

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

4. Abteilung

Urteil vom 27. Oktober 2016

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident W. Kobler Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer, Oberrichter E. Graf, P. Louis Obergerichtsschreiber T. Bienz
Verfahren Nr.	O4V 13 6
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführer	A1 _____
Beschwerdeführerin	A2 _____
	beide vertreten durch: RA B_____
Vorinstanz	Regierungsrat Appenzell Ausserrhoden , Regierungsgebäude, 9100 Herisau Departement Bau und Volkswirtschaft , Kasernenstrasse 17a, 9102 Herisau
Gegenstand	Entlassung eines Kulturobjektes aus dem kantonalen Schutzzonenplan

Rechtsbegehren

a) Beschwerdeführer:

1. Die Entscheide des Departement Bau und Umwelt vom 7. Juni 2010 und des Regierungsrates vom 18. Dezember 2012 seien aufzuheben und es sei dem Gesuch vom 16. März 2009 bezüglich Entlassung des Gashauses C____, Assek. Nr. XXX in D____, als Einzel- bzw. Kulturobjekt Nr. 1.9 aus dem kantonalen Schutzzonenplan stattzugeben. Eventuell sei der Schutz auf das Innere des Saales zu beschränken.
2. Verfahrens-Eventualbegehren: Die Angelegenheit sei zur Neubeurteilung an die Vorinstanz 2 zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates (einschliesslich vorinstanzliches Verfahren).

b) Vorinstanz:

Die Beschwerde sei abzuweisen.

Sachverhalt

- A. Auf der in der Landwirtschaftszone gelegenen Parzelle Nr. XXXX in D____ steht das Gasthaus "C____" (Assek. Nr. XXX). Das Gasthaus verfügt über einen Saaltrakt im nördlichen Gebäudeteil, in welchem seit vielen Jahren die Sennenbälle stattfinden bzw. stattfanden. Dieser Saaltrakt wurde im Jahre 1981 durch eine Gasexplosion stark beschädigt. Der Wiederaufbau erfolgte 1985/1986, wobei Kosten von knapp 3 Millionen Franken entstanden. Daran leistete der Bund Finanzhilfe in der Höhe von Fr. 117'407.--, Kanton und Gemeinde von Fr. 132'000.--. 1991 wurde das Gasthaus C____ auf Antrag des Gemeinderates D____ im kantonalen Schutzzonenplan als Ganzes als "Kulturobjekt ausserhalb der Bauzone Nr. 1.9" aufgenommen. Für die Unterschutzstellung wurden keine Expertisen oder Prüfberichte eingeholt. Der von der Baudirektion erlassene kantonale Schutzzonenplan lag vom 3. Juni bis zum 2. Juli 1991 öffentlich auf und wurde in der Folge rechtskräftig. Das Gasthaus C____ befindet sich zudem in der kantonalen Landschaftsschutzzone.

2001 kauften A1____ und A2____ das Gasthaus C____. 2003 erhielten sie die Bewilligung zur Sanierung der Nord- und Westfassade durch je einen Eternitschindelschirm. Bezüglich der Südfassade erteilte das Planungsamt des Kantons Appenzell Ausserrhoden am 17. März 2006 die raumplanerische Bewilligung zur Sanierung mit der Auflage, dass anstelle der

vorgesehenen Eternitschindeln Holzschindeln anzubringen seien. Dieser Entscheid wurde letztinstanzlich vom Bundesgericht mit Urteil vom 1. Dezember 2008 im Verfahren 1C_231/2008 bestätigt. Noch vor Abschluss des Rechtsmittelverfahrens sanierten A1___ und A2___ die Südfassade mit einem Eternitschindelschirm. Das damalige Departement Bau und Umwelt (DBU; heute: Departement Bau und Volkswirtschaft, DBV) ordnete am 15. August 2006 den Ersatz der Eternit- durch Holzschindeln an. Diese Anordnung ist bis heute nicht umgesetzt worden.

- B. Am 16. März 2009 liessen A1___ und A2___ beim Planungsamt ein Gesuch um Streichung des Gasthauses C___ im kantonalen Schutzzonenplan als Einzel- bzw. Kulturobjekt stellen. Der Gemeinderat D___ unterstützte diesen Antrag. Der kantonale Denkmalpfleger, die kantonale Denkmalpflegekommission sowie das Bundesamt für Kultur sprachen sich gegen eine Entlassung aus. Mit Entscheid vom 7. Juni 2010 trat das DBU auf das Gesuch ein und wies es ab. Einen dagegen erhobenen Rekurs wies der Regierungsrat am 18. Dezember 2012 ab.
- C. Am 7. Februar 2013 liessen A1___ und A2___ beim Obergericht Beschwerde erheben mit den eingangs aufgeführten Rechtsbegehren. Nach einem doppelten Schriftenwechsel ordnete das Obergericht mit Beschluss vom 30. Oktober 2013 die Einholung eines Gutachtens zur Schutzwürdigkeit des Gasthauses C___ an. Mit der Ausarbeitung des Gutachtens wurde die Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege (EKD) beauftragt. Eine Delegation der EKD führte am 24. September 2015 einen Augenschein durch. Die EKD erstattet ihr Gutachten am 18. Dezember 2015. Die Parteien nahmen dazu Stellung.
- D. A1___ und A2___ haben die Liegenschaft Parzelle Nr. XXXX in D___ im Jahr 2015 an die E___ AG verkauft und sind in der Folge nach Thailand ausgewandert.
- E. Auf weitere tatsächliche Begebenheiten sowie auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1. Formelles

1.1 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Auf sie kann eingetreten werden.

1.2 Die Beschwerdeführer haben die Parzelle XXXX in D___ während des Beschwerdeverfahrens an die E___ AG veräussert. Der Käuferin wurde Gelegenheit gegeben, in den Prozess einzutreten¹. Sie hat davon keinen Gebrauch gemacht und ist somit nicht Partei. Nur am Rande sei bemerkt, dass die Teilnahme von zwei Vertretern der E___ AG am Augenschein der EKD als stille Gäste erfolgte und keinen Prozessbeitritt bedeutet.

1.3 Zu fragen ist, ob mit der Veräusserung die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführer dahingefallen ist. Sie sind nicht mehr Eigentümer und stehen deshalb in einem anderen Verhältnis zum Streitgegenstand. Im Kaufvertrag zwischen den Beschwerdeführern und der E___ AG haben die Beschwerdeführer das Risiko für die angeordnete Änderung der Südfassade übernommen und dafür ein Sperrkonto mit Fr. 30'000.-- errichtet². Zudem hat die Käuferin die Beschwerdeführer ermächtigt, den Prozess in eigener Verantwortlichkeit weiterzuführen³.

Zwischen der Entlassung aus dem Schutzzonenplan und dem Rückbau der Südfassade besteht ein Zusammenhang, weil bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit einer allfälligen Ersatzvornahme (Art. 108 Abs. 4 Baugesetz, bGS 721.1) dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schutzobjektes eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt (vgl. Art. 86 Abs. 3 Satz 2 Baugesetz). Dies ist von der Gemeinde bereits ausdrücklich thematisiert worden⁴. Mit Blick auf das von den Beschwerdeführern im Grundstückskaufvertrag übernommene Risiko für die Fassadenanpassung ist ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführer an der Beschwerde weiterhin zu bejahen⁵.

1.4 Die Beschwerdeführer stellten Antrag auf Unterbreitung von Ergänzungsfragen an die EKD⁶. Wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird, kommt dem Werk von F___ im

¹ Act. 25.

² Act. 47.37.

³ Act. 47.38.

⁴ Act. 7.1.13 S. 2.

⁵ Vgl. ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 2000, Rz. 373.

⁶ Act. 20, 40 und 42.

vorliegenden Fall keine Bedeutung zu⁷. Die entsprechenden Ergänzungsfragen der Beschwerdeführer sind deshalb für den Ausgang des Verfahrens irrelevant. Bei den übrigen Ergänzungsfragen handelt es sich um unzulässige Rechtsfragen.

- 1.5 In der Stellungnahme vom 2. Mai 2016⁸ haben die Beschwerdeführer die Verwertbarkeit des Gutachtens der EKD teilweise in Frage gestellt. Sie machen geltend, die EKD habe rechtliche Beurteilungen vorgenommen, was einem gerichtlich bestellten Expertengremium nicht anstehe.

Es trifft zu, dass die EKD in ihrem Gutachten die rechtlichen Rahmenbedingungen in den Art. 79 und 86 Baugesetz rekapituliert hat. Sie hat damit aber lediglich eine Einordnung bzw. Zuordnung der zentralen Begriffe in der gerichtlichen Fragestellung⁹ vorgenommen und keine Rechtsfragen beantwortet. Die Vornahme der Zuordnung erscheint sachgerecht und lässt sich auch auf die gutachterliche Sorgfaltspflicht - die eine Auseinandersetzung mit den gerichtlichen Fragen verlangt - stützen. Zudem bestehen immer wieder Berührungspunkte zwischen dem Fachwissen des Gutachters und Rechtsfragen¹⁰.

2. Verletzung des rechtlichen Gehörs

Die Beschwerdeführer rügen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und begründen dies einerseits mit der unterbliebenen materiellen Berücksichtigung mehrerer Stellungnahmen und andererseits mit der Nichtbehandlung eines Akteneinsichtsgesuches¹¹.

Hinsichtlich der zweiten Rüge ist zu bemerken, dass alle von den Beschwerdeführern in ihrem Schreiben vom 15. März 2010¹² an die Vorvorinstanz (DBU) und im Schreiben vom 15. November 2010 an die Vorinstanz¹³ verlangten Akten - soweit überhaupt vorhanden - im Beschwerdeverfahren von der Vorinstanz dem Gericht eingereicht¹⁴ und den Beschwerdeführern zur Einsichtnahme zur Verfügung gestellt wurden¹⁵. Im Rahmen der Replik konnten die Beschwerdeführer dazu Stellung nehmen, womit eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt worden ist.

⁷ Vgl. unten E. 7.2.

⁸ Act. 42.

⁹ Vgl. Frage 1 in act. 19 und 22: „... um einen historisch oder künstlerisch wertvollen Einzelbau im Sinne eines Kulturobjekts?“.

¹⁰ Vgl. etwa FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N. 3 der Vorbemerkungen zu § 171 ff., mit Hinweis auf BGE 113 II 190 E. II.1.a.

¹¹ Act. 1 S. 3.

¹² Act. 1.12.

¹³ Act. 7.1.17A.

¹⁴ Act. 7.1 bis 7.3.

¹⁵ Act. 8.

Zur ersten Rüge: Es ist darauf hinzuweisen, dass gemäss der sich aus Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung (BV, SR 101) ergebenden Begründungspflicht wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden müssen, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Sie muss sich nicht ausdrücklich mit jedem Einwand auseinander setzen, sondern kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken¹⁶. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid auf 7 Seiten begründet und darin zu allen wesentlichen Punkten Stellung genommen. Insbesondere hat sie die Kritik der Beschwerdeführer an den Beurteilungen durch den kantonalen Denkmalpfleger, die kantonale Denkmalkommission, G___ und das Bundesamt für Kultur in grundsätzlicher Hinsicht zur Kenntnis genommen und dazu Stellung genommen. Das muss genügen.

3. Überprüfung der Schutzwürdigkeit nur bei veränderten Verhältnissen?

3.1 Die Vorinstanz scheint der Auffassung zu sein, eine Überprüfung der Schutzwürdigkeit komme nur beim Vorliegen von veränderten Verhältnissen in Frage. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt. Zwar habe der Gemeinderat seine Meinung geändert, dies aber nicht begründet.

Die Beschwerdeführer leiten aus Art. 86 Abs. 4 Baugesetz einen voraussetzungslosen Anspruch auf Überprüfung ab. Insbesondere müssten bei einem Antrag des Eigentümers keine veränderten Verhältnisse vorliegen. Veränderte Verhältnisse seien aber gegeben, weil der Gemeinderat D___ heute eine andere Haltung einnehme.

3.2 Der Natur- und Heimatschutz fällt nach Art. 78 Abs. 1 BV in die Regelungskompetenz der Kantone. Daran ändert auch Art. 17 Abs. 1 lit. c Raumplanungsgesetz (RPG, SR 700), wonach Schutzzonen bedeutende Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler umfassen, nichts¹⁷. Es ist Sache der Kantone, den Denkmalbegriff zu umschreiben¹⁸. Im Kanton Appenzell Ausserrhoden finden sich in Art. 30 Kantonsverfassung (KV, bGS 111.1) sowie in Art. 79 ff. Baugesetz Bestimmungen zum Denkmalschutz: Art. 30 Abs. 1 KV auferlegt dem Kanton und den Gemeinden die Pflicht zur Ergreifung von Massnahmen zur Erhaltung und Pflege der schützenswerten Landschafts- und Ortsbilder, Kulturgüter und Naturdenkmäler. Art. 79 Abs. 1 Baugesetz zählt in lit. d kulturgeschichtlich wertvolle Einzelbauten, in lit. h Kulturdenkmäler sowie historisch oder künstlerisch wertvolle Einzelbauten zu den schutzwürdigen Gegenständen. Die

¹⁶ BGE 134 I 83 E. 4.1; 133 III 439 E. 3.3; Urteil 6B_299/2007 vom 11. Oktober 2007 E. 9 mit Hinweisen.

¹⁷ WALDMANN/HÄNNI, Raumplanungsgesetz, 2006, N. 3 zu Art. 17 RPG; vgl. auch WALTER ENGELER, Das Baudenkmal im schweizerischen Recht, 2008, S. 109.

¹⁸ WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., N. 19 zu Art. 17 RPG; WALTER ENGELER, a.a.O., S. 85 ff.

Zuständigkeit zum Schutz solcher Objekte liegt ausserhalb der Bauzone beim Kanton (Art. 80 Abs. 1 Baugesetz). Als Instrumente kann der Kanton u.a. einen kantonalen Schutzzonenplan und Einzelverfügungen erlassen (Art. 80 Abs. 2 Baugesetz). Nach Art. 86 Abs. 2 Baugesetz sind als Kulturobjekte u.a. Kulturdenkmäler sowie andere historisch oder künstlerisch wertvolle Einzelbauten zu bezeichnen. Diese Objekte sind in ihrem Charakter und in ihrer schutzwürdigen Substanz langfristig zu erhalten (Art. 86 Abs. 3 Satz 1 Baugesetz). Die Grundeigentümer sind verpflichtet, sie dem Schutzzweck entsprechend zu pflegen und zu unterhalten (Art. 86 Abs. 3 Satz 2 Baugesetz). Gemäss Art. 86 Abs. 4 Satz 1 Baugesetz ist die Schutzwürdigkeit durch die verfügende Behörde zu überprüfen, sofern sich die Verhältnisse erheblich geändert haben; die Eigentümerinnen und Eigentümer können von sich aus eine Überprüfung beantragen (Art. 86 Abs. 4 Satz 2 Baugesetz).

3.3 Allgemein gilt, dass rechtskräftige Verwaltungsentscheide nicht beliebig in Wiedererwägung gezogen werden dürfen. Will das verfügende Gemeinwesen auf einen rechtskräftigen Verwaltungsakt zurückkommen, muss deshalb eine wesentliche Änderung vorausgesetzt werden¹⁹. Dies gilt auch bei Schutzmassnahmen²⁰.

3.4 Es kann die Frage, ob der Grundeigentümer nur dann einen Antrag auf Überprüfung stellen darf, wenn sich die Verhältnisse geändert haben, offen bleiben. Denn das Gericht ist der Auffassung, es seien veränderte Verhältnisse gegeben.

Der Gemeinderat D___ hat am 13. Januar 1991 der von der damaligen Baudirektion vorgeschlagenen Aufnahme des Gasthauses C___ in den kantonalen Schutzzonenplan zugestimmt²¹. Nach der Aktenlage muss davon ausgegangen werden, dass nebst der Stellungnahme des Gemeinderates keine weiteren Unterlagen, insbesondere keine Gutachten oder Amtsberichte, eingeholt worden sind²². Damit aber muss der Stellungnahme der lokalen Behörde ein besonderes Gewicht bei der Unterschutzstellung zugekommen sein²³. Heute steht der Gemeinderat dem Begehren der Beschwerdeführer auf Entlassung aus dem Schutz positiv gegenüber. Zwar erachtet der Gemeinderat den Saal weiterhin als schützenswert, nicht aber das Äussere der beiden Gebäudeteile. Diesbezüglich ist der Gemeinderat der Auffassung, es bestehe bauhistorisch eine geringe Bedeutung und zudem sei die Erhaltung des Betriebes nicht durch unnötige Schutzmassnahmen zu gefährden²⁴. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz hat der Gemeinderat seine geänderte Meinung begründet. Ist ursprünglich massgeblich auf die

¹⁹ Kiener/RÜTSCHÉ/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 2015 ff.

²⁰ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl. 2011, S. 228.

²¹ Act. 7.2.II.1.

²² Im gleichen Sinne auch das DBU in act. 7.2.I.14 S. 3.

²³ Act. 7.2.I.14 S. 3, wonach sich die kantonalen Behörden der Einschätzung des Gemeinderates *angeschlossen* haben.

²⁴ Act. 7.2.I.4a und act. 7.1.13.

Meinung der kommunalen Behörde abgestellt worden, und hat diese Behörde später ihre Meinung geändert, sind darin erheblich veränderte Verhältnisse zu sehen, die Anlass für eine Überprüfung der Schutzwürdigkeit geben.

4. Notwendigkeit eines Gutachtens

- 4.1 Die Vorinstanz hat das Vorgehen des DBU, das allein auf Amtsberichte abgestützt, nicht aber ein formelles Gutachten eingeholt hat, geschützt. Sie hat dies damit begründet, alle beigezogenen Fachstellen hätten die Schutzwürdigkeit des gesamten Gebäudes bestätigt, was gegen die Notwendigkeit eines Gutachtens gesprochen habe.

Die Beschwerdeführer verlangen eine Expertise über die bauhistorische Schutzwürdigkeit des Gasthauses C____. Einen entsprechenden Anspruch leiten sie einerseits aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör und andererseits aus dem Umstand ab, dass gegenüber allen Amtsberichten Vorbehalte anzubringen seien.

- 4.2 Art. 10 Abs. 2 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG, bGS 143.1) lässt Gutachten als Beweismittel bei der Ermittlung des Sachverhaltes zu. Das Gesetz äussert sich aber nicht zur Frage, wann ein Gutachten einzuholen ist. Nach Lehre und Rechtsprechung ist ein Sachverständiger beizuziehen, wenn die Erhebung des Sachverhalts besondere Sachkenntnis erfordert²⁵. Den Gutachter zeichnet u.a. die Unabhängigkeit aus²⁶; diese unterscheidet ihn etwa von Verwaltungsangehörigen, die aufgrund ihrer besonderen Fachkenntnisse an der Vorbereitung von Verfügungen mitwirken²⁷. Es stellt sich die Frage, wann ein eigentliches Gutachten einzuholen ist und wann ein Amtsbericht genügt. Dazu wird postuliert, im *erstinstanzlichen* Verfahren könne auf die Einholung von Gutachten verzichtet werden, da auf die Einschätzung des sachverständigen Verwaltungsbeamten abgestellt werden könne²⁸. Dem kann grundsätzlich zugestimmt werden. Zunächst ist festzustellen, dass das VRPG in Art. 10 Abs. 2 den Amtsbericht ausdrücklich als Beweismittel erwähnt. Sodann kommt einem Amtsbericht mindestens volle Beweiskraft zu²⁹. Werden die rechtserheblichen Tatsachen durch Amtsberichte genügend nachgewiesen, ist es nicht erforderlich, weitere Beweise abzunehmen. Die Untersuchungsmaxime (Art. 10 Abs. 1 VRPG) verlangt von der Behörde die Feststellung

²⁵ FEDI/MEYER/MÜLLER, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Thurgau, 2014, N. 17 zu § 12; AUER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, N. 55 zu Art. 12 VwVG.

²⁶ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 769.

²⁷ AUER, a.a.O., N. 55 zu Art. 12 VwVG; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 769.

²⁸ FEDI/MEYER/MÜLLER, a.a.O., N. 17 zu § 12.

²⁹ AUER, a.a.O., N. 58 zu Art. 12 VwVG.

des Sachverhaltes; liegt dazu ein genügender Beweis vor, ist der gesetzliche Auftrag erfüllt³⁰. Weder aus dem Untersuchungsgrundsatz noch aus der Bundesverfassung lässt sich ein vorbehaltloses Recht auf Durchführung einer externen Expertise ableiten³¹. Im Beschwerdeverfahren ist der Sachverhalt nicht von Grund auf zu ermitteln, sondern es ist nur zu überprüfen, ob die Vorinstanz ihn richtig erhoben hat (Art. 56 Abs. 1 VRPG)³². Auch das Gericht kann deshalb auf die von den Vorinstanzen erhobenen Amtsberichte abstellen, wenn diese als genügend für die Sachverhaltsfeststellung erachtet werden.

4.3 Im vorliegenden Fall hat das DBU nicht nur *einen* Amtsbericht eingeholt, sondern deren drei³³. Alle Berichte stammen von sachkundigen Behörden. Zudem hat G___, Historiker aus Appenzell, ein Gutachten erstellt³⁴. Alle drei Behörden und auch der Gutachter haben die Schutzwürdigkeit des Gasthauses C___ übereinstimmend bejaht. Unter diesen Umständen war der Entscheid der Vorinstanzen, von der Einholung eines weiteren Gutachtens abzusehen, mindestens vertretbar³⁵. Die Legitimation des Obergerichts hingegen verlangt eine inhaltlich vertiefte Bearbeitung und ein besseres Verfahren³⁶. Vorliegend ist zu beachten, dass es sich beim Gasthaus C___ um das einzige derartige Kulturobjekt im Kanton handelt und somit Vergleichsobjekte völlig fehlen. Unter diesen Umständen hat das Gericht es als angezeigt erachtet, weitere Abklärungen vorzunehmen und von der EKD³⁷ ein Gutachten einzuholen. Damit ist dem Antrag der Beschwerdeführer entsprochen worden.

5. Art. 86 Baugesetz als Grundlage für den Schutz historischer Bauten?

Aus dem Wortlaut der Art. 79 Abs. 1 lit. h und 86 Abs. 2 Baugesetz folgt unmissverständlich, dass nicht nur Kulturdenkmäler schützenswerte Objekte sind, sondern auch andere historisch wertvolle Einzelbauten.

Die Beschwerdeführer wenden ein, das Baugesetz stütze sich nur auf Art. 31 KV, nicht aber auf Art. 30 KV. Art. 86 Abs. 2 Baugesetz fehle somit eine verfassungsmässige

³⁰ Urteil des Bundesgerichts 1C_55/2011 vom 1. April 2011 E. 2.

³¹ Urteil des Bundesgerichts vom 21. Dezember 1993 in Sachen WWF Schweiz gegen Wuhrkorporation Cloterli- und Hundsüelbach, publiziert als Entscheid Nr. 778 in der Entscheidsammlung des VLP-ASPAN.

³² AUER, a.a.O., N. 9 zu Art. 12 VwVG.

³³ Berichte von: Denkmalpfleger, act. 7.2.I.4b, Bundesamt für Kultur, act. 7.2.I.4c, Kommission für Denkmalpflege, act. 7.2.I.4d.

³⁴ Beilage zu act. 7.2.I.4d.

³⁵ Vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 1C_225/2011 vom 8. September 2011 E. 2.4.

³⁶ THOMAS PFISTERER, Erlebnisse aus der Entwicklung der «Justiz zwischen Management und Rechtsstaat», in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2016/4 S. 3.

³⁷ Vgl. zur Organisation der EKD Art. 24 der Verordnung über den Natur- und Heimatschutz (NHV, SR 451.1), zu deren Aufgabenbereich Art. 25 Abs. 1 und 2 NHV.

Grundlage und stelle deshalb keine ausreichende Grundlage dar für eigentumsmässige Eingriffe in Gebäude, die nicht bauhistorisch, sondern nur historisch wertvoll seien.

Die Nichterwähnung von Art. 30 KV (Denkmalpflege und Landschaftsschutz) im Ingress des Baugesetzes hat keine Auswirkungen, weil auch der Denkmalschutz eine kantonale Aufgabe ist. Anders ausgedrückt: Art. 86 Baugesetz ist eine formell-gesetzliche Grundlage auch für den Schutz von historischen Bauten. Art. 86 Baugesetz steht mit übergeordnetem Recht nicht im Widerspruch, weil der Denkmalschutz ebenfalls Sache der Kantone ist.

6. Schutzbereich von Art. 86 Baugesetz

Wie bereits mehrfach dargetan, nennen Art. 79 Abs. 1 lit. h und 86 Abs. 2 Baugesetz auch „historisch wertvolle Einzelbauten“ als schützenswerte Objekte. In Art. 79 Abs. 1 lit. d Baugesetz werden zudem „kulturgeschichtlich wertvolle Einzelbauten“ als schutzwürdige Gegenstände erwähnt. Das Baugesetz schützt damit mehr als die klassischen Kulturdenkmäler und will mehr wahren als nur das „besonders Schöne“³⁸; Art. 86 Baugesetz orientiert sich nicht mehr an einer „kunsthistorischen Baustilkunde“³⁹. Umgekehrt formuliert muss ein Gebäude kein Kulturdenkmal sein, um schützenswert zu sein⁴⁰. Es kann unter Art. 86 Abs. 2 Baugesetz auch der heimatkundliche Wert geschützt werden⁴¹. Der historische Wert einer Baute - im Sinne von Art. 86 Abs. 2 Baugesetz - kann sich auch aus der Heimatkunde (Sammelbezeichnung für Kenntnisse, welche die örtlichen Begebenheiten betreffen⁴²) ergeben, weil diese auch eine zeitliche Dimension hat. Denn Heimatkunde kann unterteilt werden in geschichtliche, geographische und naturkundliche Aspekte.

7. Schutzwürdigkeit des Gasthauses C____

7.1 Gemäss dem Gutachten der EKD handelt es sich beim Gasthaus C____ um einen historisch wertvollen Einzelbau im Sinne eines Kulturobjekts⁴³. Der Bau mit öffentlichem Charakter sei ein seltener Zeuge einer tief verwurzelten ortsgebundenen regionalen Tradition. Der Eigenwert liege in der Typologie und einer verhältnismässig jungen Ausstattung über den

³⁸ Nach FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, a.a.O., S. 205.

³⁹ Nach WALTER ENGELER, a.a.O., S. 63.

⁴⁰ Vgl. zur vergleichbaren Situation im Kanton Basel-Stadt BGE 118 IA 384 E. 5a; vgl. auch WALTER ENGELER, a.a.O., S. 18 ff.

⁴¹ So etwa, bei ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage, der Kt. Zug, § 2 Abs. 1 Denkmalschutzgesetz.

⁴² Nach <<https://de.wiktionary.org/wiki/Heimatkunde>>, zuletzt besucht am 5. April 2017.

⁴³ Act. 33 S. 5 f.

historischen Kern sowie in der Nutzung. Beim historischen Wert spielen insbesondere auch der volkskundliche und sozialgeschichtliche Wert im Zusammenhang mit der traditionellen Alpfahrt und dem Sennenball eine wichtige Rolle. Dass der Sennenball seit einigen Jahren nicht mehr im Gasthaus C___ stattfindet, schmälere dessen historischen Wert nicht. Die historische Bedeutung eines Objektes setze keine künstlerischen oder ästhetischen Qualitäten voraus. Das Haus sei ein wertvolles bauliches Zeugnis, das Aussagen zur Entwicklung und Geschichte der Besiedelung der Landschaft, der dörflichen Gesellschaft sowie der Bau- und Handwerkskunst sichere. Die einzigartige Bedeutung des Gasthauses C___ hänge auch direkt mit seiner Lage an der Route zur bedeutungsmässig ebenfalls herausragenden Schwägalp zusammen. Die Schutzwürdigkeit gründe auf seiner ortsbaulichen Situierung im Zusammenhang mit seiner Funktion und der daraus resultierenden volkskundlichen Bedeutung. Die EKD empfehle deshalb mit Nachdruck, die Schutzwürdigkeit des Gasthauses C___ zu bestätigen.

- 7.2 Die Beschwerdeführer wenden zunächst ein, der Regierungsrat habe das Gasthaus C___ 1986 nicht als Baudenkmal bezeichnet. Dies ist unerheblich, weil - wie unter E. 6 dargelegt - eine *bauhistorische* Bedeutung vom Gesetz nicht verlangt wird. Auch das Hauptargument der Beschwerdeführer, wonach das Gasthaus C___ im Standwerk von F___ nicht erwähnt sei, erweist sich nicht als stichhaltig: F___ hat sich gemäss dem Titel seines dreibändigen Werkes⁴⁴ ausdrücklich mit den *Kunstdenkmälern* befasst. Ein Kunstdenkmal ist das Gasthaus C___ nicht. Die das Werk von F___ betreffenden Ergänzungsfragen der Beschwerdeführer⁴⁵ gehen deshalb an der Sache vorbei. Aus den gleichen Gründen stellt die von der EKD unterlassene Typenzuordnung (in die Typen gemäss F___) keinen Fehler dar, sondern ist folgerichtig. Ebenfalls nicht gehört werden kann der Einwand der Beschwerdeführer, 1991 habe keine Beurteilung durch ein Fachorgan stattgefunden. Eine solche Beurteilung schreibt das Gesetz nicht vor. Zudem lag der Schutzzonenplan öffentlich auf und es wurde kein Rechtsmittel ergriffen. Schliesslich machen die Beschwerdeführer geltend, ein Objekt sei nur schützenswert, wenn es vom Äusseren her, von der Erscheinung bzw. der Gestaltung aus gesehen, eine Wirkung habe, die von der Öffentlichkeit wahrgenommen werde. Die Beschwerdeführer sprechen damit die optische Erkennbarkeit der besonderen Bedeutung eines Gegenstandes an. Das Gesetz nennt dieses Erfordernis nicht. Auch die Rechtsprechung erwähnt kein solches Kriterium. Mithin muss die Erkennbarkeit nicht geprüft werden.

⁴⁴ Die Kunstdenkmäler des Kantons Appenzell Ausserrhoden, aufgeteilt in 3 den Bezirken Hinter-, Mittel- und Vorderland gewidmeten Bänden, erschienen in den Jahren 1973, 1980 und 1981.

⁴⁵ Act. 40 S. 2 Fragen 1.1 bis 1.3.

Hervorzuheben ist, dass die Beschwerdeführer die von EKD in den Vordergrund gestellte volksculturelle Bedeutung ausdrücklich anerkannt haben⁴⁶.

7.3 Der Denkmalschutz erstreckt sich heute auch auf Objekte neuerer Zeit und auf Gebäude, welche für ihre Entstehungszeit charakteristisch sind. 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. Eine Baute soll als Zeuge und Ausdruck einer historischen, gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und technischen Situation erhalten bleiben. Bei Einzelobjekten kann sich die Schutzwürdigkeit auch aus dem Zusammenwirken des Eigen- und des Situationswertes ergeben⁴⁷. Da Denkmalschutzmassnahmen oftmals mit schwerwiegenden Eigentumseingriffen verbunden sind, dürfen sie aber nicht lediglich im Interesse eines begrenzten Kreises von Fachleuten erlassen werden. Sie müssen breiter abgestützt sein und von einem grösseren Teil der Bevölkerung befürwortet werden, um Anspruch auf eine gewisse Allgemeingültigkeit erheben zu können⁴⁸.

7.4 Dem in sich schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten der EKD ist zu folgen. Es stimmt dem Ergebnis nach überein mit der Meinung der drei vom DBU beigezogenen Stellen sowie des Gutachters G____. Auf die entsprechenden Darlegungen kann an dieser Stelle verwiesen werden⁴⁹. Demgemäss ist die Schutzwürdigkeit des Gasthauses C____ im Sinne von Art. 86 Abs. 2 Baugesetz weiterhin zu bejahen.

7.5 Die abweichende Meinung des Gemeinderates D____ führt nicht zur Annahme, es fehle die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verlangte breite Abstützung. Das Gasthaus C____ und insbesondere die Sennenbälle werden in den Medien immer wieder erwähnt. Dann ist auch zu berücksichtigen, dass sich viele Private bzw. die Allgemeinheit ganz massgeblich am Wiederaufbau beteiligt haben. Dies ist Ausdruck des öffentlichen Interesses am Objekt. Aus dem Umstand, dass der vorliegende Entscheid auf Fachgutachten und Amtsberichte abgestützt wird, kann nicht gefolgert werden, die Schutzmassnahme läge lediglich im Interesse eines begrenzten Kreises von Fachleuten⁵⁰.

⁴⁶ Act. 1 S. 6 und 11.

⁴⁷ WALTER ENGELER, a.a.O., S. 140.

⁴⁸ Urteil des Bundesgerichts 1C_543/2009 vom 15. März 2010 E. 2.3.

⁴⁹ Act. 7.2.I.4b, act. 7.2.I.4c, act. 7.2.I.4d und Beilage zu act. 7.2.I.4d.

⁵⁰ Urteil des Bundesgerichts 1C_55/2011 vom 1. April 2011 E. 6.3.2.

8. Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit

8.1 Aus der Schutzwürdigkeit des Gasthauses C___ folgt grundsätzlich das für eine Eigentumsbeschränkung erforderliche öffentliche Interesse (Art. 36 BV)⁵¹. Dieses öffentliche Interesse geht dem privaten, insbesondere finanziellen Interesse vor⁵². Zu fragen ist, ob sich das öffentliche Interesse auf das ganze Objekt oder nur auf Teile davon bezieht.

Das Gasthaus C___ ist 1991 als Ganzes unter Schutz gestellt worden. Nach dem Gutachten der EKD lässt sich die historische Bedeutung des Gasthauses nicht auf einzelne Gebäudeteile, etwa den Saal oder Teile davon, beschränken⁵³. Die ortsgebundene Form und Erscheinung des Gasthauses in enger Verbindung mit dem Saal, der in einer Privatinitiative und mit grosser Unterstützung der Allgemeinheit sorgfältig und teilweise in hoher kunsthandwerklicher Qualität erneuert worden sei, mache das historisch wertvolle Kulturobjekt aus.

Das Bundesgericht hat sich der bereits in früheren Verfahren geäusserten Meinung der EKD, wonach ein Bauwerk nach den praktizierten Grundsätzen der Denkmalpflege grundsätzlich als Ganzes zu betrachten sei, zu dem auch weniger bedeutungsvolle Räume gehören können, angeschlossen⁵⁴. Nach dieser Auffassung entspricht der Schutz einzelner Bauteile ohne Rücksicht auf das Zusammenwirken von Innerem und Äusserem den heutigen Auffassungen über den Denkmalschutz nicht mehr.

Es ist kein Grund ersichtlich, im vorliegenden Fall von den allgemeinen Grundsätzen der Denkmalpflege abzuweichen. Zudem überzeugt die Begründung der EKD für die Schutzwürdigkeit des gesamten Hauses. Damit ist der Eventualantrag der Beschwerdeführer auf Beschränkung des Schutzes auf das Innere des Saales abzuweisen.

8.2 Eingriffe in Grundrechte müssen verhältnismässig, d.h. geeignet, notwendig und dem Betroffenen zumutbar sein⁵⁵. Die Beschwerdeführer haben die Verhältnismässigkeit mit keinem Wort in Frage gestellt. Nachdem im Verfahren vor dem Obergericht keine Rügepflicht gilt, ist die Verhältnismässigkeit von Amtes wegen zu prüfen.

⁵¹ BGE 120 Ia 270 E. 4a; Urteile des Bundesgerichts 1C_55/2011 vom 1. April 2011 E. 6.1 und 1C_543/2009 vom 15. März 2010 E. 2.3.

⁵² Urteil des Bundesgerichts 1C_267/2014 vom 18. November 2014 E. 4.5.

⁵³ Art. 33 S. 6.

⁵⁴ BGE 120 Ia 270 E. 4b.

⁵⁵ RAINER J. SCHWEIZER, in: St. Galler Kommentar BV, 3. Aufl. 2014, N. 37 zu Art. 36 BV; Urteil des Bundesgerichts 1C_55/2011 vom 1. April 2011 E. 7.1.

Art. 86 Abs. 3 Baugesetz statuiert die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung des Charakters und der schutzwürdigen Substanz des Schutzobjekts; zudem sind diese dem Schutzzweck entsprechend zu pflegen und zu unterhalten.

Die Beschwerdeführer haben keine konkreten Umbau- oder Umnutzungspläne geltend gemacht, die mit Art. 86 Abs. 3 Baugesetz nicht vereinbar wären. Kommt hinzu, dass die Beschwerdeführer das Gasthaus C___ gekauft haben, als es schon unter Schutz stand⁵⁶. Die bisherige Nutzung, insbesondere auch als Gasthaus, ist weiterhin möglich, gewisse Umbau- und Umnutzungsmöglichkeit bestehen ebenfalls. Massvolle und dem Gesetz nicht widersprechende Veränderungen sind zulässig. Hingegen ist der Ersatz durch einen Neubau nicht möglich und durch das Urteil des Bundesgerichts vom 1. Dezember 2008 (1C_231/2008) steht rechtskräftig fest, dass an der Südfassade anstelle der ohne Baubewilligung angebrachten Eternitschindeln Holzschindeln anzubringen sind. Rentabilitätsüberlegungen sind als gering zu gewichten⁵⁷. Eine mildere Massnahme ist nicht ersichtlich; hier ist auf die obigen Ausführungen unter Erwägung 8.1 zur verweisen, wonach das Gasthaus C___ als Ganzes unter Schutz zu stellen ist. Damit erweist sich die Belassung des Gasthauses C___ als Schutzgegenstand auch als verhältnismässig.

9. Kosten

9.1 Die Kosten sind den unterliegenden Beschwerdeführern aufzuerlegen (Art. 53 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 VRPG). Im Umstand, dass das Obergericht eine Expertise eingeholt hat, liegt kein teilweises Obsiegen, weil den Vorinstanzen bei der Sachverhaltsabklärung kein Fehlverhalten vorgeworfen werden kann⁵⁸. Gestützt auf Art. 4a des Gesetzes über die Gebühren in Verwaltungssachen (bGS 233.2) wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'000.-- festgesetzt.

9.2 Entsprechend der Kostenverteilung steht den Beschwerdeführern keine Entschädigung zu (Art. 53 Abs. 3 VRPG).

⁵⁶ Urteil des Bundesgerichts 1C_267/2014 vom 18. November 2014 E. 4.6.

⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts 1C_55/2011 vom 1. April 2011 E. 7.1.

⁵⁸ Vgl. oben Erwägung 4.

10. Vollzug

Dem Obergericht stehen keine aufsichtsrechtlichen Befugnisse gegenüber der Verwaltung zu. Es wird deshalb lediglich Vormerk davon genommen, dass die Beschwerdeführer und ihre Rechtsnachfolger vom Regierungsrat darauf hingewiesen worden sind, dass rechtskräftig feststeht, dass die Eternitschindeln an der Südfassade nicht nachträglich bewilligt werden können und die Grundeigentümer verpflichtet sind, dort die Eternitschindeln zu entfernen und durch Holzschindeln zu ersetzen. Seit die vom DBU (heute DBV) rechtskräftig festgesetzte Frist von 3 Monaten zur Wiederherstellung unbenutzt abgelaufen ist, obliegt die Anordnung der Massnahmen nach Art. 108 Abs. 4 Baugesetz dem genannten Departement.

Demnach erkennt das Obergericht:

1. Die Beschwerde von A1____ und A2____ wird abgewiesen.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Beschwerdeführer und ihre Rechtsnachfolger vom Regierungsrat darauf hingewiesen worden sind, dass rechtskräftig feststeht, dass die Eternitschindeln an der Südfassade nicht nachträglich bewilligt werden können und die Grundeigentümer verpflichtet sind, dort die Eternitschindeln zu entfernen und durch Holzschindeln zu ersetzen. Seit die vom Departement Bau und Volkswirtschaft rechtskräftig festgesetzte Frist von 3 Monaten zur Wiederherstellung unbenutzt abgelaufen ist, obliegt die Anordnung der Massnahmen nach Art. 108 Abs. 4 Baugesetz dem genannten Departement.
3. Den Beschwerdeführern wird eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.-- auferlegt, für die sie solidarisch haften. Der Kostenvorschuss von Fr. 600.-- wird angerechnet.
4. Das Begehren der Beschwerdeführer um Ausrichtung einer Parteientschädigung wird abgewiesen.
5. **Rechtsmittel:**
Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).
6. Zustellung an die Beschwerdeführer über deren Anwalt, die Vorinstanz, das Departement Bau und Volkswirtschaft sowie das Bundesamt für Raumentwicklung.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtsvizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Toni Bienz

versandt am: 10.04.17