Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

1C 169/2013

Urteil vom 29. Juli 2013

I. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Fonjallaz, Präsident,
Bundesrichter Aemisegger, Chaix,
Gerichtsschreiber Stohner.

Verfahrensbeteiligte
X._____ und Y._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Swisscom (Schweiz) AG, Wireless Access,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Thomas Wipf,

Planungs- und Baukommission Thalwil.

Gegenstand
Baubewilligung,

Beschwerde gegen das Urteil vom 5. Dezember 2012 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 1. Abteilung, 1. Kammer.

Sachverhalt:

A.
Am 8. Dezember 2011 erteilte die Planungs- und Baukommission Thalwil der Swisscom (Schweiz) AG die baurechtliche Bewilligung für den Bau und Betrieb einer Mobilfunksendeanlage mit einer Gesamtleistung von maximal 2'600 WERP. Die Anlage soll auf einem im Baurecht erstellten Autowerkstattgebäude mit Parkhaus auf dem Grundstück Gbbl. Nr. 9'761 in der Gewerbezone G in Thalwil errichtet werden.

Gegen die Bewilligungserteilung erhoben X._____ und Y._____ sowie weitere Beteiligte am 23. Januar 2012 Rekurs ans Baurekursgericht des Kantons Zürich. Dieses hiess den Rekurs mit Entscheid vom 3. Juli 2012 gut und hob den Beschluss der Planungs- und Baukommission Thalwil vom 8. Dezember 2011 auf.

Mit Beschwerde vom 28. August 2012 gelangte die Swisscom (Schweiz) AG ans Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Mit Urteil vom 5. Dezember 2012 hiess das Verwaltungsgericht die Beschwerde gut, hob den Entscheid des Baurekursgerichts vom 3. Juli 2012 auf und stellte den Bauentscheid der Planungs- und Baukommission Thalwil vom 8. Dezember 2011 wieder her.

B.
Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht vom 8. Februar 2013 beantragen X._____ und Y._____, das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 5. Dezember 2012 und die Baubewilligung seien aufzuheben.

Das Verwaltungsgericht und die Swisscom (Schweiz) AG beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Planungs- und Baukommission Thalwil stellt den

Antrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Das Bundesamt für Umwelt BAFU hat eine Vernehmlassung eingereicht, ohne ausdrücklich Anträge zu stellen. In ihrer Stellungnahme vom 10. Juni 2013 halten die Beschwerdeführer an ihrem Standpunkt und an ihren Anträgen fest.

Erwägungen:

1.

1.1. Beim angefochtenen Urteil handelt es sich um einen kantonal letztinstanzlichen Entscheid über eine Baubewilligung für eine Mobilfunksendeanlage, welcher der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unterliegt (Art. 82 ff. BGG). Die Beschwerdeführer sind als Nachbarn der streitigen Mobilfunksendeanlage zur Beschwerde legitimiert (Art. 89 Abs. 1 lit. b und c BGG; BGE 128 II 168 E. 2 S. 169 ff. mit Hinweisen). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen einzutreten.

1.2. Nach Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Beschwerdebegründung in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt. Die Verletzung von Grundrechten (einschliesslich der willkürlichen Anwendung von kantonalem ober kommunalem Recht und Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung) prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 135 III 127 E. 1.6 S. 130). Wird eine Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht, muss anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen dargelegt werden, inwiefern der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (vgl. BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246). Nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts liegt Willkür in der Rechtsanwendung nur vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch einzig auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder
gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 134 II 124 E. 4.1 S. 133; 132 I 175 E. 1.2 S. 177; 131 I 467 E. 3.1 S. 473 f.; je mit Hinweisen).

2.

2.1. Die Vorinstanz hat erwogen, gemäss § 310 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zürich vom 7. September 1975 (PBG/ZH; LS 700.1) habe, wer nicht Grundeigentümer sei, seine Berechtigung zur Einreichung des Baugesuchs nachzuweisen. Allerdings messe die Rechtsprechung dieser Bestimmung lediglich die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift zu. Das Zustimmungserfordernis sei primär zugunsten der Baubehörde aufgestellt worden. Dieser sei es nicht zuzumuten, Bauvorhaben zu prüfen, deren Verwirklichung von vorneherein am Widerstand der Verfügungsberechtigten scheiterten. Weiter solle mit dem Zustimmungserfordernis ausgeschlossen werden, dass die Behörden wider besseres Wissen zu einem Verfahren Hand bieten würden, welches geeignet sei, die Eigentumsrechte Dritter zu verletzen. Die Baubehörde dürfe sich auf die Prüfung der Frage beschränken, ob ein Bauvorhaben offenkundig Eigentumsrechte Dritter verletzen könne; sie müsse die Eigentumsverhältnisse nicht detailliert und endgültig abklären. Aus § 310 Abs. 3 PBG/ZH ergebe sich somit grundsätzlich keine Verpflichtung der Baubehörde, die Einwilligung der Grundeigentümerschaft einzuholen.

Im zu beurteilenden Fall bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass das im Grundbuch eingetragene selbstständige und dauernde Baurecht für ein Autowerkstattgebäude mit Parkhaus die Errichtung einer Mobilfunksendeanlage ausschliesse. Es sei nicht Aufgabe der Baubehörde, die zwischen der Bauherrschaft und dem Grundeigentümer bestehende Baurechtsvereinbarung auf ihre Vereinbarkeit mit der Errichtung einer Mobilfunksendeanlage zu überprüfen. Privatrechtliche Forderungen seien vor dem Zivilgericht geltend zu machen und deshalb im baurechtlichen Verfahren in der Regel nicht durchsetzbar. Da nicht davon auszugehen sei, dass durch das Bauvorhaben offenkundig Eigentumsrechte Dritter verletzt würden, sei es der Baubehörde frei gestanden, das Bauprojekt trotz fehlender Zustimmung des Grundeigentümers zu prüfen und die Bewilligung zu erteilen. Aus dem Umstand, dass nicht alle Berechtigten im Sinne von § 310 Abs. 3 PBG/ZH dem Baugesuch zugestimmt hätten, lasse sich folglich keine Rechtswidrigkeit begründen.

2.2. Gemäss § 310 Abs. 1 PBG/ZH sind der zuständigen Behörde mit dem Baugesuch alle Unterlagen einzureichen, die für die Beurteilung des Vorhabens notwendig sind. Dazu gehört der

Nachweis der Berechtigung zur Einreichung des Baugesuchs, wenn der Gesuchsteller nicht oder nicht alleiniger Grundeigentümer ist (§ 310 Abs. 3 PBG/ZH i.V.m. § 5 lit. m der Bauverfahrensverordnung des Kantons Zürich vom 3. Dezember 1997 [BVV/ZH; LS 700.6]).

2.3. Die Beschwerdeführer rügen die Bewilligungserteilung als rechtswidrig, weil es an der notwendigen Zustimmung des Grundeigentümers zum Baugesuch fehle. Sie setzen sich in ihrer Beschwerde jedoch nicht mit der Argumentation der Vorinstanz auseinander und rügen keine willkürliche Anwendung von § 310 Abs. 3 PBG/ZH. Eine solche ist auch nicht ersichtlich. Vielmehr ist es ohne Weiteres haltbar, die Bestimmung von § 310 Abs. 3 PBG/ZH als Ordnungsvorschrift zu qualifizieren.

3.

3.1.

3.1.1. Die Vorinstanz hat erwogen, es treffe zwar zu, dass gemäss den Bauplänen von vorne gesehen eine Gebäudehöhe von 20,76 m bzw. 25,33 m ausgewiesen werde, womit die nach der kommunalen Bau- und Zonenordnung zulässige Gesamthöhe von 16 m überschritten würde. Allerdings liege der hintere Teil des Gebäudes am Hang. Unter Berücksichtigung der Höhenversetzung der Baukörper verringere sich deshalb die gemäss § 280 Abs. 1 PBG/ZH am gewachsenen Boden zu messende Gebäudehöhe. Damit halte das Standortgebäude die zulässige Gebäudehöhe ein.

3.1.2. Die Vorinstanz hat weiter ausgeführt, die Antenne selbst gelte als technisch bedingte Aufbaute im Sinne von § 292 Abs. 1 PBG/ZH, da sie auf den erhöhten Standort angewiesen sei. Die Kaschierung mit einem Lochblech mache die Antenne nicht zum Bestandteil des Gebäudes.

3.2.

3.2.1. Nach § 280 Abs. 1 PBG/ZH wird die zulässige Gebäudehöhe von der jeweiligen Schnittlinie zwischen Fassade und Dachfläche auf den darunterliegenden gewachsenen Boden gemessen; durch einzelne, bis 1,5 m tiefe Rücksprünge bewirkte Mehrhöhen werden nicht beachtet.

3.2.2. Gemäss § 292 PBG/ZH mit der Marginalie "Dachaufbauten" dürfen, wo nichts anderes bestimmt ist, Dachaufbauten, ausgenommen Kamine, Anlagen zur Nutzung von Sonnenenergie und kleinere technisch bedingte Aufbauten, insgesamt nicht breiter als ein Drittel der betreffenden Fassadenlänge sein, sofern sie bei Schrägdächern über die tatsächliche Dachebene hinausragen (lit. a) bzw. bei Flachdächern die für ein entsprechendes Schrägdach zulässigen Ebenen durchstossen (lit. b).

3.3.

3.3.1. Die Beschwerdeführer nehmen in ihrer Beschwerde weder Bezug auf § 280 Abs. 1 PBG/ZH, noch setzen sie sich mit den diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz auseinander. Eine willkürliche Anwendung von § 280 Abs. 1 PBG/ZH ist nicht ersichtlich.

3.3.2. Die Beschwerdeführer rügen eine Überschreitung der zulässigen Gebäudehöhe und machen sinngemäss eine Verletzung von § 292 PBG/ZH geltend.

Die Rüge erweist sich als unbegründet: Die kantonale Praxis zu § 292 PBG/ZH, wonach die Antennen von Mobilfunksendeanlagen als kleinere technisch bedingte Aufbauten gelten, da sie auf den erhöhten Standort angewiesen sind, wurde vom Bundesgericht geschützt (vgl. hierzu Urteile 1C 198/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 4 und 1C 244/2007 vom 10. April 2008 E. 2). Es besteht kein Anlass, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen. Die Auslegung und die Anwendung von § 292 PBG/ZH durch die Vorinstanz sind nicht willkürlich.

4.

4.1. Die Vorinstanz hat ausgeführt, betreffend die Anforderungen an ein Qualitätssicherungssystem für Mobilfunksendeanlagen könne auf die zutreffenden Erwägungen des Baurekursgerichts verwiesen werden. Dieses hielt im Entscheid vom 3. Juli 2012 fest, bei den Grenzwertberechnungen dürfe auf die im Baugesuch bzw. in den Standortblättern deklarierten Antennenleistungen und Neigungswinkel

abgestellt werden, auch wenn die verwendeten Komponenten eine höhere Leistung zuliessen.

4.2. Die Beschwerdeführer machen geltend, die Einhaltung der technisch nicht ausgeschöpften Sendeleistung der verwendeten Antennentypen könne nicht erwartet werden. Technische Massnahmen zur Begrenzung der Sendeleistung würden nicht genannt, und die behördlichen Überwachungsmöglichkeiten seien ungenügend. Die Beschwerdeführer rügen damit sinngemäss, das Qualitätssicherungssystem der Beschwerdegegnerin sei unzureichend, denn es bestehe die Möglichkeit von Manipulationen in Form missbräuchlicher Abänderungen der Antennenparameter, welche zu einer Erhöhung der bewilligten Sendeleistungen führen könnten.

4.3. Das BAFU hat in seiner Stellungnahme ans Bundesgericht vom 15. Mai 2013 ausgeführt, die Überprüfung des Standortdatenblatts der Beschwerdegegnerin vom 2. August 2011 habe ergeben, dass die darin enthaltenen Angaben plausibel seien. Insbesondere habe sich gezeigt, dass der massgebende Anlagegrenzwert von 5 Volt pro Meter (V/m) eingehalten sei, und dass die Anlage die Anforderungen an die Qualitätssicherung erfülle.

4.4. Die Qualitätssicherungssysteme dienen der Kontrolle, dass die bewilligten Parameter (äquivalente Strahlungsleistung ERP, Senderichtung) der Mobilfunkantennen im Betrieb eingehalten und die Grenzwerte der Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710) nicht überschritten werden. Diese Kontrolle ist in Art. 12 NISV vorgesehen. Die Verordnung schreibt jedoch nicht vor, auf welche Weise sie zu erfolgen hat. Das Bundesgericht nahm im Urteil 1C 282/2008 vom 7. April 2009 E. 3 eingehend zum bestehenden Qualitätssicherungssystem Stellung. Es wies auf eine 2007 durchgeführte Überprüfung hin und räumte ein, das System weise noch Mängel auf. Im Ergebnis anerkannte das Bundesgericht aber das Qualitätssicherungssystem der Mobilfunknetzbetreiber als gutes Kontrollinstrument und erachtete es nicht als notwendig, auf eine Kontrolle durch bauliche Massnahmen (Hardware-Kontrolle) zurückzugreifen. Die pauschale und nicht näher substanziierte Kritik der Beschwerdeführer gibt keinen Anlass, auf diese in den Urteilen 1C 118/2010 vom 20. Oktober 2010 E. 2 (in: URP 2010 S. 871) und 1C 45/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2 bestätigte Rechtsprechung zurückzukommen.

5.

5.1. Die Vorinstanz ist im angefochtenen Urteil zum Schluss gekommen, bei dem im Eigentum der Beschwerdeführer stehenden, unüberbauten Grundstück Gbbl. Nr. 9'979 handle es sich nicht um einen Ort mit empfindlicher Nutzung (OMEN) im Sinne von Art. 3 Abs. 3 lit. c NISV.

5.2. Die Beschwerdeführer stellen sich demgegenüber auf den Standpunkt, das Grundstück Gbbl. Nr. 9'979 sei als unüberbautes Grundstück im Sinne von Art. 3 Abs. 3 lit. c NISV zu qualifizieren und mit einem neuen OMEN Nr. 7 zu beurteilen. Das Grundstück sei zwar noch der Freihaltezone zugeordnet. Sie hätten jedoch bei der Planungs- und Baukommission Thalwil am 21. August 2012 ein Gesuch um Umzonung des Grundstücks in die Wohnzone W2 gestellt. Es sei damit zu rechnen, dass die Umzonung bei der nächsten Zonenplan-Revision beschlossen werde, denn die künftige Überbauung des Grundstücks liege im öffentlichen Interesse (Verdichtung bestehender Baugebiete, haushälterische Nutzung der Baulandreserven). Sei das Grundstück Gbbl. Nr. 9'979 als OMEN Nr. 7 zu berücksichtigen, werde der Anlagegrenzwert von 5 V/m klar überschritten. Die Baubewilligung hätte deshalb verweigert werden müssen.

5.3. Das BAFU hat in seiner Vernehmlassung ans Bundesgericht vom 15. Mai 2013 zusammenfassend festgehalten, aus der Stellungnahme der Planungs- und Baukommission Thalwil vom 13. September 2012 zum Umzonungsgesuch der Beschwerdeführer vom 21. August 2012 gehe hervor, dass die Umzonung des Grundstücks Gbbl. Nr. 9'979 in die Bauzone ungewiss sei. Die Voraussetzungen für eine Berücksichtigung der Parzelle als OMEN im Sinne von Art. 3 Abs. 3 lit. c NISV seien deshalb nicht erfüllt. Das BAFU hat ergänzend ausgeführt, für den Fall, dass sich eine Umzonung dennoch als zulässig erweisen sollte, hätten die Berechnungen ergeben, dass der Anlagegrenzwert von 5 V/m auf dem Grundstück Gbbl. Nr. 9'979 überall und in jeder Höhe eingehalten werde.

Mit Schreiben vom 13. September 2012, auf welches das BAFU in seiner Vernehmlassung Bezug genommen hat, hat die Planungs- und Baukommission Thalwil zum Umzonungsgesuch der Beschwerdeführer vom 21. August 2012 Stellung genommen und betont, das Grundstück Gbbl. Nr. 9'979 sei stark abfallend, grenze im Osten ohne Lärmschutzwand an eine Bahnlinie und im Süden an ein Waldstück. Fast die Hälfte des Grundstücks befinde sich innerhalb des durch eine rechtskräftige

Waldabstandslinie festgelegten Waldabstandsbereichs, weshalb eine Überbauung nur im nördlichen Bereich möglich wäre. Das Grundstück sei nicht erschlossen und eine zweckmässige Erschliessung fraglich. In Anbetracht der gemäss dem Emissionsplan 2015 des Bundesamts für Verkehr prognostizierten Lärmbelastung müsse zudem davon ausgegangen werden, dass die Anforderungen an die Ausscheidung neuer Bauzonen gemäss Art. 29 Abs. 1 der Lärmschutzverordnung (LSV; SR 814.41) nicht erfüllt werden könnten und eine Umzonung deshalb nicht rechtmässig sei. Die Beschwerdeführer hätten jedoch die Möglichkeit, mit einer detaillierten Studie nachzuweisen, dass die bestehenden Bedenken ausgeräumt und alle gesetzlichen Auflagen und Bestimmungen eingehalten werden könnten.

5.4. Art. 11 Abs. 1 USG (SR 814.01) bestimmt, dass Strahlen durch Massnahmen bei der Quelle (Emissionsbegrenzungen) begrenzt werden. Anlagen, welche nichtionisierende Strahlung emittieren, müssen deshalb so erstellt und betrieben werden, dass sie die in Anhang 1 NISV festgelegten vorsorglichen Emissionsbegrenzungen einhalten (Art. 4 Abs. 1 NISV). Gemäss Anhang 1 Ziffer 65 NISV müssen sämtliche Sendeanlagen für Mobilfunk im massgebenden Betriebszustand an OMEN den für sie aufgrund ihrer Sendefrequenz (en) massgebenden Anlagegrenzwert von Anhang 1 Ziffer 64 NISV einhalten. Als OMEN gelten nach Art. 3 Abs. 3 NISV Räume in Gebäuden, in denen sich Personen regelmässig während längerer Zeit aufhalten (lit. a), öffentliche oder private, raumplanungsrechtlich festgesetzte Kinderspielplätze (lit. b) oder diejenigen Bereiche von unüberbauten Grundstücken, in denen Nutzungen nach den Buchstaben a und b zugelassen sind (lit. c). Strittig sind vorliegend die Auslegung und Anwendung von Art. 3 Abs. 3 lit. c NISV.

Nach der Konzeption der Verordnung genügt es bei unüberbauten Grundstücken nicht, die vorsorgliche Begrenzung der Mobilfunkstrahlung auf den Zeitpunkt der Überbauung der Parzellen zu verschieben; vielmehr müssen bereits im Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Mobilfunksendeanlage diejenigen Grenzwerte eingehalten werden, die im Falle einer zonen- und baurechtskonformen Überbauung der Parzellen gelten würden. Damit soll sichergestellt werden, dass die bewilligte Mobilfunkanlage auch nach der in absehbarer Zeit zu erwartenden Überbauung der benachbarten Parzellen noch den gesetzlichen Anforderungen entspricht (vgl. hierzu Urteil 1C 468/2011 vom 18. Juni 2012 E. 4.3, in: URP 2013 S. 61). Der Nachweis der Einhaltung der Anlagegrenzwerte an neuen OMEN setzt voraus, dass die erforderlichen Berechnungen auf verbindliche planungs- und baurechtliche Vorgaben abstellen können. Bei Umzonungen ist dies grundsätzlich erst der Fall, wenn sie rechtskräftig sind.

5.5. Die Beschwerdeführer bestreiten die Feststellungen der Planungs- und Baukommission Thalwil im Schreiben vom 13. September 2012 nicht, gehen aber davon aus, es werde ihnen gelingen, zu belegen, dass die Lärmschutzproblematik lösbar sei. Die verlangten Abklärungen seien an die Hand genommen worden.

Damit aber ist die von den Beschwerdeführern angestrebte Umzonung des Grundstücks Gbbl. Nr. 9'979 in die Bauzone - wie das BAFU zutreffend festgehalten hat - im heutigen Zeitpunkt ungewiss und eine Überbauung in absehbarer Zeit nicht zu erwarten. Die Vorinstanz hat die Parzelle folglich zu Recht nicht als OMEN im Sinne von Art. 3 Abs. 3 lit. c NISV qualifiziert. Dementsprechend stellt sich die Frage der korrekten Berechnung des Anlagegrenzwerts nicht.

6.
Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind den unterliegenden Beschwerdeführern zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG). Die Beschwerdeführer haben die Beschwerdegegnerin unter solidarischer Haftbarkeit zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1, 2 und 4 BGG). Die kommunalen und kantonalen Behörden haben keinen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von insgesamt Fr. 3'000.-- werden den Beschwerdeführern zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführer haben die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit mit insgesamt Fr. 1'500.-- zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Planungs- und Baukommission Thalwil, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 1. Abteilung, 1. Kammer, und dem Bundesamt für Umwelt schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 29. Juli 2013

Im Namen der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Fonjallaz

Der Gerichtsschreiber: Stohner