



G.-Nr. R1S.2015.05013
BRGE I Nr. 0145/2015

Entscheid vom 6. November 2015

Mitwirkende Abteilungspräsident Bruno Grossmann, Baurichter Ulrich Weiss, Baurichter Walter Baumann, Gerichtsschreiberin Andrea Kuhn

in Sachen

Rekurrierende

1. N. R. und B. B., [....]
2. S. G., [....]
3. R. C. und V. C., [....]
4. R. O. und K. O., [....]
5. I. L., [....]
6. U. W., [....]
7. J. J., [....]
8. D. R. und A. R., [....]

gegen

Rekursgegnerschaft

1. Bausektion der Stadt Zürich, Amtshaus IV, 8021 Zürich
2. H. E., [....]

betreffend

Bausektionsbeschluss Nr. BE 1906/14 vom 16. Dezember 2014; Feststellung des Baumschutzes für Bergahorn

hat sich ergeben:

A.

Mit Beschluss vom 16. Dezember 2014 stellte die Bausektion der Stadt Zürich auf Gesuch des Eigentümers H. E. fest, dass der in der Westecke des Grundstücks Kat.-Nr. 0000 stehende Bergahorn nicht gefällt oder in einem nicht baumverträglichen Ausmass im Sinne der Erwägungen zurückgeschnitten werden dürfe.

B.

Gegen diesen Entscheid erhoben B. B., N. R., S. G., R. C., V. C., R.O., K. O., I. L., U. W., J. J., D. R. und A. R. mit gemeinsamer Eingabe vom 4. Februar 2015 fristgerecht Rekurs beim Baurekursgericht des Kantons Zürich und stellten folgende Anträge:

- " 1. Der baurechtliche Entscheid vom 16. Dezember 2014 (Bauentscheid 1906/14) sei vollumfänglich aufzuheben, und es sei auf das Gesuch des Rekursgegners 1 nicht einzutreten;
Eventualiter sei der angefochtene baurechtliche Entscheid aufzuheben und das Gesuch des Rekursgegners 1 abzuweisen;
2. Dem Rekurs sei aufschiebende Wirkung zu erteilen, bzw. von einem Entzug der aufschiebenden Wirkung sei abzusehen;
3. Eventualiter (falls nicht ohnehin der beantragte Nichteintretens- oder Abweisungsentscheid erfolgt) sei das Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des Zivilverfahrens vor Bezirksgericht Zürich zu sistieren;
4. Es seien die vollständigen Vorakten bei der Vorinstanz beizuziehen;
5. Eine Vernehmlassung der Rekursgegner sei den Rekurrenten zur Stellungnahme zuzustellen;
6. Eventualiter (falls nicht ohnehin der beantragte Nichteintretens- oder Abweisungsentscheid erfolgt) sei ein Augenschein über die örtlichen Verhältnisse vor Ort vorzunehmen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche MwSt) zu Lasten der Rekursgegner."

C.

Mit Verfügung vom 10. Februar 2015 wurde der Rekurseingang vorgemerkt und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet.

D.

Mit Eingabe vom 10. März 2015 beantragte die Vorinstanz die Abweisung des Rekurses unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekurrierenden.

H. E. beantragte mit Eingabe vom 10. April 2015 ebenfalls die Abweisung des Rekurses, sofern überhaupt darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekurrierenden.

E.

Mit Replik vom 5. Mai 2015 bzw. Dupliken vom 26. bzw. 27. Mai 2015 hielten die Parteien an ihren Anträgen fest.

F.

Am 18. August 2015 führte die 1. Abteilung des Baurekursgerichtes im Beisein der Parteien einen Augenschein auf dem Lokal durch.

G.

Auf die Vorbringen der Parteien und die anlässlich des Lokaltermins gemachten Feststellungen wird, soweit für den Entscheid erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

Es kommt in Betracht:

1.

Der rekursbetroffene Bergahorn befindet sich im Bereich der nordwestlichen Ecke des im Eigentum des privaten Rekursgegners stehenden Grundstücks Kat.-Nr. 0000.

Mit Beschluss vom 16. Dezember 2014 hat die Bausektion der Stadt Zürich auf Gesuch des privaten Rekursgegners hin festgestellt, dass der Bergahorn weder gefällt noch in einem nicht baumverträglichen Ausmass im Sinne der Erwägungen zurückgeschnitten werden dürfe. Gestützt hat sie diesen Entscheid auf die zukünftige Baumschutzbestimmung von Art. 11a

der Bau- und Zonenordnung (BZO-E²⁰¹⁴) in Verbindung mit § 234 PBG des Planungs- und Baugesetzes (PBG). Anlass für das Feststellungsgesuch des privaten Rekursgegners bildete der am Bezirksgericht Zürich hängige Zivilprozess, in dem der Rückschnitt der auf das Nachbargrundstück Kat.-Nr. 0001 überhängenden Äste und Wurzeln des Bergahorns bis auf die Grundstücksgrenze im Sinn einer Kappung des Baumes verlangt wird.

2.

Die Rekurrierenden 1-7 sind Stockwerkeigentümer der Liegenschaft X, welche mit einem Teil der Südgrenze an das Grundstück Kat.-Nr. 0000 anstösst. Zudem ragt der Bergahorn mit seiner Krone auf ihr Grundstück. Die Rekurrierenden 8 sind Stockwerkeigentümer Y, welche sich in etwa 70 m Luftlinienentfernung vom betreffenden Bergahorn befindet.

Das Vorliegen der formellen Rekursvoraussetzungen wird vom privaten Rekursgegner nicht bestritten, jedoch bringt er hinsichtlich der Rekurrierenden 8 vor, dass im materiellen Teil der Rekursschrift nicht substantiiert behauptet worden sei, inwiefern der streitbetroffene Bergahorn die ordentliche Nutzung ihrer Grundstücke im Sinne von Art. 11a Abs. 5 BZO-E²⁰¹⁴ übermässig erschweren solle; dies sei denn auch ganz offenkundig nicht der Fall, weshalb auf diese Rekurse mangels Substantiierung nicht einzutreten sei. Inwiefern dies zutrifft, wird bei der Behandlung der einzelnen Rügen festzuhalten sein. Auf den Rekurs ist daher grundsätzlich einzutreten.

3.1.

Die Rekurrierenden halten dafür, dass eine fehlende planungsrechtliche Baureife i.S.v. § 233 f. PBG nur auf eigentliche Bauvorhaben d.h. bewilligungspflichtige Neu- oder Umbauten und Nutzungsänderung im Sinne von § 309 Abs. 1 lit. a und b PBG Anwendung finde. Nicht von dieser Bestimmung erfasst seien dagegen rechtliche oder tatsächliche Veränderungen von Grundstücken.

Rechtlich handle es sich bei der Voraussetzung der fehlenden planungsrechtlichen Baureife zudem um ein Beispiel der "negativen Vorwirkung", die darin bestehe, dass aufgrund einer Vorschrift des geltenden Rechts hängige Verfahren bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts entweder ausgesetzt bzw. Bewilligungen nur erteilt würden, wenn sie sowohl dem bestehenden

als auch dem künftigen Recht entsprechen. Damit die Bestimmung von § 233 f. PBG einer baulichen Massnahme in einem hängigen Verfahren überhaupt entgegengehalten werden könne, setze diese mithin eine bereits heute bestehende Bewilligungspflicht und zudem ein Baugesuch voraus. Nur im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens bestehe überhaupt Raum zur Prüfung der Vereinbarkeit eines Bauvorhabens mit beantragten planungsrechtlichen Massnahmen. Die rechtliche Folge der fehlenden Baureife eines Baugrundstückes sei eine Verweigerung der Bewilligung des Bauvorhabens, mithin eine negative Anordnung. Demgegenüber werde vorliegend de facto eine positive Anordnung getroffen, indem das Fällen von Bäumen und dergleichen gestützt auf gar noch nicht in Kraft stehendes Recht bewilligungspflichtig erklärt und verboten werde, statt dies gemäss geltendem Recht bewilligungsfrei zu dulden. Dies stelle eine klarerweise unzulässige positive Vorwirkung dar. Allein deswegen sei der Feststellungsentscheid aufzuheben.

Ohne gesetzliche Grundlage für eine Bewilligungspflicht bestehe zudem auch keine Zuständigkeit der Bausektion für den angefochtenen Entscheid. Denn ganz augenscheinlich liege in der angefochtenen Anordnung nicht ein baurechtlicher Entscheid über ein Baugesuch unter Beurteilung der planungsrechtlichen Baureife mit negativer Vorwirkung einer beantragten Revision vor, sondern es handle sich um nichts anderes als um eine Schutzanordnung für einen einzelnen Baum, wofür die Bausektion aber sachlich nicht zuständig ist. Dies ganz abgesehen davon, dass das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich im Entscheid VB.2012.00372 in analoger Situation bereits entschieden habe, dass es für eine solche Baumschutzanordnung in dicht besiedelten Wohngebieten an einem hinreichenden überwiegenden öffentlichen Interesse ermangle.

3.2.

Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass der Begriff der "baulichen Massnahme" nicht in einem engen Sinne zu verstehen sei. Jede baurechtlich relevante Massnahme, die beantragten planungsrechtlichen Festlegungen zuwiderlaufe, sei nicht mit § 234 PBG vereinbar. Das müsse nach dem Zweck dieser Norm auch gelten, wenn in einer Konstellation wie der vorliegenden eine nachteilige Präjudizierung der künftigen Vorschriften im Rahmen einer verbindlichen Feststellungsverfügung drohe. Mit dem neuen grundsätzlichen Fällungsverbot für bestehende grössere Bäume gemäss

Art. 11a BZO-E²⁰¹⁴ sei eine Einschränkung der freien Verfügbarkeit über den Baumbestand auf den betroffenen Grundstücken verbunden, welche die Baubewilligungspflicht gemäss § 309 Abs. 1 lit. n PBG zur Folge habe und einer bisher im freien Belieben des Grundeigentümers stehenden Fällung bzw. einem schädigenden Rückschnitt entgegenstehe; es handle sich durchaus um eine negative Vorwirkung im Sinne von § 234 PBG.

3.3.

Der private Rekursgegner führt diesbezüglich aus, dass sich § 234 PBG auf planungsrechtliche Festlegungen beziehen würde. Diese dürften nicht negativ präjudiziert werden. Die Rekurrierenden würden zu Recht nicht bestreiten, dass es sich bei der Festlegung von Baumschutzgebieten um eine planungsrechtliche Festlegung handle. § 76 PBG sehe den planungsrechtlichen Baumschutz ausdrücklich vor. Die Gartengestaltung sei städtebaulich relevant. Dementsprechend könne mit der baurechtlichen Bewilligung verlangt werden, dass vorhandene Bäume bestehen bleiben, neue Bäume und Sträucher gepflanzt sowie Vorgärten und andere geeignete Teile des Gebäudeumschwungs als Grünfläche erhalten oder hergerichtet würden.

Die Rekurrierenden würden verkennen, dass sich die negative Vorwirkung auf den geltenden § 234 PBG stütze und sie wollten davon ausgehend die negative Vorwirkung in eine unzulässige positive Vorwirkung verkehren. Ihre Argumentation sei jedoch offenkundig abwegig, weshalb darauf nicht weiter einzugehen sei.

Entgegen dem Dafürhalten der Rekurrierenden sei die Bausektion zum Erlass von baurechtlichen Entscheiden und zur Anwendung des öffentlichen Baurechts zuständig.

3.4.

Vorwirkung eines Erlasses bedeutet, dass ein Erlass Rechtswirkungen zeitigt, obwohl er noch nicht in Kraft getreten ist. Diese Rechtswirkung kann darin bestehen, dass zukünftiges Recht bereits wie geltendes Recht angewendet wird (positive Vorwirkung) oder, dass die Anwendung des alten Rechts ausgesetzt wird, bis das neue Recht in Kraft tritt (negative Vorwirkung). Eine positive Vorwirkung wird grundsätzlich als unzulässig angesehen und zwar auch dann, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht.

Gegen die Zulässigkeit einer positiven Vorwirkung spricht neben dem Legalitätsprinzip auch der Grundsatz der Rechtssicherheit. Die negative Vorwirkung ist hingegen zulässig, wenn sie vom geltenden Recht vorgesehen ist.

Gemäss dem Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich (PBG) dürfen Bauten und Anlagen nur auf Grundstücken erstellt werden, die baureif sind oder deren Baureife auf die Fertigstellung oder, wo die Verhältnisse es erfordern, bereits auf den Baubeginn hin gesichert ist (§ 233 Abs. 1 PBG). Gemäss § 234 PBG gilt ein Grundstück als baureif, wenn es erschlossen ist und wenn durch die bauliche Massnahme keine noch fehlende oder durch die Gemeindeexekutive beantragte planungsrechtliche Festlegung nachteilig beeinflusst wird. Diese Bestimmung bezweckt somit den Schutz fehlender oder in Änderung stehender planungsrechtlicher Festlegungen. Das Erfordernis der planungsrechtlichen Baureife löst eine befristete Bausperre aus, wenn eine noch ausstehende Planung oder eine Planänderung durch ein Bauvorhaben negativ präjudiziert würde. Künftige Planfestsetzungen entfalten auf diese Weise eine negative Vorwirkung. Dabei sind für die Annahme einer nachteiligen Beeinflussung künftigen Rechts nicht in erster Linie die Auswirkungen des betreffenden Vorhabens an sich massgebend; vielmehr kommt es auf dessen präjudizielle Bedeutung an. Zu fragen ist demnach nach den Folgen einer Vielzahl gleichartiger Projekte (RB 1995 Nr. 78).

Die Bestimmung von § 234 PBG dient indes nicht allgemein der Voranwendung künftigen Rechts, sondern ausschliesslich der Plansicherung (BGE 116 Ia 449 ff., E. 4a; RB 1984 Nr. 96). Geschützt werden sollen mit andern Worten planungsrechtliche Festlegungen, d.h. all jene Normen, die einen planerischen Gehalt aufweisen. Um negativ präjudiziert werden zu können, muss eine Planungsabsicht überdies einen bestimmten Konkretisierungsgrad erreicht haben; als von der Gemeindeexekutive beantragt im Sinne von § 234 PBG und damit hinreichend konkretisiert gilt eine planerische Festlegung in der Regel dann, wenn sie zuhanden der öffentlichen Auflage gemäss § 7 PBG verabschiedet worden ist (BRKE IV Nr. 166/1993 in BEZ 1994 Nr. 3, E. 2e/f; www.baurekursgericht-zh.ch). Sodann muss die vom Gemeinderat verabschiedete Vorlage eine ernsthafte Realisierungschance haben; andernfalls kann sie einem Bauvorhaben nicht entgegengehalten werden (RB 1999 Nr. 113, E. 3a).

3.5.

Das Fällen von Bäumen untersteht in der Stadt Zürich nach geltendem Recht grundsätzlich keiner Bewilligungspflicht. Art. 11a BZO-E²⁰¹⁴ sieht künftig vor, dass das Fällen von Bäumen mit einem Stammumfang von mehr als 80 cm in bezeichneten Baumschutzgebieten bewilligungspflichtig sei. Ebenso bedürften Eingriffe im Kronenbereich oder am Wurzelwerk solcher Bäume, welche sich wie eine Beseitigung auswirkten oder ein solche notwendig machen würden, einer Bewilligung (Abs. 1). Nach Abs. 5 sei die Bewilligung zur Fällung zu erteilen, wenn an der Erhaltung des Baumes kein überwiegendes Interesse bestehe, insbesondere wenn der Baum die physiologische Altersgrenze nach Art und Standort erreicht habe (a), der Baum im Sinne einer Pflegemassnahme zugunsten eines wertvollen Baumbestandes entfernt werden müsste (b), der Baum die Sicherheit von Menschen oder Sachen gefährden würde und keine andere zumutbare Möglichkeit der Gefahrenabwehr gegeben sei (c) oder der Baum die ordentliche Grundstücksnutzung übermässig erschweren würde (d).

Der betreffende Bergahorn liegt unbestrittenermassen im zukünftigen Baumschutzgebiet.

Auf das Feststellungsbegehren des privaten Rekursgegners hin wendete die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid gemäss eigenen Ausführungen Art. 11a BZO-E²⁰¹⁴ in Verbindung mit § 234 PBG an. So stellte sie fest, dass sich der Bergahorn auf dem Grundstück Kat.-Nr. 0000 in einem Baumschutzgebiet gemäss BZO-E²⁰¹⁴ befinde, er einen Stammumfang von 300 cm aufweise und das Fällen dieses Baumes somit bewilligungspflichtig sei. Weiter habe die materielle Prüfung ergeben, dass der im Zivilverfahren beantragte Rückschnitt der Äste und Wurzeln des Bergahorns auf die Parzellengrenze zum Grundstück Kat.-Nr. 0001 eine Schädigung des Baumes zur Folge hätte, die sich wie eine Beseitigung desselben auswirken würde. Ein fehlendes öffentliches Interesse an der Erhaltung des Baumes im Sinne von Art. 11a Abs. 5 BZO-E²⁰¹⁴ sei zu verneinen. Ausserdem sei auch keine der Voraussetzungen von Art. 11a Abs. 5 lit. a-d BZO-E²⁰¹⁴ erfüllt. Ein anderes überwiegendes Interesse, welches dem öffentlichen Interesse am Erhalt des Baums entgegenstehen würde, sei nicht ersichtlich. Folglich stellte die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss fest, dass der in der Westecke des Grundstücks Kat.-Nr. 0000 stehende Bergahorn nicht gefällt oder in einem nicht baumverträglichen Ausmass im Sinne der Erwägungen zurückgeschnitten werden dürfe.

Wie vorne dargetan, bezweckt § 234 PBG ausschliesslich die Sicherung planungsrechtlicher Festlegungen und erlaubt nicht etwa die generelle Voranwendung künftigen Rechts (VB.2010.00508 vom 9. Februar 2011, E. 2.3.2; VB 129/1983, in RB 1984 Nr. 96). Zwar trifft es zu und blieb auch unbestritten, dass es sich bei der Festlegung von Baumschutzgebieten um eine planungsrechtliche Festlegung im Sinne von § 234 PBG handelt. Auch steht der rekursbetroffene Bergahorn in einem künftigen Schutzgebiet. Die Bestimmung von § 234 PBG ist jedoch auf Fälle zugeschnitten, in welchen ein Baugesuch eingereicht wird und die Baubehörde dieses auf Übereinstimmung mit zukünftigen Normen zu überprüfen hat. Besteht die Gefahr einer negativen Präjudizierung des zukünftigen Rechts, hat die Baubehörde die Baubewilligung zu verweigern. § 234 PBG ermöglicht somit lediglich eine negative, nicht hingegen eine positive Vorwirkung künftigen Rechts. Auf einer solchen unzulässigen positiven Vorwirkung der vom Stadtrat beantragten, aber noch nicht rechtskräftigen Regelung beruht der vorliegend strittige Feststellungsentscheid. So nahm die Vorinstanz gestützt auf künftiges, noch nicht in Kraft gesetztes Recht eine materielle Prüfung sowie eine umfassende Interessenabwägung vor und stellte fest, dass der umstrittene Bergahorn sowohl der Bewilligungspflicht nach Art. 11a Abs. 1 BZO-E²⁰¹⁴ unterstehe, als auch eine Bewilligung zur Fällung nach Art. 11a Abs. 5 BZO-E²⁰¹⁴ nicht erteilt werden könne. Einem derartigen Vorgehen steht sowohl das Legalitätsprinzip als auch der Grundsatz der Rechtssicherheit entgegen.

Die Vorinstanz hätte somit in casu Art. 11a BZO-E²⁰¹⁴ in Verbindung mit § 234 PBG nicht voranwenden dürfen, weshalb der Rekurs gutzuheissen und der Beschluss der Bausektion der Stadt Zürich vom 16. Dezember 2014 aufzuheben ist.

4.

Nur ergänzungshalber ist festzuhalten, dass bereits nach heute geltendem Recht ein Instrument zum Schutz eines Baumes besteht. Gemäss § 203 Abs. 1 lit. f PBG können auch Bäume Schutzobjekte sein. Der Schutz erfolgt durch Massnahmen des Planungsrechts, Verordnung, Verfügung oder Vertrag (§ 205 PBG). Zuständig für das Treffen von Schutzmassnahmen für Objekte von kommunaler Bedeutung ist der Gemeinderat (§ 211 Abs. 2 PBG). Die von der Bausektion der Stadt Zürich vorliegend getroffene Fest-

stellungsverfügung kommt faktisch einer Schutzanordnung gleich. Hierfür wäre jedoch nicht sie sondern der Stadtrat zuständig.

5.

Da der angefochtene Beschluss bereits aus den obengenannten Gründen in Gutheissung des Rekurses aufzuheben ist, erübrigt sich die Prüfung der weiteren Rügen.

[....]