

WBE.2024.26 / ME / we

Art. 32

Urteil vom 25. März 2024

Besetzung Verwaltungsrichter Michel, Vorsitz
Verwaltungsrichterin Schircks
Verwaltungsrichter Winkler
Gerichtsschreiber Meier

Beschwerde-
führerin 1 **A._____ AG,**

Beschwerde-
führerin 2 **B._____ GmbH,**

Beschwerde-
führer 3.1 **C._____,**

Beschwerde-
führerin 3.2 **D._____,**

alle vertreten durch lic. iur. Simon Kohler, Rechtsanwalt, Postfach,
8058 Zürich

gegen

Gemeinderat Q._____,
vertreten durch Dr. iur. Markus Siegrist, Rechtsanwalt,
Bleichemattstrasse 43, Postfach, 5001 Aarau

Gegenstand Beschwerdeverfahren betreffend Vollstreckung

Entscheid des Gemeinderats Q._____ vom 8. Januar 2024

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A.

1.

Der Gemeinderat Q._____ erteilte der A._____ AG (vormals E._____ AG) am 25. Februar 2019 die Baubewilligung für den Rückbau des Gebäudes Nr. bbb und den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit Autoeinstellhalle auf Parzelle Nr. aaa. Entsprechend den Bewilligungsaufgaben war unter anderem ein Farb- und Materialkonzept nachzureichen. Dieses wurde am 27. August 2019 vorgelegt und von der Gemeinde am 12. September 2019 genehmigt.

2.

Die Farbe der Fassade und des Anbaus, die Fenstereinfassungen, die Farbgebung der Dachziegel, die Materialisierung bei Dachaufbauten und Spenglerarbeiten, der Anstrich von Geländer/Sturzsicherungen und die Gestaltung der Balkone wurde entgegen der Baubewilligung bzw. dem genehmigten Farb- und Materialkonzept ausgeführt.

3.

Am 29. November 2023 ersuchte die Bauherrschaft darum, die abweichend ausgeführten Bauarbeiten nachträglich zu bewilligen, indem sie ein angepasstes Farb- und Materialkonzept vorlegte.

B.

Der Gemeinderat Q._____ beschloss am 8. Januar 2024:

1. Das Gesuch der A._____ AG für das geänderte Farb- und Materialkonzept zum Baugesuch 2019/01 Rückbau best. Wohnhaus Nr. bbb und Neubau Mehrfamilienhaus und Autoeinstellhalle, auf der Parzelle Nr. aaa, R-Strasse bbb, Q._____ wird unter Einhaltung der nachfolgenden Auflagen und Bewilligungen teilweise abgelehnt.
2. Die beantragte Erstellung der Fenstereinfassungen wird genehmigt.
3. Die Farbe des Fassadenabriebs, die Dachziegel und die Spenglerarbeiten sind gemäss dem bewilligten Farb- und Materialkonzept vom 27. August 2019 zu ändern.
4. Der Annex ist in farblicher Abstimmung zum bewilligten Fassadenabrieb und den dunkelbraunen Dachziegeln in einem hellen Farbton mit Braunanteil zu streichen. Die Farbwahl ist dem Gemeinderat innert einem Monat ab Rechtskraft dieses Entscheids zur Prüfung und Genehmigung einzureichen.
5. Die deutlich zu massiv ausgeführten auskragenden Balkone werden akzeptiert. Die Farb- und Materialwahl der Geländer und

Sturzstellensicherungen aus Metall werden gemäss Ausführung akzeptiert.

Die geschlossene Absturzsicherung mit der Holzschalung beim Spielplatz ist in Abstimmung mit dem Annex zu streichen. Die Farbwahl ist dem Gemeinderat innert einem Monat ab Rechtskraft dieses Entscheids zur Prüfung und Genehmigung einzureichen.

6. Der ausgeführte Farbton der Raff-Lamellenstoren ist mit dem Abgleich der NCS-Farbkarte innert einem Monat ab Rechtskraft dieses Entscheids dem Gemeinderat zu bestätigen. Der Gemeinderat wird anschliessend darüber entscheiden. Allfällig erforderliche Massnahmen bleiben vorbehalten.
7. Sämtliche gemäss vorstehendem Entscheid vorzunehmenden Änderungen sind innert drei Monaten ab Rechtskraft dieses Entscheids umzusetzen und der Bauverwaltung schriftlich zur Kontrolle und Abnahme zu melden.
8. (...)
9. (Androhung der Ersatzvornahme)
10. (...)
11. (...)
12. (...)

Gemäss der Rechtsmittelbelehrung konnte gegen den Entscheid innert einer Frist von 10 Tagen Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben werden.

C.

1.

Gegen den Entscheid des Gemeinderats erhoben die A._____ AG, die B._____ GmbH, C._____ und D._____ mit Eingaben vom 19. Januar 2024 Beschwerde sowohl beim Departement Bau, Verkehr und Umwelt (BVU) als auch beim Verwaltungsgericht.

In der Beschwerde an das Verwaltungsgericht wurden folgende Begehren gestellt:

Anträge

1. Es sei die Nichtigkeit des Entscheids der Vorinstanz Nr. 2024-2 vom 8. Januar 2024 festzustellen und es sei die Angelegenheit zur Durchführung des Baubewilligungsverfahrens betreffend der eingereichten Projektänderung vom 29. November 2023 zum Bauseuch 2019/01 an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei der Entscheid des Gemeinderats Q._____ Nr. 2024-2 vom 8. Januar 2024 aufzuheben und es sei die Ange-

legenheit zur Durchführung des Baubewilligungsverfahrens betreffend der eingereichten Projektänderung vom 29. November 2023 zum Baugesuch 2019/01 an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Subeventualiter sei der Entscheid des Gemeinderats Q._____ Nr. 2024-2 vom 8. Januar 2024 aufzuheben und es sei auf die Androhung von Ersatzmassnahmen zu verzichten.
4. Subsubeventualiter sei die Frist in Ziff. 7 des Entscheids des Gemeinderats Q._____ Nr. 2024-2 vom 8. Januar 2024 auf sechs Monate zu verlängern.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Prozessuale Anträge

1. Es sei das Verfahren bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens vor dem Departement Bau, Verkehr und Umwelt und/oder bis zum Erlass eines korrekten Beschlusses bezüglich der beantragten Projektänderung zu sistieren.
2. Es seien die Akten aus dem Baugesuchsverfahren beizuziehen.
3. Es sei ein Augenschein durchzuführen.

2.

Der Gemeinderat Q._____ beantragte in der Beschwerdeantwort vom 29. Februar 2024:

1. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuern).

3.

Die Beschwerdeführenden replizierten mit Eingabe vom 8. März 2024.

4.

Das Verwaltungsgericht hat den Fall auf dem Zirkularweg entschieden (vgl. § 7 des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 6. Dezember 2011 [GOG; SAR 155.200]).

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I.

1.

1.1.

Die Beschwerdeführenden verweisen im Rahmen der Beschwerdebegründung darauf, dass sie am 29. November 2023 um eine nachträgliche Be-

willigung einer Projektänderung gegenüber dem ursprünglichen Bauge-such ersucht hätten. Der Gemeinderat habe die betreffende Projektände-rung mit dem angefochtenen Entscheid materiell beurteilt und teilweise ab-gelehnt. Im Rahmen der Rechtsmittelbelehrung habe er fälschlicherweise auf die Beschwerde gegen Vollstreckungsmassnahmen gemäss § 83 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG; SAR 271.200) verwiesen. Tatsächlich unterliege der Beschluss über die Beurteilung der Projektände-rung der Verwaltungsbeschwerde gemäss § 61 Abs. 1 der Bauverordnung vom 25. Mai 2011 (BauV; SAR 713.121). Erst der Beschwerdeentscheid des BVU sei beim Verwaltungsgericht anfechtbar (§ 61 Abs. 3 BauV). Die Beschwerdeführenden hätten sich aufgrund der Rechtsmittelbelehrung ge-zwungen gesehen, den Gemeinderatsbeschluss vom 8. Januar 2024 so-wohl beim BVU als auch beim Verwaltungsgericht anzufechten (Be-schwerde, S. 5 f.).

Der Gemeinderat Q._____ ist ebenfalls der Meinung, dass im ange-fochtenen Entscheid richtigerweise auf die Beschwerdemöglichkeit an das BVU hätte verwiesen werden müssen (Beschwerdeantwort, S. 4).

Somit sind sowohl die Beschwerdeführenden als auch der Gemeinderat der Ansicht, es bestehe keine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Be-urteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.2.

Bei der Zuständigkeit handelt es sich um eine Sachurteilsvoraussetzung, die von Amtes wegen zu prüfen ist und bei deren Fehlen auf das Rechts-mittel nicht eingetreten werden darf (§ 8 Abs. 1 VRPG; MICHAEL MERKER, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zu den §§ 38-72 [a]VRPG, Zürich 1998, Vorbem. zu § 38 N. 1 ff., 8; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechts-pflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 693, 697).

1.3.

Im Vollstreckungsverfahren wird über die Art und Weise der Durchsetzung des in der Sachverfügung geregelten Rechtsverhältnisses entschieden. Vollstreckungsentscheide enthalten Anordnungen zur zwangsweisen Durchsetzung mittels sog. exekutorischer Massnahmen (Ersatzvornahme oder Anwendung unmittelbaren Zwangs) (vgl. §§ 76 ff. VRPG). Gemäss § 83 Abs. 1 VRPG ist das Verwaltungsgericht zuständig für Beschwerden gegen Vollstreckungsentscheide; die Beschwerdefrist beträgt 10 Tage.

Die (materielle) Sachverfügung, welche die Rechte und Pflichten der Be-troffenen im Einzelfall regelt (vgl. MERKER, a.a.O., § 38 N. 122; TOBIAS JAAG, in: Kommentar VRG, 3. Aufl. 2014, Vorbem. zu den §§ 29-31 N. 15),

ist Grundlage der Vollstreckung und muss im Sinne von § 76 Abs. 1 VRPG vollstreckbar sein (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2011, S. 260 mit Hinweisen).

1.4.

Keine (direkte) Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts besteht für Beschwerden gegen Entscheide, die im nachträglichen Baubewilligungsverfahren gemäss § 159 Abs. 1 des Gesetzes über Raumentwicklung und Bauwesen vom 19. Januar 1993 (Baugesetz, BauG; SAR 713.100) ergehen. Diese Verfahren betreffen namentlich die Überprüfung der Rechtmässigkeit einer eigenmächtig ausgeführten Baute und (soweit die Rechtmässigkeit verneint wird) die Anordnung der Herstellung des rechtmässigen Zustands. Das nachträgliche Baubewilligungsverfahren ist vom anschliessenden Vollstreckungsverfahren (§ 159 Abs. 2 BauG i.V.m. §§ 76 ff. VRPG) zu unterscheiden (Entscheid des Verwaltungsgerichts WBE.2020.343 vom 29. März 2021, Erw. II/1). Erstere Entscheide können grundsätzlich – entsprechend dem eigentlichen Baubewilligungsverfahren – innert einer Frist von 30 Tagen beim BVU angefochten werden und dessen Beschwerdeentscheid unterliegt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (§ 61 Abs. 1 und 3 BauV).

1.5.

Der Gemeinderat entschied im angefochtenen Beschluss vom 8. Januar 2024 über die Zulässigkeit von Bauarbeiten, die abweichend von der ursprünglichen Baubewilligung bzw. dem ursprünglich genehmigten Farb- und Materialkonzept ausgeführt worden waren: Die Fassade, welche anstatt eines hellbeige/grauen Vollabriebs einen solchen in weisser Farbe aufweise, sei entsprechend zu ändern. An den vorgesehenen dunkelbraunen (anstatt grauen) Dachziegeln werde festgehalten. Die Lukarnen und Spenglerarbeiten seien – wie bewilligt – in Kupferblech und nicht in aluminiumgrauem Titanzink auszuführen. Der Annex, welcher nicht wie verlangt mit einer naturbelassenen Fichtenholzschalung verkleidet, sondern mit einer grau gestrichenen Holzschalung versehen worden sei, müsse farblich angepasst werden. In Abstimmung damit sei eine Absturzsicherung beim Spielplatz zu streichen. Weitere festgestellte Abweichungen würden – abgesehen von den Raff-Lamellenstoren, deren Farbgebung noch nicht habe überprüft werden können – akzeptiert.

Damit hat der Gemeinderat geprüft, ob die von der ursprünglichen Baubewilligung bzw. dem ursprünglich genehmigten Farb- und Materialkonzept abweichend ausgeführten Arbeiten nachträglich bewilligt werden können. Bestimmte Ausführungen entsprechend dem Gesuch vom 29. November 2023 hat er akzeptiert und damit nachträglich bewilligt. Bezüglich Fassade, Dachziegeln, Lukarnen/Spenglerarbeiten, Annex und Absturzsicherung hielt der Gemeinderat an der bewilligten Farbgebung bzw. Materialisierung fest und verlangte die Herstellung des rechtmässigen Zustands. Der betref-

fende Entscheid erging im nachträglichen Baubewilligungsverfahren gemäss § 159 Abs. 1 BauG (vgl. ANDREAS BAUMANN, in: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 60 N. 122). Solche Anordnungen gehen über die technische Umsetzung einer Verpflichtung hinaus und haben den Charakter eines neuen Sachentscheids, da sie neue Pflichten (Beseitigung und Herstellung) begründen, über die noch nicht materiell-rechtlich entschieden worden ist (vgl. AGVE 2011, S. 263).

1.6.

Beim Beschluss des Gemeinderats vom 8. Januar 2024 handelt es sich somit um einen Sachentscheid, der nicht direkt mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden kann. Dies gilt unabhängig von der angefügten fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung. Eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung vermag kein gesetzlich nicht gegebenes Rechtsmittel zu schaffen (Urteil des Bundesgerichts 5D_100/2014 vom 19. September 2014, Erw. 2.3.2; 4A_56/2009 vom 11. August 2009, Erw. 8.1; PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, Rz. 758). Tatsächlich kann der Sachentscheid beim BVU angefochten werden; dessen Entscheid wiederum unterliegt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (vgl. vorne Erw. 1.4).

Diese Schlussfolgerung gilt unabhängig davon, dass den Beschwerdeführenden in Ziff. 9 des angefochtenen Beschlusses die Ersatzvornahme angedroht wird. § 81 Abs. 2 VRPG sieht vor, dass die Zwangsandrohung in der zu vollstreckenden Anordnung selbst oder durch nachträglichen Entscheid ergehen kann. Folglich ändert sich an der Qualifikation als Sachentscheid nichts, wenn darin gleichzeitig die Ersatzvornahme angedroht wird.

1.7.

Somit ist auf die Beschwerde mangels Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts nicht einzutreten. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführenden (Replik, S. 3) besteht keine Grundlage, um das vorliegende Beschwerdeverfahren abzuschreiben. Da die Sachurteilsvoraussetzungen auch im Urteilszeitpunkt vorliegen müssen, wäre die Beschwerde dann als gegenstandslos abzuschreiben, wenn eine Sachurteilsvoraussetzung zwar bei ihrer Einreichung vorlag, aber während des Verfahrens dahinfiel (vgl. MERKER, a.a.O., Vorbem. zu § 38 N. 7 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 696).

Bei diesem Ergebnis werden die prozessualen Anträge der Beschwerdeführenden gegenstandslos.

Eine Überweisung der Angelegenheit an das zuständige BVU (§ 8 Abs. 2 VRPG) erübrigt sich, nachdem die Beschwerdeführenden bei diesem ebenfalls Beschwerde erhoben haben.

II.

1.

Im Beschwerdeverfahren werden die Verfahrenskosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt; den Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden haben (§ 31 Abs. 2 VRPG). Entsprechend dieser Regelung haben grundsätzlich die Beschwerdeführenden die verwaltungsgerichtlichen Kosten zu tragen. Sie argumentieren demgegenüber, ihnen dürften im Beschwerdeverfahren aufgrund der fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung keine Kosten auferlegt werden (Replik, S. 3).

Einerseits ist zu einem gewissen Grad nachvollziehbar, dass sich die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden aufgrund der unrichtigen Rechtsmittelbelehrung (mit einer unzuständigen Beschwerdeinstanz und einer zu kurzen Beschwerdefrist) veranlasst sahen, gleichzeitig Beschwerde beim BVU und beim Verwaltungsgericht zu erheben. Dies gilt umso mehr, als der Rechtsvertreter nach Massgabe der anwaltlichen Sorgfaltspflicht darauf bedacht sein musste, nicht fälschlicherweise auf die Einlegung eines Rechtsmittels zu verzichten. Andererseits erscheint wesentlich, dass sich die Zuständigkeitsfrage mit einer vertiefteren Auseinandersetzung mit den massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen ohne Weiteres hätte klären lassen. Hinzu kommt, dass der Mangel nach Auffassung der Beschwerdeführenden derart eklatant war, dass sie gar von einem nichtigen Gemeinderatsbeschluss ausgehen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde, S. 5). Aufgrund dieser Überlegungen rechtfertigt es sich, entgegen dem Verfahrensausgang nicht die gesamten, aber doch die Hälfte der Verfahrenskosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen; die andere Hälfte ist vom Kanton zu tragen. Die Voraussetzungen dafür, dass der Vorinstanz Kosten aufzuerlegen wären (ein schwerwiegender Verfahrensfehler oder ein willkürlicher Entscheid), sind vorliegend nicht gegeben.

2.

Im Beschwerdeverfahren werden die Parteikosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt (§ 32 Abs. 2 VRPG). Eine Einschränkung entsprechend der Regelung bei den Verfahrenskosten, wonach den Behörden Verfahrenskosten nur auferlegt werden, wenn sie schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden haben, sieht das Gesetz bei der Parteikostenverteilung nicht vor (AGVE 2009, S. 278 f.). Dem Gemeinderat Q._____ wäre nach Massgabe des Verfahrensausgangs grundsätzlich eine Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdeführenden zuzusprechen. Aufgrund der fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung im gemeinderätlichen Entscheid beanspruchen die Beschwerdeführenden demgegenüber ihrerseits vom Gemeinderat eine Parteientschädigung (Replik, S. 3).

Entsprechend den Erwägungen betreffend die Verlegung der Verfahrenskosten (vgl. vorne Erw. 1) rechtfertigt es sich, abweichend vom Verfahrensausgang die Parteikosten wettzuschlagen.

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 1'200.00 sowie der Kanzleigebühr und den Auslagen von Fr. 168.00, gesamthaft Fr. 1'368.00, sind zur Hälfte mit Fr. 684.00 von den Beschwerdeführenden zu bezahlen (unter solidarischer Haftbarkeit). Die übrigen verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Kantons.

3.

Es werden keine Parteikosten ersetzt.

Zustellung an:

die Beschwerdeführenden (Vertreter)

den Gemeinderat Q. _____ (Vertreter)

Mitteilung an:

das Departement Bau, Verkehr und Umwelt (BVU), Rechtsabteilung

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Dieser Entscheid kann wegen Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten sowie interkantonalem Recht innert **30 Tagen** seit der Zustellung mit **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern sei, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 82 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110] vom 17. Juni 2005).

Aarau, 25. März 2024

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiber:

Michel

Meier