

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00359 vom 8. Februar 2012**

ZH Verwaltungsgericht, 2012-02-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2010.00359](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2010.00359)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00359 du 8 février 2012

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00359 del 8 febbraio 2012

## **Regeste**

Denkmalschutz | Unterschutzstellung eines Nussbaums: Vertrauensschutz; Qualifikation als Schutzobjekt; Verhältnismässigkeit. Die Beschwerdeführenden konnten unter den vorliegenden Umständen nicht davon ausgehen, der Gemeinderat habe auf eine Unterschutzstellung des Inventarobjekts verbindlich verzichtet (E. 3). Eine entsprechende Zusicherung lässt sich weder einem nach Ablauf von drei Jahren nicht mehr gültigen Vorentscheid, dessen Gegenstand nicht die Schutzwürdigkeit des Nussbaums war (E. 3.2), noch einem verwaltungsrechtlichen Vertrag, welcher sich zum Nussbaum nicht äussert (E. 3.3), entnehmen. Die Schutzwürdigkeit eines Objekts kann nicht damit verneint werden, dass sie durch künftige bauliche Veränderungen, deren Verwirklichung noch in keiner Weise absehbar ist, beeinträchtigt werden könnte. Solchen veränderten Verhältnissen wäre gegebenenfalls durch einen neuen Schutzentscheid Rechnung zu tragen (E. 5.2). Die wirtschaftlichen Interessen des Eigentümers vermögen die erheblichen öffentlichen Interessen an einer Unterschutzstellung nicht aufzuwiegen (E. 6). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Baukommission Küsnacht,

#### **E. 1.1**

Der Entscheid, ob ein Augenschein angeordnet werden soll, steht im pflichtgemässen Ermessen der mit der Sache befassten Behörde. Eine dahingehende Pflicht besteht nur, wenn die tatsächlichen Verhältnisse auf andere Weise nicht ermittelt werden können. Die Durchführung eines Augenscheins ist somit nur geboten, wenn die tatsächlichen Verhältnisse unklar sind und anzunehmen ist, die Parteien vermöchten durch ihre Darlegungen auf dem Lokal Wesentliches zur Erhellung der sachlichen Grundlagen des Rechtsstreits beizutragen (RB 1995 Nr. 12 mit Hinweisen). Die lokalen Begebenheiten sind aus den eingereichten Verfahrensakten genügend ersichtlich. Der massgebliche Sachverhalt geht somit hinreichend aus den Akten hervor, weshalb sich die Fragen, welche die vorliegende Angelegenheit aufwirft, ohne den beantragten Augenschein beantworten lassen. Das Verwaltungsgericht kann deshalb auf dessen Durchführung verzichten. Es kann offenbleiben, ob es einer Gehörsverletzung gleichkommt, dass sich die Parteien nicht zu allen Standorten, von welchen aus im Anschluss an den formellen Teil des Augenscheins Fotos gemacht worden seien, hätten äussern können. Dieser Mangel hätte durch die entsprechenden Äusserungsmöglichkeiten im vorliegenden Verfahren ohne Weiteres geheilt werden können.

#### **E. 1.2**

Die Mitteilung einer vorläufigen Einschätzung durch den Referenten erscheint unproblematisch. Dieses Vorgehen ist vor unteren kantonalen Instanzen nicht ungewöhnlich und liegt auch im Interesse der Verfahrensbeteiligten. Es steht im Ermessen der Vorinstanz, ob sie den Parteien eine vorläufige Stellungnahme kommunizieren will. Entschieden ist, dass sie klar als solche bezeichnet wird. Dies ist vorliegend unbestritten. Zudem ist nicht ersichtlich, dass Verfahrensbeteiligte oder der Spruchkörper durch die vorläufige Stellungnahme beeinflusst worden wären. Die Tatsache, dass nach dem Augenschein noch weitere Akten sowie diesbezügliche Stellungnahmen eingeholt wurden, spricht – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden – nicht dafür, dass die Entscheidungsfindung durch die vorläufige Einschätzung beeinträchtigt wurde, könnte ein Abweichen von der vorläufigen Einschätzung des Referenten doch mit neuen Erkenntnissen begründet werden.

## **E. 2**

). Der östliche, in der Kernzone gelegene Grundstücksteil ist mit dem ehemaligen Bauernwohnhaus G-Strasse 02, einer sich unmittelbar südwestlich davon befindenden Wagenremise und einer südlich des Wohnhauses gelegenen grösseren Scheune überstellt. Zwischen der Scheune und der Remise steht der streitbetroffene Nussbaum. Seine Baumkrone reicht bis an die nordwestliche Traufseite der Scheune und überlappt teilweise das Dach der gegenüberliegenden Remise. Der Nussbaum ist im kommunalen Ortsbildinventar vom 14. März 1985 als wichtiger Einzelbaum enthalten.

### **E. 2.1**

Das streitbetroffene Grundstück mit einer Fläche von rund 8'100 m

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführenden ersuchten die Baukommission Küssnacht am 12. April 2002 im Rahmend eines behördenverbindlichen Vorentscheids unter anderem zu prüfen, inwiefern zwei Perimeter im Bereich der Scheune und westlich der Remise überbaut werden könnten. Letzterer Perimeter tangierte dabei den heute streitbetroffenen Nussbaum. Die Baukommission hielt in ihrem Beschluss vom 10. September 2002 fest, dem Konzept für Abbruch und Neubauten in den beiden Perimeterbereichen könne im Sinn der Erwägungen grundsätzlich zugestimmt werden (Disp.-Ziff. 6). In den Erwägungen führte die Baukommission unter anderem aus, aufgrund der vorliegenden Unterlagen könne über die Grösse und die Einpassung nichts ausgesagt werden. Es sei aber unbedingt darauf zu achten, dass die heutige wichtige Hofbildung auch mit allfällig neuen Bauten erhalten bzw. wieder hergestellt werde. Bei der Planung seien die im Ortsbildinventar aufgeführten Festlegungen wie Einzelbäume, wichtige Freiräume und Vorgartengebiete und Vorplätze zu beachten. Ferner stimmte die Baukommission dem Antrag der Beschwerdeführenden zu, das Provokationsverfahren in Bezug auf das Wohnhaus G-Strasse 02 mittels eines verwaltungsrechtlichen Vertrags abzuschliessen (Disp.-Ziff. 2). Ein diesbezüglicher Vertragsentwurf vom 24. Dezember 2002 sah ausdrücklich vor, dass der Nussbaum in den Schutzzumfang einbezogen würde. Die Beschwerdeführenden lehnten dies jedoch ab. Im schliesslich abgeschlossenen verwaltungsrechtlichen Vertrag vom 14. November 2005 wird der Nussbaum nicht erwähnt. Der Schutzzumfang erstreckte sich demnach im Wesentlichen auf den Baukörper der Liegenschaft G-Strasse 02 ohne Zinnenanbau an der westlichen Giebelseite sowie den eingezäunten Garten vor der Südfassade (Ziff. 4.4). In Zusammenhang mit Letzterem wurde im Vertrag zudem festgehalten, ein allfälliger Neubau

im Bereich der Remise und der Scheune müsse die Wiederherstellung der heute vorhandenen charakteristischen Hofraumsituation zum Hauptgebäude G-Strasse 02 gewährleisten (Ziff. 7.7). Am 17. Juli 2007 gelangten die Beschwerdeführenden mit einer schriftlichen Voranfrage zu einer Baumassenstudie erneut an die Baukommission. Diese führte in ihrer Stellungnahme vom 5. Oktober 2007 unter anderem aus, die Bauvolumen der Neubauten anstelle der Scheune und der Remise seien denkbar. Die beiden Bäume seien gemäss Ortsbildinventar wichtig und damit zu erhalten. Es sei ein Gutachten über den Gesundheitszustand sowie über die voraussichtliche Lebensdauer der Bäume vorzulegen. Die Beschwerdeführenden ersuchten hierauf mit Schreiben vom 18. Dezember 2007 darum, die beiden Bäume aus dem Ortsbildinventar zu entlassen. Am 18. April 2008 lehnte die Baukommission dies ab. Aufgrund des Ortsbilds sei der markante Nussbaum sehr wichtig. Die Baukommission signalisierte jedoch die Bereitschaft, unter Sicherung eines grundbuchlichen Eintrags festhalten zu lassen, dass der Nussbaum gefällt werden dürfe, sofern projektmässig alles unternommen worden sei, den Baum zu schützen und zu erhalten. Dazu müsse in Varianten aufgezeigt werden, wie der Baum erhalten werden könne. Andernfalls sei zu prüfen, ob der Baum unter Schutz gestellt werden müsse. Die Beschwerdeführenden lehnten diesen Vorschlag ab und wiederholten mit Wiedererwägungsgesuch vom 3. Juli 2008 ihr Gesuch, den fraglichen Nussbaum aus dem Ortsbildinventar zu entlassen. Die Baukommission lehnte die Entlassung des Nussbaums aus dem Ortsbildinventar schliesslich mit Beschluss vom 25. November 2008 ab. Dagegen erhoben die Beschwerdeführenden am 23. Dezember 2008 vorsorglich Rekurs bei der Baurekurskommission II. Gleichzeitig gelangten sie mit einem Provokationsbegehren an den Gemeinderat Küsnacht. Dieser stellte den Nussbaum mit Beschluss vom 15. Juli 2009 unter Schutz.

### **E. 3**

Vorab ist auf die Rüge der Beschwerdeführenden einzugehen, die Unterschutzstellung verletze das Gebot von Treu und Glauben. Mit dem Vorentscheid vom 10. September 2002 sei eine Beseitigung des Nussbaums zumindest sinngemäss gestattet worden. Damit habe die Baukommission die Beschwerdeführenden in den Glauben versetzt, die Überbauungsabsichten innerhalb des Perimeters liessen sich verwirklichen. In dieser Erwartungshaltung seien die Beschwerdeführenden zu schützen. Dasselbe gelte für den verwaltungsrechtlichen Vertrag vom 14. November 2005. Bei dessen Abschluss sei der Nussbaum als Schutzobjekt bewusst ausgeklammert worden. Wenn der Gemeinderat den auf den Vertragsbestandteil bildenden Plänen eingezeichneten "Perimeterbereich Neubau" nicht beanstandet habe, hätten die Beschwerdeführenden darauf vertrauen dürfen, dass der Perimeterbereich zonenkonform überbaut werden könne.

#### **E. 3.1**

Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz (Entscheid der Vorinstanz, E. 6.3) sind nicht zu beanstanden, weshalb auf sie verwiesen werden kann (§ 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG). Weder der Vorentscheid vom 10. September 2002 noch der verwaltungsrechtliche Vertrag vom 14. November 2005 konnte bei den Beschwerdeführenden berechtigtes Vertrauen wecken, der fragliche Nussbaum könne beseitigt werden.

#### **E. 3.2**

Die Frage der Schutzwürdigkeit des Nussbaums konnte nicht Gegenstand des Vorentscheids sein. Dazu dient das Provokationsverfahren gemäss § 213 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG; vgl. Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 382 ). Der Vorentscheid vom 10. September 2002 hatte unter anderem die Beantwortung folgender Frage zum Gegenstand: "Kann das vorliegend beschriebene Konzept, Abbruch – Neubauten im erwähnten Perimeteranteil, sowie Abbruch – Neubau der Anbaute an Assek.-Nr. 03, baurechtlich bewilligt werden?" Die Baukommission bejahte diese Frage grundsätzlich. In den Erwägungen, auf welche sie dabei verwies, führte sie diesbezüglich unter anderem Folgendes aus: "Aufgrund der vorliegenden Unterlagen kann über die Grösse und Einpassung nichts ausgesagt werden. Es ist aber unbedingt darauf zu achten, dass die heutige wichtige Hofbildung auch mit allfällig neuen Bauten erhalten resp. wiederhergestellt wird. Bei der Planung sind die im Ortsbildinventar aufgeführten Festlegungen wie Einzelbäume, wichtige Freiräume und Vorgartengebiete und Vorplätze zu beachten." Unter diesen Umständen durften die Beschwerdeführenden nicht in guten Treuen annehmen, die – dazu im Übrigen nicht zuständige – Baukommission habe mit dem erwähnten Entscheid eine verbindliche Aussage zum Verzicht auf Massnahmen zum Schutz des Nussbaums gemacht. Dies gilt umso weniger, nachdem die Gültigkeit des Vorentscheids nach Ablauf von drei Jahren erloschen ist (§ 324 Abs. 1 in Verbindung mit § 322 Abs. 1 PBG).

### **E. 3.3**

Der fragliche Nussbaum bildete auch nicht Gegenstand des verwaltungsrechtlichen Vertrags vom 14. November 2005. Dieser betraf gemäss dessen Rubrum "Denkmalschutz, Umbau und Renovation der Liegenschaft Wohnhaus Vers.-Nr. 03, Kat.-Nr. 01, G-Strasse 02, Küsnacht." Auf die Pläne, aus welchen die Beschwerdeführenden einen mit dem Erhalt des Nussbaums unvereinbaren zugesicherten Bauperimeter ableiten, nimmt der Vertrag nur im Zusammenhang mit einem allfälligen neuen Zinnenanbau Bezug. Der Vertrag äussert sich weder zum Nussbaum noch zu Baubereichen für allfällige Neubauten. Die Pläne können aber nur zu jenen Punkten verbindliche Aussagen machen, zu welchen sich der Vertrag auch äussert. Aus den eingezeichneten Neubauperimetern kann daher nicht abgeleitet werden, der Gemeinderat habe der Entlassung des Nussbaums aus dem Ortsbildinventar zugestimmt. Aus dem Verzicht auf eine vertragliche Schutzanordnung kann nicht auf einen definitiven Verzicht auf Schutzmassnahmen und damit eine Zusicherung geschlossen werden, den Nussbaum aus dem Inventar zu entlassen. Dass die ausdrückliche Erwähnung des Nussbaums als Schutzobjekt vom Gemeinderat vorerst eingefügt, schliesslich aber fallengelassen wurde, dokumentiert vielmehr, dass er den Nussbaum für schutzwürdig hielt, auf eine entsprechende vertragliche Regelung jedoch aufgrund des Widerstands der Beschwerdeführenden verzichtete. Da der Vertrag nicht die Schutzwürdigkeit des Nussbaums zum Gegenstand hatte, bedeutete die Streichung der entsprechenden Passage nicht, wie dies die Beschwerdeführenden interpretieren wollen, einen definitiven Verzicht auf die Anordnung von Schutzmassnahmen. Vielmehr blieb es diesbezüglich beim Status quo, nämlich der Verzeichnung des Baums im Ortsbildinventar. Hätte der Vertrag auch die Schutzwürdigkeit des Nussbaums zum Gegenstand gehabt, hätte dieser entweder als Schutzobjekt bezeichnet oder aber aus dem Inventar entlassen werden müssen. Dass die anlässlich der Vertragsverhandlungen anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden nicht auf die Aufnahme einer entsprechenden Klausel pochten, sondern sich mit der Streichung der fraglichen Passage zufriedengaben, deutet darauf hin,

dass auch sie damit einverstanden waren, auf einen Schutzentscheid bezüglich des Nussbaums vorderhand zu verzichten. Jedenfalls können sie sich nicht auf den Schutz berechtigten Vertrauens berufen.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführenden rügen, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf volle Überprüfung verletzt, indem sie sich bei der Überprüfung des kommunalen Entscheids mit Hinweis auf bestehende Ermessensspielräume Zurückhaltung auferlegt habe. Es gehe vorliegend um die Auslegung von § 203 Abs. 1 PBG und die bundesrechtlich garantierte Eigentumsгарantie. In diesem Bereich bestehe keine Gemeindeautonomie.

##### **E. 4.1**

Den kommunalen Behörden steht, wie die Beschwerdeführenden zutreffend ausführen, bei der Beantwortung der Frage, was unter einem wertvollen Baum im Sinn von § 203 Abs. 1 lit. f PBG zu verstehen ist, kein besonderer Beurteilungsspielraum zu. Hier hat das Baurekursgericht volle Kognition (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 20 N. 19). Diese Frage ist vorliegend jedoch nicht umstritten. Die Parteien gehen übereinstimmend und zutreffend davon aus, dass ein einzelner Baum im Interesse des Ortsbilds schutzwürdig ist, wenn er aufgrund seines Standorts und seiner Erscheinung in markanter Weise einen dominierenden, aussergewöhnlichen Akzent setzt und damit das Quartier- bzw. Strassenbild wesentlich mitprägt (RB 1990 Nr. 71; VGr, 25. Februar 2009, VB.2008.00432, E. 3.2; Beschwerdeschrift, Rz. 36; Beschwerdeantwort, Rz. 14).

##### **E. 4.2**

Umstritten ist vorliegend, ob diese Anforderungen im konkreten Fall erfüllt sind. Diesbezüglich verfügen die zuständigen Gemeindebehörden, insbesondere bei der vorzunehmenden Würdigung örtlicher Verhältnisse, über einen von den Rekursinstanzen zu respektierenden Ermessensspielraum. Es wäre wenig sinnvoll, der Gemeinde den Landschaftsschutz im örtlichen Bereich zu übertragen, im Streitfall aber den kantonalen Behörden die Befugnis vorzubehalten, eine Massnahme, welche die Gemeindebehörde in Ausübung ihres Ermessens getroffen hat, lediglich aus einer anderen ästhetischen Wertung des Einzelfalles heraus – und ohne dass die Rücksicht auf höherwertige Rechtsgüter das gebieten würde – aufzuheben (RB 1971 Nr. 7). Der für die Unterschutzstellung zuständigen Verwaltungsbehörde kommt daher bei der Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen von § 203 Abs. 1 PBG gegeben sind, eine besondere Entscheidungsfreiheit im Grenzbereich zwischen Rechtsanwendung und Ermessensbetätigung zu (vgl. BGE 115 Ib 131 E. 3; VGr, 27. August 2003, VB.2003.00121, E. 2b), deren Handhabung die Rechtsmittelinstanzen nicht frei überprüfen können (RB 1982 Nr. 37). Der Anspruch auf wirksame Überprüfung steht dieser Praxis nicht entgegen. Die Vorinstanz hat sich daher zu Recht eine gewisse Zurückhaltung auferlegt.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführenden machen geltend, der Nussbaum setze keine dominierenden, aussergewöhnlichen Akzente, welche es rechtfertigen würden, ihn als Bestandteil des Ortsbilds unter Schutz zu stellen. Nur isoliert den Nussbaum, nicht aber die übrigen Elemente der Hofsituation zu schützen, ergebe keinen Sinn. Der Baum werde zudem nicht derart markant wahrgenommen, wie dies im Gutachten ausgeführt werde. Das Umfeld des Nussbaums entspreche nicht den im Gutachten geschilderten Verhältnissen und auch nicht

dem, was die Vorinstanz daraus ableite. Eine Schutzanordnung im Sinn von § 205 lit. c PBG sei vorliegend nicht notwendig. Der planerische Schutz reiche aus.

### **E. 5.1**

Ein einzelner Baum ist im Interesse des Ortsbilds schutzwürdig, wenn er aufgrund seines Standorts und seiner Erscheinung in markanter Weise einen dominierenden, aussergewöhnlichen Akzent setzt und damit das Quartier- bzw. Strassenbild wesentlich mitprägt (RB 1990 Nr. 71; VGr, 25. Februar 2009, VB.2008.00432, E. 3.2). Dies wurde vom Gemeinderat gestützt auf zwei Gutachten bejaht. Auch die Vorinstanz schloss sich dieser Einschätzung an. Dass sie diesbezüglich im Wesentlichen auf die Begründung des angefochtenen Gemeinderatsbeschlusses verwies, ist nicht zu beanstanden (§ 28 Abs. 1 Satz 2 VRG). Die Vorbringen der Beschwerdeführenden im Rekursverfahren mussten die Vorinstanz nicht dazu veranlassen, diesem Punkt grösseres Gewicht beizumessen. So wurde die Begründung des Rekurses mit der Bemerkung eingeleitet (Rekurschrift, S. 3), "dass die Bedeutung des Nussbaumes für den heute dörflich geprägten Ist-Zustand sicher zutrifft. Wenn die Gutachter übereinstimmend feststellen, dass der Nussbaum als prägendes Element des historischen Siedlungskerns erhaltenswert ist, überrascht das nicht. Darüber ist nicht zu rechten." Die Beschwerdeführenden machten im Rekursverfahren hingegen geltend, es sei nicht der heutige Stellenwert des Baums entscheidend. Massgeblich sei vielmehr, ob der Nussbaum auch in einer künftig veränderten Siedlungsstruktur, bei der die westlichen Baumgärten durch Wohnbauten ersetzt würden, nach wie vor einen Stellenwert habe, der zwingend nach einer Unterschutzstellung rufe (Rekurschrift, S. 3). Was die Beschwerdeführenden in Bezug auf die aktuellen Verhältnisse gegen die Qualifikation des Nussbaums als Schutzobjekt ausführen, vermag die gutachterlichen Feststellungen sowie die Würdigung durch die Vorinstanzen denn auch nicht ernsthaft in Zweifel zu ziehen. Für das Verwaltungsgericht besteht aufgrund der bei den Akten liegenden Gutachten sowie der auf einem fotografisch dokumentierten Augenschein beruhenden Einschätzung der Vorinstanz keine Veranlassung, an der markanten Erscheinung des fraglichen Nussbaums zu zweifeln.

### **E. 5.2**

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden kann bei der Qualifikation als Schutzobjekt nicht auf künftige Überbauungen bzw. Überbaumungsmöglichkeiten abgestellt werden. Den Anliegen des Natur- und Heimatschutzes könnte sonst nicht gebührend Rechnung getragen werden. Die massgeblichen Bestimmungen bezwecken nämlich, dass Bauprojekte auf Schutzobjekte Rücksicht nehmen. Die Schutzwürdigkeit eines Objekts ist daher vorgängig zu klären. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz sind nicht zu beanstanden. Die Schutzwürdigkeit eines Objekts kann nicht damit verneint werden, dass sie durch künftige bauliche Veränderungen, deren Verwirklichung noch in keiner Weise absehbar ist, beeinträchtigt werden könnte. Solchen veränderten Verhältnissen wäre gegebenenfalls durch einen neuen Schutzentscheid Rechnung zu tragen (vgl. VGr, 25. Februar 2009, VB.2008.00432, E. 3.2 mit Hinweisen). Wird ein Objekt aktuell als schutzwürdig beurteilt, sind entsprechende Massnahmen zu treffen. Allfälligen Beschränkungen der Baumöglichkeiten in der Umgebung ist im Rahmen der Interessenabwägung Rechnung zu tragen, die bei der Anordnung konkreter Schutzmassnahmen vorzunehmen ist. Dies ändert jedoch nichts an der Qualifikation als Schutzobjekt.

### **E. 5.3**

Das Vorbringen, es ergebe keinen Sinn, nur isoliert den Nussbaum, nicht aber die übrigen Elemente der Hofsituation zu schützen, beschlägt nicht die Qualifikation des Baums als Schutzobjekt, sondern die beim Entscheid über Schutzmassnahmen vorzunehmende Interessenabwägung. Gleiches gilt für das Argument, eine Unterschutzstellung im Sinn von § 205 lit. c PBG sei vorliegend nicht notwendig; der planerische Schutz reiche aus.

### **E. 6**

Es bleibt zu prüfen, ob die angefochtene Unterschutzstellung verhältnismässig ist. Dies ist dann der Fall, wenn das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Schutzobjekts höher zu werten ist als entgegenstehende öffentliche und private Interessen. Eine solche Interessenabwägung ist zwar grundsätzlich eine vom Verwaltungsgericht überprüfbare Rechtsfrage. Bei der Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen bestehen jedoch in verschiedener Hinsicht Beurteilungsspielräume, welche in erster Linie von den Verwaltungsbehörden auszufüllen sind; insofern steht ihnen eine von den Rechtsmittelinstanzen zu beachtende besondere Entscheidungsfreiheit zu (RB 1982 Nr. 37; VGr, 27. August 2003, VB.2003.00121, E. 2c ).

#### **E. 6.1**

Den Ausführungen der Beschwerdeführenden, es ergebe keinen Sinn, nur isoliert den Nussbaum, nicht aber die übrigen Elemente der Hofsituation zu schützen, kann nicht gefolgt werden. So wurde das Wohnhaus G-Strasse 02 mit verwaltungsrechtlichem Vertrag vom 14. November 2005 unter Schutz gestellt. Vom Schutzzumfang ist auch der eingezäunte Garten vor der Südfassade umfasst. Die Scheune südöstlich des Nussbaums ist im Zonenplan schwarz bezeichnet, weshalb für einen Ersatzbau die durch das bisherige Gebäudeprofil gebildeten Masse gelten (Art. 9 Abs. 1 der Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Küsnacht vom 5. Dezember 1994 [BZO]). Im Übrigen ist in der Kernzone der typische Gebietscharakter zu wahren (Art. 5 BZO). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden reicht der planerische Schutz sodann nicht aus, um den Nussbaum in seiner Substanz zu erhalten.

#### **E. 6.2**

Die Beschwerdeführenden machen geltend, die angefochtene Unterschutzstellung stelle einen unverhältnismässigen Eingriff in ihr Eigentum dar. Ein nicht überbaubarer Bereich von rund 640 m<sup>2</sup> führe an dieser bevorzugten Lage zu einer erheblichen Werteinbusse von etwa Fr. 1'920'000.-. Dies könne in der Kernzone nicht kompensiert werden. Die von der Vorinstanz erwähnten Massnahmen vermöchten nicht zu überzeugen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die streitbetreffene Parzelle bereits wiederholt Gegenstand von Planungsentscheiden gewesen sei, welche deren Wert reduziert hätten. Die Unterschutzstellung des Nussbaums bringe das Mass zum Überlaufen und erweise sich in der Gesamtbeurteilung als unverhältnismässig.

#### **E. 6.3**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vermögen finanzielle Interessen der Eigentümer an einer möglichst gewinnbringenden Ausnützung ihrer Liegenschaften das öffentliche Interesse an einer Schutzmassnahme grundsätzlich nicht zu überwiegen (BGE 126 I 219 E. 2c; 120 Ia 270 E. 6c, 118 Ia 384 E. 5e; 109 Ia 257 E. 5d; BGr, 13. September 2005, 1P.79/2005, E. 4.8, ZBl 108/2007, S. 83 ff., 90). Andernfalls könnten

etwa Gebäude, die auf stark unternutzten Grundstücken der Ausschöpfung der Ausnutzungsreserven im Weg stehen, nie unter Schutz gestellt werden. Die Vorinstanz hat allerdings zutreffend darauf hingewiesen, dass eine Gewichtung der entgegenstehenden Interessen vorzunehmen ist (Entscheid der Vorinstanz, E. 7.3.1). Je grösser die Schutzwürdigkeit eines Schutzobjekts ist, desto weniger können private Interessen ins Gewicht fallen (BGE 126 I 219 E. 2c).

#### **E. 6.4**

Es ist nicht zu bezweifeln, dass private Interessen der Beschwerdeführenden gegen eine Unterschutzstellung sprechen. Ihre Bedeutung wird aber insofern reduziert, als ein Grundeigentümer keinen Anspruch auf eine grösstmögliche Ausnutzung hat (VGr, 26. Januar 2011, VB.2010.00472, E. 8.3). Die Baumöglichkeiten werden zudem bereits durch die Kernzonenvorschriften beschränkt. Der wirtschaftliche Nachteil ergibt sich daher nicht aus der Multiplikation der vom fraglichen Nussbaum beanspruchten Fläche mit einem mutmasslichen Bodenpreis. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerschaft durften im Rahmen der Interessenabwägung schliesslich auch dem Umstand Rechnung tragen, dass den Beschwerdeführenden für allfällige Neubauten nicht nur die Kernzone zur Verfügung steht. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Verpflichtung, die Hofraumsituation zu erhalten, auf welche die Beschwerdeführenden wiederholt hinweisen, offensichtlich nicht gegen den Erhalt des Nussbaums spricht. Dieser ist gerade eines der zentralen Elemente der heute vorhandenen charakteristischen Hofraumsituation, welche ein allfälliger Neubau im Bereich der heutigen Remise und Scheune gemäss Disp.-Ziff. 7.7 des verwaltungsrechtlichen Vertrags gewährleisten müsste.

#### **E. 6.5**

Der Gemeinderat und mit ihm die Vorinstanz erachteten das öffentliche Interesse an einer Unterschutzstellung als gross. Der angefochtene Schutzentscheid stützt sich auf zwei sachverständige Beurteilungen. Diese drücken übereinstimmend aus, dass der gesunde Baum ein prägendes Element im Ortsbild darstellt. Im Kurzgutachten K vom 31. Januar 2009 ist die Rede von einem prägnanten Element im Ortsbild. Das ausführliche Gutachten J vom 23. März 2009 betont die Bedeutung des Nussbaums für den Charakter des Hofraums. Zudem spricht es dem Nussbaum eine "wahrzeichenhafte Funktion für die historische Siedlung H/G-Strasse zu. Als prägender, alter und charaktervoller Baum, der sowohl von der G-Strasse als auch vom einstigen Baumgarten im Westen einen imposanten, wohltuenden Anblick biete, gehöre der Nussbaum als traditioneller Hofbaum unabdingbar zum heute noch gut erhaltenen historischen Siedlungskern von H. Diese Ausführungen sind überzeugend und werden durch jene der Beschwerdeführenden nicht ernsthaft in Zweifel gezogen. Unter diesen Umständen muss von einem grossen öffentlichen Interesse an einer Unterschutzstellung des Nussbaums ausgegangen werden. Die finanziellen Interessen der Beschwerdeführenden sind daher – selbst unter Berücksichtigung vergangener wertvermindernder Planungsentscheide und der geltend gemachten Beeinträchtigung der Aussicht – weniger stark zu gewichten (E. 6.3). Jedenfalls ist eine Höhergewichtung der öffentlichen Interessen gegenüber den finanziellen privaten Interessen der Beschwerdeführenden nicht rechtsverletzend.

#### **E. 7**

Zusammenfassend ist die Unterschutzstellung des Nussbaums nicht zu beanstanden. Er stellt ein Schutzobjekt dar, an dessen Erhalt ein überwiegendes öffentliches Interesse

besteht. Einem solchen Entscheid stehen auch keine Gründe des Vertrauensschutzes entgegen. Die Beschwerde ist somit abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Diese sind zudem zu verpflichten, dem Gemeinderat Küsnacht eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.