



**Fall-Nr.:** B 2018/41  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 05.02.2020  
**Entscheiddatum:** 19.11.2018

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 19.11.2018**

**Art. 22 Abs. 1, Art. 77 Abs. 1 lit. c und Art. 130 Abs. 2 BauG (sGS 731.1). Dachterrasse auf Hochhaus; Wiederherstellung. Überbauungsplan mit Einordnungsvorschrift. Die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung sowie für eine nachträgliche Bewilligung der Terrassenüberdachung wurden vom Verwaltungsgericht verneint. Auch hätte eine Abänderung der erstellten Überdachung (Verkürzung um ein Element und angepasste Farbgebung) dem Einordnungsgebot (Ästhetikvorschrift) des Überbauungsplans nicht gerecht werden können. Für das Verwaltungsgericht bestand insgesamt kein Anlass, die Ermessensausübung der Vorinstanz, welche auf einer nachvollziehbaren und vertretbaren Würdigung beruhte, hinsichtlich der Anwendung der Ästhetikvorschrift zu korrigieren. Bestätigung der angeordneten Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Verwaltungsgericht, B 2018/41).**

**Entscheid vom 19. November 2018**

Besetzung

Abteilungspräsident Zürn; Verwaltungsrichter Engeler und Steiner; Gerichtsschreiber Schmid

Verfahrensbeteiligte

**A. \_\_,**

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Marco Cottinelli, COTTINELLI advokatur & notariat, Rosenbergstrasse 60, 9001 St. Gallen,



## St.Galler Gerichte

gegen

**Baudepartement des Kantons St. Gallen**, Lämmlibrunnenstrasse 54,  
9001 St. Gallen,

**Vorinstanz,**

**Politische Gemeinde X.**\_\_, Baubewilligungskommission,

**Beschwerdegegnerin,**

Gegenstand

**Baugesuch (Überdachung Dachterrasse auf Hochhaus) / Wiederherstellung**

**Das Verwaltungsgericht stellt fest:**

**A.**

a. Das in der Wohnzone W4 gelegene Grundstück Nr. 00\_\_, Grundbuch X.\_\_, ist mit einem Hochhaus (Vers.Nr. 01\_\_) überbaut. Das Gebäude befindet sich zusammen mit weiteren Hochhäusern und einem Mehrfamilienhaus im Geltungsbereich des abgeänderten Überbauungsplans für das Gebiet an der Y.\_\_-strasse, zwischen K.\_\_, L.\_\_ und M.\_\_ mit besonderen Vorschriften (besV) vom 1. Dezember 1969 (nachfolgend: Überbauungsplan Y.\_\_-strasse; act. G 8/4 Beilage 17). A.\_\_ bewohnt eine Wohnung mit Dachterrasse im zweitobersten Stockwerk (11. Etage) des Hochhauses. Im Frühjahr 2016 machte ihn das Amt für Baubewilligungen der Stadt X.\_\_ darauf aufmerksam, dass die von ihm erstellte Überdachung aus Glas und dunklem Metall auf der Dachterrasse einer Bewilligung bedürfe. Mit Schreiben vom 30. August 2016 forderte ihn das Amt auf, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen oder die Überdachung abzubrechen. Am 8. November 2016 reichte A.\_\_ ein nachträgliches Baugesuch für die Überdachung mit einer Grundfläche von 3.2x3.9 m ein.



**b.** Mit Beschluss vom 27. Januar 2017 wies die Baubewilligungskommission der Stadt X.\_\_ das Baugesuch ab und ordnete den Abbruch der Überdachung innert drei Monaten nach Rechtskraft der Verfügung an. Zur Begründung wurde auf Art. 2 besV verwiesen und unter anderem ausgeführt, die optisch massiv in Erscheinung tretende Überdachung wirke mit ihrer Materialisierung und der gewählten Dachform (Schrägdach) als Fremdkörper. Es könne keine Rede von einer ästhetisch befriedigenden Gesamtwirkung sein, weshalb ein Verstoss gegen das Einordnungsgebot im Sinn von Art. 2 besV vorliege. Weiter seien keine Gründe ersichtlich, welche die Erteilung einer Ausnahmegewilligung rechtfertigen könnten. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sei verhältnismässig und könne nur durch die gänzliche Entfernung der Überdachung erreicht werden (act. G 8/4 Beilage 1). Den gegen diesen Beschluss erhobenen Rekurs (act. G 8/1) wies das Baudepartement des Kantons St. Gallen, nachdem es am 16. Mai 2017 mit den Beteiligten einen Augenschein an Ort durchgeführt (act. G 8/9) und beim Hochbauamt des Kantons St. Gallen einen Amtsbericht eingeholt hatte (act. G 8/18), mit Entscheid vom 15. Januar 2018 im Sinn der Erwägungen ab (act. G 2/2).

### **B.**

**a.** Gegen diesen Entscheid erhob Rechtsanwalt lic. iur. Marco Cottinelli, St. Gallen, für A.\_\_ am 1. Februar 2018 Beschwerde mit den Anträgen, der Entscheid sei aufzuheben (Ziff. 1), und es sei dem Beschwerdeführer eine Baubewilligung für die Überdachung aus Metall und Glas auf der Dachterrasse zu erteilen (Ziff. 2). Eventualiter sei dem Beschwerdeführer eine Baubewilligung mit der Auflage der Kürzung um ein Element und mit angepasster Farbgebung zu erteilen (Ziff. 3). Subeventualiter sei die Baubewilligungskommission zu verpflichten, das farblich angepasste und gekürzte Projekt nach den gesetzlichen Bestimmungen zu überprüfen (Ziff. 4). Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Baubewilligungskommission (Ziff. 5; act. G 1).

**b.** Die Vorinstanz beantragte in der Vernehmlassung vom 19. Februar 2018 Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verwies sie auf den angefochtenen Entscheid (act. G 7). Die Beschwerdegegnerin stellte am 23. Februar 2018 den Antrag auf Abweisung der



Beschwerde (act. G 10). Der Beschwerdeführer verzichtete auf eine weitere Stellungnahme (act. G 12).

c. Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

### **Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:**

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes ist gegeben (Art. 59<sup>bis</sup> Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP). Der Beschwerdeführer, welcher als Rekurrent bereits am vorangehenden Verfahren teilnahm, ist als Miteigentümer des in das Gebiet des Überbauungsplans Y.\_\_-strasse fallenden Grundstücks Nr. 00\_\_, Grundbuch X.\_\_, zur Anfechtung des Rekursentscheids legitimiert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Beschwerdeerklärung und -begründung entsprechen zeitlich, formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **2.**

2.1. Nach Art. 173 des Planungs- und Baugesetzes (sGS 731.1; PBG), in Kraft seit 1. Oktober 2017, werden bei Vollzugsbeginn des PBG hängige Baubewilligungsverfahren grundsätzlich nach jenem Recht beurteilt, das im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids der Baubewilligungsbehörde Gültigkeit hatte. Der ablehnende Entscheid der Baubehörde datiert vom 27. Januar 2017, weshalb vorliegend das Baugesetz (BauG, sGS 731.1) in der bis 30. September 2017 gültig gewesenen Fassung zur Anwendung kommt. Streitig ist, ob die Vorinstanz die Ablehnung der nachträglichen Bewilligung der vom Beschwerdeführer angebrachten Überdachung seines Balkons in Anwendung der besV des Überbauungsplans Y.\_\_-strasse zu Recht bestätigte.

Nach Art. 22 Abs. 1 BauG kann der Überbauungsplan als Sondernutzungsplan für ein engeres, bestimmt umgrenztes Gebiet, wie für ein Quartier, die Erschliessung und die besondere Bauweise ordnen. So gehören zum Gegenstand eines Überbauungsplans regelmässig die Lage bzw. örtliche Festlegung, das Mass, die Höhe und die Gestaltung



der Bauten, die Ausscheidung von Freiflächen sowie die vorgesehene Erschliessung (GVP 1995 Nr. 93 S. 214; GVP 2003 Nr. 19 S. 73). Ein Überbauungsplan mit besV, wie er vorliegend zur Diskussion steht (act. G 8/4 Beilage 17), regelt die besondere Bauweise, vor allem hinsichtlich der Baumasse und der Ausnützung (Einordnungsgebot). Dabei kann unter Beibehaltung der Zweckbestimmung der Zone von den allgemeinen Zonenvorschriften abgewichen werden (Art. 23 lit. b BauG).

**2.2.** Nach Art. 77 Abs. 1 lit. c BauG mit der Marginalie "Ausnahmebewilligungen" kann die zuständige Gemeindebehörde von den Vorschriften dieses Gesetzes, des Baureglementes sowie von Zonen, Überbauungs- und Gestaltungsplänen abweichende Bewilligungen erteilen, wenn eine den öffentlichen Interessen, namentlich den Anforderungen der Energiepolitik, des Verkehrs, der Hygiene, der Feuersicherheit, der architektonischen und ortsplanerischen Gestaltung besser entsprechende Überbauung erzielt werden kann. Baubewilligungen, durch die eine Abweichung von den Vorschriften dieses Gesetzes bewilligt wird, bedürfen der Zustimmung der zuständigen Stelle des Staates (Art. 77 Abs. 2 BauG). Die Ausnahmebewilligung hat zum Zweck, Härten und Unbilligkeiten zu vermeiden, die sich wegen der Besonderheit des Sachverhaltes aus der strikten Anwendung der Bauordnung ergeben würden. Vorausgesetzt ist eine Ausnahmesituation, bei der die Handhabung der Bauvorschriften in Würdigung der Gegebenheiten des Einzelfalles den Bauherrn in besonderem Mass hart treffen würde. Die Härte muss in einem objektiven Nachteil bestehen, den der Baugesuchsteller im Verhältnis zu Mitbürgern in gleicher oder ähnlicher Situation durch die strikte Anwendung der Baunormen erleiden würde (GVP 2001 Nr. 94 mit Hinweisen). Für die Annahme einer Ausnahmesituation bedarf es nach der Rechtsprechung triftiger Gründe, und an die Erteilung eines Dispenses ist ein strenger Massstab zu legen (VerwGE B 2012/239 vom 16. April 2014, E. 6.1.1. mit Hinweis auf B 2003/161 vom 18. Dezember 2003).

**2.3.** Nach Art. 130 Abs. 2 BauG kann die zuständige Gemeindebehörde die Entfernung oder die Abänderung rechtswidrig ausgeführter Bauten und Anlagen sowie die Wiederherstellung des früheren Zustandes verfügen, wenn die Ausführung den gesetzlichen Vorschriften nicht entspricht. Können Bauten und Anlagen aufgrund materieller Rechtswidrigkeit auch nachträglich nicht bewilligt werden, folgt daraus aber noch nicht notwendigerweise, dass sie abgebrochen werden müssen. Vielmehr sind in



jedem Fall die allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzipien des Bundesrechts, insbesondere die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens zu berücksichtigen (vgl. B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 1210). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit besagt, dass eine Abbruchverfügung nur erlassen werden darf, wenn diese Massnahme bei objektiver Betrachtung als die einzig geeignete erscheint, um einen aktuellen baurechtswidrigen Zustand zu beheben. Sie hat zu unterbleiben, wenn die Abweichung von den Bauvorschriften nur geringfügig ist, wenn der Abbruch nicht im öffentlichen Interesse liegt oder wenn die berührten öffentlichen Interessen den Schaden, der einem Eigentümer aus dem Abbruch erwächst, nicht zu rechtfertigen vermögen (vgl. Heer, a.a.O., Rz. 1211; BGE 123 II 255, 111 Ib 224; GVP 1982 Nr. 17). Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch der bösgläubige Bauherr berufen. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen (BGE 123 II 255, 111 Ib 224; GVP 1982 Nr. 17).

### 3.

**3.1.** Laut Art. 2 besV sind die Gebäude derart in die bauliche und landschaftliche Umgebung einzufügen, dass eine ästhetisch befriedigende Gesamtwirkung erzielt wird (Abs. 1). Die Hochhäuser sind architektonisch und massstäblich mit besonderer Sorgfalt auszubilden. Die Materialwahl und die Farbgebung sind bewilligungspflichtig (Abs. 2). Im Amtsbericht vom 1. September 2017 kam das Hochbauamt zum Ergebnis, dass die Überdachung der Terrasse des Beschwerdeführers abzulehnen sei. Bei den Hochhäusern des Architekten W.\_\_\_ handle es sich um architektonisch herausragende Zeugen ihrer Zeit. Prägend sei vor allem die konsequente Verwendung von Beton, welche eine homogene plastische Gestaltung eines Volumens zulasse. Die ausserordentliche architektonische Raffinesse der Bauten liege sodann in den verwendeten Betonlisenen, welche einerseits die Vertikale unterstreichen und forcieren und andererseits als kleinmassstäbliches Gestaltungselement zur Steigerung der Plastizität insbesondere bei der Bearbeitung der Köpfe eingesetzt würden. Die architektonische Qualität der Bauten mache einen denkmalpflegerischen Umgang



zwingend. Sowohl das Material der Überdachung wie auch dessen farbliche Fassung würden der Architektur nicht gerecht. Die Stahlkonstruktion verunkläre die kraftvolle plastische Ausformulierung des Gebäudes und insbesondere die Dachrandlinie des Kopfes und damit die Silhouette, was bei einem Hochhaus besonders dramatische Wirkung habe. Durch solche Ausbauten werde die architektonische Gesamterscheinung der Überbauung nachhaltig beeinträchtigt. Auch eine Verkleinerung bleibe trotz des verringerten optischen Eingriffs architektonisch falsch. Überdachungen seien jedoch nicht ausgeschlossen, da der Architekt an den Objekten selbst aufgezeigt habe, wie solche aussehen könnten. Dafür sei allerdings zwingend ein Gesamtkonzept notwendig (act. G 8/18).

**3.2.** Gestützt auf den Bericht des Hochbauamtes und das Ergebnis des Augenscheins vom 16. Mai 2017 führte die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid aus, am Augenschein habe sich unter anderem der in Fachkreisen vertretene Eindruck bestätigt, dass die Bauten trotz der einzelnen über die Jahre getätigten untergeordneten baulichen Eingriffe eine grosse Einheitlichkeit aufweisen und eine stimmige städtebauliche Anlage bilden würden. Auch die übrigen teilweise unterschiedlichen Bauten im Überbauungsplangebiet wiesen grossmehrheitlich ein intaktes Erscheinungsbild auf und seien zu einem grossen Teil noch so vorhanden, wie sie aufgrund des Überbauungsplans von 1969 realisiert worden seien. Zwar sei dem Beschwerdeführer zuzustimmen, dass die ursprünglich äusserst filigran wirkenden Balkone durch die Verglasungen mit Profilen und das Einfügen von blickdichten Seitenwänden ihrer ursprünglichen Leichtigkeit beraubt worden seien. Weitere grössere Eingriffe in die Bausubstanz hätten jedoch nicht stattgefunden. Die Bauten der Umgebung wiesen insbesondere aufgrund der einheitlichen Materialisierung und Farbgebung eine in Fachkreisen anerkannte hohe architektonische Qualität auf. Insgesamt erweise sich die bestehende Überbauung im Überbauungsplangebiet als durchaus homogen. An diesem Gesamteindruck vermöchten die untergeordneten baulichen Ergänzungen nichts zu ändern. Die konsequente Beachtung des Einordnungsgebots des Überbauungsplans durch die Baubewilligungsbehörde erscheine vor diesem Hintergrund als nachvollziehbar. Wie der Augenschein ebenfalls gezeigt habe, sei die anthrazitfarbene Metallkonstruktion auf der Dachterrasse von der Strasse her aus sämtlichen Richtungen erkennbar. Insbesondere die abweichende Materialisierung, die schlichte Ausgestaltung sowie die Farbgebung nähmen keine



## St.Galler Gerichte

Rücksicht auf das bestehende Hochhaus und die typischen Merkmale der Umgebung und würden damit die gemäss Art. 2 besV geforderte ästhetisch befriedigende Gesamtwirkung des Hochhauses erheblich beeinträchtigen. Darüber hinaus widerspreche auch die nur schwach erkennbare Schrägform der Überdachung der architektonischen Ausgestaltung des Hochhauses. In Übereinstimmung mit dem Amtsbericht vom 1. September 2017 sei die erstellte Überdachung abzulehnen. Das nachträgliche Baugesuch sei zu Recht nicht ordentlich bewilligt worden. Selbst wenn die Überbauung keine gleichartige Terrasse mehr aufweisen sollte, würde von der fraglichen Baute sehr wohl eine unerwünschte präjudizielle Wirkung ausgehen. Die noch homogene Gesamterscheinung der Überbauung würde durch weitere Ausbauten der gleichen Art zusätzlich beeinträchtigt. Die präjudizielle Wirkung beziehe sich (neben den Dachterrassen) auch auf die übrigen Bauteile, welche nachteilig verändert werden könnten. Um die Gesamtwirkung der städtebaulich und architektonisch wertvollen Überbauung zu erhalten, rechtfertige sich vorliegend die restriktive Beachtung des Einordnungsgebots. Aufgrund des Verfahrensausgangs könne offenbleiben, ob den Hochhäusern zusätzlich von Gesetzes wegen (Art. 176 Abs. 2 PBG) ein gewisser Denkmalschutz zukomme. Allerdings werde dies von der Beschwerdegegnerin inskünftig zu berücksichtigen sein. Darüber hinaus werde die Aufnahme der Überbauung bei der anstehenden Überarbeitung von Schutzinventar und Schutzverordnung zu prüfen sein (act. G 2/2 S. 9-11).

Der Beschwerdeführer begründe die für eine Ausnahmegewilligung geforderte offensichtliche Härte (Art. 77 Abs. 1 lit. a BauG) mit den hohen Kosten eines Rückbaus sowie mit dem Erholungswert, welcher mit der Überdachung verbunden sei. Diese wirtschaftlichen und persönlichen Gründe würden für die Annahme einer Ausnahmesituation nicht genügen. Die von den Nachbarn offenbar als lärmindernd wahrgenommene Überdachung könne eine Baudispens nicht rechtfertigen. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung sei zu Recht abgelehnt worden (act. G 2/2 S. 12).

Hinsichtlich der Wiederherstellungsmassnahme sei zu prüfen, ob mit einem teilweisen Rückbau und einer farblichen Anpassung der Terrassenüberdeckung eine mildere Massnahme zur Verfügung stehe. Angesichts der von allen Seiten guten Einsehbarkeit der Dachterrasse und der damit verbundenen markanten Erscheinung auch von Teilen der Überdachung lasse sich der rechtmässige Zustand nicht mit einem teilweisen



Rückbau wiederherstellen. Auch anlässlich des Augenscheins vom 16. Mai 2017 habe sich bestätigt, dass die Terrassenüberdeckung auch mit einem Element weniger und farblichen Anpassungen als wesensfremde Komponente des markanten Gebäudekopfes in Erscheinung treten würde. Angesichts der exponierten Position und des architektonischen Widerspruchs sei die Überdachung auch nicht mit den erfolgten Balkonverglasungen und abweichend materialisierten Stangen vergleichbar. Durch die Überdachung würde das bisher homogene Bild der Siedlung im Überbauungsplangebiet empfindlich gestört. Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands stehe daher keine mildere Massnahme (als der Abbruch) zur Verfügung. Sodann habe die Beschwerdegegnerin die Bösgläubigkeit des Beschwerdeführers berücksichtigt und festgestellt, dass sich der Rückbau mit verhältnismässigem Aufwand bewerkstelligen lasse, da kein Eingriff in die Bausubstanz vorgenommen werden müsse. Zu Recht sei das private Nutzungsinteresse geringer gewichtet worden als das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Bauvorschriften und der Wahrung des Einordnungsgebots der besV. Wer ohne Baubewilligung baue, tue dies auf eigenes Risiko, die Baute nachträglich wieder abbrechen zu müssen. Die Kosten für den Rückbau der aufgesetzten Metallstreben und Zwischengläser seien nicht übermässig, zumal die abzubrechenden Materialien wiederverwendet bzw. verkauft werden könnten (act. G 2/2 S. 12 f.).

**3.3.** Der Beschwerdeführer wendet unter anderem ein, die Vorinstanz lasse dem Überbauungsplan die volle Wirkung zukommen und beachte nicht, dass dieser aus dem Jahre 1969 datiere und ursprünglich auf den Bau von Hochhäusern abgezielt habe, was auch umgesetzt worden sei. In der Zwischenzeit habe sich nicht nur das Verständnis von Ästhetik geändert, sondern es seien auch die Bauvorschriften weniger streng geworden. Diesen Umständen sei Rechnung zu tragen. Die Aktualität bzw. die Anwendbarkeit des Überbauungsplans sei in Frage zu stellen. Im Weiteren sei aus Foto 5 des Augenscheins (act. G 2/2 S. 8) klar ersichtlich, dass diverse Balkone nachträglich angebracht und verglast worden seien. Dadurch seien die charakteristischen vertikalen Elemente in den Hintergrund gesetzt worden. Durch die Verglasung werde überdies die Einheitlichkeit der Farbgebung und Materialisierung nicht eingehalten. Die Überdachung passe sich von ihrer Gestaltung her viel besser in den Gesamteindruck ein als die Balkone, da die Träger weiter voneinander entfernt seien als bei den Balkonen und die Farbgebung überdies noch angepasst werden könne. Ausserdem



befinde sich die Überdachung nicht direkt an der Fassade, womit eine gewisse Leichtigkeit in der Struktur bewahrt werden könne, was bei den verglasten Balkonen nicht der Fall sei. Die Balkone würden bereits die Homogenität des Hochhauses zerstören, womit sich der Massstab der Einheitlichkeit bereits deutlich gesenkt habe. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei das Bauvorhaben von der Strasse her gesehen auf diversen Fotos des Augenscheins nicht gut sichtbar. Die Überdachung werde auf den Fotos immer nur sichtbar, wenn stark darauf gezoomt werde. Dies entspreche nicht der tatsächlichen Sichtweise eines Fussgängers auf der Strasse. Die Konstruktion sei lediglich von vorne und von Westen sichtbar, was durch eine andere Farbgebung bzw. eine Rückversetzung um ein Element aber ebenfalls verringert werden könne. Vor dem Hintergrund der bereits bestehenden verglasten Balkone sowie der Tatsache, dass es keine weitere Dachterrasse in dieser Art gebe, könne nicht von einer präjudiziellen Wirkung der Überdachung gesprochen werden. Es könnten keine ähnlichen Bauten angefügt werden. Die präjudizielle Wirkung der bestehenden Balkone sei wesentlich höher. Ausserdem sei auf Foto 7 des Rekursaugenscheins ersichtlich, dass auch auf der Dachterrasse des Nebengebäudes ein Aufbau getätigt worden sei. Die Vorinstanz habe somit den Sachverhalt insofern nicht richtig festgestellt, als sie für die Beurteilung der Einsehbarkeit auf gezoomte Bilder abgestellt habe, welche die Sicht verfälschen würden und sie den Aufbau auf der Terrasse des Nachbarhauses nicht in die Beurteilung einbezogen habe. Ausserdem habe sie das Recht nicht richtig angewendet, indem sie für die Auslegung von Art. 2 besV das Alter des Überbauungsplans nicht berücksichtigt habe. Zudem habe sie nicht ausreichend berücksichtigt, dass die verglasten Balkone die Einheitlichkeit der Baute bereits derart stören, dass für die Beurteilung der Überdachung ein geringerer Massstab der Homogenität angewendet werden müsse. Im Weiteren stelle die Abänderung der Baute eindeutig die mildere Massnahme als der Abbruch dar. Die Farbe könne so abgeändert werden, dass eine Einheitlichkeit mit dem bestehenden Gebäude erreicht werde. Durch die Verkürzung des Daches sei die Überdachung von der Strasse aus viel weniger zu sehen. Dadurch, dass die Überdachung nach den baulichen Anpassungen ohnehin kaum mehr von der Strasse aus sichtbar sei, könne die Ästhetik der Gebäude gar nicht gestört werden. Eine angepasste Variante sei daher ohne Weiteres zu bewilligen. Die Baubewilligung sei unter Auflagen zu erteilen (act. G 1).

#### 4.



**4.1.** Den kommunalen Behörden steht bei der Anwendung von Ästhetikvorschriften ein besonderer Ermessensspielraum zu, der im Rechtsmittelverfahren zu beachten ist. Ist der Einordnungsentscheid einer kommunalen Behörde nachvollziehbar, beruht er mithin auf einer vertretbaren Würdigung der massgebenden Sachumstände, so haben die Rechtsmittelinstanzen diesen zu respektieren und dürfen das Ermessen der kommunalen Behörde nicht durch ihr eigenes ersetzen (vgl. BGer 1C\_434/2012 vom 28. März 2013, E. 3.3 am Schluss). Wenn der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren die Anwendbarkeit und Aktualität des Überbauungsplans aus dem Jahr 1969 in Frage stellt (act. G 1 S. 4), ist festzuhalten, dass die Rechtmässigkeit eines Nutzungsplans (Überbauungsplans) nur im Planverfahren bestritten und überprüft werden kann. Eine spätere akzessorische Anfechtung des Nutzungsplans im Baubewilligungsverfahren ist aus Rechtssicherheitsgründen nur möglich, wenn der Plan an einem von Amtes wegen zu berücksichtigenden Nichtigkeitsgrund leidet, wenn sich die Betroffenen bei Planerlass noch nicht über die ihnen auferlegten Beschränkungen Rechenschaft geben konnten bzw. sie damals keine Möglichkeit hatten, ihre Interessen wahrzunehmen, oder wenn sich die Verhältnisse seit Planerlass derart geändert haben, dass das öffentliche Interesse an den bestehenden Beschränkungen dahingefallen sein könnte (BGer 1C\_444/2014 vom 27. Januar 2015, E. 3.5, mit Hinweisen; BGer 1C\_283/2016 vom 11. Januar 2017, E. 4.3; ). Nutzungspläne werden nur überprüft und gegebenenfalls angepasst, wenn sich die Verhältnisse seit ihrem Erlass bzw. ihrer Genehmigung durch das Baudepartement erheblich geändert haben oder bedeutsame neue Bedürfnisse nachgewiesen sind (Art. 21 Abs. 2 RPG; Art. 32 Abs. 1 BauG).

**4.2.** Vorliegend fehlt es an Anhaltspunkten dafür, dass bis zum Erlass des angefochtenen Entscheids oder danach von Seiten des Beschwerdeführers ein Verfahren zur Überprüfung und Anpassung des Überbauungsplans Y.\_\_-strasse eingeleitet worden wäre. Der Umstand, dass die Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren eine Überprüfung des Überbauungsplans nunmehr implizit verlangt (act. G 1 S. 4), ändert nichts daran, dass im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht vorab der angefochtene Entscheid und der diesem zugrundeliegende Sachverhalt Beurteilungs-Grundlage bilden. Es besteht zudem - wie sich nachstehend ergeben wird - kein begründeter Anlass für die Annahme, dass die heutige bauliche Situation im betreffenden Gebiet das Einordnungsgebot des Überbauungsplans nicht mehr



rechtfertigen würde. Insbesondere aus dem Amtsbericht des Hochbauamtes vom 1. September 2017 (act. G 8/18) ergibt sich, dass der Überbauungsplan Y.\_\_-strasse nach wie vor Gültigkeit besitzt und nicht von einer Änderung der Verhältnisse bzw. einem Wegfall des öffentlichen Interesses am Bestehen des Plans ausgegangen werden kann. Insbesondere hat der vom Beschwerdeführer angeführte Umstand, dass die Bauvorschriften zwischenzeitlich weniger streng geworden seien (act. G 1 S. 4), offensichtlich nicht das Dahinfallen von gestalterischen Vorschriften in einem Überbauungsplan zur Folge. Der Sinn einer Gestaltungsvorschrift besteht denn auch vorab darin, Schützenswertes zu erhalten und das Bestehende nicht jedem neuen Einfluss preiszugeben. Gestaltungsvorschriften fallen von daher auch nicht durch blossen Zeitablauf dahin. Das Erlassjahr von Art. 2 besV (1969) vermag somit für sich allein die Aktualität der Vorschrift nicht in Frage zu stellen.

**4.3.** Zum Einwand des Beschwerdeführers, die am Rekursaugenschein mit Zoom-Einstellung gemachten Fotos entsprächen nicht der tatsächlichen Sichtweise eines Fussgängers auf der Strasse (act. G 1 S. 6), ist festzuhalten, dass für eine ganzheitliche Beurteilung nicht nur die Sicht von der Strasse aus zum Tragen kommt, sondern auch diejenige aus dem Innern der Nachbarhäuser sowie von weiteren Standorten in der Überbauung selbst und deren Umgebung. Von daher geben die Augenscheins-Aufnahmen (act. 8/10) einen zureichend aussagekräftigen Eindruck der Überdachung von mehreren möglichen Standorten aus.

**4.4.** Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegen Massnahmen zum Schutz von Baudenkmalern, des Ortsbilds und von ästhetischen Anliegen im öffentlichen Interesse. Dabei verdienen nicht nur einzelne Objekte Schutz, sondern auch ganze Ensembles von Bauten und deren nähere Umgebung (vgl. BGer 1C\_434/2012 a.a.O., E. 3.6). Soweit der Beschwerdeführer mit seinem Vorbringen, diverse Balkone an den Hochhäusern seien nachträglich angebracht bzw. verglast und dadurch die charakteristischen vertikalen Elemente der Bauten in den Hintergrund gesetzt worden (act. G 1 S. 5 und S. 6 unten), sinngemäss eine Gleichbehandlung für seine Überdachung beansprucht, ist festzuhalten, dass der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung dem Rechtsgleichheitsgebot bzw. dem Anspruch auf Gleichbehandlung (im Unrecht) in der Regel vorgeht. Wenn eine Behörde in einem Fall eine von einer Vorschrift abweichende Entscheidung getroffen hat, resultiert daraus grundsätzlich kein



Anspruch, in einer vergleichbaren Situation ebenfalls abweichend von der Norm behandelt zu werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2016, 7. Auflage, Rz. 572 ff. und 599 ff. mit zahlreichen Hinweisen [prüfen]). Dieser Anspruch besteht solange nicht, als es sich nur um einzelne abweichende Fälle handelt und es die Behörden nicht ablehnen, die geübte gesetzwidrige Praxis aufzugeben (statt vieler vgl. BGE 123 II 248 E. 3c). Letzteres ist vorliegend offensichtlich nicht der Fall, zumal die Beschwerdegegnerin dem vorliegenden Projekt nicht zustimmte. Im Übrigen stuft das Hochbauamt trotz der realisierten Änderungen die architektonische Gestaltung Überbauung als nach wie vor schützenswert ein.

**4.5.** Der angefochtene Entscheid legte einlässlich und überzeugend dar, aus welchen Gründen aus der Sicht der Vorinstanz (und der Bewilligungsbehörde) eine nachträgliche Bewilligung der Terrassenüberdachung ausser Betracht fällt. Auch vermochte er nachvollziehbar zu begründen, dass eine Abänderung der erstellten Überdachung (Verkürzung um ein Element und angepasste Farbgebung) dem Art. 2 besV nicht gerecht zu werden vermöchte. Im Weiteren blieb trotz Verglasungen von Balkonen und der Einfügung von von blickdichten Seitenwänden nach den Darlegungen der Fachbehörde (Hochbauamt) die anerkannt hohe architektonische Qualität sowie die Homogenität der Überbauung bestehen. Für das Verwaltungsgericht besteht unter den dargelegten Gegebenheiten insgesamt kein Anlass, die Ermessensausübung der Vorinstanz, welche auf einer nachvollziehbaren und vertretbaren Würdigung beruht (vgl. BGer 1C\_434/2012, a.a.O., E. 3.5), hinsichtlich der Anwendung von Art. 2 besV zu korrigieren.

Mit Bezug auf die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wiesen Vorinstanz und Hochbauamt darauf hin, dass eine mildere Massnahme im Sinn einer Verkleinerung der Baute (um ein Element) und die farbliche Anpassung ausser Betracht fällt, da die abgeschrägte Terrassenüberdeckung auch mit einem Element weniger und farblichen Anpassungen als wesensfremde Komponente des markanten Gebäudekopfes in Erscheinung treten würde (vgl. vorstehende E. 3.2). Die Einhaltung der Rechtsordnung und die Durchsetzung der Baubewilligungen wären nicht mehr gewährleistet, wenn Abweichungen, selbst wenn sie die nachbarlichen Interessen nicht untragbar beeinträchtigen, toleriert würden. Der präjudizielle Charakter eines solchen Entscheides ist erheblich. Würde im Streitfall auf eine Wiederherstellung des



rechtmässigen Zustands verzichtet, so wäre inskünftig bei ähnlich gelagerten Verstössen eine Durchsetzung der Bauordnung nicht mehr sichergestellt. Auch im Lichte der rechtsgleichen Behandlung der Grundeigentümer und Baugesuchsteller ist ein strenger Massstab anzulegen, insbesondere in Fällen, in denen - wie vorliegend - nicht gutgläubig gehandelt wurde. Es geht nicht an, wissentlich Bauvorschriften (Baubewilligungspflicht, Einordnungsgebot) zu missachten und sich anschliessend der Wiederherstellung unter Berufung auf die Kosten zu widersetzen. Diese Kosten sind im vorliegenden Fall aufgrund des fehlenden guten Glaubens nur in geringfügigem Mass zu berücksichtigen. Es rechtfertigt sich deshalb nicht, die finanziellen Interessen des Baugesuchstellers am Bestand der illegalen Baute bzw. am Verzicht auf die Wiederherstellung höher zu gewichten als das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Bauvorschriften und der Rechtsgleichheit.

5.

5.1. (...).

5.2. (...).

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Der Beschwerdeführer bezahlt die amtlichen Kosten von CHF 3'500, unter Verrechnung mit dem von ihm in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss.
3. Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber

Zürn

Schmid