

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00251 vom 26. November 2008**

ZH Verwaltungsgericht, 2008-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2008.00251](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2008.00251)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00251 du 26 novembre 2008

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00251 del 26 novembre 2008

## **Regeste**

Baubewilligung | Baubewilligung für Mobilfunk-Antennenanlage: Beurteilung einer kommunalen Bestimmung über die Zulässigkeit von Dachaufbauten auf Flachdächern. Gemäss Art. 31 Abs. 2 BZO sind über Flachdächern nur "Kamine und Lüftungselemente" gestattet. Nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung sind damit andere Aufbauten nicht zulässig, und zwar auch solche, die wie "gewöhnliche Mobilfunk-Basisstationen" noch unter den Begriff der kleineren technischen Aufbauten im Sinn von § 292 PBG fallen (E. 2.3). Art. 31 Abs. 2 BZO stellt eine Gestaltungsvorschrift dar und gerät damit nicht in Konflikt mit dem bundesrechtlich abschliessend geregelten Immissionschutz. Die gestalterische Zielsetzung wird durch Art. 30 BZO betreffend Dachformen unterstrichen, wonach grundsätzlich Schrägdächer vorgeschrieben und Flachdächer auf Hauptgebäuden nur bei besonders guter Gestaltung und bei terrassierten Gebäudeteilen gestattet sind. Die Regelung in Art. 30 BZO hat zur Folge, dass das Verbot zur Errichtung von Antennen auf Flachdachbauten nur bei einem geringen Teil der möglichen Antennenstandorte eingreift und damit die Auswirkungen als örtlich begrenzt erscheinen. Dass durch das Verbot die Errichtung von Mobilfunkantennen dennoch faktisch verunmöglicht wird und somit eine bundesrechtlich unzulässige Beeinträchtigung der Versorgung mit Mobilfunkdiensten und des Wettbewerbs zwischen den Mobilfunkanbietern darstellt, legt die Beschwerdeführerin nicht dar (E. 2.4.2). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerdegegnerschaft stellt das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin infrage, da der Mietvertrag für den Antennenstandort rechtsgültig gekündigt worden sei. In ihrer Stellungnahme vom 30. Oktober 2008 widerspricht die Beschwerdeführerin dieser Darstellung; die Kündigung sei infolge Missachtung der vertraglichen Kündigungsmodalitäten ungültig erfolgt, weshalb die Beschwerdeführerin auf die Anfechtung der durch den Eigentümer der Standortliegenschaft erfolgten Kündigung habe verzichten können. Ob eine rechtsgültige Kündigung des Mietverhältnisses für den Antennenstandort vorliegt, ist eine für die Prüfung des Rechtsschutzinteresses der Beschwerdeführerin zu beantwortende zivilrechtliche Vorfrage. Mangels eines Entscheids des zuständigen Zivilrichters steht einer vorfrageweisen Prüfung nichts im Wege (RB 1983 Nr. 70). Wie sich aufgrund der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 30. Oktober 2008 ergibt, wird die Gültigkeit der vom Eigentümer der Standortliegenschaft ausgesprochenen Kündigung bestritten. Aufgrund der vorliegenden Akten ist die Rechtsgültigkeit der Kündigung auch nicht offensichtlich, weshalb vom Fortbestehen des Rechtsschutzinteresses des Beschwerdeführers auszugehen ist (VGr, 14. Juli 2004,

## **E. 2**

Die Baurekurskommission hat die Baubewilligung für die geplante Antenne wegen Verletzung von Art. 31 Abs. 2 der Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Herrliberg vom 21. Juni 1995 (BZO) aufgehoben. Nach dieser Bestimmung sind über Flachdächern nur Kamine und Lüftungselemente gestattet. Nach der Auffassung der Rekurskommission stellt die Mobilfunkantenne, soweit sie die tatsächliche oder bei Flachdachgebäuden die so genannte hypothetische Schrägdachfläche durchstösst (vgl. § 292 in Verbindung mit § 281 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 [PBG]), eine Dachaufbaute dar. Mit einer Höhe von 3,9 m durchstosse die geplante Mobilfunkantenne wegen ihrer Positionierung nahe beim Dachrand die hypothetische Schrägdachfläche um 1,0 m (bzw. mit Blitzableiter um rund 2,0 m), weshalb sie insofern eine nach Art. 31 Abs. 2 BZO unzulässige Dachaufbaute darstelle.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin hält dieser Auffassung entgegen, dass die kommunale Baubehörde zutreffend davon ausgegangen sei, dass das Mehrfamilienhaus L-Strasse 01 den unteren Teil des Antennenmasts ersetze, weshalb es sich beim verbleibenden Teil der Antenne nicht um eine Dachaufbaute im Sinn von Art. 31 Abs. 2 BZO handle, sondern um den Rest einer insgesamt 14,51 m hohen Antennenanlage. Diese Auslegung sei nicht abwegig, sondern entspreche dem Zweck der Bestimmung, welcher darin bestehe, Flachdächer grundsätzlich einheitlich zu gestalten, beispielsweise durch das Verbot von Parabolantennen. Jedenfalls sei die Auslegung des kommunalen Rechts durch die Baubehörde vertretbar, weshalb die Rekurskommission in Überschreitung ihrer Überprüfungsbefugnis den durch die Gemeindeautonomie gewährleisteten Auslegungsspielraum der Gemeindebehörde verletzt habe. Die Auffassung der Vorinstanz führe zu einer unzulässigen Einschränkung für den Bau von Mobilfunkantennen in Herrliberg, die de facto die Verwirklichung der Ziele des Fernmelderechts infrage stelle und gegen die Informations- und Wirtschaftsfreiheit verstosse. Sodann stellten Mobilfunkantennen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts kleinere technisch bedingte Dachaufbauten im Sinn von § 292 PBG dar, welche über die tatsächliche bzw. hypothetische Dachfläche hinausragen dürften. Die Beschwerdegegnerschaft macht demgegenüber geltend, die Vorinstanz habe die Antenne zu Recht als Dachaufbaute qualifiziert. Die Auffassung der örtlichen Baubehörde, bei der Antenne handle es sich nicht um eine Dachaufbaute im Sinn von Art. 31 Abs. 2 BZO, sondern um den Rest einer insgesamt 14,51 m hohen Antennenanlage, widerspreche dem Wortlaut der Bestimmung und sei abwegig. Vielmehr sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz die Antenne unabhängig von ihrer Positionierung als nach Art. 31 Abs. 2 BZO auf einem Flachdach unzulässige Dachaufbaute zu qualifizieren. Mit dieser Bestimmung habe die Gemeinde von der ihr durch § 292 PBG eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, aus gestalterischen Gründen verschärfte Bestimmungen über die zulässigen Dachaufbauten zu erlassen. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 BZO seien nur Kamine und Liftaufbauten zulässig und nicht generell "kleinere technisch bedingte Aufbauten". Auch wenn in Herrliberg deshalb keine Antennen auf Flachdächern errichtet werden könnten, bleibe eine hinreichende Abdeckung mit Mobilfunkdiensten gewährleistet.

### **E. 2.2**

Das kantonale Recht regelt in § 292 PBG die Dachaufbauten lediglich insoweit, als "nichts anderes bestimmt ist". Damit wird ausdrücklich eine kommunale Regelungskompetenz begründet, auf die sich Art. 31 BZO betreffend Dachaufbauten stützen kann. Die Auslegung von solchen kompetenzgemäss erlassenen kommunalen Vorschriften durch die Gemeindebehörden ist nach ständiger Rechtsprechung zu schützen, wenn sie vertretbar und nicht rechtsverletzend ist; die kantonalen Rechtsmittelinstanzen haben sich deshalb bei der Überprüfung zurückzuhalten (RB 1981 Nr. 20; VGr, 19. Mai 1988, BEZ 1988 Nr. 14 E. 1h). Zudem handelt es sich bei den Vorschriften über Dachformen und -aufbauten um Gestaltungsvorschriften. Auch insofern steht der örtlichen Baubehörde eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit bzw. ein besonderer Beurteilungsspielraum zu (RB 1981 Nr. 20; VGr, 1. November 2006, BEZ 2006 Nr. 55, E. 3.1; Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 20 N. 19). Diesen hat die Rechtsmittelinstanz zu respektieren, wenn der Entscheid auf einer vertretbaren Würdigung der massgebenden Sachumstände beruht. Sie darf nur dann einschreiten, wenn die ästhetische Würdigung der kommunalen Behörde sachlich nicht mehr vertretbar ist (RB 1981 Nr. 20, 1986 Nr. 116; Kölz/Bosshart/Röhl, § 20 N. 19; vgl. auch BGr, 21. Juni 2005, ZBl 107/2006, S. 430 ff., E. 3.2 und 4, mit Bemerkungen von Arnold Marti).

### **E. 2.3**

Wie das Verwaltungsgericht zur kantonalrechtlichen Bestimmung betreffend Dachaufbauten erwogen hat, stellt eine "gewöhnliche Mobilfunk-Basisstation" eine kleinere technisch bedingte Aufbaute in Sinn von § 292 PBG dar und darf deshalb über die tatsächliche bzw. zulässige Dachebene hinausragen (RB 2000 Nr. 104 = BEZ 2000 Nr. 52 = URP 2001, S. 163). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz bedeutet dies jedoch nicht, dass Mobilfunkantennen, welche diese Ebene nicht durchstossen, allgemein nicht als Dachaufbauten gelten. Enthält wie hier das kommunale Recht eine eigene Regelung der zulässigen Dachaufbauten, so ist in erster Linie nach diesen Bestimmungen zu ermitteln, welche baulichen Vorkehrungen als Dachaufbauten erfasst werden. Unter der Marginalie "Dachaufbauten und -einschnitte" gestattet Art. 31 Abs. 2 BZO über Flachdächern nur "Kamine und Lüftungselemente". Nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung sind damit andere Aufbauten nicht zulässig, und zwar auch solche, die wie "gewöhnliche Mobilfunk-Basisstationen" noch unter den Begriff der kleineren technisch bedingten Aufbauten im Sinn von § 292 PBG fallen. Dass dieser Wortlaut nicht den richtigen Sinn der Bestimmung wiedergibt, wird nicht geltend gemacht, und die im Rekursverfahren von der örtlichen Baubehörde vertretene Auffassung, bei der Antenne handle es sich nicht um eine Dachaufbaute im Sinn von Art. 31 Abs. 2 BZO, weil der Aufbau nur den Rest der weitgehend durch das Standortgebäude ersetzten, insgesamt 14,51 m hohen Antennenanlage umfasse, ist offenkundig abwegig. Damit vermag die von der Vorinstanz vorgeschlagene Verschiebung der Antenne zur Dachmitte die Bewilligungsfähigkeit nicht herbeizuführen.

### **E. 2.4**

Hingegen stellt sich die Frage, ob die von der Gemeinde vertretene Auslegung, dass Art. 31 Abs. 2 BZO nicht auf Mobilfunkantennen anwendbar sein soll, von Bundesrechts wegen geboten ist.

#### **E. 2.4.1**

Die bundesrechtliche Regelung betreffend Mobilfunkantennen ist insoweit abschliessend, als sie den Schutz vor nichtionisierender Strahlung betrifft, weshalb insofern für kantonales oder kommunales Recht kein Raum bleibt (BGE 133 II 321 E. 4.3.4; 133 II 64 E. 5.2). Hingegen sind die Gemeinden im Rahmen ihrer bau- und planungsrechtlichen Zuständigkeiten befugt, Bau- und Zonenvorschriften in Bezug auf Mobilfunk-Sendeanlagen zu erlassen, sofern sie die bundesrechtlichen Schranken beachten, die sich unter anderem aus dem Bundesfernmelderecht ergeben. Insbesondere dürfen die kommunalen Vorschriften nicht die in der Fernmeldegesetzgebung konkretisierten öffentlichen Interessen verletzen, das heisst sie müssen den Interessen an einer qualitativ guten Mobilfunkversorgung und an einem funktionierenden Wettbewerb zwischen den Mobilfunkanbietern Rechnung tragen (BGE 133 II 321 E. 4.3.4; 133 II 64 E. 5.3). Als nicht mit der Fernmeldegesetzgebung vereinbar hat das Bundesgericht eine in einem Baureglement vorgesehene Bestimmung beurteilt, wonach für Anlagen als maximale Höhe die Firsthöhe gelten sollte (BGE 133 II 353 E. 4.2, Planungszone Will; vgl. auch BGE 133 II 321 betr. Ortsplanung Günsberg). Weil Mobilfunkantennen aus funkttechnischen Gründen und zur Einhaltung der Anlagegrenzwerte eine gewisse Höhe einhalten müssen, hätte eine solche Bestimmung eine qualitativ hochstehende Versorgung mit Mobilfunkdiensten verunmöglicht. Insbesondere hat das Bundesgericht erwogen, dass, falls Mobilfunkantennen einschränkende Planungs Vorschriften unterstellt werden, dies grundsätzlich explizit zu geschehen habe. Die Planung, Errichtung und Ausgestaltung solcher Antennen sei mit zahlreichen technischen Fragestellungen verbunden, denen bei der Festlegung von für sie bestimmten Planungsmassnahmen in spezifischer Weise Rechnung zu tragen sei; denkbar sei zum Beispiel eine Anordnung, wonach in einem bestimmten schutzwürdigen Gebiet oder auf gewissen Schutzobjekten keine Mobilfunkantennen erstellt werden können. Auch die Anwendbarkeit der allgemeinen Ästhetikklausel sei nicht ausgeschlossen. In einem weiteren Entscheid hat sich das Bundesgericht mit der im kantonalen Verfahren geschützten Verweigerung der Bewilligung für eine Mobilfunkantenne in Mendrisio befasst (BGr, 23. Mai 2006, 1A.190/2005 und 1P.432/2005, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)), welche ohne Anrechnung an die Gebäudehöhe auf Flachdächern lediglich Liftaufbauten, Dachaufgänge und Kamine bis zu 2,5 m erlaubt. Mit den Einwänden der Netzbetreiberin, diese Bestimmung verunmögliche die Versorgung mit Mobilfunkdiensten, hat sich das Bundesgericht indessen nicht befasst, da es sie als unzulässige neue Vorbringen würdigte (vgl. E. 3). Bauvorschriften sind nur beschränkt tauglich, um Einfluss auf die Standorte von Mobilfunkanlagen zu nehmen (Benjamin Wittwer, Bewilligung von Mobilfunkanlagen, 2. A., Zürich 2008, S. 96). Allenfalls können im Einzelfall Einschränkungen angeordnet werden, beispielsweise bezüglich der Dimensionierung der Anlage (vgl. VGr, 4. Juli 2007, VB.2007.00006, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)), oder die Rücksicht auf ein Objekt des Natur- und Heimatschutzes kann einer Bewilligung jedenfalls dann entgegenstehen, wenn eine hinreichende Versorgung mit Mobilfunkdiensten auch ohne diesen Standort gewährleistet ist (RB 2005 Nr. 64 = BEZ 2006 Nr. 10; VGr, 1. Oktober 2008, VB.2008.00285, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Wittwer schliesst unter Hinweis auf den Bundesgerichtsentscheid Mendrisio (BGr, 23. Mai 2006, 1A.190/2005 und 1P.432/2005, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)) örtlich eng begrenzte (gestalterisch motivierte) Vorschriften nicht aus, welche im Ergebnis ein Mobilfunkanlagen-Verbot bewirken, wie zum Beispiel die Einschränkung von Dachaufbauten auf Flachdächern (Wittwer, S. 96).

#### **E. 2.4.2**

Art. 31 Abs. 2 BZO stellt eine Gestaltungsvorschrift dar und gerät damit nicht in Konflikt mit dem bundesrechtlich abschliessend geregelten Immissionsschutz. Sodann bezieht sich die Bestimmung zwar nicht ausdrücklich auf Antennen; wenn indessen das Bundesgericht die Anwendbarkeit der allgemeinen Ästhetikklausel für zulässig erachtet, steht auch der Anwendung einer besonderen, auf die Dachgestaltung zugeschnittenen Ästhetikbestimmung nichts im Weg, welche wie Art. 31 Abs. 2 BZO die zulässigen Dachaufbauten aufführt und damit Mobilfunkantennen nur implizit ausschliesst. Zudem geht es hier anders als in BGE 133 II 321 und BGE 133 II 353 nicht um den Erlass einer neuen Vorschrift, die auf Einschränkungen für die Erstellung von Mobilfunkantennen abzielt, sondern um eine Bestimmung, welche aus gestalterischen Gründen die Überstellung von Flachdächern mit Aufbauten aller Art verhindern will. Diese Zielsetzung wird durch Art. 30 BZO betreffend Dachformen unterstrichen, wonach grundsätzlich Schrägdächer vorgeschrieben (Abs. 1) und Flachdächer auf Hauptgebäuden nur bei besonders guter Gestaltung (Abs. 3) und bei terrassierten Gebäudeteilen (Abs. 4) gestattet sind. Weil Art. 30 BZO im Regelfall Schrägdachbauten vorschreibt, hat dies zur Folge, dass das Verbot zur Errichtung von Antennen auf Flachdachbauten nur bei einem geringen Teil der möglichen Antennenstandorte eingreift und damit die Auswirkungen als örtlich begrenzt erscheinen. Inwiefern dies gleichwohl zur Folge haben soll, dass die Errichtung von Mobilfunkantennen faktisch verunmöglicht und damit eine bundesrechtlich unzulässige Beeinträchtigung der Versorgung mit Mobilfunkdiensten und des Wettbewerbs zwischen den Mobilfunkanbietern darstellt, legt die Beschwerdeführerin nicht dar. Insbesondere macht sie nicht geltend und ist auch nicht offensichtlich, dass in Herrliberg ein derart bedeutender Teil der Bausubstanz mit Flachdächern versehen ist, dass faktisch nicht auf andere Gebäude ausgewichen werden kann. Sodann beruht die mit Art. 31 Abs. 2 BZO verbundene Beschränkung der Informations- und Wirtschaftsfreiheit auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage und ist durch das öffentliche Interesse an einer guten Gestaltung der Dachlandschaft jedenfalls so lange gerechtfertigt, als wie hier eine schwer wiegende, einen erheblichen Teil des Baugebiets umfassende Beschränkung der möglichen Antennenstandorte nicht konkret dargetan ist. Damit erweist sich die Beschwerde im Ergebnis als unbegründet und ist abzuweisen.

### **E. 3**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]), die überdies zu Parteientschädigungen von Fr. 800.- an die Beschwerdegegnerin 1 und von insgesamt Fr. 800.- an die Beschwerdegegner 2–16 zu verpflichten ist (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.