



CONRAD MENGIARDI CLAVADETSCHER
ADVOKATUR NOTARIAT

Verwaltungsgericht
Eingang 12. Mai 2023

Poststempel 11. Mai 2023

Nr. R 22-15

R 22-16

Fey Advokatur & Notariat AG

MLaw Christian Fey
Rechtsanwalt und Notar
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
Hartbertstrasse 1, Postfach 434
CH - 7001 Chur

Tel: +41 (0)81 252 06 45

Fax: +41 (0)81 252 94 74

christian.fey@cmcrecht.ch

www.cmcrecht.ch

Einschreiben

Verwaltungsgericht des
Kantons Graubünden
Villa Brunnengarten
Obere Plessurstrasse 1
7000 Chur

Chur, 11. Mai 2023

Verfahren R 22 15 / R 22 16

Beschwerde: Stiftung Helvetia Nostra und Anita Ammann und 15 weitere Beschwerdeführer gegen Stadt Chur, Kanton Graubünden, Asga Pensionskasse Genossenschaft und Séverine Lendi, betreffend Quartierplan Cadonau

Sehr geehrte Damen Verwaltungsrichterinnen und Herren Verwaltungsrichter

Nachfolgend erhalten Sie die

Stellungnahme zur Einholung eines Gutachtens bei der Eidg. Kommission für Denkmalpflege (EKD)

für

den **Kanton Graubünden**, Departement für Infrastruktur, Energie und Mobilität (DIEM), vertreten durch das Hochbauamt, Ringstrasse 10, 7001 Chur,

Beschwerdegegner 2

und

die **Asga Pensionskasse Genossenschaft**, Rosenbergstrasse 16, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin 3

I. RECHTSBEGEHREN

1. Auf die Einholung eines Gutachtens bei der Eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege sei zu verzichten.
2. Eventualiter seien die in der instruktionsrichterlichen Verfügung vom 21.04.2023 gestellten Expertenfragen Nrn. 1.2/2.1/2.2 zu streichen.
3. Im Übrigen unverändert gemäss Vernehmlassung vom 21.04.2022 und Duplik vom 14.06.2022.

II. BEGRÜNDUNG

1. Formelles

162 Mit Verfügung vom 21.04.2023 hat das Gericht den Parteien mitgeteilt, ein Gutachten bei der EKD einzuholen und Frist zur Einreichung von allfälligen Ergänzungs- und/oder Korrekturwünschen bis am 03.05.2023 angesetzt.

163 Mit Gesuch vom 02.05.2023 hat der Unterzeichnete namens der oben genannten Beschwerdegegnerschaften eine Fristverlängerung bis und mit 15.05.2023 beantragt. Dieses Gesuch ist im Zeitpunkt der heutigen Eingabe noch nicht beantwortet worden.

164 Da das Fristerstreckungsgesuch selber vor Ablauf der ersten Frist eingereicht worden war, verwaltungsgerichtliche Fristen in der Regel einmal erstreckt werden und für die Stadt Chur (weitere Verfahrenspartei) am 08.05.2023 bereits eine erstmalige Fristverlängerung gewährt worden ist, gilt auch die vorliegende Eingabe als fristgerecht eingereicht.

Beweis:

Datum Poststempel

2. Materielles

165 Das Verwaltungsgericht beabsichtigt, ein Gutachten bei der EKD einzuholen. Dies gestützt auf Art. 17a NHG (fakultative Einholung des Gutachtens in besonderen Fällen). Nach Auffassung der Beschwerdegegnerschaft ist dieses Vorgehen unzulässig.

166 Art. 25 Abs. 1 lit. e NHV sieht vor, dass die EKD besondere Gutachten gemäss Art. 17a NHG erstatten kann, sofern ein Vorhaben, das keine Bundesaufgabe nach Artikel 2 NHG

darstellt, ein Objekt beeinträchtigen könnte, das in einem Inventar des Bundes nach Artikel 5 NHG aufgeführt oder anderweitig von besonderer Bedeutung ist.

167 Mit anderen Worten sind die Gutachten der EKD für den Regelfall vorgesehen, dass eine Bundesaufgabe erfüllt wird (Art. 7, 8 und 9 NHG). In einem solchen Fall ist die Einholung eines EKD-Gutachtens obligatorisch.

168 Die beiden Fälle für ein EKD-Gutachten (Gutachten nach Art. 7, 8 oder 9 NHG bei Bundesaufgabe oder nach Art. 17a NHG ohne Bundesaufgabe) schliessen sich gegenseitig aus (vgl. Leimbacher, in: Keller/Zufferey/Fahrländer [Hrsg.], Kommentar NHG, N. 4 zu Art. 17a).

169 Vorliegend steht keine Bundesaufgabe zur Debatte. Das Verwaltungsgericht scheint ebenfalls nicht von einer Bundesaufgabe auszugehen, wenn in der Verfügung vom 21.04.2023 das Gutachten gestützt auf Art. 17a NHG eingeholt werden soll.

170 Die Beschwerdeführer behaupten zwar etwas anderes, es ist aber keine Bundesaufgabe ersichtlich, die hier erfüllt werden soll. Angefochten ist ein Quartierplan, der eine rechtskräftige Nutzungsplanung in der Bauzone weiterentwickelt. Damit handelt es sich um eine kommunale Aufgabe der Nutzungsplanung. Der Quartierplan tangiert ein ISOS-Objekt. Das ISOS gilt zwar nicht unmittelbar, verpflichtet die kommunale Plangenehmigungsbehörde aber, beim Erlass des Quartierplans eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des ISOS durchzuführen (Urteil Bundesgericht 1C_128/2019). Diese Interessensabwägung hat im angefochtenen Genehmigungsentscheid des Stadtrats vom 18.01.2022 in der bundesrechtlich geforderten Form stattgefunden (vgl. angefochtener Entscheid des Stadtrats vom 18.01.2022, S. 15). Die Genehmigungsbehörde (Stadt Chur) hat sich dabei auch auf das Gutachten der Kunsthistorikerin lic. phil. Ludmila Seifert-Uherkovich vom 20.02.2017 gestützt. Dieses Gutachten war im Auftrag der Denkmalpflege Graubünden erarbeitet worden. Die Denkmalpflege Graubünden ist die kantonal zuständige Fachstelle in Denkmalschutzfragen. Die fachliche Abstützung für die Beurteilung sämtlicher relevanter Interessen rund um den Quartierplan «Cadonau» liegt also vor.

171 Das Verwaltungsgericht begründet in seiner Verfügung vom 21.04.2023 den Beizug der EKD eigentlich nur damit, dass zwischen dem Kanton als Grundeigentümer des zu planenden Gebiets und dem Kanton als Fachstelle im Denkmalschutz ein Interessenskonflikt vorliegen könnte. Allerdings sagt das nichts über die Qualität des Gutachtens der Expertin Seifert aus. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum dieses Gutachten zur Beurteilung der sich hier stellenden denkmalschützerischen Fragen nicht genügen

soll. Inhaltliche Mängel im Gutachten werden in der Verfügung vom 21.04.2023 keine genannt. Ist das Gutachten aber wissenschaftlich korrekt erstellt worden, kann auch ein Interessenkonflikt ausgeschlossen werden.

- 172 Gemäss Art. 11 i.V.m. Art. 1 VRG gilt im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren der Untersuchungsgrundsatz: Der Sachverhalt ist von Amtes wegen zu ermitteln. Die Behörde erhebt die notwendigen Beweise, wobei sie an Begehren zur Ermittlung des Sachverhalts nicht gebunden ist.
- 173 In Art. 12 VRG werden zulässige Beweismittel unter anderen auch Sachverständigengutachten genannt. Insofern ist es eine Frage des Prozessrechts bzw. des Beweisrechts, welche Beweismittel das Gericht erheben und ob es allenfalls ein Sachverständigengutachten einholen will.
- 174 Ein Gutachten der EKD ist aber kein solches Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 12 VRG. Ob ein solches Gutachten eingeholt werden muss, ist eine materielle Rechtsfrage des materiellen Bundesrechts und nicht verfahrensrechtlicher bzw. beweisrechtlicher Natur. Die EKD kann nur in den vom NHG und der NHV bestimmten Fällen aktiv werden (vgl. Leimbacher. a.a.O., N. 3 zu Art. 17a). Sind die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt, ist die EKD nicht zuständig.
- 175 Beim fakultativen Gutachten nach Art. 17a NHG ist zwingend die Zustimmung des Kantons einzuholen. Diese Zustimmung ist von der kantonalechtlich zuständigen Stelle zu erteilen. Sie kann deshalb auch nicht von einem Gericht (Rechtsmittelinstanz) angeordnet werden (vgl. Urteil Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, VD.2015.153, E. 3.2.3; Urteil VG ZH, VB.2018.00168, E. 3.2.1; Urteile BGer 1C_398/2015 E. 3.2. und 1C_583/2017 E. 3.3.).
- 176 Im vorliegenden Fall liegt die Zustimmung des Kantons zu einem freiwilligen Gutachten der EKD nicht vor. Die Zustimmung des Kantons zu einer freiwilligen Begutachtung durch die EKD kann aber nach der oben zitierten Rechtsprechung nicht durch das Verwaltungsgericht angeordnet werden. Die Einholung eines EKD-Gutachtens liegt nicht mehr im richterlichen Ermessen. Das Gericht würde seine Kompetenzen überschreiten.
- 177 Sollte das Verwaltungsgericht anderweitig ein *unabhängiges* Obergutachten einholen wollen, ist nichts dagegen einzuwenden. Die Beschwerdegegner wehren sich aber gegen die Einholung eines EKD-Gutachtens, weil dafür die materiellrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Die EKD ist nämlich von ihrer gesetzlichen Aufgabenstellung her betrachtet nicht unabhängig, sondern ganz dem Denkmalschutz verpflichtet. Also soll die EKD auch nur dort zum Zuge kommen, wo es ihre gesetzlich vorgesehene Aufgabe ist.

178 Dies ist im vorliegenden Fall besonders wichtig, weil die Beschwerdeführer die Verfügung des Verwaltungsgerichts vom 21.04.2023 bereits in die Medien getragen und als Sieg in der denkmalschutzrechtlichen Frage feiern (vgl. Südostschweiz vom 05.05.2023).

Beweis:

Artikel SO 05.05.2023

B 5

179 Abgesehen davon sind auch die vom Gericht formulierten Fragen bis auf die erste unzulässig und deshalb abzulehnen – auch für den Fall, dass eine andere Gutachterin als die EKD eingesetzt werden sollte:

- Frage 1.2: Es ist nicht die Aufgabe der EKD, Schutzziele für ein ISOS-Objekt zu konkretisieren – schon gar nicht ausserhalb von Bundesaufgaben. Dafür gibt es die kantonalen Fachstellen und die kommunale Nutzungsplanung.
- Frage 2.1: Das Gericht lagert mit dieser Frage die Interessenabwägung zwischen Erhaltung und Verdichtung auf die EKD aus. Das ist nicht Aufgabe der EKD. Interessensabwägung ist eine Rechtsfrage und liegt in der Kompetenz der Baubewilligungsbehörde und der Beschwerdeinstanz (also des Gerichts selber).
- Frage 2.2: Das Gleiche. Die EKD hat sich nicht zur Wohnungsnot zu äussern. Das ist ein Teilgehalt der Interessenabwägung, die wie gesagt, in der Rechtsanwendungskompetenz des Gerichts liegt. Dessen kann sich das Gericht nicht durch eine Frage an eine Gutachterin entledigen.

Freundliche Grüsse


RA M. Law Christian Fey

Fünffach

BEWEISMITTEL

A. Die bereits im Schriftenwechsel Genannten

B. Urkunden

B 5 Artikel SO 05.05.2023

C. Weitere Beweise

Datum Poststempel