

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00132 vom 26. Juni 2013

ZH Verwaltungsgericht, 2013-06-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00132

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00132 du 26 juin 2013

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00132 del 26 giugno 2013

Regeste

Baubewilligung | Baubewilligung Mobilfunk-Antennenanlage: Anwendbarkeit einer während des Rechtsmittelverfahrens in Kraft getretenen kommunalen Verordnung über den Schutz der Umgebung inventarisierter und geschützter Gebäude vor Beeinträchtigung durch technische Anlagen. [Die Gemeinde hatte die Bewilligung für die Mobilfunk-Antennenanlage mit Verweis auf den geplanten Erlass einer Verordnung über den Schutz der Umgebung inventarisierter und geschützter Gebäude vor Beeinträchtigung durch technische Anlagen verweigert. Das Baurekursgericht hob diesen Entscheid auf und lud die Gemeinde ein, die Bewilligung zu erteilen. Dagegen führten Nachbarn und die Gemeinde Beschwerde.] Das neue Recht findet auf das hängige Rechtsmittelverfahren Anwendung (E. 3.3). Nutzungspläne und damit in engem Sachzusammenhang stehende planerische Festlegungen sind im Anschluss an ihren Erlass anzufechten. Eine akzessorische Überprüfung bei der späteren Rechtsanwendung ist nur zuzulassen, wenn sich der Betroffene bei Planerlass noch nicht über die ihm auferlegten Beschränkungen Rechenschaft geben konnte und er im damaligen Zeitpunkt keine Möglichkeit hatte, seine Interessen zu verteidigen (E. 3.5.1). Die fragliche Ordnungsbestimmung legt die unzulässigen Nutzungen der im dazugehörigen Plan individuell bezeichneten Liegenschaften fest. Sie betrifft weder eine unbestimmte Vielzahl von Fällen, noch bedarf sie der Konkretisierung durch Verfügung. Der Beschwerdegegnerin wäre es möglich gewesen, diese Sondernutzungsplanung anzufechten (3.5.2). Gutheissung und Bestätigung der Bauverweigerung.

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerdeführenden im Verfahren VB.2012.00132 und VB.2012.00142 haben im Baubewilligungsverfahren entsprechend § 315 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) rechtzeitig die Zustellung des baurechtlichen Entscheids verlangt und damit ihr Rekursrecht gewahrt (§ 316 Abs. 1 PBG). Sie haben in den Beschwerdeschriften an das Verwaltungsgericht in rechtsgenügender Weise aufgezeigt, dass sie – als Grundeigentümer oder Mieter von Liegenschaften in der Umgebung des Baugrundstücks – durch die Aufhebung der Bauverweigerung berührt sind und ein schützenswertes Interesse an der Wiederherstellung der Bauverweigerung haben und somit gemäss § 338a Abs. 1 PBG und § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 14. Mai 1959 (VRG) zur Beschwerde berechtigt sind. Ihre Legitimation ist denn auch nicht bestritten. Gemäss ständiger Rechtsprechung ist auch die Gemeinde Zollikon befugt, sich gegen die Nichtanwendung ihrer eigenen "Verordnung über den Umgebungsschutz von inventarisierten und geschützten Gebäuden (Anhang zur BZO)" durch das Baurekursgericht

mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht zur Wehr zu setzen (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 21 N. 65). Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerden einzutreten.

E. 2.1

Der angefochtene Rekursentscheid erwähnt in Erwägung E "Ergebnisse des Augenscheins". Hierbei handelt es sich indessen um ein Kanzleiversehen, denn das Baurekursgericht hat keinen Augenschein durchgeführt. Damit sind auch die Rügen, zu diesem Augenschein nicht vorgeladen worden zu sein, unbegründet.

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin im Verfahren VB.2012.00132 beantragt die Durchführung eines Augenscheins. Da vorliegend indessen Rechts-, nicht aber Sachverhaltsfragen entscheiderelevant sind, kann auf die Durchführung eines verwaltungsgerichtlichen Augenscheins verzichtet werden.

E. 3.1

Die Baubehörde der Gemeinde Zollikon verweigerte mit Beschluss vom 12. Juli 2010 die baurechtliche Bewilligung für die Mobilfunkanlage auf dem Mehrfamilienhaus C-Strasse 03 wegen fehlender Baureife im Sinn von § 234 PBG. Danach ist ein Grundstück baureif, wenn es erschlossen ist und wenn durch die bauliche Massnahme keine fehlende oder durch den Gemeinderat beantragte planungsrechtliche Festlegung nachteilig beeinflusst wird. Zur Begründung führte die Baukommission an, der Gemeinderat habe am 5. Mai 2010 die "Verordnung über den Umgebungsschutz von inventarisierten und geschützten Gebäuden" (nachfolgend: "Verordnung Umgebungsschutz") zur öffentlichen Auflage (Mitwirkungsverfahren) freigegeben. Diese Verordnung umschreibe die Anlagen, u. a. Mobilfunkantennen, die in den im Plan bezeichneten Gebieten, neu unzulässig seien. Dabei würden die Flächen, in denen u. a. Mobilfunkantennen unzulässig seien, im Abstand von 50 m um die Grundstücke mit Schutzobjekten gezogen. Weil die streitige Mobilfunkantenne sowohl die definierten Masse übersteige und in einem dermassen gekennzeichneten Gebiet liege, würde der Bau der Antenne das planerische Anliegen der Verordnung negativ beeinflussen. Die Baubewilligung sei aus diesem Grund zu verweigern.

E. 3.2

Die Verordnung Umgebungsschutz wurde vom Gemeinderat Zollikon am 23. März 2011 zuhanden der Stimmbürgerschaft verabschiedet. Am 7. Dezember 2011 setzte die Gemeindeversammlung Zollikon die "Verordnung über den Schutz der Umgebung inventarisierter und geschützter Gebäude vor Beeinträchtigung durch technische Anlagen (Antennen und vergleichbare Vorrichtungen), Anhang zur Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Zollikon" fest. In seinem Rekursentscheid vom 31. Januar 2012 hielt das Baurekursgericht vorab die von der Lehre und Rechtsprechung zu § 234 PBG entwickelten Grundsätze fest (Entscheidung der Vorinstanz, E. 4). Zur Verordnung Umgebungsschutz führte das Gericht aus (Entscheidung der Vorinstanz, E. 5.2), Schutzanordnungen (§ 205 PBG) sollten die Substanzerhaltung von Denkmalschutzobjekten oder die Ortsbilderhaltung und -pflege innerhalb von Kernzonen sicherstellen und seien nicht dafür vorgesehen, einordnungsmässige Auswirkungen von Drittbauten auf Einzelschutzobjekte oder Ortsbilder bzw. Kernzonenbauten einzuschränken. Dazu dienten die gesetzlichen

Einordnungsvorschriften von § 238 Abs. 1 und 2 PBG oder kommunale Kernzonenbestimmungen. Ausserhalb der Kernzone, wo auch die strittige Anlage realisiert werden sollte, erweise sich die kommunale Verordnung vom 7. Dezember 2011 als rechtswidrig. Die Verordnung könne daher dem Bauvorhaben nicht im Sinn von § 234 PBG entgegengehalten werden und sei unbeachtlich. Damit sei der Rekurs gutzuheissen.

E. 3.3

Die "Verordnung über den Schutz der Umgebung inventarisierter und geschützter Gebäude vor Beeinträchtigung durch technische Anlagen (Antennen und vergleichbare Vorrichtungen)" wurde von der Baudirektion am 19. Februar 2013 genehmigt. Sie trat gemäss Art. 6 der Verordnung mit der Publikation der Genehmigung am 15. März 2013 im kantonalen Amtsblatt in Kraft. Es stellt sich mithin vorab die Frage, ob diese Verordnung, die im Lauf des Rechtsmittelverfahrens in Kraft trat, in der vorliegenden Streitsache anwendbar ist.

E. 3.3.1

Ändert sich die Rechtslage während des baurechtlichen Rechtsmittelverfahrens, so ist die Frage, ob das neue Recht auf hängige Rechtsmittelverfahren Anwendung findet, vorab durch die intertemporalrechtliche Regelung zu entscheiden (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich 2010, N. 324). Laut Art. 5 der Verordnung haben Anlagen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung Umgebungsschutz rechtskräftig bewilligt sind, Besitzstandsgarantie. Aus dieser Regelung kann durch Umkehrschluss abgeleitet werden, dass Anlagen, die bei Inkrafttreten der Verordnung (noch) nicht rechtskräftig bewilligt sind, keine Besitzstandsgarantie geniessen und demzufolge das neue Recht auf hängige Rechtsmittelverfahren Anwendung findet.

E. 3.3.2

Zum gleichen Ergebnis führt die Annahme, die übergangsrechtliche Frage sei nicht ausdrücklich geregelt. In solchen Fällen ist nach der bisherigen Rechtsprechung auf das zur Zeit des letztinstanzlichen Entscheids geltende Recht abzustellen (RB 1985 Nr. 116, mit weiteren Hinweisen). Das Verwaltungsgericht hat in verschiedenen Fällen in Abwägung der im Spiel stehenden Interessen bei Nutzungsänderungen im Laufe eines Rechtsmittelverfahrens den Belangen des Gemeinwesens, zwecks wirksamer Planung neue Umstände und bessere Erkenntnisse möglichst bald und umfassend zur Geltung zu bringen, den Vorzug gegeben und das neue Recht angewendet (vgl. die in RB 1985 Nr. 116 lit. b erwähnten Beschwerdeverfahren). Diese Überlegungen greifen auch hier ein, wo sich das öffentliche Interesse gemäss § 234 PBG schon in der Sicherung einer – nicht mit Sicherheit eintretenden – künftigen planungsrechtlichen Festlegung manifestiert. Die "Verordnung über den Schutz der Umgebung inventarisierter und geschützter Gebäude vor Beeinträchtigung durch technische Anlagen (Antennen und vergleichbare Vorrichtungen)" vom 7. Dezember 2011, von der Baudirektion genehmigt am 19. Februar 2013, ist daher auch unter diesem Gesichtspunkt vorliegend anzuwenden.

E. 3.4

Gemäss Art. 2 lit. a der Verordnung Umgebungsschutz sind Mobilfunkantennen in den im dazugehörigen Plan eingezeichneten Gebieten nicht zulässig, sofern sie sichtbar sind und die Masse von Empfangs- und Sendeantennen gemäss § 1 lit. i der Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997 (BVV) überschreiten. § 1 lit. i BVV legt fest, dass Empfangs- und Sendeantennen mit einer gesamten Sendeleistung von weniger als

6 Watt keiner Bewilligung bedürfen, sofern die einzelnen Antennen in keiner Richtung 0,8 m überschreiten und die Höhe tragender Masten weniger als 1 m beträgt. Die streitige Mobilfunkantenne überschreitet diese Masse und liegt in einem der im Plan eingezeichneten (Verbots-) Gebiete. Sie ist demgemäss nach der Verordnung Umgebungsschutz nicht bewilligungsfähig.

E. 3.5

Die Beschwerdegegnerin bestreitet nicht, dass das streitige Bauvorhaben nach der genannten Verordnung nicht zulässig ist. Sie macht indessen geltend, mit dieser Verordnung seien in unzulässiger Weise mit planungsrechtlichen Massnahmen eigentliche Ästhetik- und Einordnungsvorschriften geschaffen worden. Soweit mit dieser Verordnung gesundheitspolitische Ziele verfolgt worden seien, verstosse sie gegen Bundesrecht, weil die vorsorgliche Immissionsbegrenzung durch Mobilfunkantennen abschliessend durch die Verordnung des Bundesrates vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) geregelt sei. Die Verordnung sei schliesslich auch unverhältnismässig.

E. 3.5.1

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Nutzungspläne und damit in engem Sachzusammenhang stehende planerische Festlegungen im Anschluss an ihren Erlass anzufechten; eine akzessorische Überprüfung ist grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. BGE 121 II 317 E. 12c; 116 Ia 207 E. 3b; RB 1987 Nr. 9). Eine akzessorische Überprüfung von Nutzungsplänen wird nach der Rechtsprechung bei deren späteren Anwendung nur dann zugelassen, "wenn sich der Betroffene bei Planerlass noch nicht über die ihm auferlegten Beschränkungen Rechenschaft geben konnte und er im damaligen Zeitpunkt keine Möglichkeit hatte, seine Interessen zu verteidigen" (VGr, 13. Januar 2010, VB.2009.00319, E. 5.2; 25. April 2007, VB.2007.00067, E. 3.2.1 mit Hinweisen). Ferner lässt die Rechtsprechung eine Überprüfung zu, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse oder die gesetzlichen Voraussetzungen seit Annahme des Plans in einer Weise geändert haben, dass das öffentliche Interesse an der Beibehaltung der auferlegten Nutzungsbeschränkungen dahingefallen sein könnte. Diese Präzisierung entspricht der Überprüfungsbefugnis von Nutzungsplänen gemäss Art. 21 Abs. 2 RPG (BGE 116 Ia 207, 127 I 103 E. 6b; VGr, 13. Januar 2010, VB.2009.00319, E. 5.2, 25. April 2007, VB.2007.00067, E. 3.2.1 mit weiteren Hinweisen; Kölz/Bosshart/Röhl, § 19 N. 27). Das Gesagte gilt nicht nur für Rahmennutzungspläne wie die Bau- und Zonenordnung, sondern auch für Sondernutzungspläne, wie z. B. den Gestaltungsplan (VGr, 23. Januar 2003, VB.2002.00354, E. 4 = BEZ 2003 Nr. 3), der im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren in der Regel nicht mehr infrage gestellt werden kann (BGE 131 II 103 E. 2.4.1 mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung gilt jedoch nur für Bauvorschriften, die dazu dienen, Art, Natur und Umfang der im Zonenplan kartografisch dargestellten Nutzungen zu umschreiben, die also anstelle einer Planlegende stehen und mit dem Zonenplan ein untrennbares Ganzes bilden (vgl. BGE 116 Ia 207 E. 3b; BGr, 5. September 1997, ZBl 100/1999, S. 218 ff., 223). Sie legen für bestimmte, kartografisch ausgewiesene Parzellen konkret und verbindlich die bauliche Nutzbarkeit fest, sodass sich die betroffenen Grundeigentümer schon bei Planerlass über die ihnen auferlegten Beschränkungen im Klaren sein können und es ihnen daher zuzumuten ist, bereits in diesem Zeitpunkt Rechtsmittel zu ergreifen. Den übrigen Bestimmungen des kommunalen Baurechts, die eine Zonen übergreifende Regelung treffen oder an die persönliche Situation des Benutzers

anknüpfen, kommt dagegen Erlasscharakter zu; ihre Rechtmässigkeit können die Betroffenen deshalb noch im Anwendungsfall überprüfen lassen (vgl. BGE 116 Ia 207 E. 3b; BGr, 5. September 1997, ZBl 100/1999, S. 218 ff., 223).

E. 3.5.2

Art. 2 der Verordnung Umgebungsschutz vom 7. Dezember 2011 legt die unzulässigen Nutzungen der im dazugehörigen Plan individuell bezeichneten Gebäude bzw. Liegenschaften fest. Sie betrifft weder eine unbestimmte Vielzahl von Fällen, noch bedarf sie der Konkretisierung durch Verfügung. Sie kann daher grundsätzlich nicht akzessorisch überprüft werden. Die betroffenen Grundeigentümer konnten sich schon bei Planerlass über diese Nutzungsbeschränkungen ein klares Bild machen und hätten die Möglichkeit gehabt, diese Sondernutzungsplanung anzufechten. Die Beschwerdegegnerin bzw. die Grundeigentümerschaft wussten aus der Begründung der Bauverweigerung vom 12. Juli 2010, dass das Mitwirkungsverfahren im Sinn von § 7 Abs. 2 PBG (bei Eröffnung der Bauverweigerung am 9. August 2010) unmittelbar vorher durchgeführt worden war. Sie wussten somit um das – während des Rekursverfahrens – laufende Erlassverfahren und hätten die an der Gemeindeversammlung vom 7. Dezember 2011 erlassene Verordnung anfechten können. Dies haben sie nicht getan. Die Verordnung vom 7. Dezember 2011 bzw. der vorliegend anwendbare Art. 2 in Verbindung mit dem Plan zur Verordnung können im vorliegenden Verfahren nicht akzessorisch angefochten und überprüft werden.

E. 4

Zusammengefasst ergibt sich, dass die streitbezogene Mobilfunkantenne wegen des Verstosses gegen Art. 2 der Verordnung vom 7. Dezember 2011 nicht bewilligungsfähig ist. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die Bauverweigerung der Baubehörde Zollikon vom 12. Juli 2010 zu bestätigen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu. Vielmehr ist eine solche in Anwendung von (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG) den Beschwerdeführenden zuzusprechen. Da sich im Rekursverfahren private Parteien gegenüberstanden, ist für das Verfahren vor der Vorinstanz lediglich der A AG, nicht hingegen der Baubehörde Zollikon eine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG; vgl. VGr, 16. Januar 2008, VB.2007.00382, E. 4.2 = RB 2008 Nr. 19 = BEZ 2008 Nr. 3). Dabei ist mit einer reduzierten Parteientschädigung für das Rekursverfahren dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Verordnung Umgebungsschutz erst im Laufe des Beschwerdeverfahrens in Rechtskraft trat und die Frage, ob sie im Rekursverfahren als planungsrechtliche Festlegung im Sinn von § 234 PBG hätte Beachtung finden müssen, letztlich offen bleiben kann. Angemessen ist eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren von je Fr. 1'200.- an die Beschwerdeführerin 2 einerseits und an die Beschwerdeführenden 3–10 andererseits sowie von Fr. 1'500.- für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren an die Beschwerdeführerin 1.

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