

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00417 vom 12. Oktober 2011**

ZH Verwaltungsgericht, 2011-10-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2011.00417](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2011.00417)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00417 du 12 octobre 2011

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00417 del 12 ottobre 2011

## **Regeste**

Baubewilligung | Nachträgliche Baubewilligung und Beseitigungsbefehl für Wintergarten: Einordnung, Verhältnismässigkeit. Der eigenmächtig auf dem Attikageschoss eines Mehrfamilienhauses erstellte Wintergarten entspricht nicht dem erhöhten Einordnungserfordernis des massgebenden Gestaltungsplans. Als vollständig verglaster Zusatz steht er mit seinem Schrägdach in einem optischen Gegensatz zur massiv-kubischen baulichen Umgebung (E. 3.4.1). Seine beschränkte Einsehbarkeit bleibt für die Einordnungsfrage irrelevant (E. 3.4.2). Da der Beschwerdeführer den Wintergarten ohne behördliche Vertrauensgrundlage erstellt hat und dabei in nicht mehr als geringfügig einzustufender Weise vom gesetzmässigen Zustand abgewichen ist, erweist sich der Rückbau trotz des erheblichen Schadens als verhältnismässig (E. 4.1 ff.). Ein bloss teilweiser Rückbau (zu einer Pergola) wäre zur Erreichung einer besonders guten städtebaulichen Einordnung nicht ausreichend (E. 4.3.1). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Beschwerdeführer beantragt die Durchführung eines Augenscheins. Eine Delegation der Vorinstanz hat am 17. Februar 2011 im Beisein der Parteien bereits einen Augenschein durchgeführt. Auf die bei dieser Gelegenheit gewonnenen Erkenntnisse darf auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren abgestellt werden (RB 1981 Nr. 2). Da sich der massgebliche Sachverhalt aufgrund dieses Augenscheins, der übrigen Akten und der Pläne mit ausreichender Deutlichkeit ergibt, kann auf die Durchführung eines verwaltungsgerichtlichen Augenscheins verzichtet werden (RB 1995 Nr. 12 = BEZ 1995 Nr. 32, mit Hinweisen).

### **E. 2**

errichten. Die Beschwerdegegnerin verweigerte diesen Anbau im Rahmen eines nachträglichen Baugesuchs wegen Verstosses gegen die in Art. 16 Abs. 1 und 2 der Vorschriften zum privaten Gestaltungsplan D-Areal vom 3. November 1999 (GPV) enthaltenen besonderen Gestaltungsanforderungen bezüglich Einordnung und Dachneigung. Gemäss der vorinstanzlichen Feststellung ist das dem privaten Gestaltungsplan unterliegende D-Areal unter anderem mit vier gleich gestalteten und einen winkelförmigen Grundriss aufweisenden Mehrfamilienhäusern überstellt. Dabei sind die Attikaaufbauten so mit dem Grundrisskörper volumetrisch verwoben, dass nicht der übliche Eindruck eines aufgesetzten Attikageschosses entsteht, sondern von zwei ineinander geschobenen rechteckigen Körpern (vgl. S. 3 der Beschwerdeantwort vom 5. September 2011). Da die Attikageschosse jeweils im südlichen Gebäudebereich bündig mit den

unteren Geschossen sind, weisen sie nicht – wie üblich – eine Staffelung auf. Der 7 m lange und 3 m breite Wintergarten ist an der 13,5 m betragenden Nordseite des Attikageschosses platziert und mit einem Pultdach abgeschlossen. Er stösst auf der Westseite an einen Abluftkamin des Gebäudes an, während er im Norden von einem fest in der Terrasse eingebauten Pflanzentrog begrenzt wird. Die gesamte Terrasse ist entlang des Staketengeländers mit einer dichten, in mobilen Töpfen gepflanzten Hecke umgeben.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer sieht in der Verweigerung der Baubewilligung einen Ermessensmissbrauch und hält sie für unverhältnismässig sowie willkürlich.

#### **E. 3.1**

Nach Art. 16 Abs. 1 GPV sind Bauten, Anlagen und Umschwung für sich und in ihrem Zusammenhang mit der baulichen und landschaftlichen Umgebung im Ganzen und in den Teilen so zu gestalten, dass eine besonders gute städtebauliche Gesamtwirkung erreicht wird. Zulässig sind Flachdächer, schwach geneigte Dächer bis max. 10°, Sheddächer für spezielle Lösungen und Vergleichbares (Abs. 2). Wie bei der Beurteilung der Einordnung eines Gebäudes nach der Regelbauordnung kommt der kommunalen Baubehörde auch bei der Auslegung und Anwendung von Gestaltungsplanvorschriften ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Bei der Überprüfung solcher Einordnungsentscheide haben sich deshalb die Rechtsmittelinstanzen sowohl im Rahmen der Angemessenheits- als auch der Rechtskontrolle Zurückhaltung aufzuerlegen. Die Rekursinstanz darf erst dann eingreifen, wenn sich die vorinstanzliche Ermessensausübung als offensichtlich unvertretbar erweist (RB 1981 Nr. 20; Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 20 N. 19). Das Verwaltungsgericht seinerseits kann gemäss § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG nur im Fall rechtsverletzender Ermessensfehler einschreiten (Kölz/Bosshart/Röhl, § 50 N. 78).

#### **E. 3.2**

Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin verunkläre der Wintergarten die Kubatur des Attikageschosses jedenfalls auf dessen Westseite, indem die dortigen muralen Fassadenteile praktisch vollständig mit der verglasten Konstruktion überlagert würden. Dies beeinträchtige das in einem Wettbewerb erstprämierte und qualitativ hochwertige architektonische Konzept des D-Areals, welches auf einer einheitlichen und präzisen Ausformung der Gebäude und einem sehr bewussten Einsatz von Stilelementen beruhe. Auch in der Seitenansicht erzeuge der Anbau mit seiner Glas-/Metall-Materialisierung und seinem direkt an das Flachdach des Attikageschosses anschliessenden Schrägdach einen gestalterischen Bruch. Der Wintergarten wirke in die baulichen Gegebenheiten zwischen die Nordfassade der Attika, die Kamine und den Pflanzentrog hineingezwängt, wobei er an Letzteren auf einer zufällig wirkenden Länge anstosse. Auch die im Vergleich mit den übrigen Geschossen unterschiedliche Anordnung vereinzelter Fensteröffnungen im Attikageschoss könne nichts daran ändern, dass der Wintergarten eine grossflächige und praktisch vollständig verglaste Anbaute darstelle, die mit der hauptsächlich muralen Struktur der vier einheitlich gestalteten Wohnhäuser nicht vereinbar sei. Ferner sei der Wintergarten trotz der Terrassenbepflanzung von den obersten Geschossen der Liegenschaften F-Steig 04 und 05 einsehbar.

#### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer bestreitet, dass das fragliche Attikageschoss durch den Anbau im Gegensatz zu den übrigen Attikageschossen keinen rechteckigen Grundriss mehr aufweise, sondern im Norden über einen gestaffelten Fassadenverlauf verfüge. Da die sich deutlich hervorhebenden Aussenmauern unverändert seien, würden der L-förmige Gebäudegrundriss und die rechtwinklige Form des Geschosses nicht tangiert. Ausserdem werde die im Übrigen gleichförmige Gestaltung der Gebäudehülle bereits durch das Attikageschoss mit Dachterrasse und die herausragenden Balkone in den unteren Geschossen durchbrochen. Die erwähnte klare architektonische Sprache sei für die Attikageschosse also nie umgesetzt worden. Drei der vier betreffenden Gebäude verfügten über Attikageschosse mit einer überdeckten Sitzplatzkonstruktion, weshalb die Beschwerdegegnerin unabhängig von der Rechtmässigkeit dieser Anbauten das streitbetreffende Bauvorhaben nicht gestützt auf die Einheitlichkeit der Attikageschosse verweigern könne. Nach Art. 16 Abs. 2 GPV seien um bis maximal 10° geneigte Dächer erlaubt, wobei die Vorgabe mit 7,7° eingehalten werde. Die Fenstereinteilung der Attikawohnungen weiche entgegen der Behauptung der Vorinstanz auf der Nord-, Ost- und Westfassade sowohl in der Anzahl als auch in der Grösse der Fenster von derjenigen des übrigen Gebäudes wesentlich ab. Von einer einheitlichen Befensterung könne somit nicht die Rede sein. Zudem bestehe die Nordfassade des Wintergartens entgegen dem Rekursentscheid aus zwei symmetrischen Fensterbahnen mit je drei Fenstern und nicht aus einer ununterbrochenen Fensteröffnung. Die Länge der Konstruktion bzw. der daraus resultierende Abschnitt des Pflanzentrogs sei nicht zufällig gewählt, sondern entspreche dieser Abschnitt auf der Nordfassade dem Terrassenausgang und auf der Ostfassade der Gebäudeflucht. Zusammenfassend sei aufgrund der Struktur, Grösse und Position des Wintergartens, der Materialwahl und einer angepassten Farbgebung von einer gelungenen Einordnung auszugehen. Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass der Wintergarten durch die aus Sichtschutzgründen angelegte Bepflanzung und die Kamine der Schwedenöfen weitgehend verdeckt werde. Der Wintergarten sei weder von den Gebäuden C-Strasse 06 und 07 noch von anderen Gebäuden direkt einsehbar und wäre auch ohne die bestehende Hecke kaum sichtbar.

#### **E. 3.4.1**

Die Einwände des Beschwerdeführers lassen die Ermessensausübung der Beschwerdegegnerin nicht als willkürlich oder auch nur rechtsverletzend erscheinen ( § 20 Abs. 1 lit. a VRG). Auszugehen ist von der qualitativ hochwertigen und einheitlichen baulichen Umgebung, die – entsprechend der Zielsetzung des Gestaltungsplans – besonders hohe Anforderungen an die Einordnung von Bauten stellt. Vorausgesetzt wird mithin nicht nur eine befriedigende Gesamtwirkung (vgl. § 238 Abs. 1 PBG), sondern eine besonders gute städtebauliche Gesamtwirkung (Art. 16 Abs. 1 GPV). Soweit der Beschwerdeführer die Einheitlichkeit der bestehenden Fassadengestaltung in Bezug auf das Attikageschoss infrage stellt, vermögen seine Ausführungen nicht zu überzeugen. Tatsächlich hebt sich die Befensterung des Attikageschosses auf der Nordseite von den unteren Geschossen etwas ab, während sich die Anordnung der Fenster auf der Ost- und der Westseite des Gebäudes zum grösseren Teil bis in die Dachgeschosse hinauf erstreckt. Massgebend ist jedoch – wie die Beschwerdegegnerin richtig ausführt – das überwiegend murale Erscheinungsbild der Gebäude und insbesondere der Attikageschosse, welche im Osten wie im Westen grosse fensterlose Fassadenflächen aufweisen. Der Wintergarten als vollständig verglaste baulicher Zusatz steht zu diesen in einem deutlichen optischen Gegensatz. Dasselbe gilt für das beanstandete Schrägdach, das in der massiv-kubisch geprägten baulichen Umgebung als ein fremdes Element erscheint. Dass Art. 16 Abs. 2 GPV geneigte Dächer bis max. 10°

zulässt, ändert hieran nichts, da es nicht um die Erstbebauung des Gestaltungsplangebiets geht, sondern um die Einpassung einer später hinzugefügten Baute. Schliesslich führen auch die nach Angabe des Beschwerdeführers auf den anderen Gebäuden bestehenden Pergola- und Zeltkonstruktionen zu keiner Reduktion der Einordnungsanforderungen, zumal diese Installationen baurechtlich nicht bewilligt sind (siehe Beschwerdeantwort vom 5. September 2011, S. 3).

#### **E. 3.4.2**

Was die gemäss vorinstanzlicher Feststellung beschränkte Einsehbarkeit des Wintergartens und die jederzeit mögliche Beseitigung der Sichtschutz bietenden Terrassenbegrünung betrifft (Rekursentscheid E. 3.3 letzter Absatz), ist festzuhalten, dass nur gerade die streitbetroffene Dachterrasse an ihren Aussenkanten über eine dichte Hecke verfügt. Die Attiken der restlichen Gebäude sind nur spärlich oder gar nicht begrünt (act. 10/9.5.1). Auch die bestehende (mobile) Hecke könnte jederzeit entfernt werden. Unbehelflich ist sodann der Einwand des Beschwerdeführers, der Wintergarten wäre selbst ohne die Hecke von keinem Gebäude aus direkt einsehbar. Die von ihm ins Recht gelegten Fotografien wurden offensichtlich nicht von einem der oberen Stockwerke des Nachbargebäudes aufgenommen (act. 6/7a und 7b). Zudem erscheint es aufgrund der erhöhten Lage der Liegenschaften F-Steig 04 und 05 (siehe <http://www.gis.zh.ch>) naheliegend, dass zumindest von deren obersten Geschossen der Wintergarten auch bei bestehender Terrassenbepflanzung eingesehen werden kann. Vom Grundsatz her müssen sich überdies selbst Bauten, die von keinem bestehenden Gebäude aus wahrnehmbar sind, in ihre bauliche Umgebung einordnen (VGr, 25. September 1997, VB.97.00047–49, E. 5b/cc, nicht auf [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch) veröffentlicht; vgl. auch 6. Dezember 2006, VB.2006.00327, E. 5.2.1). Hierfür sprechen einerseits beachtliche präjudizielle Gründe (siehe Rekursentscheid E. 3.3 letzter Absatz; § 28 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 70 VRG ); andererseits ist nicht auszuschliessen, dass solche Bauten irgendwann von zukünftig errichteten Gebäuden aus erblickt werden können.

#### **E. 4**

Weiter hält der Beschwerdeführer den Rückbau des Wintergartens für unverhältnismässig. Sein privates Interesse am Fortbestand der Baute sei erheblich (10 % tiefere Energiekosten) und deren präjudizielle Bedeutung gering. Nach Angaben des Herstellers sei die im November 2007 errichtete Pergola mit Sonnenstore nicht bewilligungspflichtig gewesen. Als dann im September 2008 in die Aluminiumprofile der Pergola nachträglich Gläser eingesetzt worden seien, habe er daher nicht mit einer Bewilligungspflicht der Ergänzung gerechnet und erst nachträglich um Bewilligungserteilung ersucht. Unter diesen Umständen sei ihm kein fahrlässiges Handeln vorzuwerfen und von seiner Gutgläubigkeit auszugehen.

#### **E. 4.1**

Nach § 341 PBG hat die zuständige Behörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. Allerdings hat die Behörde beim Vollzug den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Ein Abbruchbefehl ist nach ständiger Rechtsprechung dann unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom gesetzmässigen Zustand gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen (BGE 111 Ib 213 E. 6b S. 224; VGr, 12. Juni 1987, ZBl 89/1988, S. 262). Geringfügig ist eine Abweichung dann, wenn nur um Weniges von der materiellen Vorschrift abgewichen wird

und die Abweichung dem Bauherrn keinen oder nur einen geringfügigen Nutzen bringt (Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 665). Hat die Bauherrschaft die Baute bösgläubig erstellt, muss sie in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen (BGE 111 Ib 213 E. 6b). Bei bedeutenderen Abweichungen von den materiellen Vorschriften können nur Gründe des Vertrauensschutzes zu einem Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes führen (RB 2000 Nr. 106 = BEZ 2000 Nr. 23). Solche Gründe liegen vor, wenn die Bauherrschaft gutgläubig angenommen hat, sie sei zur Bauausführung ermächtigt, und wenn der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustandes nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (RB 1985 Nr. 118 = BEZ 1986 Nr. 22 mit Hinweisen). Der Bauherrschaft angerechnet wird dabei das Wissen bzw. Wissenmüssen der von ihm beigezogenen Hilfspersonen (BGE 111 Ib 213 E. 6a). Handelte die Bauherrschaft ohne eine behördliche Vertrauensgrundlage in der irrtümlichen Annahme, ihr Vorhaben sei nicht bewilligungspflichtig, so ist ihr Vorgehen nicht schutzwürdig.

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer stützte sich bei der bewilligungslosen Ausführung seines Bauvorhabens offenbar auf die Angaben seines Lieferanten und nicht etwa auf eine behördliche Auskunft, wonach die Erstellung des Wintergartens keiner Bewilligung bedürfe. Im Gegenteil machte die Beschwerdegegnerin anlässlich des Augenscheins geltend, sie sei um die Bewilligungsfähigkeit der Baute angefragt worden, was sie in der Folge verneint habe; der Beschwerdeführer bestreitet allerdings, sich selber erkundigt zu haben (Augenscheinprotokoll S. 4). Unabhängig von der tatsächlichen Sachlage lag unter diesen Umständen jedenfalls keine Vertrauenssituation vor, die den Beschwerdeführer als gutgläubig erscheinen lässt. Angesichts der Grösse und der Dauerhaftigkeit der erstellten Baute hätte dieser ohnehin Zweifel hegen müssen.

#### **E. 4.3**

Trotz der beschränkten Einsehbarkeit kann man schon wegen der Ausmasse des Wintergartens (Grundfläche von 20 m<sup>2</sup>) nicht mehr von einer geringfügigen Abweichung von der in Art. 16 Abs. 1 GPV statuierten erhöhten Einordnungsanforderungen sprechen. Davon abgesehen hat der erstellte Wintergarten im Hinblick auf die umliegenden Wohnhäuser eine bedeutende präjudizielle Wirkung (siehe oben E. 3.4.2), womit eine Beibehaltung des rechtswidrigen Zustands dem Rechtsgleichheitsgebot entgegenliefe. Gemäss seiner Darstellung erzielt der Beschwerdeführer aus dem Wintergarten zudem einen erheblichen Nutzen. Dieser umfasse neben einem erhöhten Komfort auch einen um bis zu 10 % tieferen Heizbedarf. Insgesamt kann nicht mehr von einer geringfügigen Abweichung von der strittigen Bauvorschrift gesprochen werden. Auch die mit insgesamt rund Fr. 15–20'000.- bezifferten Rückbaukosten bzw. der geltend gemachte Investitionsverlust von rund Fr. 70'000.- legen kein anderes Ergebnis nahe. Aus einer durch illegale Bautätigkeit erreichten Wertsteigerung lässt sich keine besondere Härte ableiten, welche den Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu rechtfertigen vermöchte (VGr, 1. Dezember 2010, VB.2010.00417, E. 4.2; 12. März 2008, VB.2007.00383, E. 7.3.2). Folglich erweist sich der Rückbaubefehl als verhältnismässig.

#### **E. 4.3.1**

Ein bloss teilweiser Rückbau des Wintergartens durch Entfernung der Verglasung, wie ihn der Beschwerdeführer eventualiter zwecks Beibehaltung der ursprünglich errichteten Pergola beantragt, wäre zur Erreichung des gesetzlichen Ziels der besonders guten städtebaulichen Einordnung nicht ausreichend. Nach den überzeugenden Ausführungen der Beschwerdegegnerin bliebe die raumbildende Wirkung der Konstruktion aufgrund der massiven Profile erhalten und würde die Unvereinbarkeit des Gerüsts mit den Gebäudeproportionen und der Gebäudestruktur dadurch nicht behoben. Denkbare Pergola-Lösungen müssten vielmehr im Rahmen eines Gesamtkonzepts für die gesamte Überbauung erarbeitet werden und hätten sich an deren einheitlicher Architektur zu orientieren.

#### **E. 5**

Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG) und es steht ihm von vorherein keine Parteientschädigung zu. Da die Beschwerde keine komplexen Rechtsfragen aufgeworfen hat und der für die Beschwerdeantwort benötigte Aufwand gering erscheint, ist auch der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.