

Lizentiatsprüfung vom 7. Januar 2011 im Fach Öffentliches Recht II

Musterlösung und Korrekturanleitung

ZP = Zusatzpunkt(e)

Frage 1	Total Punkte:	36
----------------	----------------------	-----------

1. Lokalisierung des Problems

Gefragt wird umfassend nach der Rechtmässigkeit des Gemeinderatsbeschlusses. Zu prüfen ist demnach, ob der Beschluss sowohl in formaler Hinsicht – d.h. in Bezug auf die Zuständigkeit, die Form und das Verfahren – wie auch in materieller Hinsicht mit dem geltenden Recht übereinstimmt. Im Vordergrund steht die (materielle) Frage der Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie. Weiter wird zu prüfen sein, ob der Umstand, dass der Gemeinderat das Gebäude in Kenntnis der Abbruchabsichten von A unter Schutz stellte, mit Blick auf den Vertrauensschutz oder das Rechtsmissbrauchsverbot relevant ist. Schliesslich stellt sich die Frage der Rückwirkung.

ZP

2. Rechtmässigkeit des Beschlusses in formaler Hinsicht

Total Punkte:

8

2.1 Zuständigkeit

a) *Gemeinwesen*

Die *Regelung des Denkmalschutzes* ist Sache der Kantone, da die Bundesverfassung – entsprechend der Kompetenzverteilungsregel von Art. 42 Abs. 1 BV – keine diesbezügliche Bundeskompetenz begründet. Zudem bekräftigt Art. 78 Abs. 1 BV ausdrücklich, dass für den Natur- und Heimatschutz – der Denkmalschutz stellt einen Teilbereich desselben dar – die Kantone zuständig sind (ZP). Der Kanton Y war demnach zuständig, die Regelung gemäss §§ 42–45 NDG zu erlassen.

2

Laut Sachverhalt handelt es sich beim in Frage stehenden Gebäude um einen der letzten typischen Zeugen der alten ländlichen Streubauweise in der Gemeinde. Anhaltspunkte für eine überkommunale Bedeutung des Schutzobjekts lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Demnach ist die *Gemeinde* (und nicht der Kanton) für die *Unterschutzstellung* zuständig, was sich indirekt aus der Regelung der Organzuständigkeit der Gemeindevorsteherchaft in § 45 Abs. 2 NDG ergibt.

1,5*

b) *Organ*

Gemäss § 45 Abs. 2 NDG ist die "Gemeindevorsteherchaft" – d.h. die *Gemeinde-exekutive* – für die *Unterschutzstellung* zuständig, da es sich (wie dargelegt) um ein Schutzobjekt von kommunaler Bedeutung handelt.

1,5*

(* gesamthaft 3 Pt.)

2.2 Rechtsform des Beschlusses

Gemäss § 43 Abs. 1 NDG hat der Schutz wahlweise durch Verfügung oder durch Vertrag zu erfolgen, wenn die Schutzmassnahme ein einzelnes Objekt betrifft. Vorliegend handelt es sich um ein Einzelobjekt, weshalb die Wahl der Verfügungsform korrekt ist. Beim Beschluss des Gemeinderates handelt es sich um einen individuell-konkreten, auf Rechtswirkungen gerichteten, verbindlichen und erzwingbaren Hoheitsakt, mithin um eine Verfügung; dies unabhängig von seiner Bezeichnung als "Beschluss".

2.3 Verfahren

Anhaltspunkte dafür, dass im Verwaltungsverfahren (Verfahren der Unterschutzstellung) Verfahrensmängel aufgetreten sind – z.B. eine Verletzung des rechtlichen Gehörs –, lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. ZP

2.4 Ergebnis

In formaler Hinsicht ist der Beschluss nicht zu beanstanden. 1

3. **Rechtmässigkeit des Beschlusses in materieller Hinsicht** **Total Punkte:** 28

3.1 Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie **Total Punkte:** 20

Der Gemeinderatsbeschluss schränkt A's Freiheit ein, über sein Grundstück zu verfügen: Er wird zu Unterhalts- und Schutzmassnahmen verpflichtet, darf keine beliebigen Änderungen am Gebäude vornehmen und dieses namentlich auch nicht abbrechen. Die in Art. 26 Abs. 1 BV gewährleistete Eigentumsgarantie – in ihrer Hauptbedeutung als Bestandesgarantie – ist somit klarerweise *tangiert*. 4

Zu prüfen ist demnach, ob der Eingriff den Anforderungen von Art. 36 BV genügt und damit zulässig ist. 1

Gesetzliche Grundlage: Diese findet sich – was die materielle Einschränkung des Eigentums betrifft – in § 42 lit. c (Umschreibung der Schutzobjekte) und in § 44 NDG (Inhalt und Umfang der Schutzmassnahmen). Es handelt sich dabei um generell-abstrakte, genügend bestimmte Normen auf Gesetzesstufe; das Erfordernis des Rechtssatzes und das Erfordernis der Gesetzesform sind somit erfüllt. 4

Öffentliches Interesse: Der Schutz des kulturellen und baulichen Erbes (Denkmalschutz) liegt zweifellos im öffentlichen Interesse. Dies wird in der Bundesverfassung durch Art. 78 Abs. 1–3 BV explizit unterstrichen (ZP). Die Unterschutzstellung des fraglichen Bauernhauses liegt demnach im öffentlichen Interesse, wenn die Voraussetzungen von Art. § 42 lit. c NDG (wichtiger Zeuge einer politischen, wirtschaftlichen, sozialen oder baukünstlerischen Epoche bzw. landschafts- oder siedlungsprägende Bedeutung) erfüllt sind. Dies kann aufgrund der Angaben im Sachverhalt angenommen werden ("einer der letzten typischen Zeugen der alten ländlichen Streubauweise in der Gemeinde"). 3

- Verhältnismässigkeit*: Die Unterschutzstellung ist zweifellos *geeignet*, das Schutzobjekt zu erhalten. Sie ist auch *erforderlich*, da das gleiche Ziel nicht mit einem milderen, d.h. weniger einschneidenden Mittel erreicht werden kann. Der *Verhältnismässigkeit im engeren Sinn* hat der Gemeinderat dadurch Rechnung getragen, dass er das Veränderungsverbot nicht auf das gesamte Schutzobjekt (= Gebäude) ausgedehnt, sondern auf die (seines Erachtens) wirklich schutzwürdigen Teile beschränkt hat, nämlich auf die Fassaden, die Dachflächen und bestimmte Teile im Innern des Gebäudes (kann auch unter dem Aspekt der Erforderlichkeit angeführt werden). Damit verblieb A die Möglichkeit, eine zumindest teilweise Anpassung an heutige Wohnbedürfnisse vorzunehmen und weiterhin eine Rendite zu erzielen. Der Beschluss erweist sich somit als verhältnismässig. 6
- Von einem Eingriff in den *Kerngehalt* der Eigentumsgarantie kann vorliegend nicht die Rede sein. 1
- Ergebnis: Der Beschluss ist mit der Eigentumsgarantie vereinbar. 1
- 3.2 Vertrauensschutz
- Es fragt sich, ob der Umstand, dass die Gemeindebehörden von A's Abbruchplänen Kenntnis hatten (und A dies wohl seinerseits wusste), berechtigtes und schutzwürdiges Vertrauen von A erzeugte, behördlicherseits nicht daran gehindert zu werden (2 Pt.). Dies ist zu verneinen. Vertrauensschutz (Art. 9 BV) setzt eine *Vertrauensgrundlage* voraus, d.h. ein Verhalten eines staatlichen Organs, welches bestimmte Erwartungen auslöst. An einem solchen fehlt es im vorliegenden Fall, da der Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte dafür enthält, dass A beispielsweise eine behördliche Zusicherung erhalten hätte. Ein Vertrauenstatbestand liegt demnach nicht vor, und der Beschluss des Gemeinderates erweist sich auch unter diesem Aspekt als rechtmässig. 4
- 3.3 Rechtsmissbrauch
- Weiter stellt sich die Frage, ob die Tatsache, dass der Gemeinderat die Unterschutzstellung in Kenntnis des Umstandes vornahm, dass A das Gebäude abbrechen wollte, als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist (2 Pt.). Auch im öffentlichen Recht gilt das Verbot des Rechtsmissbrauchs. Als rechtsmissbräuchlich ist insbesondere die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts zu qualifizieren. Im vorliegenden Fall kann das Verhalten des Gemeinderates indessen nicht als missbräuchlich bezeichnet werden. Vielmehr kommt es häufig vor, dass eine Unterschutzstellung erst dann erfolgt, wenn einem potenziellen Schutzobjekt Schaden droht. Den Kantonen und Gemeinden fehlen oftmals die personellen und finanziellen Kapazitäten, um bei allen (potenziellen) Schutzobjekten zum Voraus detaillierte Abklärungen der Schutzwürdigkeit vorzunehmen. 4
- 3.4 Rückwirkungsverbot
- Schliesslich kann man im Umstand, dass die §§ 42–45 NDG offensichtlich jünger sind als das Gebäude, auf welches sie angewendet werden, ein Rückwirkungsproblem erblicken. Es handelt sich indes um eine *unechte Rückwirkung*: Das (neuere) ZP

Recht wurde auf einen zeitlich offenen Dauersachverhalt angewendet, d.h. auf einen Sachverhalt, der zwar unter der Geltung früheren Rechts entstanden ist, in der Gegenwart aber noch andauert. Die unechte Rückwirkung von Erlassen ist grundsätzlich zulässig, sofern ihr nicht Gründe des Vertrauensschutzes entgegenstehen. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da der Bürger ohne besonderen Grund – namentlich ohne entsprechende Zusicherung – keine berechtigte Veranlassung hat, auf den unveränderten Fortbestand des bisherigen Rechts zu vertrauen (kein Schutz des sog. Kontinuitätsvertrauens).

(Für Ausführungen zum Thema formelle oder materielle Enteignung werden *hier* keine Punkte gutgeschrieben.)

Frage 2	Total Punkte:	16
----------------	----------------------	-----------

Lokalisierung des Problems: Die *Ausgestaltung des kantonalen Instanzenzuges* ist – da dem Bund diesbezüglich keine Regelungskompetenz zusteht – grundsätzlich Sache der Kantone. Ein Eingriff in die Organisationsautonomie der Kantone (vgl. Art. 47 Abs. 2 BV) bedarf daher einer (bundesverfassungsrechtlichen) Rechtfertigung. Diese ergibt sich aus der *Rechtsweggarantie* (Art. 29a BV).

ZP

Art. 29a BV verleiht bei "Rechtsstreitigkeiten" einen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde (1 Pt.). Einem Rekurs von A läge eine Streitigkeit über die Rechtmässigkeit des Gemeinderatsbeschlusses vom 25. November 2009 zu Grunde; dabei handelt es sich um eine Rechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 29a BV (1 ZP). Das Bundesgericht selbst kann die Anforderungen der Rechtsweggarantie jedoch nicht erfüllen, da es grundsätzlich nur eine auf das Bundesrecht beschränkte Rechtskontrolle (vgl. Art. 95 BGG) und nur eine sehr stark eingeschränkte Sachverhaltskontrolle vornehmen darf (vgl. Art. 97 und Art. 105 BGG) (2 Pt.). Deshalb muss – wo das Rechtsmittelverfahren auf kantonaler Ebene beginnt – die Rechtsweggarantie im *kantonalen Verfahren* gewährleistet werden (1 Pt.).

4

Allerdings ist die Frage damit noch nicht beantwortet; denn nach Art. 29a Satz 2 BV können (auch) die Kantone "durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen". Allein gestützt auf Art. 29a BV erweist sich die Regelung im Kanton Y demnach noch nicht als bundesrechtswidrig. Sie könnte vielmehr als eine derartige *Ausnahmeregelung* aufgefasst werden.

ZP

Bei der Unterschutzstellung des in Frage stehenden Gebäudes handelt es sich um einen Entscheid in Angelegenheiten des (kantonalen) öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 82 lit. a BGG (1 Pt.). Demnach steht gegen den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (1 Pt.). Somit kommt die *Vorinstanzenregelung gemäss Art. 86 Abs. 2 und 3 BGG* zur Anwendung: Die Kantone müssen als unmittelbare Vorinstanz ein oberes Gericht einsetzen, es sei denn, es handle sich um einen Entscheid "mit vorwiegend politischem Charakter" (3 Pt.). Dies ist vorliegend zu verneinen, da es sich bei der Unterschutzstellung um einen klassischen Rechtsanwendungsakt

8

(Verwaltungsakt) handelt (1 Pt.). Weil die zweijährige Übergangsfrist gemäss Art. 130 Abs. 3 BGG am 31. Dezember 2008 abgelaufen ist (1 Pt.), erweist sich die Regelung des Instanzenzuges im Kanton Y heute als bundesrechtswidrig (1 Pt.).

An dieser Stelle muss nicht geprüft werden, ob ein Tatbestand des Ausnahmekatalogs gemäss Art. 83 BGG vorliegt und die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten demnach gar nicht offen steht. Denn in diesem Fall könnte gemäss Art. 113 BGG die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ergriffen werden, welche hinsichtlich der Vorinstanzen Art. 86 BGG als sinngemäss anwendbar erklärt (Art. 114 BGG). Somit ergibt sich, dass Art. 86 BGG in allen Fällen zur Anwendung kommt, in denen eine Verfügung gestützt auf eidgenössisches, kantonales oder kommunales öffentliches Recht angefochten wird. Für *kantonalrechtliche Ausnahmereglungen* im Sinn von Art. 29a Satz 2 BGG bleibt demnach *kein Raum* mehr. ZP

Für das kantonale Verwaltungsgericht (als oberes Gericht im Sinn von Art. 86 Abs. 2 BGG) stellt sich in einem solchen Fall die Frage, ob es auf eine Beschwerde eintreten muss. Täte es dies, würde es gegen – wenn auch bundesrechtswidriges – kantonales Organisations- und Verfahrensrecht (§ 54 VRG) verstossen, welches den Weiterzug an das Verwaltungsgericht in diesem Fall ausschliesst. Täte es dies hingegen nicht, würde es gegen Bundesrecht verstossen (Art. 29a BV und Art. 86 Abs. 2 und 3 BGG). Aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) muss das Verwaltungsgericht demnach auf eine derartige Beschwerde eintreten, auch wenn dies dem kantonalen Recht widerspricht. 4

(Dass dadurch "ad hoc" ein dreistufiger kantonaler Instanzenzug entstanden ist, erweist sich nicht als bundesrechtswidrig, zumal das Bundesrecht den Kantonen diesbezüglich keine Vorgaben macht und – mit Blick auf die Rechtsweggarantie – insofern auch nicht in die kantonale Organisationsautonomie eingreifen dürfte. Dem kantonalen Gesetzgeber steht es vielmehr frei, den kantonalen Instanzenzug in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein-, zwei- oder mehrstufig auszugestalten.) ZP

Frage 3	Total Punkte:	8
----------------	----------------------	----------

Lokalisierung des Problems: A würde mit dieser Rüge eine *unrichtige Feststellung des Sachverhalts* durch den Gemeinderat geltend machen. 1

(Das Tatbestandsmerkmal "wichtiger Zeuge" einer politischen, wirtschaftlichen, sozialen oder baukünstlerischen Epoche gemäss § 42 lit. c NDG stellt zwar einen unbestimmten Rechtsbegriff dar. Doch ist nicht die Würdigung der Zeugen-Eigenschaft als solche [und damit eine Rechtsfrage] strittig, sondern die dieser zugrunde liegende tatsächliche Annahme betreffend den Anteil an Originalsubstanz.) ZP

Gemäss Art. 110 BGG müssen die *Kantone* – soweit sie nach Art. 86 BGG als letzte kantonale Instanz ein Gericht einzusetzen haben – gewährleisten, dass dieses selbst oder eine vorgängig zuständige andere richterliche Behörde den Sachverhalt frei prüft. Dies ist erforderlich, um der Rechtsweggarantie zu genügen, welche eine zu- 3

mindest einmalige Sachverhaltskontrolle verlangt (ZP). Eine solche kann vom Bundesgericht nur beschränkt vorgenommen werden, weshalb sie im vorinstanzlichen Verfahren sichergestellt sein muss (ZP). Da – wie bei Frage 2 dargelegt – kein Ausnahmefall im Sinn von Art. 86 Abs. 3 BGG vorliegt, kommt Art. 110 BGG zur Anwendung, und die Kantone müssen eine zumindest einmalige gerichtliche Überprüfung des Sachverhalts gewährleisten.

Demgegenüber ist die Kognition des *Bundesgerichts* im Zusammenhang mit der Sachverhaltskontrolle sehr stark eingeschränkt. Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts – von hier nicht interessierenden Ausnahmen gemäss Abs. 2 abgesehen – nur gerügt werden, wenn sie "offensichtlich unrichtig" ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG (z.B. einer Verletzung des rechtlichen Gehörs) beruht (vgl. auch die analoge Verfahrensbestimmung in Art. 105 Abs. 2 BGG [½ ZP]). Offensichtliche Unrichtigkeit ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung praktisch mit Willkür gleichzusetzen. A stellt sich (zumindest sinngemäss) auf den Standpunkt, dass die Annahme der Behörde – überwiegendes Vorhandensein von Originalsubstanz – offensichtlich unrichtig ist, weshalb das Bundesgericht auf seine Sachverhaltsrüge eintreten müsste. (Gleichwertige Lösung: Für eine krass fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung durch die Behörde liegen aufgrund des Prüfungssachverhalts keinerlei Anhaltspunkte vor. Das Bundesgericht würde auf eine derartige Rüge von A somit nicht eintreten.)

4

(Da "offensichtliche Unrichtigkeit" der Sachverhaltsfeststellung nahe bei Willkür liegt, gelten für die Substanziierung einer solchen Rüge nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung praktisch die qualifizierten Anforderungen gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG. Das Bundesgericht würde demnach genau genommen nur dann auf A's Rüge eintreten, wenn diese in der Beschwerdeschrift einlässlich begründet worden ist.)

ZP

Stünde auf Bundesebene lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offen, so könnte A nur eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts geltend machen (Art. 116 BGG). Da indes kein Anwendungsfall von Art. 83 BGG (Ausnahmekatalog) vorliegt, kann die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ergriffen werden, weshalb Art. 97 BGG anwendbar ist (der allerdings, wie dargelegt, eine nur unwesentlich weiter gefasste Sachverhaltskontrolle erlaubt).

ZP

Frage 4	Total Punkte:	24
----------------	----------------------	-----------

Lokalisierung des Problems: Es stellt sich die Frage, ob die Unterschutzstellung eine *materielle Enteignung* zur Folge hat und die Eigentumsgarantie, welche als Bestandesgarantie die Einschränkung nicht zu verhindern vermochte, immerhin noch als (subsidiäre) Wertgarantie (ZP) zum Tragen kommt. Verfassungsgrundlage ist Art. 26 Abs. 2 BV, wonach Eigentumsbeschränkungen, die in ihren Auswirkungen einer (formellen) Enteignung gleichkommen, voll zu entschädigen sind.

3

Eine *formelle Enteignung* liegt nicht vor, weil A das Eigentum an seinem Grundstück nicht entzogen worden ist. 2

Ausser Betracht fallen ferner eine Entschädigung aus *Vertrauensschutz* (mangels Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes) sowie aus *Staatshaftung* (mangels Widerrechtlichkeit). ZP

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine *materielle Enteignung* dann anzunehmen,

- wenn einem Eigentümer der bisherige (1 Pt.) oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch (1 Pt.) seiner Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil ihm eine wesentliche aus dem Eigentum fließende Befugnis entzogen wird (1 Pt.). Die Möglichkeit einer künftigen besseren Nutzung der Sache ist indessen nur zu berücksichtigen, wenn im massgebenden Zeitpunkt anzunehmen war, sie lasse sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen (1 Pt.). 4
- Geht der Eingriff weniger weit, kann dennoch eine materielle Enteignung vorliegen, falls ein einziger oder einzelne Grundeigentümer durch die Eigentumsbeschränkung so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erschiene und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (sog. "Sonderopfer"). 2

Im vorliegenden Fall ist A nicht stärker oder anders betroffen als andere Eigentümer schutzwürdiger Gebäude. Ein Sonderopfertatbestand liegt demnach nicht vor. (Wollte man einen Sonderopfertatbestand bejahen, müsste man als Vergleichsgrösse auf die Gesamtheit aller Eigentümer abstellen, also auch auf die Eigentümer nicht schutzwürdiger Gebäude. Dies hätte zur Folge, dass praktisch jede Unterschützstellung eine Enteignungsentschädigung auslösen würde, so dass Schutzobjekte de facto nicht mehr unter Denkmalschutz gestellt werden könnten. Bei guter Argumentation ebenfalls max. 2 Pt.) 2

Näher zu prüfen sind hingegen die Voraussetzungen einer "gewöhnlichen" materiellen Enteignung:

Wahrscheinlichkeit einer künftigen besseren Nutzung: Im vorliegenden Fall wird nicht die bisherige, sondern eine zukünftige Nutzung des fraglichen Grundstücks eingeschränkt. Um berücksichtigt werden zu können, muss diese mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft realisierbar gewesen sein. Dabei sind für die Beurteilung der Realisierungswahrscheinlichkeit alle rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten in Betracht zu ziehen, welche die Überbauungschancen beeinflussen können. Dem Sachverhalt lässt sich entnehmen, dass das Gebäude in einer Bauzone liegt und dass A einen Neubau verwirklichen will. Einem zonenkonformen Neubauvorhaben stehen – soweit ersichtlich – keine rechtlichen oder tatsächlichen Hindernisse entgegen. Die Realisierungswahrscheinlichkeit ist somit zu bejahen. 4

Besondere Intensität der Einschränkung: "Ein Entschädigungsanspruch besteht [...] nur dann, wenn eine wesentliche aus dem Eigentum fließende Befugnis aufgehoben 6

wird, also etwa, wenn eine Überbaumöglichkeit vollkommen entzogen wird. Dagegen gelten nach ständiger Rechtsprechung selbst massive Nutzungsbeschränkungen regelmässig nicht als besonders schwerer und daher gemäss Art. 22^{ter} [a]BV entschädigungspflichtiger Eingriff, falls auf den fraglichen Liegenschaften noch eine wirtschaftlich sinnvolle und gute Nutzung möglich bleibt. Die Eigentumsgarantie als Wertgarantie gewährleistet nicht, dass eine Baulandparzelle dauernd bestmöglich ausgenutzt werden kann; mit Änderungen im zulässigen Nutzungsmass und in der Art der baulichen Nutzung muss der Eigentümer grundsätzlich rechnen, solange er vom Grundstück noch einen bestimmungsgemässen Gebrauch machen kann" (BGE 123 II 481, E. 6b, m.w.H.). Im Lichte dieser (ständigen) bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die besondere Intensität der Einschränkung – trotz entgangenem Gewinn in Höhe von 30 % der erzielbaren Rendite – zu verneinen. A verbleibt nach wie vor die Möglichkeit, seine unter Schutz gestellte Liegenschaft zu renovieren, teilweise an heutige Wohnbedürfnisse anzupassen und eine Rendite zu erzielen (gegenteilige Argumentation – losgelöst von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – ebenfalls vertretbar).

Ergebnis: Es liegt keine materielle Enteignung vor; A hat demnach keinen Anspruch auf eine Entschädigung für die entgangene Rendite (gegenteiliges Ergebnis ebenfalls vertretbar). 1

(Finden sich bei Frage 1 Ausführungen zur materiellen Enteignung und wird hier oder bei Frage 1 eindeutig kenntlich gemacht, dass diese Thematik nicht bei Frage 1, sondern bei Frage 4 hätte abgehandelt werden müssen, werden jene Ausführungen bei Frage 4 angerechnet.)

Frage 5	Total Punkte:	10
----------------	----------------------	-----------

Lokalisierung des Problems: A hat den Gemeinderatsbeschluss vom 25. November 2009 nicht angefochten. Dieser erwuchs somit nach Ablauf der Rechtsmittelfrist – also ca. Ende Dezember 2009 – in formelle Rechtskraft, und zwar unabhängig davon, ob er inhaltlich zutreffend war oder nicht (unter Vorbehalt grober Mängel, die zur Nichtigkeit geführt hätten, wofür aufgrund des Sachverhalts aber keinerlei Anhaltspunkte vorliegen [ZP]). Es stellt sich nun die Frage, ob im jetzigen Zeitpunkt noch geltend gemacht werden kann, die Voraussetzungen für eine Unterschutzstellung seien nicht erfüllt gewesen. Dies würde auf eine *vorfrageweise Überprüfung* des mittlerweile in Rechtskraft erwachsenen Beschlusses vom 25. November 2009 hinauslaufen. 4

Der Unterschutzstellungsbeschluss vom 25. November 2009 stellt eine Sachverfügung, der Baustopp vom 2. Juli 2010 demgegenüber eine Vollzugsverfügung dar (2 Pt.). Im öffentlichen Prozessrecht gilt generell der *Grundsatz des einmaligen Rechtsschutzes gegen Verfügungen* (1 Pt.). Dies bedeutet, dass eine (Sach-)Verfügung nur innert der hiegegen laufenden Rechtsmittelfrist angefochten und im Zusammenhang mit einer späteren Vollzugs- oder Vollstreckungsverfügung nicht mehr akzessorisch überprüft werden kann (2 Pt.). Eine Ausnahme gilt lediglich dann, 5

wenn sog. "unverjährbare und unverzichtbare Grundrechte" betroffen sind (ZP), was vorliegend klarerweise nicht der Fall ist.

Ergebnis: Die Rechtsmittelinstanz muss (bzw. darf) die Rüge nicht prüfen. 1

Frage 6	Total Punkte:	10
----------------	----------------------	-----------

Lokalisierung des Problems: Funktion der aufschiebenden Wirkung im Zusammenhang mit einem Befehl, ein bestimmtes Verhalten zu *unterlassen*. ZP

Der Gemeinderat war gestützt auf § 25 Abs. 2 VRG befugt, einem allfälligen Rekurs gegen seinen Beschluss die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Dies bedeutet, dass der verfügte Baustopp *sofort wirksam und vollstreckbar* wurde. 2

Die Rekursinstanz ihrerseits kann gemäss der gleichen Bestimmung eine "gegenteilige Anordnung" treffen, d.h. in der vorliegenden Konstellation die aufschiebende Wirkung wiederherstellen. Dabei kann hier offen bleiben, ob sie dies nur auf Antrag oder auch von Amtes wegen anordnen kann, da A einen entsprechenden Antrag gestellt hat (ZP). 1

Als materielle Voraussetzung nennt § 25 Abs. 2 VRG lediglich das Vorhandensein "besonderer Gründe"; dieser unbestimmte Rechtsbegriff ist sowohl für den Entzug als auch für die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung massgebend, und zwar für die verfügende Behörde wie für die Rechtsmittelinstanz (1 Pt.). Wegleitender Gesichtspunkt ist, dass das *Ergebnis des Verfahrens nicht präjudiziert* werden darf (1 Pt.). Vorliegend ging es dem Gemeinderat darum, die weitere Zerstörung des Schutzobjekts per sofort zu verhindern (1 Pt.). Dies war Grund genug, um einem allfälligen Rekurs die aufschiebende Wirkung zu entziehen; denn andernfalls hätte A mit seinen Abbrucharbeiten bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Rechtsmitelentscheids ungehindert fortfahren können (1 Pt.). Der gleiche Gesichtspunkt ist nun auch für die Rekursinstanz massgebend. Bei einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung würde das Ergebnis des Rekursverfahrens offensichtlich präjudiziert; ja ein abweisender Rekursentscheid in der Sache würde dadurch geradezu sinn- und gegenstandslos (2 Pt.). 6

Ergebnis: Das Departement hat den Antrag von A auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen. 1

Frage 7

Total Punkte: 18

Lokalisierung des Problems: Grundsätzlich stehen verschiedene Arten *verwaltungsrechtlicher Sanktionen* zur Verfügung: repressive und exekutorische sowie – als Mischform – sog. administrative Rechtsnachteile. 2

– *Repressive* Sanktionen (Disziplinar massnahmen, Verwaltungsstrafen, Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen) führen nicht zu einer Instandstellung des Gebäudes – welche ein aktives Tun erfordert – und fallen deshalb ausser Betracht; allenfalls kann zusätzlich zu einer geeigneten exekutorischen Sanktion eine Busse verhängt werden, wenn das kantonale Recht hierfür eine Rechtsgrundlage enthält. Nicht zum Ziel führen im vorliegenden Fall auch administrative Rechtsnachteile. ZP

– Unter den *exekutorischen* Sanktionen scheiden die Schuldbetreibung und der unmittelbare Zwang gegen Personen oder Sachen ebenfalls aus, da sich eine Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes auch dadurch nicht erreichen lässt. Näher zu prüfen sind hingegen die ordentliche sowie die antizipierte Ersatzvornahme. ZP

Eine *antizipierte Ersatzvornahme* (unmittelbarer Vollzug) setzt voraus, dass die Abwehr einer unmittelbar drohenden Gefahr oder die Behebung eines bereits eingetretenen polizeiwidrigen Zustandes sofortiges behördliches Handeln erfordert oder aber dass der primär Handlungspflichtige von vornherein nicht in der Lage ist, den rechtmässigen Zustand selber zu bewahren oder wiederherzustellen. Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. A ist sehr wohl in der Lage, die Instandstellung des Gebäudes selbst vornehmen zu lassen, zumal auch keine zeitliche Dringlichkeit vorliegt. 4

Somit muss ihn der Gemeinderat als erstes verpflichten, die Instandstellung des Gebäudes vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen. Hierzu ist keine besondere *gesetzliche Grundlage* erforderlich. Vielmehr ergibt sich diese Pflicht in der Sache bereits aus Dispositiv Ziffer III des Unterschutzstellungsbeschlusses vom 25. November 2009, wonach die *geschützten Teile* im Original zu erhalten sind und das Schutzobjekt – d.h. das *gesamte Gebäude* – ordnungsgemäss unterhalten werden muss. Diese (mittlerweile rechtskräftige) Anordnung stützt sich ihrerseits auf § 42 lit. c in Verbindung mit § 44 NDG. 4

(Soweit geschützte Teile im Innern des Gebäudes bereits zerstört worden sind – was sich dem Sachverhalt allerdings nicht entnehmen lässt –, ist eine Erhaltung im Original nicht mehr möglich. Diesfalls wäre A wohl zu verpflichten, jene Teile so sorgfältig wie möglich rekonstruieren zu lassen.) ZP

Obwohl die Grundverpflichtung zur Erhaltung des intakten Gebäudes mithin bereits besteht, muss die *Pflicht zur Wiederherstellung* (Realerfüllung) mittels Verfügung (Vollzugsverfügung) nochmals ausdrücklich angeordnet werden, wobei auch eine Frist zur Durchführung der Wiederherstellungsmassnahmen zu setzen ist. Dies hätte bereits im Rahmen der Verfügung vom 2. Juli 2010 (Baustopp) geschehen können, 3

kann aber ebensogut zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden (ZP).

(Das Erfordernis, die Realleistung verfügungsweise anzuordnen und hierfür eine Frist anzusetzen, ergibt sich einerseits daraus, dass die Realleistung sonst nicht [mittels Ersatzvornahme] vollstreckt werden kann; andererseits muss A die Möglichkeit haben, die Modalitäten dieser Anordnung – etwa die Länge der Wiederherstellungsfrist – anzufechten, wobei eine akzessorische Infragestellung der Grundverfügung vom 25. November 2009 auch hier ausser Betracht fällt.) ZP

Weiter muss der Gemeinderat für den Fall, dass A der Realleistungspflicht nicht nachkommt, diesem die Ersatzvornahme aus Gründen der Verhältnismässigkeit (ZP) *androhen*. Dies kann uno actu mit der Anordnung der Realleistung, aber auch später separat erfolgen (ZP). 2

Schliesslich kann der Gemeinderat – nach Eintritt der formellen Rechtskraft der Vollzugsverfügung und nach Ablauf der gesetzten Frist – zur *Ersatzvornahme* schreiten, d.h. er kann die Instandstellung selbst ausführen lassen, sei dies durch gemeindeeigene Fachleute oder durch Auftragserteilung an Private. 3

Sollte A die Arbeiten behindern, etwa indem er den Handwerkern den Zugang zur Liegenschaft verwehrt, wären die Instandstellungsarbeiten nötigenfalls unter Polizeischutz auszuführen (unmittelbarer Zwang gegen A). ZP