

4.4.2.

Die Beschwerdeführer verlangen, dass die Mittagsruhe zu gewährleisten sei. Einzig die Kinder der Westallee 13 essen im Freien, wofür ein Holztisch im Garten aufgestellt wurde. Die Kinder essen um 11.30 Uhr bis 12.00 Uhr und halten danach einen Mittagsschlaf. Die Kinder der Westallee 9 nehmen das Essen im Haus ein. Anlässlich der verwaltungsgerichtlichen Augenscheinsverhandlung erklärte die Beschwerdeführerin, von 12.00 Uhr bis 13.00 Uhr sei kein Lärm zu hören. Vor diesem Hintergrund lässt sich die beantragte Auflage nicht rechtfertigen.

(Hinweis: Das Bundesgericht hat eine Beschwerde gegen diesen Entscheid abgewiesen, soweit es darauf eintrat; Urteil vom 6. September 2010 [1C_148/2010]).

28 Gleichbehandlung im Unrecht (Rechtsgleichheit).

Vermutung, Gemeinderat werde von seiner rechtswidrigen Praxis entsprechend dem Entscheid der Rechtsmittelinstanz (und Aufsichtsbehörde) künftig Abstand nehmen.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 26. März 2010 in Sachen A. und B. gegen X. und Y. (WBE.2009.99).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.-3.2. (...)

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 berechnete 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 ausragende 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 berechtigte Interessen Dritter entgegenstehen.

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 (Beschwerdeantwort Gemeinderat). 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.

29 Eigentum an einer Brücke des Kantonalen Wanderwegnetzes; Zuständigkeit für den Unterhalt.

- **Brücken sind Bauten einer bewilligungspflichtigen Nutzung eines Gewässers und damit Eigentum des Strasseneigentümers.**
- **Der Kanton hat nur jene Wanderwege des kantonalen Wanderwegnetzes zu unterhalten, die keinem anderen Zweck dienen bzw. denen keine andere (Erschliessungs-) Funktion zukommt.**