|  |  |
| --- | --- |
| Signatur | StAZH MM 3.68 RRB 1944/0706 |
| Titel | Baute (Rekurs). |
| Datum | 30.03.1944 |
| P. | 296–297 |

[*p. 296*] In Sachen F. Traub, Architekt, Witellikerstraße 17, Zollikon, vertreten durch das Advokaturbüro Dr. Fr. E. Meyer, Löwenstraße 11, Rekurrenten, gegen den Gemeinderat Zollikon, Rekursgegner, betreffend Baute (Rekurs gegen einen Beschluß des Bezirksrates Zürich),

hat sich ergeben:

A. Am 8. Februar 1943 erteilte die Baukommission des Gemeinderates Zollikon dem Architekten F. Traub die Baubewilligung für ein Zweifamilienhaus auf der Liegenschaft Kat.-Nr. 5714 an der Schloßbergstraße 4, in Zollikon. Die Baubewilligung wurde an hier nicht näher interessierende Bedingungen geknüpft.

In der Folge reichte Architekt Traub Pläne für eine Projektänderung ein, die u. a. den Einbau einer weiteren Wohnung im Dachstock vorsehen. Infolgedessen „sistierte“ die Baukommission Zollikon am 23. Februar 1943 die Baubewilligung vom 8. Februar 1943. Auf Grund mündlicher Unterhandlungen zwischen dem Vertreter des Rekurrenten und dem Gemeindepräsidenten stellte jener mit Schreiben vom 6. März 1943 an die Baukommission fest, daß Architekt Traub jederzeit berechtigt sei, mit dem Bau des Hauses Schloßbergstraße 4 gemäß den am 8. Februar 1943 bewilligten Plänen zu beginnen, daß er den Ausbau des Dachstockes jedoch erst vornehmen dürfe, wenn er hiefür im Besitze einer baupolizeilichen Bewilligung sei. Gleichzeitig ersuchte der Gemeindrat Zollikon die Natur- und Heimatschutzkommission des Kantons Zürich um Begutachtung des neuen Projektes.

B. Mit Beschluß vom 17./23. März 1943 wies die Baukommission Zollikon das Projekt „für das Haus Schloßbergstraße 4 gemäß Plan Nr. 137, datiert 2. März 1943, das auch die Eingabe über den Ausbau des Dachgeschosses in sich schließt, … auf Grund von § 13 der Bauordnung“ ab. In ihrem Gutachten vom 19. März 1943 erklärte die kantonale Natur- und Heimatschutzkommission, die Genehmigung des Projektes sei vom Standpunkte des Heimatschutzes aus abzulehnen, im wesentlichen deshalb, weil der geplante Dachaufbau nicht zu befriedigen vermöge.

Architekt Traub erhob am 2. April 1943 Einsprache beim Gemeinderat mit dem Antrag, den Abänderungen des mit Beschluß vom 8. Februar 1943 der Baukommission Zollikon bewilligten Mehrfamilienhauses Schloßbergstraße 4 gemäß den eingereichten Plänen die baupolizeiliche Bewilligung zu erteilen. Am 25. Juni 1943 wies der Gemeinderat die Einsprache ab und verpflichtete Architekt Traub, „den projektierten Bau an der Schloßbergstraße 4 in Zollikon gemäß den durch die Baukommission am 8. Februar 1943 genehmigten Plänen zu erstellen“.

C. Am 5. Juli 1943 gelangte der Bauherr rechtzeitig an den Bezirksrat Zürich mit dem Antrag, die baupolizeiliche Bewilligung für den Ausbau des Dachgeschosses des projektierten Hauses zu bewilligen. Mit Entscheid vom 27./30. August 1943 wies der Bezirksrat Zürich diesen Rekurs ab.

D. Daraufhin reichte Architekt Traub mit Eingabe vom 8. September 1943, also rechtzeitig, Rekurs beim Regierungsrat ein. Er beantragt, die Baukommission Zollikon einzuladen, den Ausbau des Dachgeschosses des Hauses Schloßbergstraße 4 in Zollikon gemäß den eingereichten Plänen unter den üblichen Bedingungen baupolizeilich zu bewilligen.

Die Vernehmlassungen des Gemeinderates Zollikon und des Bezirksrates Zürich lauten übereinstimmend auf Abweisung des Rekurses. Auf die Parteivorbringen sowie die Ausführungen der Vorinstanz wird, soweit notwendig, in den Erwägungen eingetreten werden.

E. Während der Rekurspendenz nahm der Bauherr die Erstellung der Baute gemäß den von der Baukommission Zollikon mit Beschluß vom 8. Februar 1943 genehmigten Plänen in Angriff. Die Baute ist heute bis zum Dachgeschoß im Rohbau erstellt.

Es kommt in Betracht:

1. Das Baugrundstück liegt zwischen zwei bereits mit einfachen Wohnhäusern überbauten Liegenschaften. Der Haupttrakt des im Rohbau vollendeten Gebäudes des Rekurrenten weist eine Grundfläche von zirka 16,3 auf 10,1 m auf. Gegen

Süden ist ein Quertrakt von zirka 6,3 auf 6,1 m Grundfläche vorgesehen, dessen östliche Fassade um zirka 1 m hinter der der Schloßbergstraße zugekehrten Ostfassade des Haupttraktes zurückliegt. Haupt- und Nebentrakt weisen zwei ausgebaute Geschosse, der Haupttrakt überdies ein teilweise ausgebautes Untergeschoß auf.

Mit dem streitigen Ausbau des Dachgeschosses des Haupttraktes will der Rekurrent eine Wohnung, bestehend aus Wohnzimmer, Schlafzimmer, Nebenzimmer, Eßdiele, Küche, Bad und Vorplatz, ferner zwei Dienstenzimmern schaffen.

2. Nach den §§ 12 und 13 der Bauordnung der Gemeinde Zollikon dürfen neue Gebäude mit Einschluß des Erdgeschosses höchstens zwei Stockwerke und ein zu 50% der Gebäudegrundfläche ausgebautes Dachgeschoß mit Wohn-, Schlaf- und Arbeitsräumen aufweisen. An Abhängen werden die Geschosse an der höher liegenden Seite gezählt. Weist das Untergeschoß die äußeren Merkmale eines Hauptgeschosses auf, so wird es bei der Zählung der erlaubten Stockwerke mitgezählt.

Es ist unbestritten, daß das Haus des Rekurrenten an einem Abhang steht, ein Untergeschoß und zwei Vollgeschosse aufweist. In diesem Umfange wurde das Projekt, wie erwähnt, von der Gemeindebaukommission am 8. Februar 1943 bewilligt. Der Gemeinderat begründet die Verweigerung des vom Rekurrenten nachgesuchten Ausbaues des Dachgeschosses u. a. damit, daß das Untergeschoß die äußeren Merkmale eines Hauptgeschosses aufweise und deshalb bei der Zählung der erlaubten Geschosse mitzuzählen sei. Das Haus weise auch ohne den Dachstock drei zählbare Geschosse auf.

Es liegt in der Natur der Sache, daß bei einem an einem Hang erstellten Gebäude das Untergeschoß nicht nach allen Seiten in gleicher Weise in Erscheinung tritt. Im streitigen Fall ist es auf der Bergseite überhaupt nicht zu bemerken. Das Gebäude wirkt hier als zweigeschossig. Ganz anders dagegen auf der Talseite, wo das Untergeschoß vollständig frei liegt. Es wurde denn auch eine Türe erstellt, durch die man vom Garten direkt in das Untergeschoß gelangen kann, ohne eine Treppe hinabsteigen zu müssen. Ferner sind drei Fenster vorhanden, die ca. 1 m über Terrain liegen. Daher läßt sich nicht bestreiten, daß das Untergeschoß auf der Talseite als Hauptgeschoß in Erscheinung tritt und das Haus einem dreigeschossigen Gebäude gleichkommt. Aber auch auf der nördlichen Seitenfront tritt das Untergeschoß nach außen stark in Erscheinung. Es sind zwei breite Garagentore angebracht, die ungefähr auf der Höhe des anschließenden Bodens liegen. Daneben sind noch zwei mehr oder weniger normale, 0,8 - 1,0 m über Terrain liegende Fenster vorhanden. Auf der anderen Seitenfront - der Südseite - dagegen fehlen Fenster und Türen, sodaß hier nur die beiden Hauptgeschosse sich bemerkbar machen. Zusammenfassend ist festzustellen, daß das Untergeschoß auf zwei Fronten deutlich wie ein Vollgeschoß wirkt.

Nun sagt die Bauordnung allerdings nicht, in welchem Ausmaß ein Untergeschoß über das Terrain hinausragen müsse, um bei der Zählung der erlaubten Geschosse mitgerechnet zu werden. Da bei Bauten an Abhängen das Untergeschoß naturgemäß nicht nach allen Seiten in gleicher Weise in Erscheinung tritt, würde der Zweck der Bauordnung ohne Zweifel vereitelt, wenn man sich auf den Standpunkt stellen wollte, ein Untergeschoß weise erst dann die äußeren Merkmale eines Hauptgeschosses auf, wenn es von allen Seiten sichtbar sei. Der Entscheid darüber, wann die Voraussetzung des § 13 vorliegt, ist eine Ermessensfrage. Der Gemeindegesetzgeber hat offenbar bewußt auf die Aufstellung starrer Regeln verzichtet und mit dem allgemein gehaltenen Hinweis auf die „äußeren Merkmale eines Hauptgeschosses“ den Baubehörden eine gewisse Ermessensfreiheit einräumen wollen. Es wäre wohl auch kaum möglich, starre Regeln aufzustellen, ohne in einzelnen Fällen zu niemals gewollten Resultaten zu kommen. Liegt aber der Entscheid über ein Bauprojekt im freien Ermessen der Behörde, dann ist es richtig, wenn diese vor allem auf den Zweck der Bestimmung abstellt. Mit § 13 der Bauordnung wollte der Gemeindegesetzgeber von Zollikon offensichtlich vor allem dafür sorgen, daß nicht neben den grundsätzlich auf zwei Vollgeschosse beschränkten Gebäuden Häuser entstehen, die wegen der Art der äußeren Gestaltung des Untergeschosses dreigeschossig wirken. Es kann nicht behauptet werden, die Gemeindebehörden hätten die Grenzen des ihnen zustehenden Ermessens überschritten, wenn sie einem Untergeschoß, das eine Baute auf zwei Seiten einwandfrei als dreigeschossig erscheinen läßt, die- äußeren Merkmale eines Hauptgeschosses beimessen. // [*p. 297*]

Der Rekurrent beruft sich in diesem Zusammenhang auf Rechtsungleichheit, denn der Gemeinderat habe vor nicht langer Zeit die Erstellung eines Hauses zugelassen, das ein nach außen stark in Erscheinung tretendes Untergeschoß, zwei Vollgeschosse und ein ausgebautes Dachgeschoß aufweise. Es handle sich um das Haus Rotfluhstraße 52. Der Gemeinderat weist den Vorwurf als unzutreffend zurück. Die Liegenschaft Rothfluhstraße 52 befinde sich in einer Gegend mit vorwiegend Mehrfamilienhäusern, in der unter keinen Umständen der gleiche Maßstab angelegt werden dürfe wie im fraglichen Quartier an der Schloßbergstraße. Der Gemeinderat habe daher ohne Bedenken von der Möglichkeit einer Ausnahmebewilligung im Sinne des § 28 der Bauordnung Gebrauch machen dürfen. Mit diesen Ausführungen gibt der Gemeinderat zu, daß das Haus Rothfluhstraße 52 ein Untergeschoß enthält, das nach seiner Ansicht die äußeren Merkmale eines Hauptgeschosses aufweist. Infolgedessen hätte er für dieses Haus nur ein und nicht zwei Vollgeschosse und keinen ausgebauten Dachstock bewilligen dürfen. Der Gemeinderat konnte demnach die Baute nur zulassen, indem er von seinem in § 28 der Bauordnung verankerten Recht auf Erteilung von Ausnahmebewilligungen Gebrauch machte. Es mag dahingestellt bleiben, ob er eine förmliche Ausnahmebewilligung erteilte oder einfach die Baubewilligung für einen an sich unzulässigen Bau erteilte in der Meinung, daß diese Bewilligung eine Ausnahmebewilligung in sich schließe. Der Rekurrent jedenfalls kann sich wegen eines solchen Verfahrens nicht beschweren, denn der Gemeinderat hat es auch ihm gegenüber eingeschlagen. Nachdem der Gemeinderat festgestellt hatte, daß beim Haus des Rekurrenten an der Schloßbergstraße das Untergeschoß die äußeren Merkmale eines Hauptgeschosses aufweise, hätte es nur noch ein Vollgeschoß erhalten dürfen. Ein Haus mit zwei Vollgeschossen konnte der Gemeinde rat nur bewilligen, indem er sich auf sein Recht zur Erteilung von Ausnahmebewilligungen berief. Er hat das getan, ohne eine förmliche Ausnahmebewilligung zu erteilen.

Somit bleibt nur noch zu prüfen, ob deshalb Rechtsungleichheit vorliegt, weil der Gemeinderat beim Haus Rothfluhstraße 52 von seinem Ausnahmerecht einen stärkeren Gebrauch machte als im Falle des Rekurrenten, indem er den Ausbau des Dachgeschosses zuließ. Es handelt sich dabei um Fragen des freien Ermessens, wobei ohne Zweifel je nach dem Charakter der Gegend ein verschieden strenger Maßstab angelegt werden darf. Die Behauptung, das Haus Rothfluhstraße 52 befinde sich in einem Gebiet, in dem die bestehende Überbauung als intensiver empfunden werde als an der Schloßbergstraße, ist richtig. Der durch die antragstellenden Organe der Baudirektion durchgeführte Augenschein hat dies deutlich gezeigt. Daher kann nicht von Rechtsungleichheit oder Willkür gesprochen werden, wenn der Gemeinderat in diesem Falle von seinem Ausnahmerecht einen weitergehenden Gebrauch machte als im vorliegenden Streitfalle.

Alle diese Überlegungen führen zum Schluß, daß der Gemeinderat ohne Verletzung der Rechtsgleichheit in der Anwendung seines Ausnahmerechtes genügend weit gegangen ist, wenn er beim Hause des Rekurrenten an der Schloßbergstraße ein zweites Vollgeschoß, nicht aber ein ausgebautes Dachgeschoß bewilligte. Der Rekurs muß daher abgewiesen werden. Dabei sei aber zu Handen der Gemeindebaubehörden der Wunsch ausgedrückt, sie möchten in Zukunft bei der Behandlung von Baugesuchen deutlich feststellen, inwieweit die Baubewilligung unter Berufung auf § 28 der Bauordnung erteilt wird. Dadurch könnte manche Streitigkeit vermieden werden. Es könnte dann nicht der Eindruck entstehen, die verschiedenen Bauprojekte würden nicht nach den gleichen rechtlichen Grundsätzen beurteilt.

3. Da der Rekurs aus den bereits erwähnten Gründen abgewiesen werden muß, erübrigt sich die Prüfung der weiteren Frage, ob der Gemeinderat den Ausbau des Dachgeschosses auch unter Berufung auf § 29 der Bauordnung (Schutz des Straßenbildes) hätte verweigern dürfen.

4. Die Baubehörden von Zollikon und der Rekurrent sind sich u. a. auch darüber nicht einig, wie die 50% der Gebäudegrundfläche zu berechnen sind, bis zu welchem Maß nach den §§ 12 und 13 der Bauordnung unter Umständen ein Unter- oder ein Dachgeschoß ausgebaut werden darf. Anläßlich des bereits erwähnten Augenscheins hat der Vertreter des Rekurrenten den Wunsch geäußert, der Regierungsrat möchte sich doch unter allen Umständen über diese zwischen den Parteien immer wieder streitig werdende Frage aussprechen. Der Regierungsrat wird Gelegenheit haben, beim Entscheid über einen anderen, bereits pendenten Rekurs des Architekten Traub, der ebenfalls eine Baute in Zollikon betrifft, dem Wunsche des Rekurrenten zu entsprechen. Es erübrigen sich daher weitere Ausführungen.

5. Da der Rekurs abgewiesen werden muß, sind die Kosten dem Rekurrenten aufzuerlegen. Der von diesem geleistete Kostenvorschuß ist zu verrechnen.

Auf Antrag der Baudirektion

beschließt der Regierungsrat:

I. Der Rekurs des F. Traub, Architekt, Zollikon, vom 8. September 1943 wegen Verweigerung des Dachgeschoßausbaues im Hause Schloßbergstraße 4, in Zollikon, wird abgewiesen. Damit werden die Beschlüsse des Bezirksrates Zürich vom 27./30. August 1943, des Gemeinderates Zollikon vom 25. Juni 1943 und der Baukommission Zollikon vom 17. März 1943 bestätigt.

II. Die Staatsgebühr wird auf Fr. 80 festgesetzt und mit den übrigen Kosten dem Rekurrenten auferlegt. Der von diesem geleistete Kostenvorschuß von Fr. 80 wird verrechnet.

III. Mitteilung an das Advokaturbüro Dr. Fr. E. Meyer, Löwenstraße 11, Zürich, zu Handen des Rekurrenten, den Gemeinderat Zollikon, den Bezirksrat Zürich und die Baudirektion.

[*Transkript: OCR (Überarbeitung: Team TKR)/11.08.2017*]