

**DEPARTEMENT
BAU, VERKEHR UND UMWELT**
Rechtsabteilung

BVURA.25.26

ENTSCHEID vom 24. Februar 2025

A._____ AG; Beschwerde gegen den Entscheid des Gemeinderats Q._____ vom 9. Dezember 2024 betreffend nachträglichem Baugesuch für Wärmepumpen auf Dach - Abweisung mit Rückbauverfügung und Busse, Parzelle aaa (Baugesuch bbb); Abweisung

Erwägungen

3. Gesamthöhe

3.1 Ausgangslage

Die von der umstrittenen Anlage betroffene Parzelle aaa liegt in der Wohnzone 2-geschossig (W2), in welcher eine Gesamthöhe (Fassadenhöhe) von 10 m einzuhalten ist (vgl. Bauzonenplan [BZP] und § 8 Bau- Nutzungsordnung [BNO], beide vom 7. Mai 2015). Unbestrittenermassen überschreitet das Gebäude ccc bzw. die auf dem Dach des Attikageschosses erstellten Wärmepumpen die zulässige Gesamthöhe um 0.93 m bzw. 0.96 m (vgl. den angefochtenen Entscheid S. 3 sowie die Beschwerdeschrift Ziff. II/4.2 und 7.3).

Gemäss § 16 i.V.m. Anhang 1 Ziff. 5.1 und Anhang 2 S. 7 BauV ist die Gesamthöhe der grösste Höhenunterschied zwischen dem höchsten Punkt der Dachkonstruktion und den lotrecht darunter liegenden Punkten auf dem massgebenden Terrain. Technisch bedingte Dachaufbauten wie Kamine, Lüftungsanlagen und Sonnenkollektoren zählen aber nicht zur Dachkonstruktion, soweit sie das technisch notwendige Mass nicht überschreiten (damit die Höhenvorschriften nicht umgangen werden können; vgl. IOHB, IVHB-Erläuterungen, Stand 3.9.2013, Ziff. 5.1). Folglich müssten die umstrittenen Wärmepumpen technisch notwendige Dachaufbauten sein, um von der Einhaltung der Gesamthöhe dispensiert zu sein und damit das Vorhaben die Gesamthöhe einhalten könnte.

3.2 Technisch bedingte Dachaufbauten

Technisch notwendig ist eine Dachaufbaute nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann, wenn der Standort auf dem Dach technisch bedingt ist; ihre Gestaltung und Platzierung muss aufgrund technischer Erfordernisse vorgegeben sein (vgl. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 1C_229/2011 vom 8. November 2011, Erw. 2.4.2 und 3.4.1 f. und 1C_198/2007 vom 21. Dezember 2007, Erw. 5.3). Höhenbeschränkungen für Dachaufbauten sind etwa auf Mobilfunkantennen nicht anwendbar, weil diese aus funktechnischen Gründen die umliegenden Gebäude in der Regel überragen müssen, welche Bewertung sich allerdings nicht ohne Weiteres auf das technische Equipment übertragen lässt, da bei Technikschränken der Standort auf dem Dach in der Regel nicht technisch bedingt ist. Technisch bedingt können auch etwa Aufzugssysteme sein, die über eine sog. Liftüberfahrt zwecks Ausführung der Wartungsarbeiten verfügen. Zudem darf es auch keine verhältnismässige Lösung geben, die mit keiner oder einer geringeren Höhenüberschreitung auskommt (vgl. auch Entscheid des Departements Bau,

Verkehr und Umwelt [EBVU] 15.164 vom 25. August 2015, S. 4 und 8). Als Dachaufbauten wurden etwa Kamine, Lüftungsanlagen bzw. -rohre, Kühlanlagen, Solaranlagen, Motorenräume, Liftaufbauten, Dachzugänge und (mit Kunststoffgehäuse ummantelte) Antennen beurteilt (vgl. EBVU 15.164 vom 25. August 2015; Kanton Luzern, Erläuterungen zum PBG, insb. § 139, im Internet: baurechtlu.ch/Erlaeuterungen_PBG; BGer 1C_432/2016 vom 9. Dezember 2016; Entscheid des solothurnischen Verwaltungsgerichts SOG 2006 Nr. 19; Regierungsratsbeschluss [RRB] 2016-1001 vom 7. September 2016, S. 4).

3.3 Umstrittene Wärmepumpen

Bei den umstrittenen Anlagen handelt es sich um Luft-Wasser-Wärmepumpen. Wärmepumpen sind nicht auf einen Standort auf dem Dach angewiesen, regelmässig werden sie im Gebäudeinnern oder im Aussenbereich auf dem Terrain erstellt. Dasselbe gilt für die vorliegend von der Beschwerdeführerin konkret verwendeten Pumpen, das gewählte Produkt Buderus Logatherm WLW196i-14 ARTP120 (vgl. im Internet: https://www.buderus.de/de_bzw._broschuere-logatherm-wlw-196i-ir-data.pdf, S. 18), welche es im Übrigen auch als Innenanlage gibt. Dass (die umstrittenen) Wärmepumpen aus technischen Gründen auf einem Dach erstellt werden bzw. die Gesamthöhe überragen müssten, wird auch von der Beschwerdeführerin nicht behauptet. In den bewilligten Baugesuchsplänen hat sie dementsprechend die Wärmepumpe im Untergeschoss verortet.

Zu demselben Schluss gelangte man, wenn die umstrittenen, von der Beschwerdeführerin konkret errichteten Wärmepumpentypen aufgrund der aktuell vorliegenden Umstände an keinem anderen Ort als auf dem bestehenden Dach erstellt werden könnten, denn diese Umstände änderten nichts daran, dass die Pumpen nicht aus technischen Gründen auf einen Standort auf dem Dach angewiesen wären. Vielmehr wurden die aktuellen Umstände bzw. vermeintlichen Sachzwänge allein durch das (rechtswidrige) Vorgehen der Beschwerdeführerin verursacht. Dazu sei auch auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich bei den umstrittenen Wärmepumpen nicht um Dachaufbauten im Sinne von § 16 i.V.m. Anhang 1 Ziff. 5.1 und Anhang 2 S. 7 BauV handelt, sie auf dem Dach bzw. zufolge Überschreitens der zulässigen Höhe rechtswidrig und folglich einer (nachträglichen) Baubewilligung nicht zugänglich sind. Antrag 1 ist folglich abzuweisen.

Die Beschwerdeführerin verlangt eventualiter, die Baubewilligung sei mit Auflagen und Bedingungen zu erteilen oder die Sache zur Neubeurteilung an den Gemeinderat zurückzuweisen (vgl. Anträge 2 und 3). Allerdings werden diese Anträge nicht näher begründet. Es sind denn auch keine tauglichen Nebenbestimmungen ersichtlich, mit deren Aufnahme die Mängel der bestehenden Anlagen geheilt werden könnten. Zudem ist die Angelegenheit spruchreif und es sind keine Gründe ersichtlich, die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. dazu auch Ziff. 2.3).

3.4 Rechtsgleichheit

Die Beschwerdeführerin verlangt eventualiter die Erteilung der Baubewilligung aus Rechtsgleichheitsüberlegungen. Dies ist aus folgenden Gründen abzulehnen:

Der in Art. 8 Abs. 1 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; 125 I 168; 118 Ib 416; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1991, S. 319). Bei den von der Beschwerdeführerin angeführten Kaminen handelt es sich nicht um tauglich Vergleichsobjekte, zumal für diese besondere Bestimmungen gelten: Zu beachten sind etwa Art. 6 der Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV; SR 814.318.142.1) und die in erster Linie auf Feuerungsanlagen ausgerichtete, vom Bundesamt für Umwelt (BAFU) erlassene Voll-

zugshilfe "Mindesthöhen von Kaminen über Dach, Kamin-Empfehlungen". Dass in Q._____ zahlreiche, in ihrer Ausgestaltung über das technisch Notwendige hinausgehende Kamine bewilligt worden seien, ist weiter eine reine, durch nichts belegte Behauptung der Beschwerdeführerin. Zwar sind in den Bildern in der Beschwerdeschrift Dachaufbauten ersichtlich, die Beschwerdeführerin belegt aber nicht, dass es sich um vergleichbare Fälle handelt, unter Geltung welchen Rechts etwa die Anlagen bewilligt wurden, in welcher Zone sie sich aktuell befinden, welche (Höhen-)Beschränkungen galten oder gelten und dass diese überschritten wurden oder werden. Darüber hinaus werden nur drei vermeintliche Vergleichsobjekte angeführt.

Sollte die Beschwerdeführerin gestützt auf die "Gleichbehandlung im Unrecht" etwas zu ihren Gunsten ableiten wollen, wäre dem entgegenzuhalten, dass der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung nach gefestigter Rechtsprechung in der Regel dem Prinzip der gleichmässigen Rechtsanwendung vorgeht. 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 dann Anspruch, wenn die Behörde eine eigentliche gesetzwidrige Praxis entwickelt hat und an dieser festzuhalten gedenkt, es also ablehnt, diese aufzugeben. Selbst wenn die Voraussetzungen für eine unrechtsgleiche Behandlung erfüllt sind, können dieser öffentliche Interessen oder berechnete Interessen Dritter entgegenstehen (BGE 127 I 2 f.; 123 II 254; vgl. zum Ganzen auch Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau [VGE] vom 31. Juli 1997 [BE.96.00278], S. 15). Allein drei vermeintliche Vergleichsfälle vermögen noch keine gefestigte Rechtsprechung zu begründen. Darüber hinaus bedeutete der umstrittene Entscheid eine Abkehr von einer allfälligen rechtswidrigen Praxis. Damit besteht in casu kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht.

(...)

5. Auferlegung von Gutachterkosten

(...)

5.2 Einordnung der Gutachterkosten

In casu ist die Überwälzung der Kosten für ein Gutachten auf die Beschwerdeführerin umstritten. Da diese Kosten im Rahmen der Prüfung des Baugesuchs und somit im Rahmen der amtlichen Tätigkeit des Gemeinwesens entstanden sind, werden sie als Verfahrenskosten zu den Verwaltungsgebühren gezählt. Diese definieren sich als Entgelt für eine staatliche Tätigkeit (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 2765 ff.; vgl. VGE vom 24. August 2017 [WBE.2017.31], Erw. 5.2). Gemäss Rechtsprechung ist es unerheblich, ob die Kosten für die Einholung des Fachgutachtens im Anwendungsbereich von § 5 Abs. 2 BauG als "Gebühr" oder "Kosten" zu qualifizieren sind. Wenn externe Fachpersonen aufgrund ihrer Sachkunde zur Beurteilung von baubewilligungsrelevanten Fragen konsultiert werden, unterstützen sie damit den Gemeinderat bei der Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit. (VGE vom 15. Juli 2019 [WBE.2019.38], Erw. 2.3, S. 9 f.). Daher sind auch die vorliegenden Kosten für den Beizug der B._____ GmbH, welche als Auslagen des Verfahrens gelten (vgl. MARTIN GOSSWEILER, in: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2013, § 5 N 18) und damit im Zusammenhang mit der Prüfung und Beurteilung des Baugesuchs angefallen sind, ebenfalls im Lichte des Legalitätsprinzips zu betrachten und bedürfen einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage.

5.3 Vorliegend gegebene rechtliche Grundlagen

Rechtliche Grundlagen zur Anordnung von Gutachten durch Fachleute und die Überwälzung der dadurch verursachten Kosten sind in folgenden Bestimmungen enthalten: Nach § 33 BNO kann der Gemeinderat hinsichtlich Sicherheit, Fundament, Konstruktion, Material, Schallschutz, Feuchtigkeitsisolation usw. zur Überprüfung der Einhaltung der technischen Bauvorschriften, wenn nötig, auf Kosten

der Bauherrschaft eine Begutachtung durch Fachleute anordnen und besondere Massnahmen verlangen, soweit überwiegende Interessen dies erfordern. § 50 BNO bestimmt, dass die Gebühren und die Tragung der weiteren Verfahrenskosten (Auslagen für externe Fachleute und regionale Stellen, Expertisen usw.) sich nach dem Gebührenreglement der Gemeinde richten. Gemäss § 4 Abs. 1 lit. e des Reglements über die Gebühren im Bauwesen (Gebührenreglement zur Bau- und Nutzungsordnung) der Gemeinde Q._____ vom 25. Juli 2016 haben Gesuchsteller die Kosten für Gutachten zu tragen.

§ 4 des Gebührenreglements lässt sich entnehmen, dass Gesuchsteller neben den Behandlungsgebühren gemäss § 1 und Gebühren für besonderen Aufwand nach § 3 auch die Kosten für zusätzliche Auslagen wie Gutachten zu tragen haben. Aus diesen kommunalen gesetzlichen Grundlagen ergibt sich, dass die Baugesuchsteller die Kosten tragen sollen und sie damit das Subjekt der Abgabe darstellen. Weiter legen diese Bestimmungen auch den Gegenstand der Abgabe fest, wobei im vorliegend relevanten Bereich die Einholung eines Gutachtens den abgabebegründenden Tatbestand bildet. Bezüglich der Bemessungsgrundlage lassen sich hingegen die für eine Beiziehung von Fachleuten basierend auf § 4 zu erwartenden Kosten weder konkret berechnen noch annähernd ausgehend von einem Stundenansatz oder einem Kostenrahmen abschätzen, dies im Gegensatz zu den Baubewilligungsgebühren nach § 1, die sich durch den festgesetzten Promillesatz der Baukosten genau berechnen lassen oder durch einen Maximalbetrag (von in casu Fr. 2'000.–) begrenzt sind, für welche zudem eine Minimalgebühr gilt und die damit für die Bauherrschaft entsprechend vorhersehbar sind. Über die Höhe der in casu mit dem eingeholten Gutachten verbundenen Kosten lässt sich weder aus der BNO noch aus dem Gebührenreglement etwas ableiten.

Es stellt sich die Frage, ob unter diesen Umständen § 4 des Gebührenreglements als ausreichende gesetzliche Grundlage betrachtet werden kann, um der Beschwerdeführerin die Kosten für das Gutachten aufzuerlegen. Dazu ist Folgendes anzuführen: Nachdem sowohl die BNO als auch das Gebührenreglement von der Gemeindeversammlung beschlossen wurden, erfüllen sie das Erfordernis der Gesetzesform. Die Grundlagen für die Bemessung der Kosten des Bezugs einer sachverständigen Person bzw. der Einholung eines Gutachtens müssen sich zwar nicht zwingend aus den erwähnten Bestimmungen ergeben, nachdem bei kostenabhängigen Kausalabgaben, insbesondere bei Verwaltungsgebühren, als Surrogat für eine Bemessungsgrundlage in einem formellen Gesetz das Äquivalenzprinzip und Kostendeckungsprinzip herangezogen werden dürfen. Wie zuvor ausgeführt, entbindet dies die Gemeinde jedoch nicht davon, wenigstens in einem generell-abstrakten unterstufigen Erlass des Gemeinderats zu regeln, wie die von der Bauherrschaft zu tragenden Kosten im Falle eines Bezugs einer Fachperson bzw. der Einholung eines Gutachtens bemessen werden. Von einer näheren Konkretisierung der Kosten kann einzig dann abgesehen werden, wenn objektive Gründe vorliegen, weshalb die Kosten jeweils erst im Einzelfall bestimmt bzw. mit der Fachperson individuell ausgehandelt werden können. In casu liegt allerdings keine unterstufige Bestimmung vor.

5.4 Rechtsprechung

Zwar ist grundsätzlich der Gemeinderat als Baubewilligungsbehörde für die Beurteilung der Baugesuche zuständig, es entspricht jedoch der gängigen Praxis, dass er sich dabei durch externe Fachpersonen beraten und unterstützen lässt. Das Verwaltungsgericht äusserte sich in einem neueren Entscheid (VGE vom 15. Juli 2019 [WBE.2019.38], Erw. 2.3) zur Erhebung der Kosten für die Beratungstätigkeit der Ortsbildkommission zu Lasten der Bauherrschaft und führte dazu unter anderem Folgendes aus:

"Die Vorinstanz hält dafür, ausserhalb eines konkreten Anwendungsfalls könne kein genauer Kostenrahmen festgelegt werden. Abgesehen davon, dass Kostenrahmen per definitionem nicht genau sind, sondern einen Unschärfe- oder Ermessensbereich beinhalten, spricht nichts dagegen, zumindest den der Ortsbildkommission für ihre Beratungstätigkeit (inklusive Fachbericht) zu vergütenden Stundenansatz generell-abstrakt zu regeln. Immerhin ist die Ortsbildkommission ein vom Gemeinderat bestelltes Gremium (vgl. § 71 Abs. 1 BNO), das regelmässig für den Gemeinderat tätig wird, insbesondere Baugesuche in ortsbildsensiblen Gebieten prüft, und sich dabei an bestimmte Abläufe zu halten hat (vgl. dazu die Leitlinien für Geschäfte der Ortsbildkommission; vorinstanzliche Akten, act. 32, Beilage 2).

Insofern sind die Mitglieder der Ortsbildkommission nicht mit einem für die Beurteilung von Einzelfragen bestellten externen Gutachter vergleichbar, mit welchem der Gemeinderat das Entgelt für den Gutachterauftrag im Einzelfall aushandeln muss und der bei der Abwicklung des Auftrags mehr oder weniger grosse Freiheiten geniesst. Es sind folglich keine Praktikabilitätsgründe ersichtlich, die einer Festlegung des Stundenansatzes für die Beratungstätigkeit der Ortsbildkommission in einem generellabstrakten Erlass entgegenstünden, sei es in der BGO selber oder in dazugehörigen Ausführungsbestimmungen des Gemeinderats. Obendrein sollte eine gewisse Schematisierung des für die Beurteilung eines Baugesuchs anfallenden Aufwands, allenfalls abgestuft nach Grösse und Bedeutung des Bauvorhabens, durchaus im Bereich des Möglichen liegen. Mit Sicherheit existieren dazu Erfahrungswerte der Ortsbildkommission, die vermutlich auch konsultiert werden, wenn es darum geht, die Bauherrschaft gemäss § 2 Abs. 2 BGO vorgängig über den mutmasslichen Kostenrahmen zu orientieren. Auf diese Weise könnten schon auf Stufe eines generellabstrakten Erlasses nicht allzu weit gefasste (abgestufte) Kostenrahmen oder Obergrenzen bestimmt werden."

5.5 Prüfung der vorhandenen Grundlagen

Es ist davon auszugehen, dass der Gemeinderat Q._____ unter bestimmten Umständen externe Gutachten einverlangt. Allerdings ging es bei der sich dem Gemeinderat im vorliegenden Verfahren konkret stellenden Problematik um einen Sonderfall, um die Beantwortung einzelfallspezifischer Fragen (Prüfung von Alternativstandorten für die bestehenden Wärmepumpen [und einem Alternativmodell] unter verschiedenen Aspekten wie Platzbedarf, Lärm, Einpassung, Arten von Investitionen und ihren Kosten). Es waren damit Fragen zu beurteilen, die nicht ähnlich mit einer gewissen Regelmässigkeit vorkommen und für welche dem Gemeinderat bereits gewisse Erfahrungswerte (bezüglich der Kosten für ein Gutachten) vorlagen. Sie gehörten vielmehr zum Sammelsurium von Thematiken, bei welchen Ausmass und Komplexität stark variieren, sodass aufgrund der Vielfältigkeit der möglichen Sachverhalte die zu erwartenden Kosten erst im Einzelfall konkretisiert und sachgerecht festgelegt werden können. Der vorliegende Fall unterscheidet sich insofern grundlegend vom dem vom Verwaltungsgericht beurteilten Fall der Beratungstätigkeit einer Ortsbildkommission. Es handelt sich vielmehr um den vom Verwaltungsgericht erwähnten Fall eines zur Beurteilung von Einzelfragen bestellten externen Gutachters, mit welchem der Gemeinderat das Entgelt für den Gutachterauftrag im Einzelfall aushandeln muss und der bei der Abwicklung des Auftrags mehr oder weniger grosse Freiheiten geniesst.

Unter Verweis auf die neuere Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts kann damit festgehalten werden, dass die vorliegende Regelung von § 4 Abs. 1 lit. e des Reglements über die Gebühren im Bauwesen (Gebührenreglement zur Bau- und Nutzungsordnung) eine genügende gesetzliche Grundlage für die Auferlegung der Gutachterkosten an die Beschwerdeführerin ist und folglich kein Grund besteht, die monierte Kostenregelung zu korrigieren.

(...)