

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00381 vom 8. Februar 2018**

ZH Verwaltungsgericht, 2018-02-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2023.00381](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2023.00381)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00381 du 8 février 2018

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00381 del 8 febbraio 2018

## **Regeste**

Baubewilligung Mobilfunkanlage | Baubewilligung für Mobilfunkanlage auf baurechtswidrigem Gebäude. Die Antennenanlage ist eine technische Dachaufbaute und wirkt sich nicht auf die Berechnung der (überschrittenen) Gebäudehöhe aus. Bei der - für Attikageschosse entwickelten - sogenannten materiellen Betrachtungsweise wird von einer weitergehenden Abweichung von den Bauvorschriften im Sinn von § 357 Abs. 1 Satz 2 PBG ausgegangen, wenn in Bezug auf die äussere Erscheinung die bestehende Überschreitung massiv verstärkt wird; gewichtige Gründe sprechen gegen die Anwendung der materiellen Betrachtungsweise (E. 4.4). Dem Bauvorhaben stehen keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegen (E. 4.6). Die Anlage ordnet sich rechtsgenügend ein (E. 5). Abweisung.

## **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 weiteren Eintretensvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

### **E. 2**

In prozessualer Hinsicht beantragen die Beschwerdeführenden zunächst die Durchführung eines Augenscheins. Der Entscheid darüber, ob ein Augenschein angeordnet wird, steht im pflichtgemässen Ermessen der anordnenden Behörde. Die Durchführung eines Augenscheins ist dann geboten, wenn die tatsächlichen Verhältnisse unklar sind und anzunehmen ist, die Parteien vermöchten durch ihre Darlegungen vor Ort Wesentliches zur Erhellung der sachlichen Grundlagen des Rechtsstreits beitragen. Der Verzicht auf die Durchführung eines Augenscheins ist zulässig, wenn die Akten eine hinreichende Entscheidungsgrundlage darstellen. Eine Pflicht zur Durchführung eines Augenscheins besteht jedenfalls nur dann, wenn die tatsächlichen Verhältnisse auf andere Weise nicht abgeklärt werden können (BGr, 8. November 2010, 1C\_192/2010, E. 3.3; 10. August 2010, 1C\_512/2009, E. 2.3; VGr, 23. Oktober 2014, VB.2014.00290, E. 2.1). Vorliegend ist die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts im Sinn von § 7 Abs. 1 VRG mittels der bei den Akten liegenden Pläne und – namentlich anhand der anlässlich des vorinstanzlichen Augenscheins erstellten – Fotografien, welche die tatsächlichen Verhältnisse anschaulich wiedergeben, möglich. Damit und zusammen mit den übrigen Akten ist der Sachverhalt rechtsgenügend erstellt; auf einen Augenschein ist zu verzichten.

### **E. 3**

Das Baugrundstück Kat.-Nr. 01 liegt in Hanglage in der Wohnzone W2B gemäss Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Kilchberg vom 23. Mai 2012 (BZO) und ist mit einem Wohnhaus überstellt. Talseitig wird das Grundstück durch die G-Strasse und bergseitig durch die H-Strasse begrenzt. Auf dem Flachdach des bestehenden Gebäudes ist eine Mobilfunk-Antennenanlage geplant. Die einzelnen Antennenmodule sollen auf den Frequenzbändern 1'800–2'600 und 3'600 MHz in den Azimuten von 195° und 310° senden.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführenden bringen vor, das für den Standort der Mobilfunkanlage vorgesehene Gebäude sei baurechtswidrig, die Gebäudehöhe sei überschritten. Die Mobilfunkantenne führe zu einer weitergehenden Abweichung und die Vorinstanz habe in diesem Zusammenhang § 357 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) falsch angewendet. Dem Bauvorhaben stünden sodann auch überwiegende nachbarliche Interessen wie Aussichtsschutz, ideelle Immissionen, eine Wertverminderung der umgebenden Liegenschaften sowie der Ortsbildschutz entgegen. Die Beschwerdegegnerin 2 habe eine Interessenabwägung unterlassen. Diese sei rechtbildend und könne nicht nachgeholt werden.

#### **E. 4.2**

In der Wohnzone W2B ist eine Gebäudehöhe von 8,1 m zulässig (Ziffer 2.1 BZO). Gemäss Schnitt A-A der sich bei den Akten befindlichen Archivpläne weist das Standortgebäude eine Höhe von 8,4 m aus und ist damit knapp 30 cm zu hoch und somit baurechtswidrig.

#### **E. 4.3**

Gemäss § 357 Abs. 1 PBG dürfen bestehende Bauten und Anlagen, die Bauvorschriften widersprechen, umgebaut oder erweitert werden, wenn keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen entgegenstehen. Für neue oder weitergehende 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 weitergehende 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).

#### **E. 4.4.1**

Die Mobilfunkantenne wirkt sich nicht auf die Berechnung der Gebäudehöhe aus, welche überschritten ist. Daher würde die Mobilfunkantennenanlage grundsätzlich nicht zu einer weitergehenden Abweichung der Gebäudehöhe führen. Im Zusammenhang mit der Aufstockung eines hinsichtlich der Höhe baurechtswidrigen Gebäudes durch ein Attikageschoss wendete das Bundesgericht in Bezug auf § 357 Abs. 1 PBG jedoch eine sogenannte "materielle Betrachtungsweise" an. Bei dieser wird von einer weitergehenden Abweichung im Sinn von § 357 Abs. 1 Satz 2 PBG ausgegangen, wenn in Bezug auf die äussere Erscheinung bzw. den optischen Eindruck die bestehende Überschreitung der Gebäudehöhe massiv verstärkt wird (BGr, 1. März 2018, 1C\_231/2017, E. 4; vgl. hierzu auch die Kritik von Konrad Willi in: PBG aktuell 2/2018, S. 42 ff.).

#### **E. 4.4.2**

Die materielle Betrachtungsweise wurde für Attikageschosse entwickelt. In einem einzelnen Entscheid von 2016 wandte das Bundesgericht die materielle Betrachtungsweise

auch auf eine Mobilfunkantenne an. Für eine 7,55 m hohe und 1,4 m ausladende Mobilfunkantenne hielt es mit kurzer Erwägung fest, dass es angesichts dieser beträchtlichen Ausmasse jedenfalls in Bezug auf die Gebäudehöhe als unhaltbar erscheine, davon auszugehen, die Anlage führe nicht zu einer weitergehenden 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). Jenes Gebäude überschritt die maximal zulässige Gebäudehöhe von 8,1 m um 2,9 m bzw. um etwas mehr als ein Drittel (E. 4.2).

#### **E. 4.4.3**

Angesichts der äusserst knappen Begründung ist fraglich, ob das Bundesgericht damit eine Praxis begründen wollte. Jedenfalls gibt es gewichtige Gründe, die dagegensprechen, dass die materielle Betrachtungsweise auch auf technische Dachaufbauten wie Mobilfunkantennenanlagen anzuwenden ist. So hat eine Mobilfunkantennenanlage grundsätzlich nicht die gleichen Ausmasse und die gleiche optische Wirkung wie ein Attikageschoss. Mobilfunkantennen sind klar als technisch bedingte Aufbauten erkennbar und werden – jedenfalls in den üblichen Ausmassen – nicht als Teil der Fassade oder als zusätzliches Geschoss oder als Volumenerweiterung des Gebäudes wahrgenommen. Sodann ragen die Antennenmasten auch bei vorschriftsmässigen Bauten im Verhältnis zur Gebäudehöhe oft hoch über das Dach hinaus. Würde der Argumentation der Beschwerdeführenden gefolgt, würde dies dazu führen, dass auf Gebäuden mit vorschriftswidriger Höhe keine Mobilfunkantennen mehr gebaut werden könnten. Ein solches Ergebnis überzeugt nicht, da die Mobilfunkantennenanlage als technische Dachaufbaute nicht im Zusammenhang mit der Gebäudehöhe steht und aufgrund ihrer Gestaltung auch optisch nicht den Eindruck eines weiteren Geschosses oder eines weiteren Fassadenteils, der zu einer optischen Erhöhung des Gebäudes führt, erzeugen kann (VGr, 29. Februar 2024, VB.2023.00027, E. 4.3; 8. Mai 2024, VB.2023.00287, E. 5.4.2.2).

#### **E. 4.5**

Selbst wenn auch für Mobilfunkantennen die materielle Betrachtungsweise anzuwenden wäre, würde die Anlage im vorliegenden Fall nicht zu einer weitergehenden Abweichung führen. Sogar bei Attikageschossen geht die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung davon aus, dass bei einer Gebäudehöhenüberschreitung von 30 cm nicht davon gesprochen werden kann, das geplante Attikageschoss verstärke in Bezug auf die äussere Erscheinung bzw. den optischen Eindruck die bestehende Überschreitung der maximalen Gebäudehöhe massiv, weshalb keine weitergehende Abweichung angenommen wird (vgl. VGr, 4. Oktober 2018, VB.2018.00242, E. 5.3). Wenn selbst bei einem Attikageschoss bei einer Gebäudehöhenüberschreitung von 30 cm eine weitergehende Abweichung verneint wird, hat dies umso mehr für die hier deutlich kleinere Mobilfunkantennenanlage zu gelten. Die geplante Antennenanlage bedarf im Ergebnis keiner Ausnahmegewilligung im Sinn von § 357 Abs. 1 Satz 2 PBG.

#### **E. 4.6.1**

Weiter setzen Änderungen an vorschriftswidrigen Bauten voraus, dass ihnen keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen entgegenstehen (§ 357 Abs. 1 Satz 1 PBG). Ob dies zutrifft, ist aufgrund einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung zu beurteilen. Dabei ist eine Abwägung zwischen dem Interesse der Bauherrschaft an der Realisierung der vom Gesetz eingeräumten Baumöglichkeit und insbesondere demjenigen der Nachbarn vorzunehmen, dass sich die Beeinträchtigung ihrer eigenen Grundstücke im

Rahmen dessen hält, was auch von einer baurechtskonformen Überbauung der Baugrundstücke zu erwarten wäre. Bei dieser Interessenabwägung steht den Gemeinden ein Ermessens- und Entscheidungsspielraum zu (VGr, 25. Januar 2012, VB.2011.00548, E. 8.2, mit weiteren Hinweisen), welchen das Baurekursgericht zu beachten hat.

#### **E. 4.6.2**

Im vorliegenden Fall hat die kommunale Baubehörde die Anwendung von § 357 PBG in ihrer Baubewilligung nicht geprüft. In einem solchen Fall ist das Baurekursgericht, welchem volle Kognition zukommt, berechtigt und verpflichtet, die Rechtsanwendung und – wie im vorliegenden Fall – die damit verbundene Interessenabwägung selbst vorzunehmen; eine Beschränkung der Prüfungsbefugnis zur Wahrung der Gemeindeautonomie besteht in einem solchen Fall nicht ( Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kanton Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 20 N 68 ff.).

#### **E. 4.6.3**

An den Infrastrukturanlagen der Fernmeldegesetzgebung besteht grundsätzlich ein öffentliches Interesse (Art. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG] sowie Art. 92 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]). Mit der Einhaltung der Anlagegrenzwerte ist nach dem bisherigen Kenntnisstand nicht davon auszugehen, dass die öffentliche Gesundheit durch nichtionisierende Strahlung gefährdet wird (BGr, 14. Februar 2023, 1C\_100/2021, E. 5). Das Bundesgericht hielt sodann im Zusammenhang mit ideellen Immissionen sowie Mobilfunkanlagen fest, dass subjektive Ängste und Gefühle des Unbehagens keine tragfähige Grundlage für weitgehende Einschränkungen oder gar ein Verbot von im allgemeinen Interesse liegenden Infrastrukturanlagen bilden (BGE 138 II 173 E. 7.4.3). Überdies wären die von den Beschwerdeführenden vorgebrachten ideellen Immissionen – insbesondere auch der geltend gemachte Wertverlust ihrer Grundstücke – auch bei einem baurechtskonformen Gebäude gleichermassen vorhanden. Demgemäss kommt den nachbarlichen Interessen am Schutz vor ideellen Immissionen im Rahmen der vorliegenden Interessenabwägung keine weitergehende Bedeutung zu. Die geplante Antenne schränkt die Aussicht nicht erheblich mehr ein als eine 30 cm tiefer platzierte Antenne. Das Interesse der Nachbarn, keine für sie störende Antenne in Sicht zu haben, überwiegt das öffentliche Interesse an Infrastrukturanlagen nach Massgabe der Fernmeldegesetzgebung nicht. Sind, wie sich nachfolgend zeigt, auch die Bestimmungen über die Einordnung eingehalten, stehen dem Bauvorhaben auch keine Interessen des Ortsbildschutzes entgegen. Zusammenfassend stehen dem Bauvorhaben keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegen.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführenden rügen, die geplante Mobilfunk-Antennenanlage erfülle die Anforderungen an eine genügende Einordnung nicht. Die Antennenanlage trete im gepflegten und gehobenen Wohnquartier mit architektonischen Qualitäten sowie mit Blick auf den Zürichsee störend in Erscheinung. Die Anforderungen von § 238 Abs. 1 PBG würden in der Gemeinde Kilchberg strenger gehandhabt, insbesondere an der betroffenen Strasse. Sodann würden die Proportionen zwischen der Antenne und dem Standortgebäude nicht gewahrt bleiben. Die Antenne wirke von der H-Strasse her übermächtig.

#### **E. 5.2**

Gemäss § 238 Abs. 1 PBG sind Bauten, Anlagen und Umschwung für sich und in ihrem Zusammenhang mit der baulichen und landschaftlichen Umgebung im Ganzen und in ihren einzelnen Teilen so zu gestalten, dass eine befriedigende Gesamtwirkung erreicht wird. Die Gesamtwirkung einer Baute oder Anlage beurteilt sich nach ihrer Grösse, der architektonischen Ausgestaltung und der Beziehung, namentlich aus ihrer Stellung zu bereits vorhandenen Bauten sowie zur baulichen und landschaftlichen Umgebung. Dabei sind die Nah- und die Fernwirkung nicht nur bezüglich der unmittelbaren, sondern auch unter Einbezug der weiteren Umgebung zu beurteilen (VGr, 23. März 2017, VB.2016.00374, E. 3.1; BEZ 2000 Nr. 17 E. 5). Die Beurteilung, ob mit einem Bauvorhaben eine befriedigende bzw. gute Gesamtwirkung erreicht wird, hat nicht nach subjektivem Empfinden, sondern nach objektiven Massstäben und mit nachvollziehbarer Begründung zu erfolgen. Dabei ist eine umfassende Würdigung aller massgebenden Gesichtspunkte vorzunehmen (VGr, 18. Dezember 2019, VB.2019.00217, E. 5.2; 8. Mai 2014, VB.2013.00380, E. 8.1 mit weiteren Hinweisen). Eine Bauverweigerung setzt das Vorliegen eines konkreten Einordnungsmangels voraus. Ein solcher ist erst gegeben, wenn die entsprechende Baute oder Anlage gegenüber der Ausgestaltung von Gebäuden, Häusergruppen oder Strassenzügen in störenden Widerspruch tritt oder sonst einen stossenden Gegensatz zu den die Umgebung prägenden Merkmalen oder zum Quartiercharakter bildet (VGr, 7. Februar 2019, VB.2018.00395, E. 4.4; 15. September 2016, VB.2016.00183, E. 5.1).

### **E. 5.3**

Aufgrund der offenen Formulierung von § 238 PBG verfügt die kommunale Baubehörde über einen gewissen Beurteilungsspielraum, den ortsbezogen zu konkretisieren in erster Linie ihr selbst obliegt (VGr, 25. Oktober 2018, VB.2018.00059, E. 5.2). Das Baurekursgericht darf nicht bereits von der kommunalen Anwendung von § 238 PBG abweichen, wenn es unter Beachtung der Argumente der Baubehörde seine abweichende gestalterische Einschätzung begründet. Vielmehr darf es den Einordnungsentscheid der kommunalen Behörde nur aufheben, wenn diese bei der Anwendung von § 238 PBG ihren durch die Gemeindeautonomie gewährleisteten Beurteilungs- und Ermessensspielraum überschritten hat. Dies trifft nicht nur zu, wenn ihr Einordnungsentscheid sachlich nicht mehr vertretbar und damit willkürlich ist. Da die kommunale Behörde ihr Ermessen pflichtgemäss ausüben muss, hat sie dabei vom Sinn und Zweck der anzuwendenden Regelung auszugehen und neben dem Willkürverbot auch das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und das übergeordnete Gesetzesrecht zu beachten (BGE 145 I 52 E. 3.6).

### **E. 5.4**

Die strittige Mobilfunkantenne kommt 3,85 bzw. 3,77 m von der Fassade zurückversetzt auf dem Flachdach des Standortgebäudes neben einem ca. 2,30 m hohen Kamin zu stehen. Die Antenne selbst ist mit einer Höhe von rund 3 m und einer Ausladung von 1,5 m eher klein dimensioniert. Die Mobilfunk-Antennenanlage ist auch im Vergleich zum 8,4 m hohen Gebäude nicht überdimensioniert. Zwar wirkt das Gebäude vonseiten der H-Strasse aufgrund der Hanglage deutlich kleiner und die Antennenanlage ist durch die Hanglage gut wahrnehmbar. Aufgrund ihrer für eine Mobilfunkantenne eher kleinen Dimensionierung wirkt die Anlage nicht dermassen unproportional, dass dadurch ein störender Widerspruch zum Standortgebäude entstehen würde. Die weitere Umgebung weist sodann eine heterogene Bebauungsstruktur auf. Die architektonische Qualität des Wohnquartiers erweist

sich sodann nicht als dergestalt besonders, dass sich die geplante Mobilfunk-Antennenanlage dazu in störenden Widerspruch setzt oder sonst einen stossenden Gegensatz zu den die Umgebung prägenden Merkmalen oder zum Quartiercharakter bildet. Die Antennenanlage ist des Weiteren zwar gut sichtbar, zufolge der Sichtbarkeit der Antenne allein ist ihr jedoch nicht die befriedigende Einordnung abzuspochen, gehören Infrastrukturanlagen dieser Art doch mittlerweile zum Erscheinungsbild eines jeden besiedelten Gebiets. Die Antennenanlage tritt somit nicht in einen störenden Widerspruch zu ihrer Umgebung.

### **E. 5.5**

Sodann vermögen die Beschwerdeführenden keine strengere Praxis der Baubehörde darzulegen. Beim Bauprojekt G-Strasse 02 befand sich angrenzend ein kommunales Denkmalschutzobjekt, weshalb für die Beurteilung der Einordnung nicht § 238 Abs. 1 PBG, sondern Abs. 2 Anwendung fand. Das Gebäude H-Strasse 03 wurde einzig bezüglich der Fassadengestaltung kritisiert. Das Mehrfamilienhaus mit vier Wohneinheiten lässt sich jedoch nicht mit einer kleinmasstäblichen Mobilfunkantenne vergleichen, hat doch die Fassade des Gebäudes einen viel grösseren Einfluss auf die Umgebung als die Mobilfunkantenne. Beim Gebäude G-Strasse 05 wurde die Einordnung grundsätzlich bejaht, obwohl dem architektonischen Ausdruck des Gebäudes in Zusammenhang mit der Zweckbestimmung als Wohngebäude wenig Stringenz attestiert wurde. Die Fassade konnte sodann nicht abschliessend beurteilt werden. Beim Gebäude H-Strasse 04 standen die gestalterischen Vorgaben der Baubehörde in Zusammenhang mit einer Bestimmung der Bau- und Zonenordnung, wonach bei der Freilegung von Untergeschossen ein überhohes Erscheinungsbild von Gebäuden verhindert und einordnungsmässig eine unbefriedigende Einordnung vermieden werden sollte. Solche Vorgaben der Bau- und Zonenordnung sind vorliegend nicht zu berücksichtigen. Im Übrigen wurde das Gebäude als in fast allen Teilen sorgfältig ausgearbeitetes Projekt, das sowohl ästhetisch, ortsbaulich sowie architektonisch eine ansprechende Lösung darstellt, qualifiziert. Insgesamt wurde das Bauprojekt als den Anforderungen von § 238 Abs. 1 und 2 PBG genügend eingestuft. Demgemäss ist auch keine Ungleichbehandlung bei der Handhabung von § 238 Abs. 1 PBG ersichtlich.

### **E. 5.6**

Die Baubehörde hat ihr Ermessen daher rechtskonform ausgeübt, wenn sie der Antenne eine befriedigende Einordnung attestierte. Eben solches gilt für die Prüfung der Baubewilligung durch die Vorinstanz. Demgemäss ist die Beschwerde abzuweisen.

### **E. 6**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (§ 65a in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Eine Parteientschädigung ist ihnen nicht zuzusprechen. Der Beschwerdegegnerin 2 steht in der vorliegenden Konstellation, in der sich auf beiden Seiten private Parteien gegenüberstehen, praxisgemäss keine Parteientschädigung zu (VGr, 8. Februar 2018, VB.2017.00615, E. 5; 4. Mai 2017, VB.2016.00238, E. 5).

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