

5.2 Auf dem Rekursgrundstück gilt eine Überbauungsziffer von 22 Prozent. Die für die Überbauungsziffer anrechenbare Fläche ergibt sich aus der senkrechten Projektion der grössten oberirdischen Gebäudeumfassung auf den Erdboden (§ 256 Abs. 1 PBG).

Mit Änderung der Allgemeinen Bauverordnung vom 10. September 2008 (ABV), in Kraft gesetzt auf den 1. Juli 2009, wurde die die Baumassenziffer (§ 258 PBG) beschlagende Bestimmung von § 12 ABV um Absatz 3 mit folgendem Wortlaut erweitert: Wird die Konstruktionsstärke der Fassade und des Dachs auf Grund der Wärmedämmung grösser als 35 cm, ist sie nur bis zu diesem Mass zu berücksichtigen.

5.3 Die Vorinstanz macht das Vorliegen einer Gesetzeslücke geltend, weil eine entsprechende Bestimmung für die Überbauungsziffer fehle.

Eine Gesetzeslücke liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine Antwort enthält. Bevor eine solche Lücke angenommen wird, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht als so genanntes qualifiziertes Schweigen zu verstehen ist. Diesfalls hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend (negativ) mitentschieden.

Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen echten und unechten Lücken. Eine echte Lücke liegt vor, wenn ein Gesetz für eine Frage, ohne deren Beantwortung die Rechtsanwendung nicht (vollständig) möglich ist, keine Regelung enthält. Bei der unechten Lücken gibt die gesetzliche Regelung zwar auf alle Fragen, die sich bei der Rechtsanwendung stellen, eine Antwort; weil die Regelung aber zu einem sachlich gänzlich unbefriedigenden Resultat führt, wird sie als lückenhaft empfunden. Das Rechtsverweigerungsverbot verpflichtet die rechtsanwendende Behörde, echte Lücken zu füllen, während das Legalitätsprinzip es grundsätzlich untersagt, unechte Lücken zu schliessen.

Eine neuere Auffassung verzichtet auf die Unterscheidung zwischen echter und unechter Lücke und bezeichnet die Lücke als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, die von den rechtsanwendenden Behörden behoben werden darf. Das Bundesgericht hat diesen Lückenbegriff übernommen und nimmt eine

vom Gericht zu schliessende Lücke stets dann an, wenn die gesetzliche Regelung nach den dem Gesetz zu Grunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen als unvollständig und daher ergänzungsbedürftig betrachtet werden muss (BGE 102 Ib 224 f., E. 2). Diesfalls ist der Richter zur Lückenfüllung berechtigt und verpflichtet (vgl. zum Ganzen U. Häfelin/G. Müller/F. Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., 2010, Rz. 233 ff.).

5.4 In der Weisung zum Antrag des Regierungsrates vom 10. September 2008 (RRB Nr. 4544) wurde die Änderung von § 13 ABV zusammengefasst wiedergegeben wie folgt begründet:

Der Regierungsrat habe in den Legislaturzielen 2007-2011 als Massnahme 9.2. vorgesehen, die energetischen Mindestanforderungen an Bauten ab 2009 zu verschärfen. Für den Erlass von Vorschriften im Gebäudebereich seien die Kantone zuständig. In einem ersten Schritt solle die Allgemeine Bauverordnung geändert werden. Erhöhte Anforderungen an die Wärmedämmung sollten nicht dazu führen, dass sich die nutzbare Fläche vermindere. Die Ausnützungsziffer (§ 255 PBG) und die Baumassenziffer (§ 258 PBG) regelten die zulässige Nutzung eines Baugrundstücks. Etwa in einem Drittel der Zürcher Gemeinden werde für die Begrenzung der Ausnützung eines Grundstücks auf die Baumassenziffer abgestellt. Bei der Ausnützungsziffer würden die Wandstärken der Aussenwände nicht mitberücksichtigt. Dies bedeute, dass die zulässige Nutzfläche von der Stärke der Wärmedämmung unabhängig sei. Demgegenüber flössen bei der Baumassenziffer die Aussenwandstärken in die Berechnung mit ein: Eine «dickere» Wärmedämmung führe somit zu einem Verlust an zulässiger Nutzfläche. Damit die erhöhten Anforderungen an die Wärmedämmung der Bauten die mögliche Ausnützung der Grundstücke nicht verminderten, sei die Berechnung der Baumasse anzupassen. Dies erfolge durch eine entsprechende Ergänzung von § 12 ABV durch einen dritten Absatz.

5.5 Ausser Acht gelassen hat der Regierungsrat, dass auch bei der Überbauungsziffer die Aussenwandstärken in die Berechnung miteinfließen und eine Wärmedämmung mit grösserer Stärke zu einem Verlust an zulässiger Nutzfläche führt. Dies nicht weniger als bei der Baumassenziffer; der einzige Unterschied besteht darin, dass bei letzterer auch noch die Dachisolation zu Buche schlägt, was bei der Überbauungsziffer definitionsgemäss nicht der Fall ist. Das Fehlen einer entsprechenden Regelung für die Überbauungsziffer als qualifiziertes Schweigen auszulegen, wäre unhaltbar. Es ist nicht einzusehen, weswegen das Ziel der Energieeinsparung nicht auch dort gelten soll, wo nicht eine Baumassenziffer, sondern eine Überbauungsziffer gilt. Daran ändert auch nichts, dass die Baumassenziffer in den Gemeinden des Kantons Zürich wohl verbreiteter als die Überbauungsziffer ist. Es scheint, dass eine entsprechende Regelung für die Überbauungsziffer schlicht vergessen wurde, was dadurch gefördert worden sein mag, dass die Allgemeine Bauverordnung bezüglich dieses Typs von Nutzungsziffer überhaupt keine Regelung enthält. Jedenfalls erweist sich, dass die Gesetzes- bzw. Verordnungslage gemessen an der Zielsetzung der baurechtlichen Förderung des Energiesparens in offenkundig sachwidriger Weise unvollständig und damit ergänzungsbedürftig ist. Mithin bestehen Recht und Pflicht des Gerichtes zur Lückenfüllung. Bei der Ermittlung der überbauten Fläche im Sinne der Überbauungsziffer gilt somit: Wo die

Konstruktionsstärke der Fassade auf Grund der Wärmedämmung grösser als 35 cm ist, ist sie nur bis zu diesem Mass zu berücksichtigen.

Selbstverständlich haben im Gang befindliche Bestrebungen des Gesetzgebers nicht etwa zur Folge, dass eine an sich gebotene Lückenfüllung zu einer unzulässigen positiven Voranwendung künftigen Rechts wird. Denn diesfalls könnte die Lücke nur bis zu einem – das Vorhandensein der Lücke prinzipiell bestätigenden – gesetzgeberischen Tätigwerden gefüllt werden, was in ganz erheblichem Masse widersprüchlich und damit willkürlich wäre.