

BRGE II Nr. 0090/2012 vom 5. Juni 2012 in BEZ 2013 Nr. 4

(Bestätigt mit VB.2012.00444 vom 5. Dezember 2012.)

5.1 Kern des vorliegenden Rechtstreites bildet die Frage, ob die Verpflichtung zum Einräumen eines Näherbaurechts gemäss dem vor dem Bezirksgericht X geschlossenen Vergleich auch einen mit einer Heizung versehenen Wintergarten umfasst. Die Vorinstanz hat den Vergleich dahingehend ausgelegt, dass dem nicht so sei. Hätte sie den Vergleich nicht ausgelegt, hätte die baurechtliche Bewilligung nicht mit dem Argument verweigert werden dürfen, dass kein Näherbaurecht vorliegt. Ein solches liegt nämlich grundsätzlich vor. Fraglich ist lediglich, ob der geplante beheizte Wintergarten davon erfasst wird, was sich jedoch ohne die entsprechende Auslegung des Vergleichs nicht beantworten lässt. Warum sich die Vorinstanz in der Vernehmlassung deshalb auf § 1 VRG und die Unzulässigkeit der Auslegung des Vergleichs beruft, ist nicht nachvollziehbar und inkonsequent. Dies führt zu den Fragen, ob die Vorinstanz den Vergleich berechtigterweise und korrekt ausgelegt hat und ob das Baurekursgericht den Inhalt dieser privatrechtlichen Vereinbarung vorfrageweise ebenfalls auslegen darf.

5.2 Gemäss § 1 VRG werden öffentlich-rechtliche Angelegenheiten von den Verwaltungsbehörden und vom Verwaltungsgericht entschieden. Privatrechtliche Ansprüche sind vor den Zivilgerichten geltend zu machen. Die Verwaltungsrechtspflegebehörden sind jedoch befugt, Vorfragen zivilrechtlicher Natur zu entscheiden. Unter einer Vorfrage ist eine entscheidungnotwendige Rechtsfrage aus einem Rechtsgebiet, das nicht in die sachliche Zuständigkeit der entscheidenden Behörde fällt, zu verstehen (A. Kölz/J. Bosshart/M. Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., 1999, § 1 Rz. 32). Eine Verpflichtung zum Entscheid über die Vorfragen besteht jedoch grundsätzlich nicht. Stellen sich komplexe Fragen oder solche von grosser praktischer Tragweite, sind umfangreiche Beweismassnahmen erforderlich oder ist bei der in der Hauptsache zuständigen Behörde bereits ein Verfahren zur Klärung der Vorfragen hängig, kann die Verwaltungsrechtspflegebehörde ihr Verfahren sistieren, bis die sachkompetente Behörde entschieden hat (Kölz/Bosshart/Röhl, § 1 Rz. 32 und Vorbem. zu §§ 4-31 Rz. 29; U. Häfelin/G. Müller/F. Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., 2010, Rz. 67; M. Boog, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. A., 2011, Art. 31 Rz. 5).

Vorliegend argumentiert die Vorinstanz dahingehend, dass die Beheizung des vorgesehenen Wintergartens zu einer durch das Näherbaurecht nicht mehr gedeckten Wohnraumerweiterung führe. Bei der Frage, ob dies tatsächlich der Fall ist, handelt es sich um eine primär öffentlich baurechtliche, die auch für die privatrechtliche Auslegung des vor dem Bezirksgericht X geschlossenen

Vergleichs zentral ist. Ebenso steht die Frage nach der öffentlich-rechtlichen Definition eines Wintergartens im Raum. Nachdem bereits die Vorinstanz eine Auslegung vorgenommen hat, und ferner aufgrund der aufgezeigten Sachnähe zum öffentlichen Baurecht erscheint das Baurekursgericht ohne weiteres als geeignet, die privatrechtliche Auslegung des bezirksgerichtlichen Vergleichs vorfrageweise zu klären.

Dies gilt umso mehr, als in der Lehre anerkannt ist, dass die bei der Auslegung von zivilrechtlichen Verträgen durch Verwaltungs- und Verwaltungsrechtspflege geforderte Zurückhaltung bei der Auslegung von Näherbaurechtsvereinbarungen durch Baubewilligungs- oder Rechtsmittelbehörden nicht gelten darf. Bei diesen handelt es sich zwar um zivilrechtliche Vereinbarungen; Hauptgegenstand sind jedoch nicht etwa zivilrechtliche Institute, sondern im Planungs- und Baurecht statuierte öffentlich-rechtliche Grenz- und Gebäudeabstandsvorschriften. Bei der Auslegung einer Näherbaurechtsvereinbarung geht es demnach nicht um die Beurteilung einer Frage aus einem andern Rechtsgebiet, d.h. nicht um eine eigentliche Vorfrage. Vielmehr prüft die Baubewilligungsbehörde bzw. die Rechtsmittelbehörde die Anwendung der Bestimmung von § 270 Abs. 3 PBG, also einer Vorschrift aus ihrem angestammten Zuständigkeitsbereich. Zumindest hinsichtlich des baurechtlich relevanten Kontexts einer Näherbaurechtsvereinbarung haben sich die Baubewilligungsbehörden bzw. die Rechtsmittelbehörden somit keine Zurückhaltung bei der auslegungsweisen Ermittlung des Vertragsinhalts aufzuerlegen. Dies erscheint auch in sachlicher Hinsicht gerechtfertigt, ist doch die Auslegung von Näherbaurechtsvereinbarungen durch die mit baurechtlichen Fragen vertrauten Bewilligungsbehörden bzw. Verwaltungsrechtspflegeinstanzen der Auslegung durch den Zivilrichter vorzuziehen (M. Schüpbach Schmid, Das Näherbaurecht in der zürcherischen baurechtlichen Praxis, 2001, S. 69). Vorliegend geht es um die Auslegung des Begriffs «Wintergarten» und damit eine baurechtliche Vorfrage im Zusammenhang mit einem Näherbaurecht.

5.3.1 Die Rekurrentin schloss mit den Eigentümern der Nachbarparzellen unter Mitwirkung des Bezirksgerichts X einen Vergleich mit folgendem im vorliegenden Verfahren relevanten Inhalt:

- "1. Die S AG verpflichtet sich, bis Ende des Jahres 2010 ein Baugesuch im Sinne des ersten Baugesuchs für einen Wintergarten beim Bauamt Y einzureichen.
2. E S sowie B und E L verpflichten sich, einem erneuten Baugesuch der S AG in den Dimensionen des ersten Baugesuchs für einen Wintergarten und Gartengeräteraum gemäss Baueingabeplan vom 15. September 2004 beim Bauamt Y zuzustimmen.»

Die grammatikalische Auslegung der Vereinbarung ergibt zweierlei. Erstens verpflichteten sich die Nachbarn, ein Näherbaurecht für einen «Wintergarten» zu erteilen, und zweitens sollte der den Dimensionen desjenigen gemäss den Plänen vom 15. September 2004 entsprechen. Die Vereinbarung schweigt sich darüber aus, ob der Wintergarten beheizt sein soll. Offensichtlich sollte es der Rekurrentin im Weiteren erlaubt sein, auch ein neues Projekt in den gleichen Dimensionen wie das ursprüngliche Projekt zu

erarbeiten. Eine erneute Einreichung des ursprünglichen Bauvorhabens wurde dagegen nicht verlangt. Damit sollten also Änderungen des Projekts, soweit sie nicht die Dimensionen umfassen, ermöglicht werden. Während der Wintergarten des Projektes 2004 offenbar nicht beheizt werden sollte beziehungsweise diesbezüglich im Baugesuch keine Angaben gemacht wurden, sieht das streitgegenständliche Bauvorhaben eine Beheizung vor.

Eine andere Frage ist jedoch, ob der in der Formulierung des Vergleichs verwendete Begriff «Wintergarten» zwingend dahingehend verstanden werden muss, dass nur ein Näherbaurecht für einen unbeheizten Wintergarten erteilt werden soll. Hinsichtlich der Dimensionen eines Wintergartens ist es völlig irrelevant, ob ein Wintergarten beheizt ist oder nicht. Diesbezüglich ist die Formulierung des Vergleichs nicht weiterführend.

Entscheidend ist, ob ein Wintergarten definitionsgemäss immer unbeheizt ist. Das Planungs- und Baugesetz und dessen Nebenerlasse kennen den Begriff «Wintergarten» nicht. Allerdings privilegiert § 10 lit. c ABV verglaste Balkone, Veranden und Vorbauten ohne heiztechnische Installationen, soweit sie dem Energiesparen dienen, bis zu 10 Prozent der Summe aller anrechenbaren Geschossflächen. Dies bedeutet, dass solche Gebäudeteile, unter welchen landläufig auch unbeheizte Wintergärten zu verstehen sind, in ausnützungsmässiger Hinsicht privilegiert sind. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass Wintergärten per se nur unbeheizt sind.

Umgangssprachlich bezeichnet man als Wintergarten einen Anbau an ein Gebäude oder ein selbständiges Bauwerk, dessen Dach und Seitenwände grösstenteils aus Glas bestehen. Der traditionelle Wintergarten nutzt den Glashauseffekt (Treibhauseffekt) anstelle konventioneller Heizungstechniken zum Erreichen einer Raumtemperatur, die das Überwintern von geeigneten Pflanzen ermöglicht. Die passive Sonnenenergienutzung führt selbst bei geringer direkter Sonneneinstrahlung bzw. Streulicht zu einer spürbaren Aufheizung der Innenraumluft gegenüber der Aussenluft. Um diesen Effekt zu optimieren, muss ein Grossteil der Glasfassade nach Süden ausgerichtet sein. Man unterscheidet in wärmetechnischer Hinsicht drei Wintergartentypen: Ein *kalter Wintergarten* ist ein Glasanbau, der zur Überwinterung von nicht winterfesten Pflanzen benutzt wird. Er wird nicht beheizt bzw. frostfrei gehalten oder bis maximal 12 °C beheizt – je nach zu schützendem Pflanzentyp bzw. Nutzungsziel. Ein *mittelwarmer Wintergarten* ist ein kühler Wintergarten, der in der Heizperiode auf 12-19 °C beheizt wird. Ein ganzjährig zum Wohnen genutzter wird auch *Wohn-Wintergarten* genannt (Raumtemperatur >19 °C). Dort herrscht ganzjährig ein Klima, das einen angenehmen Aufenthalt möglich macht. Er ist auch für tropische Pflanzen mit höheren Ansprüchen geeignet. Der Wintergarten, wie man ihn heute kennt, hat seinen Ursprung in England. Diente er zunächst der Kultivierung von Pflanzen und Früchten, so wurden die Wintergärten, damals auch als Orangerien bekannt, durch die stark wachsende Popularität im Viktorianischen Zeitalter erstmals auch als Räumlichkeiten benutzt, in denen sich Menschen aufhielten. Es waren keine reinen Ausstellungsräume für Grünpflanzen mehr, sondern vermittelten, ausgestattet mit Tischen, Stühlen und Bänken, den Menschen ein völlig neues Wohn- und Lebensgefühl. Durch die Ölkrisen in den 1970er-Jahren und dem gewachsenen

ökologischen Bewusstsein wurde das Sonnenlicht als Energiequelle und das Baumaterial Glas neu entdeckt. Im Verlaufe der Entwicklung bildete sich aber auch der Wohnwintergarten. Die definitionsgemässe Unterscheidung der drei Wintergartentypen wird auch im Ratgeber «Der Wintergarten» der Konferenz Kantonalen Energiefachstellen sowie der EnergieSchweiz, Bundesamt für Energie BFE vorgenommen. Dort wird ebenfalls zwischen ungeheizten, temperierten und beheizten Wintergärten unterschieden. Damit ergibt sich, dass der Begriff «Wintergarten» nicht (mehr) ausschliesslich auf einen unbeheizten Raum bezogen werden kann.

5.3.2 Zudem ist dem als Begründung für die Verweigerung der baurechtlichen Bewilligung beziehungsweise des Nichtvorliegens eines Näherbaurechts ins Feld geführten Argument, wonach die Beheizung eines Wintergartens zu einer Wohnraumerweiterung führe, näher auf den Grund zu gehen. Die Vorinstanz geht fehl in der Annahme, dass erst die Beheizung eines Wintergartens zur Erweiterung des Wohnraums führt. Dabei ist insbesondere auf die Entstehungsgeschichte von § 10 lit. c ABV näher einzugehen. Diese Bestimmung wurde im Jahr 1987 in die Allgemeine Bauverordnung eingefügt. Die damalige Baurekurskommission I setzte sich in BRKE I Nrn. 157 und 158/2009 (= BEZ 2009 Nr. 62, www.baurekursgericht-zh.ch) damit auseinander und hielt Folgendes fest:

«Erfolgt ist diese Änderung gestützt auf § 255 Abs. 3 PBG, wonach durch Verordnung der Wohnlichkeit oder der Arbeitsplatzgestaltung dienende Nebenräume als nicht an die Ausnützungsziffer anrechenbar erklärt werden können. Zur Begründung führte der Regierungsrat im Beschluss vom 4. Februar 1987, mit welchem er dem Kantonsrat die Genehmigung der damals geplanten Änderung der Allgemeinen Bauverordnung beantragte, (u.a.) Folgendes aus:

<Da nicht alle verglasten Balkone und Vorbauten einen Beitrag zum Energiesparen leisten, ist die Privilegierung an bestimmte Voraussetzungen zu binden. Einerseits ist auszuschliessen, dass die privilegierten Räume für die Wohnnutzung in der kalten Jahreszeit beheizt werden, und andererseits müssen diese Räume so gestaltet sein, dass tatsächlich eine Einsparung an Energie erwartet werden kann. Eine ins Einzelne gehende Festlegung von Anforderungen oder das Abstellen auf energietechnische Daten des ganzen Gebäudes würde jedoch den Rahmen der Allgemeinen Bauverordnung sprengen. Mit der Formulierung «soweit sie dem Energiesparen dienen» wird ermöglicht, die Tauglichkeit der Einrichtung im Einzelfall zu beurteilen. Schliesslich ist es angebracht, die Privilegierung auf ein Ausmass zu beschränken, das zweckmässigerweise – damit es für Einfamilienhäuser und Mehrfamilienhäuser anwendbar ist – in der Form einer Quote der gesamten zulässigen anrechenbaren Geschossflächen festgelegt wird.> (vgl. Amtsblatt 1997, S. 160).»

Nötig wurde diese Privilegierung, weil gemäss der zuvor geltenden Rechtsprechung verglaste Balkone an die Ausnützung anzurechnen waren (vgl. BRKE III Nr. 149/1984 = BEZ 1985 Nr. 39). Solche Wintergärten galten als Wohnraumerweiterung, da bei einem verglasten, ohne jegliche Heizung auskommenden Balkon die praktisch uneingeschränkte Nutzungszeit bei 180

bis 220 Tagen jährlich liegt. Die Verglasung führe schon ohne Beheizung beispielsweise durch das Öffnen der Balkontüren zu einer derart intensiven Ausdehnung der Nutzungsmöglichkeiten, dass im Ergebnis von einer echten Wohnraumerweiterung gesprochen werden müsse.

Damit ist erwiesen, dass ein Wintergarten, unabhängig vom Umstand, ob er beheizt ist oder nicht, immer zu einer Wohnraumerweiterung führt. Der einzig relevante Unterschied ist indessen, dass eine Beheizung zur Anrechenbarkeit der entsprechenden Räumlichkeit an die Ausnützungsziffer führt. Damit ist aber das Argument, dass ein beheizter Wintergarten zu einer nicht durch das Näherbaurecht gedeckten Wohnraumerweiterung führe, nicht stichhaltig und kann nicht als Begründung für die Verweigerung der baurechtlichen Bewilligung mangels Vorliegen eines entsprechenden Näherbaurechts angeführt werden.