

Die Baubehörde stellt nicht in Abrede, dass die vollständige Nutzung des ersten Untergeschosses zu Wohnzwecken nach der noch nicht in Kraft stehenden neuen Bau- und Zonenordnung 1992 (BZO) zulässig wäre. Die Parteien gehen zudem zu Recht davon aus, dass der Ausbau des Untergeschosses eines vor dem 1. September 1991 erstellten Gebäudes nach Massgabe der diesbezüglich sofort anwendbaren Bestimmung von § 255 PBG auch in der Stadt Zürich - und selbst in Gebieten ohne Ausnützungsziffer - zulässig ist, wenn die Geschosshöhenvorschriften ein anrechenbares Untergeschoss zulassen (Art. III Abs. 4 der Gesetzesänderung vom 1. September 1991 [Übergangsbestimmung]; RB 1993 Nr. 46).

Die Vorinstanz macht indessen geltend, dass in concreto ein mehrheitlich über dem gewachsenen Boden liegendes Untergeschoss im Streite stehe. Dieses sei nach der die Vorschriften von § 255 PBG ausführenden Verordnungsbestimmung von § 9 ABV ausnützungsmässig wie ein Vollgeschoss zu behandeln, weshalb die darin untergebrachten Räume nicht von der Anrechenbarkeit befreit seien.

Nach § 255 PBG (in der Fassung vom 1. September 1991) sind alle dem Wohnen, Arbeiten oder sonst dem dauernden Aufenthalt dienenden oder hiefür verwendbaren Räume in Vollgeschossen unter Einschluss der dazugehörigen Erschliessungsflächen und Sanitäräume samt inneren Trennwänden an die Ausnützungsziffer anrechenbar (Abs. 1). Entsprechende Flächen in Dach- und Untergeschossen sind anrechenbar, soweit sie je Geschoss die Fläche überschreiten, die sich bei gleichmässiger Aufteilung der gesamten zulässigen Ausnützung auf die zulässige Vollgeschosshöhe ergäbe (Abs. 2).

Gemäss § 9 ABV (in der Fassung vom 5. August 1992) gelten - neben Dach- und Untergeschossen; die im Sinne von § 276 Abs. 2 PBG ein Vollgeschoss ersetzen - Untergeschosse, die mehrheitlich über dem gewachsenen Boden liegen, bezüglich der Berechnung der Ausnützungsziffer als Vollgeschosse; mit anderen Worten sollen ausnützungsrelevante Flächen in derart angelegten Untergeschossen die Privilegierung von § 255 Abs. 2 PBG nicht beanspruchen können.

Zunächst ist festzuhalten, dass dem Vollzugsverordnungsrecht Schranken gesetzt sind. Solche Verordnungen müssen der Zielsetzung des Gesetzes folgen und dieses konkretisieren. Dabei kann ein Gesetz auf der untergeordneten Verordnungsebene weder aufgehoben noch abgeändert werden, da hiefür wiederum eine Legislation auf der Gesetzesebene selber notwendig ist.

Vollziehungsverordnungen dürfen lediglich eine Regelung aus- und weiterführen, die grundsätzlich bereits im Gesetz enthalten ist. Sie dürfen nur ergänzen

und spezifizieren. Das Recht zur sinngemässen Ergänzung des Gesetzes schliesst nicht auch die Befugnis mit ein, dem Gesetzesadressaten neue, nicht schon aus dem Gesetz folgende Pflichten oder Eigentumsbeschränkungen aufzuerlegen; dies selbst dann nicht, wenn die Pflichtenerweiterung durch den Gesetzeszweck gedeckt wäre. Der Vollzugsverordnungsgeber muss sich jedenfalls im Bereich pflichtenbegründender oder eigentumsbeschränkender Normen auf die Ausfüllung echter Gesetzeslücken beschränken. Mittels Vollziehungsverordnungen können insbesondere im Gesetz verwendete Begriffe durch Legaldefinitionen gesetzeskonform präzisiert, die zur Anwendung des Gesetzes erforderlichen verfahrensrechtlichen und organisatorischen Vorschriften aufgestellt und die zur zwangsweisen Durchsetzung unerlässlichen Bestimmungen erlassen werden (Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. A., Basel/Stuttgart 1976, Nr. 8 II).

Verordnungen, die gegen das Gesetz oder unmittelbar gegen die Verfassung verstossen, sind von den Verwaltungs- und Justizbehörden nicht anzuwenden. Dieses Recht zur akzessorischen Prüfung von Verordnungen folgt unmittelbar aus der Bindung des Richters an Verfassung und Gesetz und stellt einen in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannten Grundsatz dar (Imboden/Rhinow, a.a.O., Nr. 143 B II; Kölz, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, N 144 ff, zu § 50).

Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass die Baurekurskommissionen als kantonale Gerichte befugt sind, die gemäss § 359 PBG vom Regierungsrat erlassenen Vollziehungsverordnungen auf ihre Übereinstimmung mit dem Gesetz zu überprüfen (vgl. BRKE I Nr. 219/1982). Vorliegend stellt sich die Frage, ob § 9 ABV eine zulässige Ausführungsbestimmung zu § 255 PBG sei oder nicht.

§ 255 PBG spricht sich über die an die Ausnützungsziffer anrechenbaren Räume bzw. Flächen aus. Die Berechnung des maximalen Umfangs der privilegierten Geschossflächen im Dach- und Untergeschoss ist in § 255 Abs. 2 PBG zwar nicht gerade leicht verständlich, nichtsdestoweniger aber eindeutig festgelegt. Zur Ermittlung der sowohl in Dach- als auch in Untergeschossen ohne Anrechnung an die Ausnützungsziffer realisierbaren Geschossflächen ist die sich nach Massgabe von § 259 PBG ergebende massgebliche Grundfläche (ausnützbare Grundstücksfläche) mit der in der kommunalen Bauordnung festgelegten Ausnützungsziffer zu multiplizieren und das Ergebnis durch die Anzahl der zulässigen Vollgeschosse zu teilen. Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Privilegs ist allerdings, dass die Bauordnung ein anrechenbares Dach- bzw. Untergeschoss überhaupt zulässt. Da die Gemeinden höchstens ein einziges anrechenbares Untergeschoss zulassen dürfen (vgl. § 49a Abs. 2 PBG), stellt sich bei Untergeschossen (anders als bei Dachgeschossen) die Frage nicht, ob die privilegierte Fläche auf zwei (übereinanderliegende) Geschossebenen verteilt werden könne. Hingegen kann die privilegierte Untergeschossfläche auf verschiedene, auf dem Baugrundstück stehende Gebäude verteilt werden, da es sich bei der Ausnützungsregelung um eine grundstücksspezifische und nicht um eine gebäudespezifische Normierung handelt.

Im übrigen ist nicht ersichtlich, weshalb die Konsumation der sich aus einer abstrakten Berechnung ergebenden zulässigen Geschossfläche durch eine geeignete Konfiguration einer Baute einen Rechtsmissbrauch oder eine Umgehung von Vorschriften darstellen solle. Auch die von der Vorinstanz angeschnittene Problematik

des sogenannten Null-Ausnützungs-Hauses, welches aus einem nur geringfügig in das gewachsene Terrain ragenden Untergeschoss und einem Dachgeschoss besteht, ist eher theoretischer Natur, da das Mass der privilegierten Fläche je Grundstück beschränkt ist und sich somit nicht beliebig viele Null-Ausnützungs-Häuser erstellen lassen, wie dies die Bezeichnung suggerieren könnte. Ein Interesse an einer solchen Überbauungsform ist überdies wohl nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen auszumachen.

Der in § 255 Abs. 2 PBG verwendete Begriff des Untergeschosses ist im Gesetz klar bestimmt. Liegt ein Geschoss ganz oder teilweise im gewachsenen Boden, so qualifiziert es sich nach der Legaldefinition als Untergeschoss (§ 275 Abs. 3 PBG). Für die Bezeichnung eines horizontalen Gebäudeabschnittes als Untergeschoss genügt also ein noch so geringfügiges Hineinragen in das gewachsene Terrain. Angesichts der die Erscheinungsweise der Bauten massgeblich prägenden und sich auf das Überbauungsbild entscheidend auswirkenden Geschossvorschriften ist die detaillierte Umschreibung der verschiedenen Geschosstypen auf Gesetzesstufe erfolgt und wurde diese wichtige Regelung ganz bewusst nicht einer Vollzugsverordnung überlassen. Dies im Gegensatz zu einer ganzen Reihe von anderen Definitionen, welche in der Verordnung über die nähere Umschreibung der Begriffe und Inhalte der baurechtlichen Institute sowie über die Mess- und Berechnungsweisen (Allgemeinen Bauverordnung) enthalten sind. Die Begriffsumschreibung schon auf Gesetzesstufe hat zur Folge, dass eine unterschiedliche Behandlung der definierten Geschosse ebenfalls auf Gesetzesstufe geregelt werden muss. So findet sich die mit der vorliegend strittigen Verordnungsregelung vergleichbare, hinsichtlich der Anrechenbarkeit der Untergeschosse an die Geschoszahl zwischen mehrheitlich über bzw. unter dem gewachsenen Terrain liegenden Untergeschossen differenzierende Regelung im Gesetz selber (§ 276 Abs. 2 PBG). Auch die Erscheinung von Untergeschossen (Bezug zum gestalteten Boden) wird im Gesetz selber geregelt, d.h., es sind nähere Regelungen ausdrücklich dem kommunalen Gesetzgeber vorbehalten (§ 293 PBG). In Anbetracht dieser Systematik lässt sich der Schluss, nach dem Willen des Gesetzgebers müsse auch bei der Frage der Ausnützung zwischen mehrheitlich über und mehrheitlich unter dem gewachsenen Terrain liegenden Untergeschossen unterschieden werden, und es könnten entsprechende Ausführungsbestimmungen auf Verordnungsstufe erlassen werden, nicht halten. Zwar wäre die strittige Verordnungsregelung als Abs. 3 von § 255 PBG zwecks weiterer Einschränkung der privilegierten Geschossflächen systematisch nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber hat nun aber diese Einschränkungen gerade nicht vorgenommen. Eine unerwünschte Steigerung der beabsichtigten massvollen Verdichtungswirkung kann diesem Verzicht jedenfalls nicht nachträglich unterstellt werden, zumal die kantonale Vorschrift nur eine abstrakte Ausnützungsberechnungsregel aufstellt, welche - ausser bei bestehenden Bauten in der Zeitspanne bis zur Anpassung des kommunalen Rechts - einstweilen nicht durchschlägt. Es obliegt den Gemeinden, bei der Revision der kommunalen Nutzungsplanung in Berücksichtigung der möglichen Auswirkungen dieser Regel die erforderlichen Normen zu schaffen (Ausnützungsziffer, anrechenbare Geschosse, Freilegung von Untergeschossen). Einige Gemeinden haben denn auch die Ausschöpfung der nach § 255 Abs. 2 PBG privilegierten Fläche auf Bauordnungsstufe limitiert. So lässt etwa die Gemeinde Langnau a.A. in der Wohnzone W2/40% wohl je ein anrechenbares Dach- und Untergeschoss zu, doch dürfen diese Geschosse nur je zur Hälfte ausgebaut bzw. mit anrechenbaren Räumen versehen werden (vgl. Art. 3 BauO 1994). In der Gemeinde Wädenswil etwa ist nach der revi-

dierten Bauordnung zwar in allen Wohnzonen ein anrechenbares Untergeschoss zulässig, doch wird das Mass der darin privilegierten Flächen auf die Hälfte des nach § 255 Abs. 2 PBG Möglichen reduziert (vgl. Art. 12 BauO 1993). Ob die Gemeinden zur Statuierung von entsprechenden Regelungen aufgrund der gesetzlichen Kompetenzdelegation befugt seien, ist hier nicht zu untersuchen. Die entsprechenden Bestimmungen sind jedenfalls nicht angefochten und vom Regierungsrat genehmigt worden. Es ist denn auch eine andere Frage, ob ein kommunaler Gesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenzen Regelungen trifft, welche die Auswirkungen der kantonalrechtlich vorgegebenen Begriffsumschreibungen und Berechnungsweisen steuern, oder ob diese vom kantonalen Gesetzgeber geregelten abstrakten Begriffsumschreibungen und Berechnungsweisen vom Verordnungsgesetzgeber abgeändert werden.

Die Entstehungsgeschichte der umstrittenen Regelung zeigt eindrücklich auf, dass die Auswirkungen der Neufassung von § 255 PBG erst einige Zeit nach der Gesetzesrevision erkannt worden sind. Mit der fraglichen Verordnungsregelung sollte die Ausnützungsziffer in den Wohnzonen als Institut "gerettet" werden. Dieser Versuch ist indessen fehlgeschlagen, haben doch viele Gemeinden trotz § 9 ABV von der Ausnützungsziffer zur Baumassenziffer gewechselt, welche sich - diese Erkenntnis steht noch aus - für Wohnzonen eher weniger eignet. Es ist aber auch darauf hinzuweisen, dass dieser - vom Gesetzgeber wohl nicht angestrebte - Wechsel erst mit der Gesetzesrevision möglich geworden ist. Die Bestimmung von § 53 altPBG, welche für Wohnzonen nur die Ausnützungsziffer als Nutzungsziffer zulies, wurde nämlich aufgehoben. Aus § 49 Abs. 2 lit. a PBG ergibt sich heute positiv die Zulässigkeit von allen vom kantonalen Recht zur Verfügung gestellten Nutzungsziffern in Wohnzonen.

Mit ein Grund für den von vielen Gemeinden vorgenommenen Nutzungsziffernwechsel ist in der Neuformulierung der Bestimmung von § 255 PBG zu erblicken. Die Planungsbehörden scheuten offenbar davor zurück, der Legislative (das ist in den meisten Gemeinden die Gemeindeversammlung) nahezubringen, dass selbst eine Reduktion der Ausnützungsziffer aufgrund der neuen Berechnung der Geschossflächen (Nichtanrechnung der Aussenwandquerschnitte, privilegierte Flächen im DG und UG) zu Verdichtungen führe. Zudem lassen sich die Auswirkungen der neuen Berechnungsweise in der Tat nicht genau abschätzen, da der Ausbaugrad der Dach- und Untergeschosse (auch bei Neubauten) - anders als bei Vollgeschossen - in der Regel nicht 100%, sondern weniger beträgt. Dagegen erscheint die Baumassenziffer als transparenter und einfacher zu handhaben, aber es sind die Auswirkungen von Baumassenziffern oder Ausnützungsziffern auf Wohnbauten nicht leicht vergleichbar.

Der regierungsrätliche Antrag zur Änderung des Planungs- und Baugesetzes vom 11. Oktober 1989 hatte noch vorgesehen, Dach- und Untergeschossflächen integral von der Anrechenbarkeit an die Ausnützung auszunehmen. Die kantonsrätliche Kommission nahm in der Folge mit der Einfügung von § 255 Abs. 2 PBG die Limitierung der privilegierten Flächen auf das Mass der grösstmöglichen Vollgeschossfläche vor. Die im Anschluss an die Gesetzesänderung vom 1. September 1991 vorgenommene umfassende Revision der Allgemeinen Bauverordnung vom 25. September 1991 enthielt die strittige Regelung noch nicht. Erst am 5. August 1992 beantragte der Regierungsrat dem Kantonsrat die Genehmigung der Neufas-

sung von § 9 ABV. Der regierungsrätlichen Weisung ist zu entnehmen, dass bei Untergeschossen, die nur sehr wenig oder nur in einem sehr beschränkten Umfang unter dem gewachsenen Terrain liegen, die Privilegierung von darin befindlichen Geschossflächen zu einer nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechenden Steigerung der beabsichtigten, nur massvollen Verdichtung führe. Da diesen Auswirkungen mit kommunalen Massnahmen nur in beschränktem Masse begegnet werden könne, würde das nach wie vor als zweckmässig erscheinende Instrument der Ausnützungsziffer als solches unnötig belastet. Es dränge sich daher auf, für die Berechnung der Ausnützungsziffer nicht alle nach der allgemeinen Definition in § 275 PBG als Dach- und Untergeschosse zählenden Stockwerke von der Anrechnung zu befreien, sondern die Nichtanrechnung in den erwähnten Sonderfällen durch eine engere Begriffsumschreibung auszuschliessen. In der Abstimmungszeitung zur Änderung des Planungs- und Baugesetzes hatte es noch geheissen, dass durch die neue Berechnungsweise das Instrument der Ausnützungsziffer von den Problemen bei Dach- und Untergeschossen, insbesondere bei deren nachträglichem Ausbau entlastet und als Institut nicht abgewertet werde. Die Auswirkungen der neuen Regelung seien davon abhängig, wie die Gemeinden die Geschossezahlen und die Nutzung der einzelnen Geschosse sowie die Dachgestaltung und die Freilegung von Untergeschossen regeln (§ 49 Abs. 2, § 49a Abs. 2 und 3, §§ 292 und 293 PBG). In den vom Februar 1992 datierenden Hinweisen zur Einführung der Gesetzesrevision hielt die Baudirektion fest, dass neu von den Nettoflächen der dem Wohnen, Arbeiten oder sonst dem dauernden Aufenthalt dienenden oder hiefür verwendbaren Räume auszugehen sei und dazu ausser Sanitärräumen und Erschliessungsflächen lediglich die inneren Trennwände hinzuzuzählen seien. Ferner seien diese Flächen in der Regel nur in Vollgeschossen anrechenbar, in Dach- und Untergeschossen dagegen nur ausnahmsweise, nämlich unter den besonderen Voraussetzungen gemäss Abs. 2 von § 255 PBG. Für die Umschreibung der Untergeschosse wurde ausdrücklich auf die Legaldefinition in § 275 Abs. 3 PBG verwiesen (S. 10 o.).

Aus diesen Ausführungen wird ersichtlich, dass sich die Formulierung von § 255 PBG allenfalls in einem ungewollten und nicht vorhersehbaren Ausmass auf die kommunalen Legiferierungen auswirkt. Diese Konsequenzen lassen sich aber angesichts der klaren gesetzlichen Regelung nicht durch Normierungen auf Verordnungsstufe abwenden, indem dort gleichsam ein Anreiz für die Beibehaltung der Ausnützungsziffer geschaffen wird. Eine Abänderung der gesetzlichen Regelung auf Verordnungsstufe rechtfertigt sich deswegen noch nicht, sondern es wäre eine formelle Gesetzesänderung anzustreben. Auch der Umstand, dass sich das Gesetzgebungsprozedere nicht zuletzt wegen des obligatorischen Gesetzesreferendums vielfach als recht schwerfällig erweist, vermag daran nichts zu ändern.

Die Bestimmung von § 9 ABV erweist sich hinsichtlich der Unterscheidung von mehrheitlich über und unter dem gewachsenen Terrain liegenden Untergeschossen als gesetzwidrig und ist daher unbeachtlich. Die darauf gestützte Bauverweigerung lässt sich somit vorliegend nicht halten.