

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00468 vom 13. März 2008

ZH Verwaltungsgericht, 2008-03-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2007.00468](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2007.00468)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00468 du 13 mars 2008

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00468 del 13 marzo 2008

## Regeste

Baubewilligung | Baubewilligung für Mobilfunk-Antennenanlage. Befindet sich eine in einem Nutzungsplan festgesetzte Freihaltezone vollständig innerhalb des nutzungsplanerisch ausgeschiedenen Baugebiets, ist Art. 24 RPG ausnahmsweise nicht (unmittelbar als Bundesrecht) anwendbar (E. 2.2). Mobilfunkanlagen sind als Infrastrukturbauten im Baugebiet nicht generell und unabhängig von ihrem Verwendungszweck zulässig. Auch bei ihnen ist die Zonenkonformität zu prüfen (E. 3). Kraft Verweisung im kantonalen Recht ist Art. 24 RPG (als kantonales Recht) auch auf zonenwidrige Bauten und Anlagen in einer "innen liegenden" Freihaltezone anwendbar. Zur Erteilung einer Ausnahmbewilligung ist daher nicht die Baudirektion, sondern die örtliche Baubehörde zuständig (E. 4.1). Steht fest, dass auf einem Grundstück nach Massgabe der baulichen Grundordnung keine Räume mit empfindlichen Nutzungen entstehen können, rechtfertigt es sich nicht, die Parzelle als unüberbautes Grundstück im Sinn von Art. 3 Abs. 3 lit. c NISV zu berücksichtigen (E. 6). Begründung der Rechtsmittelbelehrung (E. 10). Teilweise Gutheissung und Rückweisung an die örtliche Baubehörde.

## Erwägungen

### E. 3

Dies bedeutet indessen nicht, dass die geplante Mobilfunkantenne in der fraglichen Freihaltezone ohne weiteres als zonenkonform beurteilt werden kann. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sind Mobilfunkanlagen als Infrastrukturbauten im Baugebiet nicht generell und unabhängig von ihrem Verwendungszweck zulässig. Auch bei ihnen ist im ordentlichen Baubewilligungsverfahren zu prüfen, ob sie dem Zweck der betreffenden Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG; BGE 133 II 321 E. 4.3.1). In der Freihaltezone dürfen gemäss § 40 Abs. 1 PBG nur solche oberirdischen Bauten und Anlagen erstellt werden, die der Bewirtschaftung oder unmittelbaren Bewerbung der Freiflächen dienen und die den Zonenzweck nicht schmälern. Die geplante Mobilfunkanlage dient offensichtlich nicht zur Bewirtschaftung oder unmittelbaren Bewerbung des geschützten Rebhangs; vielmehr soll sie die Versorgung der umliegenden Wohngebiete und der Bahnlinie mit GSM- bzw. UMTS-Diensten verbessern. Sie ist in der vorliegenden Freihaltezone daher nicht zonenkonform.

### E. 4.1

Für Ausnahmen innerhalb der Bauzonen ist das kantonale Recht massgebend (Art. 23 RPG). Grundsätzlich sind Ausnahmen von kantonalen Bauvorschriften unter den Voraussetzungen von § 220 PBG zulässig. § 40 Abs. 1 Satz 2 PBG sieht für Bauten und Anlagen in Freihaltezonen jedoch ausdrücklich vor, dass für zonenfremde Bauten und

Anlagen Art. 24 RPG gelten soll. Soweit es sich wie vorliegend um eine "innen liegende" Freihaltezone handelt, ist Art. 24 RPG zwar nicht direkt auf zonenwidrige Bauten und Anlagen anwendbar. Kraft Verweisung des kantonalen Rechts ist die Bestimmung in diesem Fall dennoch für die Beurteilung von zonenwidrigen Bauten und Anlagen massgebend. Damit stellt sich die Frage, ob in einem solchen Fall die Baudirektion oder die örtliche Baubehörde zuständig ist. Es besteht kein Grund, die örtliche Bewilligungsbehörde nicht ausschliesslich zum Zuge kommen zu lassen. Kommt Art. 24 RPG nicht direkt sondern nur kraft Verweisung des kantonalen Rechts zur Anwendung, besteht von Bundesrechts wegen kein Grund, eine kantonale Bewilligungsinstanz einzuschalten (Art. 25 Abs. 2 RPG). Der Zweck von Art. 24 RPG besteht allein darin, das vom Siedlungsgebiet abzugrenzende Kulturland von zonenwidrigen Bauten möglichst freizuhalten und für Ausnahmen eine einheitliche Regelung zu schaffen (BGE 114 Ib 344 E. 3b). Der Titel von Ziffer 1.2 des Anhangs zur Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997 ("ausserhalb der Bauzonen") bezieht sich ausschliesslich auf jene Bereiche, in denen Art. 24 RPG direkt zur Anwendung kommt. Somit hat die örtliche Bewilligungsbehörde zu prüfen, ob eine in der "innen liegenden" Freihaltezone zonenwidrige Baute oder Anlage unter den Voraussetzungen des Art. 24 RPG ausnahmsweise bewilligt werden kann. Auch wenn Art. 24 RPG in diesem Fall als kantonales Recht anwendbar ist, kann sich die örtliche Bewilligungsbehörde grundsätzlich auf die allgemeine Rechtsprechung zu Art. 24 RPG stützen. Sie hat jedoch zu berücksichtigen, dass in diesem Fall nicht das öffentliche Interesse an der Trennung des Bau- vom Nichtbaugebiet betroffen ist. Stattdessen ist der jeweilige Zweck der betroffenen Freihaltezone (Erholung der Bevölkerung, Natur- und Heimatschutz, Trennung und Gliederung des Siedlungsgebiets) zu berücksichtigen.

#### **E. 4.2**

Die kommunale Baubehörde ist in ihrem Entscheid davon ausgegangen, dass das Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone liege und deshalb eine Beurteilung durch die Baudirektion notwendig sei. Sie verwies deshalb auf die Verfügung der Baudirektion vom 11. Januar 2006, mit welcher die Bewilligung "bezüglich der Lage in der Freihaltezone" erteilt worden sei. Die Voraussetzungen des Art. 24 RPG hat sie nicht selbst überprüft. Nach dem Gesagten erfolgte die Beurteilung nach Art. 24 RPG jedoch zu Unrecht durch die Baudirektion anstelle der zuständigen kommunalen Behörde. Dieser Mangel wiegt jedoch nicht derart schwer, dass er zur Nichtigkeit der angefochtenen Anordnung führen würde. Vielmehr ist die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Angelegenheit an die sachlich zuständige Vorinstanz angebracht ( Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 5 N. 28 ff.) . Da die Baurekurskommission als zuständige Rekursinstanz die Voraussetzungen einer Ausnahmbewilligung ebenfalls nicht beurteilt hat, stellt dieses Vorgehen auch keinen unnötigen Leerlauf dar (vgl. RB 1998 Nr. 122 = BEZ 1998 Nr. 22).

#### **E. 5**

Damit ergibt sich, dass der Entscheid der Vorinstanz und die Baubewilligung aufzuheben sind. Hebt das Verwaltungsgericht die angefochtene Anordnung auf, so kann es die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen (§ 64 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [ VRG]). Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich jedoch, die Angelegenheit ausnahmsweise direkt an den Gemeinderat Stäfa zurückzuweisen. Denn eine Ausnahmbewilligung nach Art. 24 RPG setzt einerseits

die Standortgebundenheit des Bauvorhabens voraus und andererseits dürfen keine überwiegenden Interessen gegen den Standort sprechen. Bei der Prüfung der Standortgebundenheit ist der projektierte Standort mit potenziellen Alternativstandorten zu vergleichen, wobei nicht nur funktechnische Aspekte, sondern auch alle anderen Interessen, namentlich diejenigen des Natur- und Landschaftsschutzes berücksichtigt werden. Damit wird auch bei der Standortgebundenheit eine Interessenabwägung vorausgesetzt, weshalb sie nicht losgelöst von der gesamthaften Interessenabwägung vorgenommen werden kann (BGE 129 II 63 E. 3.3; BGr, 23. Mai 2003, 1A.186/2002, E. 3.4, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Bei der umfassenden Interessenabwägung müssen der geplante Standort und die Alternativstandorte demnach auch in Bezug auf die Einordnung des Bauvorhabens nach § 238 PBG verglichen werden. Nachdem in diesen Fragen der örtlichen Baubehörde ein von den Rechtsmittelinstanzen zu beachtender Beurteilungsspielraum zusteht (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), rechtfertigt es sich ausnahmsweise, die Angelegenheit direkt an den Gemeinderat Stäfa zurückzuweisen, damit dieser seinen Beurteilungsspielraum wahrnehmen kann. Gleichwohl ist es aus Gründen der Verfahrensökonomie angebracht, auf die weiteren Einwände der Beschwerdeführenden kurz einzugehen, zumal es sich hierbei ausschliesslich um Rechtsfragen handelt, die das Verwaltungsgericht ohnehin frei überprüft.

## **E. 6**

Die Beschwerdeführenden wenden ein, das Grundstück Kat.-Nr. 02 sei zu Unrecht nicht in die Immissionsberechnung mit einbezogen worden. Es handle sich hierbei um ein unüberbautes Grundstück, dass gemäss Art. 3 Abs. 3 lit. c der Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) als Ort mit empfindlicher Nutzung (OMEN) zu berücksichtigen sei.

### **E. 6.1**

Der Begriff der "Orte mit empfindlicher Nutzung" wird in Art. 3 Abs. 3 lit. a–c NISV definiert: Während lit. a und b auf den bestehenden baulichen Zustand und die aktuelle Nutzung abstellen, zählen gemäss lit. c auch "diejenigen Flächen von unüberbauten Grundstücken, auf denen Nutzungen nach den Buchstaben a und b zugelassen sind", zu den OMEN, an denen die Anlagegrenzwerte eingehalten werden müssen. Unüberbaute eingezonte Grundstücke, auf denen empfindliche Nutzungen zulässig sind, werden also so behandelt, als wären die Gebäude schon errichtet. Besteht noch keine Planung, so gilt das gesamte baurechtlich zulässige Volumen als OMEN. Art. 3 Abs. 3 lit. c NISV beruht auf der Überlegung, dass die planungsrechtlich mögliche Überbauung noch unüberbauter Grundstücke in aller Regel auch realisiert wird (vgl. zum Ganzen BGr, 10. September 2002, 1A.194/2001, E. 2, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)).

### **E. 6.2**

Das Grundstück Kat.-Nr. 02 befindet sich in der Wohnzone WD und wird, wie die bei den Akten liegenden Fotos zeigen, einerseits zu Garten- und Freizeitwecken und andererseits als Rebland genutzt. Der untere Parzellenteil umfasst im Wesentlichen ein kleineres Gartenhaus, Bäume, mit Steinplatten befestigte Gehwege, diverse Sitzgelegenheiten und weitere Elemente der Gartengestaltung. In der Wohnzone WD sind gemäss § 13 BZO Bauten mit einer Baumassenziffer bis 2.4 bzw. 2.5, einer Gesamtlänge bis 50 m und einer Gebäude- bzw. Firsthöhe von 10.5 bzw. 7 m zulässig. Angesichts dieser grundsätzlich

möglichen Ausnützung kann die Nutzung des Grundstücks zu Gartenzwecken und die Überbauung mit einem Gartenhäuschen keine Überbauung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 lit. c NISV darstellen (vgl. auch BGr, 21. Juni 2007, 1A.278/2006, E. 4.2, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Den Beschwerdeführenden ist deshalb darin zuzustimmen, dass es sich grundsätzlich um eine unüberbaute Parzelle handelt.

### **E. 6.3**

Wie die private Beschwerdegegnerin zu Recht vorbringen lässt, ist das Grundstück Kat.-Nr. 02 angesichts der geringen Grundstücksfläche, der langen und schmalen Parzellenform sowie der schwierigen Topographie nach der baulichen Grundordnung nicht in einer vernünftigen Weise überbaubar. Steht damit fest, dass auf diesem Grundstück nach Massgabe der baulichen Grundordnung keine Räume mit empfindlichen Nutzungen entstehen können, rechtfertigt es sich nach den oben dargelegten Überlegungen zu Art. 3 Abs. 3 lit. c NISV nicht, die Parzelle als unüberbautes Grundstück im Sinn dieser Bestimmung zu berücksichtigen. Der Einwand der Beschwerdeführenden erweist sich demnach als unbegründet.

### **E. 7**

Das Bundesamt für Umwelt (BAFU) hat in einem Rundschreiben vom 16. Januar 2006 ein Qualitätssicherungssystem vorgestellt, welches dazu dienen soll, die mittels Fernsteuerung einstellbaren Parameter der Mobilfunkstationen, welche die effektiv eingestellte Strahlungsleistung beeinflussen, zu überprüfen. Das Rundschreiben sah für die Realisierung des Systems eine Übergangsphase von einem Jahr vor; Ende 2006 waren der Stand der Implementierung und das ordnungsgemässe Funktionieren erstmals zu kontrollieren.

#### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführenden wenden ein, dass es sich beim Rundschreiben des BAFU weder um ein Gesetz noch um eine Verordnung handle. Sein Inhalt sei somit unverbindlich und die darin enthaltenen Regelungen seien rechtlich nicht durchsetzbar. Was geschehen solle, wenn das Qualitätssicherungssystem die ihm zugedachte Kontrollfunktion nicht erfülle, sei offen. Das Bundesgericht habe sich bisher lediglich zur technischen Lösung, nicht aber zu den rechtlichen Grundlagen geäussert. Solange auf dem Weg der Gesetzgebung keine entsprechenden Anordnungen getroffen worden seien, könne die Einhaltung der bewilligten Sendeleistungen und Senderichtungen einzig mit technischen Massnahmen an der Hardware rechtsgenügend sichergestellt werden.

#### **E. 7.2**

Das Rundschreiben des BAFU ist, wie die Beschwerdeführenden zu Recht bemerken, kein rechtsverbindlicher Erlass; die massgeblichen Vorschriften finden sich im Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983 und in der NISV. Das BAFU ist zwar dazu prädestiniert, die Anforderungen, die sich aus Gesetz und Verordnung ergeben, in fachlicher Hinsicht zu interpretieren und den mit der Rechtsanwendung und Rechtsprechung betrauten Instanzen Empfehlungen zu geben (vgl. Art. 12 Abs. 2 Satz 2 NISV). Letztlich ist es aber Sache dieser Behörden, über die Anwendung der geltenden Rechtsnormen zu entscheiden (BGr, 15. Januar 2008, 1C\_148/2007, E. 3.2, [www.bger.ch](http://www.bger.ch); VGr, 20. Juni 2007, VB.2006.00448, E. 6.2, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Das Bundesgericht hat mehrfach entschieden, dass das vom BAFU empfohlene Qualitätssicherungssystem eine zulässige Alternative zur Kontrolle durch bauliche Vorkehrungen darstellt und grundsätzlich den Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an eine

wirksame Kontrolle der Emissionsbegrenzungen genügt (BGr, 6. September 2007, 1A.6/2007, E. 5; 25. Juni 2007, 1A.4/2007, E. 3.1; beide mit weiteren Hinweisen und unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Auch zu der von den Beschwerdeführenden aufgeworfenen Frage der Konsequenzen für den Fall, dass das Qualitätssicherungssystem seine Kontrollfunktion nicht erfüllt, hat sich das Bundesgericht geäussert. Danach haben das BAFU und die kantonalen Vollzugsbehörden zu prüfen, ob die Qualitätssicherung der Mobilfunkbetreiber die ihr zugedachte Funktion effektiv erfüllt. Sollte sich das Kontrollsystem, auch nach allfälligen Verbesserungen und Ergänzungen, als ungenügend erweisen, müsste wieder auf die Kontrolle durch bauliche Vorkehrungen zurückgekommen werden (BGr, 25. Juni 2007, 1A.4/2007, E. 3.2; 6. September 2006, 1A.57/2006, E. 5.2, beide unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Die generellen Einwände der Beschwerdeführenden gegen das Qualitätssicherungssystem erweisen sich demnach als unbegründet.

#### **E. 8**

Die Beschwerdeführenden machen geltend, die in der NISV festgelegten Grenzwerte für elektromagnetische Strahlung reichten nicht aus, um gesundheitsschädliche Auswirkungen der projektierten Mobilfunkanlage mit Sicherheit zu verhindern. Die Grenzwerte seien daher verfassungs- und gesetzwidrig. Die Vorinstanz hat diese Einwände bereits mit ausführlicher und zutreffender Begründung entkräftet (Entscheid der Vorinstanz, E. 11). Die entsprechenden Vorbringen wurden vom Bundesgericht in anderen Verfahren schon wiederholt überprüft, und es hat die Grenzwerte der NISV dabei stets als gesetzes- und verfassungskonform beurteilt (vgl. aus jüngster Zeit BGr, 20. Februar 2008, 1C\_170/2007, E. 2; 10. Januar 2007, 1A.129/2006, E. 6; 4. Dezember 2006, 1A.142/2006, E. 6; 10. Oktober 2006, 1A.54/2006, E. 6.5; jeweils mit weiteren Hinweisen, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Die von den Beschwerdeführenden angeführten abweichenden Stellungnahmen einzelner Fachleute vermögen diese Rechtsprechung nicht in Frage zu stellen. Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass es in erster Linie die Aufgabe der Fachinstanzen des Bundes ist, die wissenschaftliche Entwicklung zu verfolgen und allfällige Konsequenzen für die Rechtsetzung vorzuschlagen. Das BAFU hat denn auch erst kürzlich eine eingehende Bewertung der in den letzten Jahren erschienenen wissenschaftlichen Publikationen zum Thema vorgenommen (BAFU, Hochfrequente Strahlung und Gesundheit, Bewertung von wissenschaftlichen Studien im Niedrigdosisbereich, 2. A., Bern 2007, <http://www.bafu.admin.ch/elektrosmog>), und ein neues Nationales Forschungsprogramm zum Thema "Nichtionisierende Strahlung, Umwelt und Gesundheit" wird in elf verschiedenen Forschungsprojekten die Wirkung von nichtionisierender Strahlung auf Umwelt und Gesundheit untersuchen (Nationales Forschungsprogramm NFP 57, [www.nfp57.ch](http://www.nfp57.ch)). Zum heutigen Zeitpunkt besteht damit kein Anlass, von den geltenden Immissions- und Anlagegrenzwerten der NISV abzuweichen (vgl. BGr, 20. Februar 2008, 1C\_170/2007, E. 2, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)).

#### **E. 9**

Insgesamt ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist. Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es sich, die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, und es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 und § 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 10**

Der vorliegende Entscheid stellt einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid über die Zuständigkeit dar. Dagegen kann gemäss Art. 92 in Verbindung mit Art. 82 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden (vgl. BGE 133 III 645 E. 2.1). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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