

131. Baute. In Sachen des F. Schudel, Architekten, in Zürich V, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Maag, Rekurrenten betreffend Baute,

hat sich ergeben:

A. F. Schudel legte am 11. Juli 1903 dem Gemeinderat Zollikon ein Projekt für einen Neubau an der Dufourstraße in Zollikon zur Genehmigung vor. Die projektierte Baute ist ein sogenanntes Doppelwohnhaus, d. h. es werden in derselben auf jedem Stockwerke zwei Wohnungen eingerichtet, welche von einem gemeinsamen Treppenhaus bedient werden. Auf der Nordwestseite der Baute ist eine Brandmauer vorgesehen, welche auf die Absicht des Bauherrn schließen läßt, dort später anzubauen.

Mit Beschluß vom 3. August 1903 verweigerte der Gemeinderat Zollikon gestützt auf Art. 2 der „Bauordnung der Gemeinde Zollikon“ (Vorschriften über offene Bebauung) die baupolizeiliche Bewilligung des Projektes. Die fragliche Bestimmung der Bauordnung lautet: „Die Erstellung von zusammenhängenden Häuserreihen ist nicht gestattet. Es dürfen nicht mehr als zwei Gebäude aneinander errichtet werden.“ Der Gemeinderat ging bei seinem Entscheide davon aus, daß das projektierte Doppelwohnhaus nicht als ein, sondern als zwei Gebäude im Sinne dieser Bestimmung anzusehen sei. Aus der Erstellung der Brandmauer auf der Nordwestseite gehe hervor, daß F. Schudel weitere Gebäude anbauen wolle. Dadurch würde aber das Verbot zusammenhängender Häuserreihen übertreten und deshalb könne die nachgesuchte Genehmigung nicht erteilt werden.

B. Gegen den Beschluß des Gemeinderates Zollikon rekurrierte F. Schudel an den Bezirksrat Zürich mit dem Antrag auf Bewilligung des Projektes.

Der Bezirksrat stimmte in seinem Entscheide vom 27. August 1903 dem Rekurrenten darin bei, daß die vom Gemeinderat vorgebrachten Verweigerungsgründe nicht stichhaltig seien. In Frage stehe zurzeit nur die projektierte Baute. Selbst wenn diese als zwei Gebäude betrachtet werden müßte, so könnte die Baubewilligung nicht gestützt auf Art. 2

der Bauordnung verweigert werden, da letztere ja das Zusammenbauen von zwei Häusern ausdrücklich gestatte. Die Erstellung einer Brandmauer ändere hieran nichts, da das Baugesetz Brandmauern an freistehenden Häusern nicht verbiete. Erst dann, wenn Schudel einmal an das jetzt projektierte Doppelwohnhaus anbauen wolle, sei die Frage der Zulässigkeit der Anbaute zu prüfen und die Streitfrage, ob das Doppelhaus ein einziges oder zwei Gebäude sei, zu entscheiden. Übrigens sei der Ansicht des Rekurrenten, daß die projektierte Baute ein einziges Gebäude sei, gestützt auf den Wortlaut von Art. 2 der Bauordnung zuzustimmen.

Der Bezirksrat wies den Rekurs des F. Schudel trotz der vorstehenden Erwägungen als unbegründet ab, weil die Baute der Vorschrift von Art. 4 der Bauordnung von Zollikon nicht entspreche. Nach dieser Bestimmung soll nämlich ein Gebäude, das nicht als die eine Hälfte eines „Doppelhauses“ auf die Grenze gestellt werden kann, von der nachbarlichen Grenze mindestens $3\frac{1}{2}$ m Abstand haben. „Dieser Abstand vergrößert sich, wenn die Höhe des Gebäudes 12 m übersteigt, um das Maß der Mehrhöhe. Die Höhe des Gebäudes ist hierbei von der am tiefsten gelegenen Stelle des unüberbaut bleibenden Bodens bis zur Oberkante des Dachgesimses zu messen.“

Nun betrage aber die Höhe des Gebäudes auf der Südwestfassade selbst dann, wenn nicht vom Boden, sondern von der projektierten Auffüllung aus gemessen werde, 13 m, während das Gebäude nur einen Abstand von 3,5 m von der Grenze besitze.

Die Höhe des Gebäudes überschreite somit das in der Bauordnung statuierte Maximum, und es sei der Rekurs aus diesem Grunde abzuweisen.

C. Mit Eingabe vom 22. September 1903 rekurriert Rechtsanwalt Dr. Maag namens F. Schudel an den Regierungsrat mit dem Antrag, es sei in Aufhebung des bezirklichen Entscheides der Gemeinderat Zollikon einzuladen, dem Rekurrenten die nachgesuchte Baubewilligung zu erteilen. Zur Begründung wird im wesentlichen folgendes vorgebracht:

a) In formeller Beziehung: Der Rekurs sei abgewiesen worden gestützt auf eine Erwägung, die in der Bauverweigerung des Gemeinderates Zollikon nicht enthalten gewesen sei. Rekurrent habe daher keine Gelegenheit gehabt, sich über diesen Punkt in seinem Rekurse an den Bezirksrat zu äußern, und die Vorinstanz habe somit entschieden, ohne F. Schudel hierüber zu hören. Daraus ergebe sich ohne weiteres die Unhaltbarkeit des Standpunktes, es könne der Bezirksrat eine Baute auch aus andern Gründen verweigern, als der Gemeinderat in seinem Entscheide geltend gemacht habe. Dieser Entscheid sei aber die Grundlage, an welche die obere Instanz gebunden sei. Wie sehr dies richtig sei, gehe auch daraus hervor, daß der Gemeinderat in vielen Fällen nach dem Gesetz abweisen könne, aber nicht müsse, also Ausnahmen gestatten könne. Wenn nun ein gemeinderätlicher Entscheid die Ausnahme nicht besonders betone, so könne es vorkommen, daß der Bezirksrat die Baute gestützt auf einen Gesetzesparagraphen verweigere, den der Gemeinderat gar nicht habe anwenden wollen und nicht habe anwenden müssen.

b) In materieller Hinsicht sei der Rekurs ebenfalls zu schützen. Der Standpunkt des Gemeinderates sei vom Bezirksrat so treffend widerlegt worden, daß auf denselben wohl nicht mehr einzutreten sei. Betreffend die Bauhöhe sei vor allem auf die große Niveaudifferenz zwischen der Straße und der seewärts gelegenen Umfassungsmauer der projektierten Baute zu verweisen, ein Verhältnis, das bei der Aufstellung der Bauordnung gar nicht berücksichtigt worden sei. Es gebe an der Dufourstraße Stellen, wo die Differenz so groß sei, daß längs der Straße kaum das Parterre über die Niveaulinie zu liegen käme, wenn verlangt würde, daß sich die Bauhöhe nach dem tiefstgelegenen Punkt der Grenze, die seewärts parallel der Straße sich zieht, richte. Nun habe Rekurrent zufällig so viel Bautiefe, daß er seewärts die Höhe über 12 m durch entsprechende Vermehrung des Grenzabstandes steigern konnte, nicht aber seitwärts, weshalb er zwei Hilfsmittel zur Anwendung gebracht habe, über deren Zulässigkeit in diesem Rekurse zu entscheiden sei. Er habe das Terrain durch Auffüllung etwas gehoben und sodann die Baute um eine Verandabreite zurückgenommen. Letzteres scheine der Bezirksrat übersehen zu haben. Rekurrent stellt

auf die Pläne, Expertise und Augenschein dafür ab, daß der höchste Punkt der Veranda 12 m Höhe nicht erreiche und daß der höchste Punkt des Dachgesimses so weit von der Grenze entfernt sei, daß er nach Art. 4 Abs. 2 der Bauordnung als zulässig erklärt werden müsse. Nun stehe gewiß nichts entgegen, daß der einspringende Winkel des Hauses durch eine Veranda verkleinert und überbaut werde, sofern nur die Höhe der Veranda sich innert den Schranken der Bauordnung halte.

Mit der Auffüllung dürfe deshalb gerechnet werden, weil die Bauordnung gegenteilige Bestimmungen nicht enthalte. Spezialgesetze, zu denen die Bauordnung zu zählen sei, seien nach allgemeiner Regel enge zu interpretieren. Dies sei hier umsoher am Platze, als die Terrainverhältnisse abnorm seien. Auf einen Abstand von 3,5 m könne sich schon eine ganz bedeutende Höhendifferenz ergeben, und es wäre nicht korrekt, ohne daß eine klare Vorschrift es verlange, auf dem Wege der Interpretation die Bauordnung dahin zu verschärfen, daß „die tiefste Stelle des unüberbaut bleibenden Bodens“ auf der Grenze beziehungsweise auf dem Nachbargrundstücke zu suchen sei. Der Nachbar sei ja auf alle Fälle durch die Bestimmungen des privatrechtlichen Gesetzbuches geschützt.

Der Platz, auf welchem Rekurrent jetzt bauen wolle, sei wegen seiner Höhenlage wertvoller als der unüberbaute stadtwärts gelegene Teil des nämlichen Grundstückes. Werde der Rekurs abgewiesen, so müsse Rekurrent stadtwärts weichen, um die nämliche Baute doch ausführen zu können; denn er werde lieber am untern Areal etwas verlieren und dort niedriger bauen. Die Folge davon werde sein, daß das obere Gebäude das untere weit überrage und zwar mit einer Brandmauer stadtwärts, was unschön sei und dem Quartier mehr Schaden bringe als die Bewilligung der projektierten Baute mit dem jetzigen Grenzabstand.

D. Der Gemeinderat Zollikon beantragt in seiner Vernehmlassung vom 22. Oktober 1903 Abweisung des Rekurses. Er führt im wesentlichen aus: Da Art. 2 der Bauordnung seiner Ansicht nach genügend Grund zur Abweisung des Rekurses gebildet habe, habe er es nicht für nötig befunden, weitere Abweisungsgründe namhaft zu machen. Bei Aufstellung der Bauordnung haben der Gemeinderat und die Gemeindeversammlung mit Art. 2 verhindern wollen, daß mehr als zwei einfache Wohnhäuser zusammengebaut werden. Für diese Auffassung spreche auch Art. 3 der Bauordnung, wo der Ausdruck „Doppelhaus“ sich finde und wo gesagt werde, in welcher Weise die Erstellung von Doppelhäusern gestattet werden solle. Veranlaßt durch den bezirksrätlichen Entscheid vom 27. August 1903 habe sich die Gemeindeversammlung am 4. Oktober neuerdings dahin ausgesprochen, daß sie für den Art. 2 nicht die Auslegung des Rekurrenten zulassen wolle. Es sei nämlich dem Art. 2 folgende Fassung gegeben worden: „Es dürfen nicht mehr als zwei einfache Wohnhäuser, die im übrigen frei stehen, aneinander gebaut werden“.

Die Niveaudifferenz zwischen der Dufourstraße und der seeseitigen Umfassungsmauer der projektierten Baute sei durchaus nicht so erheblich, wie der Rekurrent darzutun suche. Auch halte der Gemeinderat dafür, es müsse der Höhenabstand zwischen dem Dachgesims und dem Boden von der tiefst gelegenen Stelle des natürlichen Terrains und nicht von der künstlichen Auffüllung aus gemessen werden. Aus dem Querprofil ergebe sich, daß die Baute dem Art. 4 der Bauordnung auch dann nicht entspreche, wenn die Veranda als selbständige Baute und nicht als Teil des Hauses angesehen würde.

E. Der Bezirksrat Zürich schließt sich in seiner Vernehmlassung vom 12. November 1903 dem Antrage des Gemeinderates Zollikon auf Abweisung des Rekurses an. Gegenüber der Behauptung des Rekurrenten, daß die höhere Instanz die Verweigerung der Baubewilligung nicht gestützt auf andere Bestimmungen, als die vom Gemeinderat angewendeten, bestätigen dürfe, verweist der Bezirksrat auf den Entscheid des Regierungsrates Nr. 1522 vom 4. September 1902 in Sachen Tschudy. Daß die Rekursinstanz in dem Falle, da sie ihren Entscheid auf einen anderen Rechtsgrund stützen wolle, als die Vorinstanz, hiervon dem Beschwerdeführer vor dem Entscheide nicht Mitteilung zu machen habe, sei deshalb nicht nötig, weil nur öffentliches Recht zur Anwendung komme und keine privaten Ansprüche, die allerdings vorher

unbekannt sein können, gemacht werden. Von einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs könne daher nicht gesprochen werden. — Aus dem angefochtenen Entscheide gehe hervor, daß der Bezirksrat die Veranda nicht übersehen habe. Dagegen betrachte aber der Bezirksrat die Veranda als bloßen Teil des Gebäudes, während der Rekurrent dasselbe als besondere Baute zu betrachten scheine. Die Konsequenz des letzteren Standpunktes wäre dann freilich, daß er an die projektierte Baute kein Haus mehr anbauen dürfte. Wenn in Art. 4, Absatz 2 der Bauordnung von Gebäudehöhe die Rede sei, so könne darunter nur entsprechend den Vorschriften des Baugesetzes die Dachgesimshöhe des eigentlichen Gebäudes gemeint sein und nicht diejenige eines einzelnen Gebäudeteiles, wie z. B. der Veranda. Dagegen beziehe sich der horizontale Abstand von der Nachbargrenze auf alle Gebäudeteile, zu welchen auch die Veranda gehöre. Der Bezirksrat sei jedoch der Ansicht, daß aus praktischen Gründen die Höhe nicht unter allen Umständen vom gewachsenen Terrain aus zu messen sei. Die Gemeindeordnung von Zollikon sei in diesem Punkte nicht deutlich genug. Besser wäre es jedenfalls, in Anlehnung an das Baugesetz die Straßenniveaulinien als maßgebend zu betrachten. Daß der Gemeinderat Zollikon während der Pendenz des Rekurses den Art. 2 der Bauordnung geändert habe, sei irrelevant.

Es kommt in Betracht:

1. Der Gemeinderat Zollikon hat dem Bauprojekte des Beschwerdeführers die baupolizeiliche Bewilligung lediglich gestützt auf Artikel 2 der Bauordnung der Gemeinde Zollikon versagt. Die Vorinstanz hat sodann auf erhobene Beschwerde hin gefunden, die projektierte Baute stehe freilich mit dem zitierten Art. 2 nicht im Widerspruch, allein sie verstoße gegen Art. 4 der genannten Bauordnung, und es sei der Rekurs aus diesem Grunde abzuweisen. Der Beschwerdeführer erblickt in diesem Entscheide mit Unrecht eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Der Regierungsrat hat schon mehrfach ausgesprochen (vgl. Beschluß No. 1522 vom Jahre 1902 in Sachen Tschudy betr. Baute), daß von einer Geltung der Verhandlungsmaxime im Verwaltungsrekursverfahren in dem Sinne, daß die Behörde, welche den angefochtenen Verwaltungsakt erlasse, vor der ersten Rekursinstanz und in analoger Weise diese vor der zweiten Rekursinstanz als Partei anzusehen sei, nicht die Rede sein kann. Selbst wenn dies noch der Fall wäre, so würde daraus sowenig wie im Zivilprozeß folgen, daß die obere Instanz hinsichtlich der rechtlichen Würdigung des Tatbestandes, um die es sich hier handelt, in der Weise gebunden wäre, daß sie lediglich die Erwägungen der Vorinstanz gutheißen oder zurückweisen könnte, keineswegs aber befugt wäre, ihren Entscheid auf andere Rechtsgründe und andere zwingende Normen öffentlich-rechtlicher Natur zu stützen. Die Rekursinstanzen haben vielmehr auf Beschwerde hin einen angefochtenen Verwaltungsakt neu zu prüfen und denselben je nach dem Ergebnis dieser Prüfung zu bestätigen oder abzuweisen oder abzuändern.

2. Die Frage, ob die geplante Baute mit Art. 2 der Bauordnung in Widerspruch stehe, ist vom Bezirksrate in richtiger Weise entschieden worden. Es ist in der Tat nicht zu untersuchen, ob hier von zwei Häusern gesprochen werden könne; denn wenn dies noch der Fall wäre, müßte die Baute bewilligt werden, da ja Artikel 2 ausdrücklich das Aneinanderbauen von zwei Häusern gestattet. Daß das Haus gegen Nordwesten mit einer Brandmauer abschließt, kann rechtlich nicht in Betracht fallen, da Brandmauern an freistehenden Häusern nicht verboten sind. Die weitere Frage, ob der Beschwerdeführer später an diese Brandmauer ein weiteres Gebäude anbauen dürfe, ist erst dann zu entscheiden, wenn ein bezügliches Projekt vorliegt.

Da jedoch der Rekurrent offenbar nur in der Erwartung, später anbauen zu können, eine Brandmauer im Projekte vorsieht, so hat er ein großes praktisches Interesse daran, darüber Gewißheit zu erlangen, ob ihm weitere Anbauten später gestattet werden oder nicht. Für die Behörden verbindliche Auskunft kann ihm diesbezüglich a. a. schon deshalb nicht erteilt werden, weil in dem Zeitpunkte, wo das Projekt für die Anbaute eingereicht wird, unter Umständen die maßgebenden gesetzlichen Vorschriften nicht mehr dieselben sind wie heute. Der Rekurrent mag immerhin darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Gemeinde Zollikon während der Pendenz dieses Rekurses Art. 2 der Bauordnung

derart abgeändert hat, daß der Anbau eines einfachen oder Doppelwohnhauses an das jetzt projektierte Gebäude nicht mehr zulässig ist. Dieser Bestimmung kommt freilich keine rückwirkende Kraft zu; allein es kann nicht von Rückwirkung gesprochen werden, wenn sie auf das bloß eventuelle und künftige Projekt für einen Anbau angewendet wird. Da der Rekurrent somit an das projektierte Gebäude später nicht mehr wird anbauen können, empfiehlt es sich für ihn, von der Erstellung einer Brandmauer auf der Nordwestseite abzusehen.

3. Was nun die Art der Messung der Bauhöhe und den hiervon abhängigen Minimalabstand von der nachbarlichen Grenze anbetrifft, so ist folgendes zu beachten:

§ 55 des Baugesetzes schreibt vor: „Der Abstand eines Gebäudes von der nachbarlichen Grenze soll in der Regel mindestens 3,5 m betragen. Derselbe vergrößert sich, wenn die Höhe des Gebäudes 12 m übersteigt, um das Maß der Mehrhöhe. Die Höhe des Gebäudes ist hierbei von der am tiefsten gelegenen Stelle des unüberbaut bleibenden Bodens bis zur Oberkante des Dachgesimses zu messen“.

Die Praxis hat diese Bestimmung nie auf Gebäude, welche an der Baulinie stehen, angewendet (vgl. Stübi, 3. Aufl. Nr. 148), sondern sich lediglich an die Vorschriften der §§ 57 und 62 ff. gehalten und demgemäß bei den genannten Gebäuden in allen Fällen nur einen Abstand von der seitlichen Grenze von 3,5 m verlangt und doch stets die gemäß § 62 zulässige Bauhöhe gestattet.

Der Art. 4 der Bauordnung der Gemeinde Zollikon will nun offenbar — wie aus dem Relativsatze „das nicht als die eine Hälfte eines Doppelhauses auf die Grenze gestellt werden kann“ zu schließen ist — daß diese Bestimmung in dem offen zu erbauenden Gebiete der Gemeinde Zollikon auch auf Gebäude an der Baulinie angewendet werde in dem Sinne, daß der normale Abstand von der nachbarlichen Grenze von 3,5 m bei einer Gebäudehöhe von mehr als 12 m um das Maß der Mehrhöhe sich vergrößern soll. Es liegt nun freilich die Erwägung nahe, daß mit dieser strikteren Anwendung von § 55 des Baugesetzes mit Bezug auf den Abstand nun auch die in den Art. 4 der Bauordnung herübergenommene Vorschrift über Messung der Gebäudehöhe ohne jede Einschränkung anzuwenden sei. Allein weil diese Bestimmung wörtlich aus § 55 des Baugesetzes herübergenommen ist, in letzterem aber gemäß feststehender Interpretation für die an die Baulinie gestellten Häuser nicht gilt, kann man sich fragen, ob sie hier nun plötzlich einen andern, strengeren Sinn haben solle. Da das Baugesetz und in höherem Maße die besonderen örtlichen Bauordnungen im Zweifel enge zu interpretieren sind, so scheint es angebracht, dieser Vorschrift in der besonderen Bauordnung die gleiche Auslegung zuteil werden zu lassen, die ihr als § 55 des Baugesetzes gegeben wird. Dies umsomehr, als die Gemeinde Zollikon bei der Herübernahme dieses Satzes in ihre Bauordnung wohl kaum die Absicht hatte, in diesem Punkte über das Baugesetz hinauszugehen, zumal auch die §§ 62 ff. des Baugesetzes und vor allem Art. 5 der Bauordnung genügend Garantie dafür bieten, daß in dem offen zu überbauenden Gebiete der Gemeinde Zollikon die Höhe der Gebäude das angemessene Maß nicht überschreitet. Es ist auch darauf hinzuweisen, daß durch die Anwendung von Art. 4 Abs. 3 der Zollikoner Bauordnung auf Bauten an der Baulinie die Überbaubarkeit der teilweise ziemlich steilen Gelände in der Gemeinde Zollikon in einer Weise eingeschränkt würde, die sich aus dem Prinzip der offenen Bauweise nicht mehr begründen ließe und daher gesetz- und verfassungswidrig wäre.

Die nach § 62 Abs. 2 des Baugesetzes gemessene Höhe des von Schudel projektierten Gebäudes beträgt nun 11 m, der Abstand von der Grenze muß daher entsprechend den vorstehenden Erwägungen nicht mehr als 3,5 m betragen. Der Rekurs ist somit gutzuheißen.

Auf Antrag der Baudirektion

beschließt der Regierungsrat:

I. Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheißen.

II. Die Kosten bleiben außer Ansatz.

III. Mitteilung an Rechtsanwalt Dr. Maag zu Handen des Beschwerdeführers, an den Gemeinderat Zollikon, an den Bezirksrat Zürich und an die Baudirektion.