

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00627 vom 1. Juni 2023

ZH Verwaltungsgericht, 2023-06-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00627

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00627 du 1 juin 2023

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00627 del 1 giugno 2023

Regeste

Baubewilligung Mobilfunkanlage | Sachverhaltsfeststellung bei baurechtswidriger Baute. Bei der Anwendung von § 357 Abs. 1 PBG ist das Mass der Überschreitung der Gebäudehöhe festzustellen. Es bestehen begründete Zweifel an der Richtigkeit des vom Beschwerdeführer angenommenen Sachverhalts, dieser erweist sich als ungenügend erstellt (E. 3). Sprungrückweisung.

Erwägungen

E. 1

Das Verwaltungsgericht ist für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zuständig. Die Beschwerdeführenden sind Eigentümer bzw. Bewohner einer Liegenschaft im rechtsmittelberechtigten Perimeter der strittigen Mobilfunkanlage und somit zur Beschwerde legitimiert. Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

E. 2

Das Baugrundstück Kat.-Nr. 01 liegt in der Wohnzone W2/45 % gemäss Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Birmensdorf (BZO). Es ist mit einem Wohnhaus überstellt, das aus zwei je mit einem Satteldach überdeckten, leicht versetzt zueinanderstehenden Baukörpern besteht. Auf dem Satteldach des talseitigen Gebäudeteils soll eine Mobilfunk-Antennenanlage erstellt werden. Die Antenne soll auf den Frequenzbändern 700–900, 1'800–2'600 und 3'600 MHz und in den Azimuten von 90°, 190° und 310° senden.

E. 3.1

Die Beschwerdeführenden rügen, das Gebäude sei baurechtswidrig, sowohl die zulässige Anzahl Geschosse als auch die Gebäudehöhe seien überschritten. Das Standortgebäude liege in der Zone W2/45 %, wo lediglich zwei Vollgeschosse zulässig seien und die maximale Gebäudehöhe 7,5 m betrage. Das betroffene Gebäude weise jedoch drei Vollgeschosse auf und die Gebäudehöhe betrage deutlich über 9,5 m. Im Zusammenhang mit der Überschreitung der Gebäudehöhe habe die Vorinstanz ferner den Sachverhalt ungenügend abgeklärt. Eine Aufstockung des Gebäudes mit einer Mobilfunkantenne würde zu weiteren Abweichungen führen, für welche keine Ausnahmegewilligung vorläge.

E. 3.2

Gemäss § 357 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) dürfen bestehende Bauten und Anlagen, die Bauvorschriften widersprechen, umgebaut oder

erweitert werden, wenn keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen entgegenstehen. Für neue oder weiter gehende Abweichungen von Vorschriften bleiben die erforderlichen Ausnahmegewilligungen vorbehalten. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts und des Bundesgerichts liegt im Sinn von § 357 Abs. 1 Satz 2 PBG eine weiter gehende Abweichung vor, wenn zusätzlich gegen eine bereits verletzte Bestimmung verstossen wird, also z. B. die bereits überschrittene Bauhöhe noch einmal erhöht würde (vgl. BGr, 21. Dezember 2007, 1C_198/2007, E. 4.1; 18. Mai 2016, 1C_5/2016, E. 4). In einem (auch von den Beschwerdeführenden zitierten) neueren Entscheid hielt das Bundesgericht für eine 7,55 m hohe und 1,4 m ausladende Mobilfunkantenne fest: Angesichts dieser beträchtlichen Ausmasse erscheine es jedenfalls in Bezug auf die Gebäudehöhe als unhaltbar, davon auszugehen, die Anlage führe nicht zu einer weiter gehenden Abweichung von Vorschriften gemäss § 357 Abs. 1 PBG, zumal das Standortgebäude bereits deutlich zu hoch sei (BGr, 18. Mai 2016, 1C_5/2016, E. 4.3). Das Gebäude überschreitet die maximal zulässige Gebäudehöhe von 8,1 m um 2,9 m bzw. um etwas mehr als ein Drittel (E. 4.2). Mithin ist zur Beurteilung, ob die Anlage in Bezug auf die Gebäudehöhe zu einer weiter gehenden Abweichung von Vorschriften gemäss § 357 Abs. 1 PBG führt, namentlich auf die Höhe der Mobilfunkantenne sowie auf die Höhenüberschreitung des Standortgebäudes abzustellen.

E. 3.3

Vergleichbare Untersuchungen sind im Fall einer Aufstockung eines überhohen Gebäudes durch ein Attikageschoss vorzunehmen: Nach dem Bundesgerichtsentscheid vom 1. März 2018 (1C_231/2017) liess sich die bisherige Praxis des Verwaltungsgerichts, welche auf die im Zürcher Planungs- und Baugesetz geregelte technische Gebäudehöhe abstellte, nicht mehr halten. Diese vom Bundesgericht als "formelle Betrachtungsweise" bezeichnete Vorgehensweise ist durch eine im Einzelfall vorzunehmende "materielle Sichtweise" zu ersetzen. Dass das Ausmass der bestehenden Gebäudehöhenüberschreitung eines streitbetroffenen Gebäudes unter diesen Umständen von massgeblicher Bedeutung ist bzw. sein kann, liegt auf der Hand. Dies im Gegensatz zur bisherigen Praxis, bei welcher das Mass der Überschreitung der Gebäudehöhe in Zusammenhang mit der Beurteilung der Frage nach einer neuen oder weiter gehenden Abweichung von baurechtlichen Vorschriften unmassgeblich war. Eine Beurteilung des Bauvorhabens ist damit ohne genaue Kenntnis des Ausmasses der Gebäudehöhenüberschreitung durch das streitbetroffene Gebäude nicht möglich (zum Ganzen VGr, 4. Oktober 2018, VB.2018.00242, E. 3). Entsprechend war das Ausmass der bestehenden Gebäudehöhenüberschreitung des streitbetroffenen Gebäudes jeweils Ausgangspunkt der Untersuchung (VGr, 6. Oktober 2022, VB.2021.00840, E. 4.3 f.; 12. November 2020, VB.2020.00279, E. 4.2).

E. 3.4

Vorliegend ist das Mass der Überschreitung der Gebäudehöhe nicht bekannt. Die ursprüngliche Baubewilligung für das Standortgebäude aus dem Jahr 1969 befindet sich nicht bei den Akten, obschon gemäss gefestigter Rechtsprechung bei Änderung oder Erweiterung einer Baute der gewachsene Boden bei Einreichung des ursprünglichen Gesuchs für die "Stammbaubewilligung" massgebend ist und nicht das Terrain bei Einreichung eines Änderungs- oder Erweiterungsgesuchs (VGr, 6. Oktober 2022, VB.2021.00840, E. 4.3). Den eingereichten Plänen für den Bau der Mobilfunkanlage lässt sich zum gewachsenen Boden und damit der Gebäudehöhe des Standortgebäudes jedenfalls nichts Verlässliches entnehmen. Soweit eine gestrichelte Linie (ohne Textierung) das

gewachsene Terrain darstellen soll, ergäbe sich eine Gebäudehöhe von über 10 m. Die Vorinstanz erwog vor diesem Hintergrund, dass sich die Gebäudehöhenüberschreitung nicht herausmessen lasse. Daher stützte sie sich für ihre weitere Beurteilung auf die Behauptung des Beschwerdeführenden im Rekursverfahren, wonach die Überschreitung der Gebäudehöhe 1,5 m betrage, ab. Angesichts der eingereichten Pläne bestehen begründete Zweifel an der Richtigkeit des vom Beschwerdeführenden angenommenen Sachverhalts (welcher überdies inkonsistent ist, bringt er doch im Beschwerdeverfahren vor, die Überschreitung könne mehr als 2,5 m betragen) und ist auf diesen nicht abzustellen. Damit erweist sich der rechtserhebliche Sachverhalt als unvollständig erstellt (Vgl. Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 7 N. 22). Eine Beurteilung, ob die Anlage in Bezug auf die Gebäudehöhe zu einer weiter gehenden Abweichung von Vorschriften gemäss § 357 Abs. 1 PBG führt, lässt sich folglich nicht vornehmen.

E. 4.1

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde insofern gutzuheissen, als der vorinstanzliche Entscheid vom 9. September 2022 in Bezug auf die Rekursabweisung sowie der Beschluss des Beschwerdegegners 2 vom 22. März 2021 aufzuheben sind. Es ist eine Sprungrückweisung zur Abklärung der Gebäudehöhe an den Beschwerdegegner 2 angezeigt (Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 64 N. 4). Der Beschwerdegegner 2 hat im Sinn der Erwägungen ergänzende Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen und neu zu entscheiden.

E. 4.2

Gemäss Art. 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen die Verfahrensbeteiligten die Kosten in der Regel entsprechend ihres Unterliegens. Die Rückweisung zur erneuten Entscheidung ist in Bezug auf die Verlegung der Gerichts- und Parteikosten als Obsiegen zu behandeln, wenn die Rechtsmittelinstanz reformatorisch oder kassatorisch entscheiden kann (BGr, 28. April 2014, 2C_846/2013, E. 3.2, mit Hinweisen). Die Rekurskosten sind demgemäss der Beschwerdegegnerschaft je zu einem Drittel aufzuerlegen. Da die Beschwerdegegnerin 3 im vorliegenden Verfahren auf einen Antrag verzichtet hat, sind ihr im Beschwerdeverfahren keine Kosten aufzuerlegen. Die Gerichtskosten sind daher den Beschwerdegegnern 1 und 2 je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Die Beschwerdegegnerin 1 ist zu verpflichten, den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 4'000.- zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 5

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Beim vorliegenden Urteil handelt es sich um einen Rückweisungsentscheid. Ein solcher wird grundsätzlich als Zwischenentscheid qualifiziert, der sich nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) weiterziehen lässt (BGE 134 II 137 E. 1.3.2). Zwischenentscheide sind vor Bundesgericht nur dann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

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