



G.-Nr. R2.2019.00196
BRGE II Nr. 0081/2020

Entscheid vom 12. Mai 2020

Mitwirkende Abteilungspräsident Peter Rütimann, Baurichter Stefano Terzi, Baurichterin Sabine Ziegler, Gerichtsschreiber Daniel Schweikert

in Sachen **Rekurrierende**
M. D.-F. und H. F. D. [...]

gegen **Rekursgegnerschaft**
1. Planungs- und Baukommission X [...]
2. H. und M. H., [...]
vertreten durch [...]

betreffend Zirkulationsbeschluss der Planungs- und Baukommission vom 5. Dezember 2019; Bewilligung für vorübergehende Inanspruchnahme eines Drittgrundstücks [...]

hat sich ergeben:

A.

Mit Zirkulationsbeschluss vom 5. Dezember 2019 erteilte die Planungs- und Baukommission X H. und M. H. die Bewilligung, im Zuge des rechtskräftig bewilligten Umbaus bzw. Neubaus auf ihrem Grundstück Kat.-Nr. 1 vom benachbarten Grundstück Kat.-Nr. 2 an der L.-Strasse 1 für die Dauer von maximal 12 Wochen entlang der Grundstücksgrenze einen Streifen von 26,6 m Länge und 0,9 m Breite (23,94 m²) gegen eine Entschädigung von Fr. 386.70 zu beanspruchen.

B.

Mit Eingabe vom 11. Dezember 2019 gelangten M. D.-F. und H. F. D. innert der von der Vorinstanz auf fünf Tage verkürzten Rekursfrist fristgerecht an das Baurekursgericht des Kantons Zürich und stellten folgende Anträge:

- "1. Es seien Dispositiv-Ziff. 1 und 2 des Zirkulationsbeschlusses Nr. 265 der Planungs- und Baukommission der Gemeinde X vom 5. Dezember 2019 aufzuheben und das Hammerschlagrecht sei zu verweigern. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur weiteren Abklärung und zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückweisen.
2. Sofern das angerufene Gericht entgegen dem Antrag Ziff. 1 im Grundsatz das Hammerschlagrecht gewähren will, sei
 - a) subeventualiter festzuhalten, dass ein Hammerschlagrecht im Kronenbereich des geschützten Tulpenbaums (Radius 8 m) erst bewilligt werden darf, wenn die Zustimmung der Rekurrierenden zur dort geplanten Erstellung eines Wurzelvorhangs vorliegt.
 - b) subsubeventualiter festzuhalten, dass ein Hammerschlagrecht im Kronenbereich des geschützten Tulpenbaums (Radius 8 m) maximal auf eine Breite von 40 cm bewilligt werden darf.
 - c) die Entschädigung für die Beanspruchung des Grundstücks der Rekurrierenden auf die Höhe von Fr. 6'000.00 festzusetzen.
3. Es sei ein Augenschein durchzuführen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letzteres zuzüglich MwSt.) zulasten des Rekursgegners."

C.

Mit Verfügung vom 13. Dezember 2019 wurde der Rekurseingang vorge-merkt und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet.

D.

Die Vorinstanz schloss in ihrer Rekursantwort vom 23. Dezember 2019 auf Nichteintreten, eventualiter Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge zu-lasten der Rekurrierenden. Im Falle des Eintretens auf den Rekurs bean-tragte die Vorinstanz zufolge eines Rechenfehlers die Korrektur der bean-spruchten Fläche von 23,94 m² auf 24,75 m² und eine Erhöhung der fest-gesetzten Entschädigung um Fr. 13.10 auf Fr. 399.80.

Die privaten Rekursgegner beantragten mit Eingabe vom 13. Januar 2020 die Abweisung des Rekurses, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Rekur-rierenden; sowohl für das Rekursverfahren wie für das Verfahren vor der Baubehörde. In prozessualer Hinsicht sei auf die Durchführung eines Au-genscheins zu verzichten und dem Rekurs die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

E.

Mit Eingabe vom 4. Februar 2020 erneuerten die privaten Rekursgegner ihr Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung des Rekurses. Mit Präsi-dialverfügung vom 12. Februar 2020 wurde das Gesuch abgewiesen.

F.

Mit Replik vom 6. Februar 2020 hielten die Rekurrierenden an ihren Anträ- gen fest; ebenso die privaten Rekursgegner mit Duplik vom 19. Februar 2020. Die Vorinstanz erklärte mit Eingabe vom 19. Februar 2020 ihren Ver-zicht auf Duplik.

Auch in der Triplik vom 13. März 2020 bekräftigten die Rekurrierenden ihre Anträge. Die privaten Rekursgegner verzichteten mit Eingabe vom 24. März 2020 ausdrücklich, die Vorinstanz stillschweigend auf Quadruplik.

Es kommt in Betracht:

1.

Die Rekursberechtigung der Rekurrierenden als Eigentümer des beanspruchten Grundstücks Kat.-Nr. 2 steht grundsätzlich ausser Frage (§ 338a des Planungs- und Baugesetzes [PBG]). Soweit dies bei einzelnen Rügen bzw. Anträgen nicht zutrifft, wird es im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen darzulegen sein. Weil die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs grundsätzlich einzutreten.

2.

Es wird die Durchführung eines Augenscheins beantragt (vgl. § 7 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG]). Das Baurekursgericht hat unbesehen von Parteianträgen nur dann einen Augenschein durchzuführen, wenn die Verhältnisse vor Ort zwar entscheiderelevant, auf Grund der Akten aber noch unklar sind. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt, zumal der rekurrentische Antrag auf Durchführung eines Augenscheins nicht detailliert begründet wurde. Ein Augenschein dient – nachdem das Verfahren vor der Rekursinstanz schriftlich ist – jedenfalls nicht unspezifisch der näheren Erläuterung des Sachverhalts und auch nicht der Diskussion eines Vergleichsvorschlags betreffend das hier nicht streitrelevante Fahrwegrecht, wie dies die Rekurrierenden in der Replik vorschlagen. Demzufolge war kein Augenschein durchzuführen.

Bemerkungsweise ist festzuhalten, dass das Baurekursgericht im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben der privaten Rekursgegner in den Verfahren G.-Nrn. R2.2017.00144 und R2.2017.00145 (BRGE II Nr. 0038-0039/2018 vom 17. April 2018) am 24. Januar 2018 einen Abteilungsaugenschein und im Zusammenhang mit der Unterschutzstellung des Tulpenbaums in den Verfahren G.-Nrn. R2.2018.00102 und R2.2018.00125 (BRGE II Nrn. 0150-0151/2018 vom 11. Dezember 2018) am 12. November 2018 einen Referentenaugenschein vor Ort durchführte, weshalb ihm die lokalen Gegebenheiten ohnehin bekannt sind. Die entsprechenden Akten wurden ebenso beigezogen wie die Akten der Verfahren G.-Nr. R2.2019.00136 (Unterschutzstellung Tulpenbaum; BRGE II Nr. 0075/2020

vom 28. April 2020) sowie G.-Nr. R2.2019.00183 (Auflagenbereinigung; BRGE II Nr. 0022/2020 vom 11. Februar 2020).

3.1.

Gemäss § 229 PBG ist jeder Grundeigentümer berechtigt, Nachbargrundstücke zu betreten und vorübergehend zu benutzen, soweit es, Vorbereitungshandlungen eingeschlossen, für die Erstellung, die Veränderung oder den Unterhalt von Bauten, Anlagen, Ausstattungen und Ausrüstungen nötig ist und soweit dadurch das Eigentum des Betroffenen nicht unzumutbar gefährdet oder beeinträchtigt wird (Abs. 1). Dieses sogenannte Hammerschlagsrecht ist möglichst schonend und gegen volle Entschädigung auszuüben (Abs. 2). Nach § 230 Abs. 1 PBG ist die Inanspruchnahme dem Betroffenen vom Ansprecher genau und rechtzeitig schriftlich mitzuteilen (Abs. 1). Stimmt der Betroffene innert 30 Tagen seit der Mitteilung nicht zu oder einigen sich die Beteiligten nicht über die Entschädigung, entscheidet auf Begehren des Ansprechers die örtliche Baubehörde in raschem Verfahren über die Zulässigkeit des Begehrens und über die Entschädigung (Abs. 2).

3.2.

Gegenstand des Rekursverfahrens kann nur sein, was auch Gegenstand des angefochtenen Beschlusses war bzw. hätte sein müssen. Im vorliegenden Verfahren geht es allein um den in § 229 f. PBG umschriebenen, vorstehend wiedergegebenen Anspruch und seine konkrete Ausgestaltung samt entsprechender Entschädigung. Dementsprechend ist auf die rekurrentischen Ausführungen, soweit diese die Vereinbarkeit des im Bau befindlichen Bauvorhabens der privaten Rekursgegner auf *deren* Grundstück Kat.-Nr. 1 mit dem Tulpenbaum im Generellen 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 9. September 2019; www.bger.ch). Nachfolgend zu thematisieren ist einzig der Wurzelvorhang, soweit er auch – wenngleich sehr geringfügig – in das Grundstück der Rekurrierenden hineinragt, (auch) hierfür das Hammerschlagsrecht gewährt wurde und die Rekurrierenden insofern eine Gefährdung ihres Eigentums – am Tulpenbaum – befürchten. Nicht Gegenstand des Verfahrens ist sodann das dienstbarkeitsrechtlich und damit zivilrechtlich geregelte Fahr-

wegrecht der Rekurrierenden über das Grundstück der privaten Rekursgegner.

4.1.

Die Rekurrierenden machen zunächst eine mehrfache Verletzung ihres rechtlichen Gehörs geltend. Der Augenscheintermin der Vorinstanz vom 15. November 2019 sei zu kurzfristig angesetzt worden, weshalb der rekurrentische Rechtsvertreter nicht daran habe teilnehmen können. Die Rekurrierenden hätten sich genötigt gesehen, alleine am Augenschein teilzunehmen, nachdem in der Augenscheineinladung für den Fall der Nichtteilnahme eine kurze Frist zur Stellungnahme zum Verfügungsentwurf angedroht worden sei. Das durch die allzu kurzfristige Einladung verletzte rechtliche Gehör sei damit aber gerade nicht geheilt worden, weil der Entscheid bereits nach dem Augenschein im Grundsätzlichen beschlossene Sache gewesen sei. Die Teilnahme der Rekurrierenden am Augenschein habe demnach auch nur unter Protest stattgefunden. Ein sauberes Protokoll des Augenscheins sei entgegen einem rekurrentischen Antrag nicht erstellt worden; die Leiterin Baubewilligungen habe sich auf die Erstellung von Handnotizen beschränkt. Mangels Erstellung eines Protokolls sei den Rekurrierenden auch nicht die Möglichkeit eröffnet worden, sich zu einem solchen vorgängig zu äussern. Weiter sei nicht auf die Ansicht der Rekurrierenden eingegangen worden, dass es technisch möglich wäre, den geplanten Bau ohne Beanspruchung des rekurrentischen Grundstücks auszuführen; ebensowenig auf den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs an die Adresse der privaten Rekursgegner. Die Vorinstanz habe insgesamt überhastet und unseriös gehandelt und damit Verfahrensrechte der Rekurrierenden verletzt.

4.2.

Die Vorinstanz und die privaten Rekursgegner halten diese Rügen für obstructiv, trölerisch und einzig der angestrebten Verzögerung des vom Bundesgericht in materiellrechtlicher Hinsicht wiederholt bestätigten Bauvorhabens geschuldet.

4.3.

Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Kerngehalt dieser Verfahrensgarantie

liegt im Anspruch auf vorgängige Äusserung und Anhörung. Er besteht nach Massgabe der Intensität und Qualität der individuellen Betroffenheit. Aus dem Äusserungsrecht ergibt sich grundsätzlich kein Anspruch auf mündliche Anhörung. Eine solche kann jedoch geboten sein, wenn sich persönliche Umstände nur aufgrund einer mündlichen Anhörung klären lassen, wenn es auf den persönlichen Eindruck von einer Partei ankommt oder wenn sich eine mündliche Anhörung aus anderen Gründen als unabdingbar erweist. Das Recht auf vorgängige Äusserung und Anhörung kann bei zeitlicher und sachlicher Dringlichkeit eingeschränkt werden. Das rechtliche Gehör umfasst weiter einen Anspruch auf Stellungnahme zu den Vorbringen der Gegenpartei. Ein weiterer Teilgehalt ist der Anspruch auf Auseinandersetzung mit den gestellten Anträgen und den relevanten Sachvorbringen. Aus dem rechtlichen Gehör ergibt sich sodann ein Anspruch auf Mitwirkung bei Beweiserhebungen und auf Abnahme der von den Beteiligten angebotenen, erheblichen Beweise. Ausserdem haben die Beteiligten einen Anspruch auf Stellungnahme zum Ergebnis der Beweiserhebungen. Schliesslich umfasst das rechtliche Gehör einen Anspruch auf Begründung des Entscheids, was eine notwendige Voraussetzung für eine sachgerechte Anfechtung bzw. eine sachgerechte Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz ist (zum Ganzen mit weiteren Verweisen Alain Griffel, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 8 Rz. 29 ff.).

4.4.

Entgegen den Vorbringen der Rekurrierenden ist das Verfahren im Sinne von § 229 f. PBG von der Vorinstanz korrekt und im Lichte der gesetzlich verlangten Raschheit ohne Gehörsverletzungen durchgeführt worden. Zunächst fällt auf, dass der rekurrentische Rechtsvertreter in seiner ersten Reaktion auf die Ankündigung eines Augenscheins erklärte, seine diesbezügliche Teilnahme stehe noch offen, aber keine usanzgemäss regelmässig berücksichtigten, konkret dargelegten Hinderungsgründe (wie beispielsweise einen nachweislich zeitgleich stattfindenden anderen Gerichtstermin) kommunizierte. Vor Versand der Einladung wurde gar eine "doodle"-Umfrage (mit Terminvorschlägen) durchgeführt, bezüglich welcher seitens der Rekurrierenden aber nicht zeitnah Termine bestätigt wurden, wie es angesichts der Raschheit des Verfahrens hätte erwartet werden dürfen. Der Termin wurde demgemäss entgegen den rekurrentischen Ausführungen auch mit den Rekurrierenden abgestimmt bzw. zumindest abzustimmen versucht. Auf die Festsetzung eines bestimmten Augenscheintermins

oder auf eine Verschiebung des Termins für den Fall der Verhinderung am betreffenden Datum besteht ohnehin kein Anspruch. Einem Verschiebungsgesuch wäre in sinngemässer Anwendung der Fristwiederherstellungsregeln (§ 12 Abs. 2 VRG) nur dann stattzugeben bzw. stattzugeben gewesen, wenn entschuldbare Hinderungsgründe (etwa eine schwere Erkrankung oder höhere Gewalt) vorgelegen hätten und auch keine (vorliegend allenfalls: andere) Parteivertretung bestellt ist oder hätte bestellt werden können. Derlei Umstände wurden und werden von den Rekurrierenden nicht dargelegt. Die Rekurrierenden hielten es zunächst überhaupt für sinnlos, am Augenschein teilzunehmen, solange die genaue Definition der beanspruchten Fläche nicht vorliege (act. 8.14). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, ist die Teilnahme an einem erstinstanzlichen Augenschein betreffend ein Hammerschlagsrecht doch auch und gerade dann sinnvoll, wenn das exakte Mass der gewünschten Beanspruchung eines nachbarlichen Grundstücks anlässlich eines vorinstanzlichen Augenscheins eruiert bzw. aufgezeigt werden soll.

In der Folge nahmen denn auch zumindest die Rekurrierenden am Augenschein vom 15. November 2019 teil. Nachdem die Rekurrierenden samt Rechtsvertreter zum Augenschein eingeladen wurden, ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht zu erkennen. Die Kurzfristigkeit der Einladung korrespondiert mit der erforderlichen Raschheit des speziellen Verfahrens gemäss § 230 Abs. 2 PBG. Der beanstandete Hinweis in der Augenscheinladung auf die kurze Frist zur Stellungnahme zu einem Beschlussentwurf im Falle der Nichtteilnahme am Augenschein diente sodann gerade dazu, die Parteien darauf hinzuweisen, dass auch im Falle der Nichtteilnahme am Augenschein selbstredend die Gelegenheit zur Stellungnahme gewahrt bleibt. Darin liegt keine Beeinträchtigung, sondern vielmehr eine Hervorhebung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Der Entscheid zur Gewährung des Hammerschlagsrechts wurde in der Folge durch die (gesamte) Planungs- und Baukommission gefällt, weshalb er auch in Beschlussform (und nicht etwa in Verfügungsform) erging. Dass die Ergebnisse des Augenscheins direkt in einen zur Stellungnahme zugestellten Beschlussentwurf – und nicht noch zunächst in ein ausgefertigtes Protokoll – gefasst wurden, tat dem rechtlichen Gehör der Rekurrierenden keinen Abbruch, sondern war wiederum mit der erforderlichen Raschheit des Verfahrens begründet. Der die wesentlichen Erkenntnisse enthaltende Beschlussentwurf ersetzte vorliegend gleichsam das Augenscheinprotokoll. Auf das

Protokoll eines Augenscheines kann nach der Rechtsprechung verzichtet werden, soweit die Äusserungen der Parteien im Urteil hinlänglich wiedergegeben werden (BGE 126 I 213, E. 2); die wesentlichen Ergebnisse des Augenscheins sind in einem Protokoll, Aktenvermerk *oder zumindest im Entscheid* klar zum Ausdruck zu bringen (BGE 106 Ia 73, E. 2a). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die Erwägungen des Beschlusses setzen sich auch mit dem rekurrentischen Argument alternativer Bauweise mit weniger oder gar keiner Beanspruchung des rekurrentischen Grundstücks auseinander (Spundwände anstatt Rühlwände, Mikropfäh- lung) und verwirft dieses Argument in begründeter Weise (act. 3 S. 4). Ohnehin muss sich eine Behörde nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich abhandeln. Deshalb gebricht es dem Beschluss auch nicht deswegen an formeller Korrektheit, weil in ihm nicht (auch) noch der von der Vorinstanz als unzutreffend erachtete Vorwurf des Rechtsmissbrauchs an die Adresse der privaten Rekursgegner erwähnt wird.

Selbst wenn eine verbleibende Gehörsverletzung auszumachen wäre, gälte sie schliesslich als mit dem Rekursverfahren geheilt, nachdem sich die Rekurrierenden vor der Rekursinstanz umfassend zu äussern vermochten. Das Rekursverfahren tritt gemäss der Rechtsprechung insoweit quasi an die Stelle des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens (vgl. dazu Marco Donatsch, in: Kommentar VRG, Zürich/Basel/Genf 2014, § 20 Rz. 19 mit weiteren Verweisen).

4.5.

Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Ziff. 1 der rekurrentischen Anträge ist unbegründet.

5.1.

Gemäss den Ausführungen unter Ziffern 18 und 19 der Rekursschrift ("Nichtberücksichtigung des Baumschutzes und Verletzung des Koordinationsgebots") müsse die Rekursinstanz unbedingt zuhanden der Vorinstanz festhalten, dass im ganzen für den Wurzelvorhang (des Bauvorhabens der privaten Rekursgegner) nötigen Bereich ein Hammerschlagsrecht – wenn überhaupt – maximal auf einer Breite von 0,4 m bewilligt werden dürfe. Ein weitergehendes Hammerschlagsrecht sei aus Baumschutzgründen unzu-

lässig. Im Kronenbereich des Tulpenbaums (Radius 8 m) sei höchste Zurückhaltung bei Grabarbeiten nötig und unbestritten.

5.2.

Diese Rüge beschlägt die Tatbestandsvoraussetzungen des Anspruchs gemäss § 229 f. PBG insofern, als der Tulpenbaum im Eigentum der Betroffenen gemäss § 229 Abs. 1 PBG steht und diese eine unzumutbare Gefährdung oder Beeinträchtigung dieses Teils ihres Eigentums geltend machen.

Der angesprochene Wurzelvorhang *zum Schutz* des Tulpenbaums ist Teil des rechtskräftig bewilligten Bauvorhabens der privaten Rekursgegner. Dispositivziffer 6.4 der Baubewilligung vom 23. August 2017 auferlegte den privaten Rekursgegnern Abklärungen betreffend den Wurzelverlauf (Sondiergrabungen) und die schriftliche Mitteilung der geplanten Schutzmassnahmen. Mit dem eingereichten Baumschutzkonzept vom 3. September 2019 wurde Dispositivziffer 6.4 der Stammbaubewilligung vom 23. August 2017 erfüllt, wie sich aus der rechtskräftigen Präsidialverfügung der Vorinstanz vom 17. Oktober 2019 ergibt. Bauliche Massnahmen im von den Rekurrierenden angesprochenen Kronenbereich des Tulpenbaums sind nicht von vornherein unzulässig. Eine Schädigung des Tulpenbaums kann bei wie vorliegend auferlegter fachmännischer Begleitung von temporären Bauarbeiten im – gesamten – Kronenbereich ausgeschlossen werden (BRGE II Nr. 0075/2020 vom 28. April 2020, E. 7.1 ff.). Eine Beschränkung des Hammerschlagsrechts von den gewährten 0,9 m Breite entlang der Grundstücksgrenze auf die von den Rekurrierenden a priori beantragten maximal 0,4 m Breite ist mangels Gefährdung des Tulpenbaums nicht angezeigt. Der Wurzelvorhang als fachlich anerkannte Schutzmassnahme schützt den Tulpenbaum auch in dem Bereich, in dem er auf das rekurrentische Grundstück ragt und hierfür des Hammerschlagsrechts bedarf, zumal dieser Bereich ohnehin nur geringfügig in den Kronenbereich des Tulpenbaums hineinreicht. Im Umkehrschluss kann eine unzumutbare Gefährdung oder Beeinträchtigung des rekurrentischen Eigentums im Sinne von § 229 Abs. 1 PBG gerade ausgeschlossen werden.

5.3.

Diese Erkenntnis tritt in öffentlich-rechtlicher Hinsicht an die Stelle der Zustimmung der Rekurrierenden. Entgegen rekurrentischer Ansicht hat die

Vorinstanz respektive die Rekursinstanz im speziellen Verfahren gemäss § 229 f. PBG gerade die Pflicht zur Beurteilung der Frage, ob unter anderem für den Teil des Bauvorhabens bildenden Wurzelvorhang das Grundstück der Rekurrierenden im Rahmen des Hammerschlagsrechts beansprucht werden darf. Mit der Regelung von § 229 f. PBG wird den Verwaltungsbehörden eine Richterrolle in einem nachbarrechtlichen Streit zugewiesen. Diese haben nicht etwa eine Bewilligung zur Inanspruchnahme des Nachbargrundstückes zu erteilen oder zu verweigern, sondern einen Entscheid über die Zulässigkeit des Begehrens und über eine allfällige Entschädigung zu fällen. Die unter dem Titel "Unzulässiger Entscheid über zivilrechtliche Frage und Erweiterung des Verfahrensgegenstandes ohne entsprechenden Antrag" unter den Ziffern 20-24 der Rekurschrift gemachten Ausführungen sind daher unzutreffend. Unbeschadet von der Feststellung der Zulässigkeit im Rahmen von § 229 f. PBG bleiben die zivilrechtlichen Abwehransprüche wie etwa die Besitzstörungsklage gemäss Art. 928 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB), auf welche Zivilgerichte gemäss höchstrichterlicher Erkenntnis einzutreten hätten. Dies allein ist die Aussage des von den Rekurrierenden zitierten Entscheides der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (BGr 5A_828/2010 vom 28. März 2011). Nach dem eben Ausgeführten liegt in der blossen Beurteilung des Hammerschlagsrechts auch keine Präjudizierung der Frage der bundeszivilrechtlichen Zulässigkeit des Wurzelvorhangs auf fremden Boden (Ziffer 25 der Rekurschrift). Allenfalls angerufene Zivilgerichte hätten je nach erhobenem zivilrechtlichen Rechtsbehelf aufgrund gänzlich anderer Tatbestandsvoraussetzungen zu entscheiden (etwa Art. 641 ZGB oder Art. 926 ZGB).

Die weiter geltend gemachte Verletzung des Koordinationsgebots wird nicht näher begründet und ist auch nicht offensichtlich. Nachdem eine unzumutbare Gefährdung oder Beeinträchtigung des rekurrentischen Tulpenbaums im Sinne von § 229 Abs. 1 PBG aufgrund der beschriebenen Vorgehensweise ausgeschlossen werden kann, ist die Rüge unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann.

6.1.

Im vorliegenden Fall ist die sachliche Notwendigkeit der von den privaten Rekursgegnern nachgesuchten Inanspruchnahme des Nachbargrundstückes

im festgesetzten Umfang ausgewiesen. Zwar hat das Bundesgericht anlässlich eines Urteils im Zusammenhang mit dem altrechtlichen Hammerschlagsrecht gemäss § 115 des zürcherischen Baugesetzes vom 23. April 1893 (BauG) festgehalten, dass beim fraglichen Recht in erster Linie an die Ablagerung von Baumaterialien oder an das Errichten eines Baugerüsts zu denken sei. Naturgemäss könne es sich bei der Fläche, deren Inanspruchnahme dem Nachbarn zugemutet werden dürfe, nur um einen verhältnismässig schmalen Streifen handeln. Mit dem bundesrechtlichen Anspruch auf möglichst ungeschmälernten Genuss des Eigentums und der einschränkenden Formulierung von Art. 695 ZGB unvereinbar wäre es so dann, wenn das kantonale Recht erhebliche Veränderungen des nachbarlichen Grundstücks, wie insbesondere Abgrabungen oder die Zerstörung darauf befindlicher Vorrichtungen, zulassen würde (BGE 104 II 166, E. 3c). Diese Praxis erweist sich jedoch als zu restriktiv. So ist evident, dass die Realisierung einer Baute, welche wie vorliegend zulässigerweise bis an die Grundstücksgrenze gestellt werden darf, kaum ohne Eingriffe in die Substanz der benachbarten Parzelle zu bewerkstelligen ist. Allein die Erstellung einer Baugrubenböschung macht die Beanspruchung des angrenzenden Grundstücks unumgänglich. Dies gilt umso mehr, wenn – wie vorliegend – zur Sicherung der Baugrube Rühlwände errichtet werden müssen. Abgrabungsarbeiten auf einem Nachbargrundstück sprengen daher den Rahmen des Hammerschlagsrechts unter Verletzung der Schranken des Art. 695 ZGB nicht a priori. Vielmehr ist ausschlaggebend, ob der Umfang der Beanspruchung des Drittgrundstücks sich auf das absolut Notwendige beschränkt und einer Interessenabwägung standhält (BRGE I Nr. 0054/2014 in BEZ 2016 Nr. 40; zustimmend Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl., Wädenswil 2019, Bd. 2, S. 697).

6.2.

Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist entgegen der unter Ziff. 26 der Rekursschrift geäusserten Auffassung *nicht* die Berücksichtigung des rekurrentischen Interesses an der Beibehaltung eines Fahrwegrechts gemeint, dass nicht wegen des Hammerschlagsrechts, sondern wegen der Unterschützstellung des Tulpenbaums im bisherigen Umfang nicht mehr genutzt werden kann (BRGE II Nr. 0075/2020 vom 28. April 2020, E. 6.1 f.). Eine diesbezügliche Interessenabwägung entfällt. Im Übrigen ist der Rekursschrift nicht konkret zu entnehmen, weshalb die von der Vorinstanz –

soweit relevant – vorgenommene Interessenabwägung unzutreffend sein sollte. Ein Kellergeschoss, das wie vorliegend zulässigerweise auf die Grenze zu stehen kommt, bedarf zwecks Baugrubensicherung zwingend eines vorübergehenden Eingriffs in die Substanz des nachbarlichen Grundstücks. Zum Schutz des Tulpenbaums kommt vorliegend der Wurzelvorhang hinzu, der auch geringfügig in das rekurrentische Grundstück hineinreicht und mit der Zeit verrottet (vgl. act. 28.1 f.). Diese Massnahmen mit der Vorstellung der Rekurrierenden grundsätzlich zu verbieten liefe vorliegend darauf hinaus, das gemäss der BZO baulich Zulässige faktisch via § 229 f. PBG wieder zu verunmöglichen. Der Rekurschrift lässt sich keine Auseinandersetzung mit den im angefochtenen Beschluss ausdrücklich verworfenen, theoretisch denkbaren anderen technischen Möglichkeiten der Baugrubensicherung (Spundwände, Mikropfählung) entnehmen. Ausführungen hierzu erfolgen erstmals in einem separaten Kapitel "B" der Replik und damit verspätet, nachdem die Rekursfrist eine Verwirkungsfrist ist und Antrag wie Begründung nach ihrem Ablauf grundsätzlich nicht mehr erweitert werden können (§ 23 Abs. 1 VRG). Bezüglich des von den privaten Rekursgegnern in der Rekursantwort erwähnten geologisch-geotechnischen Berichts vom 24. Juni 2016 (act. 10.2) – nur insoweit ist eine erstmalige Entgegnung in der Replik zulässig – bzw. bezüglich der in diesem Bericht angesprochenen (anderen) Sicherungsmöglichkeit der Bodenvernagelung übersehen die Rekurrierenden, dass Gutachter J. (auch) erklärte, bei einer Bodenvernagelung seien im Vergleich zu einer Rühlwand etwas grössere Wanddeformationen zu erwarten, welche an den südöstlich und südwestlich angrenzenden Grundstücken allenfalls zu Schäden führen könnten. Demzufolge ist die Notwendigkeit der Anbringung von Rühlwänden als platzsparende, das Grundstück der Rekurrierenden am meisten schonende sowie im Übrigen bautechnisch auch übliche Vorgehensweise erstellt. Das Interesse der privaten Rekursgegner an der Realisierung ihres rechtkräftigen Bauvorhabens überwiegt das Interesse der Rekurrierenden am Vermeiden gewisser Nutzungseinschränkungen entlang der Grundstücksgrenze für die Dauer von maximal 12 Wochen.

7.1.

In Bezug auf den genauen Umfang der beanspruchten Fläche rügen die Rekurrierenden weiter eine aktenwidrige Feststellung des Sachverhalts (Ziffern 27-33 der Rekurschrift). In einer ersten, den Rekurrierenden vor-

gelegten Planversion ende der vom Hammerschlagsrecht beanspruchte Bereich gegen den Tulpenbaum hin in der Flucht des geplanten Kellers, in einer zweiten Version rage dieser Bereich rund 1,5 m darüber hinaus. Verschiedene Massangaben stimmten nicht. Gleichwohl werde im angefochtenen Beschluss faktenwidrig behauptet, die beiden Pläne deckten sich. Entscheidend sei, dass das Hammerschlagsrecht entsprechend dem ersten Plan nur bis zur Flucht des geplanten Kellers und nicht darüber hinaus beantragt und bewilligt worden sei.

7.2.

Die Vorinstanz hält die Rüge planlicher Unklarheiten zusammengefasst für unzutreffend, wobei immerhin ein offensichtlicher Rechnungsfehler zu korrigieren sei, indem die vom Hammerschlagsrecht beanspruchte Länge entlang der Grundstücksgrenze 27,5 m anstatt 26,6 m (plus 0,9 m) betrage, was auch zu einer geringfügigen Erhöhung der Entschädigung zu führen habe (vgl. vorstehend Buchstabe D).

7.3.

Planunklarheiten können vom Nachbarn dann erfolgreich gerügt werden, wenn sie sich – wie vorliegend – auf dessen Interessenwahrung nachteilig auswirken. Es entspricht sodann der Praxis des Baurekursgerichts, dass selbst noch im Rekursverfahren korrigierte Unterlagen eingereicht bzw. die eingereichten Unterlagen erläutern werden können (vgl. VB.2010.00115 vom 30. Juni 2010, E. 2.3). Entgegen rekurrentischer Ansicht kann und soll eine leicht feststell- und vor allem behebbare Planunklarheit im Rekursverfahren durchaus noch korrigiert werden können. Dies gilt auch dann, wenn sie sich im Ergebnis – vorliegend geringfügig – zulasten der Rekurrierenden auswirkt (vgl. § 27 VRG), zumal damit gerade beim Hammerschlagsrecht auch eine entsprechende Erhöhung der Entschädigung einhergeht. Die von den Rekurrierenden geforderte Aufhebung des Beschlusses würde demgegenüber zu einem formalistischen Leerlauf führen, nachdem – wie sogleich im Detail zu zeigen sein wird – die tatsächlichen Beschlussgrundlagen leicht eruiert werden können und die (gemäss insoweit zutreffender Auffassung der Rekurrierenden) vorhandenen Planunklarheiten im Rekursverfahren samt Korrektur der Entschädigung ohne weiteres richtiggestellt werden können. Hingegen ist den von der Vorinstanz und den privaten Rekursgegnern zu verantwortenden diesbezüglichen Unklarheiten, aufgrund welcher sich die Rekurrierenden insoweit zu Recht zur Rekurerhebung

veranlasst sahen, bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rekursentscheids Rechnung zu tragen. Im Einzelnen:

7.4.

In der Beilage zum ersten Informationsschreiben des Architekten der privaten Rekursgegner an die Rekurrierenden endet die beanspruchte Fläche im Bereich des Tulpenbaums in der Flucht des Kellers (act. 8.18.3 [weiss dargestellter Bereich]). Immerhin wurde der aus Google Maps ausgedruckte Planausschnitt ausdrücklich nur als approximativ bezeichnet; er ist offensichtlich nicht massgeblich für die exakte Darstellung des vom Hammerschlagsrecht beanspruchten Bereichs. Massgeblich ist der eigentliche Bauplan AP-802 vom 25. Oktober 2019, welcher aber offenbar in zwei Varianten zirkulierte, die sich im Bereich der Kellerecke unterscheiden. So ist in dem anlässlich des vorinstanzlichen Augenscheins verwendeten bzw. eingereichten Plan (act. 8.9) der über die Flucht der Kellerecke hinausragende, vom Hammerschlagsrecht beanspruchte Bereich deutlich grösser eingezeichnet als in dem mit dem Gesuch vom 6. November 2019 um Erteilung des Hammerschlagsrechts eingereichten Plan (act. 8.18.8). Auch der Radius des Kronendurchmessers des Tulpenbaums ist – wenngleich vorliegend nicht entscheiderelevant, so doch verwirrend – unterschiedlich eingezeichnet.

Massgeblich ist nun aber, dass die Vorinstanz bei der Berechnung der Länge des Bereichs des Hammerschlagsrechts offensichtlich auf den Plan gemäss act. 8.18.8 abstellte, welcher ihr vom rekurrentischen Rechtsvertreter mit dem Gesuch vom 6. November 2019 als Beilage 8 – wenngleich unter dem Titel der Entschädigungsberechnung – zugestellt wurde. Dies ergibt sich daraus, dass die von ihr nunmehr im Rekursverfahren beantragte Längenskorrektur um 0,9 m über die Flucht des Kellergeschosses hinaus in *diesem* Plan eingezeichnet ist (im Plan gemäss act. 8.9 ist die Mehrlänge mit der Auffassung der Rekurrierenden wie erwähnt deutlich grösser, nämlich 1,5 m). Erschwerend kommt hinzu, dass der massgebliche Plan gemäss act. 8.18.8 entgegen der Bezeichnung tatsächlich nicht im Massstab 1:100 zu den Akten gereicht wurde (sondern, wie sich aufgrund anderer eingezeichneter Längen eruieren lässt, etwa im Massstab 1:90), was darauf zurückzuführen sein dürfte, dass er passgenau auf A4-Format kopiert bzw. verkleinert worden sein dürfte.

Nachdem allein der Plan gemäss act. 8.18.8 – sowohl für den beanspruchten Bereich als selbstredend auch für die Berechnung der Entschädigung – massgebend ist, ist die von der Vorinstanz beantragte Anpassung indes zutreffend. Zu den in diesem Plan eingezeichneten Teilstrecken entlang der Grundstücksgrenze von 14,66 m und 11,94 m kommen über die Flucht des Kellergeschosses hinaus die im Plan ebenfalls rot eingefärbten 0,9 m Länge hinzu. Damit ergibt sich eine Gesamtlänge von 27,5 m (anstatt 26,6 m) und damit angesichts der gewährten Breite von 0,9 m eine vom Hammerschlagsrecht beanspruchte Gesamtfläche von 24,75 m².

7.5.

Ausgehend von dieser korrigierten Fläche resultiert, wie die Vorinstanz in der Vernehmlassung korrekt berechnet, eine Erhöhung der Entschädigung um Fr. 13.10 auf neu Fr. 399.80. Die im Beschluss zugrunde gelegte Berechnungsformel respektive deren Parameter sind zutreffend, weshalb darauf verwiesen werden kann. Die Berechnungsformel und die Parameter als solche werden in der Rekurschrift mit keinem Wort thematisiert. Antragsziffer 2 lit. c der Rekurschrift, gemäss welcher eine fünfzehnmal höhere Entschädigung als üblich von Fr. 6'000.-- gefordert wird, blieb vollends unbegründet, weshalb auf den Antrag nicht einzutreten ist.

7.6.

Insgesamt ist zwar die Rüge der Planunklarheiten zutreffend, nicht aber die Rüge, dass das Hammerschlagsrecht von der Vorinstanz nur bis zur Flucht des geplanten Kellergeschosses gewährt worden sei. Die aufgrund der Planunklarheiten erforderlich werdende (geringfügige) Änderung der beanspruchten Fläche samt Entschädigung kann wie ausgeführt auch im Rekursverfahren erfolgen, nachdem sich alle Parteien umfassend zu den umstrittenen Punkten äussern konnten und eine Rückweisung auf einen formalistischen Leerlauf hinauslaufen würde. Demgemäss ist das erwägungsweise Fazit im angefochtenen Beschluss (Buchstabe F) in Bezug auf die beanspruchte Fläche sowie die geschuldete Entschädigung im Sinne vorstehender Ausführungen richtigzustellen.

8.1.

Das eben Ausgeführte entspräche zusammenfassend einer Abweisung des Rekurses – soweit auf diesen einzutreten ist – im Sinne der Erwägungen.

Nachdem zumindest die Entschädigungsberechnung aber auch Eingang in das Dispositiv des angefochtenen Beschlusses gefunden hat, ist – insgesamt – Dispositivziffer 2 des angefochtenen Zirkulationsbeschlusses in teilweiser Gutheissung des Rekurses aufzuheben und wie folgt neu zu formulieren:

"Es wird eine Entschädigung von Fr. 399.80 für eine Dauer der Inanspruchnahme von 12 Wochen festgesetzt."

Im Übrigen ist der Rekurs im Sinne der Erwägungen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Dem Verursacherprinzip ist wie erwähnt bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (§ 13 VRG) Rechnung zu tragen.

9.1.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rekursverfahrens zu fünf Achteln den Rekurrierenden, zu zwei Achteln (Unterliegeranteil Zwischenentscheid und Mitverursacheranteil Planunklarheiten) den privaten Rekursgegnern und zu einem Achtel (Mitverursacheranteil Planunklarheiten) der Vorinstanz aufzuerlegen (§ 13 VRG).

Nach § 338 Abs. 1 PBG bzw. § 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts (GebV VGr) legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem bestimmbaren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier ein Verfahren ohne bestimmbaren Streitwert vor, beträgt die Gerichtsgebühr in der Regel Fr. 500.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG; § 3 Abs. 2 GebV VGr). Bei der Bemessung der Gebührenhöhe steht der Rekursinstanz ein grosser Ermessensspielraum zu (Kaspar Plüss, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 13 Rz. 25 ff.).

Demnach ist die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 3'500.-- festzusetzen.

9.2.

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG kann im Rekursverfahren und im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe der Gegenpartei verpflichtet werden, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sach-

verhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder 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 Zusprechung einer Umtriebsentschädigung einzustufen (VB.2003.00093 vom 16. Oktober 2003, E. 3.1.). Demnach ist vorliegend den privaten Rekursgegnern zulasten der Rekurrierenden eine reduzierte Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Angemessen erscheint ein Betrag von insgesamt Fr. 400.--. 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).

Die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung an die Rekurrierenden entfällt bereits ausgangsgemäss.

9.3.

Das Zürcher Verwaltungsprozessrecht kennt keine Anschlussrechtsmittel. Soweit die privaten Rekursgegner eine Abänderung des vorinstanzlichen Kostendispositivs (Dispositivziffer 6 des angefochtenen Beschlusses) respektive die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung explizit auch für das Verfahren vor der Baubehörde beantragen, hätte dies einer eigenständigen Rekuserhebung innert Frist gegen besagte Dispositivziffer bedurft. Auf die entsprechenden Anträge der privaten Rekursgegner in deren Rekursantwort ist nicht einzugehen (Martin Bertschi, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Vorbemerkungen zu §§ 19-28a Rz. 17).

[...]