

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00083 vom 2. September 2015**

ZH Verwaltungsgericht, 2015-09-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2016.00083](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00083)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00083 du 2 septembre 2015

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00083 del 2 settembre 2015

## **Regeste**

Baubewilligung | Anfechtbarkeit eines Rückweisungsentscheids; Befangenheit durch Äusserungen im Rahmen eines früheren Entscheids Zwischenentscheide über den Ausstand sind anfechtbar (E. 2.1). Der Umstand, dass der Referent sich in einem früheren Verfahren dahingehend äusserte, dass eine kleinere Mobilfunkanlage auf dem fraglichen Gebäude wohl bewilligt werden könnte, führt nicht zur Befangenheit (E. 2.2-4). Über unzulässige Ausstandsbegehren kann unter Mitwirkung der Betroffenen entschieden werden (E. 2.5). In der Sache sind die Voraussetzungen zur Anfechtung eines Rückweisungsentscheids vorliegend nicht erfüllt (E. 3). Abweisung, soweit darauf eingetreten wird.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

A,

#### **E. 1.1**

Die Beschwerdeführenden 2 haben sich nicht am Rekursverfahren beteiligt und wären deshalb grundsätzlich auch nicht zur Beschwerde legitimiert (vgl. VGr, 10. November 2015, VB.2014.00516, E. 6.3). Die Vorinstanz teilte ihnen jedoch mit Präsidialverfügung vom 7. August 2015 fälschlicherweise mit, dass sie zur Anfechtung des Rekursentscheids auch ohne Teilnahme am Rekursverfahren legitimiert seien. Ob die Vorinstanz – welche nicht über die Beschwerdelegitimation im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu befinden hat – damit einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat und die Beschwerdeführenden 2 deshalb trotz Nichtbeteiligung am Rekursverfahren zur Beschwerde legitimiert sind, braucht hier indes nicht abschliessend geprüft zu werden, weil jedenfalls der Beschwerdeführer 1 am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und zur Beschwerde legitimiert ist.

#### **E. 1.2**

Angefochten ist ein Rückweisungsentscheid des Baurekursgerichts. Wenn – wie hier – der Instanz, an welche die Sache zurückgewiesen wird, beim neuen Entscheid ein Ermessensspielraum verbleibt, handelt es sich dabei um einen Zwischenentscheid im Sinn von § 41 Abs. 3 in Verbindung mit § 19a Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) sowie Art. 92 f. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110; VGr, 21. April 2016, VB.2015.00305, E. 3.3 mit Hinweisen; BGE 133 II 409 E. 1.2, 134 II 124 E. 1.3).

### **E. 2**

Stockwerkeigentümergeinschaft B-Strasse 01–02, 8803 Rüslikon, bestehend aus:

### **E. 2.1**

Soweit die Beschwerde sich insofern gegen den Rückweisungsentscheid richtet, als damit auch über ein Ausstandsbegehren gegen Mitglieder des Baurekursgerichts entschieden wurde, ist sie nach § 19a Abs. 2 in Verbindung mit § 92 Abs. 1 BGG zulässig. Diese Rüge ist vorab zu behandeln, weil eine Gutheissung der Beschwerde in diesem Punkt zur Aufhebung des Rekursentscheids führte, ohne dass dieser inhaltlich noch überprüft würde.

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführenden machen im Wesentlichen geltend, in einem früheren Baubewilligungsverfahren, welches eine grössere Mobilfunkantenne auf dem gleichen Gebäude betroffen habe, habe der damalige Referent sich anlässlich des Augenscheins spontan dahingehend geäussert, dass er die Antenne mit kleineren Anlagen bestückt hätte, weil "diese [...] wohl bewilligungsfähig [wären]". Ein entsprechender Hinweis finde sich in abgeschwächter Form auch im damaligen Urteil des Baurekursgerichts. Deshalb müssten sämtliche am damaligen Entscheid beteiligten Mitglieder der Vorinstanz in den Ausstand treten. Nach Darstellung der Beschwerdegegnerin im Rekursverfahren habe der Referent im damaligen Verfahren den Mitarbeiter der N AG gefragt, weshalb Panels mit einer Grösse von mehr als 1,30 m verwendet werden sollten; eine Anregung im von den Beschwerdeführenden dargestellten Sinn hätten demgegenüber weder der Referent noch der Gerichtsschreiber gemacht. Im Protokoll zum Augenschein findet sich kein Hinweis auf entsprechende Ausführungen des Referenten; ebenso fehlt ein Hinweis, dass der Beschwerdeführer 1 – der sich schon am damaligen Verfahren beteiligte – anlässlich des Augenscheins oder im weiteren Verlauf des Verfahrens ein unzulässiges Verhalten des Referenten gerügt hätte. Im damaligen Rekursentscheid, mit dem die Bewilligungsverweigerung geschützt wurde, wurde im Zusammenhang mit der Einordnung der Mobilfunkantenne ausgeführt: "Der Vollständigkeit halber ist dennoch festzuhalten, dass die 2. Abteilung des Baurekursgerichts die rechtsgenügende Einordnung einer diskreter in Erscheinung tretenden bzw. in der Höhe reduzierten Antenne auf dem Dach des Standortgebäudes grundsätzlich für möglich hält".

### **E. 2.3**

Nach § 5a Abs. 1 Ingress VRG treten Personen in den Ausstand, wenn sie in der Sache persönlich befangen erscheinen. Praxisgemäss hat eine Person dann in den Ausstand zu treten, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des jeweiligen Behördenmitglieds zu erwecken bzw. die Gefahr der Voreingenommenheit begründen können. Es braucht nicht nachgewiesen zu werden, dass diese tatsächlich befangen sind. Vielmehr genügt das Vorhandensein von Umständen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit objektiv zu begründen vermögen (statt vieler: BGE 140 I 326 E. 5.1; Regina Kiener in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 5a N. 15). Eine Voreingenommenheit kann sich etwa daraus ergeben, dass Mitglieder von Rechtsmittelbehörden bereits zu einem früheren Zeitpunkt mit der konkreten Streitsache befasst waren. Trotz einer solchen Vorbefassung liegt jedoch so lange keine Befangenheit vor, als das Verfahren in Bezug auf den konkreten Sachverhalt und die konkret zu entscheidenden Rechtsfragen weiterhin als offen und nicht vorbestimmt erscheint (BGE 131 I 113 E. 3.4; VGr, 28. Mai 2015, VB.2014.00722, E. 2.3; Kiener, § 5a N. 25 ff., auch zum Folgenden). Ausschlaggebend ist dabei, ob die frühere Tätigkeit den berechtigten Eindruck entstehen lässt, die betroffene Person könne sich von den seinerzeit

getroffenen Feststellungen und geäusserten Wertungen nicht mehr lösen und die Angelegenheit deshalb nicht mehr mit der nötigen Distanz und Objektivität beurteilen.

#### **E. 2.4**

Hier wird den im früheren Verfahren beteiligten Mitgliedern der Vorinstanz im Wesentlichen vorgeworfen, dass im ersten Rekursverfahren sinngemässe Ausführungen dazu gemacht wurden, unter welchen Voraussetzungen eine Mobilfunkantenne auf dem streitgegenständlichen Gebäude bewilligt werden könnte. Dies begründet keine Befangenheit im vorgenannten Sinn: Auch nach Darstellung der Beschwerdeführenden blieben die entsprechenden Ausführungen des Referenten – wie auch diejenigen im nachfolgenden Rekursentscheid – im Konjunktiv. Die beteiligten Mitglieder der Vorinstanz legten sich damit nicht bereits fest, dass sie ein späteres Projekt mit verkleinerter Antenne in jedem Fall als sich genügend einordnend beurteilen werden. Entsprechend wurde weder am Augenschein noch im nachmaligen Entscheid des Baurekursgerichts Stellung zu einem zukünftigen Bauprojekt genommen, sondern es handelt sich ausschliesslich um Erwägungen im Zusammenhang mit der Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen sich eine Mobilfunkantenne genügend einordnen könnte; solche Überlegungen finden sich regelmässig in Entscheiden betreffend die genügende Einordnung einer Baute – etwa wenn in Konstellationen wie der vorliegenden die Bewilligungs- oder Rechtsmittelbehörde festhält, nur kleine Antennen würden sich genügend einordnen, und deshalb einer grösseren Antenne die Baubewilligung verweigert. Im Ergebnis begründen die Beschwerdeführenden ihr Ausstandsbegehren deshalb einzig damit, dass die vom Gesuch betroffenen Gerichtsmitglieder an einem früheren Verfahren mitgewirkt haben, mit dessen Erwägungen die Beschwerdeführenden nicht vollständig einverstanden sind. Damit ist das Ausstandsgesuch nicht anders zu beurteilen, als wenn die Beschwerdeführenden – ohne weitere Umstände darzutun – den Ausstand einzig deshalb verlangten, weil einzelne Mitglieder der Vorinstanz bereits bei einem für die Beschwerdeführenden negativen Entscheid mitgewirkt haben. Solche Ausstandsgesuche sind unzulässig (vgl. VGr, 23. Mai 2012, AN.2011.00001, E. 2.2.2 Abs. 2; RB 2001 Nr. 2; vgl. auch BGE 114 Ia 278 E. 1, 105 Ib 301 E. 1b und c). Der Beschwerdeführer 1, der sich als einziger am Rekursverfahren beteiligte und dort ein Ausstandsgesuch stellte, muss sich im Übrigen entgegenhalten lassen, dass er weder anlässlich des Augenscheins noch im weiteren Verlauf des ersten Verfahrens je gerügt hätte, der Referent habe den Grundsatz der Unparteilichkeit verletzt. Der erst im zweiten Verfahren gegenüber dem Referenten erhobene Vorwurf, dieser habe im damaligen Rekursverfahren den Grundsatz der Unparteilichkeit verletzt, ist deshalb treuwidrig.

#### **E. 2.5**

Die Beschwerdeführenden rügen sodann, die Vorinstanz habe das Ausstandsgesuch unter Mitwirkung der davon betroffenen Mitglieder und damit in unzulässiger Besetzung behandelt. Ist der Ausstand streitig, entscheiden Kollegialbehörden gemäss § 5a Abs. 2 VRG darüber unter Ausschluss des betroffenen Mitglieds. In diesem Sinn entscheidet nach § 21 lit. b Ziff. 1 der Organisationsverordnung des Baurekursgerichts vom 12. November 2010 (LS 700.7) bei Ausstandsbegehren gegen einzelne Mitglieder oder Gerichtsschreibende die entsprechende Abteilung ohne Mitwirkung der oder des Betroffenen. Ist das Ausstandsgesuch offenkundig unzulässig, kann darüber indes praxismässig unter Mitwirkung der betroffenen Mitglieder entschieden werden (vgl. etwa VGr, 23. Mai 2012, AN.2011.00001, E. 2.2.2 Abs. 2; RB 2001 Nr. 2). Da das

Ausstandsbegehren sich hier als offenkundig unzulässig erweist (vorne 2.4), durfte die Vorinstanz darüber unter Mitwirkung der davon betroffenen Mitglieder entscheiden. Demnach ist der vorinstanzliche Entscheid in rechtmässiger Besetzung ergangen. Die Beschwerde ist insofern abzuweisen.

### **E. 2.6**

I AG, 2.7.1 J, 2.7.2 K, alle vertreten durch RA L, Beschwerdeführende, gegen M AG, vertreten durch S AG, vertreten durch RA O, Beschwerdegegnerin, und Baukommission Rüslikon, vertreten durch RA P, Mitbeteiligte, betreffend Baubewilligung, hat sich ergeben: I. Mit Beschluss vom 2. Juli 2015 verweigerte die Baukommission Rüslikon der M AG die Bewilligung für den Bau einer Mobilfunkantenne auf dem Dach des Gebäudes Q-Strasse 03/R-Strasse 04 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 05 in Rüslikon. II. Einen dagegen erhobenen Rekurs der M AG hiess das Baurekursgericht mit Entscheid vom 12. Januar 2016 gut, hob den Beschluss vom 2. Juli 2015 auf und wies die Angelegenheit zur vollständigen Beurteilung des Baugesuchs an die Baukommission Rüslikon zurück. III. A und die Stockwerkeigentümergeinschaft B-Strasse 01–02, bestehend aus C, E, F, G, H, der I AG sowie J und K liessen am 15. Februar 2016 Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen und beantragen, unter Entschädigungsfolge sei der Rekursentscheid aufzuheben und der Beschluss der Baukommission Rüslikon zu bestätigen, eventualiter sei auf das Baugesuch vom 12. Januar 2015 nicht einzutreten. Das Baurekursgericht schloss mit Vernehmlassung vom 23. Februar 2016 auf Abweisung der Beschwerde. Die M AG beantragte am 17. März 2016 unter Entschädigungsfolge die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei; die Baukommission Rüslikon verzichtete am 21. März 2016 auf eine Stellungnahme. Die Beschwerdeführenden ergänzten ihre Anträge mit Eingabe vom 25. April 2016 dahingehend, dass das Baugesuch subeventualiter abzulehnen sei. Hierzu nahm die M AG am 4. Mai 2016 Stellung. Am 25. Mai 2016 verzichteten die Beschwerdeführenden auf eine weitere Stellungnahme. Die Kammer erwägt: 1.

### **E. 3.1**

Soweit im Übrigen inhaltlich gegen den Rückweisungsentscheid Beschwerde geführt wird, lässt sich darauf nach Art. 93 Abs. 1 BGG nur eintreten, wenn der Rückweisungsentscheid einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für eine weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b). Diese Voraussetzungen werden im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nur sinngemäss angewendet, was namentlich erlaubt, zugunsten der Anfechtbarkeit von der restriktiven Praxis des Bundesgerichts abzuweichen (vgl. VGr, 28. Februar 2013, VB.2012.00558, E. 1.2; Martin Bertschi, Kommentar VRG, § 19a N. 58). Hier besteht dafür indes keine Veranlassung.

### **E. 3.2**

Dass den Beschwerdeführenden aus der Rückweisung ein nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinn von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG entstände, machen sie nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Ebenso sind die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. b AuG nicht erfüllt: Die Vorinstanz wies die Angelegenheit einzig deshalb an die Mitbeteiligte zurück, weil diese in der Ausgangsverfügung das Baugesuch noch nicht vollständig beurteilt hatte. Die Beschwerdegegnerin hat die für diese Beurteilung notwendigen Pläne und weiteren

Unterlagen mit dem Baugesuch eingereicht. Damit liegt kein Fall vor, in dem ein sofortiger Endentscheid ein aufwendiges Bewilligungsverfahren ersparen könnte (vgl. hierzu BGr, 24. September 2007, 1C\_136/2007, E. 1.2). Es ist deshalb nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführenden auch nicht substantiiert dargetan, dass die vorinstanzliche Rückweisung zu einem weitläufigen, mit einem bedeutenden Aufwand und Kosten verbundenen Beweisverfahren im Sinn von Art. 93 Abs. 1 lit. b AuG führen könnte. Damit sind die Voraussetzungen für die Anfechtbarkeit des Rückweisungsentscheids nicht erfüllt. Demnach ist auf die Beschwerde insofern nicht einzutreten.

#### **E. 4**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer 1 zur Hälfte und den Beschwerdeführenden 2.1 bis 2.7 je zu 1/14, jeweils unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag, aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 und § 14 VRG; Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 14 N. 6, 11 und 16). Im gleichen Verhältnis und mit solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag sind die Beschwerdeführenden sodann zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'000.- zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 5**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit mit dieser Entscheidung über die Ausstandspflicht im Rekursverfahren entschieden wurde, handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinn von Art. 92 BGG, gegen den die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 82 ff. zulässig ist. Im Übrigen ist das vorliegende Urteil ein Entscheid über einen Rückweisungsentscheid und damit ebenfalls ein Zwischenentscheid (Bertschi, § 19a N. 32; VGr, 2. September 2015, VB.2015.00438, E. 8). Das Bundesgericht lässt sich daher im Sinn des Art. 93 BGG nur anrufen, wenn ein nicht wiedergutzumachender Nachteil drohte oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen könnte und so ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde.

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