

ZH_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0163/2016 vom 18. Oktober 2016

ZH Baurekursgericht, 2016-10-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE II Nr. 0163_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE%20II%20Nr.%200163_2016)

FR: ZH_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0163/2016 du 18 octobre 2016

IT: ZH_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0163/2016 del 18 ottobre 2016

Regeste

Im vorliegenden Fall soll eine bestehende Basisstation am selben Ort durch eine neue Anlage ersetzt werden. Zum Zeitpunkt der Baueingabe war die kommunale Kaskadenregelung (zonenspezifische Prioritätenregelung) noch nicht rechtskräftig festgesetzt. Bei einer Kaskadenregelung geht es im Wesentlichen um die Frage der Zonenkonformität (ideelle Immissionen) von ausschliesslich sichtbaren Mobilfunkanlagen und damit um eine planungsrechtliche Festlegung, welche sofort anwendbar ist. Tritt eine solche Regelung also erst im Laufe eines Rechtsmittelverfahrens in Kraft, ist diese sofort anwendbar. Gutheissung des Nachbarrekurses und Rückweisung der Streitsache zur Neubeurteilung.

Erwägungen

E. 2

Die strittige Basisstation soll mit einer Gesamtleistung von maximal 1'800 W auf den Azimuten 160° und 330° betrieben werden. Die Swisscom will ERP die beiden vorgesehenen Antennenmodule (1 x 600 W , 1 x 1200 W) ERP ERP zuoberst am bestehenden, 12,6 m hohen Mast anbringen (vgl. den nach- stehenden Planausschnitt 1:200, Darstellung links). Die beiden bisherigen Antennenelemente sollen demontiert werden. Diese waren, wie der folgen- de Detailplan 1:50 (Darstellung rechts) aufzeigt, erheblich kleiner dimensio- niert. Die Bauparzelle Kat.-Nr. [...] liegt in der Wohnzone W2/1.40. Die Baugesuchspläne machen klar, dass es sich hier trotz Beibehaltung des bisherigen Masts um eine Neuanlage handelt. Die bisherigen Antennenmo- dule und weitere technische Komponenten werden, wie bereits erwähnt, vollständig demontiert. Die vorgesehenen neuen Antennenelemente weisen R2.2014.00044 Seite 3

deutlich grössere Dimensionen und andere technische Spezifikationen auf, weshalb mit dem Standortdatenblatt vom 6. November 2013 (act. 16.5) neue Grenzwertberechnungen gemacht werden mussten. Insgesamt han- delte es sich also um eine Neuanlage im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV). 3.1. Strittig ist vorab, ob bzw. in welchem Umfang Art. 49a der (revidierten) kommunalen Bau- und Zonenordnung (BZO) bei der Beurteilung des stritti- gen Projekts der Swisscom massgebend ist. Die Rekurrierenden stellen sich auf den Standpunkt, diese Bestimmung, welche Gegenstand der sei- nerzeitigen BZO-Teilrevision 2009 gewesen sei, müsse im vorliegenden Rechtsmittelverfahren angewendet werden. Art. 49a BZO wurde in seiner definitiven Fassung mittlerweile rechtskräftig festgesetzt und von der Baudi- rektion genehmigt (vgl. nachfolgend Ziffer 3.2), weshalb sich die Frage ei- ner Voranwendung im Sinne von § 234 PBG im Übrigen nicht (mehr) stellt. 3.2. Am 7. Dezember 2009 ergänzte die Gemeindeversammlung Küsnacht ihre Bau- und Zonenordnung mit einer so genannten

Kaskadenregelung (Art. 49a BBO), welche damals Pioniercharakter hatte. Der "Leitfaden Mobilfunk für Gemeinde und Städte", im Jahre 2010 gemeinsam u.a. vom Bundesamt für Umwelt (BAFU) und vom Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) herausgegeben, verwies – ohne massgebende Details zu erwähnen – erstmals in einer offiziellen Publikation auf diese nutzungsplanerische Möglichkeit zur Standortsteuerung von Mobilfunk-Basisstationen. Dabei geht es um eine zonenspezifische Prioritätenregelung bei der Erstellung solcher Anlagen. R2.2014.00044 Seite 4

gen. Aufgrund der Neuartigkeit der Regelung entwickelte sich in der Folge ein aufwendiges und langwieriges Rechtsmittelverfahren, nämlich: 05.01.2010 Rekurs von Orange, Sunrise und Swisscom gegen den Gemeindeversammlungsbeschluss vom 7. Dezember 2009. 29.06.2010 Gutheissung des Rekurses durch die Baurekurskommission II. Vollständige Aufhebung von Art. 49a BZO und damit der Kaskadenregelung. 09.09.2010 Beschwerde der Gemeinde Küsnacht an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. 16.11.2011 Die Baudirektion verweigert die Genehmigung von Art. 49a BZO, wogegen die Gemeinde ebenfalls Beschwerde führt. 19.03.2012 Das Bundesgericht beurteilt erstmals eine solche Kaskadenregelung (im Kanton Bern) und hält fest, unter welchen Prämissen eine solche Standortsteuerung zulässig ist. Danach hat sich eine Kaskadenregelung u.a. ausschliesslich auf visuell wahrnehmbare Anlagen zu beschränken (BGr 1C_449 und 451/2011 vom 19. März 2012). 24.01.2013 Gestützt auf das erwähnte Bundesgerichtsurteil heisst das Verwaltungsgericht die Beschwerden der Gemeinde Küsnacht teilweise gut. Im Kern wird die Kaskadenregelung bestätigt, jedoch erheblich eingeschränkt (im Wesentlichen: Beschränkung auf sichtbare Anlagen, keine Prüfung von Alternativstandorten innerhalb derselben Priorität, keine umfassende Interessenabwägung bei der Wahl der jeweiligen Priorität). 26.02.2014 Der Gemeinderat setzt den entsprechend abgeänderten Art. 49a BZO fest. 23.09.2014 Genehmigung der abgeänderten Kaskadenregelung durch die Baudirektion Kanton Zürich. Am 11. November 2013 reichte die Swisscom das vorliegend strittige Baugesuch ein, welches die Baukommission Küsnacht am 25. Februar 2014 mit dem angefochtenen Beschluss bewilligte. Die Bewilligungserteilung erfolgte damit vor der Rechtskraft der modifizierten Kaskadenregelung, welche mit der Genehmigung der Baudirektion am 23. September 2014 eintrat. Damit stellt sich die Frage des hier massgebenden Rechts. Eine kommunale Übergangsregelung gibt es nicht. 4.1. Ändert sich die Rechtslage während des Rechtsmittelverfahrens, so ist insbesondere bei planungsrechtlichen Festlegungen in der Regel auf das zur Zeit des letztinstanzlichen Entscheids geltende Recht abzustellen (RB 1985 R2.2014.00044 Seite 5

Nr. 116; BGr 1C_76/2012 E. 3.5 vom 6. Juli 2012 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Praxis). Damit ist im Folgenden zu prüfen, ob die Kaskadenregelung der Gemeinde Küsnacht den Charakter einer planungsrechtlichen Festlegung hat. 4.2. Gemäss Rechtsprechung dürfen die Gemeinden gestützt auf § 49a Abs. 3 PBG eine Kaskadenregelung bzw. eine zonenspezifische Prioritätenregelung für die Erstellung von Mobilfunk-Basisstationen festlegen. Diese muss zwingend an die Sichtbarkeit einer Mobilfunkanlage anknüpfen. Die Basisstation muss eindeutig optisch als solche erkennbar sein, was für kaschierte Anlagen etwa in Form eines Kamins, Entlüftungsrohrs, Pfostens oder sonstigen Gebäudeteils in den üblichen Dimensionen nicht zutrifft. Es genügt also nicht, dass ein bestimmter Gebäudeteil aufgrund seiner Positionierung und Dimension allenfalls die Vermutung einer kaschierten Basisstation aufkommen lassen könnte. Vielmehr muss eine Mobilfunkanlage für einen objektiven Betrachter ohne weiteres sofort

eindeutig als solche visuell wahrnehmbar und erkennbar sein (u.a. BRGE IV Nr. 0128/2015 vom 10. September 2015, E. 5.3.3). Kaskadenregelungen dürfen in keiner Weise zu einer Verschärfung des Bundesumweltschutzrechts führt. Die massgebenden Grenzwerte sind in der NISV abschliessend geregelt (u.a. BRGE IV Nr. 0128/2015 vom 10. September 2015, E. 5.3.1 und 5.3.3). Eine Kaskadenregelung ist folglich nur rechtskonform, wenn sie ausschliesslich dem Schutz vor ideellen Immissionen dient. Das Bundesgericht erwog dazu im Detail: Im Rahmen einer derartigen ortsplanerischen Festlegung sei zu berücksichtigen, dass bestimmte Nutzungen und Anlagen in der Bevölkerung (oder Teilen davon) unangenehme psychische Eindrücke erweckten, welche dazu führten, dass die Umgebung als unsicher, unästhetisch oder aus anderen Gründen als unerfreulich empfunden werde. Erfahrungsgemäss werde der Anblick von Mobilfunkanlagen als Bedrohung bzw. Beeinträchtigung der Wohnqualität empfunden. Die Begrenzung von Mobilfunkantennen in Wohngebieten erscheine deshalb grundsätzlich als geeignetes Mittel, Charakter und Attraktivität der Wohnzonen zu wahren. Allerdings bildeten subjektive Ängste und Gefühle des Unbehagens keine tragfähige Grundlage für weitgehende Einschränkungen oder gar ein Verbot von im allgemeinen Interesse stehenden Infrastrukturen. Hingegen könne es sich rechtfertigen, in Zonen, welche in erster R2.2014.00044 Seite 6 Linie für gesundes und ruhiges Wohnen bestimmt seien, die Realisierung von Betrieben und Anlagen, die ideelle Immissionen verursachen könnten, von einem funktionalen Zusammenhang zur jeweiligen Zone abhängig zu machen (BGE 1C_449/2011 und 1C_451/2011 vom 19. März 2012, E. 7.4.3). Somit geht es bei Kaskadenregelung im Wesentlichen um die Frage der Zonenkonformität einer sichtbaren Mobilfunkanlage, womit Art. 49a BZO zweifelsohne eine planungsrechtliche Festlegung und im Sinne der vorherigen Erwägungen daher sofort anwendbar ist; ein Grund zur Abweichung von der Regel der sofortigen Anwendbarkeit ist hier nicht ersichtlich. 5.1. Die genannte kommunale Bestimmung hat folgenden Wortlaut: R2.2014.00044 Seite 7

Zunächst stellt sich die Frage, ob diese Bestimmung auch dann zum Zuge kommt, wenn die Anlage mit Ausnahme des Mastes zwar neu ist, aber von einem bereits bestehenden Standort Gebrauch gemacht wird. Nach Art. 3 Abs. 2 lit. c NISV gelten Anlagen als neu, wenn sie am bisherigen Standort ersetzt werden. Zwar ist diese Bestimmung umweltschutzrechtlich motiviert, während Art. 49a BZO die Zonenkonformität von Mobilfunkbasistationen wahren soll und keinerlei umweltschutzrechtliche Zielrichtung aufweist bzw. aufweisen darf (vgl. die voranstehenden Erwägungen unter Ziffer 4.2). Dessen ungeachtet liegt es nahe, Art. 49a BZO immer dann zum Zuge kommen zu lassen, wenn eine neue Anlage im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c NISV zu beurteilen ist. Alleine die Beibehaltung des Standortes (und hier noch des Mastes) kann keinerlei Bestandesgarantie zur Folge haben. Folglich ist eine umfassende, auch die Frage der Zonenkonformität mit einschliessende Neuüberprüfung angezeigt. Vorliegend kommt hinzu, dass sich die neue Mobilfunk-Basisstation äusserlich erheblich von der bisherigen unterscheidet. Sie ist als deutlich grössere Anlage erkennbar, was ebenfalls eine erneute Überprüfung des mit der Anlage verbundenen ideellen Immissionspotentials nahelegt. Demgegenüber wäre die Anwendbarkeit von Art. 49a BZO wohl zu verneinen, wenn etwa nur der Abstrahlwinkelbereich (Downtilt-Bereich) einer noch vor der Legiferierung dieser Bestimmung erstellten Anlage verändert würde; dies unbeschrieben der umweltrechtlichen Bewilligungspflicht für eine solche Änderung. Das Baugrundstück Kat.-Nr. [...] liegt in der Wohnzone W2/1.40 und damit nur in der 4. Priorität. Folglich hat die Swisscom gemäss

Abs. 3 der Bestimmung den Nachweis zu erbringen, dass in den Zonen mit jeweils höherer Priorität (hier also in den Prioritäten 1 - 3) keine Standorte zur Verfügung stehen. An eine solche Standortbegründung dürfen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Die Standortbegründung bei der Anwendung der Kaskadenregelung könne insbesondere nicht mit einer solchen im Sinne von Art. 24 lit. a des Raumplanungsgesetzes (RPG) gleichgesetzt werden. Es genüge, wenn die Mobilfunkgesellschaften glaubhaft nachweisen könnten, dass aus funktechnischen Gründen keine prioritäre Zone zur Verfügung stehe oder ein in Betracht kommender funktechnisch geeigneter Standort in einer prioritären Zone aus Gründen mangelnder Akquisitionsmöglichkeit (keine Miet- oder R2.2014.00044 Seite 8

Kaufmöglichkeit zu zumutbaren Bedingungen) nicht realisiert werden könne. Funktechnische Gründe für einen bestimmten Standort könnten beispielsweise mit entsprechenden Abdeckungskarten erbracht werden (BGE 1C_449/2011 vom 19. März 2012, E. 6.6; 1C_51/2012 vom 21. Mai 2012, E. 5.2; vgl. auch BRGE IV Nr. 0015/2016 vom 4. Februar 2016, E. 11.1). Die Baukommission Küssnacht beurteilte das strittige Bauvorhaben in Voranwendung von Art. 49a BZO und kam in der angefochtenen Baubewilligung diesbezüglich einzig zum lapidaren und objektiv nicht nachvollziehbaren Schluss, "die projektierte Antennenanlage liege in einem Gebiet der 4. Priorität und sei von der Lage her somit bewilligungsfähig" (act. 3, S. 2, E. A.2). Aus welchen Gründen die kommunale Baubehörde zu diesem Ergebnis kommt, bleibt im Dunkeln. Jedenfalls ist der zwingend notwendige Nachweis der Bauherrschaft weder Bestandteil des Baugesuchs noch liegt er sonst bei den Akten. 5.2. Damit ist der Rekurs gutzuheissen und der angefochtene Beschluss aufzuheben. Die Streitsache ist im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Baukommission Küssnacht wird von der Swisscom einen Nachweis im Sinne von Art. 49a Abs. 3 BZO zu verlangen und danach nochmals über das strittige Baugesuch zu entscheiden haben. Bei diesem Verfahrensergebnis erübrigt sich die Beurteilung der weiteren rekurrentischen Rügen. [...] R2.2014.00044 Seite 9

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