

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00456 vom 24. Januar 2013**

ZH Verwaltungsgericht, 2013-01-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2010.00456](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2010.00456)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00456 du 24 janvier 2013

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00456 del 24 gennaio 2013

## **Regeste**

Nutzungsplanung | Abstrakte Normenkontrolle von BZO-Bestimmungen zu Standorten von Mobilfunkanlagen (Baurekurskommission und Regierungsrat haben Bestimmungen einer kommunalen Bau- und Zonenordnung zur Standortwahl von Mobilfunkanlagen aufgehoben bzw. nicht genehmigt. Gegen diese beiden Entscheide führt die betroffene Gemeinde Beschwerde.) Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die abstrakte Normenkontrolle; Entscheid in Fünferbesetzung (E. 1.1). Beschwerdelegitimation der Gemeinde (E. 1.2). Rückzug der Beschwerde bezüglich zweier Bestimmungen; in diesem Umfang Abschreibung der Beschwerden als durch Rückzug erledigt (E. 2). Die Rekurs- und Genehmigungsinstanz haben bei der abstrakten Normenkontrolle einer kommunalen Nutzungsplanung die Planungsautonomie der Gemeinde zu beachten (E. 3). Bundesrechtliche Schranken zur kantonalen oder kommunalen Regelung von Mobilfunkstandorten; zulässig sind z.B. ortsplannerische Bestimmungen, die der Wahrung des Charakters oder der Wohnqualität eines Quartiers dienen (E. 4). § 49a Abs. 3 PBG bietet eine genügende Ermächtigungsgrundlage für kommunale Massnahmen zur Standortsteuerung von Mobilfunkanlagen (E. 5). In der betreffenden Gemeinde bestehen nur wenige kleine Flächen von Zonen erster (Gewerbe- und Industriezonen) und zweiter Priorität (Wohnzonen mit Gewerbeanteil). Die Zonen dritter (Wohnzone mit mässig störendem Gewerbe) und vierter Priorität (Wohnzone mit besonderer Nutzungsanordnung und Zone für öffentliche Bauten) sind grösser und im Gemeindegebiet verteilt. Die strittige Regelung erschwert zwar den Bau von Mobilfunkanlagen, gefährdet jedoch nicht eine funktechnisch gute Versorgung der Bauzonen (E. 6.4). Für eine kommunale Bestimmung betreffend umfassende Interessenabwägung zum Standort einer Mobilfunkanlage lässt das kantonale Recht keinen Spielraum (E. 7.1). Die Regelung, dass Mobilfunkanlagen der Quartiersversorgung zu dienen haben, ist zulässig (E. 7.2). Auch das Kaskadenmodell mit Ausschlusszonen (Reserve-, Freihalte-, Erholungs- und Kernzone) und Zonen unterschiedlicher Priorität ist nicht zu beanstanden (E. 7.3.1). Der von den Betreibern geforderte Nachweis, dass in den Zonen jeweils höherer Priorität keine Standorte zur Verfügung stehen, entspricht der vom Bundesgericht geschützten Regelung der Gemeinde Hinwil (E. 7.3.2). Der Anwendungsbereich der Kaskadenordnung ist entsprechend dem Bundesgerichtsentscheid im Fall Hinwil auf visuell wahrnehmbare Anlagen zu beschränken (E. 7.3.3). Die Regelung, wonach die Prüfung von Alternativstandorten innerhalb der Zonen mit gleicher Priorität verlangt werden kann, ist unzulässig (E. 7.4). Teilweise Gutheissung der Beschwerden, soweit nicht Rückzug

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Priorität: Wohnzonen, in denen mässig störende Betriebe zulässig sind (Art. 23 Abs. 2 BZO)

### **E. 3.1**

= ZBl 2006 S. 193 ff., 197; 15. März 2005, 1A.18/2004, E. 4; 31. Mai 2006, 1A.120/2005, E. 7;

### **E. 4**

Priorität: Gebiete mit besonderen Nutzungsanordnungen gemäss Art. 34 Abs. 2 BZO und Zonen für öffentliche Bauten Erbringt der Betreiber den Nachweis, dass aufgrund von funktechnischen Bedingungen ein Standort ausserhalb der zulässigen Zonen erforderlich ist, ist eine Mobilfunkanlage auch in den übrigen Wohnzonen zulässig. 5) Die Betreiber erbringen den Nachweis, dass in den Zonen mit jeweils höherer Priorität keine Standorte zur Verfügung stehen. Deckt ein Standort Versorgungsgebiete der Landwirtschaftszone ab, hat der Betreiber auf Verlangen der Bewilligungsbehörde zusätzlich den Nachweis zu erbringen, dass kein Standort in der Landwirtschaftszone zur Verfügung steht. 6) Die Bewilligungsbehörde kann von den Mobilfunkbetreibern verlangen, dass innerhalb der Zonen der gleichen Priorität Alternativstandorte geprüft werden. II. Gegen diesen Beschluss erhoben die G AG, die D AG und die E AG in separaten Eingaben Rekurs und beantragten im Wesentlichen die Aufhebung von Art. 49a BZO. Mit Entscheid vom 29. Juni 2010 vereinigte die Baurekurskommission des Kantons Zürich (heute Baurekursgericht) die drei Rekursverfahren und hiess die Rekurse gut. Die Verfahrenskosten auferlegte sie der Gemeinde Küsnacht, die auch zur Zahlung einer Umtriebsentschädigung an die E AG verpflichtet wurde. III. A. Gegen diesen Rekursentscheid erhob die Gemeinde Küsnacht am 9. September 2010 Beschwerde an das Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der Rekursentscheid sei aufzuheben und der kommunale Beschluss zu bestätigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der privaten Beschwerdegegnerinnen, auch für das vorinstanzliche Verfahren. B. Am 16. November 2011 verweigerte der Regierungsrat des Kantons Zürich dem umstrittenen Art. 49a BZO die Genehmigung. Auch hiergegen wandte sich die Gemeinde Küsnacht mit Beschwerde vom 23. Dezember 2011. Sie beantragte, der Entscheid des Regierungsrats sei aufzuheben und dieser sei anzuweisen, die Teilrevision der BZO zu genehmigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners und der Mitbeteiligten. C. Das Verwaltungsgericht vereinigte die beiden Beschwerdeverfahren am 4. Januar 2012, setzte der Gemeinde Küsnacht Frist, den Beschluss des Gemeinderats und der Rechnungsprüfungskommission zur Beschwerdeerhebung nachzureichen und eröffnete das Vernehmlassungsverfahren. Am 17. Januar 2012 reichte die Gemeinde Küsnacht ihren bereits am 11. August 2010 gefassten Beschluss zur Beschwerdeerhebung gegen den Entscheid der Baurekurskommission nach. Gemeinderat und Rechnungsprüfungskommission beschlossen sodann nachträglich am 8. Februar 2012, auch den Nichtgenehmigungsentscheid des Regierungsrats anzufechten. Dieser Beschluss wurde am 15. Februar 2012 zu den Akten gereicht. D. Am 18. Januar 2012 beantragte das Baurekursgericht ohne weitere Bemerkungen die Abweisung der Beschwerde. Mit Beschwerdeantwort vom 6. Februar 2012 ersuchte die D AG ebenfalls um Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gemeinde Küsnacht, und am 23. Februar 2012 beantragte auch die Baudirektion für den Regierungsrat die Beschwerdeabweisung. Auf Ersuchen der G AG und der E AG wurde das Beschwerdeverfahren am 20. März 2012 sistiert und am 7. Juni 2012 wieder aufgenommen, nachdem das Bundesgericht im Verfahren 1C\_51/2012 und 1C\_71/2012 (ähnliche Rege-

lung in Hinwil) am 21. Mai 2012 ein Urteil gefällt hatte. Die G AG erstattete darauf ihre Beschwerdeantwort am 22. August 2012 und beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen, eventuell – falls die Beschwerde hinsichtlich Art. 49a Abs. 4 gutgeheissen würde – sei festzustellen, dass Art. 49a Abs. 4 und Abs. 5 Satz 1 auf visuell wahrnehmbare Mobilfunkanlagen beschränkt sei und dass der Nachweis fehlender zumutbarer Standorte in näher umschriebener Weise erbracht werden könne, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Die E AG beantragte mit ihrer Beschwerdeantwort vom 22. August 2012 ebenfalls die Beschwerdeabweisung, eventuell sei die Beschwerde insoweit abzuweisen, als damit die Aufhebung von Art. 49a Abs. 1–3, Abs. 5 Satz 2 und Abs. 6 BZO verlangt werde, und die Anwendbarkeit von Art. 49a Abs. 4 und 5 BZO sei auf visuell wahrnehmbare Anlagen zu beschränken, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gemeinde Küsnacht. E. In ihrer Replik vom 3. Oktober 2012 modifizierte die Gemeinde Küsnacht ihre Beschwerdeanträge dahingehend, dass sie die Aufhebung bzw. Nichtgenehmigung von Art. 49a Abs. 2 sowie Abs. 5 Satz 2 BZO anerkannte. Die G AG hielt mit Duplik vom 30. Oktober 2012 an ihren Anträgen fest, ebenso die E AG mit Eingabe vom gleichen Tag. Die Kammer erwägt:

- 1.1 Der umstrittene Art. 49a BZO bildet Teil einer generell-abstrakten Verordnung der kommunalen Nutzungsplanung. Das Verwaltungsgericht ist zuständig für die Behandlung von Beschwerden betreffend die kommunale Nutzungsplanung einschliesslich Beschwerden gegen einen diesbezüglichen Nichtgenehmigungsbeschluss des Regierungsrats (§ 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959, VRG). Ebenso ist es zuständige Instanz für die Beurteilung von Beschwerden gegen einen Erlass (§ 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. d VRG); es entscheidet darüber in Fünferbesetzung (§ 38a Abs. 1 VRG). Da die angefochtene Verordnung öffentliches Recht betrifft, setzt sich der Spruchkörper vollumfänglich aus Mitgliedern des Verwaltungsgerichts zusammen. Die Besetzung erfolgt gemäss Ziff. 1.2 des Plenarbeschlusses des Verwaltungsgerichts vom 18. April 2012.
- 1.2 Die beschwerdeführende Gemeinde ist sowohl durch den Rekursentscheid der Baurekurskommission als auch durch den Beschluss des Regierungsrats in ihrer Planungsautonomie betroffen, weshalb sie zur Beschwerde ohne Weiteres berechtigt ist (§ 21 Abs. 2 lit. b VRG).
- 1.3 Da auch die weiteren Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerden einzutreten.

2. Mit ihrer Replik vom 3. Oktober 2012 zog die Beschwerdeführerin ihre Beschwerden mit Bezug auf Art. 49a Abs. 2 und Abs. 5 Satz 2 BZO zurück. In dieser Hinsicht sind die Beschwerdeverfahren daher als durch Rückzug erledigt abzuschreiben.

3. Bei der abstrakten Normenkontrolle einer kommunalen Nutzungsplanung haben sich die Rekurs- und die Genehmigungsinstanz Zurückhaltung aufzuerlegen. Sie prüfen den angefochtenen Akt zwar nicht nur auf Rechtmässigkeit, sondern auch auf Zweckmässigkeit und Angemessenheit hin (§ 20 VRG; § 5 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975, PBG), haben dabei aber die der Gemeinde bei der Festsetzung der Bau- und Zonenordnung zustehende Planungsautonomie zu beachten, insbesondere wenn es für die Beurteilung auf die örtlichen Verhältnisse ankommt. Sie dürfen nur dann korrigierend eingreifen, wenn sich die kommunale Lösung aufgrund überkommunaler Interessen als unzweckmässig erweist, den begleitenden Zielen und Grundsätzen der Raumplanung widerspricht oder wenn die Unzweckmässigkeit oder Unangemessenheit der kommunalen Planfestlegung offensichtlich ist (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 20 N. 20; Walter

Haller/Peter Karlen, Rechtsschutz im Raumplanungs- und Baurecht, Zürich 1998, N. 1073 f.). Darüber hinaus ist eine generell-abstrakte kommunale Norm nicht schon deswegen aufzuheben, weil sie in ihrer konkreten Anwendung in Konflikt zum übergeordneten Recht geraten könnte. Ist die rechtskonforme Normauslegung möglich und vertretbar, so ist die Norm zu schützen (vgl. Arnold Marti, Abstrakte Normenkontrolle, Klageverfahren und weitere besondere Verfahren, in: Alain Griffel/Tobias Jaag [Hrsg.], Reform der Zürcher Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St. Gallen 2010, S. 119 f.). Das Verwaltungsgericht ist bei der Überprüfung von Rekurs- und Genehmigungsentscheiden betreffend kommunale Anordnungen auf die Rechtskontrolle beschränkt (§ 50 Abs. 1 und 2 VRG). Wurden mit diesen Entscheiden kommunale Nutzungsplanungen aufgehoben, hat das Verwaltungsgericht im Rahmen der ihm zustehenden Rechtskontrolle auch zu prüfen, ob die Rekurs- und Genehmigungsinstanz in rechtsverletzender Weise die kommunale Planungsautonomie missachtet habe.

#### **E. 4.1**

Kantonalen oder kommunalen Regelungen der Mobilfunkstandorte sind von Bundesrechts wegen enge Grenzen gesetzt. Sie dürfen weder bezwecken, die Bevölkerung vor den umweltrelevanten Immissionen der Mobilfunkantennen zu schützen, da dieser Schutz abschliessend durch das Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983 (USG) und insbesondere durch die Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung vom 23. Dezember 1999 (NISV) geregelt ist (BGE 133 II 321 E. 4.3.4, 133 II 64 E. 5.2, 126 II 399 E. 3c), noch dürfen die kommunalen Vorschriften die in der Fernmeldegesetzgebung konkretisierten öffentlichen Interessen verletzen, d. h. sie müssen den Interessen an einer qualitativ guten Mobilfunkversorgung und an einem funktionierenden Wettbewerb zwischen den Mobilfunkanbietern Rechnung tragen (vgl. Art. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997, FMG). Unter Beachtung dieser Vorgaben sind ortsplanerische Bestimmungen, die etwa der Wahrung des Charakters oder der Wohnqualität eines Quartiers dienen, grundsätzlich möglich (vgl. dazu Benjamin Wittwer, Bewilligung von Mobilfunkanlagen, 2. A., Zürich 2008, S. 109 ff.; Arnold Marti, Urteilsanmerkung in ZBl 107/2006, S. 213). Als Eingriffe in die verfassungsmässigen Rechte der Eigentums-, der Wirtschafts- und der Informationsfreiheit müssen aber auch ästhetisch oder raumplanerisch motivierte Vorschriften betreffend Mobilfunkstandorte die Schranken von Art. 36 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) beachten. Sie müssen, um als gesetzliche Grundlage für den Grundrechtseingriff bestehen zu können, genügend bestimmt sein; darüber hinaus müssen sie im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.

#### **E. 5.1**

Die Baurekurskommission erwog in ihrem Entscheid, kommunale Massnahmen zur Standortsteuerung von Mobilfunkantennen bedürften zwingend einer kantonalgesetzlichen Grundlage, und erkannte diese in § 78 PBG. Hiernach kann die Bau- und Zonenordnung für ganze Zonen oder gebietsweise Aussenantennen verbieten, sofern durch andere technische Einrichtungen gleichwertige Empfangsmöglichkeiten gewährleistet sind. Auch der Regierungsrat ging von dieser Rechtslage aus. In einem die Gemeinde Hinwil betreffenden Verfahren hatte das Verwaltungsgericht ebenfalls eine Regelung über Mobilfunkanlagen zu beurteilen (VGr, 6. Dezember 2011, VB.2010.00673). In diesem Entscheid erachtete es das Gericht aufgrund des kantonalen Rechts als unentbehrlich, dass sich eine kommunale Bestimmung betreffend Mobilfunkantennen auf eine kantonale Ermächtigungsnorm abstützen könne. Entgegen der bereits damals von der Baurekurskommission vertretenen

Auffassung hielt das Gericht aber den Aussenantennen betreffenden § 78 PBG als hierzu nicht geeignet. Es erkannte aber eine genügende Grundlage in § 49a Abs. 3 erster Halbsatz PBG. Nach dieser Bestimmung kann die Bau- und Zonenordnung die Nutzung zu Wohnzwecken oder gewerblichen Zwecken für ganze Zonen, gebietsweise oder für einzelne Geschosse zulassen, vorschreiben oder beschränken (a. a. O. , E. 4.3 und 4.4). Das Bundesgericht bestätigt diese Auslegung des kantonalen Rechts in seinem Entscheid vom 21. Mai 2012 (1C\_51/2012 und 1C\_71/2012 , E. 3). An den grundsätzlichen Überlegungen im genannten Entscheid ist auch vorliegend festzuhalten. Die Beschwerdeführerin schliesst sich dieser Rechtsprechung an, und die Beschwerdegegnerinnen stellen sie jedenfalls nicht in Frage.

## **E. 5.2**

am Ende). Anders sah es dagegen das Bundesgericht. Es erachtete das öffentliche Interesse an der Verhinderung ideeller Immissionen von visuell nicht wahrnehmbaren Anlagen als derart gering, dass die Beschränkung der Standortwahl unverhältnismässig würde. Ideelle Immissionen würden nicht an die Strahlungsintensität anknüpfen, sondern in erster Linie an den für die Anwohner wahrnehmbaren Antennenstandort, der negative Empfindungen und Reaktionen hervorrufen könne (a. a. O. , E. 5.5). Für das Verwaltungsgericht besteht kein Anlass, von dieser höchstrichterlichen Einschätzung abzuweichen. Dem Eventualantrag ist daher zu entsprechen.

## **E. 6.1**

Die strittige Regelung von Art. 49a BZO beruht auf dem sogenannten Kaskadenmodell, wonach Mobilfunkanlagen in den verschiedenen Zonentypen nach einer bestimmten Prioritätenordnung nur dann zulässig sind, wenn in den Zonen höherer Prioritätsstufe keine Standorte zur Verfügung stehen. Auf dem gleichen Modell basierte auch die Regelung der Gemeinde Hinwil. In den beiden dazu ergangenen Entscheiden haben das Verwaltungs- und das Bundesgericht zwar einzelne Bestimmungen der Regelung für unzulässig erklärt, diese aber im Grundsatz geschützt. Zum gleichen Schluss war das Bundesgericht im Fall der Gemeinde Urtenen-Schönbühl gelangt, wo es ebenfalls um eine dem Kaskadenmodell entsprechende Regelung ging (BGE 138 II 173).

## **E. 6.2**

Die Baurekurskommission warf der Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, sie habe keine mobilfunktechnischen Abklärungen vorgenommen. Solche seien aber zur sachgerechten Standortsteuerung in einer Gemeinde mit der Grösse und Topografie der Beschwerdeführerin unerlässlich. Die den Beschwerdegegnerinnen gewährte Möglichkeit zur Vernehmlassung und die Besprechung mit ihnen ersetze solche gemeindespezifischen Abklärungen nicht. Auch wenn sich in der Gemeinde überdurchschnittlich viele Mobilfunkantennen befänden und die Beschwerdeführerin die Anlagen primär bei den Nutzern konzentrieren wolle, so sei dies ohne vertiefte mobiltechnische Erwägungen nicht zweckmässig umsetzbar. Die Beschwerdeführerin macht dagegen im Wesentlichen geltend, die Kritik sei pauschal und oberflächlich. Sie habe für die Revision ein sehr erfahrenes und renommiertes Planungsbüro beigezogen ; die Vorlage orientiere sich am „Leitfaden Mobilfunk für Gemeinden und Städte“ des Bundesamts für Umwelt ( BAFU ) , sie habe eng mit den Sachverständigen der Baudirektion zusammengearbeitet und den Mobilfunkanbietern dreimal Gelegenheit zur Mitwirkung gegeben .

## **E. 6.3**

Im Fall der Gemeinde Hinwil hielten das Verwaltungs- und das Bundesgericht funktechnische Abklärungen für die zonenbezogene Mobilfunkregelung für entbehrlich. Die prioritären Zonen 1 – 4 machten in Hinwil rund zwei Drittel, die reinen Wohnzonen, in denen Mobilfunkanlagen nur ausnahmsweise zugelassen waren, einen Drittel der gesamten Bauzonenfläche aus. Dank der konkreten Lage der Industrie- und Gewerbezone (1. Priorität), der Zone für öffentliche Bauten (2. Priorität) und der weiteren Zonen 3. und 4. Priorität erschien die Verfügbarkeit genügend funktechnisch geeigneter Standorte für die Mobilfunkversorgung der gesamten Gemeinde als gegeben, zumal nötigenfalls auch Mobilfunkanlagen innerhalb der reinen Wohnzonen zulässig waren (VGr, 6. Dezember 2011, VB.2010 .00 673 , E. 5.3; BGr, 21. Mai 2012, 1C \_ 51/2012 , E. 5.1).

#### **E. 6.4**

Nach der vorliegend strittigen Regelung sind Mobilfunkanlagen in der Kern-, der Erholungs-, der Freihalte- und der Reservezone grundsätzlich ausgeschlossen ( vgl. Art. 49a Abs. 4 BZO). Mobilfunkanlagen dürfen nur der Quartiersversorgung dienen; in der Industrie- und Gewerbezone sind auch Anlagen für die kommunale Versorgung zulässig (Art. 49a Abs. 3 BZO). Sie unterliegen der Prioritätenordnung, wobei Anlagen in den reinen Wohnzonen ohne besondere Nutzungsanordnungen nur dann zulässig sind, wenn aufgrund funktechnischer Bedingungen ein Standort ausserhalb der zulässigen Prioritätszonen 1 – 4 erforderlich ist (Art. 49a Abs. 4 BZO). Lage und Verteilung der verschiedenen Prioritätszonen auf dem Gebiet von Küsnacht ergeben sich aus dem Erläuterungsplan. Hiernach bestehen nur sehr wenige und kleine Flächen an Gewerbe- und Industriezonen (1. Priorität) sowie an Wohnzone n mit Gewerbeanteil (2. Priorität). Einen grösseren Anteil weist jedoch die Wohnzone mit mässig störendem Gewerbe (3. Priorität) auf. Die Prioritätszonen 1 – 3 liegen vorwiegend über wenige Bautiefen hinweg oberhalb und unterhalb der Bahnlinie. Die Gebiete in den unteren Dorfteilen werden damit ohne Probleme von diesen Zonen abgedeckt. Flächenmässig ins Gewicht fallen sodann auch die Wohnzone mit besonderer Nutzungsanordnung (Wohnanteilpflicht gemäss Art. 34 Abs. 2 BZO) und die Zone für öffentliche Bauten (beide 4. Priorität). Da sich die wohnanteilpflichtigen Wohnzonen hauptsächlich entlang einer horizontal und zweier vertikal verlaufender Strassenverbindungen entwickelt haben und die Zone für öffentliche Bauten punktuell über das ganze Gemeindegebiet verstreut liegt, dienen diese Zonen funktechnisch vor allem der zusätzlichen Erschliessung der oberen Gemeindegebiete, insbesondere der beidseits an das Küsnachter Tobel anschliessenden sowie der in Richtung Zollikon liegenden Ortsteile. Die eigentlichen Verbotszonen beschlagen flächenmässig zwar einen wesentlichen Teil des Gemeindegebietes, dabei handelt es sich aber entweder um Nichtbauzonen (Erholungs-, Freihalte- und Reservezonen) oder aber um die Kernzone, welche jedenfalls im Zentrum durch die umliegenden Prioritätszonen genügend abgedeckt wird. Auch wenn die strittige Regelung den Bau von Mobilfunkanlagen erheblich erschweren mag, so ist nicht ersichtlich und wird von den Vorinstanzen und den Beschwerdegegnerinnen nicht weiter begründet, inwiefern diese Ordnung eine funktechnisch gute Versorgung der Bauzonen der Beschwerdeführerin gefährden sollte. Die Beschwerdegegnerinnen übersehen insbesondere, dass es sich bei den Prioritätszonen 1 – 4 nicht um eigentliche Verbotszonen handelt. In diesen Zonen ist es lediglich notwendig, die Verfügbarkeit eines neuen Standorts im Suchbereich funktechnisch optimaler Standorte nach der Reihenfolge der Kaskade zu prüfen (vgl. VGr, 6. Dezember 2011, VB. 20 10.00673 , E. 8.2). Selbst in den nicht wohnanteilpflichtigen Wohnzonen sind Mobilfunkanlagen zulässig, wenn dies aufgrund funktechnischer Bedingungen erforderlich

ist. Die Beschwerdegegnerinnen machen denn auch nicht konkret geltend, welche einzelnen Bauzonengebiete in der Gemeinde von den Prioritätszonen 1 – 4 und allenfalls von den nicht wohnanteilpflichtigen Wohnzonen aus funktechnisch nicht versorgt werden könnten. Die von der Beschwerdegegnerin 3 eingereichte Karte über das nicht versorgbare Gebiet von Küsnacht berücksichtigt fälschlicherweise nur die für eine kommunale Versorgung möglichen Standorte in der ersten Prioritätszone. Bei der Frage der Versorgungssicherheit kommt es allerdings nicht entscheidend darauf an, ob das Baugebiet bereits heute – wie von der Beschwerdeführerin behauptet – von mehr als 30 Mobilfunkanlagen und damit überdurchschnittlich gut versorgt wird. Trotz Bestandesgarantie wäre nämlich eine Regelung, welche einen Grossteil der bestehenden Anlagen rechtswidrig werden liesse, mit Bezug auf ihre Eignung zur Standortsteuerung nicht unproblematisch. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Die im Erläuterungsplan eingezeichneten Anlagen – ohne die geplanten und die ausserhalb des Gemeindegebiets liegenden sind es derzeit 22 – befinden sich überwiegend in den Prioritätszonen 1 – 4. Nur drei Anlagen liegen in der nicht wohnanteilpflichtigen Wohnzone, die – falls funktechnisch notwendig – ebenfalls als Standort zur Verfügung steht. Eine einzige liegt in der Kernzone, was nach Art. 49a Abs. 4 BZO nicht mehr zulässig wäre.

#### **E. 6.5**

Die Beschwerdegegnerin 3 beanstandet grundsätzlich, die strittige Regelung gaule der besorgten Bevölkerung grössere Sicherheit vor nicht ionisierender Strahlung vor, erhöhe aber effektiv die Immissionslast durch Zentralisierung der Anlagen und das Verbot, diese am funktechnisch geeignetsten Ort zu erstellen. Der Einwand mag unter dem Gesichtspunkt des Strahlenschutzes seine Berechtigung haben, ist aber im Zusammenhang mit der hier allein strittigen Ortsplanung unbegründet. Auch wenn sich einzelne Stimmberechtigte von Vorlagen zur Regelung von Mobilfunkanlagen zu Unrecht einen erhöhten Schutz vor nicht ionisierender Strahlung versprechen, ist davon auszugehen, dass allein der Anblick von Mobilfunkanlagen von einigen Anwohnern als Bedrohung bzw. als Beeinträchtigung der Wohnqualität empfunden wird. Das Wesen der ideellen Immission liegt gerade darin, dass eine bestimmte Anlage unabhängig von objektiv messbaren Werten einen unangenehmen psychisch belastenden Eindruck erweckt, der die Umgebung als unsicher, unästhetisch oder sonst wie unerfreulich erscheinen lässt (BGE 138 II 173 , E. 7.4.3; 136 I 395 , E. 4.3.2 und 4.3.3). Der Schutz vor solchen ideellen Immissionen ist ein legitimes Ziel der Ortsplanung.

#### **E. 7.1**

Nach Art. 49a Abs. 1 BZO bedingen Mobilfunkanlagen eine umfassende Interessenabwägung. Gegeneinander abzuwägen sind insbesondere die orts- und raumplanerischen Interessen, die Interessen der Mobilfunknutzer und diejenigen der Mobilfunkbetreiber. Letztere sind verpflichtet, der Bewilligungsbehörde diejenigen Unterlagen einzureichen, die sie benötigt, um die Interessenabwägung und Standortsteuerung vorzunehmen und die Erfüllung der Standortvoraussetzungen zu prüfen. Diese Bestimmung entspricht wörtlich Ziff. 2.11.1 der Hinwiler BZO, welche das Verwaltungsgericht seinerzeit aufgehoben hat (vorn E. 6.3) . Das Gericht hielt es für äusserst fraglich, ob eine Gemeinde mittels einer umfassenden Interessenabwägung eine eigentliche positive Standortplanung vornehmen dürfe, da hierfür im Kanton Zürich kein geeignetes Planungsinstrument bestehe. Dies könne aber offenbleiben, da die strittige Regelung gerade keine a priori zulässige Standorte für Mobilfunkanlagen bezeichne, sondern in jedem Einzelfall und selbst für Standorte in der ersten Prioritätszone eine

Bedürfnisprüfung verlange. Die für eine Standortplanung allenfalls zulässige n Interessenabwägung dürfe aber nicht erst im Baubewilligungsverfahren erfolgen und damit den Ausgang dieses Verfahrens im Ungewissen lassen. Da der Verwaltungsgerichtsentscheid von der Gemeinde Hinwil nicht angefochten worden war, lag die fragliche Bestimmung vor Bundesgericht nicht mehr im Streit. Das selbe hat im vorliegenden Fall zu gelten. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, überzeugt nicht. Der von ihr angerufene Entscheid BGE 133 II 321 beschlägt einen Fall ausserhalb der Bauzone, wo bereits die Ausnahmewilligung gemäss Art. 24 lit. b RPG eine Interessenabwägung verlangt. In BGE 133 II 353 E. 4.2 dagegen hat das Bundesgericht es auch innerhalb der Bauzonen als zulässig erachtet, über eine baupolizeiliche Vorschrift eine Standortevaluation für Mobilfunkanlagen zu verlangen. Ohne solche Bestimmung besteht nach konstanter Rechtsprechung kein Raum für eine umfassende Interessenabwägung oder Bedürfnisprüfung ( BGr, 18. März 2004, 1A.140/2003, E.

### **E. 7.2**

Nach Art. 49a Abs. 3 BZO haben Mobilfunkanlagen der Quartiersversorgung zu dienen. In der Industrie- und Gewerbezone sind überdies auch Anlagen für die kommunale Versorgung zulässig. Diese Bestimmung entspricht weitgehend der im seinerzeitigen Verfahren nicht strittigen Ziff. 2.11.3 der Mobilfunkregelung von Hinwil. Die Bestimmung scheint von vornherein unproblematisch mit Bezug auf die damit verbundene Einschränkung in den Prioritätszonen 2– 4 bzw. in den Wohnzonen ausserhalb der Prioritätenordnung. Soweit eine Regelung zur gezielten Standortsteuerung von Mobilfunkanlagen grundsätzlich zulässig ist, muss auch eine Beschränkung der Grösse und Versorgungsreichweite solcher Anlagen zulässig sein, denn diese Faktoren haben mit grosser Wahrscheinlichkeit auch einen Einfluss auf das Mass der Ängste, welche sie in ihrer Umgebung auslösen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin 1 ist allerdings unter Quartiersversorgung nicht zu verstehen, dass eine Anlage nicht eine Reichweite aufweisen dürfte, die über die Grenze einer einzelnen Bauzone oder der Gemeinde hinausgeht. Mobilfunk lässt sich bekanntlich nicht auf politische Grenzen beschränken. Der Begriff der Quartiersversorgung beschränkt seinem Sinn nach vielmehr nur die Grösse und Reichweite einer Anlage auf ein für die Quartiersversorgung normalerweise ausreichendes Mass. Immerhin verbietet die Regelung den Bau von Anlagen für die über kommunale Versorgung in allen Zonen, denn auch in der ersten Prioritätszone der Industrie- und Gewerbezone sind nur Anlagen für die kommunale Versorgung zulässig. Diese Einschränkung in einer nicht dem Wohnen dienenden und damit einer immissionstoleranten Zone ist grundsätzlich problematisch, erscheint jedoch unter den vorliegenden konkreten Umständen als zulässig. Alle Zonenbereiche der ersten Prioritätsstufe sind kleinräumig und liegen in unmittelbarer Nachbarschaft von Wohnzonen dritter oder vierter Priorität, teilweise sogar in Nachbarschaft zur Kernzone, wo gar keine Mobilfunkanlagen erlaubt sind, oder zur Wohnzone ausserhalb der Prioritätenordnung, wo Mobilfunkanlagen nur bei funktechnischer Notwendigkeit erlaubt sind. Die Regelung dient daher auch dem Schutz immissionsempfindlicher Wohnzonen. Weshalb für die Mobilfunkbetreiber insbesondere in den Seegemeinden eine überkommunale Versorgung wichtig sein soll, legen die Beschwerdegegnerinnen nicht dar. Es ist angesichts der Mobilfunktechnik auch nicht nachvollziehbar, ist doch eine gute Abdeckung der Bauzonen normalerweise mit mehreren schwächeren Anlagen ebenso zu erreichen wie mit wenigen stärkeren.

### **E. 7.3**

Kernstück der Regelung bildet die Prioritätenordnung von 49a Abs. 4 und Abs. 5 Satz 1 BZO. Diese Bestimmungen entsprechen weitgehend den Ziff. 2.11.4 und 2.11.5 der Hinwiler Regelung.

### **E. 7.3.1**

Dass die Prioritätszonen etwas anders als in Hinwil definiert worden sind, ist nicht zu beanstanden. Die Ausschlusszonen sind, wie bereits ausgeführt, grundsätzlich unproblematisch, da sie entweder nicht zur Bauzone gehören (Reservezone, Freihaltezone und Erholungszone) oder aber als Kernzone einen spezifischen Ortsbildschutz rechtfertigen. Dass die Regelung die verschiedenen Wohnzonen unterschiedlichen Prioritätszonen zuweist, hängt von der jeweiligen Empfindlichkeit dieser Zonen gegenüber ideellen Immissionen ab und erscheint in sich schlüssig. Der zweiten Priorität gehört die Wohnzone mit Gewerbeanteil an, mithin eine Zone, die mässig störendes Gewerbe zulässt, sogar ein Ausnutzungsprivileg für das Gewerbe kennt und der Lärmempfindlichkeitsstufe III zugewiesen ist (Art. 23 Abs. 2 und Art. 24 BZO). Die Wohnzone mit mässig störendem Gewerbe liegt in der 3. Prioritätszone. Sie steht ohne Ausnutzungsprivileg dem mässig störenden Gewerbe offen und weist die gleiche Lärmempfindlichkeit auf (ES III). Die Wohnzonen in der 4. Priorität hingegen sind diejenigen, welche nur nicht störende Betriebe zulassen. Infolge ihrer Lage entlang grösserer Verbindungsstrassen rechtfertigen sie aber den Erlass eines Mindestwohnanteils; sie gehören der Lärmempfindlichkeitsstufe II an (W2/1.20, W2/1.40, W2/1.50, W2/1.75 W3/2.40 und W3/2.75). Die ebenfalls der ES II angehörigen nicht wohnanteilgeschützten Wohnzonen sind diejenigen, welche sich dank ihrer Lage abseits wichtiger Verbindungsstrassen besonders gut zum immissionsarmen Wohnen eignen und daher besonders empfindlich gegenüber den ideellen Immissionen einer Mobilfunkanlage sind. Diese Wohnzonen figurieren ausserhalb der Prioritätenordnung und stehen damit für Mobilfunkanlagen nur dann zur Verfügung, wenn dies aufgrund von funktechnischen Bedingungen erforderlich ist. Auffällig ist allerdings, dass die Beschwerdeführerin in der 4. Prioritätszone die wohnanteilpflichtige Wohnzone auf die gleiche Stufe stellt wie die Zone für öffentliche Bauten. Soweit letztere als Arbeitsplatzzone zu verstehen ist, würde sich eine Gleichstellung mit Gewerbe- und Industriezonen, welche 1. Priorität haben, oder allenfalls der Wohnzone mit Gewerbeanteil gemäss der 2. Priorität aufdrängen. Soweit sie jedoch für Schulhausbauten, Krankenhäuser oder Heime zur Verfügung steht, kann sie angesichts der besonderen Nutzer durchaus als immissionsempfindliche Zone qualifiziert werden. Zwar dürfte der Immobilienmarkt in der Zone für öffentliche Bauten kaum durch ideelle Immissionen tangiert werden (vgl. zum Markteinfluss BGE 133 II 321 E. 4.3.4 mit Hinweisen), doch rechtfertigt sich ein Schutz vor solchen Immissionen auch ohne dies schon deshalb, weil sie bei den in ihrem Einflussbereich stehenden Menschen unangenehme Gefühle auszulösen können.

### **E. 7.3.2**

Nach Art. 49a Abs. 5 Satz 1 BZO erbringen die Betreiber den Nachweis, dass in den Zonen mit jeweils höherer Priorität keine Standorte zur Verfügung stehen. Diese Bestimmung entspricht ebenfalls wörtlich der Ziff. 2.11.5 Satz 1 der Hinwiler BZO, die vom Verwaltungsgericht sowie vom Bundesgericht geschützt wurde. Der vorliegende Fall bietet keinen Anlass für einen anderen Entscheid. Der verlangte Nachweis erweist sich grundsätzlich als genügend bestimmt und zumutbar, auch wenn erst die Praxis zeigen wird, welche Anforderungen die Bewilligungsbehörde daran im Einzelnen stellen wird. Dass diese Anforderungen nicht übertrieben hoch sein dürfen, um die gute Mobilfunkversorgung nicht

in bundesrechtswidriger Weise zu gefährden, ergibt sich bereits aus der Pflicht, das kommunale Recht verfassungs- und bundesrechtskonform auszulegen und anzuwenden. Demnach besteht vorliegend auch kein Anlass, die Bestimmung im Sinn des Eventualantrages der Beschwerdegegnerin 1 dahingehend zu ergänzen, dass der Nachweis mittels Abdeckungskarten erbracht und bezüglich nicht zumutbarer Bedingungen von Standortmiete oder -kauf mittels Korrespondenz mit den jeweiligen Eigentümern glaubhaft gemacht werden könne. Das Bundesgericht berief sich zwar im Hinwiler Fall auf eine entsprechende Zusicherung der Gemeinde (BGr, 21. Mai 2012, 1C \_ 51/2012 , E. 5.2) ; eine solche kann jedoch nicht Voraussetzung für den positiven Ausgang der abstrakten Normenkontrolle bilden.

### **E. 7.3.3**

Die Beschwerdegegnerinnen 1 und 3 verlangen mit ihren Eventualanträgen, dass der Anwendungsbereich der Art. 45a Abs. 4 und Abs. 5 Satz 1 auf visuell wahrnehmbare Anlagen beschränkt werde. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei beim Erlass der BZO-Revision zwar von visuell wahrnehmbaren Antennen ausgegangen, angesichts der technischen Entwicklung wäre es aber sinnvoll, auch die sogenannten Inhouse-Anlagen zu berücksichtigen. Sie wäre einverstanden, diese in den Prioritätszonen 1–4 ohne den Nachweis fehlender Verfügbarkeit in höheren Prioritätszonen zuzulassen, nicht aber in den übrigen Wohnzonen, wo es besonders um den Schutz vor ideellen Immissionen gehe. Der Standort von visuell nicht wahrnehmbaren bzw. kaschierten Anlagen sei meist bekannt und verursache dasselbe Unbehagen wie sichtbare Anlagen. Die Auffassung der Beschwerdeführerin entspricht weitgehend derjenigen des Verwaltungsgerichts in seinem die Gemeinde Hinwil betreffenden Entscheid (VGr, 6. Dezember 2011, VB.2010 .00 673 , E.

### **E. 7.4**

Nach Art. 49a Abs. 6 BZO kann die Bewilligungsbehörde von den Mobilfunkbetreibern verlangen, dass innerhalb der Zonen mit gleicher Priorität Alternativstandorte geprüft werden. Die Vorschrift entspricht Ziff. 2.11.6 der BZO Hinwil und ist aus den gleichen Gründen wie diese aufzuheben (VGr, 6. Dezember 2011, VB.2010 .00 673 , E. 8.5). Sowenig das kantonale Recht den Gemeinden Spielraum für eine Interessenabwägung im Bewilligungsverfahren innerhalb der Bauzonen lässt (vorstehend E. 7.1), sowenig besteht Anlass, hier unabhängig von der Prioritätenordnung gemäss Art. 49a Abs. 4 BZO alternative Standorte zu prüfen. Die Bestimmung ist sowohl bezogen auf die Voraussetzungen als auch auf die Konsequenzen einer solchen Prüfung unbestimmt und damit keine taugliche Grundlage für eine Eigentumsbeschränkung. 8. Zusammenfassend ist die Beschwerde demnach teilweise gutzuheissen, soweit sie nicht als infolge Rückzugs erledigt abzuschreiben ist. Demgemäss sind die angefochtenen Entscheide insoweit aufzuheben, als sie Art. 49a Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5 Satz 1 BZO aufhoben. Demgegenüber bleiben Art. 49a Abs. 1 und 6 aufgehoben. Die Sache ist an den Regierungsrat zurückzuweisen, damit er den Anwendungsbereich des Art. 49a Abs. 4 und 5 in einem Vorbehalt auf visuell wahrnehmbare Anlagen beschränke. Obwohl sich der Vorbehalt der Sache nach ebenso auf Art. 49a Abs. 3 BZO beziehen müsste, kann das Verwaltungsgericht dem Regierungsrat mangels eines dahingehenden Beschwerdeantrags keine entsprechende Weisung erteilen. 9. Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind die Gerichtskosten sowie die Kosten des Rekursverfahrens (Fr. 6'801.-) der Beschwerdeführerin und den Beschwerdegegnerinnen je hälftig aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2

in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Mangels überwiegenden Obsiegens hat keine der Parteien Anspruch auf eine Prozessentschädigung (§ 17 Abs. 2 VRG). Beim vorliegenden Urteil handelt es sich zwar formell teilweise um einen Rückweisungsentscheid. Da aber bei dessen Umsetzung durch den Regierungsrat kaum Spielraum besteht, dürfte er einem Endentscheid gleichkommen und damit auch ohne das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anfechtung von Zwischenentscheiden gemäss Art. 93 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) weiterziehbar sein.

#### **E. 10**

Oktober 2006, 1A.54/2006, E. 6.3). Für eine kommunale Bestimmung betreffend die Interessenabwägung und Bedürfnisprüfung im Sinn von Art. 49a Abs. 1 BZO lässt jedoch das kantonale Recht keinen Raum. Dieses verlangt in § 46 Abs. 1 PBG, dass die Gemeinden mit ihrer Bau- und Zonenordnung die Überbaubarkeit und Nutzweise der Grundstücke regeln, soweit diese nicht abschliessend durch eidgenössisches oder kantonales Recht bestimmt sind. Die zulässige Nutzweise eines Grundstückes muss sich demnach direkt aus der BZO ergeben, welche dabei durchaus gebietsweise auch den Bau von Mobilfunkanlagen einschränken kann (§ 49a Abs. 3 PBG). Das kantonale Recht unterstellt Mobilfunkantennen aber keiner Planungspflicht und erlaubt es den Gemeinden damit nicht, deren Bewilligung anders als alle anderen nicht planungspflichtigen Bauten und Anlagen von einer Standortevaluation im Einzelfall oder von einem konkreten Bedürfnis abhängig zu machen. Die Mobilfunkbetreiber müssen aufgrund der BZO eindeutig ermitteln können, in welchen Gebieten sie grundsätzlich Mobilfunkantennen errichten dürfen. Dabei haben sie zwar auch die im kommunalen Kompetenzbereich liegenden Vorgaben des Ortsbildschutzes zu beachten und damit eine gewisse Interessenabwägung im Bewilligungsverfahren zu gewärtigen. Diese Interessenabwägung darf aber nicht umfassend sein, wie dies Art. 49a Abs. 1 BZO vorsieht. Nichts ableiten kann die Beschwerdeführerin im Übrigen aus dem Leitfaden Mobilfunk für Gemeinden und Städte. Nach diesem setzt eine Interessenabwägung bei Standorten innerhalb der Bauzone eine gesetzliche Grundlage voraus, entweder durch das kantonale oder durch das kommunale Recht, letztere aber nur, wo das kantonale Recht hierfür Spielraum lässt (S. 32). Ein solcher Spielraum besteht wie dargelegt nicht. Wenn der Regierungsrat inzwischen eine Gesetzesänderung betreffend Standortsteuerung von Mobilfunkanlagen (Entwurf neuer §§ 78a und 249a PBG) in die Vernehmlassung geschickt hat (vgl. [www.zh.ch/internet/de/aktuell/news/medienmitteilungen/2012/240\\_planung\\_mobilfunkstandorte.htm](http://www.zh.ch/internet/de/aktuell/news/medienmitteilungen/2012/240_planung_mobilfunkstandorte.htm)), so spricht dies nicht etwa für, sondern eher gegen eine Auslegung des bestehenden kantonalen Rechts im Sinn der Beschwerdeführerin.

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