

BAU, VERKEHR UND UMWELT

Rechtsabteilung

BVURA.22.225

ENTSCHEID vom 16. März 2023

A._____ und B._____; Beschwerde gegen den Entscheid des Gemeinderats C._____ vom 28. März 2022 betreffend (Neubau Wohnhaus mit Carport). Dacheindeckung. Rückbau und Busse, Parzelle aaa; Abweisung

Erwägungen

2.3 Beurteilung

2.3.1 Gleichbehandlung im Unrecht

Soweit die Beschwerdeführenden geltend machen, dass im Gebiet des Überbauungsplans eine Vielzahl von Bauten eine andere Dachfarbe als braun aufweisen würden, weshalb auch von ihnen nicht verlangt werden könne, die verwendeten anthrazitfarbenen Ziegel durch braune zu ersetzen, machen sie sinngemäss einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht geltend. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt diesbezüglich Folgendes:

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung geht in der Regel der Rücksicht auf die gleichmässige Rechtsanwendung vor. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt den Bürgern grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Ausnahmsweise und unter strengen Bedingungen wird jedoch im Rahmen des verfassungsmässig verbürgten Gleichheitssatzes ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht anerkannt (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]). Die Gleichbehandlung im Unrecht setzt voraus, dass die zu beurteilenden Fälle in den tatbestandserheblichen Sachverhaltselementen übereinstimmen, dass dieselbe Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zudem zu erkennen gibt, auch inskünftig nicht gesetzeskonform entscheiden zu wollen. Dabei begründen wenige vereinzelte Fälle noch keine Praxis. Schliesslich dürfen keine überwiegenden Gesetzmässigkeitsinteressen oder Interessen Dritter bestehen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau [VGE] vom 15. Dezember 2021 [WEB.2021.42], S. 16; Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts [BGE] 139 II 49, Erw. 7.1; Urteil des Bundesgerichts [BGE] vom 5. August 2019 [1C_554/2018], Erw. 3.1; BGE vom 8. August 2018 [1C_42/2018], Erw. 6.3).

Seit Geltung des Überbauungsplans hat der Gemeinderat demnach im Geltungsbereich des Überbauungsplans in drei Fällen Abweichungen von der Pflicht zugelassen, das Dach mit braunen Ziegeln einzudecken. Im Fall der Parzelle ddd rechtfertigt der Gemeinderat die Abweichung damit, dass die Liegenschaft sich der Umgebung in der angrenzenden Dorfzone anpasst. Für die Abweichungen auf den Parzellen bbb und ccc wird keine Begründung geliefert und es ist auch keine ersichtlich. Der Gemeinderat führt dazu lediglich aus, dass allfällige "Ausreisser" nichts an der Tatsache ändern würden, dass in der Baubewilligung der Beschwerdeführenden ausdrücklich braune Ziegel rechtskräftig verfügt worden seien.

Es kann somit vorläufig festgehalten werden, dass bei drei Liegenschaften im Überbauungsplangebiet das Gebot der Dacheindeckung mit braunen Ziegeln nicht eingehalten wird, wobei sich die Abweichung auf der Parzelle ddd mit Argumenten des Ortsbildschutzes rechtfertigen lässt. Damit fehlt es bereits am Nachweis im Sinne der Rechtsprechung, dass die Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz – will heissen, dem Erfordernis der braunen Ziegel – abweicht. Zudem erklärte der Gemeinderat in seiner Beschwerdeantwort, dass er am Erfordernis der braunen Dacheindeckung im Perimeter des Überbauungsplans festhalten wolle. Damit macht er unmissverständlich klar, dass er auch inskünftig gesetzeskonform entscheiden will. Die Anforderungen an eine Gleichbehandlung im Unrecht sind damit nicht erfüllt.

2.3.2 Bewilligungsfähigkeit der Dacheindeckung

Wird durch bauliche Arbeiten ohne Baubewilligung ein unrechtmässiger Zustand geschaffen, so können die Einstellungen der Arbeiten sowie die Herstellung des rechtmässigen Zustandes, insbesondere die Beseitigung der rechtswidrigen Bauten angeordnet werden (§ 159 Abs. 1 BauG). Vorbehalten bleiben die allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, insbesondere die Gebote der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1987, S. 233). Um diese Fragen zu prüfen, wird in der Regel ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt. Von dieser Regel kann aber aus verfahrensökonomischen Gründen abgewichen werden, wenn die in Frage stehende Baute offensichtlich nicht bewilligungsfähig ist, das heisst die materielle Rechtswidrigkeit der Baute aufgrund klarer tatsächlicher Verhältnisse eindeutig feststeht (vgl. dazu VGE III/92 vom 5. Dezember 1995 i.S. R.A.-W., S. 7 f.; MAGDALENA RUOSS FIERZ, Massnahmen gegen illegales Bauen, Dissertation Zürich 1998, S. 110; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 7. November 2006 [VGE 22617], publiziert in Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 2007, Heft 4, S. 164 f., Erw. 4.1 mit zahlreichen Hinweisen). Genau ein solcher Fall liegt in casu vor, wie die nachstehenden Darlegungen zeigen.

Die Parzelle aaa der Beschwerdeführenden liegt in der Zone W2, überlagert vom kommunalen Überbauungsplan Q. vom 9. Dezember 1988. Kommunale Überbauungspläne des bisherigen Rechts gelten als Erschliessungspläne, kantonale als Nutzungspläne (§ 168 Abs. 2). Die Spezialbauvorschriften des Überbauungsplans Q. haben somit nach wie vor Gültigkeit. § 2 der Spezialbauvorschriften lautet wie folgt: *"Das Gebiet Q. liegt an landschaftlich exponierter Lage und befindet sich gemäss Zonenplan zum grossen Teil in der Umgebungsschutz- und teilweise in der Objektschutzzone des Dorfkerns. Die Bauten sind besonders sorgfältig in die landschaftliche und bauliche Umgebung einzugliedern. Terrassenhäuser sind nicht gestattet."* Gemäss § 3 der Spezialbauvorschriften hat die Dacheindeckung mit braunen Ton- oder Betonziegeln zu erfolgen.

Vorliegend haben die Beschwerdeführenden anthrazitfarbene Ziegel verwendet. Gemäss der nach wie vor geltenden Spezialbauvorschriften des Überbauungsplans Q. sind die von den Beschwerdeführenden verwendeten Ziegel demnach nicht bewilligungsfähig, da sie nicht die einzig gestattete Farbe braun aufweisen.

2.3.3 Herstellung des rechtmässigen Zustands

Bei nicht bewilligungsfähigen Bauten und Anlagen kann gestützt auf § 159 Abs. 1 BauG die Herstellung des rechtmässigen Zustands, insbesondere die Beseitigung oder Änderung der Baute oder Anlage angeordnet werden. Die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands bedeutet eine Eigentumsbeschränkung und ist folglich nur zulässig, wenn sie mit den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit, der Rechtsgleichheit und des Gutglaubensschutzes vereinbar ist. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist (BGE 140 I 2 E. 9.2.2 S. 24 mit Hinweisen). So kann der Abbruch oder die Abänderung unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder der Abbruch bzw. die Abänderung nicht im öffentlichen Interesse liegt, ebenso wenn die Bau-

herrschaft in gutem Glauben angenommen hat, sie sei zur Bauausführung ermächtigt, und der Beibehaltung des rechtswidrigen Zustands nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (vgl. statt vieler: BGE 136 II 359, Erw. 6; 132 II 21, Erw. 6; AGVE 2011, S. 125, Erw. 3.1). Wer bei der Aufmerksamkeit und Sorgfalt, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein können, kann sich nicht auf seinen guten Glauben berufen; guter Glaube setzt voraus, dass der Bauherr bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, er sei zur Bauausführung oder Nutzung berechtigt (vgl. Art. 3 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 2101; VGE vom 23. November 2017 [WBE.2017.28], S. 16). Auf die Verhältnismässigkeit kann sich auch ein Bauherr berufen, der nicht gutgläubig gehandelt hat. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen (BGE 132 II 21 E. 6.4 S. 39 f.; Urteil 1C_300/2015 vom 14. März 2016 E. 6.2).

In den Erwägungen der Baubewilligung vom 31. März 2021 (II, Ziffer 26) führt der Gemeinderat aus, dass die Dacheindeckung mit braunen Ton- oder Betonziegeln zu erfolgen habe. Ziffer 48 des Entscheids (III) enthält die Auflage, dem Gemeinderat rechtzeitig vor Ausführung detaillierte Farb- und Materialmuster aller äusseren Anlageteile (Dachziegel, Fassaden, Farbmuster von Fenstern, Sonnenschutz, Rollläden, Fensterläden, Geländer, Aussentüren und Garagentoren, etc.) zur Genehmigung vorzulegen. Weiter korrespondierte die Gemeindeschreiberin mit dem ausführenden Architekten und den Beschwerdeführenden mehrere Male betreffend Bemusterung der Fassade und der Dacheindeckung, wobei wiederholt Musterziegel von den Beschwerdeführenden angefordert wurden. Unter diesen klaren Umständen konnten die Beschwerdeführenden nicht gutgläubig sein. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass nach ihrer Auffassung schon heute keine einheitliche braune Dacheindeckung im Baugebiet Q. vorhanden ist. Den Beschwerdeführenden wäre es ohne Weiteres zumutbar gewesen, beim Gemeinderat oder der Bauverwaltung nachzufragen, ob angesichts der ihrer Ansicht nach bereits bestehenden uneinheitlichen Dachfarben an der Auflage, braune Ziegel verwenden zu müssen, festgehalten werde. Auch wenn die Beschwerdeführenden nicht böswillig gehandelt haben, so haben sie dennoch als bösgläubig im rechtlichen Sinne zu gelten.

Die Geeignetheit der Massnahme ist offensichtlich, die Erforderlichkeit ist ebenfalls gegeben. Eine andere Massnahme, die den Mangel beseitigen könnte ist nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführenden auch nicht geltend gemacht.

Die Abweichung vom Erlaubten kann vorliegend nicht als geringfügig bezeichnet werden, unterscheidet sich die anthrazitfarbene Dacheindeckung der Beschwerdeführenden doch deutlich von derjenigen der sie umgebenden braungedachten Dächer (wobei die rot eingedachte direkte Nachbarliegenschaft aufgrund der rechtskräftigen Rückbauanordnung unberücksichtigt bleiben muss). Dabei ist auch von Bedeutung, dass im westlichen Bereich des Überbauungsplanperimeters, in dem sich die Liegenschaft der Beschwerdeführenden befindet, sämtliche Häuser mit braunen Ziegeln eingedacht sind. Die "Ausreisser" auf den Parzellen bbb und ccc liegen beide im östlichen Teil des Überbauungsplangebiets. Sodann sprechen für eine Wiederherstellungsverfügung weitere gewichtige öffentliche Interessen: nur so kann eine rechtsgleiche Anwendung und Durchsetzung der Bauvorschriften sichergestellt werden. Mit dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) wäre es nicht vereinbar, wenn die Bauherrschaft im Vergleich zu Grundeigentümern, die sich an die baurechtlichen Vorgaben und Auflagen gehalten haben oder sich in Zukunft daran halten müssen, ohne sachlichen Grund bevorteilt würde. Hinzu kommt, dass die präjudiziellen Auswirkungen von sachlich unbegründeten Ausnahmen generell nicht unterschätzt werden dürfen. Mit jeder sachlich nicht gerechtfertigten Ausnahme wächst die Gefahr, dass andere Bauherrschaften aus Gründen der Gleichbehandlung dasselbe Recht für sich in Anspruch nehmen. Das führt langfristig zu einer widersprüchlichen Praxis und zu einer Aushöhlung der Grundordnung (vgl. zum Ganzen VGE vom 19. August 2010 [WBE.2009.407], S. 15). Das öffentliche Interesse an der

angeordneten Herstellung des rechtmässigen Zustands ist damit insgesamt als hoch einzustufen. Diesen gewichtigen öffentlichen Interessen stehen die privaten, insbesondere finanziellen Interessen der Bauherrschaft gegenüber. Diese bestehen aus den Kosten einer Neueindeckung bzw. den vergeblichen Aufwendungen für die bereits erfolgte Eindeckung. Die Materialkosten und Verlegearbeit für eine Dacheindeckung mit Tonziegeln ist mit ca. Fr. 80.– bis Fr. 100.–/m² zu veranschlagen (Quelle: hausinfo.ch, energieheld.ch; abgefragt am 14. März 2023). Die neu einzudeckende Dachfläche beträgt ca. 150-180 m² (Messung auf Onlinekarten Karten Aargau vom 14. März 2023). Daraus resultieren grob geschätzt Kosten von ca. Fr. 12'000.– bis max. Fr. 18'000.–. Das finanzielle Interesse der Bauherrschaft ist damit nicht unbedeutend. Allerdings relativiert es sich bereits angesichts der Kosten für die Erstellung der betroffenen Liegenschaft (ca. Fr. 600'000.– gemäss Baubewilligung vom 29. März 2021). Den finanziellen Interessen der Bauherrschaft kann aber insbesondere aufgrund ihres fehlenden guten Glaubens bei der vorliegenden Interessenabwägung nur sehr untergeordnete Bedeutung zugemessen werden. Mit ihrem eigenmächtigen, nicht auf gutem Glauben beruhenden Vorgehen haben sie das Rückbaurisiko in Kauf genommen. Wer eigenmächtig baut, muss das Risiko finanzieller und anderer Nachteile bei einer erzwungenen Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands in Kauf nehmen. Die mit der Herstellung des rechtmässigen Zustands verbundenen Kosten hätten sie vermeiden können, wenn sie sich an die Vorgaben des Gemeinderats und der Bauverwaltung gehalten hätten (vgl. BGE 136 I 236 f.; 134 I 148; AGVE 2008, S. 312 f.; 2004, S. 155 f.; je mit Hinweisen; VGE vom 28. April 2015 [WBE.2014.159], S. 14). Beurteilte man die Verhältnismässigkeit der Beseitigung bzw. Herstellung allein nach der Höhe der Wiederherstellungskosten, führte dies im Übrigen zu der unhaltbaren Konsequenz, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umso eher verletzt und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes umso erschwerter wäre, je umfangreichere Investitionen in Abweichung von der erteilten Bewilligung und im Widerspruch zum materiellen Baurecht getätigt worden sind (CHRISTOPH FRITSCHÉ/PETER BÖSCH/THOMAS WIPF, Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 1, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 485 mit Hinweis auf Baurechtsentscheide des Kantons Zürich [BEZ] 2002 Nr. 39; VGE vom 28. April 2015 [WBE.2014.159], S. 14). Angesichts dieser Umstände überwiegen im Rahmen der Interessenabwägung die gewichtigen öffentlichen Interessen an der Herstellung des rechtmässigen Zustands die gegenstehenden privaten Interessen der Bauherrschaft. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen. Aufgrund der klaren Rechtslage erübrigt es sich, das von den Beschwerdeführenden beantragte externe Gutachten zur Eingliederung ins Ortsbild einzuholen.