

**236. Baugesetz.** Nach Einsicht eines Antrages der Direktion der öffentlichen Bauten

beschließt der Regierungsrat:

I. An die Bundesgerichtskanzlei in Lausanne wird zu Händen des h. Schweizerischen Bundesgerichtes folgendes Schreiben gerichtet:

Tit.

In Sachen Otto Fröbel und Genossen, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Cramer in Zürich, Rekurrenten gegen unsern Beschluß vom 29. September 1902 betreffend Verfassungsverletzung, beehren wir uns, auf die Rekurschrift vom 15./16. Dezember 1902 die nachstehenden Gegenbemerkungen in Doppel einzureichen.

Wir beantragen, das h. Bundesgericht möge auf die Beschwerde, soweit sie sich auf Art. 21 der Kantonsverfassung bezieht, wegen Inkompetenz nicht eintreten, im übrigen dieselbe abweisen.

1. Bezüglich der tatsächlichen Grundlage des vorliegenden Rekurses verweisen wir auf den angefochtenen Entscheid. Beigefügt mag noch werden, daß die Vorschriften für offene Bebauung einzelner Gebietsteile der Stadt Zürich noch nicht zu Recht bestehen. Dieselben treten erst in Kraft nach ihrer Genehmigung durch den Regierungsrat. Bis jetzt sind sie aber dem Regierungsrat noch nicht vorgelegt worden. Wesentliche Abänderungen an den Vorschriften, wie sie zur Zeit vorliegen, werden wir aber bei Anlaß der Genehmigung nicht verlangen. Die einzige Modifikation, die wir entsprechend dem beiliegenden Beschluß unserer Behörde vom 18. Dezember 1902 betreffend besondere Bauordnung für einzelne Gebiete der Gemeinde Zollikon (Beilage 1) voraussichtlich fordern werden, wird in der Aufnahme einer Bestimmung in die „Vorschriften“ bestehen, in welcher ausgesprochen wird, daß gegen Beschlüsse des Stadtrates betreffend die Auslegung und Anwendung der „Vorschriften“ an den Bezirksrat und an den Regierungsrat rekurriert werden kann. Damit werden die ohnehin unbegründeten und hier belanglosen Aussetzungen der Rekurrenten an Art. 7 der „Vorschriften“ völlig hinfällig.

2. Nach den Behauptungen der Rekurrenten stehen die durch unseren Beschluß vom 29. September 1902 im Prinzipie bestätigten „Vorschriften“ im Widerspruch:

a) Mit der in Art. 4 der Bundesverfassung und Art. 2 der Kantonsverfassung garantierten Rechtsgleichheit und mit Art. 4 der Kantonsverfassung, in welchem bestimmt ist, daß der Staat wohlerworbene Privatrechte schützt und daß Zwangsabtretungen nur zulässig sind, wenn das öffentliche

Wohl es erheischt und nur gegen gerechte, im Streitfalle von den Gerichten festzusetzende Entschädigung,

b) mit der in Art. 21 der Kantonsverfassung garantierten Handels- und Gewerbefreiheit,

c) mit den Art. 28 und 30 der Kantonsverfassung, laut welchen das Volk unter Mitwirkung des Kantonsrates die gesetzgebende Gewalt ausübt.

Auf den Beschwerdepunkt b) kann Ihr hoher Gerichtshof wegen Unzuständigkeit nicht eintreten. Art. 21 unserer Kantonsverfassung enthält keine weitergehende Garantie als Art. 31 der Bundesverfassung. Deshalb kann sich eine Beschwerde wegen Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit nur auf die Bundesverfassung stützen (B. E. XI. 158). Nach Art. 189 Ziffer 3 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 sind aber Beschwerden, welche sich auf Art. 31 der Bundesverfassung beziehen, vom Bundesrat und von der Bundesversammlung zu beurteilen.

3. Was nun den unter a) ausgesprochenen Vorwurf der Verletzung der Rechtsgleichheit und der Eigentumsgarantie anbetrifft, so erlauben wir uns dagegen, folgendes vorzubringen:

a. Sieht man zunächst von den besonderen Verumständlungen des vorliegenden Falles ab und legt sich die Frage vor, ob der Kanton Zürich berechtigt sei, in einem Gesetze die offene Überbauung in der Weise vorzuschreiben, wie dies in den fraglichen „Vorschriften“ geschieht, und zwar ohne Gewährung einer Entschädigung, so muß die Antwort zweifellos bejahend ausfallen. Die Eigentumsgarantie des Art. 4 der Kantonsverfassung gewährleistet bekanntlich nicht den Inhalt, sondern nur die Substanz des Eigentums (B. E. II. 96; III. 259; IV. 394 u. s. w.). Nun sind aber gesetzliche Bestimmungen im Sinne der „Vorschriften“ im allgemeinen und öffentlichen Interesse eingeführte gesetzliche Eigentumsbeschränkungen (sogenannte Legalservituten), gegen welche die Eigentumsgarantie nicht angerufen werden kann. Von einer Zwangsabtretung und damit verbundener Entschädigungspflicht läßt sich erst dann sprechen, wenn es sich nicht mehr bloß um eine Modifikation des Gebrauchs, sondern um eine gänzliche oder teilweise Entziehung des Rechtes an dem in Frage stehenden Objekte handelt. Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal zwischen den gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen und der Enteignung besteht darin, daß die ersteren das Eigentum aller von den betreffenden gesetzlichen Bestimmungen betroffenen Objekte in gleicher Weise belasten, während die Enteignung immer nur im Einzelfall kraft eines besonderen Aktes der Staatsgewalt Platz greift und das einzelne Eigentumsobjekt trifft.

b. Die Rekurrenten behaupten nun, die in den „Vorschriften“ enthaltenen Eigentumsbeschränkungen entbehren der gesetzlichen Grundlage; man wolle dieselben mittels einer bloßen Verwaltungsanordnung auflegen. Letzteres sei aber gemäß Ihren Urteilen in Sachen Verdan (B. E. VI. 586 ff.) und im Falle Hungerbühler & Möhl (B. E. XVI. 521 ff.) unzulässig, eventuell nur auf dem Wege der Expropriation.

Diese Behauptung ist eine irrige.

Wir verweisen diesbezüglich auf die Erwägungen 2—6 unseres Entscheides vom 7. Dezember 1899 in Sachen Vaterlaus (Beilage 2) und auf die Erwägungen 3—5 des angefochtenen Beschlusses und ersuchen Sie, jene Ausführungen als integrierende Bestandteile unserer Rekursbeantwortung zu betrachten.

Resümierend und ergänzend fügen wir hier noch folgendes bei:

Die Interpretation von § 68 des Baugesetzes ist Sache der kantonalen Behörden. Das Bundesgericht kann die Auslegung, die wir dieser Bestimmung gegeben haben, nur dann umstoßen, wenn es findet, sie stehe in offenem Widerspruch mit dem klaren Wortlaut der Bestimmung. Daß ein solcher Widerspruch nicht vorhanden ist, läßt sich unschwer nachweisen.

Wir stehen auch heute noch auf dem in Erwägung 3 des angefochtenen Beschlusses eingenommenen Standpunkte, daß das Gesetz vom Gesetzgeber (dem Volke), dessen Absicht ja gar nicht feststellbar ist, losgelöst ist und nur im Gesetzeswort ins Leben tritt, daß m. a. W. nur das Gesetz ist, was in dem Gesetze gesagt ist, nicht mehr und nicht weniger. Aus dem Wortlaut von § 68 Abs. 1 des Bauges-

setzes ergibt sich aber nun in keiner Weise, daß diese Bestimmung nur da Anwendung finden könne, wo die Gemeinde selbst Eigentümerin der bestehenden oder zu erstellenden Quartiere sei. Eine solche wichtige Einschränkung, welche die Bedeutung der ganzen Bestimmung geradezu auf Null reduzieren würde, ist nicht selbstverständlich, und sie hätte daher im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen werden müssen. Wenn in Abs. 2 von § 68 von der Aufstellung besonderer Bauvorschriften durch Private die Rede ist, so kann daraus keineswegs auf einen Gegensatz zwischen Abs. 1 und Abs. 2 im Sinne der rekurrentischen Ausführungen geschlossen werden. Der Gegensatz zwischen den beiden Alineas besteht lediglich darin, daß nach Abs. 1 die zuständige Gemeindebehörde (vielleicht auf Antrag einer Reihe von Grundbesitzern) die besondere Bauordnung von sich aus aufstellt, während in Abs. 2 sämtliche Grundeigentümer die Vorschriften unter sich vereinbaren und dann der Gemeindebehörde vorlegen. Hätte Abs. 1 den engen Sinn, den ihm die Rekurrenten geben wollen, so wäre wohl kaum in Abs. 3 vorgeschrieben worden, daß die besondere Bauordnung auch im Falle des Abs. 1 dem Regierungsrat zur Genehmigung vorgelegt werden müsse.

Aber auch eine Untersuchung über die Entstehungsgeschichte von § 68 Abs. 1 des geltenden Baugesetzes haben wir nicht zu fürchten; denn dieselbe führt lediglich zur Bestätigung unserer Auslegung.

Die Beilagen 3 und 4, die wir zu integrierenden Bestandteilen der Rekursbeantwortung machen, bestätigen zunächst die Richtigkeit der rekurrentischen Behauptung, daß § 68 Absatz 1 des geltenden Baugesetzes aus § 65 des alten Baugesetzes von 1863 hervorgegangen ist, indem in der Sitzung des Kantonsrates vom 26. Oktober 1892 bei Beratung von § 68 auf Antrag Geilinger § 65 des alten Gesetzes dieser Bestimmung einverleibt worden ist.

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes von 1863 im allgemeinen und seines § 65 im speziellen bietet aber nirgends den geringsten Anhaltspunkt für die Annahme, daß unter der Herrschaft dieses Gesetzes die Stadtgemeinden zum Erlaß besonderer Bauordnungen nur bezüglich ihnen zu Eigentum zustehender Gebiete befugt gewesen seien. Aus dem Gesetze selbst ergibt sich bei einer Vergleichung von § 65 mit § 67 das direkte Gegenteil; denn die letztere Bestimmung enthält ja gerade eine Konzession zu gunsten der durch § 65 betroffenen privaten Grundbesitzer, indem er die Beschränkung der Baufreiheit befristet. Fraglich kann lediglich der Sinn von § 66 jenes Gesetzes sein, welcher für Durchführung der genannten Quartieranlagen die Anwendung des Gesetzes über die Abtretung von Privatrechten verlangt. Die Entstehungsgeschichte läßt uns auch diesbezüglich im unklaren. Allein um so deutlichere Auskunft gibt die Praxis durch das Präjudiz, welches in Ullmers Kommentar zum privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich Bd. I S. 330 abgedruckt ist. Wir legen eine Kopie desselben, sowie einige weitere das Verständnis erleichternde Dokumente zu den Akten (Beilagen 5—10). Aus denselben ergibt sich, daß der Stadtrat im Jahre 1864 gestützt auf § 65 des Gesetzes von 1863 für das Gebiet der ehemaligen Militäranstalten und auch für private Liegenschaften in der Gegend des alten Schützenhauses und der Gerbergasse und für sämtliche, größtenteils privaten Liegenschaften an der Bahnhofstraße eine besondere Bauordnung aufgestellt und daß der Regierungsrat dieselbe unterm 3. Dezember 1864 genehmigt hat. Aus dem Urteil lassen sich ferner folgende bemerkenswerte Tatsachen ersehen:

I. Daß das zürcherische Obergericht als selbstverständlich annahm, daß § 65 des Gesetzes von 1863 auch für private Grundeigentümer gelte;

II. daß das Obergericht aussprach, die besondere Bauordnung bewege sich innert dem Rahmen des Baugesetzes und habe daher wie dieses Gesetzeskraft;

III. daß es ferner, trotz des § 66, eine Entschädigungspflicht für die in der besonderen Bauordnung liegenden Eigentumsbeschränkungen verneint hat.

Ein anderes diesbezügliches Präjudiz existiert nicht. Wenn somit angenommen würde, § 68 Absatz 1 des gegenwärtigen Gesetzes müsse genau gleich interpretiert werden, wie § 65 des Gesetzes von 1863, so wäre der angefochtene Beschluß ebenfalls zu bestätigen. Wir haben übrigens — in Paranthese bemerkt — in unserem Beschlusse vom 29. September 1902 dem § 68 Absatz 1 eher eine zu enge Interpretation gegeben, wenn wir in Erwägung 3 am Ende aus-

sprachen, eine besondere Bauordnung dürfe nur Bestimmungen des IV Abschnittes des Baugesetzes modifizieren. Aus Anmerkungen 210 und 211 in Stübi's Kommentar, III. Auflage, zum Baugesetz selbst ist ersichtlich, daß der Regierungsrat weder in seinem Entscheide vom 26. Januar 1894 (Beilage 11) noch in demjenigen vom 27. Mai 1893 (Beilage 12) den rekurrentischen Standpunkt vertreten hat. Er hat dies lediglich in dem einzigen Entscheide vom 15. Mai 1896 getan (Beilage 13). Daß dieser Entscheid unrichtig war, haben wir bereits nachgewiesen. Diese momentane Schwankung der Praxis zeigt höchstens, daß man über den Sinn von § 68 verschiedener Meinung sein kann, niemals aber, daß die in unserem Beschlusse vom 29. September 1902 vertretene Auslegung eine willkürliche sei.

4. Es verbleibt uns noch, der Behauptung entgegenzutreten, daß durch besondere Bauordnungen im Sinne des vielgenannten § 68 Absatz 1 des Baugesetzes keine Bestimmungen des Baugesetzes modifiziert werden können. In Zustimmung zu den bundesgerichtlichen Entscheiden in Sachen Verdan und in Sachen Hungerbühler und Möhl geben wir zu, daß Eigentumsbeschränkungen im Sinne der streitigen „Vorschriften“ ohne Entschädigung nur durch ein Gesetz statuiert werden können. Gemäß allgemeiner Rechtsauffassung ist aber die gesetzliche Grundlage auch dann vorhanden, wenn das Gesetz die Eigentumsbeschränkungen nicht selbst ausspricht, sondern die Regierung oder ein anderes Glied der Behördenordnung dazu ermächtigt (O. Mayer, Verwaltungsrecht, II. 6/7). Die sogenannten Rechtsverordnungen oder „gesetzvertretenden“ Verordnungen und Statuten, welche die gesetzlich ermächtigten Behörden erlassen, sind Entfaltung des gesetzgeberischen Willens; das durch sie geschaffene Recht gilt kraft der im vornherein gegebenen Zustimmung des Gesetzgebers (O. Mayer, l. c. I. 74, 76, 85; G. Meyer, Deutsche Verwaltungslehre I. 7; Bornhak in Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechtes II. 696; B. E. XI. 466; XVII. 50). Wie weit das einzelne Gesetz in der Regelung einer Materie gehen, wie viel und wie wenig es dem Verordnungsrechte überlassen will, das entscheidet sich jedesmal nach Gründen der Zweckmäßigkeit; eine verfassungsmäßige Schranke besteht in dieser Beziehung im Kanton Zürich nicht. Daß aber Gründe der Zweckmäßigkeit die bestehende Regelung notwendig gefordert haben, ist zu offenbar, als daß darüber viele Worte zu verlieren sind (zu vergl. Erw. 5 unseres Entscheides in Sachen Vaterlaus und Erw. 4 des angefochtenen Beschlusses).

Von einer Verletzung der Art. 28 und 30 der Kantonsverfassung kann demnach nicht die Rede sein. Der Gesetzgeber hat in § 68 Absatz 1 des Baugesetzes bereits gesprochen.

5. Daß Art. 7 der „Vorschriften“ speziell bei Einräumung des Rekursrechtes an den Bezirksrat und an den Regierungsrat die Rechtsgleichheit nicht verletzt, liegt auf der Hand. Pflichtgemäßes Ermessen einer Behörde, welche von den Rekurrenten selbst als hochgerecht, wohlweis und fürsichtig bezeichnet wird, ist eben nicht Willkür. Müßte dieser Art. 7 als verfassungswidrig bezeichnet werden, so wäre es in noch weit höherem Grade der § 149 des Baugesetzes, um dessen Anwendung unsere Behörde gerade vom Vertreter der Rekurrenten am häufigsten ersucht wird.

6. Den Versuch, eine Verletzung der Rechtsgleichheit daraus zu konstruieren, daß die angefochtenen „Vorschriften“ nur für gewisse, besonders geartete Gebiete gelten sollen, haben wir in Erwägung 6 des angefochtenen Entscheides bereits zurückgewiesen.

7. Über den Wert von Vorschriften für offene Bebauung gewisser Gebietsteile einer Stadt vom Umfange Zürichs brauchen wir uns hier wohl nicht näher auszusprechen. Die beste Antwort auf diese Frage ist die Tatsache, daß von den Tausenden von Grundbesitzern in den Zonen für offene Bebauung alle mit einziger Ausnahme der heutigen Rekurrenten die „Vorschriften“ begrüßen und denselben keine Opposition machen.

Beigefügt mag hier noch werden, daß das Recht, mit Brandmauern auf die Grenze zu bauen, auch in den von den „Vorschriften“ nicht betroffenen Gebieten nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen besteht (zu vergleichen die §§ 55—59 des Baugesetzes und z. B. Blätter für handelsrechtliche Entscheid. Bd. XIX. S. 161).

Wir legen noch einen Bebauungsplan der Stadt Zürich zu den Akten, in welchem die den Vorschriften für offene

Bebauung unterworfenen Zonen rot bemalt sind (Beilage 14), ebenso einige Dokumente, welche über die Entstehung der Vorschriften nähere Auskunft geben (Beilagen 15—25).

Indem wir unseren eingangs gestellten Antrag auf Abweisung der Beschwerde wiederholen, gestatten wir uns das Gesuch zu stellen, uns auf eine allfällige Replik duplikando antworten zu lassen, ferner, Sie möchten der Stadt Zürich, die an dem Entscheide dieses Rekurses in hohem Grade interessiert ist, seinerzeit ebenfalls eine Ausfertigung Ihres Urteils zustellen lassen.

Empfangen Sie u. s. w.

II. Mitteilung an die Direktion der öffentlichen Bauten.