

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00367 vom 28. Januar 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-01-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00367

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00367 du 28 janvier 2021

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00367 del 28 gennaio 2021

Regeste

Unterschutzstellung Tulpenbaum | Grundlage und Verhältnismässigkeit verschiedener Anordnungen zum Schutz eines Baums. Im Verwaltungsverfahren sind die entscheidwesentlichen Ergebnisse eines Augenscheins zumindest in den Erwägungen des Entscheids klar zum Ausdruck zu bringen (E. 5.1). Da dies vorliegend geschah, ist ein Protokollierungsmangel zu verneinen (E. 5.2). Die Schutzmassnahme, wonach Bauarbeiten im Kronenbereich des Baums ausnahmsweise zugelassen werden dürfen, ist zu bestätigen (E. 6). Der Radius des angeordneten Fahrverbots um den Baum ist auf die Wurzelstockanhebung zu beschränken, was sich auch als zumutbar erweist (E. 7). Der fragliche Baum hat eine Lebenserwartung von deutlich über zehn Jahren. Die angeordnete Pflicht zur Pflanzung eines gleichwertigen Ersatzes bei seinem Abgang ist derzeit als unverhältnismässig zu qualifizieren, da eine umfassende Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen im jetzigen Zeitpunkt mangels entsprechender Grundlagen im Moment der Wirkung der Verwaltungsmassnahme nicht vorgenommen werden kann (E. 8). Teilweise Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2020.00367 Urteil der 1. Kammer vom 28. Januar 2021 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz) , Verwaltungsrichter André Moser, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiber José Krause. In Sachen

E. 1.1

E

E. 1.2

F beide vertreten durch RA G,

E. 02

in Thalwil unter Schutz und legte zugleich den Schutzzumfang fest. II. Dagegen erhoben A und B mit Eingabe vom 23. September 2019 Rekurs beim Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragten in Aufhebung des Unterschutzstellungsbeschlusses die Rückweisung an die Vorinstanz; eventualiter sei das Beschlussdispositiv anzupassen. Das Baurekursgericht wies den Rekurs mit Entscheid vom 28. April 2020 ab. III. Hiergegen erhoben A und B mit Eingabe vom 3. Juni 2020 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragten unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letzteres zuzüglich MWST) in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids Anpassungen am Dispositiv des Unterschutzstellungsbeschlusses; eventualiter sei die Sache zur weiteren

Sachverhaltsabklärung an die Erstinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht ersuchten sie um einen Augenschein. Am 11. Juni 2020 teilte die H AG mit, auf eine Teilnahme am Verfahren zu verzichten. Mit Schreiben vom 26. Juni 2020 beantragte das Baurekursgericht ohne weitere Bemerkungen die Abweisung der Beschwerde. E und F ersuchten am 8. Juli 2020 um Beschwerdeabweisung, soweit darauf einzutreten sei. Gleichtags schloss der Gemeinderat Thalwil auf Abweisung der Beschwerde. A und B hielten am 27. August 2020 an ihren Anträgen fest. Am 23. September 2020 duplizierten E und F, worauf A und B mit Eingabe vom 16. Oktober 2020 erwiderten. E und F liessen sich am 11. November 2020 und am 9. Dezember 2020, A und B am 26. Oktober 2020 nochmals vernehmen. Der Gemeinderat Thalwil sowie A und B verzichteten am 10. Dezember 2020 bzw. am 11. Januar 2021 (Poststempel) jeweils auf eine weitere Stellungnahme. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zuständig. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2

Auf dem Grundstück Kat.-Nr. 01 der Beschwerdeführenden steht in der nördlichen Ecke und damit auch im Grenzbereich der Grundstücke Kat.-Nr. 03, auf dem die Mitbeteiligten 1 ein – nach Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juli 2019 (1C_129/2019) rechtskräftig – bewilligtes Bauprojekt zu realisieren planen, und Kat.-Nr. 04 ein im Inventar der kommunalen Natur- und Landschaftsschutzobjekte als Einzelbaum verzeichneter Tulpenbaum. Diesen stellte der Beschwerdegegner mit dem streitgegenständlichen Beschluss vom 20. August 2019 unter Schutz und ordnete zugleich den Schutzzumfang an.

E. 3.1

In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragen die Beschwerdeführenden die Durchführung eines Augenscheins. Die Anordnung eines Augenscheins steht im pflichtgemässen Ermessen der zuständigen Behörde. Eine entsprechende Pflicht besteht nur, wenn die tatsächlichen Verhältnisse auf andere Weise nicht abgeklärt werden können (BGr, 23. Dezember 2019, 1C_582/2018, E. 2.4). Ein Augenschein ist insbesondere dann geboten, wenn die tatsächlichen Verhältnisse unklar sind und anzunehmen ist, die Parteien vermöchten aufgrund ihrer Darlegungen an Ort und Stelle Wesentliches zur Erhellung der sachlichen Grundlagen des Rechtsstreits beizutragen. Es ist zulässig, dass eine Rechtsmittelinstanz auf einen eigenen Augenschein verzichtet, wenn sich der massgebliche Sachverhalt aus dem vorinstanzlichen Augenschein bzw. aus den übrigen Verfahrensakten mit ausreichender Deutlichkeit ergibt (VGr, 26. September 2019, VB.2019.00182, E. 2.1). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts können überdies 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 (VGr, 28. Juni 2018, VB.2017.00733, E. 4.1.1 mit Hinweisen).

E. 3.2

Die Vorinstanz hat im ersten Rechtsgang (zum Verfahrensablauf unten E. 4) am 12. November 2018 einen Augenschein durchgeführt, dessen Protokoll dem Gericht vorliegt. Insgesamt ergibt sich der Sachverhalt mit hinreichender Deutlichkeit aus den

Akten. Auf einen Augenschein des Verwaltungsgerichts kann daher verzichtet werden.

E. 3.3

Da sich der Sachverhalt mit hinreichender Deutlichkeit aus den Akten ergibt, ist zugleich der von den Mitbeteiligten 1 ersuchte Beizug weiterer Akten entbehrlich.

E. 4

Die Beschwerdeführenden monieren in ihrer Beschwerdeschrift verschiedentlich, dass im Vergleich zu zwei aufgehobenen Unterschutzstellungsentscheiden die massgebende Aktenlage unverändert sei, weshalb es nicht nachvollziehbar sei, dass der Beschwerdegegner nun von den aufgehobenen Entscheiden abweichende Anordnungen getroffen habe. Dies überzeugt nicht. Die mit Präsidialverfügung vom 22. Dezember 2017 angeordnete (erstmalige) Unterschutzstellung des Tulpenbaums beachtete die von § 211 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) vorgegebene Zuständigkeitsordnung nicht, weshalb in der Folge der Gemeinderat am 26. Juni 2018 einen neuerlichen Entscheid betreffend den Tulpenbaum traf. Diesen hob die Vorinstanz mit Entscheid vom 11. Dezember 2018 auf und wies die Sache an die Gemeinde zurück, da der Sachverhalt – offenkundig – ungenügend abgeklärt worden war. Da Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung eng miteinander zusammenhängen, kann auf einer eindeutig als unrichtig erkannten Entscheidungsgrundlage kein korrekter Entscheid hervorgehen (vgl. Johanna Dormann, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. A., Basel 2018, Art. 105 N. 2). Angesichts der vorinstanzlich festgestellten unzureichenden Sachverhaltsabklärungen des Beschwerdegegners im Vorfeld des (zweiten) Schutzentscheids vom 26. Juni 2018 ist es somit nicht rechtsverletzend, dass der nun vorliegende Unterschutzstellungsbeschluss vom 20. August 2019 davon abweichende Anordnungen traf. Selbst bei unveränderter Aktenlage, wie dies die Beschwerdeführenden schreiben, wurde diese vom Gemeinderat nicht korrekt und vollständig erfasst, weshalb sie daraus von vornherein nichts zu ihren Gunsten ableiten können. Andererseits liegt es angesichts der dem Recht innewohnenden Wertungsspielräume auf der Hand, dass zwei verschiedene Organe, nämlich der Gemeindepräsident (mit Entscheid vom 22. Dezember 2017) und nun der Gemeinderat (mit Beschluss vom 20. August 2019), zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen können.

E. 5

Im Weiteren rügen die Beschwerdeführenden, dass ein informelles, nicht protokolliertes Treffen mitsamt Augenschein, auf welches die erstinstanzliche Verfügung Bezug nimmt, nicht hätte Grundlage des Unterschutzstellungsbeschlusses sein dürfen.

E. 5.1

Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieses dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört unter anderem das Recht der Betroffenen, an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör wird zudem eine allgemeine Aktenführungspflicht der Behörden abgeleitet, als Gegenstück zum Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht der Parteien. Dazu gehört die Pflicht zur Protokollierung

entscheidrelevanter Abklärungen, Einvernahmen und Verhandlungen im Rechtsmittelverfahren (BGE 142 I 86 E. 2.2). Jedenfalls in Verwaltungsjustizverfahren ergibt sich aus dem Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf rechtliches Gehör eine Protokollierungspflicht für Augenscheine (BGE 142 I 86 E. 2.3). Art. 29 BV ist als allgemeine Verfahrensgarantie auch im Verwaltungsverfahren zu beachten; allerdings schliesst dies eine weniger strenge Handhabung der Protokollierungspflicht im erstinstanzlichen Verfahren nicht von vornherein aus, zumal der Sachverhalt in einem anschliessenden Rechtsmittelverfahren frei überprüft werden kann (BGr, 28. Februar 2017, 1C_461/2016, E. 4.2). Damit zu vereinbaren sind die (zuvor ergangenen) Urteile des Bundesgerichts für das Verwaltungsverfahren, wonach die wesentlichen Ergebnisse eines Augenscheins in einem Protokoll oder Aktenvermerk festzuhalten oder zumindest – soweit sie für die Entscheidung erheblich sind – in den Erwägungen des Entscheids klar zum Ausdruck zu bringen sind (BGr, 17. Februar 2010, 1C_388/2009, E. 5.2.2; 29. Oktober 2008, 1C_309/2007, E. 2.2; BGE 130 II 473 E. 4.2). Im Übrigen hat das Bundesgericht die Protokollierungspflicht für das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig gemacht (BGE 130 II 473 E. 4.2).

E. 5.2

Das von den Beschwerdeführenden beanstandete Treffen fand am 3. April 2019 statt und beinhaltete auch einen Augenschein beim Tulpenbaum. Über dessen Ergebnisse wurde (unbestrittenermassen) kein Protokoll geführt. Indessen hat der Beschwerdegegner die wesentlichen Äusserungen der teilnehmenden Baumpflegeexperten anlässlich des Treffens am 3. April 2019 im erstinstanzlichen Beschluss vom 20. August 2019 wiedergegeben. Zum Beschlussentwurf, welcher vom 15. Mai 2019 datiert, erhielten die Beschwerdeführenden überdies Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon sie mit Schreiben vom 16. Juni 2019 (ausführlich) Gebrauch machten. Auf die nun vorgebrachte (pauschale) Behauptung, wonach die im Unterschutzstellungsbeschluss enthaltene Zusammenfassung des Treffens unzureichend sei, ist mangels genügender Substanziierung nicht weiter einzugehen. Das Vorgehen der Behörde respektierte damit die bundesgerichtlichen Vorgaben an die Protokollierungspflicht im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren; ein Protokollierungsmangel liegt nicht vor.

E. 5.3

Die Beschwerdeführenden bringen sodann vor, dass das Treffen vom 3. April 2019 insbesondere wegen der fehlenden Protokollierung als Vergleichsgespräch bzw. Mediation aufzufassen sei, weshalb dessen bzw. deren Inhalt im erstinstanzlichen Entscheid nicht hätte verwendet werden dürfen. Dafür gab es aber keine genügenden Anhaltspunkte: Da die Verwaltungsbehörden ihre Verfügungen unabhängig vom Einverständnis des davon Betroffenen treffen, bedarf es der im Zivilprozess üblichen Streitschlichtung im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren typischerweise nicht (Peter Karlen, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich etc. 2018, S. 262). Wenn der Beschwerdegegner somit anstelle des ordentlichen Verwaltungsverfahrens ein Einigungsverfahren hätte in Gang setzen wollen, hätte dies einer klaren Mitteilung an die Beteiligten bedurft. Da er eine solche nicht ausgesprochen hat, ist die Argumentation der Beschwerdeführenden nicht tragfähig. Insgesamt verfangen die Rügen der Beschwerdeführenden gegen das Treffen vom 3. April 2019 und dessen Verwendung als Grundlage des Unterschutzstellungsbeschlusses nicht.

E. 6

In materieller Hinsicht erachten die Beschwerdeführenden die im Beschluss vom 20. August 2019 angeordneten Schutzmassnahmen zugunsten des Tulpenbaums teilweise als zu locker, teilweise als zu weitgehend. Auf die Einwände ist in den folgenden Erwägungen einzugehen.

E. 6.1

Strittig ist zunächst Dispositiv-Ziffer 2.4 des Unterschutzstellungsbeschlusses, gemäss dem im Kronenbereich des Tulpenbaums kein absolutes Bau- oder Befahrungsverbot besteht. Es sollen grundsätzlich jedoch keine Bauten erstellt oder Terrainveränderungen vorgenommen werden. Nach dem Dafürhalten der Beschwerdeführenden vermag ein derart formulierter Schutzzumfang das Ziel eines wirksamen Baumschutzes nicht zu erreichen. Bauen im Kronenbereich sei daher ausnahmslos zu untersagen.

E. 6.2

Die Vorinstanz wies das beschwerdeführerische Begehren auf ein umfassendes Bauverbot im Kronenbereich mit der Begründung ab, dass sich ein solches aus dem von den damaligen Rekurrenten und heutigen Beschwerdeführenden zitierten Merkblatt der Vereinigung Schweizerischer Stadtgärtnereien und Gartenbauämter (VSSG) nicht entnehmen liesse. Nach Ansicht der Beschwerdeführenden würden die Abbildungen im Merkblatt der VSSG aber aufzeigen, dass die Baumschutzmassnahmen der VSSG keine baulichen Massnahmen im Wurzelbereich unterhalb der Baumkrone zulassen würden. Dem ist nicht zu folgen. Grabarbeiten im Wurzelbereich seien gemäss Merkblatt lediglich "wenn immer möglich zu vermeiden." Bei Notwendigkeit sei vorher eine Fachperson beizuziehen. Aus dem Merkblatt lässt sich somit bei korrekter Lesart kein absoluter Schutz des Wurzelbereichs unterhalb der Baumkrone herauslesen. Daran ändert auch die von den Beschwerdeführenden monierte fehlerhafte Zitierung des die gleichen Verfahrensparteien betreffenden Bundesgerichtsentscheids vom 11. Juli 2019 (1C_129/2019) nichts, weshalb darauf nicht weiter darauf einzugehen ist.

E. 6.3

Ein absolutes Bauverbot im durch den Kronenbereich definierten Wurzelbereich ist auch unter Berücksichtigung der im Verfahren befindlichen baumpflegerischen Expertisen nicht zwingend anzuordnen. Aktenkundig sind neben dem behördlich eingeholten Gutachten mitsamt (anderweitig eingeholter) Stellungnahme mehrere Parteigutachten, wobei Letzteren einzig aus diesem Grund der Beweiswert nicht abgesprochen werden darf (Kaspar Plüss, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich 2014 [Kommentar VRG], § 7 N. 148; vgl. auch BGr, 29. Januar 2020, 2C_1081/2018, E. 4.3.3, wonach der Beweiswert von Parteigutachten im Verwaltungsrecht nicht per se zweifelhaft ist). Das von der Gemeinde eingeholte Gutachten der Firma J vom 24. Juli 2017 (erstellt von K) sowie die Stellungnahme von L vom 21. Februar 2018 halten denn auch fest, dass Grabarbeiten im Kronenbereich des Tulpenbaums respektive Eingriffe innerhalb des gesamten Wurzelraums von einem Baumpfleagespezialisten zu überwachen seien. Die von den Mitbeteiligten 1 eingeholte Expertise von M vom 26. September 2017 empfiehlt (umfangreiche) Baumschutzmassnahmen zur Erhaltung des Tulpenbaums während der Bauarbeiten, aber ebenso wenig ein Bauverbot im Kronenbereich. In seiner Stellungnahme vom 24. Januar 2018 erklärt M allein den statisch relevanten Wurzelbereich von 2,85 m ab Stamm zur absoluten Tabuzone, wogegen im Baumkronenbereich (lediglich) unsachgemässe Beschädigungen an den Wurzeln auszuschliessen seien .

E. 6.4

Dem halten die Beschwerdeführenden die von ihnen eingeholte Stellungnahme von N, Firma O, vom 20. September 2018 entgegen. Diese hält hinsichtlich des geplanten Bauvorhabens zwar fest, dass der anzunehmende Wurzelbereich in der Regel etwa 1,5 m über den Kronenbereich herausrage, und empfiehlt darauf, für einen ausreichenden Baumschutz das auf dem Grundstück Kat.-Nr. 03 der Mitbeteiligten 1 projektierte Kellergeschoss um etwa 1,5 m weg vom Tulpenbaum zu versetzen. Die dazugehörige Begründung, wonach eine Gefährdung des Baums durch das Bauvorhaben nicht ausgeschlossen werden könne, setzt sich indessen nicht in diametralen Widerspruch zu den oben erwähnten Expertenmeinungen, welche die geplanten Bauarbeiten in enger Begleitung eines Baumpflegeexperten sehen wollen (was im erstinstanzlichen Beschluss gerade vorgesehen ist), dies zur Vermeidung einer Beeinträchtigung des Tulpenbaums, welche sie somit ebenso als möglich erachten.

E. 6.5

Gegen Dispositiv-Ziffer 2.4 des erstinstanzlichen Beschlusses bringen die Beschwerdeführenden sodann das Verhältnismässigkeitsprinzip vor. Bei Vornahme einer pflichtgemässen Verhältnismässigkeitsprüfung, was die Vorinstanzen unterlassen hätten, würde ein absolutes Bauverbot im Kronenbereich und damit im Wurzelbereich resultieren. Mit dieser Argumentation dringen die Beschwerdeführenden nicht durch. Wie oben dargelegt, ist der in Dispositiv-Ziffer 2.4 festgelegte Schutzzumfang geeignet zur Erhaltung des Tulpenbaums; eine zugunsten des Baumschutzes und zulasten der angrenzenden Grundeigentümer einschneidendere Massnahme, wie sie das von den Beschwerdeführenden geforderte absolute Bauverbot im Kronenbereich darstellen würde, ist zugleich nicht erforderlich. Daher kommt das "Untermassverbot" (dazu Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 529; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 21 Rz. 7), welches vorliegend bei einer zu wirkungsschwachen Baumschutzmassnahme tangiert sein könnte, nicht zum Tragen. Zugleich lässt sich mit dem Rückgriff auf das Teilelement der Zumutbarkeit im Zuge der Verhältnismässigkeitsprüfung keine strengere Massnahme herbeiführen.

E. 6.6

Dispositiv-Ziffer 2.4 des erstinstanzlichen Beschlusses hält somit vor den Rügen der Beschwerdeführenden stand.

E. 7

Die Beschwerdeführenden stören sich sodann am Fahrverbot für Personenwagen und schwerere Fahrzeuge, welche der Unterschutzstellungsbeschluss in Ziff. 2.3 in Verbindung mit Ziff. 2.6 für den Bereich des statisch relevanten Wurzelbereichs des Tulpenbaums (Durchmesser von 7,6 m) anordnet.

E. 7.1

Der Unterschutzstellungsbeschluss, welcher auf einem statischen statt dynamischen Schutzzumfang basiert, legt den statisch relevanten Wurzelbereich des Tulpenbaums (unter Hinweis auf Literatur und die vorgenommene Messung am 3. April 2019) mit einem Radius um den Baummittelpunkt von 3,8 m fest. Dieser (wegen bereits bestehender Schädigungen am Baum besonders schutzbedürftige) Bereich dürfe gemäss dem Beschluss angesichts der

Gutachten sowie den Expertenaussagen anlässlich des Treffens am 3. April 2019 mit Fahrzeugen nicht mehr überquert werden. Genauer besehen haben sich die damit angesprochenen Experten anlässlich des Treffens am 3. April 2019 jedoch nicht zu einem Fahrverbot im statisch relevanten Wurzelbereich vernehmen lassen; vielmehr befürworteten sie ein Fahrverbot im Bereich der Wurzelstockanhebung, welche gemäss Plangrundlage einen im Vergleich zum statisch relevanten Wurzelbereich kleineren Radius aufweist. Auch ist das Anführen der Gutachten allzu pauschal erfolgt: Gemäss der von den Mitbeteiligten 1 eingeholten Expertise von M vom 26. September 2017 müssten Verletzungen der Wurzeln im Bereich der Wurzelstockanhebung ausgeschlossen werden. Mit Stellungnahme vom 24. Januar 2018 führte er aus, dass im statisch relevanten Wurzelbereich von 2,85 m ab Stamm Wurzelverletzungen und -beschädigungen etwa durch das Befahren zwingend vermieden werden müssten. Die von den Beschwerdeführenden eingeholte Stellungnahme von N, Firma O, vom 20. September 2018 erachtet ebenso nur für den Bereich der Wurzelstockanhebung eine Beschränkung der Befahrung durch Fahrzeuge bis maximal 3,5 Tonnen Gesamtgewicht für angezeigt; darüber hinaus sei die Befahrung der Hofeinfahrt unproblematisch.

E. 7.2

Unter Berücksichtigung dieser gutachterlichen Stellungnahmen ist festzustellen, dass keines ein Fahrverbot über die Wurzelstockanhebung hinaus fordert, wie das nun der Unterschutzstellungsbeschluss festschreibt. Die Vorinstanz schützte dieses Vorgehen des Beschwerdegegners indessen mit dem Umstand, dass der Durchmesser des statisch relevanten Wurzelbereichs nicht wesentlich grösser sei als jener der Wurzelstockanhebung und Letztere sich noch weiter ausdehnen würde, dies möglicherweise bis zur Deckungsgleichheit der beiden Radien. Fraglich ist aber, ob eine solche Argumentation eine gutachterlich nicht unterlegte Anordnung rechtfertigt. Zwar beschlägt die Schutzanordnung mit dem Tulpenbaum einen lebenden Organismus, weshalb eine gewisse prospektive Schutzkomponente durchaus angebracht sein mag; zugleich darf aber allein gestützt darauf nicht vorschnell eine allzu grosszügige Baumschutzanordnung erlassen werden, da damit regelmässig grundrechtliche Eigentumsbeschränkungen der angrenzenden Grundstücksinhaber verbunden sind.

E. 7.3

Für die heutigen Ausmasse der sichtbaren Wurzelstockanhebung ist auf die Feststellung der Vorinstanz abzustellen, welche von den Beschwerdeführenden nicht ernsthaft in Zweifel gezogen wird, und es ist somit von einem Radius von 3 m um den Baummittelpunkt auszugehen. Somit unterscheiden sich die Radien von Wurzelstockanhebung und statisch relevanter Wurzelbereich um 80 cm, was nicht als vernachlässigbare Differenz zu werten ist. Da die Wurzelstockanhebung von Auge gut erkenn- und abgrenzbar ist, sind zugleich grosszügige Pauschalisierungen bzw. Schematisierungen nicht erforderlich. Hinzu kommt, dass die von der Vorinstanz angeführte flächenmässige Ausdehnung der Wurzelstockanhebung zweifelhaft ist: Die Aufwölbung der Hofpflasterung um ca. 50 cm durch die Wurzeln des Tulpenbaums nahm Mitte der 1990er-Jahre ihren Anfang, als Grabarbeiten im Hof auf Kat.-Nr. 03 stattgefunden hatten. Damit erscheint naheliegend, dass die Grabarbeiten die Wurzelstockanhebung verursacht haben (und nicht lediglich eine zeitliche Korrelation vorliegt). Damit könnte die Wurzelstockanhebung aber auch auf ein singuläres Ereignis zurückzuführen sein, womit deren flächenmässige Ausdehnung zwischenzeitlich abgeschlossen wäre. Hierzu findet sich in den Gutachten einzig die

Aussage von Baumexperte M in seiner Stellungnahme vom 15. März 2018, wonach der heutige erhöhte Bereich durch das Dickenwachstum der Wurzeln naturgemäss weiter anwachsen werde. Damit ist aber wohl ein Anwachsen der Wurzelstockanhebung in die Höhe und nicht in die Breite angesprochen. Jedenfalls ist insgesamt fraglich, ob die flächenmässige Ausdehnung der Wurzelstockanhebung tatsächlich stattfindet.

E. 7.4

Insgesamt findet das angeordnete Fahrverbot für den statisch relevanten Wurzelbereich in den Gutachten sowie den übrigen Akten keine Stütze. Eine Beschränkung über die Wurzelstockanhebung hinaus lässt sich auch nicht mit deren Ausdehnung begründen, da die Massnahme zurzeit zu intensiv und erst mit einer etwaigen, keinesfalls gewissen, Veränderung des Sachverhalts in räumlicher Hinsicht erforderlich wäre, was nicht angehen kann. Folglich ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass allein der Bereich der sichtbaren Wurzelstockanhebung und damit ein Radius von 3 m um den Baummittelpunkt mit einem Fahrverbot zu belegen ist. Nicht angebracht ist zugleich, lediglich einen Radius von 2 m mit einem Fahrverbot zu belegen, da damit die sichtbare Wurzelstockanhebung nur partiell erfasst würde. Der entsprechende Antrag der Beschwerdeführenden ist somit abzulehnen.

E. 7.5

Die Festlegung eines Fahrverbots für den Bereich der sichtbaren Wurzelstockanhebung stellt nach dem soeben Ausgeführten ein wirksames und damit geeignetes Mittel zur Erhaltung des Tulpenbaums dar. Die getroffene Anordnung ist unter Würdigung der Expertenaussagen (oben E. 7.1) auch erforderlich, zumal allein ein (ausnahmsloses) Fahrverbot die Vollzugstauglichkeit (vgl. dazu auch BGr, 15. Dezember 2008, 1C_352/2008, E. 2.4) gewährleistet. Entsprechend ist der von den Beschwerdeführenden ersuchte Ausnahmeverbehalt zugunsten seltener Fahrten über die Wurzelstockanhebung abzulehnen.

E. 7.6.1

Zu prüfen bleibt die Zumutbarkeit der Massnahme. Hierzu fällt ins Gewicht, dass die bisherige Zufahrt zum Grundstück der Beschwerdeführenden mittels einer am 8. Oktober 1954 im Grundbuch eingetragenen und am 12. Juli 2001 abgeänderten Grunddienstbarkeit zugunsten von Kat.-Nr. 01 und zulasten Kat.-Nr. 03 über jenen privaten Pflastersteinweg führt, welcher nun aufgrund der die Wurzelstockanhebung betreffenden fahrbeschränkenden Massnahme für Fahrzeuge nur noch teilweise benutzbar ist.

E. 7.6.2

Grundsätzlich gehen öffentlich-rechtliche Vorschriften zum Schutz von Pflanzen privatrechtlichen Beseitigungsansprüchen vor. Der Vorrang des öffentlichen Rechts ergibt sich aus dem Schutzzweck sowie aus dem zwingenden Charakter. Privatrechtliche Eigentumsrechte können nur soweit ausgeübt werden, als die Rechtsordnung, insbesondere das öffentliche Recht mit seinen Eigentumsbeschränkungen, dies zulässt (BGr, 25. Oktober 2017, 1C_69/2017, E. 3.2). Daher können die Beschwerdeführenden ihre Zufahrt über den Pflastersteinweg nur noch insoweit ausüben, als diese nicht von der öffentlich-rechtlichen Massnahme zum Schutz des Tulpenbaums überlagert wird.

E. 7.6.3

Die Vorinstanz hielt (noch unter Zugrundelegung des weitgehenderen Fahrverbots im statisch relevanten Wurzelbereich) fest, dass das Grundstück der heutigen

Beschwerdeführenden rechtsgenügend erschlossen bleiben würde, selbst wenn es über keine direkte Zufahrt bis unmittelbar vor den Hauseingang mehr verfüge. Eine solche sei für die rechtsgenügende Erschliessung keineswegs zwingend. Diese Erwägung ziehen die Beschwerdeführenden nicht ernsthaft in Zweifel, weshalb darauf abzustellen ist. Damit beschränkt sich das private Interesse der Beschwerdeführenden auf das rein tatsächliche Interesse, mit einem Motorfahrzeug bis unmittelbar vor den Hauseingang zu fahren. Dieses vermag gegen das nicht lediglich geringe öffentliche Interesse am Fortbestehen des Tulpenbaums nicht anzukommen. Da rein finanzielle Interessen bei ausgewiesener Schutzwürdigkeit für sich genommen nicht ausschlaggebend sein können (BGr, 25. August 2020, 1C_128/2019, E. 10.4), vermag sodann die behauptete Wertminderung der Liegenschaft das Ergebnis der Güterabwägung nicht in relevanter Weise zu ändern. Da schliesslich in einer Beschränkung der Modalität der Bewegung keine Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit liegt, solange der Ort im Übrigen zugänglich bleibt (Axel Tschentscher in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar zur Bundesverfassung, 2015, Art. 10 N. 68) ist die beschwerdeführerisch geltend gemachte Verletzung des Grundrechts der Bewegungsfreiheit nicht weiter zu berücksichtigen. Damit ist das vorgesehene Fahrverbot mit einem Radius von 3 m um den Baummittelpunkt als zumutbar und insgesamt als verhältnismässig zu erachten.

E. 7.7

Folglich ist Ziff. 2.6 des Unterschutzstellungsbeschlusses dergestalt zu ändern, dass der Radius von 3 m um den Baummittelpunkt mit einem Fahrverbot für Personenwagen und schwerere Fahrzeuge zu belegen ist.

E. 8

Schliesslich wenden sich die Beschwerdeführenden gegen Dispositiv-Ziff. 2.7 des Unterschutzstellungsbeschlusses, welche bei Abgang des Tulpenbaums eine Pflicht zur Pflanzung eines gleichwertigen Ersatzes vorsieht.

E. 8.1

Die Beschwerdeführenden bemängeln zunächst eine fehlende Rechtsgrundlage für die Anordnung einer Ersatzpflanzungspflicht; gestützt auf § 207 Abs. 1 PBG könne höchstens die Restaurierung als Schutzmassnahme angeordnet werden. Dem ist nicht zu folgen. Nach ständiger, jüngst bestätigter, verwaltungsgerichtlicher Praxis ist die (Anordnung der) Wiederherstellung eine Schutzmassnahme im Sinn von § 207 Abs. 1 PBG (VGr, 3. Dezember 2020, VB.2020.00342, E. 3.4; 27. Februar 2013, VB.2012.00553, E. 3.4; RB 1993 Nr. 39 mit Hinweisen; vgl. Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. A., Wädenswil 2019, S. 293). Die Beschwerdeführenden stellen dies lediglich in Abrede, weshalb kein Anlass besteht, diese Rechtsprechung zu überprüfen.

E. 8.2

Die erstinstanzliche Verfügung stellt den Tulpenbaum auf der Grundlage von § 203 Abs. 1 lit. f PBG unter Schutz, da diesem eine prägende Wirkung für das Quartier- und Strassenbild zukommt, und verpflichtet darauf in Dispositiv-Ziff. 2.7 den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. 01 (aktuell die Beschwerdeführenden), bei Abgang des Tulpenbaums einen gleichwertigen Ersatz zu pflanzen. Vor diesem Hintergrund monieren die Beschwerdeführenden, dass die angeordnete Ersatzpflanzungspflicht den Zweck der Unterschutzstellung des Tulpenbaums, welcher im gestalterisch-ästhetischen

Wert für das Quartierbild liege, nicht erfüllen könne. Darüber hinaus sprechen sie der Ersatzpflanzungspflicht die Verhältnismässigkeit ab.

E. 8.3

Die mit der Ersatzpflanzung verfügte Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands muss verhältnismässig sein. Das Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist; ausserdem muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse und den Belastungen für die Betroffenen gewahrt werden (VGr, 12. Juli 2018, VB.2018.00066, E. 4.4; vgl. BGr, 3. Oktober 2017, 1C_171/2017, E. 5.1). Im Bereich des Denkmalschutzes kann unter strenger Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips unter Umständen auch die Wiederherstellung eines nicht mehr vorhandenen Objekts angeordnet werden (VGr, 14. Mai 2020, VB.2019.00657, E. 4.4.6). Um eine "verhältnismässige" Antwort des Staats zu finden, ist die Rücksichtnahme auf die konkreten Verhältnisse notwendig (vgl. Benjamin Schindler, St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 5 Rz. 50). Im Hinblick auf die Wahrung der Verhältnismässigkeit einer Massnahme ist somit vorab eine sorgfältige Analyse des tatsächlichen Umfelds vorzunehmen (Markus Müller, Verhältnismässigkeit – Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013, S. 22 ff.; vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli /Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 21 Rz. 3a). Dabei ist die zeitliche Wirkungsweise der Massnahme ein Faktor, welcher die relevanten Verhältnisse mitprägt (Müller, S. 26 f.).

E. 8.4

Die mit der Ersatzpflanzung angeordnete Massnahme soll mit dem Abgang des Tulpenbaums ihre Wirkung entfalten. Mit einem Ableben des Tulpenbaums ist dabei in der nahen – und damit einigermaßen fassbaren – Zukunft nicht zu rechnen: Die Lebenserwartung des Tulpenbaums ist gemäss dem Unterschutzstellungsbeschluss deutlich über zehn Jahre ; das Gutachten der Firma J vom 24. Juli 2017 geht von einer wahrscheinlichen Lebenserwartung von noch einigen Jahrzehnten aus. Die Massnahme wirkt also in punktueller Art (soweit der allenfalls damit verbundene verstärkte Schutz des Baums vor mutwilliger Beschädigung ausgeblendet wird) in einem zeitlich offenen Sachverhalt. Dieser erscheint zugleich als wandelbar: Zu Recht weisen die Beschwerdeführenden denn auch darauf hin, dass das Ortsbild im Verlauf der Jahrzehnte einem Wandel unterworfen sein kann. Wie sich der urbane Raum rund um den Tulpenbaum entwickeln und sich im Zeitpunkt seines Abgangs dannzumal präsentieren wird, ist schlechterdings nicht abschätzbar. Wäre der Tulpenbaum in erster Linie aufgrund seines besonderen Standorts geschützt, so würde sich die Anordnung einer Ersatzpflanzung ausnahmsweise bereits im jetzigen Zeitpunkt allenfalls aufdrängen. Indessen erfolgte die Unterschutzstellung bezogen auf das vom Schutzobjekt (mit)geprägte Quartier- und Strassenbild, welches – mit Blick auf die örtlichen Verhältnisse – seinerseits im Lauf der Zeit einem steten Wandel unterworfen ist. Bezogen auf die infrage stehende Verhältnismässigkeitsprüfung ist es bei lebensnaher Betrachtungsweise nicht möglich, die wesentlichen Faktoren, welche im Moment des Abgangs des Tulpenbaums herrschen werden, zu identifizieren und zu erfassen. Damit erweist sich die angeordnete Ersatzpflanzungspflicht als allzu schematisch und ist damit als Verstoss gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip zu werten. Eine vollständige und umfassende Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen kann im jetzigen Zeitpunkt mangels entsprechender

Grundlagen im Moment der Wirkung der Verwaltungsmassnahme nicht vorgenommen werden. Dieser Schluss hindert die im Zeitpunkt des Abgangs des Tulpenbaums zuständigen Behörden indessen in keiner Weise, im Licht und mit Kenntnis der dazumal festzustellenden Verhältnisse eine Pflicht zur Pflanzung eines Ersatzes für den Tulpenbaum zu prüfen und gegebenenfalls anzuordnen. Dazu bedarf es einer Verankerung dieser Pflicht bereits in der vorliegenden Unterschutzstellungsverfügung nicht. Ein Grundeigentümer kann stets verpflichtet werden, einen geschützten Baum, den er ohne Bewilligung gefällt hat, durch einen gleichartigen Baum an gleicher Stelle zu ersetzen (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, S. 293 f.). Der Eigentümer eines geschützten Baums oder eines geschützten Gebäudes muss also damit rechnen, dass ihn bei einer Schädigung des Schutzobjekts eine Ersatzpflanzungspflicht bzw. eine Wiederherstellungspflicht trifft. Dieser Umstand hat erfahrungsgemäss zumeist die vom Beschwerdegegner erhoffte Wirkung. Diesbezüglich würde mit der vorgezogenen Anordnung einer Ersatzpflanzungspflicht nichts Relevantes gewonnen.

E. 8.5

Insgesamt ist die angeordnete Pflicht zur Pflanzung eines gleichwertigen Ersatzes bei Abgang des Tulpenbaums als derzeit unverhältnismässig zu streichen. Dem Antrag 1d der Beschwerdeführenden ist somit vollumfänglich zu entsprechen.

E. 9.1

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und der Entscheid des Baurekursgerichts vom 28. April 2020 teilweise aufzuheben. Für eine Rückweisung der Sache an den Beschwerdegegner besteht kein Anlass, weshalb der entsprechende Eventualantrag der Beschwerdeführenden abzulehnen ist. Der Beschluss des Gemeinderats Thalwil vom 20. August 2019 ist folgendermassen zu ändern: - Dispositiv-Ziff. 2.6 ist wie folgt zu fassen: Der Radius von 3 m um den Baummittelpunkt des geschützten Tulpenbaums (Stand März 2019) wird mit einem Fahrverbot für Personenwagen und schwerere Fahrzeuge belegt. - Dispositiv-Ziff. 2.7 ist aufzuheben. Die Rekurskosten in der Höhe von Fr. 5'265.- sind zur Hälfte den Beschwerdeführenden (unter solidarischer Haftung) sowie je zu einem Viertel den Mitbeteiligten 1 (unter solidarischer Haftung) und dem Beschwerdegegner aufzuerlegen.

E. 9.2

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten zur Hälfte den Beschwerdeführenden (unter solidarischer Haftung) sowie je zu einem Viertel den Mitbeteiligten 1 (unter solidarischer Haftung) und dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG).

E. 9.3

Die lokalen Baubehörden trifft in der vorliegenden Konstellation, wo sich auf beiden Seiten private Parteien gegenüberstehen, praxismässig keine Entschädigungspflicht (VGr, 27. Februar 2020, VB.2019.00055, E. 7; Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 94). Bei diesem Ergebnis steht den Beschwerdeführenden sowie den Mitbeteiligten 1 keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

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