Zunächst ist festzuhalten, dass ein Gericht nicht nach dem Untersuchungsgrundsatz oder aus dem Verfassungsanspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs von vornherein verpflichtet wäre, einem Gesuch um Beweiserhebung, also auch einem Antrag auf Einholung eines Gutachtens stattzugeben.

Wie weit die Parteien dann, wenn ein Gutachten in Auftrag gegeben wird, in das Verfahren einzubeziehen sind, bestimmt sich im kantonalen Verfahren primär nach der kantonalen gesetzlichen Ordnung, subsidiär gilt jedoch im Sinn einer Mindestgarantie immer der Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV).⁴⁵

Weil im Verwaltungs(gerichts)verfahren das Recht von Amtes wegen anzuwenden ist, kann die Gewährung des rechtlichen Gehörs abweichend vom Zivilprozess auf das Wesentliche eingeschränkt werden: Die Parteien sind zu förmlichen Beweiserhebungen zuzulassen, aber nicht an der Expertenbestimmung zu beteiligen oder zur Experteninstruktion einzuladen.⁴⁴ Geregelt ist das Anhörungsrecht im Zusammenhang mit Schutzobjekten von überkommunaler Bedeutung: Die für deren Schutz zuständige Baudirektion hört vorgängig ihres Entscheides die Gemeinden und die regionalen Planungsverbände an (§ 211 Abs. 1 PBG). Nicht die Rede ist hier allerdings von den Parteien.

Hingegen sollen nach der geltenden Verordnung die Kommissionen, die ihr Gutachten zu überkommunal bedeutenden Objekten erstatten, die Gesuchstellenden und weitere Betroffene sowie die Gemeinden zu den Augenscheinen

«Die Teilnahme dient weniger der Gewährung des rechtlichen Gehörs als vielmehr der Kommission bei der Erfüllung ihres Gutachtenauftrages.»

einladen, allerdings nur soweit dies der Begutachtung dient; diese Einschränkung gilt auch für die weitere Regel, dass die Vorgenannten und die örtlichen Natur- und Heimatschutzkommissionen von den kantonalen Kommissionen anzuhören sind, sofern sie darum ersuchen.⁴⁵ Die offene Formulierung «soweit es der Begutachtung dient» weist nicht nur auf einen Ermessensspielraum der Kommission hin, sondern spricht wohl auch eine sozusagen umgekehrte Interessenlage an: Die Teilnahme dient weniger der Gewährung des rechtlichen Gehörs als vielmehr der Kommission bei der Erfüllung ihres Gutachtenauftrages. Das legt auch ein Vergleich mit der früher zu beachtenden Bestimmung im Reglement nahe, nach der noch die privaten Vereinigungen für Natur- und Heimatschutz sowie die örtlichen Natur- und Heimatschutzkommissionen nach Möglichkeit in geeigneter Weise anzuhören waren.⁴⁶ Die Bestimmung gab dem Bundesgericht nämlich Anlass zur Aufhebung eines Schutzentscheides und zur Rückweisung des Verfahrens, damit die Denkmalpflegekommission ihren Augenschein unter Beteiligungsmöglichkeit des Heimatschutzvereins wiederhole: Die genannte frühere Bestimmung (des Reglementes) statuierte eine Anhörungspflicht.⁴⁷

Die Kommissionsverhandlungen selbst sind nicht öffentlich.⁴⁸

Wenn der Augenschein der Sachverständigen(kommissionen) nicht der Feststellung von Tatsachen dient, also keine Beweiserhebung und keine Ermittlung des (meist nicht bestrittenen) Sachverhaltes, sondern bereits Teil der Expertisenarbeit darstellt, müssen auch die Parteien nicht daran teilnehmen können und haben sie keinen Anspruch darauf. Ist die Teilnahme einer Partei aus sachbezogenen Gründen erforderlich (beispielsweise wenn die Hauseigentümerin den Sachverständigen den Zugang verschaffen muss und sie durch das Objekt führt), wird auch den (anderen) Parteien die Teilnahme offenstehen müssen.

2. Nach Abgabe des Gutachtens

Wird ein Gutachten erstattet, ist den Verfahrensbeteiligten⁴⁹ vor dem Fällen des Entscheides Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen und Ergänzungsfragen zu stellen. Im gleichen Verfahrensstadium können Einwände gegen die Person der Expertin oder des Experten vorgebracht werden.⁵⁰ Deren Ablehnung kann auch mit einer Anfechtung des Entscheides noch geltend gemacht werden.

«Den Verfahrensbeteiligten ist vor der Entscheidung Gelegenheit zu geben, zum Gutachten Stellung zu nehmen.»

Will ein Gericht von einem Gutachten, das vor Vorinstanz nicht umstritten und nicht angefochten war, abweichen, muss es diese Absicht den Parteien vor seinem Entscheid zur Stellungnahme unterbreiten.⁵¹ Im weiteren Verfahren muss sich eine allenfalls angerufene obere Instanz bei der Beurteilung des (von der Expertise abweichenden) Entscheides keine Zurückhaltung auferlegen.⁵²

IV. Bindung an Gutachten

A. Grundsatz

Daraus, dass die Klärung der Schutzwürdigkeit eines Objekts auf sachlicher, wissenschaftlich fundierter Basis erfolgen muss, folgt einerseits, dass mit dem Gutachten allein noch nicht über die Schutzwürdigkeit entschieden ist, andererseits, dass das Gutachten in seinem wissenschaftlichen Gehalt aber doch rechtlich mitentscheidend bleibt. Damit stellt sich die Frage nach der Verbindlichkeit von Gutachten für die entscheidende Behörde.

«Mit dem Gutachten allein ist noch nicht über die Schutzwürdigkeit entschieden.»

Grundsätzlich gilt: Der entscheidenden Behörde oder dem urteilenden Gericht kommen zwar sowohl die Kompetenz als auch die Verantwortung für den Schutzentscheid zu, sie sind jedoch dessen ungeachtet an die Ergebnisse der Gutachten gebunden und sie dürfen nur aus triftigen Gründen von ihnen abweichen. Sie können und dürfen ein Gutachten (nur) daraufhin prüfen, ob es vollständig, klar, gehörig begründet und widerspruchsfrei ist und ob die Expertin

oder der Experte über ausreichende Sachkenntnisse verfügt und unbefangen ist.⁵⁵

«Die Bindung an das Gutachten besteht immer nur hinsichtlich dessen denkmalwissenschaftlichen Feststellungen und Erkenntnissen.»

Dazu ist aber festzuhalten: Die Bindung an das Gutachten besteht immer nur hinsichtlich dessen denkmalwissenschaftlichen Feststellungen und Erkenntnissen. Ob ein wissenschaftlich als Denkmal erkanntes Objekt auch unter Schutz zu stellen ist, ist ein über das Gutachten hinausgehender Entscheid, der weitere Faktoren mit zu berücksichtigen hat und der Behörde obliegt. So kann ein das Schutzinteresse überwiegendes anderes öffentliches oder auch privates Interesse dazu führen, dass dem Gutachten – ohne dass ihm fachlich widersprochen würde – nicht zu folgen ist.⁵⁴ Vorliegend wird nur die Frage behandelt, inwieweit Bindung an die Fachaussage von Gutachten besteht.

«Die kantonalen Kommissionsgutachten kommen auf Grund der besonderen Fachkompetenz einem eigentlichen Gutachten gleich.»

Verfahrensrechtlich handelt es sich beim Gutachten um ein Beweismittel; als solches unterliegt es der (pflichtgemäss auszuübenden freien) Beweismwürdigung der entscheidenden Behörde.⁵⁵ Das gilt für alle Arten der wissenschaftlichen Beurteilung, also gleichermassen für die amtsinternen Berichte der Fachstellen, die Stellungnahmen einer behördlichen Kommission, das Fachvotum in einem Fachgericht und die unabhängigen Sachverständigengutachten.⁵⁶ Auch die Privatgutachten sind mögliche Beweismittel und nicht etwa deshalb unbeachtlich, weil es sich um Parteivorbringen handelt.⁵⁷ Allerdings entfaltet der Befund des – gemessen an der wissenschaftlichen Fachkenntnis, der institutionellen Stufe und der Unabhängigkeit der begutachtenden Stelle – jeweils qualifizierteren Gutachtens eine grössere Bindungswirkung.⁵⁸ In diesem Zusammenhang betont das Zürcher Verwaltungsgericht, dass die kantonalen Kommissionsgutachten formell zwar als Amtsberichte zu qualifizieren sind, sie inhaltlich jedoch auf Grund der besonderen Fachkompetenz der Kommissionen einem eigentlichen Gutachten gleichkommen, die bei der Entscheidungsfindung grosses Gewicht haben.⁵⁹

Besonders starke Bindungskraft kommt den Gutachten der eigenössischen Kommissionen zu, was gegenwärtig mit

einer parlamentarischen Initiative unterbunden werden will.⁶⁰ Kommt eine eidgenössische Kommission in ihrem Gutachten zu einem andern Ergebnis als eine kantonale Kommission, ist ersterer zu folgen; das kantonale Gutachten kann das eidgenössische nicht aufheben, hingegen allenfalls die gerichtliche Würdigung des eidgenössischen Gutachtens beeinflussen.⁶¹ Umgekehrt kann sich auch das Bundesgericht – in Fällen, die nicht einer obligatorischen Begutachtung durch die eidgenössischen Kommissionen bedürfen – auf schlüssige Gutachten einer kantonalen Kommission stützen.⁶²

B. Entkräftung von Gutachten, Privatgutachten

Ein Gutachten, das die gestellten Anforderungen nicht erfüllt, kann durch eine Gutachtenergänzung nachgebessert oder durch eine Oberexpertise korrigiert werden.⁶³ Es können sowohl die Gerichte das Ungenügen feststellen als auch die Verfahrensbeteiligten beispielsweise mit einem Privatgutachten den entsprechenden Nachweis erbringen.⁶⁴ Die Anforderungen an die Begründung, weshalb ein Gutachten nicht genüge, sind sehr hoch.⁶⁵ Es reicht beispielsweise nicht aus, wenn ein Privatgutachten lediglich eine andere Einschätzung darlegt.⁶⁶ Eine andere Frage ist, ob gegen eine erstinstanzliche Baubewilligung, die – auch bei einem nicht inventarisierten Objekt – ohne Gutachten erfolgt ist, eine Schutzwürdigkeit bereits mit einem Privatgutachten geltend gemacht werden muss.⁶⁷

Verfahrensrechtlich ist ein Privatgutachten in einem möglichst frühen Verfahrensstadium einzureichen, weil das Gutachten zu den Sachverhaltsfeststellungen gehört, die oberen Rechtsmittelinstanzen aber auf eine Rechtskontrolle beschränkt sind. Das Bundesgericht insbesondere stellt ausser bei Willkür vollumfänglich auf den von den kantonalen Instanzen festgestellten Sachverhalt ab.⁶⁸ Ein Privatgutachten, das erst dort eingereicht wird, kommt deshalb regelmässig zu spät, insbesondere, wenn es von der Sachlage her schon früher hätte erstattet werden können.⁶⁹

«Es reicht nicht aus, wenn ein Privatgutachten lediglich eine andere Einschätzung darlegt.»

«Ausser bei Willkür stellt das Bundesgericht vollumfänglich auf den von den kantonalen Instanzen festgestellten Sachverhalt ab.»

Willkür, die nach der Kurzfassung eines früheren Bundesrichters dann vorliegt, «wenn es einen vom Hocker haut», muss in die Augen springen – davon kann kaum je die Rede sein, wenn erst ein Gutachten die Augen öffnen könnte. Indessen kann ein Gutachten auch noch vor oberer Instanz eingereicht werden, wenn erst ein angefochtener Vorentscheid dazu Anlass gegeben hat.⁷⁰

«Das Gericht darf ein lückenhaftes Gutachten nicht zum Anlass nehmen, selbst in die Rolle des Gutachters zu schlüpfen.»

Ist die Glaubwürdigkeit eines Gutachtens erschüttert, entscheidet das Gericht nicht willkürlich, wenn es mit seinem Urteil vom Gutachten abweicht – vielmehr verfällt es umgekehrt in Willkür, wenn es trotz Zweifeln an dessen Richtigkeit keine weiteren Abklärungen einleitet oder kein Ergänzungs- oder Obergutachten bestellt.⁷¹ Dem Gericht kommt hier zweifellos eine besondere Verantwortung zu, indem es ein lückenhaftes Gutachten nicht zum Anlass nehmen soll, selbst in die Rolle des Gutachters zu schlüpfen.⁷² Allerdings kann das Gericht auch in einem solchen Fall von einer Begutachtung absehen, wenn eine Unterschutzstellung von vornherein aus anderen als denkmalkundlichen Gründen ausgeschlossen werden kann, beispielsweise wegen eines das Schutzinteresse überwiegenden anderen öffentlichen Interesses.⁷³

V. Gutachtenfragen, Rechtsfragen

«Die Beantwortung der Rechtsfrage, ob das Objekt unter Schutz zu stellen sei, ist nicht Aufgabe der Sachverständigen.»

Ein Denkmalschutzentscheid ist ein Rechtsakt, für den ein Sachverständigengutachten zwar eine sachverhaltsbezogene Grundlage gibt, aber nicht den Entscheid über die richtige Anwendung des (Denkmal-)Rechts vorwegnimmt und auch nicht vorwegnehmen darf. Es ist deshalb Aufgabe der Sachverständigen, den denkmalkundlichen Wert eines Objektes zu klären, aber nicht, die Rechtsfrage zu beantworten, ob das Objekt unter Schutz zu stellen oder ob auf eine Unterschutzstellung zu verzichten sei: Dass sich Expertisen nicht zu Rechtsfragen äussern, ist ein genereller Verfahrensgrundsatz.⁷⁴ Es ist jedoch die mitunter vertretene Auffassung abzulehnen, es sei ein Gutachten, das sich gleichwohl (auch) zu Rechtsfragen äussere, vollkommen unbeachtlich. Zum einen, weil das Gutachten der frei-

en Beweiswürdigung unterliegt und das Gericht fähig ist, zwischen den Expertisenaussagen zum Sachverhalt und denjenigen zu Rechtsfragen zu differenzieren, zum andern aber auch deshalb, weil besonders bei denkmalwissenschaftlichen und -rechtlichen Fragen die Qualifikation (selbst übrigens auch eine Rechtsfrage) jedenfalls nicht einfach ist.⁷⁵

Eine Rechtsfrage ist nach dem Bundesgerichtsentscheid Lungern-Obsee⁷⁶ beispielsweise, ob die Beeinträchtigung eines in einem Bundesinventar verzeichneten Objektes eine «wesentliche» sei. Ist das wirklich so – und weshalb? Die Urteilsbegründung nennt keine Kriterien, nach denen sich die Rechtsfrage von der Sachverhaltsfrage trennen liesse. Im genannten Entscheid begründet das Bundesgericht mit der Qualifikation «Rechtsfrage» vielmehr seine eigene Kompetenz zur Beurteilung (Rechtskontrolle), über die es im Falle einer Ermessensfrage (Ermessensüberprüfung) nicht verfügen würde. Immerhin zeigt die weitere Urteilsbegründung auch, dass das Gericht die wesentliche Beeinträchtigung anhand der Kriterien überprüft, die die Inventarblätter als für das Schutzobjekt wesentlich ausweisen – und die zu bezeichnen im Falle eines Gutachtens gerade zur Aufgabe der Expertin oder des Experten gehört.

Die Problematik der Differenzierung lässt sich auch am Begriff des «wichtigen Zeugen» (Art. 203 Abs. 1 lit. c PBG) illustrieren: Das Baurekursgericht stellt fest, es sei «nicht Aufgabe des Gutachtens, darüber zu entscheiden, ob ein in Frage stehendes Gebäude ein wichtiger Zeuge ist oder eine siedlungsprägende Wirkung hat.»⁷⁷ Wie kann dann das Verwaltungsgericht die im Wortlaut aus derselben § 203 Abs. 1 lit. c PBG übernommene Expertenfrage stellen: «Handelt es sich beim Gebäude [...] um einen wichtigen Zeugen einer politischen, wirtschaftlichen, sozialen oder baukünstlerischen Epoche oder hat es eine für das Ortsbild wesentlich mitprägende Wirkung?»⁷⁸ Diese Expertenfrage scheint im Widerspruch zur Auffassung des Baurekursgerichts zu stehen. Dieser erklärt sich wohl daraus, dass es sowohl unter denkmalwissenschaftlicher Perspektive als

auch nach der rechtlichen Denkmaldefinition «wichtige» und «weniger wichtige» Zeugen gibt. Jedenfalls wäre die Annahme unzutreffend, dass die Denkmalwissenschaft nicht auch Kategorisierungen und Wertungen vornähme oder gar nicht vornehmen dürfte.⁷⁹

*«Denkmalwissen-
schaftliche
Fragen nach den
geschichtlich
wesentlichen
Merkmalen eines
Objekts stellen
Gutachtenfragen
dar.»*

Die Trennlinie lässt sich vielleicht «universitär» ziehen: Die denkmalwissenschaftlichen Fragen nach den (insbesondere staats-, sozial-, wirtschafts-, kunst- und bau-)geschichtlich wesentlichen Merkmalen eines Objektes und deren Kategorisierung, Wertung oder Gewichtung, auch im Zusammenhang mit vergleichbaren Objekten oder der Ortsgeschichte usw., sind von der «philosophischen Fakultät» zu beantworten und stellen Gutachtenfragen dar. Das ist beispielsweise aus folgender verwaltungsgerichtlicher Formulierung herauszulesen: «Soweit bei einem anerkannten Architekten die Urheberschaft von Bedeutung ist, muss sich der Unterschutzstellungsentscheid auch mit der Frage nach dem Stellenwert des strittigen Gebäudes in dessen gesamten Schaffen befassen.»⁸⁰

*«Fragen nach
Stellung, Wert
und Gewichtung
sowie der Auswir-
kung der Unter-
schutzstellung ei-
nes Objekts
stellen Rechtsfra-
gen dar.»*

Soweit die Fragen nach Stellung, Wert und Gewichtung eines Objektes und die Fragen nach der Auswirkung seiner Unterschutzstellung jedoch über den wissenschaftlich-historischen Bereich hinausgehen und in den rechtlich geordneten Rahmen (beispielsweise der Eigentumsordnung oder der Raumplanung) greifen, stellen sie Rechtsfragen dar, die von der «juristischen Fakultät» zu beantworten sind. Das kann die Erwägung des Bundesgerichtes im Entscheid Lungern-Obsee⁸¹ illustrieren, wonach zu entscheiden ist, ob eine Unterschutzstellung in Abwägung der Interessen verhältnismässig (und nur in diesem Fall zulässig) sei: Ob Verhältnismässigkeit gegeben sei, ist immer eine Rechtsfrage.⁸²

Fotos Seite 5: D. Bachmann

- ¹ Dieser Beitrag ist eine erweiterte schriftliche Fassung eines Referates, das der Verfasser am 28. Februar 2017 in Winterthur an der ZAHW, School of Management and Law, in deren Tagungsreihe zum Recht des Heimatschutzes und der Denkmalpflege gehalten hat. – Die Ausführungen zum kantonalen Recht beziehen sich, wo nicht anders vermerkt, auf den Kanton Zürich.
- ² BGE 120 Ia 270, Badischer Bahnhof Basel, E. 4.a). Es ist die Auffassung rechtsirrtümlich, dass für Zürich «Bundesgerichtsurteile, die nicht Objekte im Kanton Zürich betreffen, nicht einschlägig» seien, weil im Denkmalrecht nur die Frage der Verhältnismässigkeit nach Bundesrecht zu beurteilen sei (BRGE I Nr. 56/2015 vom 8. Mai 2015 E. 6.5.4 und VB.2015.00362 vom 14. Juli 2016 E. 3.7, Warenhaus Manor Zürich, siehe Abb. auf Seite 5 dieses Beitrags): Diese Ansicht hält nicht die Fragen auseinander, a) welche Objekte (Objektkategorien) geschützt werden können (was festzulegen in der Gesetzgebungskompetenz der Kantone liegt und im Kanton Zürich in § 203 Abs. 1 lit. c PBG bestimmt worden ist) und b) was ein Denkmal als solches ausmacht.
- ³ VB.2003.00195 vom 9. Februar 2005, Nordbrücke, E. 4.4.1.
- ⁴ Vgl. VB.2016.00012 vom 11. August 2016, Kino «Sternen» Oerlikon, E. 2.3.
- ⁵ Vgl. Urteile 1C_633/2012 vom 26. Juni 2013, Roter Block, E. 4., und 1C_55/2011 vom 1. April 2011, Illnau-Effretikon, E. 2.
- ⁶ Vgl. Art. 7 Abs. 2 NHG, Art. 8 NHG und Art. 17a NHG, SR 451.
- ⁷ Art. 2 NHG. Die Aufzählung in dieser Bestimmung ist nicht erschöpfend und es ist auch knapp nicht zusammenzufassen, was alles unter den Begriff der «Erfüllung von Bundesaufgaben» fällt (von Bedeutung ist, dass nicht nur der Bund, sondern auch Kantone Bundesaufgaben erfüllen können), vgl. z.B. ausführlich das Bundesgericht im Urteil 1C_649/2012 vom 22. Mai 2013, Helvetia Nostra, Zweitwohnungen Savognin, E. 9.
- ⁸ Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung, vgl. Art. 1 VISOS (Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz; SR 451.12) und www.bak.admin.ch/isos/.
- ⁹ Die gesetzliche Regelung gilt ebenso für die beiden anderen Bundesinventare, das jüngst totalrevidierte Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN, vgl. Art. 1 VBLN, SR 451.11) und das Bundesinventar der historischen Verkehrswege der Schweiz (vgl. VIVS, SR 451.13, und <http://ivs-gis.admin.ch>). Die Rechtsprechung zu diesen kann deshalb auch zum Thema des vorliegenden Beitrages, der sich auf Denkmalobjekte und -inventare beschränkt, aussagekräftig sein.
- ¹⁰ Art. 7 Abs. 2 NHG, Art. 25 NHG, Art. 23 Abs. 4 NHV (Verordnung über den Natur- und Heimatschutz; SR 451.1). Im Fall von Landschaften oder Naturdenkmälern begutachtet die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK), bei den historischen Verkehrswegen je nach Fragestellung die ENHK oder die EKD (vgl. Erläuternder Bericht des Bundesamtes für Strassenwesen [ASTRA] zur VISV, 2010, Ziff. 1.4).

**Dominik
Bachmann,
Dr. iur., lic. phil.,
Rechtsanwalt,
Zürich**



- ¹¹ Urteil 1C_558/2015 vom 30. November 2016, Weiler Seestatt Altendorf; BGE 138 II 23, Ufenau, E. 4.4. Vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 23. September 2015, in: URP 4/2016, S. 387.
- ¹² Art. 7 Abs. 1 NHG nach einer Novelle von 1999, vgl. Aemisegger Heinz/Haag Stephan, Gedanken zu Inhalt und Aufbau von Gutachten der ENHK, in: URP 1998, S. 574. – Bei den Landschaften und Naturdenkmälern fällt die Aufgabe dem Bundesamt für Natur (BAFU), bei den historischen Verkehrswegen dem ASTRA zu.
- ¹³ Art. 7 Abs. 1 und Art. 25 Abs. 2 NHG. Früher war der Entscheid den Kommissionen selbst vorbehalten, vgl. BGE 136 II 214, Arosa Bergbahnen «Weisshorn», E. 4.3. – Im Kanton Zürich sind es nach § 2a Abs. 1 der Kantonalen Natur- und Heimatschutzverordnung vom 20. Juli 1977 (KNHV; LS 702.11) das Amt für Landschaft und Natur, ALN (mit der Fachstelle Naturschutz) und das Amt für Raumordnung und Vermessung, ARE (mit den Abteilungen Archäologie/Denkmalpflege und Raumplanung).
- ¹⁴ Vgl. Urteil 1C_556/226 vom 21.09.2016, Umfahrung Näfels, E. 7.4.1. In BGE 138 II 281, Zürcher Oberlandautobahn, E. 4.2.1 und E. 4.5, hat das Bundesgericht ausdrücklich erwähnt, dass das ARE und das ALN eine Begutachtung durch die ENHK beantragt hätten, und erkannt, dass ein ENHK-Gutachten hätte eingeholt werden müssen.
- ¹⁵ Das hindert indes das Gericht nicht, selbst das Gutachten – aber bei der Kommission – anzufordern, vgl. BGE 136 II 214, Arosa Bergbahnen «Weisshorn», E. 4.4.
- ¹⁶ Gemeint sind Objekte, die von der Erfüllung von Bundesaufgaben betroffen sind (das ist Voraussetzung auch für Art. 8 NHG, andernfalls wäre nach Art. 17a NHG zu verfahren), aber nicht oder noch nicht im ISOS, BLN oder IVS oder aber in einem anderen Bundesinventar verzeichnet sind, Leimbacher Jörg, in: Kommentar NHG, 1997, N 5 zu Art. 8 NHG.
- ¹⁷ Art. 8 NHG.
- ¹⁸ Art. 17a NHG.
- ¹⁹ Art. 25 Abs. 1 lit. e NHV.
- ²⁰ § 216 PBG und § 1 VSVK, Verordnung über die Sachverständigenkommissionen gemäss § 216 PBG, LS 702.111.
- ²¹ § 3 Reglement für die Sachverständigenkommissionen gemäss § 216 vom 31. August 1977 (nicht in der LS), unter der Marginalie «Obligatorische Begutachtung»: «Die Kommissionen nehmen Stellung zu allen wichtigen Fragen des Natur- und Heimatschutzes von überkommunaler Bedeutung». Demgegenüber unter der Marginalie «Aufgaben»: «Die Kommissionen nehmen zu folgenden wichtigen Fragen des Natur- und Heimatschutzes von überkommunaler Bedeutung Stellung: a. zu den Inventaren des Kantons, b. zur Schutzwürdigkeit von überkommunalen Objekten, c. [...]» (§ 3 Abs. 1 lit. a und b VSVK).
- ²² Vgl. Bircher Doris, Die Sachverständigenkommissionen im Bereich des Natur- und Heimatschutzes, in: PBG aktuell 3/2008, S. 6.
- ²³ Urteil 1C_595/2013 vom 21. Februar 2014, Halbinsel Giessen Wädenswil, E. 4.1.2.

- ²⁴ Ist ein Objekt sowohl kommunal als auch überkommunal (und dabei unter derselben Kategorie gem. § 203 Abs. 1 lit. a ff. PBG) inventarisiert, liegt die Kompetenz für die Schutzabklärung und den Entscheid allein beim Kanton (vgl. BRGE I Nrn. 0086 und 0087/2014 vom 11. Juli 2014, Modulbau Universitätsspital Zürich, in: BEZ 2015 Nr. 4).
- ²⁵ Es sei daran erinnert, dass die Unterscheidung zwischen kommunaler und überkommunaler Bedeutung kein Werturteil bedeutet, sondern die Zuständigkeit bestimmt und sich auf das Verfahren auswirkt.
- ²⁶ VB.2015.00343 vom 22. Oktober 2015, Kleinjogghaus, E. 3.1 f.; das Bundesgericht hat dies im Urteil 1C_629/2015 vom 25. Februar 2016 E. 3.3 als nicht willkürlich bezeichnet.
- ²⁷ Urteil 1C_633/2012 vom 26. Juni 2013, Roter Block, E. 4; VB.2010.00094 vom 1. Dezember 2010, Illnau-Effretikon, E. 2.2.
- ²⁸ Formell handelt es sich um ein Gesuch an die Baudirektion, die selbst den Auftrag erteilt, § 5 Abs. 1 VSVK, vgl. Bircher (EN 22), S. 12 f.
- ²⁹ Plüss Kaspar, in: Kommentar VRG, 3. Aufl. 2014, N 67 zu § 7 VRG.
- ³⁰ Plüss (EN 29), N 138 zu § 7 VRG.
- ³¹ VB.2003.00195 vom 9. Februar 2005, Nordbrücke, E. 4.4.1; VB.2015.00231 vom 1. Oktober 2015, Berg am Irchel, E. 3.2.
- ³² Plüss (EN 29), N 71 zu § 7 VRG: Wenn schon die erstinstanzliche Behörde kein Gutachten einholen musste, muss es auch die Rechtsmittelinstanz nicht tun.
- ³³ VB.2003.00195 vom 9. Februar 2005, Nordbrücke; Urteil 1C_55/2011 vom 1. April 2011, Illnau-Effretikon.
- ³⁴ Urteil 1P.384/2006 vom 9. November 2006, Museum der Kulturen Basel, E. 3.2.
- ³⁵ VB.2016.00009 vom 12. Mai 2016 E. 2.2, unter Berufung auf die Grundsätze nach Zivilprozessrecht; VB.2015.00151 vom 4. Februar 2016 E. 4.4.1.
- ³⁶ VB.2016.00009 vom 12. Mai 2016 E. 4.4.
- ³⁷ Die Parteien haben das Recht, vor der Entscheidfällung zu Fachberichten Stellung zu nehmen (vgl. BGE 138 II 77 E. 3.2 und Urteil 1C_597/2014 vom 1. Juli 2015, Seilbahn Rickenbach-Rothenfluh, E. 3.6.1 f.); Plüss (EN 29), N 75 zu § 7 VRG.
- ³⁸ VB.2016.00012 vom 11. August 2016, Kino «Sternen» Oerlikon, E. 2.3; vgl. auch Urteil 1C_593/2015 vom 25. Mai 2016, Berg am Irchel, E. 4. Nach jahrzehntelanger Vakanz ist nun wieder ein im Denkmalfachgebiet berufstätiges Mitglied ins Baurekursgericht gewählt worden. Zwar der 4. Abteilung zugeweiht, kann es nach § 13 Abs. 2 OV BRG (Organisationsverordnung des Baurekursgerichts, LS 700.7) auch in den anderen Abteilungen eingesetzt werden.
- ³⁹ BRGE II Nr. 148/2016 E. 4.3 (nicht publiziert). Siehe das betroffene Gebäude auf der linken Abb. S. 5 dieses Beitrags.
- ⁴⁰ Urteil 1C_629/2015 vom 25. Februar 2016, Kleinjogghaus, E. 3.3; Urteil 1A.11/2007 vom 16. Mai 2007, Mineralbad Samedan; Urteil 1P.384/2006 vom 9. November 2006, Museum der Kulturen Basel, E. 3.2 f.
- ⁴¹ Aemisegger/Haag (EN 12), S. 571.
- ⁴² Urteil 1A.264/1995 vom 24. September 1996, Landeplatz für Hängegleiter, in: URP 1996, S. 824; vgl. auch Leimbacher (EN 16), N 20 zu Art. 7 NHG.
- ⁴³ BGE 99 Ia 42, Reklametafel Aadorf, E. 3.b; Art. 29 Abs. 2 BV: «Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.»

- 44 Vgl. BGE 119 Ia 260 E. 6.c; BGE 99 Ia 42, Reklametafel Aadorf, E. 3.b.
- 45 § 6 Abs. 2 VSVK: «Die Gesuchstellenden und weitere Betroffene sowie die beteiligten Gemeinden werden zu den Augenscheinen eingeladen, sofern dies der Begutachtung dient.» § 6 Abs. 3 VSVK: «Die in Abs. 2 Genannten und die örtlichen Natur- und Heimatschutzkommissionen werden angehört, sofern sie darum ersuchen oder dies der Begutachtung dient.»
- 46 § 6 Abs. 2 Reglement für die Sachverständigenkommissionen.
- 47 Urteil 1P.368/2005 vom 14. November 2005, Rechberggarten Zürich, E. 2.4 f.
- 48 § 6 Abs. 3 VSVK.
- 49 Vgl. VB.2009.00319 vom 13. Januar 2010, Erweiterung Landesmuseum, E. 4.2.2.
- 50 BGE 99 Ia 42, Reklametafel Aadorf, E. 3.b; 119 Ia 260 E. 6.c; VB.2009.00280 vom 23. September 2009 E. 2.2. Offenbar anders: Plüss (EN 29), N 76 zu § 7 VRG.
- 51 VB.2011.00348 vom 25. Oktober 2011, Uster, E. 3.3.5.
- 52 Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N 46 zu Art. 49 VwVG.
- 53 VB.2013.00134 vom 24. Oktober 2013, Affoltern am Albis, E. 5.1.1.
- 54 Z. B. BRGE II Nr. 84/2016 vom 3. Mai 2016, dazu Saputelli Maja, Umfassende Interessenabwägung beim Denkmalschutz, in: PBG aktuell 3/2016, S. 32 ff.
- 55 Art. 7 Abs. 4 VRG.
- 56 Urteil 1C_542/2012 vom 14. Mai 2013, Mobilfunkanlage Biel, E. 5.4; Plüss (EN 29), N 67 zu § 7 VRG.
- 57 VB.2016.00600 vom 9. Februar 2017, Kirchgemeinde Kloten, E. 3.2, unter Hinweis auf: Plüss (EN 29), N 148 zu § 7 VRG.
- 58 Plüss (EN 29), N 146 zu § 7 VRG. Urteil 6B_232/2016 vom 21. Dezember 2016 E. 1.3.1.
- 59 VB.2005.00009 vom 4. Mai 2005, Rechberggarten, E. 2.1; VB.2008.00404 vom 10. Dezember 2008, Wohlfahrtsgebäude Winterthur, E. 3.1.2.
- 60 Parl. Initiative Eder (Ständerat), Nr. 12.402. Die eidgenössischen Gutachten werden nach geltendem Recht ebenfalls als amtliche Expertisen mit stärkerer Bindungswirkung behandelt, Aemisegger/Haag (EN 12), S. 569.
- 61 Urteil 1C_542/2012 vom 14. Mai 2013, Mobilfunkanlage Biel, E. 6.2.
- 62 Urteil 1C_179/2015 vom 11. Mai 2016, Lungern-Obsee, E. 5.3.
- 63 VB.2011.00644 vom 13. Juni 2012, Schulanlage Küsnacht, E. 5.6. Im Grundsatz sollte zuerst ein Ergänzungsgutachten eingeholt und nur, wenn ein solches absehbar nicht ausreicht, ein Obergutachten angeordnet werden, Krauskopf Patrick L./Emmenegger Katrin/Babey Fabio, in: Waldmann/Weissenberger (EN 52), N 162 ff. zu Art. 12 VwVG.
- 64 Urteil 1C_526/2015 vom 12. Oktober 2016, Zervreila, E. 6.7; VB.2013.00134 vom 24. Oktober 2013, Affoltern am Albis, E. 5.1.3.
- 65 Vgl. Urteil 1C_355/2011 vom 26. Oktober 2011, Hochfelden, E. 2.3.
- 66 VB.2013.00134 vom 24. Oktober 2013, Affoltern am Albis, E. 5.1.3.
- 67 Im Fall eines inventarisierten Objektes richten sich die Gutachtenanforderungen nach den im Text beschriebenen Regeln; der Nachbar ist generell zur Rüge des fehlenden oder fehlerhaften Gutachtens legitimiert, wenn er bei Gutheissung sein Prozessziel erreichen kann. Im Falle eines nicht inventarisierten Gebäudes muss er keinen qualifizierten Nachweis (eigenes oder bereits bestehendes anderes Gutachten) dafür erbringen,

dass Schutzwürdigkeit vorliege, auch nicht, dass eine Inventarisierung rechtsfehlerhaft unterblieben sei. Zum Ganzen: VB.2008.00404 vom 10. Dezember 2008 E. 2.1 mit zahlreichen Hinweisen. Allerdings darf sich der Nachbar nicht auf eine blosser Behauptung der Schutzwürdigkeit beschränken, er muss diese vielmehr anhand von konkreten Anhaltspunkten aufzeigen, VB.2015.00554 vom 21. April 2016 E. 3.2. Die Anforderungen an die Rügeberechtigung sind strenger, wenn ein Verband die Schutzwürdigkeit eines nicht inventarisierten Objektes geltend macht; zwar wird ihm nicht generell die Rekurslegitimation abgesprochen, aber er muss einen qualifizierten Nachweis im oben beschriebenen Sinn erbringen, VB.2003.00197 vom 10. September 2003 E. 2.

- ⁶⁸ Man beachte Aemisegger/Haag (EN 12), S. 573 bei lit. a.
- ⁶⁹ Urteil 1P.384/2006 vom 9. November 2006, Museum der Kulturen Basel, E. 2.2.
- ⁷⁰ VB.2015.00282 vom 1. Oktober 2015, Wermatswil, E. 4.3.
- ⁷¹ BGE 130 I 337, E. 5.4.2.
- ⁷² Nicht zuzustimmen ist dem Entscheid VB.2016.00596 vom 4. Mai 2017, Aufstockung Wohnhaus Jacques Schader, E. 3.6. Das Gericht hat das Gutachten der KDK nicht als widersprüchlich oder nicht schlüssig qualifiziert, sondern eine offenkundige Lücke in einem entscheidenden Punkt erkannt: Das Gutachten schwieg sich zum Äusseren aus, obwohl eine Aufstockung im Streit lag. Diesfalls hätte eine Gutachtenergänzung eingeholt werden müssen (vgl. VB.2011.00348 vom 25. Oktober 2011, Uster, E. 3.3.3), denn es ist unbestritten, dass das Haus «ein bedeutender Zeuge der Nachkriegsmoderne ist» (E. 3.3). Stattdessen legt das Gericht selbst eine Projektbeschreibung von Schader aus (E. 3.4 f.) und betreibt Architektur (E. 3.7).
- ⁷³ VB.2011.00644 vom 13. Juni 2012, Schulanlage Küsnacht, E. 5.6; Plüss (EN 29), N 18 zu § 7 VRG.
- ⁷⁴ BGE 130 I 337 E. 5.4.1; 132 II 257 E. 4.4.1; 136 II 214, Arosa Bergbahnen «Weisshorn», E. 5; Plüss (EN 29), N 68 zu § 7 VRG. Bircher (EN 22), S. 13. Subtil anders die Gutachten der eidgenössischen Kommissionen, vgl. Aemisegger/Haag (EN 12), S. 570; vgl. auch Leimbacher (EN 16), N 18 zu Art. 7 NHG.
- ⁷⁵ Vielleicht nicht von ungefähr fehlt der Begriff «Rechtsfrage» im Stichwortverzeichnis (nicht nur) des VRG-Kommentars (EN 29).
- ⁷⁶ Urteil 1C_179/2015 vom 11. Mai 2016, Lungern-Obsee, E. 6.3.
- ⁷⁷ BRGE I Nr. 178/2016 vom 16. Dezember 2016, Mythen Schloss, E. 5.4.
- ⁷⁸ VB.2009.00498 vom 25. Mai 2011, Hochfelden. Nach VB.2011.00644 vom 13. Juni 2012, Schulanlage Küsnacht, E. 5.4 hatte (in jenem Fall) auch das Baurekursgericht bemängelt, das Gutachten «lasse in denkmalpflegerischer Hinsicht eine explizite Auseinandersetzung mit den für die Qualifikation eines Schutzobjektes im Sinn von § 203 Abs. 1 lit. c PBG massgebenden Kriterien vermissen, namentlich was die verlangte qualifizierte Zeugenschaft angehe.»
- ⁷⁹ Sachverständige erstatten nicht nur Bericht über die Sachverhaltsprüfung, sondern auch über die Sachverhaltswürdigung, Plüss (EN 29), N 66 zu § 7 VRG.
- ⁸⁰ VB.2016.00012 vom 11. August 2016, Kino «Sternen» Oerlikon, E. 2.5.
- ⁸¹ Urteil 1C_179/2015 vom 11. Mai 2016, Lungern-Obsee, E. 6.4.
- ⁸² Donatsch Marco, in: Kommentar VRG, 3. Aufl. 2014, N 73 zu § 20 VRG und N 33 zu § 50 VRG.