

# **ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0075/2020 vom 28. April 2020**

ZH Baurekursgericht, 2020-04-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_baurekursgericht\\_BRGE II Nr. 0075\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE%20II%20Nr.%200075_2020)

FR: ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0075/2020 du 28 avril 2020

IT: ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0075/2020 del 28 aprile 2020

## **Regeste**

Die Baubehörde einer Gemeinde stellte einen rund 180 Jahre alten, ursprünglich aus Nordamerika stammenden Tulpenbaum unter Schutz. Dessen grundsätzliche Schutzwürdigkeit war unbestritten; indes wehrte sich der Eigentümer des Grundstücks, auf dem der Tulpenbaum steht, rekursweise gegen die Modalitäten der Unterschutzstellung (namentlich: Verbot des Befahrens des statisch relevanten Wurzelbereichs sowie Ersatzpflanzungspflicht für den Fall des Abgangs des Tulpenbaums). Das Baurekursgericht erachtete indes sämtliche statuierten Auflagen der Unterschutzstellung als rechtmässig. Demzufolge war der Rekurs abzuweisen.

## **Erwägungen**

### **E. 2**

H. und M. H. [...] vertreten durch [...]

#### **E. 2.1**

Es wird die Durchführung eines Augenscheins beantragt (vgl. § 7 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG]).

#### **E. 2.2**

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts können die bei einem ordnungsgemäss durchgeführten Augenschein gewonnenen Kenntnisse der Örtlichkeiten auch in einem späteren Rechtsgang verwendet werden; ein zweiter Augenschein vor dem Neuentscheid ist nicht notwendig. Dies setzt allerdings voraus, dass sich alle wesentlichen, anlässlich des Augenscheins gewonnenen Eindrücke und gemachten Feststellungen aus den Akten ergeben (VB.2012.00652 vom 13. März 2013, Erw. 4.1).

#### **E. 2.3**

Vorliegend handelt es sich um den zweiten Rechtsgang in derselben Sache. Mit Entscheid BRGE II Nrn. 0150-0151/2018 vom 11. Dezember 2018 vereinigte das Baurekursgericht die von den Rekurrierenden und den heutigen Mitbeteiligten 2 erhobenen und unter den Geschäftsnummern R2.2018.00102 und R2.2018.00125 vorgemerkten Rekurse gegen den vor R2.2019.00136 Seite 4

rinstanzlichen Beschluss vom 26. Juni 2018 betreffend die (erste) Unterschutzstellung. Das Baurekursgericht hiess – nachdem sich der Sachverhalt in Bezug auf den genauen Umfang der Unterschutzstellung des Tulpenbaums als ungenügend abgeklärt erwies – die Rekurse gut und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur weiteren Untersuchung und zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurück. Beim hier angefochtenen Beschluss vom 20.

August 2019 handelt es sich um diesen Neuentcheid. Bereits in den Verfahren G.-Nrn. R2.2018.00120 und R2.2018.00125 ging es um die auch im zweiten Rechtsgang wiederumstrittenen Modalitäten und den Umfang der Unterschutzstellung wie namentlich den Bereich der Wurzelstockanhebung, den statisch relevanten Wurzelbereich und den Kronenbereich. Die grundsätzliche Schutzwürdigkeit des Tulpenbaums blieb und bleibt unbestritten. In jenen Verfahren wurde am 12. November 2018 ein Referentenaugenschein durchgeführt, von welchem ein detailliertes Protokoll samt zahlreicher Fotos erstellt wurde. Die Akten wurden in das hiesige Verfahren beigezogen, was den Parteien mit Verfügung vom 12. November 2019 angezeigt wurde (act. 19 und act. 20). Der Referent, der den Augenschein seinerzeit durchgeführt hat, ist im hiesigen Verfahren derselbe; abgesehen von der seinerzeitigen Gerichtsschreiberin bleibt auch die übrige Gerichtsbesetzung unverändert.

#### **E. 2.4**

Die Voraussetzungen für den Verzicht auf einen zweiten Augenschein sind nach dem Ausgeführten erfüllt; dies namentlich auch im Lichte des Umstandes, dass der erste Augenschein erst vor rund eineinhalb Jahren stattfand. Demgemäss war kein zweiter Augenschein durchzuführen. 3. Gegenstand des Rekursverfahrens kann nur sein, was auch Gegenstand des angefochtenen Beschlusses war bzw. hätte sein müssen. Dementsprechend ist auf die rekurrentischen Ausführungen, soweit diese die Vereinbarkeit des im Bau befindlichen Bauvorhabens der Mitbeteiligten 2 auf deren Grundstück Kat.-Nr. 1 mit dem Schutz des Tulpenbaums beschlagen, nicht weiter einzugehen. Die entsprechenden Einwände wurden letztinstanzlich abschliessend geklärt (BGr 1C\_129/2019 vom 11. Juli 2019 und – auf Revisionsgesuch der Rekurrierenden hin – BGr 1F\_44/2019 vom R2.2019.00136 Seite 5

#### **E. 3**

H. & Co. AG [...] vertreten durch [...] betreffend Gemeinderatsbeschluss vom 20. August 2019; Unterschutzstellung Tulpenbaum, Kat.-Nr. [...]

---

hat sich ergeben: A. Mit Beschluss vom 20. August 2019 stellte der Gemeinderat X den Tulpenbaum in der nördlichen Ecke des Grundstücks Kat.-Nr. 1 an der L.-Strasse 1 als Schutzobjekt im Sinne von § 203 Abs. 1 lit. f des Planungs- und Baugesetzes (PBG) unter Schutz (Dispositivziffer 1) und definierte den im Grundbuch anzumerkenden Umfang bzw. die Modalitäten der Unterschutzstellung (Dispositivziffer 2). B. Mit fristgerechter Eingabe vom 23. September 2019 gelangten M. D.-F. und H. F. D. an das Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragten: "1. Es sei der Beschluss [...] des Gemeinderats X vom 20. August 2019 wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei die Verletzung des Gehörsanspruchs im Kostenpunkt zu berücksichtigen. 2. Eventualiter zu Antrag Ziff. 1 sei der Beschluss [...] des Gemeinderats X vom 20. August 2019 in nachstehendem Sinne aufzuheben und zu ändern: a) Disp.-Ziff. 2.3 sei wie folgt zu formulieren: "Der statisch relevante Wurzelbereich des Tulpenbaumes weist einen Durchmesser von 4.32 m, die Wurzelstockanhebung einen solchen von

#### **E. 4**

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letzteres zuzüglich MwSt.) zulasten des Rekursgegners." C. Mit Verfügung vom 25. September 2019 wurde der Rekurseingang vorgemerkt und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet. D. Mit Rekursantwort vom 10.

Oktober 2019 schloss die Vorinstanz auf Abweisung des Rekurses, soweit darauf eingetreten wird; unter Kostenfolge zulasten der Rekurrierenden. E. In ihrer Vernehmlassung vom 24. Oktober 2019 beantragten die Mitbeteiligten 2 die Abweisung des Rekurses unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekurrierenden. Die Mitbeteiligten 3 verzichteten stillschweigend auf Vernehmlassung. F. Mit Replik vom 2. Dezember 2019 hielten die Rekurrierenden an ihren Anträgen fest; ebenso die Vorinstanz mit Duplik vom 8. Januar 2020. Die Mitbeteiligten 2 beantragten mit Duplik vom 20. Dezember 2019 nunmehr die Abweisung des Rekurses, soweit darauf eingetreten werden kann; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Rekurrierenden. R2.2019.00136 Seite 3

G. In den Triplik- und Quadruplikschriften vom 18. Februar 2020 und vom 26. Februar 2020 hielten die Rekurrierenden und die Mitbeteiligten 2 an ihren jeweiligen Anträgen fest. Es kommt in Betracht: 1. Die Rekurrierenden sind Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. 1 respektive des darauf befindlichen Tulpenbaums und daher unstreitig rekurslegitimiert (§ 338a PBG). Weil auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

#### **E. 4.1**

Die Rekurrierenden rügen als erstes eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV). Der Vorinstanz seien gewichtige Verfahrensfehler unterlaufen. Zunächst fehle dem angefochtenen Beschluss eine Rechtsmittelbelehrung. Weiter existierten von dem von der Vorinstanz unzulässigerweise allein mit den Rechtsvertretern der Parteien und den Baumexperten bzw. -gutachtern durchgeführten "Runden Tisch" und Augenschein vom 3. April 2019 keine Protokolle. Die Ausführungen in Erwägung 2.2 des angefochtenen Beschlusses seien deshalb aus dem Recht zu weisen. Die im angefochtenen Beschluss statuierten Verschärfungen (im Vergleich zur ersten Unterschützstellung) entbehrten einer Faktengrundlage respektive neuer Erkenntnisse; das gelte für den neu festgesetzten statisch relevanten Wurzelbereich samt dem entsprechenden absoluten Befahrungsverbot ebenso wie für die erstmals angeordnete Pflicht zur Ersatzpflanzung im Falle des Abgangs des Tulpenbaums. Beides führe zu Einschränkungen der Eigentumsfreiheit, die einer materiellen Enteignung gleichkämen. Das Abstützen des Beschlusses auf angebliche Aussagen am "Runden Tisch" sei nachgerade willkürlich.

#### **E. 4.2**

Zunächst führte das Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Beschluss angesichts des von den rechtsanwaltlich vertretenen Rekurrierenden fristgerecht erhobenen Rekurses offenkundig zu keiner Gehörsverletzung. Im Übrigen wurde immerhin in der amtlichen Publikation im Amtsblatt vom 30. August 2019 auf das zu erhebende Rechtsmittel hingewiesen. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich zwar grundsätzlich eine behördliche Dokumentations- bzw. Aktenführungspflicht bezüglich entscheiderelevanter Sachverhaltsabklärungen (Kaspar Plüss, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 7 Rz. 40). Das kann aber – wie R2.2019.00136 Seite 6

die Rekurrierenden selbst erklären – nicht auch im Falle von informellen Parteiverhandlungen, Vergleichsgesprächen, Mediationen und informellen Augenscheinen gelten, die wie vorliegend gerade der einvernehmlichen Lösungsfindung dienen bzw. hätten

dienen sollen und offenbar auch aus diesem Grunde – quasi zwecks "Entemotionalisierung" der Streitsache – mit dem Einverständnis der Parteien allein in Anwesenheit der Baumexperten bzw. -gutachter und den Rechtsvertretern (auch jenem der Rekurrenden) durchgeführt wurden. Dass in Erwägungsziffer 2.2 des angefochtenen Beschlusses (auch) auf diese Bemühungen hingewiesen wird, tut dem vorinstanzlichen Entscheid von vornherein keinen Abbruch. Die wesentlichen Erkenntnisse der informellen Parteiverhandlung samt Augenschein wurden sodann samt Messergebnissen im angefochtenen Beschluss ausführlich zusammengefasst. Das von den Rekurrenden beantragte Aus-dem-Recht-Weisen von Erwägungen des angefochtenen Beschlusses entfällt von vornherein, nachdem rechtsverbindlich im Grundsatz nur das Dispositiv ist und die Rekursinstanz über die Korrektheit einer vorinstanzlichen Anordnung mittels Urteil und nicht mittels Aus-dem-Recht-Weisen der Anordnung oder gar von Erwägungen der Anordnung entscheidet. Willkürlich ist ein Entscheid gemäss ständiger Rechtsprechung dann, wenn er im Ergebnis unhaltbar ist; wenn – beispielsweise – die Anordnung einer Ersatzpflanzungspflicht für den Fall des Abgangs eines unter Schutz gestellten Baumes aus sachlichen Gründen nicht ansatzweise begründbar ist bzw. wäre; darauf wird (erst) nachfolgend bei der materiellrechtlichen Prüfung der Rügen zurückzukommen sein. In diesem Sinne ist die Rüge, der angefochtene Beschluss stelle in willkürlicher Weise auf vermeintliche oder tatsächlich getätigte Expertenaussagen am "Runden Tisch" (etwa des Experten W. zur besagten Ersatzpflanzungspflicht) ab, von vornherein nicht zielführend. Soweit die Rekurrenden in diesem Zusammenhang sinngemäss monieren, die erstmalige Anordnung der Ersatzpflanzungspflicht und die Festlegung eines statisch relevanten Wurzelbereichs samt entsprechendem Befahrungsverbot seien nach Massgabe des rekursinstanzlichen Rückweisungsentscheids in formeller Hinsicht unzulässig, ist dies unzutreffend. Eine Vorinstanz darf ihrem neuen Entscheid weitere Gesichtspunkte zugrunde legen, solange sie dabei die Vorgaben des Rückweisungsentscheids nicht unterläuft (Alain Griffel, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 28 Rz. 42 mit weiteren Verweisen). Die Bindungs- R2.2019.00136 Seite 7

wirkung des Rückweisungsentscheids BRGE II Nrn. 0150-0151/2018 vom

#### **E. 4.3**

Die nunmehr relevanten Vermassungen (namentlich: statisch relevanter Wurzelbereich und Kronenbereich) und die Gründe für die von der Vorinstanz angeordneten und von den Rekurrenden angefochtenen Dispositivziffern 2.3, 2.4, 2.6 und 2.7 ergeben sich – soweit relevant – umfassend aus den Akten. Im Weiteren wurde der Entwurf des angefochtenen Beschlusses den Rekurrenden von der Vorinstanz zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs vorgängig seines Erlasses zugestellt, was in Bezug auf Erwägungsziffer 2.2 einem Protokoll der Parteiverhandlung samt dem Augenschein vom 3. April 2019 gleichkommt. In ihrer Stellungnahme vom

#### **E. 4.4**

Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Ziff. 1 der rekurrentischen Anträge ist unbegründet. Dementsprechend entfällt auch der Eventualantrag betreffend Berücksichtigung der Gehörsverletzung bei der Auflage der Verfahrenskosten (§ 13 Abs. 2 VRG). R2.2019.00136 Seite 8

5. Bei sich auf § 203 Abs. 1 PBG stützenden Schutzentscheiden kommt den kommunalen und kantonalen Denkmalpflegebehörden eine gewisse Entscheidungsfreiheit zu. Diese

bezieht sich nebst der – vorliegend wie er- wähnt im Grundsatz nicht strittigen – Qualifikation eines Objekts als Schutzobjekt auch auf den – vorliegend strittigen – konkreten Umfang der Schutzmassnahmen. Insoweit hat sich die Rekursinstanz bei der Entschei- überprüfung Zurückhaltung aufzuerlegen. Beruht der kommunale Ent- scheid auf einer vertretbaren Würdigung der massgebenden Umstände, so hat ihn die Rekursinstanz zu respektieren. Die Rekursinstanz darf nur dann einschreiten, wenn die Behörde ihren Ermessensspielraum überschreitet, indem sie sich von unsachlichen, dem Zweck der in Frage stehenden Re- gelung fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür oder den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, verletzt. Dabei darf sich die Rekursinstanz jedoch nicht auf eine blosser Willkürprüfung beschränken, vielmehr muss die Eingriffsschwelle tiefer ge- setzt werden (vgl. BGE 145 I 52, E. 3.6., mit Hinweisen). Die Entschei- dungsfreiheit der Denkmalpflegebehörde ist stets gegen den Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz abzuwägen (Art. 77 der Kantonsverfassung [KV] und Art. 29a BV; Donatsch, § 20 Rz. 64 ff.), zumal Schutzmassnahmen in der Regel einen schweren Eingriff in das Grundeigentum bilden. Im Übrigen besteht in der Regel keine Kognitionseinschränkung. Der Re- kursinstanz steht eine freie Würdigung der örtlichen Verhältnisse zu, soweit ihr diese – wie vorliegend aufgrund des am 12. November 2018 durchge- führten Augenscheins – hinreichend bekannt sind.

6.1. Gemäss Dispositivziffer 2.3 wird der absolute Schutzbereich (statisch rele- vanter Wurzelbereich) des Tulpenbaumes mit einem Durchmesser von 7,6 m definiert und betrifft die Grundstücke Kat.-Nrn. 1, 2 und 3 (vgl. – auch zum Nachfolgenden – act. 12.2 [Plan vom 20. März 2019 in der Version V4, Radius von 3,8 m um den Baummittelpunkt]). Der statisch relevante Wur- zelbereich wurde mit einem Fahrverbot für Personenwagen und schwerere Fahrzeuge belegt (Dispositivziffer 2.6). R2.2019.00136 Seite 9

6.2. Die Rekurrierenden beantragen wie einleitend unter Buchstabe B erwähnt die Festlegung eines Durchmessers des statisch relevanten Wurzelbe- reichs von nur 4,32 m und innerhalb desselben die zusätzliche Festlegung eines Durchmessers der Wurzelstockanhebung von nur 4 m. Das in Dispo- sitivziffer 2.6 angeordnete Fahrverbot soll aufgehoben werden, sich aber zumindest nur auf den Bereich der flächenkleineren Wurzelstockanhebung beziehen und überdies auch dann nicht absolut formuliert werden, indem "seltene" Fahrten zum rekurrentischen Grundstück, wie für den Zubringer- dienst oder den Güterumschlag, gestattet bleiben sollen.

6.3. Mit dem statisch relevanten Wurzelbereich soll ein Bereich festgelegt wer- den, in welchem eine Verletzung des Baums unmittelbar Auswirkungen auf seine Statik hat. Unter Baumexperten gilt als Faustregel – insoweit unbe- stritten – der 1,5-fache Stammdurchmesser. Der so errechnete Wert wird als Radius am Stamm angesetzt und dergestalt zum Stammdurchmesser hinzugerechnet. Zunächst ist festzuhalten, dass angesichts des Umstandes, dass der Baum (und damit auch sein Wurzelwerk) noch immer wächst, eine gewisse Pau- schalisierung bzw. Schematisierung bei der Festlegung eines statisch rele- vanten Wurzelbereichs unumgänglich ist. Die Festlegung eines solchen statisch relevanten Wurzelbereichs erscheint grundsätzlich als geeignete Massnahme zum langfristigen Schutz der absolut lebensnotwendigen Wur- zeln und damit auch des Baums als solchem (die Rekurrierenden erklären selbst, der statisch relevante Wurzelbereich diene der Definition desjenigen mindesterforderlichen Wurzelbereichs, welcher den Baum einen Orkan mit einer Windstärke von 117 km/h noch sicher überstehen lasse). Die Festle- gung darf, um den Baumschutz nicht nur im Moment zu gewährleisten, sondern auch noch solange, als der

Baum (und damit auch das Wurzelwerk) weiterwächst, ermessensweise tendenziell eher etwas zu gross als zu klein ausfallen. Baumexperte W. mass den Stammdurchmesser oberhalb der Wurzelanläufe mit 0,96 m, was die Vorinstanz verifizierte und nach Massgabe des Augenscheins vom 12. November 2018 angesichts des mächtigen Baumstamms samt den in alle Richtungen ausufernden Wurzeln im Bodenbereich durch- R2.2019.00136 Seite 10

aus plausibel erscheint. Darin liegt kein offenkundiger Widerspruch zum Satz "Der Tulpenbaum besitzt einen Stammdurchmesser von 130 cm" im Gartengutachten O. vom 24. Juli 2017 (S. 10), weil in jener Textstelle die Höhe der Messung nicht genannt wird (sie dürfte an einer schmälere Stelle des Baumes – deutlich über dem tiefliegenden Bereich oberhalb der Wurzelanläufe – vorgenommen worden sein). Ausgehend vom Stammdurchmesser oberhalb der Wurzelanläufe beträgt der statisch relevante Wurzelbereich 2,88 m ( $1,5 \times [2 \times 0,96 \text{ m}]$ ). Angesetzt an den 0,96 m-Radius ergibt sich ein Radius von 3,84 m (2,88 m plus 0,96 m) ab Stammmitte, gerundet 3,8 m, und damit der im Beschluss festgehaltene Durchmesser von 7,6 m. Die Berechnung ist nachvollziehbar und liegt jedenfalls im geschützten Ermessensbereich der Vorinstanz. Bereits von der Methode her handelt es sich um eine grobe Annäherung, zumal in der dendrologischen Literatur auch andere Methoden zur Definition des statisch relevanten Wurzelbereichs vorgeschlagen werden. Beispielsweise wird auch mit dem zwei- bis dreifachen Stammdurchmesser (auf einem Meter Höhe) gerechnet. Damit käme man vorliegend – wie die Mitbeteiligten 2 zu Recht einwerfen – bei einem Stammdurchmesser auf 1 m Höhe von 0,54 m zu einem ganz ähnlichen Resultat wie bei der von der Vorinstanz verwendeten Formel mit dem oberhalb der Wurzelanläufe gemessenen Ausgangswert von 0,96 m Radius (vgl. auch Fussnote 1 auf Seite 5 des angefochtenen Beschlusses). Letztlich dürfte jeder Baum seinen spezifisch eigenen, statisch relevanten Wurzelbereich haben. Ein über eine fachmännisch begründbare, näherungsweise Berechnung hinausgehendes Abklären bzw. ein eigentlicher Test, wo der statisch relevante Wurzelbereich im Einzelfall genau beginnt bzw. endet, entfällt mit Blick auf den Sinn der Unterschutzstellung naturgemäss. 6.4. Wie erwähnt erscheint die Festlegung eines statisch relevanten Wurzelbereichs durchaus als taugliche Massnahme zur Sicherstellung des langfristigen Erhalts des mächtigen Tulpenbaums, nämlich um seine Sturmwind- und Orkanbeständigkeit bis zu einer gewissen (selten erreichten) Windstärke zu gewährleisten. Dass das endgültig errechnete Mass des statisch relevanten Wurzelbereichs ein grösseres ist als in einer zu Beginn der Abklärungen erstellten Planversion, spricht nicht von vornherein gegen seine Plausibilität. Dass oberhalb der Wurzelanläufe konkret falsch gemessen, mithin quasi das Messband falsch angesetzt wurde (und nicht nur, dass die Messung oberhalb der Wurzelanläufe unzulässig sei, welcher Einwand wie R2.2019.00136 Seite 11

erwähnt zu verwerfen ist), machen die Rekurrierenden nicht konkret geltend und erschiene angesichts der Anwesenheit von mehreren Baumexperten am Augenschein der Vorinstanz vom 4. April 2019 auch äusserst unwahrscheinlich. Damit besteht kein Anlass, in Dispositivziffer 2.3 des angefochtenen Beschlusses betreffend die Festlegung des statisch relevanten Wurzelbereichs einzugreifen. Auch kann der vorliegend speziellen Situation mit der starken, aber ungleichmässigen – nicht vollends kreisförmigen – sichtbaren Wurzelstockanhebung (vgl. Fotos Nrn. 2 und 3 des Augenscheins vom 12. November 2018) Rechnung getragen werden (indem diese vom grösseren Kreis des statisch relevanten Wurzelbereichs vollständig umfasst wird). 6.5. Der Bereich der sichtbaren Wurzelstockanhebung wurde mit einem Radius von 3 m definiert. Auch dies scheint

namentlich mit Blick auf Foto 1 des Augenscheins vom 12. November 2018 nicht unplausibel (die sichtbare Wurzelstockanhebung reicht bis mindestens zum damals installierten Ab-sperrgitter, welches in rund 3 m Entfernung vom Tulpenbaum stand). Damit ist der Durchmesser des statisch relevanten Wurzelbereichs nicht wesentlich grösser als der Durchmesser der (heute vorhandenen bzw. sichtbaren) Wurzelstockanhebung. Im Lichte des Umstandes, dass der Baum wie erwähnt noch weiterwächst, dürfte sich auch die sichtbare Wurzelstockanhebung noch weiter ausdehnen und sich die beiden Kreise mitunter zunehmend, möglicherweise bis hin zur Deckungsgleichheit, annähern. 6.6. Dass ein ernsthafter – angesichts des noch vorhandenen Wachstums des Tulpenbaums respektive seiner Wurzeln auch umfassend verstandener – Schutz mit einem absoluten Fahrverbot für Personenwagen und schwerere Fahrzeuge im betreffenden Bereich einhergehen soll, ist nachvollziehbar. Zutreffend ist zwar, dass im Gartengutachten O. vom 24. Juli 2017 ein absolutes Fahrverbot nur für den Bereich der sichtbaren Wurzelstockanhebung empfohlen wurde (S. 15). Indes wurde der statisch relevante Wurzelbereich ja auch erst später – im Sinne der entsprechenden Aufforderung im Rückweisungsentscheid (Klärung der Begrifflichkeiten, genaue Massnahme) – erstmals und auch in Anwesenheit von Gutachter O. definiert. Nach Massgabe vorstehender Ausführungen – der Radius des statisch relevanten

Wurzelbereichs ist nicht viel grösser als der Radius der sichtbaren Wurzelstockanhebung; der Tulpenbaum befindet sich noch im Wachstum, weshalb sich auch der Bereich der Wurzelstockanhebung weiter ausdehnen dürfte – liegt es im pflichtgemässen (und namentlich: vorausschauend) ausgeübten Ermessen der Vorinstanz, das gutachterlich anfänglich vorgeschlagene Fahrverbot etwas weiter zu fassen respektive damit den gesamten statisch relevanten Wurzelbereich zu beschlagen. Selbst im Falle der Reduktion auf den Bereich der sichtbaren Wurzelstockanhebung liesse sich das vormals vorhandene Fahrwegrecht der Rekurrierenden in diesem Bereich im Übrigen zumindest mit Fahrzeugen mit normaler Bodenfreiheit nicht mehr ausüben. Dies, weil der bis anhin genutzte Fahrweg ohnehin über den Bereich der – auch nach Ansicht der Rekurrierenden besonders schützenswerten – sichtbaren Wurzelstockanhebung führt, wie am Augenschein klar wurde und sich auch aus dem Plan gemäss act. 12.2 ergibt. Ein spezifisches Rechtsschutzinteresse an der Verkleinerung des Bereichs des absoluten Fahrverbots auf die sichtbare Wurzelstockanhebung erscheint damit von vornherein fraglich. Das von den Rekurrierenden vorgeschlagene Ausnahmereglement ("seltene" Fahrten sollen zulässig bleiben), erschiene selbst im Falle verbleibender Befahrbarkeit (irgendwie um die sichtbare Wurzelstockanhebung herum) gänzlich unpraktikabel; es bedürfte letztlich eines nicht zu bewerkstellenden Zähl- bzw. Kontrollsystems. Ob die Anordnung des absoluten Fahrverbots im Lichte der Zugänglichkeit zur rekurrentischen Liegenschaft auch verhältnismässig ist, bleibt nachfolgend gesondert zu prüfen. 6.7. Die Rügen gemäss Antragsziffern 2 lit. a und lit. c sind unbegründet. 7.1. Gemäss Dispositivziffer 2.4 besteht im weiter gefassten Kronenbereich des Tulpenbaums (Stand März 2019) kein absolutes Bau- oder Befahrungsverbot. Es sollen grundsätzlich jedoch keine Bauten erstellt oder Terrainveränderungen vorgenommen werden (Nachweis der Baumverträglichkeit durch einen Baumexperten vorbehalten). Der Baum darf im Rahmen der Ausführung allfälliger Neben-, Kleinbauten oder Umgebungsveränderungen nicht beschädigt werden.

R2.2019.00136 Seite 13

7.2. Die Rekurrierenden beantragen wie einleitend unter Buchstabe B erwähnt die Statuierung eines absoluten Bauverbots respektive eines Verbots von Aushubarbeiten oder Terrainveränderungen im gesamten Kronenbereich. Satz 3 von Dispositivziffer 2.4 soll unverändert bleiben. 7.3. Der Kronenbereich wurde mit einem Radius von 7 m (maximal 8 m) um den Baum herum definiert, was deutlich weiter reicht als der statisch relevante Wurzelbereich (vgl. act. 12.2). Mitunter handelt es sich um die senkrecht auf den Boden projizierte Fläche der (maximalen) Baumkrone, bei welcher es sich naturgemäss um den flächengrössten Bereich eines Baumes handelt. Die Vorinstanz hat für den Schutz dieses Bereichs einen Mittelweg gewählt, indem sie Bauten und Terrainveränderungen zwar nicht gänzlich untersagt, sie aber nur unter der Bedingung des Nachweises der Baumverträglichkeit durch einen Baumexperten zulässt. Diesbezüglich halten die Rekurrierenden den Baumschutz für klar fehlerhaft und ungenügend. Gemäss einem Merkblatt der Vereinigung Schweizerischer Stadtgärtnereien und Gartenbauämter (VSSG; act 5.9) betreffe wirk-samer Baumschutz immer den Kronen- und den Wurzelbereich, wobei letzterer in der Regel mindestens so gross dimensioniert sei wie die Baumkrone. Auch Baumgutachter O. habe empfohlen, dass innerhalb des Kronenbereichs keine baulichen Einrichtungen wie Brunnen, Fahrzeug- oder Velo- abstellplätze errichtet werden dürften. 7.4. Bauen im Bereich von schützenswerten oder unter Schutz gestellten Bäumen beruht letztlich stets auf einem Kompromiss zwischen Baumschutz und Baufreiheit. Wie die Mitbeteiligten 2 zu Recht ausführen, würde ein vollständiges Bauverbot im jeweils – mit einem Durchmesser von 14 m<sup>2</sup> bzw. 16 m<sup>2</sup> auch vorliegend – grossflächigen Kronenbereich eines unter Schutz gestellten Baums bspw. dazu führen, dass in vielen Gemeinden kaum mehr gebaut werden könnte. Dem von den Rekurrierenden zitierten Merkblatt ist ein solch umfassendes Bauverbot im Kronenbereich nicht zu entnehmen. So zeigt etwa die Abbildung "Abdeckung bei Baugrube" explizit einen baulichen Eingriff im Kronenbereich des dargestellten Baumes und erklärt, wie dieser Eingriff möglichst baumverträglich durchgeführt werden R2.2019.00136 Seite 14

kann (Abgetragene Fläche wegen Austrocknungsgefahr sofort mit Erosionsmatte abdecken, ansäen oder bepflanzen; Matte mit Pfahl und Gewichten fixieren usw. [vgl. act. 5.9 letzte Seite]). Auch das Bundesgericht ging bereits davon aus, dass selbst im enger gefassten Wurzelbereich eine baumverträgliche Bautätigkeit nicht von vornherein ausgeschlossen ist, sofern sie nur spezifisch und fachmännisch begleitet wird (was im Falle des im Bau befindlichen Kellergeschosses auf dem Grundstück der Mitbeteiligten 2 durch Wurzelschutzmassnahmen in Form eines sogenannten Wurzelvorhangs gewährleistet wird; vgl. BGr 1C\_129/2019 vom 11. Juli 2019, Erw. 3). Dergestalt ist selbst im Wurzelbereich eine Bautätigkeit nicht von vornherein ausgeschlossen, da mit wirksamen, von einer Fachperson begleiteten Baumschutzmassnahmen eine Baumschädigung verhindert werden kann. Die bei regelmässigem und ständigem Befahren eines Wurzelbereichs wiederkehrende Bodenverdichtung ist hingegen nicht wirksam verhinderbar. Demgemäss existiert der von den Rekurrierenden monierte Widerspruch zwischen dem Fahrverbot im enger gefassten Bereich des statisch relevanten Wurzelbereichs und dem nicht vollständigen Bauverbot im weiter gefassten Kronenbereich nicht. Selbst der systematische Aufbau des von den Rekurrierenden ins Recht gelegten Merkblatt bestätigt diese Unterscheidung. Unter dem rot eingefärbten Titel "Zu vermeiden sind" finden sich die Abbildungen "Bodenverunreinigung", "Materialdepot als Zwischenlager", "Bodenabtrag/Bodenauftrag" und – eben auch – "Bodenverdichtung"; letzteres umschrieben als das Befahren mit Maschinen, Fahrzeugen und Geräten. Unter

dem grün eingefärbten Titel "Temporäre Schutzmassnahmen" finden sich hingegen Abbildungen wie "Rühlwand bei Grabarbeiten", Abdeckung bei Baugrube" oder "Pressvortrieb statt Grabarbeiten" (act. 5.9). Mitunter statuiert selbst dieses Merkblatt letztlich genau diejenige Unterscheidung zwischen der – da dauerhaft und nicht verhinderbar – zu vermeidenden Beeinträchtigung beispielsweise durch Bodenverdichtung mittels Befahrens einerseits und vorübergehender Beeinträchtigung durch Bauarbeiten, welchen mit temporären Baumschutzmassnahmen wirksam begegnet werden kann, andererseits. Auch dem Gutachten O. lässt sich im Übrigen bei gesamtheitlicher Betrachtung des zitierten Kapitels nicht die Aussage eines absoluten Bauverbots im Kronenbereich entnehmen, sondern vielmehr in Bezug auf Bauprojekte exakt diejenige Grundsatz-Ausnahme-Regelung, welche die Vorinstanz in Dispositivziffer 2.4 statuiert hat. Der von den Rekurrierenden zitierte R2.2019.00136 Seite 15

tierte Satz am Ende des entsprechenden Kapitels 3.2 des Gutachtes O. bezieht sich auf als unzulässig bezeichnete dauerhafte Einrichtungen wie die erwähnten Brunnen, Fahrzeug- oder Fahrradabstellplätze. 7.5. Die Rüge gemäss Antragsziffer 2 lit. b ist unbegründet. Eine Anpassung von Dispositivziffer 2.4 entfällt. 8.1. Gemäss Dispositivziffer 2.7 ist bei Abgang des Baumes ein gleichwertiger Ersatz durch den Verursacher, respektive bei natürlichem Abgang durch den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. 1, auf welchem sich der Stamm des Tulpenbaums befindet, zu pflanzen. 8.2. Die Rekurrierenden beantragen den vollständigen Verzicht auf die Ersatzpflanzungspflicht. 8.3. Gartengutachter O. empfahl, nach Untergang des heutigen Tulpenbaums auf einen gleichartigen Ersatz an seinem heutigen Standort bedingungslos zu verzichten; dies ausdrücklich "entgegen der geltenden Praxis" (S. 16). Diese Empfehlung lässt sich – rein botanisch – damit begründen, dass, wie die Rekurrierenden zu Recht einwerfen, ein in Grösse und Alter vergleichbarer Tulpenbaum auf dem schweizerischen und gar europäischen Markt kaum erhältlich sein dürfte. Die Vorinstanz hat denn auch den Ersatz des Tulpenbaums im Falle seines Abgangs nicht durch einen gleichartigen, sondern durch einen gleichwertigen Ersatz angeordnet. Dies lässt sich gemäss ständiger, von der Vorinstanz korrekt angewandter Praxis mit der prägenden Gestaltung und Bedeutung des mächtigen Baums für das Quartier begründen. Die Anordnung einer Wiederherstellung ist bei Naturschutzobjekten sinnvoll und auch verhältnismässig. Ein Grundeigentümer kann ohne weiteres zum Ersatz eines geschützten Baums durch einen gleichartigen Baum an gleicher Stelle verpflichtet werden. Wie erwähnt unmöglich bzw. unverhältnismässig wäre es unter Umständen – wie hier – nur, die Ersatzbepflanzung eines gleichaltrigen Baums zu verlangen (Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- R2.2019.00136 Seite 16

und Baurecht, 6. Aufl., Wädenswil 2019, S. 293 f.). Mitunter geht es gerade nicht um die von den Rekurrierenden befürchtete Pflicht, den rund 180-jährigen, aus Nordamerika stammenden Tulpenbaum im Falle seines natürlichen Abgangs durch einen ebensolchen Tulpenbaum ersetzen zu müssen. Die Ersatzpflanzungspflicht ist konzeptionell begründbar; ein gleichwertiger Alleebaum oder sonstiger Hochstämmer sichert das durch den Tulpenbaum auch evozierte prägende Ortsbild gleichermassen. Gerade bzw. nur gestützt auf eine Unterschutzstellung im Sinne von § 203 Abs. 1 lit. f PBG ist eine Erhaltung respektive Wiederherstellung eines durch einen Baum geprägten Ortsbildes möglich (VB.95.00124 vom 26. Januar 1996, E. 2c). Allenfalls erforderlich werdenden Anpassungen des Schutzperimeters wäre dereinst durch eine entsprechende (teilweise) Änderung der Auflagen in der Schutzverfügung zu begegnen. Wenn die Vorinstanz weiter

darauf hinweist, dass mit der statuierten Ersatzpflanzungspflicht auch die Gefahr von Sabotage (etwa durch absichtliche Vergiftung des Baumes) minimiert wird, tut dies der Rechtmässigkeit der bereits mit dem Ortsbildschutz allein begründbaren Ersatzpflanzungspflicht selbst dann keinen Abbruch, wenn als erster Baumexperte W. auf diesen Gesichtspunkt hingewiesen haben mag. Dass die Ersatzpflanzungspflicht im Grundsatz den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks trifft, entspricht dem sachenrechtlichen Akzessionsprinzip gemäss Art. 667 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB), wonach der jeweilige Grundstückseigentümer auch Eigentümer des Tulpenbaums ist. Auch ist es nicht willkürlich, dass die Ersatzpflanzungspflicht die Rekurrierenden (auch) bei einem Abgang des Baumes trifft, bei welchem ein Drittverschulden nicht offenkundig erkennbar ist oder der Verursacher nicht genau eruiert werden kann. Dabei handelt es sich um nichts Anderes als die Umsetzung des seit jeher geltenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes "casum sentit dominus" (wonach stets der Eigentümer die Gefahr des zufälligen Untergangs einer Sache trägt) auf den vorliegenden Fall. Zivilrechtlicher Regress für die Ersatzpflanzungskosten bleibt im Falle von nachweisbarem Fremdverschulden selbstredend unbeschadet. 8.4. Die Rüge gemäss Antragsziffer 2 lit. d ist unzutreffend. Dispositivziffer 2.7 des angefochtenen Beschlusses ist unverändert zu belassen. R2.2019.00136 Seite 17

9. Zusammenfassend erweisen sich die einzelnen Baumschutzmassnahmen als rechtmässig. 10.1. Die Rekurrierenden bestreiten sodann die Verhältnismässigkeit des Fahrverbots im statisch relevanten Wurzelbereich wie auch der Ersatzpflanzungspflicht. 10.2. Massnahmen des Natur- und Heimatschutzes müssen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 2 und 3 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 sie den Privaten zumutbar (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 556 ff.). Ein durch Schutzmassnahmen verursachter Grundrechtseingriff ist namentlich dann unverhältnismässig, wenn eine ebenso geeignete mildere Anordnung für den angestrebten Erfolg ausreicht. 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 keine 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. Die Frage der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne darf nicht isoliert nur anhand der zu erwartenden finanziellen Aufwendungen oder Einschränkungen 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. R2.2019.00136 Seite 18

10.3. In Bezug auf das Fahrverbot im statisch relevanten Wurzelbereich fällt ins Gewicht, dass das bin anhin vorhandene, über das Grundstück der Mitbeteiligten 2 führende und dienstbarkeitsrechtlich gesicherte, rund 2,9 m breite Fuss- und Fahrwegrecht wie erwähnt

bereits deshalb nicht mehr wahr- genommen werden kann, weil der Bereich der sichtbaren Wurzelstockan- hebung ohnehin zu überqueren wäre, was mit Fahrzeugen mit normaler Bodenfreiheit kaum mehr denkbar ist. Das rekurrentische Grundstück bleibt rechtsgenügend erschlossen, selbst wenn es über keine direkte Zufahrt bis unmittelbar vor den Hauseingang mehr verfügt. Eine solche ist für eine rechtsgenügende Erschliessung keineswegs zwingend. Bei zahlreichen Mehrfamilien- und auch bei Einfamilienhäusern ist es üblich, dass einzelne Hauszugänge nur via einen Fussweg erschlossen sind. Auch die rechtsge- nügende Erschliessung durch die öffentlichen Dienste bleibt gewährleistet. Die abgewinkelte Distanz von der L.-Strasse bis zum Hauseingang beträgt weit unter 80 m (vgl. den Anhang "Technische Anforderungen" der Zu- gangsnormalien [ZN]). Ob das so wie derzeit vorhanden nicht mehr ausüb- bare Fahrwegrecht allenfalls verlegt, angepasst oder gar aufgehoben wird, ist eine zivilrechtliche Angelegenheit und von den beteiligten Grundeigen- tümern auf dem zivilrechtlichen Weg zu klären. Das öffentliche Interesse am Erhalt des Tulpenbaums überwiegt die privaten Interessen der Rekur- rierenden an der Beibehaltung der bisherigen Zufahrt bis unmittelbar vor den Hauseingang. Die mit dem Fahrverbot verbundene geringfügige Ein- schränkung des Erschliessungskomforts ist zumutbar und von den Rekur- rierenden hinzunehmen. 10.4. Auch die angeordnete Ersatzpflanzungspflicht erscheint verhältnismässig. Die von den Rekurrierenden befürchteten sechststelligen Kosten fielen nicht an, weil es wie ausgeführt im Falle des Abgangs des Baumes nicht darum ginge, einen mächtigen, 180-jährigen Tulpenbaum durch einen ebensolchen zu ersetzen. Eine Ersatzpflanzung im erwähnten Sinne – bspw. durch einen handelsüblichen Alleebaum – wird kaum mehr als ma- ximal vierstellige Kosten verursachen, was angesichts der Bedeutung des Schutzobjekts durchaus verhältnismässig erscheint. R2.2019.00136 Seite 19

10.5. Die konkreten Schutzmassnahmen erscheinen zusammenfassend als ver- hältnismässig. 11. Das Ausgeführte führt zur Abweisung des Rekurses. 12.1. Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten den Rekurrierenden aufzuer- legen (§ 13 VRG). Nach § 338 Abs. 1 PBG bzw. § 2 der Gebührenverordnung des Verwal- tungsgerichts (GebV VGr) legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem bestimmaren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier ein Verfahren ohne bestimmaren Streitwert vor, beträgt die Ge- richtsgebühr 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 Re- kursinstanz ein grosser Ermessensspielraum zu (Plüss, § 13 Rz. 25 ff.). Demnach ist die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 5'000.-- festzusetzen. 12.2. 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 o- der den Beizug eines Rechtsbeistandes rechtfertigte. Die Bemessung der Umtriebsentschädigung 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

## **E. 9**

September 2019; www.bger.ch). Gegenstand eines separaten – und nicht des hiesigen – Verfahrens vor Baurekursgericht ist im Weiteren die Inanspruchnahme des rekurrentischen Grundstücks für die besagten Bau- arbeiten im Rahmen des Hammerschlagrechts

(Verfahren G.- Nr. R2.2019.00196). Der rekurrentischerseits beantragte Aktenbeizug aus diesen Verfahren entfällt mangels Relevanz.

#### **E. 11**

Dezember 2018 beschränkt sich betreffend die Rekurrierenden auf (präziser) zu treffende Sachverhaltsfeststellungen mit Bezug auf den Schutzzumfang des Tulpenbaums (Erw. 5.2). Die Rückweisung erfolgte diesbezüglich explizit zum Neuentscheid. Dementsprechend darf dieser nunmehr vorliegende Neuentscheid ohne weiteres auch andere oder neue Schutzauflagen bezüglich des Tulpenbaums enthalten, solange sich diese – was nachfolgend zu prüfen sein wird – als sachlich und rechtlich haltbar erweisen. Der Rückweisungsentscheid des Baurekursgerichts wird damit nicht unterlaufen.

#### **E. 16**

Oktober 2003, E. 3.1.). Entschädigungsberechtig- und verpflichtet kön- nen bei Anwendung des Unterliegerprinzips sämtliche Verfahrensbeteilig- ten mit Parteistellung sein (Plüss, § 17 Rz. 20); auch Mitbeteiligte. Dem- R2.2019.00136 Seite 20

nach ist vorliegend den Mitbeteiligten 2 zulasten der Rekurrierenden eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 1'700.--. Da die Umtriebsentschädigung pauschal festgelegt wird, entfällt die Zusprechung eines Mehrwertsteuerzusatzes von vornherein (BRKE II Nrn. 0247 und 0248/2007 in BEZ 2007 Nr. 56; [www.baurekursgericht-zh.ch](http://www.baurekursgericht-zh.ch)). Die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung an die Rekurrierenden ent- fällt ausgangsgemäss ebenfalls von vornherein. [...]  
R2.2019.00136 Seite 21

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