

ZH_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0177/2022 vom 17. November 2022

ZH Baurekursgericht, 2022-11-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE IV Nr. 0177_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE_IV_Nr.0177_2022)

FR: ZH_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0177/2022 du 17 novembre 2022

IT: ZH_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0177/2022 del 17 novembre 2022

Regeste

Streitgegenstand war die Anordnung des Rückschnitts einer Hecke im Sichtbereich gemäss VErV zur Wiederherstellung der Verkehrssicherheit an einer Strassenverzweigung. Die Hecke wies seit über 30 Jahren eine rechtswidrige Höhe auf. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung verwirkt der Anspruch der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes von rechtswidrigen Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich nach 30 Jahren. Im vorliegenden Entscheid wurde entschieden, dass die 30-jährige Verwirkungsfrist auch auf Pflanzungen anzuwenden ist, welche seit über 30 Jahren in rechtswidrigem Zustand bestehen. So ist mit analogen Überlegungen im Sinne der Rechtssicherheit geboten, dass die Wiederherstellung nicht für unbestimmte Dauer verlangt werden kann. Ausnahmsweise ist die Anordnung der Wiederherstellung – wie bei rechtswidrigen Bauten und Anlagen – auch nach Ablauf der 30-jährigen Verwirkungsfrist zulässig, nämlich wenn eine Wiederherstellung aus baupolizeilichen Gründen im engeren Sinne geboten ist. Dies setzt eine Verhältnismässigkeitsprüfung voraus, welche durch die Gemeinde im vorliegenden Fall nur ungenügend erfolgt ist, weshalb das Verfahren zur Neuurteilung zurückgewiesen wurde.

Erwägungen

E. 4

Abteilung G.-Nr. R4.2022.00058 BRGE IV Nr. 0177/2022 Entscheid vom 17. November 2022 Mitwirkende Abteilungspräsident Reto Philipp, Ersatzrichter Florian Poppele, Baurichter Urs Hany, Gerichtsschreiberin Andrea Schaeppi in Sachen Rekurrent HO, [...] vertreten durch [...] gegen Rekursgegner Gemeinderat X, [...] betreffend Beschluss des Gemeinderates vom 14. Februar 2022; Verpflichtung zu Rückschnitt Hecke und Androhung Ersatzvornahme, [...]

hat sich ergeben: A. Mit Beschluss vom 14. Februar 2022 verpflichtete der Gemeinderat X HO die Hecke auf seinem Grundstück Kat.-Nr. 1 entlang der A-Strasse/B-Strasse im Sichtbereich gemäss Anhang 3 der Verkehrserschliessungsverordnung (VErV) unter Schere zu halten und drohte für den Fall der Nichtwiederherstellung des rechtmässigen Zustands innert Frist die Ersatzvornahme durch die Gemeinde an. B. Gegen diesen Entscheid erhob HO mit Eingabe vom 23. März 2022 fristgerecht Rekurs beim Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragte materiell die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz. C. Mit Präsidialverfügung vom 25. März 2022 wurde vom Rekurseingang Vorwerk genommen. Auf Antrag des Rekurrenten wurde der Rekurs als vorsorglich eingereicht entgegengenommen und das Rekursverfahren einstweilen sistiert. D. Mit Eingabe vom 17. Juni 2022 beantragte die Vorinstanz die Fortsetzung des Verfahrens. E. Mit

Präsidialverfügung vom 20. Juni 2022 wurde das Rekursverfahren fortgesetzt und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet. R4.2022.00058 Seite 2

F. In ihrer Vernehmlassung vom 30. Juni 2022 beantragte die Vorinstanz die Abweisung des Rekurses; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Rekurrenten. G. Mit Replik vom 26. Juli 2022 und Duplik vom 19. August 2022 hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. H. Am 2. September 2022 führte eine Delegation der 4. Abteilung des Baurekursgerichts im Beisein der Parteien einen Augenschein vor Ort durch. Es kommt in Betracht: 1. Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Beschlusses im Sinne von § 338a des Planungs- und Baugesetzes (PBG) ohne Weiteres zur Rekurs-erhebung legitimiert. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten. 2. Das Grundstück Kat.-Nr. 1, welches sich im Eigentum des Rekurrenten befindet und mit einem Einfamilienhaus überbaut ist, wird an der Grenze fast vollständig von einer mindestens 2,5 m hohen Grünhecke umfriedet. Ein Teil dieser Grünhecke verläuft an der nordwestlichen Grundstücksgrenze direkt an der A-Strasse entlang. Nach diversen informellen Aufforderungen und persönlichen Gesprächen ordnete die Vorinstanz den Rückschnitt eines Teils der Hecke mit vorliegendem Beschluss formell an. R4.2022.00058 Seite 3

Der Rekurrent rügt eine Verletzung der Ausstandspflicht durch den Gemein- depräsidenten und den Vizepräsidenten, weshalb der angefochtene Be- schluss aufzuheben sei. Zudem hätte die Vorinstanz infolge Verwirkung der Befugnis, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verlangen, den Rückschnitt der Hecke nicht anordnen dürfen. Selbst wenn dies zulässig gewesen wäre, habe die Vorinstanz den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verletzt sowie ihr Ermessen im Zusammenhang mit der Anwendung der VErV pflichtwidrig nicht ausgeübt. 3.1. Betreffend Verletzung der Ausstandspflicht bringt der Rekurrent (erstmalig) in der Replik vor, der Gemeindepräsident und der Vizepräsident hätten bei der Fällung des angefochtenen Entscheides infolge Betroffenheit in persönlichen Interessen in den Ausstand treten müssen. Der Gemeindepräsident wohne an der B-Strasse 12 und benutze die Strasse regelmässig; er sei deshalb direkt und insbesondere am Ausgang dieses Verfahrens interessiert. Das Thema sei, nachdem es jahrzehntelang kein Politikum gewesen sei, erst während seiner Amtszeit aufgegriffen worden. Deshalb sei anzunehmen, dass er dieses Verfahren ins Rollen gebracht habe und wesentlich zur Er- messensausübung zuungunsten des Rekurrenten beigetragen habe. Aus- serdem wohne der Vizepräsident am C-Weg 2, der von der B-Strasse ab- zweige. Sein Grundstück sei bis vor wenigen Jahren mit einer etwa gleich hohen Tannenhecke in etwa gleicher Nähe zum C-Weg umsäumt gewesen, wie die Hecke des Rekurrenten zur B-Strasse. Er sei in besonderem Mass am Ausgang des Verfahrens interessiert, da er seine Hecke kappen müssen oder aus eigenem Antrieb gekappt habe. Die Vorinstanz entgegnet diesen Vorwürfen in ihrer Duplik, dass alleine mit der Benützung der B-Strasse keine Befangenheit einhergehe. Es sei über- dies keineswegs erstellt, ob der Gemeindepräsident die B-Strasse auch tat- sächlich regelmässig als Erschliessungsstrasse nutze. Die Zufahrt über den D-Weg sei wesentlich kürzer. Die Behauptungen des Rekurrenten seien da- her unbegründet. Die Amtsträger hätten sodann im öffentlichen Interesse ge- handelt, weshalb eine Befangenheit ausgeschlossen werden könne. Weiter seien für die Abklärungen nicht das persönliche Interesse des Gemeindeprä- sidenten und/oder Vizepräsidenten auslösend gewesen, sondern Reaktio- R4.2022.00058 Seite 4

nen von besorgten Anwohnerinnen und Anwohnern aus der B-Strasse. In- folge der gefährlichen Situation und der Reaktionen aus der Bevölkerung sei die Vorinstanz zum Handeln verpflichtet gewesen. Zuletzt sei darauf hinzu- weisen, dass der Gemeindepräsident erst seit dem 1. Juli 2021 im Amt sei und daher nicht bereits mit dem Thema vorbefasst sei. Sämtliche Behaup- tungen des Rekurrenten seien demnach Schutzbehauptungen. 3.2. Gemäss § 5a Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) treten Personen, die eine Anordnung zu treffen, dabei mitzuwirken oder sie vorzu- bereiten haben, in den Ausstand, wenn sie in der Sache persönlich befangen erscheinen, insbesondere ein persönliches Interesse haben (lit. a). Ein un- mittelbares persönliches Interesse am Verfahren besteht, wenn der Ent- scheid für das betreffende Behördenmitglied zu einem direkten Vor- oder Nachteil, einerlei ob rechtlicher oder tatsächlicher, ideeller oder finanzieller Natur, führt, oder wenn dadurch unmittelbar seine Rechte und Pflichten fest- gelegt werden (vgl. Regina Kiener, in: Kommentar VRG, 3. Auflage, Zü- rich/Basel/Genf 2014, § 5a Rz. 32; Breitenmoser Stephan/Spori Fedail Ma- rion in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 10 Rz. 42). Schwieriger zu beurteilen sind Fälle der indirekten Betroffenheit, in denen der zu erlassende Verwaltungsakt die persönlichen Interessen der mitwir- kenden Amtsperson nur berührt: Die Amtsperson steht in spürbarer Nähe zum Verfahrens- oder Streitgegenstand, wobei umso weniger auf ihre per- sönliche Betroffenheit zu schliessen ist, je mehr Personen ebenfalls davon betroffen sind. Nach dieser Regel greift die Ausstandspflicht insbesondere, wenn der Entscheid die Amtsperson als Nutzungsberechtigten direkt betrifft (Kiener, § 5a Rz. 33; vgl. Feller Reto/Kunz-Notter Pandora, in: Kommentar VwVG, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 10 Rz. 17). In zeitlicher Hinsicht sind die Parteien nach Massgabe von Treu und Glauben gehalten, Ausstandsgründe unverzüglich vorzubringen, d.h. sobald bekannt oder absehbar ist, dass eine möglicherweise befangene Person an der Be- handlung der Angelegenheit mitwirkt (Kiener, § 5a Rz. 43). Wer im Wissen um einen möglichen Ausstandsgrund untätig bleibt und sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, hat den Anspruch auf die spätere Ausstandsrüge verwirkt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht, wenn die Behörde bzw. das fragliche Mitglied Kenntnis vom Ausstandsgrund hatte und diesen von Amtes wegen hätte berücksichtigen müssen (Kiener, § 5a Rz. 44), was R4.2022.00058 Seite 5

insbesondere bei besonders schwerwiegenden Verletzungen der Aus- standspflicht anzunehmen ist, beispielsweise bei direkter Betroffenheit in persönlichen Interessen (Nichtigkeit; Kiener, § 5a Rz. 54). Es verstösst ge- gen Treu und Glauben, Ausstandsgründe erst im Rechtsmittelverfahren vor- zubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt werden können. Dies setzt jedoch Kenntnis der Besetzung der entscheidenden Behörde vo- raus. Diesbezüglich reicht es allerdings, wenn die Namen der entschei- den Amtsträger in einer allgemein zugänglichen Publikation wie etwa einem Staatskalender oder dem Internet entnommen werden können (BGE 117 Ia 322, E. 1c; Kiener, § 5a Rz. 45). 3.3. Die vorliegende Ausstandsrüge wurde erst in der Replik erhoben und erweist sich damit grundsätzlich als verspätet. Einerseits sind die Zusammensetzung der Vorinstanz und damit der entscheidenden Behörde sowie die Wohnorte der Mitglieder im Internet auf der Website der Gemeinde zugängliche Infor- mationen. Ausserdem ist in einer kleinen Landgemeinde wie X anzunehmen, dass man sich in der Nachbarschaft persönlich kennt. Ein Indiz dafür bildet auch der Umstand, dass sich der Gemeindepräsident und der Rekurrent an- lässlich des Augenscheins geduzt haben. Es muss deshalb davon ausge- gangen werden, dass der Rekurrent die Zusammensetzung der Vorinstanz bereits zum

Zeitpunkt des vorinstanzlichen Verfahrens kannte und wusste, dass der Präsident und Vizepräsident in seiner Nachbarschaft leben. Jedenfalls hätte er es unter Anwendung der gebührenden Sorgfalt wissen können. Der Rekurrent behauptet diesbezüglich denn auch nichts Gegenteiliges. Die Rüge erweist sich zudem ohnehin auch inhaltlich als unbegründet. Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass der an der B-Strasse 12 wohnhafte Gemeinderat in einer gewissen Nähe zum Verfahrens- oder Streitgegenstand steht. Indes verfügt das Grundstück des Gemeindepräsidenten über alternative – und kürzere – Zufahrten über den D- und den C-Weg, so dass das Befahren der fraglichen Kreuzung B-/A-Strasse im Zusammenhang mit der Nutzung des Grundstücks des Gemeinderats nicht zwingend ist. Selbst wenn der Gemeinderat die Verzweigung regelmässig befahren würde, ist festzuhalten, dass auch andere Bewohner der B-Strasse (und der A-Strasse) die Verzweigung B-Strasse/A-Strasse regelmässig befahren, weshalb der Gemeindepräsident nicht – im Sinne der vorstehenden Ausführungen (vgl. E. 3.2) – als persönlich betroffen zu betrachten ist. Weiter kam das R4.2022.00058 Seite 6

Thema – entgegen der rekurrentischen Behauptung – nicht erst während der Amtsperiode des Gemeindepräsidenten auf, sondern war bereits im Jahr 2020 Gegenstand informeller Verhandlungen zwischen der Gemeinde und dem Rekurrenten. Auslösend für das Tätigwerden der Gemeinde waren akutenkundige Reklamationen aus der Bevölkerung. Die Mitglieder der Vorinstanz sind – wie in der Duplik richtig ausgeführt wurde – zudem auch von ihrem Aufgabengebiet und ihrer Funktion her verpflichtet, für die Umsetzung des PBG und der zugehörigen Richtlinien zu sorgen, wenn (mutmassliche) Widerhandlungen festgestellt werden. Ein Anschein der Befangenheit ist daher zu verneinen. Die Vorbringen betreffend den Vizepräsidenten vermögen ebenfalls keinen objektiven Anschein der Befangenheit zu begründen. Es ginge zu weit, anzunehmen, dass der Vizepräsident, weil er seine eigene Hecke entfernen musste, ein indirektes persönliches Interesse daran hat, dass die Hecke des Rekurrenten zurückgeschnitten werde. Was er daraus für einen persönlichen Vorteil ziehen könnte, ist nicht ersichtlich. Die Annahme einer Befangenheit scheidet auch hier aus. Folglich erweist sich die Rüge der Verletzung der Ausstandspflicht als unbegründet.

E. 4.1

Materiell macht der Rekurrent geltend, die Hecke sei infolge ihres über 30-jährigen Alters in ihrem (aktuell rechtswidrigen) Bestand geschützt. Da durch die sichtbeschränkende Hecke keine ernsthafte Gefährdung der Verkehrssicherheit bzw. keine ernsthafte und unmittelbare Gefahr für Leib und Leben bestehe, hätte der Rückschnitt der Hecke nicht verlangt werden dürfen. Die Anordnung sei zudem unverhältnismässig, da mildere Massnahmen nicht geprüft worden seien und das Interesse an der Durchsetzung der VErV das Interesse des Rekurrenten am Bestand der Hecke nicht überwiege. Zuletzt habe die Vorinstanz ihr Ermessen im Zusammenhang mit der Anwendung der VErV überschritten bzw. nicht ausgeübt. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass der angefochtene Beschluss rechtmässig sei. Der Rekurrent sei durch die Gemeinde mit der jährlichen Publikation aufgefordert worden, selbst für den erforderlichen Pflanzrückschnitt zu sorgen. Einer individuell-konkreten Anordnung habe es nicht bedürft, da die Grundeigentümer gesetzlich zum Rückschnitt verpflichtet seien. Der Rekurrent habe es offensichtlich in der Vergangenheit wissentlich versäumt, seiner Pflicht ordnungsgemäss nachzukommen. Es liege in der Natur der Sache, dass eine Hecke bei der Pflanzung oft

lichen Publikation aufgefordert worden, selbst für den erforderlichen Pflanzrückschnitt zu sorgen. Einer individuell-konkreten Anordnung habe es nicht bedürft, da die Grundeigentümer gesetzlich zum Rückschnitt verpflichtet seien. Der Rekurrent habe es offensichtlich in der Vergangenheit wissentlich versäumt, seiner Pflicht ordnungsgemäss nachzukommen. Es liege in der Natur der Sache, dass eine Hecke bei der Pflanzung oft

klein und dünn sei und daher kein Sichthindernis darstelle. Mit der Zeit und wenn sie falsch genutzt und/oder nicht gepflegt werde, könne sie später ein Sicherheitsrisiko darstellen. Der Rekurrent habe sich selbst in diese missliche Lage gebracht. Für eine Hecke könne keine Bestandesgarantie abgeleitet werden, da sie sich – im Unterschied zu einem rechtswidrigen Gebäude – ständig verändere. Es handle sich zudem weder um eine bewilligungspflichtige Baute noch um eine Anlage gemäss Bauverfahrensverordnung (BVV). Selbst wenn eine Bestandesgarantie greifen würde, sei keineswegs erstellt, wann der Verstoß zeitlich eingetreten sei. Würde das Gericht der Auffassung des Rekurrenten folgen, dürften und würden Bund, Kantone und Gemeinden keine Sichtbehinderungen mehr rügen. So müssten sie zuerst durch einen Experten abklären, ob beispielsweise ein Eichenbaum bereits 50-jährig sei und dadurch der in den Lichtraum ragende Ast der Bestandesgarantie unterliege. Denn es liege in der Natur der Sache, dass Sichtbehinderungen erst dann entstehen, wenn der Baum oder eben die Hecke ein gewisses Alter erreiche. Weiter habe die Gemeinde bei der Festlegung einer Sichtweite von 50 m bei Tempo 50 die mildeste Form der möglichen Sichtweiten (Spannweite von 50- 70 m möglich) angeordnet. Ausserdem sei die Kappung der Hecke eine verhältnismässige Massnahme. So überwiege das öffentliche Interesse an der Verkehrssicherheit gegenüber dem privaten Interesse des Rekurrenten am Erhalt der höher gewachsenen Hecke klar. Die Anwendung der VErV führe zudem nicht nur dazu, die Verkehrssicherheit zu verbessern, sondern die Sichtbehinderung zu beheben. Die Massnahme gehe zudem auch nicht weiter als zur Erreichung des Zwecks der Verbesserung der Verkehrssicherheit erforderlich. Rein finanzielle Interessen des Rekurrenten bei ausgewiesener Sicherheitsgefährdung an Leib und Leben dürften nicht ausschlaggebend sein. Es stünde dem Rekurrenten ausserdem frei, die Hecke wie angeordnet zu kappen und nicht zu versetzen, was mit bescheidenerem finanziellen Aufwand verbunden wäre. Die Anwendung der VErV sei zumutbar, angemessen und verhältnismässig. Die Legitimation der Vorinstanz im vorliegenden Fall tätig zu werden, ergebe sich im Übrigen nicht nur aus der VErV, sondern R4.2022.00058 Seite 8

auch aus der kommunalen Polizeiverordnung (PVO). Eine Prüfung von alternativen Verkehrssicherungsmassnahmen sei erfolgt. Die Kantonspolizei habe an der Begehung der Vorinstanz weder die Genehmigung eines Verkehrsspiegels noch weitere verkehrstechnische Massnahmen in Aussicht gestellt. Das Verfahren sei deshalb mangels Bewilligungsfähigkeit eingestellt worden.

E. 4.2

Zunächst ist festzuhalten, dass die Hecke des Rekurrenten unbestritten den Sichtbereich gemäss der Strassenabstandsverordnung (StrAV; Inkrafttreten 1. Juli 1978) bzw. der sie ablösenden VErV (Inkrafttreten 1. Juni 2020) im Bereich der A-Strasse an der Verzweigung A-Strasse/B-Strasse nicht einhält, da die Hecke die erlaubte Höhe von 0,8 m (vgl. § 23 VErV in Verbindung mit Anhang 3 zur VErV, § 26 Abs. 1 lit. b VErV und § 28 VErV sowie § 16 StrAV) deutlich überschreitet. Weiter wäre der Rekurrent zunächst gestützt auf § 16 StrAV, seit 1. Juni 2022 gestützt auf § 23 VErV verpflichtet gewesen, diese Sichtbereiche dauernd freizuhalten. Gemäss § 341 PBG hat die zuständige Behörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. § 358 PBG schafft darüber hinaus eine Grundlage dafür, dass Verbesserungen an bestehenden Bauten und Anlagen, die Bauvorschriften widersprechen, unabhängig von Änderungsbegehren des Grundeigentümers angeordnet werden können,

wenn dadurch erhebliche polizeiliche Missstände beseitigt werden. Die Gemeinde X hat sodann in Art. 28 PVO eine weitere Grundlage geschaffen, um vom Grundeigentümer entsprechend der Strassenabstandsverordnung den Rückschnitt von Hecken zu verlangen, welche die Sicht der Verkehrsteilnehmer – namentlich an Strassenverzweigungen – beeinträchtigen. Der Gemeinderat ist gemäss dieser Norm befugt, bei Nichteinhaltung der Bestimmung und nach vorheriger Ankündigung, die Arbeiten auf Kosten der Grundeigentümer auszuführen oder ausführen zu lassen. Gestützt auf diese Bestimmungen hatte die Vorinstanz grundsätzlich das Recht, den Rückschnitt der Hecke zu verfügen und für den Fall der Nichtvornahme die Ersatzvornahme anzudrohen. Es fragt sich in einem nächsten Schritt, ob sie dieses Recht infolge jahrelanger Untätigkeit verwirkt hat.

R4.2022.00058 Seite 9

4.3.1. Die Rechtssicherheit gebietet in verschiedenen Bereichen, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nur für eine beschränkte Zeit angeordnet werden kann. So hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer widerrechtlichen Waldrodung festgestellt, dass die Befugnis der Behörden, eine Ersatz- oder Wiederaufforstung anzuordnen, auf 30 Jahre beschränkt sei (BGE 105 Ib 265, E. 6). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verwirkt der Anspruch der Behörden auf Herstellung des rechtmässigen Zustands im Bereich von rechtswidrigen Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich ebenfalls nach 30 Jahren. Die Frist wurde in Anlehnung an die ausserordentliche Ersitzung von Grundeigentum gemäss Art. 662 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) festgelegt. In diesem Sinne setzt die "Ersitzung" eine während 30 Jahren unangefochtene Nutzung des Grundeigentums voraus (vgl. BGE 136 II 359, E. 8; BGE 107 Ia 121, E. 1b). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist gemäss Rechtsprechung dann zu machen, wenn die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes aus baupolizeilichen Gründen im engeren Sinne geboten ist. Es ist undenkbar, im Schutzbereich der Polizeigüter die Verjährung zuzulassen. So wäre z.B. die Annahme völlig verfehlt, die Instandstellung einer verfallenen Baute, die für Leib und Leben der Bewohner und Passanten eine Gefahr bildet, könnte nicht mehr verlangt werden, wenn der Gefahrenzustand schon seit Jahren besteht, oder eine defekte elektrische Installation müsste nicht mehr in Ordnung gebracht werden, weil die Behörde einer entsprechenden Anordnung seit Jahren keine Nachachtung verschaffte (BGE 105 Ib 265, E. 3b). Wird somit durch den Fortbestand eines baugesetzwidrigen Gebäudes oder Gebäudeteiles eine konkrete, d.h. ernsthafte und unmittelbare Gefahr für Leib und Leben der Bewohner oder der Passanten geschaffen, so können die Behörden den Abbruch dieses Gebäudes oder Gebäudeteiles unbekümmert um den Zeitablauf verfügen (BGE 107 Ia 121, E. 1b). Bei der Prüfung, ob die Wiederherstellung in diesem Sinne geboten ist, sind sämtliche Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Der Wiederherstellungsbefehl muss dabei – wie jedes staatliche Handeln (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV]) – einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten, insbesondere da damit auch ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit gemäss Art. 26 BV einhergeht. R4.2022.00058 Seite 10

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt zunächst, dass staatliche Massnahmen zwecktauglich und notwendig sind (Verhältnismässigkeit im weiteren Sinne). Die Notwendigkeit bedeutet, dass eine Massnahme über das zur Erreichung ihres Ziels Notwendige nicht hinausgehen darf. Eine Massnahme hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde.

Alsdann muss die Verhältnismässigkeit auch im engeren Sinne gewahrt sein. Das heisst, dass ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem mit der Massnahme verbundenen Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Person bestehen muss. Staatliche Massnahmen müssen durch ein öffentliches Interesse, welches das private überwiegt, gerechtfertigt sein, andernfalls sie für den Betroffenen unzumutbar sind. Für die Interessenabwägung massgeblich sind einerseits die Bedeutung der mit einer staatlichen Massnahme verfolgten öffentlichen Interessen und andererseits das Gewicht der im Spiel stehenden privaten Interessen. Eine Massnahme, die tief greifende Auswirkungen auf die Rechtsstellung des betreffenden Rechtssubjektes hat, jedoch bloss von geringem öffentlichen Interesse ist, ist somit als unzulässig einzustufen (vgl. zum Ganzen Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 514 ff.). Grundsätzlich kann sich auch die Bauherrschaft, die nicht gutgläubig gehandelt hat, auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen. Vor Ablauf der 30-jährigen Frist muss jedoch ein bösgläubiger Grundeigentümer in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen (vgl. BGr 1C_498/2015 vom 22. März 2016, E. 2). Nach Ablauf der Verwirkungsfrist sind an die Verhältnismässigkeit besonders hohe Anforderungen zu stellen, da das Interesse an Rechtssicherheit hoch zu gewichten ist. Für die Annahme der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellungsanordnung müssen mildere Massnahmen insbesondere ernsthaft geprüft worden sein. Entsprechend der vom Bundesgericht genannten Beispiele, die ein Abweichen von der grundsätzlichen Verwirkung des Wiederherstellungsanspruchs rechtfertigen, ist eine Ausnahme nur dann zu machen bzw. die Notwendigkeit (und Gebotenheit) der Massnahme nur dann anzunehmen, wenn die Gefahr für das Polizeigut nicht anders als durch den Wiederherstellungsbefehl abgewendet werden kann.

R4.2022.00058 Seite 11

4.3.2. Unabhängig davon, ob es sich bei der streitgegenständlichen Hecke um eine bewilligungspflichtige Anlage im Sinne des Raumplanungs- und Baugesetzes (RPG) bzw. des PBG und der ausführenden Verordnungen handelt, ist die für rechtswidrige Bauten und Anlagen entwickelte Verwirkungsfrist auch auf Pflanzungen anzuwenden, welche seit über 30 Jahren in einem dauerhaft rechtswidrigen Zustand bestehen. So ist mit analogen Überlegungen im Sinne der Rechtssicherheit geboten, dass die Wiederherstellung nicht für unbestimmte Dauer verlangt werden kann. Ausserdem sind auch Pflanzenbestandteile des Grundeigentums (vgl. Art. 642 ZGB), für welches die zivilrechtliche Ersitzungsfrist von 30 Jahren gilt, aus welcher das Bundesgericht die betreffende öffentlich-rechtliche Verwirkungsfrist ableitete. Selbstredend kann die Verwirkungsfrist nur greifen, wenn der rechtswidrige Zustand der Bewachsung über die letzten 30 Jahre – abgeleitet aus Art. 662 ZGB – "ununterbrochen" bestand.

E. 4.4

Im vorliegenden Fall sprechen verschiedene Umstände dafür, dass die Hecke bereits seit mehr als 30 Jahren die erlaubte Höhe von 0,8 m überschreitet. Anlässlich des Augenscheins liess der Rekurrent ausführen, eine Analyse des Heckenstamms haben ergeben, dass die Hecke mindestens 37 Jahre alt sei. Im Bildarchiv der ETH Zürich ([e-pics; https://ba.e-pics.ethz.ch/](https://ba.e-pics.ethz.ch/)) ist auf einem Bild vom 26. April 1984 (Bildcode [...]) – also vor

rund 38 Jahren – erkennbar, dass die Hecke zu diesem Zeitpunkt frisch gepflanzt wurde, da die einzelnen Pflanzen als kleine Büschchen wahrnehmbar sind. Auf einem Bild vom 5. August 1992 (Bildcode [...]) – also vor rund 30 Jahren – ist sodann ersichtlich, dass die Hecke zu diesem Zeitpunkt die gesetzlich erlaubte Höhe von 0,8 m bereits deutlich überschritten hat, erscheint sie doch schon etwa in der Höhe eines Stockwerks des dahinterliegenden Hauses des Rekurrenten und somit in ähnlicher Höhe wie heute. Es ist daher naheliegend, dass die Hecke auch bereits im Jahr 1990 – zwei Jahre vor dem zweiten erwähnten Foto und rund 30 Jahre vor dem erstmaligen konkreten Tätigwerden der Behörde in der vorliegenden Angelegenheit – die gesetzlich erlaubte Höhe überschritten hat. Dafür spricht ausserdem das im Kartentool swisstopo des Bundes abrufbare Luftbild "SWISS-IMAGE Zeitreise" aus dem Jahr 1990 (<https://map.geo.admin.ch/>), auf dem eine breite Hecke erkennbar ist, die zu einem Schattenwurf führt, der bei einem R4.2022.00058 Seite 12

Vergleich mit dem Schattenwurf der umliegenden Häuser auf eine klare Höhe der Hecke als die gesetzlich erlaubte 0,8 m hindeutet. Als Indiz – wenn auch nicht als Beweis – dafür, dass die Hecke nicht zwischenzeitlich ersetzt oder auf die gesetzlich erlaubte Höhe zurückgeschnitten worden wäre, kann zunächst das aktenkundige Schreiben von BM vom 11. April 2022 gewertet werden, worin diese bestätigt, dass die Tannenhecke seit mehr als 30 Jahren in unverändertem Zustand bestehe. Frau M ist gemäss telefonischer Auskunft des Grundbuchamtes Y seit 1985 Eigentümerin des Grundstücks B-Strasse 7 (Kat.-Nr. 2); es ist daher plausibel, dass sie sich zum Zustand der Hecke über die letzten ungefähr 30 Jahre zu äussern vermag. Ein bei den Akten liegendes Bild aus dem Jahr 2006 zeigt die Hecke zudem in einer Höhe, wie sie in etwa heute besteht. Weiter ist auf sämtlichen verfügbaren Luftbildern der "SWISSIMAGE Zeitreise" über die letzten 30 Jahre die Hecke in nahezu unveränderter Breite ersichtlich und mit Schattenwurf, der im jeweiligen Vergleich zum Schattenwurf des rekurrentischen Hauses auf eine 0,8 m deutlich überschreitende Höhe schliessen lässt. Aufgrund des Ausgeführten steht fest, dass die Hecke bereits seit über 30 Jahren in einer dauerhaft rechtswidrigen Höhe besteht, weshalb die Vorinstanz durch die jahrelange Untätigkeit ihre Befugnis grundsätzlich verwirkt hat, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu verlangen. Diesbezüglich ist noch anzumerken, dass die jährliche Mitteilung, wonach die Hecken im Sichtbereich zurückzuschneiden seien, – anders als von der Vorinstanz geltend gemacht – keine rechtsgenügende Geltendmachung ihres Anspruchs auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes darstellt. In der Gemeinde X wird jährlich jeweils im Juli mit einem "Mitteilungsblatt" in allgemeiner Weise darüber informiert, dass in Übersichtsbereichen wie Einmündungen, Kurven und Ausfahrten Sträucher und Pflanzen auf 0,8 m unter der Schere zu halten seien. Dem Hinweis folgt die Bitte, bis zum 15. September des jeweiligen Jahres die entsprechenden Arbeiten auszuführen. Andernfalls behalte sich der Gemeinderat vor, die erforderlichen Schnitтарbeiten unter Kostenfolge zu Lasten der Eigentümer ausführen zu lassen (siehe Website der Gemeinde X, Amtliche Publikationen, Archiv, Suchbegriff "Mitteilungsblatt", [...]). Die Grundeigentümer sind zwar von Gesetzes wegen verpflichtet, Pflanzen im Sichtbereich unter Schere zu halten; einer individuell-konkreten Anordnung bedarf es hierfür nicht (VB.2016.00079 vom 15. September 2016, E. 4.2). Notwendig ist eine solche R4.2022.00058 Seite 13

– vor Verwirkung des Anspruchs erlassene – individuell-konkrete Anordnung hingegen für die Wiederherstellung daselbst. Eine solche wurde vorliegend jedoch nicht erlassen.

E. 4.5

Wie oben ausgeführt, kann eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ausnahmsweise auch nach Ablauf der Verwirkungsfrist angeordnet werden, wenn sie aus baupolizeilichen Gründen im engeren Sinne geboten ist. Es ist daher zu prüfen, ob die Wiederherstellung im vorliegenden Fall als öffentliches Interesse den Schutz von Polizeigütern bezweckt und verhältnismässig ist. Als Ziel der Massnahme bzw. öffentliches Interesse bezweckt der Wiederherstellungsbefehl die Wahrung der Verkehrssicherheit (und damit von Leib und Leben der Strassenbenützer) an der Einmündung von der B-Strasse in die von rechts herkommend vortrittsberechtigte A-Strasse. Während des Augenscheins befuhren nur wenige Fahrzeuge die strittige Verzweigung. Über die B-Strasse werden aktuell nur 14 Wohneinheiten, über die A-Strasse nur sieben Wohneinheiten erschlossen, weshalb plausibel erscheint, dass die strittige Stelle allgemein nicht allzu stark frequentiert ist. Soweit ersichtlich haben sich an dieser Verzweigung – obwohl die Hecke wie gezeigt bereits seit 30 Jahren in einem rechtswidrigen Zustand besteht – bisher keine Unfälle ereignet, wenngleich diesbezüglich nicht zu vernachlässigen ist, dass das Quartier in den Jahren 2009 bis 2015 durch die Überbauungen an der A-Strasse 10 bis 18 nochmals gewachsen ist. Aktuell sind sämtliche Parzellen des an die Landwirtschaftszone grenzenden Quartiers überbaut, weshalb ein weiteres massgebliches Wachstum in den nächsten Jahren nicht zu erwarten ist. Es ist weiter anzunehmen, dass sowohl die B- als auch die A-Strasse als Quartierstrassen vorwiegend von Ortskundigen befahren werden, welche die streitgegenständliche Verzweigung kennen und mit der gebührenden Vorsicht befahren. Diese Umstände deuten zunächst eher darauf hin, dass die Verkehrssicherheit an dieser Stelle nicht unmittelbar gefährdet ist. Indes wird der erforderliche Sichtbereich von 50 m bis 70 m gemäss Anhang 3 der VErV erheblich unterschritten. Eine Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit kann mithin nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Das Ziel der Wiederherstellung der Verkehrssicherheit bzw. des Schutzes von Leib und Leben der Strassenbenützer genügt fraglos als öffentliches Interesse. R4.2022.00058 Seite 14

Zur Verhältnismässigkeit der Wiederherstellungsanordnung ist festzuhalten, dass der Rückschnitt der Hecke zwar grundsätzlich eine taugliche Massnahme ist, um die Verkehrssicherheit an besagter Verzweigung zu gewährleisten. Kritisch zu beurteilen ist aber die Notwendigkeit der Massnahme. Die Vorinstanz führte aus, sie habe mit einem Mitarbeiter der Kantonspolizei einen Augenschein durchgeführt, anlässlich dessen dieser die Bewilligungsfähigkeit alternativer Verkehrssicherungsmassnahmen verneint habe, weshalb die Vorinstanz dann das diesbezügliche Verfahren eingestellt habe. Mit dem Rekurrenten ist festzuhalten, dass zu diesem Augenschein kein schriftliches Dokument aktenkundig ist. Es ist also nicht nachvollziehbar, weshalb an der besagten Verzweigung zur Sicherstellung der Verkehrssicherheit – insbesondere auch angesichts der wie dargelegt nur geringfügigen Gefährdung – etwa nicht ein Stoppsignal installiert oder ein Verkehrsspiegel angebracht werden könnte. Allenfalls liessen sich die B- und A-Strasse auch in ein Tempo 30 Regime überführen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Gemeinde diese Massnahmen ernsthaft geprüft und abgewogen hätte. Aufgrund fehlender Unterlagen zum durchgeführten Augenschein ist auch nicht nachvollziehbar, ob die Kantonspolizei den Sachverhalt und die Bewilligungsfähigkeit unter Berücksichtigung der Rechtslage bezüglich der Hecke beurteilt hat oder aber sich nur deshalb auf den Standpunkt gestellt hat, alternative Massnahmen würden nicht bewilligt, weil die Polizei davon ausgegangen ist, dass die Hecke ohnehin zu entfernen sei. Jedenfalls hat zumindest die Vorinstanz, wie

die Ausführungen im vorliegenden Verfahren zeigen, die dargelegte Rechtslage bezüglich der Hecke nicht in ihre Überlegungen einfließen lassen. Insbesondere hat sie den Umstand ausser Acht gelassen, dass infolge der grundsätzlichen Verwirkung des Wiederherstellungsanspruchs für die Rechtmässigkeit des Wiederherstellungsbefehls – wie oben aufgezeigt – erforderlich wäre, dass sich die Verkehrssicherheit nicht durch andere Massnahmen sicherstellen liesse. Zusammenfassend hat die Vorinstanz alternative bzw. mildere Massnahmen nicht rechtsgenügend geprüft, weshalb der Wiederherstellungsbefehl aufzuheben und das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

E. 4.6

Bemerkungsweise ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Befürchtung der Gemeinde, dass die öffentliche Hand nun bei sämtlichen Bäumen R4.2022.00058 Seite 15 und Hecken in Zukunft eingehend prüfen müsse, wie alt die entsprechende Bewachung sei, um zu entscheiden, ob der Rückschnitt gerechtfertigt sei, unbegründet ist. Eine Prüfung wird sich nur in Fällen aufdrängen, wo der rechtswidrige Zustand der Bewachung – mithin nicht die Bewachung selbst – eine Dauer von über 30 Jahren erreicht. Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass es ganz generell – auch beispielsweise betreffend rechtswidrige Bauten – letztlich auch in der Verantwortung der öffentlichen Hand liegt, für die Einhaltung von Gesetz und Ordnung zu sorgen und zu diesem Zweck gelegentliche Kontrollen durchzuführen. Soweit dies einen jährlichen Rundgang durch die Gemeinde voraussetzt, ist dies hinzunehmen. Die Befürchtung ist auch insofern zu relativieren, als die Verwirkung wie gesagt nur dann in Betracht kommt, wenn die Rechtswidrigkeit über die letzten 30 Jahre dauerhaft bestand, was nicht allzu häufig anzutreffen sein wird. Sofern in einem künftigen Fall keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Bewachung bereits seit über 30 Jahren in dauerhaft rechtswidrigem Zustand besteht, ist die Gemeinde demnach auch nicht verpflichtet, weiter nachzuforschen. Beim Vorliegen solcher besonderen Verhältnisse, ist es nämlich Pflicht der Verfahrensbeteiligten, darauf hinzuweisen und dafür allenfalls den Beweis zu beschaffen (vgl. Kaspar Plüss, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 7 Rz. 21; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 994 m.H.). Zum Vorbringen der Vorinstanz, es sei stossend, wenn die Gemeinde zum Handeln gezwungen würde, nachdem es der Rekurrent als Grundeigentümer gewesen sei, der über Jahre seiner gesetzlichen Pflicht nicht nachgekommen sei, ist überdies Folgendes zu bemerken: Wie bereits ausgeführt, ist auch die Gemeinde in der Pflicht, durch gelegentliche Kontrollen und entsprechende Anordnungen den rechtmässigen Zustand sicherzustellen. Solche Schritte sind indes nicht aktenkundig, zumal – wie ebenfalls bereits ausgeführt – generelle Mitteilungen hierfür nicht genügen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass es allenfalls auch im Rahmen von alternativen Verkehrssicherungsmaßnahmen möglich ist, den Rekurrenten als Grundeigentümer zur Verantwortung zu ziehen. So ist es gestützt auf § 8 Abs. 2 der Kantonalen Signalisationsverordnung (KSigV) möglich, die Kosten demjenigen aufzuerlegen, der die überwiegende Ursache für die Verkehrsanordnung gesetzt hat. R4.2022.00058 Seite 16

Abschliessend ist zudem klarzustellen, dass es im Zusammenhang mit dem von der Vorinstanz als Grundlage genannten Verwaltungsgerichtsentscheid (VB.2011.00144 vom 12. Mai 2011) um eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots ging. Das Thema Verwirkung des Wiederherstellungsanspruchs war nicht Gegenstand des Verfahrens, weshalb der Entscheid in der vorliegenden Sache nicht einschlägig ist.

E. 5

Es ergibt sich somit, dass der Rekurs teilweise gutzuheissen ist. Die Sache ist zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück- zuweisen.

E. 6

Die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu weiterer Abklärung (mit noch offenem Ausgang) gilt praxisgemäss für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung als volles Obsiegen, un- abhängig davon, ob die Rückweisung überhaupt beantragt oder ob das ent- sprechende Begehren im Haupt- oder im Eventualantrag gestellt wird (BGE 132 V 215, E. 6.1; BGr 2C_846/2013 vom 28. April 2014, E. 3.2 f.). Die Verfahrenskosten sind daher der Vorinstanz aufzuerlegen (§ 13 VRG). Nach § 338 Abs. 1 PBG bzw. § 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungs- gerichts (GebV VGr) legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach sei- nem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem bestimm- baren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier ein Verfahren ohne bestimm- baren Streitwert vor, beträgt die Gerichtsgebühr in der Regel Fr. 500.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG; § 3 Abs. 2 GebV VGr). Bei der Bemessung der Gebührenhöhe steht der Rekursinstanz ein grosser Ermessensspielraum zu (Plüss, § 13 Rz. 25 ff.). Demnach ist die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 4'000.-- festzusetzen.

E. 7

Der Parteien beantragen die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung. R4.2022.00058
Seite 17

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG kann im Rekursverfahren und im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu ei- ner angemessenen Entschädigung für die Umtriebe der Gegenpartei ver- pflichtet werden, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sach- verhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistandes rechtfertigte. Die Bemessung der Um- triebsentschädigung richtet sich nach § 8 GebV VGr. Der Beizug eines Rechtsbeistandes ist in aller Regel als Grund für die Zu- sprechung einer Umtriebsentschädigung einzustufen (VB.2003.00093 vom 16. Oktober 2003, E. 3.1.). Demnach ist vorliegend dem Rekurrenten zulas- ten der Vorinstanz eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Angemes- sen erscheint ein Betrag von Fr. 2'000.--. Da die Umtriebsentschädigung pauschal festgelegt wird, entfällt die Zusprechung eines Mehrwertsteuerzu- satzes von vornherein (BRKE II Nrn. 0247 und 0248/2007 in BEZ 2007 Nr. 56). Der unterliegenden Vorinstanz steht bei diesem Verfahrensausgang keine Umtriebsentschädigung zu.

E. 8

Es liegt ein Rückweisungsentscheid vor, der als Zwischenentscheid im Sinn von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zu qualifizieren ist. Dessen Anfechtbarkeit richtet sich nach §19a Abs. 2 VRG. R4.2022.00058 Seite 18