

2.3 (...) Die fraglichen beiden Normen (Art. 7a Abs. 1 und Art. 10 BZO) lauten wie folgt:

Art. 7a Dachgestaltung bei Attikageschossen

¹Dachgeschosse über Flachdächern (Attikageschosse) müssen mit Ausnahme der nach § 292 PBG zulässigen Dachaufbauten ein Profil einhalten, das auf den fiktiven Traufseiten unter Einhaltung der zulässigen Gebäudehöhe maximal einen Meter über der Schnittlinie zwischen der Aussenkante der Fassade und der Oberkante des fertigen Fussbodens des Attikageschosses unter 45° angelegt wird.

Art. 10 Abgrabungen

¹Abgrabungen für Haus- und Kellerzugänge, Gartenausgänge sowie Ein- und Ausfahrten zu Einzel-, Doppel- und Sammelgaragen sind zulässig.

²Im Übrigen sind Abgrabungen nur gestattet, sofern das Mass der Gebäudehöhe ab dem gestalteten Terrain eingehalten bleibt und bei Erreichen der zonengemässen Vollgeschosszahl kein Untergeschoss mehrheitlich über dem gestalteten Boden liegt.

Nicht ausgeschlossen sei, so die Vorinstanz, dass beide dieser Regelungen bei ein und demselben Gebäude zur Anwendung gelangen, dass also sowohl abgegraben werde als auch ein Attikageschoss mit einem fiktiven Kniestock erstellt werde. Vorausgesetzt sei jedoch, dass die maximal zulässige Gebäudehöhe stets eingehalten bleibe. Keine Rolle dürfe hierbei spielen, ob zuerst abgegraben und erst hernach aufgestockt werde oder umgekehrt.

Bezogen auf den vorliegenden Streitfall bedeute dies, dass beim rekurrentischen Gebäude, weil dieses aufgrund der Abgrabung die maximal zulässige Gebäudehöhe bereits ausschöpfe, kein fiktiver Kniestock von 1 m Höhe angesetzt werden dürfe. Die gegenteilige Auffassung, nämlich dass bei der Anwendung von Art. 7a Abs. 1 BZO vorliegend auf den ursprünglichen gewachsenen Boden abzustellen sei, würde zum Ergebnis führen, dass die bei der Erstellung vorgenommene Abgrabung unter dem Gesichtspunkt des heute geltenden Art. 10 BZO zufolge Überschreitung der Gebäudehöhe nicht mehr bewilligt werden könnte. (...)

3.1 Auszugehen ist bei der Beantwortung der vorliegend zu entscheidenden Streitfrage davon, dass es sich bei den Regelungen in Art. 7a und Art. 10 BZO um kompetenzgemäss erlassenes kommunales Recht handelt. Nach § 49 Abs. 2 lit. d PBG sind Gemeinden befugt, Regelungen über die Dachgestaltung zu treffen. Nach § 293 Abs. 4 PBG kann die Bau- und Zonenordnung die Freilegung von Untergeschossen näher regeln.

Die Anwendung kompetenzgemäss erlassenen kommunalen Rechts obliegt in erster Linie der kommunalen Bewilligungsbehörde, welche die Verhältnisse an Ort und Stelle am besten kennt und die Gesetzgebung seinerzeit beratend bzw. antragstellend begleitet hat. Stellen sich bei der Anwendung solchen Rechts Auslegungsfragen, so ist deren Beantwortung durch die örtliche Baubehörde dann zu schützen, wenn sie als vertretbar und nicht rechtsverletzend erscheint. Die Rechtsmittelinstanzen dürfen solche Entscheide daher nur mit Zurückhaltung überprüfen (VB.2008.00163 vom 11. März 2009, E. 4.2.2; VB.2000.00018 vom 13. April 2000, E. 2c in RB 2000 Nr. 103 = BEZ 2000 Nr. 19).

3.2 Bei der Auslegung einer Vorschrift ist von ihrer Stellung im Erlass und im Rechtssystem, von den dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen und dem Zweck der gesetzlichen Ordnung auszugehen. Ist der Wortlaut einer Bestimmung unmissverständlich und eindeutig, so ist dieser massgebend und darf von diesem nur beim Vorliegen triftiger Gründe abgewichen werden. Jedoch ist der Wortlaut nicht das einzige Kriterium für die Auslegung einer gesetzlichen Norm; von ebenso grosser Bedeutung ist die Auslegung anhand des Zwecks der Vorschrift (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., 2010, Rz. 216 ff., insbes. 218; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. A., 2009, § 25 insbes. Rz. 5).

3.3 Die Vorinstanz nimmt wie erwähnt den Standpunkt ein, dass sich die Anwendbarkeit von Art. 7a Abs. 1 BZO und diejenige von Art. 10 Abs. 2 BZO gegenseitig ausschliessen, wenn im einen oder im anderen Fall die an die zulässige Gebäudehöhe geknüpfte (bauliche bzw. terraingestalterische) Möglichkeit in Anspruch genommen wird. Dazu, wie es sich bei einer nur teilweisen Ausschöpfung verhält, äussert sich die Vorinstanz nicht. Konsequenterweise muss es sich jedoch so verhalten, dass bei einer nicht bis auf das Mass der zulässigen Gebäudehöhe erfolgenden Abgrabung zumindest in dem Umfang, als die zonengemässe Gebäudehöhe nicht ausgeschöpft ist, noch ein (reduzierter) fiktiver Kniestock angesetzt werden darf. Dasselbe muss umgekehrt mit Bezug auf Abgrabungen gelten, wenn von der nach Art. 7a Abs. 1 BZO bestehenden Möglichkeit, das hypothetische Schrägdachprofil 1 m über der Schnittlinie zwischen der Aussenkante der Fassade und der Oberkante des fertigen Fussbodens anzusetzen, nur teilweise Gebrauch gemacht wird.

3.4 Der von der Vorinstanz hergestellte Bezug zwischen den fraglichen beiden Normen ist dem Wortlaut der Bau- und Zonenordnung nicht ohne weiteres zu entnehmen. Namentlich ist in beiden Vorschriften von «Gebäudehöhe» die Rede, welcher Begriff durch das kantonale Recht (§ 280 Abs. 1 PBG) abschliessend und in für die Gemeinden verbindlicher Weise (§ 45

Abs. 2 PBG) als die von der «jeweiligen Schnittlinie zwischen Fassade und Dachfläche auf den darunterliegenden gewachsenen Boden» zu messende Distanz definiert wird. Kantonalrechtlich definiert ist auch der Begriff des gewachsenen Bodens (§ 5 der Allgemeinen Bauverordnung [ABV]).

Mit dem kantonalen Recht in Übereinstimmung steht die Art. 7a Abs. 1 BZO erwähnte «Gebäudehöhe» ohne weiteres dann, wenn keine Abgrabungen beabsichtigt sind. Aber auch wenn Abgrabungen vorgesehen sind, kommt dem Begriff der Gebäudehöhe in dieser Vorschrift nicht etwa wegen der Auslegung der fraglichen Normen durch die Vorinstanz eine andere Bedeutung zu. Auch diesfalls ist hierunter das Mass zwischen dem Schrägdachprofil gemäss Art. 7a Abs. 1 BZO und dem gewachsenen Terrain zu verstehen. Ein «Mutieren» des kantonalrechtlich definierten Begriffs der Gebäudehöhe, das sich unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit als zumindest fragwürdig erwiese, jedenfalls aber mit § 45 Abs. 2 PBG klar unvereinbar wäre, erfolgt nach Massgabe der nachstehenden Erwägungen nicht.

3.5 Der Wortlaut ist wie erwähnt nicht das einzige Kriterium für die Auslegung einer gesetzlichen Norm; von ebenso grosser Bedeutung ist die Auslegung anhand ihres Zwecks. Dieser liegt bei Art. 10 Abs. 2 BZO auf der Hand. Diese Norm, in welcher ohnehin nicht auf die Gebäudehöhe als solche, sondern auf deren in der jeweiligen Zone zulässiges *Mass* verwiesen wird, will verhindern, dass Gebäude durch allzu weitgehende Abgrabungen mit einer übermässigen Höhe in Erscheinung treten. Dieser Vorschrift kommt, da in der Stadt Zürich das zulässige Nutzmass mittels der Ausnützungsziffer geregelt und auch die Zahl der erlaubten Geschosse festgelegt ist, eine rein gestalterische Funktion zu (VB.95.00015 vom 6. September 1995 = BEZ 1995 Nr. 30 = RB 1995 Nr. 85).

Eine andere Zweckbestimmung, jedenfalls gemäss der zugehörigen stadträtlichen Weisung Nr. 377 vom 24. August 2005, kommt Art. 7a Abs. 1 BZO zu. Der Erlass dieser am 27. Mai 2006 in Kraft getretenen Bestimmung wurde damit begründet, dass durch die nach der Rechtsprechung erforderliche Ansetzung des Profils des entsprechenden Schrägdaches an der tatsächlichen Schnittlinie zwischen Dach und Fassade Attikageschosse gegenüber Dachgeschossen unter Schrägdächern ausnutzungsmässig erheblich benachteiligt würden. Mit der vorgeschlagenen, der Praxis zur Bauordnung aus dem Jahr 1963 entsprechenden Gleichbehandlung der beiden Dachgeschossarten bezüglich Profilansetzung solle verhindert werden, dass allein aus Ausnutzungsüberlegungen auf gute Projekte mit Attikageschossen zugunsten von nutzungsoptimierten, gerade noch den ästhetischen Minimalanforderungen genügenden Schrägdachlösungen verzichtet wird. Zudem solle vermieden werden, dass die unter der Bauordnung 1963 erstellten Attikageschosse baurechtswidrig werden.

3.6 Davon, dass ein nach oben durch die «Einhaltung der zulässigen Gebäudehöhe» (Art. 7a Abs. 1 BZO) begrenzter fiktiver Kniestock von max. 1 m nur dann in Anschlag gebracht werden dürfe, wenn das Mass der zulässigen Gebäudehöhe ab dem gestalteten (abgegrabenen) Terrain nicht überschritten wird, ist in der Weisung nicht die Rede. Dieser ist auch nicht zu entnehmen,

dass Art. 7a Abs. 1 BZO in irgendeiner Art und Weise auch eine gestalterische, auf die Gesamterscheinung eines Gebäudes abzielende Funktion zukomme. Insoweit ist daher fraglich, ob sich die Vorinstanz bei ihrer Auslegung der fraglichen Norm (noch) im Rahmen des ihr diesbezüglich zukommenden Ermessens gehalten habe.

Hinterfragen liesse sich dies namentlich in folgender Hinsicht: Im Hinblick auf die erwähnte, Art. 7a Abs. 1 BZO in erster Linie zukommende Zweckbestimmung darf die Anwendung dieser Norm (im Zusammenspiel mit Art. 10 Abs. 2 BZO) durch die Vorinstanz auf alle Fälle nicht dazu führen, dass Dachgeschosse unter Schrägdächern im Vergleich zu Attikageschossen besser gestellt werden. Diese Frage stellte sich insbesondere dann, wenn bei einer – wie vorliegend – bestehenden Flachdachbaute nicht die Erstellung eines Attikageschosses, sondern der Aufbau eines Schrägdaches geplant wäre. Ob sich die Schnittlinie zwischen Dach und Fassade im Rahmen der zulässigen Gebäudehöhe halte, wäre diesfalls klarerweise nach der abschliessenden Regelung von § 280 Abs. 1 PBG und daher anhand des massgeblichen gewachsenen Boden zu beurteilen. Als Letzterer wäre, da der Umbau eines bestehenden Gebäudes in Frage steht, der Terrainverlauf anzusehen, der im Zeitpunkt der Stammbaubewilligung bestand. Eine im Zuge der Erstellung des Gebäudes oder auch später vorgenommene, das Mass der maximal zulässigen Gebäudehöhe erreichende Abgrabung wäre beim Entscheid, ob das geplante Schrägdach die zulässige Gebäudehöhe respektiere, mit anderen Worten unerheblich. Gleichwohl bedeutet dies nicht, dass die kantonalrechtlich zulässige Gebäudehöhe ohne weiteres auch beansprucht werden dürfte. Bloss der Vollständigkeit halber anzufügen ist, dass dies in casu ohnehin nur in eingeschränktem Umfang möglich wäre. Denn bei der Erstellung eines Schrägdaches wäre, damit ein Dachgeschoss vorläge, die Kniestockregelung von § 275 Abs. 2 PBG zu beachten. Die Schnittlinie zwischen Fassade und Dachfläche könnte – bei einem Dach mit einer Konstruktionsstärke von 35 cm (vgl. hierzu § 12 Abs. 3 ABV) – daher höchstens um ca. 1 m angehoben werden. Selbst einer Erhöhung des Gebäudes in diesem Umfang stünde jedoch der Umstand entgegen, dass in anderer Hinsicht ein Baurechtsverstoss einträte, indem die vorgängig erfolgte Abgrabung baurechtswidrig würde. Bezogen auf das vorliegend strittige Gebäude führte ein unter (teilweiser) Beanspruchung der kantonalrechtlich an sich zulässigen Gebäudehöhe erfolgender Schrägdachaufbau dazu, dass auf der Hofseite eine Fassade mit einer Höhe von rund 12,5 m (Gebäudehöhe von 11,5 m + mögliche Erhöhung um rund 1 m) in Erscheinung träte, was Art. 10 Abs. 2 BZO verbietet. Ein Schrägdachaufbau wäre daher nur unter der Voraussetzung bewilligungsfähig, dass die Abgrabung rückgängig gemacht wird. Dies zeigt, da mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass es keine Rolle spielen kann, ob zunächst aufgestockt und erst dann abgegraben wird, auch die folgende Betrachtungsweise: Wäre beim vorliegend streitbetroffenen Gebäude im Zuge von dessen Erstellung die kantonalrechtlich erlaubte Gebäudehöhe ausgeschöpft worden und wäre erst später eine Abgrabung beabsichtigt gewesen, hätte diese wegen eines Verstosses gegen Art. 10 Abs. 2 BZO nicht bewilligt werden können.

3.7 Wenn daher die Vorinstanz bei der Anwendung von Art. 7a Abs. 1 BZO davon ausgeht, dass ein fiktiver Kniestock von maximal 1 m nur dann angesetzt werden dürfe, wenn nicht zugleich Abgrabungen vorliegen, die bereits ihrerseits das Mass der zulässigen Gebäudehöhe ausschöpfen, so hält sich dies bei näherer Betrachtung im Rahmen des der Vorinstanz bei der Anwendung und Auslegung des kommunalen Rechts zustehenden Ermessensspielraums. Eine nach dem primären Zweck von Art. 7 Abs. 1 BZO unzulässige Ungleichbehandlung von Attikageschossen und Dachgeschossen unter Schrägdächern ergibt sich aus der Praxis der Vorinstanz wie dargetan nicht. Ohnehin geht es weniger um die Auslegung von Art. 7a Abs. 1 BZO, welche Norm die Benachteiligung von Flachdachgebäuden verhindern will, als vielmehr um die Anwendung und Auslegung der die Erscheinung der Gebäude anvisierenden Vorschrift von Art. 10 Abs. 2 BZO. Mit der Praxis der Vorinstanz wird das kommunale Recht vertretbarerweise dahingehend ausgelegt, dass dieses verbietet, die Baubefugnisse von Art. 7a Abs. 1 BZO und von Art. 10 Abs. 2 BZO je vollständig und kumuliert in Anspruch zu nehmen. Dies zur Vermeidung eines Gebäudeäussern, das zu massiv in Erscheinung treten würde, wenn einerseits das Attikageschoss um das entsprechende Mass näher an die Vollgeschossfassade herangerückt würde, was bereits die Nichtausschöpfung der Gebäudehöhe voraussetzt, und andererseits auch noch bis zum Mass der zulässigen Gebäudehöhe abgegraben würde, was ebenfalls die Nichtausschöpfung der Gebäudehöhe voraussetzt.

Das Verbot, die beiden Baubefugnisse zu kumulieren, hätte in der BZO kompetenzgemäss legiferiert werden können, womit nicht einmal der Anschein einer Kollision mit dem kantonalrechtlichen Begriff der Gebäudehöhe erweckt worden wäre. Ist eine solche Legiferierung nicht erfolgt, erscheint es vertretbar, das Verbot der kumulierten Inanspruchnahme auf dem Wege der Auslegung aus Sinn und Zweck insbesondere von Art. 10 Abs. 2 BZO abzuleiten.

Der Vorinstanz ist daher darin beizupflichten, dass die Profilansetzung beim vorliegend strittigen Bauvorhaben unter Bezugnahme auf den heute bestehenden gestalteten Boden zu erfolgen hat, damit so die beiden Baubefugnisse nicht kumuliert ausgeschöpft werden.