

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00787 vom 7. Oktober 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-10-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00787](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00787)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00787 du 7 octobre 2021

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00787 del 7 ottobre 2021

## Regeste

Inventarentlassung Bauernhaus | Volumenschutz Streitgegenstand ist im vorliegenden Fall lediglich noch der Volumenschutz. Die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege kennt das Institut des Anschlussrekurses nicht (E. 1.2). Der Volumenschutz hat keinen Substanzschutz zur Folge. § 203 Abs. 1 lit. c PBG ist inhaltlich auf Substanzschutz ausgerichtet, einen solchen vermag der Volumenschutz aber nicht zu bieten. Dementsprechend stellt diese Bestimmung für den verfügbaren Volumenschutz keine gesetzliche Grundlage dar und ist dieser daher aufzuheben (E. 3.3). Abweisung, soweit Eintreten.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2020.00787 Urteil der 1. Kammer vom 7. Oktober 2021 Mitwirkend: Abteilungspräsident Peter Sprenger (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiberin Nicole Rubin. In Sachen Zürcher Heimatschutz ZVH, Beschwerdeführer, gegen 1. A, vertreten durch lic. iur. B, 2. Gemeinderat Küsnacht, Beschwerdegegner, betreffend Inventarentlassung Bauernhaus, hat sich ergeben: I. Mit Beschluss vom 21. November 2018 stellte die Baukommission Küsnacht fest, dass das Gebäude Vers.-Nr. 01, C-Gebiet 02, auf dem Grundstück Kat.-Nr. 03 kein substanzielles Schutzobjekt im Sinne von § 203 Abs. 1 lit. c PBG sei. Auf eine Unterschutzstellung wurde verzichtet. Das Gebäude Vers.-Nr. 01 wurde vorbehaltlich der volumetrischen Unterschutzstellung substanziell aus dem kommunalen Inventar der schützenswerten Bauten entlassen. II. Dagegen erhob A am 29. Dezember 2018 Rekurs beim Baurekursgericht und beantragte, auf den Volumenschutz sei zu verzichten. Dieses hiess den Rekurs am 7. April 2020 gut und hob den Beschluss des Gemeinderats Küsnacht vom 21. November 2018 mit Bezug auf den statuierten Volumenschutz auf. Es lud den Gemeinderat ein, das streitbetroffene Objekt vorbehaltlos aus dem Inventar der Schutzobjekte von kommunaler Bedeutung zu entlassen und das materielle Erkenntnis im kommunalen und kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen. III. A. Nach der Publikation im Amtsblatt erhob am 25. Mai 2020 der Zürcher Heimatschutz ZVH Rekurs beim Baurekursgericht. Er beantragte die Aufhebung des am 25. Mai 2020 publizierten Beschlusses, dass das Gebäude Vers.-Nr. 01 vorbehaltlos aus dem Inventar zu entlassen sei. Der Gemeinderat Küsnacht sei anzuweisen, die Fassaden, das Dach, die konstruktive Substanz und die historische Innenausstattung definitiv unter Schutz zu stellen. Zur Beurteilung der Schutzwürdigkeit sei ein neues oder allenfalls ein Ergänzungsgutachten einzuholen sowie ein Augenschein durchzuführen. A beantragte am 1. Juli 2020 die Abweisung des Rekurses, soweit darauf einzutreten sei. Der Gemeinderat Küsnacht

beantragte am 2. Juli 2020, auf den Rekurs zuständigkeitshalber nicht einzutreten und die Sache zur Behandlung an das Verwaltungsgericht zu überweisen. Der ZVH replizierte am 29. Juli 2020. Die Gemeinde Küsnacht hielt mit Duplik vom 18. August 2020 an ihren Anträgen fest. Ebenso A am 31. August 2020. Das Baurekursgericht trat mit Entscheid vom 29. September 2020 auf den Rekurs nicht ein und überwies das Verfahren an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. B. Mit Präsidialverfügung vom 12. November 2020 hielt das Verwaltungsgericht fest, dass die beim Baurekursgericht eingereichten Rechtsschriften und Akten im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen seien, und setzte den Parteien zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Frist, sich vor dem Verwaltungsgericht zur Sache zu äussern. Die Gemeinde Küsnacht verwies am 20. November 2020 auf ihre bisherigen Eingaben und verzichtete im Übrigen auf eine Stellungnahme. Der ZVH beantragte die Aufhebung des Entscheids des Baurekursgerichts vom 7. April 2020 sowie des Beschlusses des Gemeinderats vom 21. November 2018. Es sei die Sache an den Gemeinderat zurückzuweisen mit der Anweisung, die Fassaden, das Dach, die konstruktive Substanz und die historische Innenausstattung des Gebäudes unter Schutz zu stellen. Eventuell sei der Gemeinderat anzuweisen, vor einem neuen Entscheid über das Gebäude ein neues Gutachten einzuholen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. A beantragte, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Sowohl der ZVH sowie A hielten in der Folge an ihren Anträgen fest. Die Kammer erwägt:

### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist für die Behandlung der vorliegenden Beschwerden nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zuständig.

### **E. 1.2**

Der Streitgegenstand wird im Rechtsmittelverfahren durch zwei Elemente bestimmt: einerseits durch den Gegenstand der angefochtenen Anordnung, andererseits durch die Parteibegehren. Zum einen kann nur Gegenstand des Rekursverfahrens sein, was auch Gegenstand der erstinstanzlichen Verfügung war bzw. nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die erste Instanz zu Recht nicht entschieden hat, fallen nicht in den Kompetenzbereich der Rekursbehörden. Zum anderen bestimmt sich der Streitgegenstand nach der im Rekursantrag verlangten Rechtsfolge (BGE 136 II 457 E. 4.2; Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Vorbemerkungen zu §§ 19–28a N. 44 f.). Im Verfahren vor dem Baurekursgericht beantragte der Beschwerdegegner 1 lediglich, den Volumenschutz aufzuheben. Der Beschwerdeführer ist nicht gegen den Beschluss vom 21. November 2018 vorgegangen, obwohl dieser publiziert wurde. Da somit gesamthaft nicht gegen die Feststellung, dass das Gebäude Vers.-Nr. 01 kein substantielles Schutzobjekt im Sinne von § 203 Abs. 1 lit. c des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) sei bzw. dass auf eine Unterschutzstellung verzichtet werde und dass das Gebäude Vers.-Nr. 01 (vorbehältlich der volumetrischen Unterschutzstellung) substantiell aus dem kommunalen Inventar der schützenswerten Bauten entlassen werde, vorgegangen wurde, gehören diese Aspekte vorliegend auch nicht mehr zum Streitgegenstand. Daran ändert auch die Rüge des Beschwerdeführers nichts, dass er im Verfahren vor dem Baurekursgericht hätte beigeladen werden müssen. Unter Beiladung versteht das Zürcher Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht den

Einbezug von Personen ins Verfahren, welche Parteistellung beanspruchen könnten, bisher jedoch nicht am Verfahren beteiligt waren, durch den zu treffenden Entscheid jedoch in ihren schutzwürdigen Interessen berührt werden könnten oder weil sie von der Vorinstanz zu Unrecht nicht beigezogen wurden (Bertschi, Vorbemerkungen zu §§ 21–21a N. 29). Die Behörde muss eine Person – von Amtes wegen, auf Antrag einer Partei oder auf Gesuch der betroffenen Person hin – einbeziehen, wenn diese bisher noch nicht am Verfahren beteiligt war, jedoch ein schutzwürdiges Interesse am Ausgang des Verfahrens hat und bisher keine Gelegenheit oder keinen Anlass hatte, dieses geltend zu machen. Die einzubeziehende Person muss auf die Wirkungen hingewiesen werden, nämlich, dass sie durch aktive Beteiligung am Verfahren volle Parteistellung erhält, aber auch kostenpflichtig werden kann, während sie bei Verzicht auf die aktive Beteiligung die Anfechtung des Entscheids verwirkt und diesen gegen sich gelten lassen muss (Bertschi, Vorbemerkungen zu §§ 21–21a, N. 34). Inwiefern dies, insbesondere die Beiladung von Amtes wegen, auch bezüglich Vereinen gilt, welche sich auf das ideelle Verbandsbeschwerderecht stützen können, und ob die Vorinstanz den Beschwerdeführer zu Unrecht nicht von Amtes wegen beigezogen hat, kann vorliegend offengelassen werden. Denn selbst wenn der Beschwerdeführer vor der Vorinstanz beigezogen gewesen wäre, hätte er keine über den Streitgegenstand hinausgehenden Anträge stellen können, da die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege das Institut des Anschlussrekurses nicht kennt. Es hätte ihm aber freigestanden, bei gegebenen Voraussetzungen innert Frist selber Rekurs zu erheben (Alain Griffel, Kommentar VRG, § 26b N. 19), was der Beschwerdeführer jedoch nicht tat. Demgemäss kann sich der Beschwerdeführer vorliegend nur noch gegen den von der Vorinstanz aufgehobenen Volumenschutz wehren, da anderes vor der Vorinstanz und somit auch im vorliegenden Verfahren nicht mehr Streitgegenstand sein kann. Demgemäss ist auf die Anträge des Beschwerdeführers, soweit sie sich nicht gegen die Aufhebung des Volumenschutzes richten, nicht einzutreten.

### **E. 1.3**

Da der Beschwerdeführer nach der Überweisung seines Rekurses an das Verwaltungsgericht keinen Augenschein mehr beantragte, ist davon auszugehen, dass er auf einen solchen nunmehr verzichtet. Allerdings wäre ein Augenschein vorliegend auch nicht anzuordnen. Denn die Anordnung eines Augenscheins steht im pflichtgemässen Ermessen der zuständigen Behörde. Eine entsprechende Pflicht besteht nur, wenn die tatsächlichen Verhältnisse auf andere Weise nicht abgeklärt werden können (BGr, 23. Dezember 2019, 1C\_582/2018, E. 2.4). Ein Augenschein ist insbesondere dann geboten, wenn die tatsächlichen Verhältnisse unklar sind und anzunehmen ist, die Parteien vermöchten aufgrund ihrer Darlegungen an Ort und Stelle Wesentliches zur Erhellung der sachlichen Grundlagen des Rechtsstreits beizutragen. Es ist zulässig, dass eine Rechtsmittelinstanz auf einen eigenen Augenschein verzichtet, wenn sich der massgebliche Sachverhalt aus dem vorinstanzlichen Augenschein bzw. aus den übrigen Verfahrensakten mit ausreichender Deutlichkeit ergibt (VGr, 26. September 2019, VB.2019.00182, E. 2.1). Die Vorinstanz hat am 29. Januar 2020 einen Abteilungsaugenschein durchgeführt und diesen mittels Protokoll und Fotografien dokumentiert. Damit und zusammen mit den übrigen Akten ist der Sachverhalt rechtsgenügend erstellt; insbesondere in Anbetracht der sich vorliegend stellenden streitgegenständlichen Fragen. Auf einen Augenschein ist zu verzichten.

### **E. 2**

Das streitbetroffene Grundstück liegt gemäss der geltenden Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Küsnacht in der Landwirtschaftszone. Es grenzt im Südosten an die D-Strasse (Kernzone), auf der nordöstlichen und südwestlichen Seite an die Kernzone und ansonsten an ein ebenfalls der Landwirtschaftszone zugehöriges Grundstück. Der Grundeigentümer stellte ein Provokationsbegehren im Hinblick auf den Sanierungsbedarf und einen allfälligen Ersatzbau auf dem Grundstück. Der Beschwerdegegner 2 kam zum Schluss, dass das Objekt nur einen geringen Eigenwert aufweise und der vorhandene Situationswert mit einem Volumenschutz gewahrt werden könne. Auf eine Unterschutzstellung sei daher zu verzichten und das Gebäude sei vorbehältlich der volumetrischen Unterschutzstellung substanziell aus dem kommunalen Inventar der schützenswerten Bauten zu entlassen.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer gibt an, er habe den Volumenschutz im Sinne eines Kompromisses akzeptiert, ein Substanzschutz würde jedoch besser sein. Sinngemäss beantragt er somit mindestens den Erhalt des Volumenschutzes.

### **E. 3.2**

Als Schutzobjekte in Betracht fallen gemäss § 203 Abs. 1 lit. c PBG unter anderem Gebäude und Teile sowie Zugehör von solchen, die als wichtige Zeugen einer politischen, wirtschaftlichen, sozialen oder baukünstlerischen Epoche erhaltenswürdig sind oder die Landschaften oder Siedlungen wesentlich mitprägen, samt der für ihre Wirkung wesentlichen Umgebung. In der Praxis werden diese beiden Eigenschaften auch als Eigenwert und als Situationswert bezeichnet (vgl. Christoph Fritzsche et. al., Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. A., Zürich 2019, S. 300; Walter Engeler, Das Baudenkmal im schweizerischen Recht, Zürich/St. Gallen 2008, S. 139).

### **E. 3.3**

Der streitgegenständliche Volumenschutz hat keinen Substanzschutz zur Folge. Das Gebäude kann daher theoretisch komplett abgerissen und neu innerhalb des von der Beschwerdegegnerin 2 vorgegebenen Volumens wiederaufgenommen werden. Dabei kommt der von der Beschwerdegegnerin 2 angeordnete Volumenschutz faktisch sehr nahe an das Kriterium der Wesensgleichheit nach Art. 24c des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 (RPG). Wie aber bereits das Bundesgericht in seinem Entscheid 1C\_626/2017/1C\_628/2017 vom 16. August 2018, E. 6.4 zu Art. 24c RPG festhielt, kann das Erfordernis der Wesensgleichheit der Schutzwürdigkeit hinsichtlich des Situationswerts nicht hinreichend Rechnung tragen. Das Gleiche hat hier auch für den Volumenschutz zu gelten, erscheint auch dieser nicht mehr geeignet, einen allfälligen Situationswert zu schützen. Denn die Bestimmung von § 203 Abs. 1 lit. c PBG ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz inhaltlich auf Substanzschutz ausgerichtet (VGr, 14. Juli 2016, VB.2015.00362, E. 3.3; 29. März 2001, VB.2001.00031, E. 3d), einen solchen vermag der Volumenschutz aber nicht zu bieten. Dementsprechend stellt diese Bestimmung für den verfügbaren Volumenschutz keine gesetzliche Grundlage dar und ist dieser daher aufzuheben. Aufgrund dessen, dass ein Substanzschutz nicht Streitgegenstand war, hat die Vorinstanz den angefochtenen Volumenschutz zu Recht ohne weitere Anordnungen aufgehoben. Aufgrund des Gesagten kann auch auf die Einholung eines Gutachtens zur Schutzwürdigkeit des streitgegenständlichen Gebäudes verzichtet werden. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

### **E. 4**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihm bei diesem Ergebnis nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Er ist vielmehr verpflichtet, dem privaten Beschwerdegegner eine solche zu bezahlen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.