



G.-Nr. R2.2017.00153  
BRGE II Nr. 0069/2018

**Entscheid vom 26. Juni 2018**

Mitwirkende      Abteilungspräsident Peter Rütimann, Ersatzrichter Antoine Berger, Baurichterin Sabine Ziegler, Gerichtsschreiberin Lisa Kälin

in Sachen      **Rekurrierende**  
1. M. + Co., [....]  
2. H. U., [....]

gegen      **Rekursgegner**  
1. Gemeinderat X, [....]  
**Mitbeteiligte**  
2. T. S und R. Y., [....]

betreffend      Gemeinderatsbeschluss vom 23. August 2017; Unterschutzstellung von zwei Ahornbäumen

---

**hat sich ergeben:**

**A.**

Mit Beschluss vom 23. August 2017 stellte der Gemeinderat X die zwei im kommunalen Baumkataster [...] aufgeführten kolchischen Ahorne in der nördlichen Ecke des Grundstückes Kat.-Nr. 0000 [...] an der Einmündung des G.-Wegs in die N.-Gasse unter Schutz.

**B.**

Gegen diesen Entscheid erhoben die M. + Co. sowie H. U. mit Eingabe vom 11. Oktober 2017 beim Baurekursgericht des Kantons Zürich Rekurs und beantragten, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegnerschaft.

**C.**

Mit Präsidialverfügung vom 12. Oktober 2017 wurde vom Rekursverfahren Vormerk genommen und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet.

**D.**

Die als Mitbeteiligte ins Verfahren aufgenommenen Grundeigentümer und die Vorinstanz beantragten mit Eingaben vom 13. bzw. 14. November 2017 die Abweisung des Rekurses, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekurrierenden.

**E.**

Mit Replik vom 11. Dezember 2017 und Duplik vom 19. Dezember 2017 hielten die Rekurrierenden und die Vorinstanz an den gestellten Anträgen fest. Die Mitbeteiligten verzichteten stillschweigend auf Erstattung einer Duplik.

**F.**

Am 6. Februar 2018 führte eine Delegation der 2. Abteilung des Baurekursgerichts in Anwesenheit der Parteien einen Augenschein vor Ort durch.

## **Es kommt in Betracht:**

### **1.**

Die Rekurrierenden sind Miteigentümer einer Parzelle [...], welche nur durch den G.-Weg vom streitbetroffenen Grundstück getrennt ist. Angesichts dieser nachbarlichen Beziehungen und der vorgebrachten Rügen sind die Rekurrierenden mehr als beliebige Dritte vom angefochtenen Beschluss betroffen, so dass sie zur Rekurerhebung im Sinne von § 338a des Planungs- und Baugesetzes (PBG) ohne Weiteres legitimiert sind. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

### **2.**

Das streitbetroffene Grundstück liegt gemäss der geltenden Bau- und Zonenordnung der Gemeinde X (BZO) in der Wohnzone W2/1.4. In der nördlichen Ecke des Grundstücks stehen die zwei am 4. August 2011 [...] ins kommunale Baumkataster aufgenommenen kolchischen Ahornbäume.

Die Mitbeteiligten teilten der Vorinstanz mit Schreiben vom 11. September 2015 (bei dieser am 1. Oktober 2015 eingegangen) mit, dass sie der Ansicht seien, die zwei alten Ahorne seien schützenswert und erkundigten sich, ob man sie ins Baumkataster aufnehmen oder unter Schutz stellen könne. Die Vorinstanz bestätigte mit Schreiben vom 7. Oktober 2015 den Erhalt des besagten Schreibens und ersuchte die Mitbeteiligten um einen Katasterplan, in welchem die strittigen Bäume eingezeichnet seien und der klaren Beantwortung der Frage, ob eine Schutzabklärung nach § 213 PBG ausgelöst werden solle. Auf vorinstanzliches Nachfragen mit Schreiben vom 12. Februar 2016 beantworteten die Mitbeteiligten die Fragen und bestätigten mit Mail vom 3. März 2016, dass eine Schutzabklärung an die Hand genommen werden solle. Die Vorinstanz beauftragte entsprechend mit Beschluss vom 19. April 2016 die Firma Y mit der Ausarbeitung eines Gutachtens [künftig: Gutachten Y]. Dieses wurde am 28. Juni 2016 fertiggestellt. Die Natur- und Denkmalschutzkommission und die Baukommission übermittelten ihre entsprechenden Anträge für eine Unterschutzstellung am 15. August 2016 bzw. am 27. September 2016 an den Gemeinderat. Mit Schreiben vom 2. März 2017 wurden die Mitbeteiligten darüber informiert,

dass die Frist für die Schutzabklärungen und das damit einhergehende Veränderungsverbot gestützt auf § 213 Abs. 3 PBG um ein Jahr verlängert würden, da ein Rekursverfahren betreffend eine Bewilligung oberhalb des G.-Wegs pendent sei. Das Verfahren der Schutzabklärung werde nach Erledigung des Rekursverfahrens abgeschlossen.

Nachdem besagtes Verfahren rechtskräftig erledigt worden war, erliess die Vorinstanz den hier angefochtenen Beschluss vom 23. August 2017 und stellte – dem Gutachten Y und den Anträgen der Natur- und Denkmalschutzkommission sowie der Baukommission folgend – die zwei kolchischen Ahornbäume aufgrund ihres Situationswertes im Sinne von § 203 Abs. 1 lit. f PBG unter Schutz, wogegen sich die Rekurrierenden nun zur Wehr setzen.

### **3.**

Zugunsten des rekurrentischen Grundstücks und zulasten des Grundstücks der Mitbeteiligten besteht eine grundbuchlich gesicherte, privatrechtliche Bau- und Pflanzungsbeschränkung mit folgendem Wortlaut:

"[...]

Bauten und Pflanzen (Bäume, Sträucher usw.) auf dem belasteten Grundstück dürfen die Höhenkote 559,5 m.ü.M. (fünfhundertneunundfünfzig Meter fünfzig Zentimeter) nicht übersteigen.

Bei Gebäuden gilt diese Höhenkote für den Dachfirst bzw. Oberkant Flachdach. Das im Eingabeplan (der als Servitutsplan anerkannt wird) Nr. 49/106 dat. 29.3.1960 eingezeichnete Kamin auf der Südost-Seite des projektierten Wohnhauses darf diese Höhenkote übersteigen, ebenso eine allfällige Radio- oder Fernsehantenne.

Die Bäume und Sträucher sind soweit notwendig entsprechend zurückzuschneiden."

Gemäss dem digitalen Höhenmodell im GIS-Browser liegt die besagte Höhenkote an der Ecke G.-Weg/N.-Gasse ca. 5,5 m über dem Strassenniveau.

### **4.1.**

Die Rekurrierenden monieren eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Wie den einleitenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid und dem Gutachten Y zu entnehmen sei, sei die privatrechtliche Bau- und Pflanzungs-

beschränkung sowie deren Verletzung durch die 18 m hohen Ahornbäume der Vorinstanz bestens bekannt gewesen. Obwohl die Unterschutzstellung die Eigentumsrechte der heutigen Rekurrierenden direkt und massiv tangiere, habe es die Vorinstanz unterlassen, die Rekurrierenden vor Erlass der Unterschutzstellung auch nur anzuhören. Dies sei unzulässig. In jedem Fall hätte den Rekurrierenden der angefochtene Entscheid aufgrund von § 10 Abs. 3 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) persönlich eröffnet werden müssen.

#### **4.2.**

Die Vorinstanz und die Mitbeteiligten stellen sich auf den Standpunkt, dass die Eröffnung des Unterschutzstellungsbeschlusses mittels Publikation ausreichend gewesen sei. Es bestehe keine rechtliche Grundlage, die Rekurrierenden vorgängig zum Erlass einer Unterschutzstellung anzuhören oder diesen den angefochtenen Beschluss persönlich zu eröffnen, so die Vorinstanz.

#### **4.3.1.**

Gemäss § 10 Abs. 3 lit. a VRG sind schriftliche Anordnungen den Verfahrensbeteiligten mitzuteilen, d.h. all jenen, die durch einen erstinstanzlichen Hoheitsakt mehr als die Allgemeinheit berührt werden und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung, Aufhebung oder Änderung der Verfügungen haben (Kaspar Plüss in: Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Marin Röhl, VRG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 10 Rz. 64). Die individuelle Zustellung ergänzt die amtliche Publikation in besonderen Fällen, vorab dann, wenn die potenziell rechtsmittelberechtigte Person aufgrund der gesamten Umstände des Verfahrens klar bekannt ist (VB.2015.00057 vom 21. Mai 2015 in BEZ 2015 Nr. 26).

#### **4.3.2**

Wie die Vorinstanz in ihrem Beschluss festhält, liegt auf dem Grundstück eine grundbuchlich angemerkte privatrechtliche Höhenbeschränkung für Bauten und Pflanzen zugunsten "eines Nachbargrundstückes" vor. Im vorliegenden Fall wies die Vorinstanz auch darauf hin, dass sich die Mitbeteiligten mit dem Eigentümer des berechtigten Grundstückes in einem mittlerweile abgeschlossenen Verfahren vor dem hiesigen Gericht gegenüberstanden. Im konkreten Fall handelte es sich damit um eine ohne besonderen Aufwand bestimmbare Person resp. Personen, nämlich die Eigentümer

des berechtigten Grundstücks. Da die Rekurrierenden im vorliegenden Verfahren rechtsmittellegitimiert sind, wäre es zumindest nicht unbegründet gewesen, ihnen den Unterschutzstellungsentscheid aufgrund von § 10 Abs. 3 lit. a VRG persönlich zuzustellen. Letztlich kann die Frage aber offenbleiben, denn eine möglicherweise erfolgte Verletzung des rechtlichen Gehörs wurde in der Zwischenzeit geheilt, da die Rekurrierenden durch die Publikation von der Unterschutzstellung erfahren haben und rechtzeitig Rekurs erheben konnten, wobei sie im vorliegenden Verfahren alle Rügen vorbringen können.

### **5.1.**

Die Rekurrierenden monieren, dass die Vorinstanz die von Gesetzes wegen (§ 213 Abs. 3 PBG) vorgesehene Behandlungsfrist ohne das Vorliegen eines Ausnahmefalles verlängert habe. Im vorliegenden Fall würden durch die Unterschutzstellung der Ahornbäume in erster Linie die Eigentumsrechte der Rekurrierenden beeinträchtigt. Aus diesem Grund hätte eine Verlängerung der Einjahresfrist nur im gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefall und nicht einfach im Einvernehmen zwischen der Vorinstanz und den Mitbeteiligten erfolgen können bzw. dürfen. Begründet worden sei die Fristverlängerung mit dem Verweis auf ein Baurekursverfahren zwischen dem (heutigen) Rekurrenten 2 sowie der S. AG und den Mitbeteiligten sowie der Vorinstanz. Das damalige Baurekursverfahren habe Null und Nichts mit der Unterschutzstellung der zwei Ahornbäume zu tun gehabt. Verfahrensgegenstand sei nämlich allein das vom heutigen Rekurrenten 2 sowie der S. AG auf den Grundstücken Kat.-Nrn. 0004 [...] und 0005 [...] geplante Bauprojekt für drei Mehrfamilienhäuser gewesen. Eine Präjudizierung sei damit ausgeschlossen gewesen. Damit habe kein Ausnahmefall vorgelegen, der die verfügte Fristverlängerung gerechtfertigt hätte, weshalb das Recht der Vorinstanz, die zwei Ahornbäume unter Schutz zu stellen, mithin am 1. Oktober 2016 verwirkt worden und der angefochtene Entscheid aufzuheben sei.

### **5.2.**

Aus einem Provokationsbegehren muss eindeutig hervorgehen, dass der Grundeigentümer einen förmlichen Schutzentscheid verlangt. Es darf schon wegen seiner einschneidenden Wirkung nicht leichthin angenommen wer-

den, sondern muss sich klar als solches ergeben (VB.2012.00373 vom 27. März 2013 E. 3.1.3. in BEZ 2013 Nr. 10).

Nach dem Wortlaut von § 213 Abs. 3 PBG ist eine Verlängerung der Einjahresfrist nur "in Ausnahmefällen" zulässig. Ratio legis der Bestimmung ist, – wie dies auch die Rekurrierenden festhalten – die Stellung des Eigentümers des potentiellen Schutzobjektes zu stärken. Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Normen des III. Titels des Planungs- und Baugesetzes dem Gemeinwesen im Natur- und Heimatschutz gegenüber dem Grundeigentümer sehr weitgehende Eingriffsmöglichkeiten in die Eigentumsrechte gewähren (BRKE I Nr. 206/1998 vom 13. November 1998 E. 3.1 in BEZ 1999 Nr. 5 m.w.H.). Auch aus den Marginalien zu § 213 PBG ergibt sich, dass damit die "Ansprüche des Grundeigentümers" geregelt werden sollen.

Auch bei der Erörterung, ob es sich bei § 213 Abs. 3 PBG um eine Verwirkungsfrist handelt, hält das Verwaltungsgericht fest, dass die Bestimmung auf die Grundeigentümerinteressen ausgerichtet ist und die Behörde zugunsten der Eigentümerschaft zum Handeln zwingt (VB.2003.00046 vom 18. August 2004 E. 3.2 in BEZ 2004 Nr. 65).

### **5.3.**

Die Vorinstanz hat damit für die Einreichung des Provokationsbegehrens zu Recht auf den 3. März 2016 abgestellt, als sie die explizite Bestätigung der Mitbeteiligten erhalten hat, dass eine Schutzabklärung an die Hand genommen werden solle. Die mit Schreiben vom 2. März 2017 erfolgte Mitteilung an die Mitbeteiligten, dass die Frist gestützt auf § 213 Abs. 3 PBG um ein Jahr verlängert werde, erfolgte damit innert der Einjahresfrist. Der Schutzentscheid wurde innerhalb der verlängerten Frist am 23. August 2017 erlassen. Damit stellt sich die Frage nach einer allfälligen Verwirkung gar nicht.

Die Fristverlängerung soll nur in begründeten Ausnahmefällen erfolgen. Vorliegend waren die Mitbeteiligten mit der Verlängerung einverstanden. Und da die Frist die Grundeigentümer schützen soll, können sich die Rekurrierenden nicht auf diese Bestimmung berufen. Zudem hat die Vorinstanz den Entscheid, den sie als Begründung für die Verlängerung herangezogen hat, zu Recht abgewartet. Denn dieser hat nicht wie von den Rekurrierenden vorgebracht, "Null und Nichts" mit der Unterschutzstellung

zu tun gehabt hat, sondern es wurde die Frage nach dem Weiterbestand der Dienstbarkeit bei den vorgesehenen Grenzmutationen aufgeworfen; auch wenn das Baurekursgericht letztlich in diesem Punkt nicht auf den Rekurs eingetreten ist. Damit liegt auch keine unzulässige Fristverlängerung nach § 213 Abs. 3 PBG vor.

## 6.1.

Gemäss dem am 28. Juni 2016 durch die Firma Y verfassten Gutachten sei davon auszugehen, dass die beiden kolchischen Ahorne im Winter 1960/61 gepflanzt worden seien. Sie hätten somit heute ein Alter von rund 60 Jahren, was vor Ort durch ihre Grösse bestätigt worden sei.

Es handle sich um mehrstämmige kolchische Ahorne (*Acer cappadocicum* "Rubrum"), eine in unseren Breiten fremdländische Ahornart, die sich durch eine hohe Anpassungsfähigkeit an den Standort und ein sehr gesundes, im Herbst leuchtend gelb gefärbtes Laub auszeichne. Die beiden Bäume würden aufgrund des geringen Abstands zueinander eine gemeinsame Krone mit ca. 13 m Durchmesser bilden. Sie seien in etwa ebenso hoch wie breit. Der näher am Haus stehende Baum habe zwei Hauptstämmlinge mit 135 und 185 cm Umfang, der andere habe drei Hauptstämmlinge mit 100, 105 und 140 cm Umfang.

Die Bäume stünden im vorderen Grundstücksbereich an der Ecke G.-Weg/N.-Gasse. Der Wurzelbereich der Bäume sei frei, allerdings werde das Gelände zum Garten hin mit z.T. nur wenig Abstand zum Stammfuss durch Mauern abgefangen. Diese Situation sei jedoch von Anfang an bestehend gewesen. Vom Gartentor verlaufe ein Weg aus einzelnen Trittplatten in den hintern Gartenbereich. Es sei abgesehen von einigen Wildgräsern kein Unterwuchs vorhanden.

Anlässlich der Begehung vom 24. Juni 2016 hätten sich die Bäume bereits gut belaubt präsentiert, auch wenn zu diesem Zeitpunkt die Laubentfaltung noch nicht vollständig abgeschlossen gewesen sei. Auch sei das Laub (noch) etwas heller gewesen als das später arttypische dunkle Grün. Der Kronenmantel der Bäume sei weitgehend geschlossen und das Triebflächenwachstum gleichmässig. In der Kronenperipherie zeigten sich zudem keine abgestorbenen Zweige. Auf der Skala der Vitalitätsstufen (0=vital, 1=geschwächt, 2=geschädigt, 3=stark geschädigt, 4=tot) könnten die Bäu-

me insgesamt auf der Vitalitätsstufe 1 "geschwächt" eingestuft werden, wobei der westliche Baum etwas besser sei als der östliche. Dies sei mit ziemlicher Sicherheit auf die stärker beengten Standortverhältnisse und frühere Grabarbeiten entlang der Hausfassade zurückzuführen. Anzeichen einer Verschlechterung lägen nicht vor.

Die Bäume seien in einem guten statischen Zustand: Sie wiesen zwar in mehreren Vergabelungen eingewachsene Rinde auf und in den Stämmlingen zeigten sich die für diese Baumart typischen Risse, doch seien die Ahorne recht kompakt und geschlossen gewachsen, ohne einzelne, aus dem Kronenmantel herausragende Astpartien. Auch die zahlreichen gebogenen Äste – ebenfalls typisch für diese Baumart – zeigten keine Anzeichen für eine mangelnde Sicherheit. Die am östlichen Baum vorhandenen Rindenschäden an mehreren Wurzelanläufen seien auf vergangene Baumassnahmen am Gebäude zurückzuführen. Es lägen keine Indizien für eine Fäule im Stammfuss und Wurzelstock vor. Die Bäume seien daher als stand- und bruch sicher zu bezeichnen.

Es sei von einer langfristigen Lebenserwartung, d.h. mindestens zehn Jahren, wahrscheinlich aber noch mehreren Jahrzehnten auszugehen.

Das Quartier G. befinde sich in einer starken Umbruchphase. Vielerorts seien in den vergangenen Jahren Wohnbauten abgerissen und verdichtete Neubauten erstellt worden. Die Verdichtung erfolge auf Kosten des Grüns, insbesondere der Bäume. Der durchgehend schön entwickelte Baumbestand aus den 1960ern sei vielerorts weg. Die verbleibenden Bäume würden durch die bauliche Verdichtung für das Siedlungsbild umso wertvoller.

Die zwei kolchischen Ahorne stünden markant an der Wegkreuzung G.-Weg/N.-Gasse. Sie würden aus verschiedenen Richtungen schon von weitem gesehen und prägten die Kreuzung wohltuend. Die schöne Wuchsform und das Grün der Bäume würden vom öffentlichen Raum aus wahrgenommen. Zudem verengten sie den Raum der Strassen punktuell, was entschleunigend auf die Fahrgeschwindigkeit wirke. Nebst den zwei strittigen Bäumen seien auch Föhren, zwei Buchen, eine Trauer-Weide und diverse Laubgehölze wie Feld-Ahorne und Pappeln für das nähere Umfeld prägend. Die zwei kolchischen Ahorne seien dabei eine gute Ergänzung und fügten sich in den Kanon der Gehölze ein.

Die kolchischen Ahorne stellten zwar keine absolute botanische Besonderheit dar und der ökologische Wert sei deutlich geringer als bei den einheimischen Ahornarten, doch seien die Bäume an diesem Standort aus gestalterischen Gründen gezielt gepflanzt worden. Sie prägten das Strassenbild durch ihren markanten Standort an einer Wegkreuzung, mit ihrer stattlichen Grösse und ihrem schönen Wuchs wohltuend und schafften einen markanten Punkt. Sie schafften Intimität für die Bewohner der Liegenschaft G.-Weg [...] und bildeten unter den Bäumen einen angenehmen Raum. Sie fügten sich in den Kanon der umgebenden Baumarten ein und seien wichtige Zeitzeugen der 1960er Jahre, wo diese Baumart häufig verwendet worden sei. Sie prägten so den historischen Charakter des Quartiers mit.

## **6.2.**

Die Vorinstanz stützt sich auf das Gutachten Y und begründet die Unterschutzstellung der zwei kolchischen Ahorne im angefochtenen Beschluss mit ihrem ortsbaulichen Wert durch ihre Lage an der Kreuzung, wo die Bäume bewusst gepflanzt worden seien und die Umgebung des Quartiers im Süden wesentlich mitprägen würden. Dies sei in einem sich baulich stark wandelnden Quartier umso wertvoller. Die Unterschutzstellung geschehe im Einvernehmen mit der Eigentümerschaft. Die Würdigung der Bäume unter Berücksichtigung der Interessen der Eigentümerschaft hätten ergeben, dass es sich bei diesen Objekten um wichtige Zeugen im Sinne von § 203 PBG handeln würde, die unter Schutz zu stellen seien. Selbst wenn die Interessen der Rekurrierenden miteinbezogen worden wären, hätten deren Interesse das öffentliche Interesse an der Unterschutzstellung nicht zu überwiegen vermögen: Die behauptete Seesicht, welche durch die Grunddienstbarkeit angeblich dauerhaft hätte geschützt werden sollen, sei durch die beiden strittigen Bäume nicht oder – falls überhaupt – nur unwesentlich eingeschränkt, was sich anlässlich des beantragten Augenscheines leicht feststellen lasse.

Die Mitbeteiligten folgen der vorinstanzlichen Auffassung und weisen ebenfalls auf das untergeordnete private Interesse der Rekurrierenden hin. Zudem bestehe ohnehin nur eine marginale Seesicht, die von den strittigen Bäumen – falls überhaupt – nur unwesentlich eingeschränkt werde.

### 6.3.

Die Rekurrierenden reichten ein Parteigutachten der Z GmbH sowie ein kurzes Schreiben der L. Gartenpflege AG ein, welche beide zum Schluss gekommen seien, dass den Bäumen aus biologisch-ökologischer Sicht keinerlei Schutzwürdigkeit zukomme. Sie seien keine Besonderheit und ökologisch weit weniger wertvoll als einheimische Bäume wie Eichen oder Buchen. Der kolchische Ahorn sei eine im 19. Jahrhundert aus Kleinasien und dem Kaukasus eingeführte Baumart. Es handle sich hierbei um ein robustes, frosthartes Gehölz mit wenig Ansprüchen an den Standort. Ausserdem wiesen die Bäume baumbiologische Unzulänglichkeiten auf: Beide Gartenfachfirmen beurteilten den heutigen Zustand der Ahornbäume als geschwächt. Dies sei vor allem auf die seit der Pflanzung unterlassene Baumpflege und die engen Platzverhältnisse zurückzuführen. Sogar das Gutachten Y bezeichne den Zustand der Bäume als "geschwächt", attestiere ihnen dann aber doch einen guten gesundheitlichen und statischen Zustand. Wie im Gutachten Z ausführlich abgehandelt, sei es nur eine Frage der Zeit, bis die ersten Astbrüche erfolgten und hierdurch auch eine Gefährdung für die Nutzer des öffentlichen Strassenraumes entstehen könne.

Es sei auch nicht ersichtlich, wie die zwei Ahorne die Wegkreuzung wohlthuend prägen sollten. Ihre Wirkung sei, wenn überhaupt, höchstens lokal wahrnehmbar. Sowohl von Südwesten als auch von Nordosten blickend verdeckten andere grosse Gehölze die Sicht auf die Ahornbäume. Die Umgebung im Quartier sei von Nadelgehölzen geprägt und folge keinem bestimmten Muster, in das sich die zwei fraglichen Bäume einordnen liessen. Insbesondere handle es sich bei den beiden Ahornen nicht um rare, wertvolle Solitärpflanzen, welche bereits von weit her ins Auge springen und das Quartier- und Strassenbild dominieren würden. Vielmehr handle es sich bei den strittigen Ahornen um ganz gewöhnliche grössere Allerweltsbäume, wie sie in jedem Quartier und in jedem Dorf zu Dutzenden vorkämen.

Zudem sei die Herleitung der angeblichen Schutzwürdigkeit der Ahornbäume im Gutachten Y (wohlthuende Prägung der Kreuzung, schöne Wuchsform, markante Stellung an der Kreuzung) abwegig. Die entsprechende Beschreibung treffe praktisch auf jeden noch bestehenden, grösseren grünen Baum an einer Kreuzung zu. Damit könne jedenfalls kein besonderer Schutzwert der zwei kolchischen Ahorne begründet werden.

Die Vorinstanz habe im Übrigen die Interessen der Rekurrierenden völlig unberücksichtigt gelassen. Dies, obwohl durch die Unterschützstellung der zwei Ahorne die heute bestehende Dienstbarkeit zugunsten des Grundstücks der Rekurrierenden in einem zentralen Punkt öffentlich-rechtlich ausgehebelt und damit ein massiver direkter Eingriff in die Eigentumsrechte der Rekurrierenden bewirkt werde. Korrekterweise hätte die Dienstbarkeit, mit welcher u.a. die Seesicht vom berechtigten Grundstück aus dauerhaft hätte geschützt und erhalten werden sollen, gewichtet und in die Beurteilung miteinbezogen werden müssen. Dies hätte zur logischen Folge gehabt, dass ganz grundsätzlich noch viel höhere Anforderungen an die Schutzwürdigkeit und Schutzfähigkeit der Bäume hätten gestellt werden müssen. Selbst wenn die Bäume schutzwürdig wären, würde dies nicht ausreichen, um die betroffenen privaten Interessen der Rekurrierenden zu überwiegen.

#### **6.4.**

Die angefochtene Schutzmassnahme stützt sich auf § 203 lit. f PBG, wonach wertvolle Park- und Gartenanlagen, Bäume, Baumbestände, Feldgehölze und Hecken Schutzobjekte darstellen. Massgebend für die Qualifikation als "wertvoll" in Sinne dieser Bestimmung sind der biologische oder ökologische Wert oder auch der gestalterische Wert, der etwa Bäumen für das Quartier- oder Strassenbild zukommt, wobei dieses selbst nicht etwa unter irgendeinem Titel schutzwürdig sein muss. Obgleich primär Objekte des Natur- und Landschaftsschutzes, können Bäume und Baumgruppen demnach unter Umständen auch wegen ihrer prägenden Wirkung für ein Quartier- oder Strassenbild unter Schutz gestellt werden. Allerdings sind hier strenge Massstäbe anzulegen, zumal der Gesetzgeber es abgelehnt hat, eine Bestimmung aufzunehmen, wonach Bäume und Baumgruppen in dicht besiedelten Gebieten generell besonderen Schutz genossen. Im Interesse des Quartier- oder Strassenbildes ist ein einzelner Baum nur dann schutzwürdig, wenn er aufgrund seines Standortes und seiner Erscheinung in markanter Weise einen dominierenden, aussergewöhnlichen Akzent setzt und damit das Quartier- und Strassenbild wesentlich mitprägt (RB 1990 Nr. 71 und BEZ 1995 Nr. 1 = RB 1994 Nr. 78).

Bei sich auf § 203 Abs. 1 PBG stützenden Schutzentscheiden kommt den kommunalen und kantonalen Behörden teilweise ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Dies namentlich dann, wenn es um fachtechnische Fra-

gen des Natur- und Heimatschutzes geht, wie sie sich bei der Frage der Qualifikation eines Objekts als Schutzobjekt, bei der Bestimmung von Umfang und Inhalt einer Schutzmassnahme oder bei der Auswahl unter mehreren Schutzobjekten stellen können. Allerdings führt dies nicht etwa dazu, dass die Rekursinstanz gleich wie das Verwaltungsgericht auf eine reine Rechtskontrolle beschränkt wäre (§ 20 Abs. 1 und § 50 VRG). Konsequenz ist vielmehr, dass das Baurekursgericht den angefochtenen Entscheid unter gebührender Berücksichtigung der Entscheidungsgründe der Schutzbehörde und in sorgfältiger, einlässlicher Auseinandersetzung mit diesen zu überprüfen hat. Dergestalt ist zwischen der Entscheidungsfreiheit der erstinstanzlichen Behörde einerseits und dem Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz andererseits (Art. 77 der Kantonsverfassung [KV] und Art. 29a der Bundesverfassung [BV]) praktische Konkordanz herzustellen. Im Übrigen kommt dem Baurekursgericht bei der Überprüfung von sich auf § 203 PBG stützenden in der Regel volle Kognition zu (§ 20 Abs. 1 VRG). Namentlich kann die Rekursinstanz die Frage, was unter einem Schutzobjekt im Sinne von § 203 Abs. 1 PBG zu verstehen ist, frei beantworten. Ebenso ist ihr zuzubilligen, dass sie die örtlichen Verhältnisse in der Regel frei würdigen kann, sofern ihr diese hinreichend bekannt sind (vgl. zum Ganzen Marco Donatsch, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 20 Rz. 64 ff. und 85 f., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

## **6.5.**

Wie richtigerweise auch von den Rekurrierenden festgehalten wird, handelt es sich beim kolchischen Ahorn um eine importierte Baumart. Wie auch das Gutachten Y kritisch festhält, stellen die beiden kolchischen Ahorne "keine absolute botanische Besonderheit dar und der ökologische Wert ist deutlich geringer als bei den einheimischen Ahornarten". Aufgrund des mittelmässigen biologischen und des geringen ökologischen Werts lässt sich damit keine Schutzwürdigkeit begründen.

Ebenfalls ist den Rekurrierenden in ihren Ausführungen beizupflichten, dass zwei Bäume nicht einfach schon zu wichtigen Zeitzeugen werden, nur weil sie möglicherweise in den 1960ern häufig gepflanzt worden sind. Auch ist heute nicht mehr ersichtlich, wie die strittigen Bäume den im Gutachten Y angetönten historischen Charakter des Quartiers mitprägen sollen: Beim Augenschein zeigte sich kaum eine historische Baute. In der Umgebung hat es vor allem Neubauten oder zumindest neuere Bauten und diverse

Baustellen. Weiter ist nachvollziehbar, wenn die Rekurrierenden bestreiten, dass die zwei strittigen Bäume den Mitbeteiligten Intimität und unter den Bäumen einen angenehmen Raum schaffen würden. Die geschaffene Privatsphäre im Garten wird in erster Linie durch die das Grundstück Kat.-Nr. 0000 in der nordwestlichen Ecke umgebende Hecke hergestellt. Auch das behauptete lauschige Plätzchen unter den Bäumen zeigte sich anlässlich des Augenscheins nicht: Der Raum unter den Bäumen präsentiert sich als nicht begrünter Durchgangsbereich mit einigen Betonschrittplatten und Hühnern. Letztlich ist dies aber für die Frage der Schutzwürdigkeit zweitrangig.

Einig sind sich die Parteien jedoch darüber, dass die beiden Bäume rund 60 Jahre alt sind und um das Jahr 1960 gepflanzt wurden. Die Bäume sind gut erhalten und gemäss Gutachten Y standfest, auch wenn es ihnen auf der Skala der Vitalitätsstufe lediglich eine 1 attestiert, welche mit "geschwächt" gleichgesetzt wird. Anlässlich des Augenscheines zeigten sich jedoch zwei gesunde Bäume, die zwar – wie sowohl das Gutachten Y als auch Z richtigerweise festhalten – nicht sehr gehegt und gepflegt wurden. Die Krone ist etwas verwachsen, das Gutachten Z befürchtet aufgrund der mangelnden Pflege Astbrüche. Da die Äste auch in den Strassenbereich hineinragen, könne eine Gefährdung für die Nutzer des öffentlichen Strassenraumes nicht ausgeschlossen werden. Dies bestätigte sich anlässlich des Augenscheins nicht: Die zwei intakten Bäume stehen zwar in unbestrittenenmassen beengten Verhältnissen. Trotz dieser Tatsache und der erfolgten Abgrabungen am Grundstück sind die Bäume aber stabil. Ein weiterer Indikator für ihre Standfestigkeit ist der Aspekt, dass Anfang Jahr das Sturmtief "Burglind" über das Land zog, dem viele Bäume zum Opfer fielen, so auch eine Tanne auf dem betroffenen Grundstück, nicht jedoch die strittigen Bäume. Damit geht das Gutachten Y zu Recht von einer langfristigen Lebenserwartung aus und versteht darunter "mindestens zehn Jahre, wahrscheinlich aber noch mehrere Jahrzehnte". Damit ist auch keine Gefährdung der Nutzer des öffentlichen Strassenraumes ersichtlich.

Die zwei kolchischen Ahorne haben zwei mehrstämmige Stämme und sind auch als zwei Bäume im Kataster erfasst. Aufgrund ihrer grossen Nähe zueinander ergibt sich jedoch bloss eine grosse Krone. Diese ist dafür umso eindrücklicher, auch wenn sie anlässlich des Augenscheins im Februar noch nicht belaubt war. Wie die beiden Bäume mit belaubter Krone aussehen, ist auf einem Foto im rekurrentischen Gutachten Z ersichtlich. Die

Krone überragt sämtliche in der Umgebung befindlichen Häuser und ist gerade auf der von Norden zu den Bäumen hin leicht abfallenden N.-Gasse sehr gut zu sehen. Zur eindrücklichen Wahrnehmbarkeit der beiden Bäume trägt auch der gute Platz direkt an der Strassenkreuzung N.-Gasse/G.-Weg bei, aus welcher letztlich die im Gutachten Y erwähnte wohltuende Prägung der Kreuzung resultiert. Es zeigte sich auch die schöne und symmetrische Wuchsform der Krone, trotz ihrer grossen Nähe zum Gebäude der Mitbeteiligten. Die Rekurrierenden behaupten, diese Beschreibung (wohltuende Prägung der Kreuzung, schöne Wuchsform und markante Stellung an der Kreuzung) treffe auf praktisch jeden noch bestehenden, grösseren grünen Baum an einer Kreuzung zu. Dies mag sogar sein, doch ist vorliegend nur die Beschreibung dieser zwei Bäume ausschlaggebend und die hat sich anlässlich des Lokaltermins bestätigt: Gerade aufgrund ihres Alters und der daraus resultierenden eindrücklichen Grösse der beiden Bäume sowie ihrer guten Positionierung in der Nähe einer öffentlichen Strassenkreuzung, an welcher sie aus allen vier Himmelsrichtungen gut sichtbar sind, lässt sich das im Gutachten Y attestierte markante Erscheinungsbild bejahen. Die Bäume sind standhaft und gesund und es ist ihnen eine prägende Wirkung für das Quartier- und Strassenbild zu attestieren. Damit gelten sie im Sinne des Gesetzes als wertvoll und sind grundsätzlich schutzwürdig.

### 7.1.

Massnahmen des Natur- und Heimatschutzes müssen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 2 und 3 der Bundesverfassung [BV]). Das Verhältnismässigkeitsprinzip im engeren Sinne verlangt, dass eine Schutzmassnahme durch ein das private Interesse überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt ist. Nur in diesem Fall ist die Massnahme den Privaten zumutbar (s. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 555 ff.).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Verhältnismässigkeit von Schutzmassnahmen im engeren Sinne vermag das finanzielle Interesse an einer gewinnbringenden oder gar höchstmöglichen Ausnützung einer Liegenschaft für sich allein das öffentliche Interesse an Denkmalschutzmassnahmen grundsätzlich nicht zu überwiegen (BGE 120 Ia 270 ff., E. 6c). Dies ist allerdings nicht so zu verstehen, dass den wirtschaftlichen Interessen privater Eigentümer bei der Interessenabwägung überhaupt kei-

ne Bedeutung zukommt. Sehr erhebliche finanzielle Interessen können der Verfolgung eines weniger gewichtigen öffentlichen Interesses durchaus im Wege stehen. Hingegen müssen unter Umständen auch sehr grosse finanzielle Interessen der Grundeigentümer öffentlichen Interessen weichen, weil das Gemeinwesen sonst kaum noch Bauten unter Schutz stellen könnte. Die Frage der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne darf nicht isoliert nur anhand der zu erwartenden finanziellen Aufwendungen beurteilt werden. Vielmehr ist im Rahmen der Interessenabwägung auch das Mass des öffentlichen Interesses an der Unterschutzstellung und damit der Grad der Schutzwürdigkeit zu berücksichtigen. Dabei gilt der Grundsatz, dass, je schutzwürdiger eine Baute ist, desto geringer die Rentabilitätsüberlegungen zu gewichten sind (BGr 1P.584/1995, E. 6b, in ZBI 1996 366 ff.).

Vorliegend stehen dem öffentlichen Interesse am Erhalt der Bäume die privaten Rechte der Mitbeteiligten als auch der Rekurrierenden gegenüber.

## **7.2.**

Die Rechte der Mitbeteiligten werden als Eigentümer der Bäume durch deren Unterschutzstellung ebenfalls tangiert. So werden ihnen im Beschluss auch Auflagen für die künftige Pflege der Bäume gemacht. Sie haben jedoch den Unterschutzstellungsbeschluss nicht angefochten, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

Die den Rekurrierenden eingeräumte Dienstbarkeit ist zwar rein privatrechtlicher Natur, jedoch ist sie unter dem Aspekt entgegenstehender Interesse in die Güterabwägung miteinzubeziehen, auch wenn der damit verfolgte Zweck eines Aussichtsschutzes im öffentlichen Recht keine Berücksichtigung findet. Aufgrund der im vollen Gange tätigen Bauarbeiten auf dem rekurrentischen Grundstück konnte dieses anlässlich des Augenscheins nicht betreten werden. Von der nördlichsten Ecke auf der N.-Gasse direkt an der rekurrentischen Grundstücksgrenze hat man aber einen ziemlich guten Eindruck erhalten. Dabei zeigte sich, dass der tatsächliche Blick auf den See sich auf einen kleinen Fleck Richtung Südwesten beschränkt. Zudem sieht man zumindest vom grössten Teil des Grundstücks aus westlich an den zwei strittigen Bäumen vorbei. Ausserdem zeigt sich im digitalen Höhenmodell vom GIS-Browser, dass das rekurrentische Grundstück schon im ersten Drittel 2 m höher (556 m.ü.M.) liegt als das der Mitbeteiligten (554 m.ü.M) und bis zur nördlichen Grenze um weitere 6 m auf 562 m.ü.M. ansteigt. Eine anderweitige Beeinträchtigung wie insbesondere die befürch-

tete Verdunkelung der zu bauenden Wohnungen oder eine durch die Bäume verursachte Wertverminderung ist nicht ersichtlich und würde auch nicht genügend ins Gewicht fallen. Ausserdem liegt zwischen der rekurrentischen Grundstücksgrenze und den zwei strittigen Bäumen wie erwähnt der gut 6,50 m breite G.-Weg, der damit noch für einen zusätzlichen Abstand sorgt.

Unbestrittenermassen sind die Bäume vom rekurrentischen Grundstück aus sicht- und wahrnehmbar. Die höchstens minim beeinträchtigte Seesicht ist jedoch nicht geeignet, das überwiegende öffentliche Interesse am Erhalt der Bäume ernsthaft in Frage zu stellen. Die von den Rekurrierenden geäusserten Sicherheitsbedenken konnten bereits ausgeräumt werden.

Abschliessend ist zu bemerken, dass ein Rückschnitt der Bäume auf die von der Dienstbarkeit eingeräumten 5,5 m über Strassenniveau (559,5 m.ü.M.) nicht mit dem Schutzgedanken vereinbar ist. Den Bäumen wäre die gesamte Krone zu entfernen. Gerade weil die privatrechtlich möglicherweise geschützte Seesicht das öffentliche Interesse an einer Unterschutzstellung nicht überwiegt, ist dies unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit nicht weiter zu evaluieren.

## **8.**

Zusammengefasst ist der Rekurs abzuweisen.

[....]