

Gleichbehandlung im Unrecht

Es besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, wenn die Rechtsmittelinstanz die Praxis der Gemeinde als rechtswidrig bezeichnet und die Gemeinde gewillt ist, ihre Praxis zu korrigieren, oder wenn gewichtige öffentliche Interesse dem Anspruch entgegenstehen (wie z.B. die Einhaltung der zulässigen Geschosshöhe und Gebäudehöhe).

Entscheid des Verwaltungsgerichts (VGE) III/16 vom 26. März 2010 (WBE.2009.99)

Aus den Erwägungen

...

II.

...

3.

3.1.

Die Vorinstanz prüfte schliesslich, ob die Beschwerdegegner gestützt auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit (bzw. der Gleichbehandlung im Unrecht) einen Anspruch auf Bewilligung des Vordachs haben. Sie kam zum Schluss, dass der Gemeinderat Vordächer im Rahmen von § 16a ABauV nicht berücksichtige, auch wenn diese eine Breite von 30 cm (grossflächig) bei weitem überragten. Es liege eine rechtswidrige Praxis des Gemeinderats vor. Da der Gemeinderat daran festzuhalten gedenke, könne sich die Bauherrschaft darauf stützen bzw. habe sie Anspruch darauf, entsprechend dieser Praxis behandelt zu werden und demzufolge ihr Vordach bewilligt zu erhalten. Entgegenstehende überwiegende bzw. erheblich öffentliche oder private Interessen seien zudem nicht ersichtlich.

3.2.

Die Beschwerdeführer bestreiten, dass eine gemeinderätliche Praxis für die Beurteilung der zulässigen Dachvorsprünge im Attikageschoss bestehe. Die vom Gemeinderat genannten fünf Beispiele würden allesamt Mehrfamilienhäuser betreffen. Bezüglich der Beurteilung des Attikageschosses eines Einfamilienhauses in der Einfamilienhauszone sei kein einziges Beispiel genannt worden. Auch könne die vom Gemeinderat vorgebrachte Begründung für die rechtswidrige Rechtsanwendung nicht auf die Einfamilienhauszone und das konkrete Bauvorhaben übertragen werden. Die Verhältnisse in der Mehrfamilienhauszone könnten nicht mit denjenigen in der Einfamilienhauszone verglichen werden. Im Weiteren habe sich der Gemeinderat auch gar nicht über seine Absicht geäußert, dass er von der rechtswidrigen Rechtsanwendung nicht abzusehen gedenke. Nachdem die Vorinstanz dem Gemeinderat nun seine unrichtige Rechtsauffassung dargelegt und der Gemeinderat vom BVU als Aufsichtsbehörde aufgefordert worden sei, das kantonale Recht zukünftig anzuwenden, müsse davon ausgegangen werden, dass eine Praxisänderung stattfinden werde bzw. müsse. Schliesslich seien auch die übrigen Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung im Unrecht nicht erfüllt. Einer Gleichbehandlung im Unrecht ständen überwiegende öffentliche und private Interessen entgegen.

3.3.

Der in Art. 8 BV verankerte Gleichheitssatz verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Es dürfen keine Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen, über die zu entscheiden ist, nicht gefunden werden kann. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden (BGE 131 I 103; 129 I 125 f.; AGVE 1999, S. 210; VGE III/40 vom 17. Juni 2009 [WBE.2008.85], S. 15; VGE III/28 vom 19. Juni 2008 [WBE.2007.136], S. 13; je mit Hinweisen).

Sodann geht nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in der Regel der Rücksicht auf gleichmässige Rechtsanwendung vor. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewandt worden ist, gibt dem Bürger grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Auf "Gleichbehandlung im Unrecht" besteht aber dann grundsätzlich Anspruch, wenn die Behörde eine eigentliche gesetzwidrige Praxis entwickelt hat und es ablehnt, diese aufzugeben (BGE

127 I 2 f.; 126 V 392; je mit Hinweisen). Selbst wenn die Voraussetzungen für eine unrechtsgleiche Behandlung erfüllt sind, können öffentliche Interessen oder berechnigte Interessen Dritter entgegenstehen (BGE 123 II 254; 117 Ib 270; 116 Ib 234 f.; vgl. zum Ganzen auch: VGE III/40 vom 17. Juni 2009 [WBE.2008.85], S. 15; VGE III/28 vom 19. Juni 2008 [WBE.2007.136], S. 13; VGE III/77 vom 2. September 2004 [BE.2003.00257], S. 19; je mit Hinweisen).

3.4.

3.4.1.

Es ist unbestritten, dass der Gemeinderat in den Baugesuchen Nrn. 613, 602, 557 und 508 über den ummantelten Bereich des obersten Geschosses hinausragende Dachvorsprünge mit umfangreicher Fläche und Tiefe bewilligte, obschon der ummantelte Bereich die nach § 16a ABauV zulässige Grundfläche eines Attikageschosses jeweils bereits ausschöpfte und die darunterliegenden Vollgeschosse die maximale Anzahl Vollgeschosse bereits erreichten. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer bewilligte der Gemeinderat solche auskragende Dächer nicht nur bei "Mehrfamilienhäusern" bzw. in "Mehrfamilienhauszonen". Auch in der Wohnzone EF – in welcher Zone das zu beurteilende Bauprojekt liegt – wurden solche Bauten offenbar bewilligt. Es liegt deshalb nahe, dass der Gemeinderat eine § 16a Abs. 2 ABauV widersprechende gesetzwidrige Praxis entwickelt hat. Abschliessend braucht diese Frage indessen nicht beurteilt zu werden, denn ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht – wie ausgeführt (Erw. 3.3.) – nur dann, wenn die Behörde, welche die gesetzwidrige Praxis entwickelt hat, es ablehnt, diese aufzugeben (siehe dazu Erw. 3.4.2.) und wenn keine öffentlichen Interessen oder berechnigte Interessen Dritter entgegenstehen (siehe dazu Erw. 3.4.3.).

3.4.2.

Die Berufung auf Gleichbehandlung im Unrecht ist namentlich dann nicht zulässig, wenn eine Behörde bisher eine gesetzwidrige Praxis geübt hat, diese durch eine Rechtsmittelinstanz als unzulässig beurteilt worden ist und – was in der Regel zutrifft – anzunehmen ist, die Behörde werde sich in Zukunft an die oberinstanzlich festgelegte Praxis halten. Äussert sich die Verwaltung nicht über ihre Absicht, ist anzunehmen, sie werde aufgrund der Erwägungen des richterlichen Urteils zu einer gesetzmässigen Praxis übergehen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 16. Januar 2008 [VB.2007.00309], Erw. 3.2; vgl. auch BGE 122 II 451 f.; Urteil des Bundesgerichts vom 21. März 2007 [2P.247/2006], Erw. 5.5; Urteil des Bundesgerichts vom 12. März 2004 [2A.449/2003], Erw. 5.2; je mit Hinweisen).

Die Vorinstanz führte aus, der Gemeinderat gedenke an der gesetzwidrigen Praxis festzuhalten, begründete dies indessen nicht weiter. Ob sich der Gemeinderat im vorinstanzlichen Verfahren überhaupt bewusst war, dass seine Praxis gesetzwidrig ist, erscheint fraglich. Im Protokollauszug vom 19. Januar 2009 hielt er lediglich fest, er habe seit längerer Zeit eine "relativ tolerante Haltung" in Bezug auf die Zulassung von grösseren Dachvorsprüngen bewiesen. Zudem äusserte er sich nie dazu, ob er an einer (allenfalls) gesetzwidrigen Praxis auch in Zukunft festhalten würde. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz lassen diese Gegebenheiten den Schluss nicht zu, dass der Gemeinderat an der gesetzwidrigen Praxis auch in Zukunft festzuhalten gedenke.

Die Vorinstanz legte im angefochtenen Entscheid die gesetzwidrige Praxis dar und forderte den Gemeinderat – obschon sie für den konkreten Fall den Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht bejahte – auf, von seiner rechtswidrigen Praxis zukünftig Abstand zu nehmen. Die Beschwerdeführer machen in ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend, wenn sich eine Behörde nicht über ihre Absicht, von ihrer Praxis abzuweichen äussere, nehme das Bundesgericht an, dass der Gemeinderat auf Grund der bundesgerichtlichen Erwägungen zu einer gesetzeskonformen Praxis übergehen werde. Nachdem dem Gemeinderat seine unrichtige Rechtsauffassung von der Vorinstanz dargelegt worden sei und er vom BVU als Aufsichtsbehörde aufgefordert worden sei, das kantonale Recht zukünftig anzuwenden, müsse davon ausgegangen werden, dass eine Praxisänderung stattfinden werde bzw. müsse. In der Beschwerdeantwort äusserte sich der Gemeinderat zu diesen Vorbringen nicht. Er verwies lediglich auf zwei Baubewilligungen, in welchen Einfamilienhäuser mit vergrössertem Dachvorsprung bewilligt worden seien. Damit hat er zwar seine allfällige (gesetzwidrige) Praxis erneut untermauert, sich jedoch nicht zur Frage geäussert, ob er an seiner (ihm aufgrund des

vorinstanzlichen Entscheids mittlerweile klar bekannten) gesetzwidrigen Praxis festzuhalten gedenke. Mangels einer gegenteiligen Äusserung des Gemeinderats muss deshalb davon ausgegangen werden, dass er aufgrund der Feststellung im vorinstanzlichen Entscheid, wonach eine gesetzwidrige Praxis vorliege, und der ausdrücklichen Anweisung durch die Vorinstanz (und Aufsichtsbehörde), von dieser rechtswidrigen Praxis zukünftig Abstand zu nehmen, zu einer gesetzmässigen Praxis übergehen wird.

Das Erfordernis, dass der Gemeinderat es ablehnt, seine gesetzwidrige Praxis aufzugeben, kann somit nicht als erfüllt betrachtet werden.

3.4.3.

Einer Gleichbehandlung im Unrecht stehen im Weiteren auch gewichtige öffentliche Interessen entgegen. Schöpft bei einem Attikageschoss bereits der ummantelte Raum die maximal zulässige Attikageschossfläche aus, würde ein über einen "Dachvorsprung" hinausgehendes auskragendes Dach das Attikageschoss zu einem Vollgeschoss werden lassen (vgl. § 16a Abs. 2 ABauV). Eine solche Mutation hat direkte Auswirkungen auf die Frage, ob die Baute die zulässige Geschossigkeit (§ 14 Abs. 1 ABauV) und die Gebäudehöhe (§ 12 Abs. 1 ABauV) einhält. Für die Zonenkonformität einer Baute ist das Einhalten der zulässigen Geschosshöhen und der Gebäudehöhe indessen von grundlegender Bedeutung, weshalb am Einhalten dieser Parameter und am Vermeiden entsprechender gesetzwidriger Präjudizentscheide ein gewichtiges öffentliches Interesse besteht. Dieses öffentliche Interesse wiegt im konkreten Fall umso stärker, da ein zusätzliches Vollgeschoss in der Wohnzone EF zu einer erheblich höheren unerwünschten Verdichtung führen würde als dies z. B. in einer Mehrfamilienhauszone der Fall wäre. – Im zu beurteilenden Fall mag es auf den ersten Blick zwar nicht besonders wesentlich erscheinen, ob das auskragende Dach nun 30 cm oder 1 bis 1.1 m tief ist, letztlich ist die Qualifikation dieses auskragenden Dachs indessen ausschlaggebend für die Frage, ob die Gesamtbaute bezüglich Geschosshöhe und Gebäudehöhe zonenkonform ist oder nicht. Einer allfälligen Gleichbehandlung im Unrecht stehen somit auch überwiegende öffentliche Interessen entgegen. Bei diesen Gegebenheiten kann offen bleiben, ob zugleich berechnete Interessen Dritter entgegen stehen würden.

4.

Demgemäss ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutzuheissen. Es besteht kein Anspruch auf Bewilligung des 1 bis 1.1 m tiefen Vordachs auf dem Attikageschoss. Zulässig ist lediglich ein Dachvorsprung mit einer Tiefe von 30 cm (Erw. 2.3.). Der vorinstanzliche Entscheid ist aufzuheben und die Baubewilligung des Gemeinderats H. vom 27. Oktober 2008 ist mit der Auflage zu ergänzen, dass das auskragende Dach auf dem Attikageschoss lediglich eine Tiefe von 30 cm aufweisen darf.
