

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

1C 400/2014

Urteil vom 4. Dezember 2014

I. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Aemisegger, Eusebio,
Gerichtsschreiber Stohner.

Verfahrensbeteiligte
B.A._____ und C.A._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Fürsprecher Dr. Urs Oswald,

gegen

Erbengemeinschaft D._____, bestehend aus:
E.D._____,
F.D._____,
G.D._____,
Beschwerdegegner,

Gemeinderat Jonen,
Departement Bau, Verkehr und Umwelt des Kantons Aargau.

Gegenstand
Baubewilligung,

Beschwerde gegen das Urteil vom 16. Juni 2014 des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau, 3. Kammer.

Sachverhalt:

A.

Mit Beschluss vom 26. März 2012 erteilte der Gemeinderat Jonen dem mittlerweile verstorbenen D._____ und seiner Ehefrau E.D._____ die Baubewilligung für eine Böschungssanierung mit Errichtung einer Stützmauer auf der Parzelle Gbbl. Nr. 181 in Jonen. Gleichzeitig wies er die Einwendung von B.A._____ und C.A._____, Eigentümer des an die Bauparzelle grenzenden Grundstücks Gbbl. Nr. 165, ab.

Am 24. April 2012 erhoben B.A._____ und C.A._____ Verwaltungsbeschwerde an das Departement Bau, Verkehr und Umwelt des Kantons Aargau. Dieses führte am 20. September 2012 einen Augenschein durch. Mit Entscheid vom 14. Juni 2013 wies es die Beschwerde ab.

Die von B.A._____ und C.A._____ am 16. August 2013 eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde-

de wies das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 16. Juni 2014 ab.

B.

Mit Eingabe vom 29. August 2014 führen B.A._____ und C.A._____ Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht und beantragen in der Hauptsache, das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 16. Juni 2014 sei aufzuheben, und das Baugesuch für die Erstellung einer Stützmauer sei abzuweisen.

Das Departement Bau, Verkehr und Umwelt und das Verwaltungsgericht beantragen in ihren Stellungnahmen die Beschwerdeabweisung. Die Erbgemeinschaft D._____ und der Gemeinderat Jonen haben sich nicht vernehmen lassen.

Die Beschwerdeführer halten an ihrem Standpunkt und an ihren Anträgen fest. Ihre Vernehmlassung wurde den übrigen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zugestellt.

Erwägungen:

1.

Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz ist ein Endentscheid einer letzten kantonalen Instanz (Art. 82 lit. a i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 90 BGG). Ihm liegt ein Beschwerdeverfahren über ein Baubegehren und damit eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit zu Grunde. Die Beschwerdeführer haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen (Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG). Sie sind als Nachbarn zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten legitimiert (Art. 89 Abs. 1 lit. b und c BGG; BGE 133 II 249 E. 1.3.3 S. 253 f.). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1. Das vom Gemeinderat Jonen am 26. März 2012 bewilligte Bauvorhaben der Beschwerdegegner beinhaltet eine Terrainveränderung durch Aufschüttung und - zur Sicherung dieser Terrainveränderung - die Errichtung einer zweistufigen Stützmauer an der Grenze zum Grundstück der Beschwerdeführer.

Im kantonalen Verfahren war die Auslegung von § 36 Abs. 2 der kommunalen Bau- und Nutzungsordnung vom 2. März 2004 (BNO/Jonen) umstritten. Nach dieser Bestimmung hat, wer an seinem Grundstück die Höhenlage verändert, das Erdreich mit Böschungen und nötigenfalls mit Stützmauern zu sichern. Stützmauern (in der Regel Steine oder Beton) dürfen innerhalb des Baugebiets bis zu einer Höhe von 1,20 m an die Grenze gestellt werden. Höhere Stützmauern sowie Stützmauern ausserhalb des Baugebiets und entlang der Baugebietsgrenzen müssen versetzt und so gegliedert sein, dass bepflanzbare Bermen als Zwischenraum möglich sind.

Der Gemeinderat Jonen folgte im Baubewilligungsentscheid vom 26. März 2012, die Anforderungen von § 36 Abs. 2 BNO/Jonen seien eingehalten.

Das Departement Bau, Verkehr und Umwelt erwog im Entscheid vom 14. Juni 2013 hingegen, nach dem Willen des Gesetzgebers seien Böschungen das primäre Sicherungsinstrument; Stützmauern seien gemäss § 36 Abs. 2 Satz 1 BNO/Jonen nur "nötigenfalls" erlaubt. Die zu beurteilende Stützmauer werde für die Hangsicherung nicht benötigt, denn diesen Zweck könne auch eine Böschung erfüllen. Das Bauvorhaben verstosse deshalb gegen § 36 Abs. 2 Satz 1 BNO/Jonen. Der Gemeinderat Jonen habe indes in Wohnquartieren schon mehrfach Stützmauern bewilligt, ohne zu prüfen, ob die topografischen Verhältnisse eine Mauer erforderten. Sobald eine Stützmauer die Höhenvorschriften und den Grenzabstand nach § 36 Abs. 2 BNO/Jonen wahre, werde die Bewilligung erteilt. Diese gesetzeswidrige Praxis lasse sich anhand diverser Referenzobjekte belegen. Entwickle eine Behörde eine rechtswidrige Praxis und lehne sie es ab, diese aufzugeben, bestehe ein Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht, sofern einem Bauvorhaben keine öffentlichen Interessen oder berechnete Interessen Dritter entgegenstünden. Der streitgegenständlichen Stützmauer zuwiderlaufende öffentliche Interessen seien

nicht ersichtlich; ebenso wenig liege eine übermässige Beeinträchtigung privater Interessen vor. Somit hätten die Beschwerdegegner unter dem Gleichbehandlungsaspekt Anspruch auf Erteilung der Baubewilligung.

Die Vorinstanz hat die Begründung des Departements Bau, Verkehr und Umwelt als überzeugend erachtet und den Entscheid bestätigt.

2.2. Es wird weder von den Beschwerdegegnern noch vom Gemeinderat Jona behauptet und ist auch nicht ersichtlich, dass die kantonalen Instanzen § 36 Abs. 2 Satz 1 BNO/Jona willkürlich angewendet haben. Streitgegenstand bildet einzig die Frage, ob die Vorinstanzen die Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung im Unrecht zu Recht bejaht haben. Die Beschwerdeführer bestreiten dies und rügen eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 BV.

2.3. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung 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 BV; eingehend hierzu Pierre Tschannen, Gleichheit im Unrecht: Gerichtsstrafe im Grundrechtskleid, ZBI 112/2011 S. 57 ff.). 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. Schliesslich dürfen keine überwiegenden Gesetzmässigkeitsinteressen oder Interessen Dritter bestehen (vgl. BGE 139 II 49 E. 7.1 S. 61; 136 I 65 E. 5.6 S. 78 f.; 123 II 248 E. 3c S. 253 f.). Als Grundlage für einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht kommt unter Umständen auch eine rechtswidrige Baubewilligungspraxis in Betracht (vgl. Urteile 1C 398/2011 vom 7. März 2012 E. 3.6 und 1C 330/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 4.1).

2.4. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil ausdrücklich auf diese bundesgerichtliche Rechtsprechung Bezug genommen und ist unter anderem zum Schluss gekommen, der Gemeinderat Jona lehne die Aufgabe seiner in anderen vergleichbaren Fällen geübten gesetzeswidrigen Praxis ab. Der Vertreter der externen Bauverwaltung der Gemeinde Jona habe anlässlich der Augenscheinsverhandlung vom 20. September 2012 im Verfahren vor dem Departement Bau, Verkehr und Umwelt angegeben, man werde auch in Zukunft an der Praxis festhalten, die Notwendigkeit von Stützmauern in Wohnzonen nicht zu prüfen. Die Aussagen liessen erkennen, dass sich der Gemeinderat im Recht wähne und von der Richtigkeit und Angemessenheit seiner Praxis überzeugt sei. Es sei zu erwarten, dass er zumindest in jenen Fällen, in denen einem Bauvorhaben keine Opposition der Nachbarschaft erwachse, weiterhin auch Stützmauern bewilligen werde, wenn ein Gefälle mit einer Böschung aufgefangen werden könnte. Vor diesem Hintergrund hätten die Beschwerdegegner einen Anspruch darauf, dass die von ihnen nachgesuchte Stützmauer in Fortführung der bisherigen rechtswidrigen kommunalen Praxis bewilligt werde, obschon aufgrund der Geländeverhältnisse keine Notwendigkeit für eine Stützmauer bestehe.

2.5. Voraussetzung für eine Gleichbehandlung im Unrecht ist, wie dargelegt (vgl. E. 2.3. hiervor), dass die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden will. Wenn die Behörde rechtmässig zu handeln glaubte und die Rechtswidrigkeit der Vergleichsentscheidung erstmals im Anlassfall gerichtlich festgestellt wird, wird vermutet, die Behörde werde künftig gesetzmässig handeln (Tschannen, a.a.O., S. 74 mit Hinweis auf BGE 112 Ib 381 E. 6 S. 387). Nur wenn eine Behörde nicht gewillt ist, eine bewusst geübte rechtswidrige Praxis aufzugeben, kann das Interesse an der Gleichbehandlung der Betroffenen dasjenige an der Gesetzmässigkeit überwiegen. Äussert sich die Behörde nicht über ihre Absicht, so ist anzunehmen, sie werde aufgrund der Erwägungen des bundesgerichtlichen Urteils zu einer gesetzmässigen Praxis übergehen (BGE 122 II 446 E. 4a S. 451 f.; 115 Ia 81 E. 2 S. 82 f.).

2.6. Der Gemeinderat Jona ging in seiner Baubewilligungsentscheid vom 26. März 2012 (zu Unrecht) davon

aus, die Anforderungen von § 36 Abs. 2 BNO/Jonen seien eingehalten. An diesem Standpunkt hielt er in seiner Vernehmlassung vom 21. Mai 2012 an das Departement Bau, Verkehr und Umwelt ausdrücklich fest. In seiner Stellungnahme vom 9. September 2013 an die Vorinstanz verwies er auf seine Ausführungen vom 21. Mai 2012 und im bundesgerichtlichen Verfahren reichte er keine Vernehmlassung ein.

Der Gemeinderat war sich der Rechtswidrigkeit seiner Bewilligungspraxis somit nicht bewusst und er gibt nicht an, auch inskünftig nicht gesetzeskonform entscheiden zu wollen. Hierfür finden sich auch keine Anhaltspunkte. Insbesondere kann entgegen der Auffassung der Vorinstanz aus den zeitlich vor dem Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 14. Juni 2013 gemachten Aussagen des externen Bauverwalters vom 20. September 2012 nicht geschlossen werden, dieser gehe davon aus, der Gemeinderat wolle eine als gesetzeswidrig qualifizierte Praxis weiterführen.

Die Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung im Unrecht sind daher nicht erfüllt. Die Vorinstanzen haben den Baubewilligungsentscheid des Gemeinderats Jonen zu Unrecht geschützt.

3.

Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Baubewilligung zu verweigern (Art. 107 Abs. 2 BGG). Die Sache ist zu neuem Entscheid im Kosten- und Entschädigungspunkt an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens sind den unterliegenden Beschwerdegegnern aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG). Diese haben den obsiegenden Beschwerdeführern für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 16. Juni 2014 und die Baubewilligung des Gemeinderats Jonen vom 26. März 2012 werden aufgehoben. Die Angelegenheit wird zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.– werden den Beschwerdegegnern auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegner haben den Beschwerdeführern für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Gemeinderat Jonen, dem Departement Bau, Verkehr und Umwelt des Kantons Aargau und dem Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, 3. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 4. Dezember 2014

Im Namen der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Merkli

Der Gerichtsschreiber: Stohner