

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00725 vom 31. August 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-08-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00725

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00725 du 31 août 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00725 del 31 agosto 2017

Regeste

Baubewilligung | Negative Vorwirkung der Prioritätenregelung für Mobilfunkantennenstandorte gemäss Art. 49a BZO Küsnacht. Erweiterte Besitzstandsgarantie. Eintreten auf Rückweisungsentscheid (E. 1.2). Als planungsrechtliche Festlegung fällt die streitbetreffende Norm, im Gegensatz zu Ästhetiknormen, grundsätzlich in den Anwendungsbereich von § 234 PBG (E. 4.1). Ändert sich die Rechtslage während eines baurechtlichen Rechtsmittelverfahrens, wendet das Verwaltungsgericht § 234 PBG als intertemporale Regelung an und wägt das private Interesse an der Verwirklichung des Bauvorhabens und das öffentliche Interesse daran, zwecks wirksamer Planung neue Umstände und bessere Erkenntnisse möglichst bald und umfassend zur Geltung zu bringen, gegeneinander ab (E. 4.2). Vorliegend überwiegt das öffentliche Interesse, weshalb Art. 49a BZO bereits anzuwenden ist (E. 4.3). Die erweiterte Besitzstandsgarantie gemäss § 357 Abs. 1 PBG schützt unter dem bisherigen Recht errichtete Bauten nicht nur in ihrem bisherigen Bestand, sondern lässt neben Nutzungsänderungen auch Umbauten und Erweiterungen zu, ohne dass deren Umfang ausdrücklich beschränkt wird. Wenn sich der Bauherrschaft durch die Änderung und Erweiterung der vorschriftswidrig gewordenen Baute aber wesentlich weitergehende Baumöglichkeiten böten, als dies bei einem Neubau der Fall wäre, wird der Rahmen von § 357 Abs. 1 PBG gesprengt. Der Ersatz der Mobilfunkanlage ist als neubauähnlich zu werten, weshalb er durch die erweiterte Besitzstandsgarantie nicht geschützt ist (E. 5). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2016.00725 Urteil der 1. Kammer vom 31. August 2017 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz) , Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiberin Regina Meier. In Sachen A AG, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen 1. C, 2. D, 3.1 E, 3.2. F, 4.1 G, 4.2 H, 5.1 I, 5.2 J, 6. K, 7.1 L, 7.2 M, 8.1 N, 8.2 O, 9. P, 10. Q, alle vertreten durch RA R, Beschwerdegegnerschaft, und Baukommission Küsnacht, vertreten durch RA S, Mitbeteiligte, betreffend Baubewilligung, hat sich ergeben: I. Die Baukommission der Gemeinde Küsnacht bewilligte der A AG mit Beschluss vom 25. Februar 2014 die Ersetzung der Antennenmodule an der Mobilfunkantennenanlage auf dem Gebäude T-Strasse 01 in Küsnacht (Kat.-Nr. 02). II. C, D, F und E, G und H, I und J, K, L und M, O und N, P und Q rekurrten am 11. April 2014 gegen diesen Beschluss als Bewohner und Bewohnerinnen von Liegenschaften, welche sich im rechtsmittelberechtigten Umkreis der streitbetreffenen Anlage befinden. Das Baurekursgericht hiess den Rekurs am 18. Oktober 2016 gut, hob den angefochtenen

Beschluss auf und wies die Sache an die Baukommission Küsnacht zurück. III. Am 18. November 2016 führte die A AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und den Beschluss der Baukommission Küsnacht vom 25. Februar 2014 zu bestätigen; eventualiter sei die Sache zur ergänzenden Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Weiter sei ein Augenschein durchzuführen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerschaft. Das Baurekursgericht liess sich am 29. November 2016 mit dem Schluss auf Abweisung der Beschwerde vernehmen. Die Baukommission Küsnacht verzichtete am 23. Dezember 2017 auf die Einreichung einer Stellungnahme. C, D, F und E, G und H, I und J, K, L und M, O und N, P und Q beantragten am 13. Januar 2017 die Abweisung der Beschwerde und eventualiter die Rückweisung der Sache an die Baukommission, dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. Mehrwertsteuer zulasten der A AG und, im Fall des Eintritts derselben in das Verfahren, der Baukommission. In ihrer Replik vom 22. Februar 2017 hielt die A AG an ihren Anträgen fest. Die Duplik der Beschwerdegegnerschaft datiert vom 27. März 2017 und die Stellungnahme der A AG hierzu vom 20. April 2017. Die Kammer erwägt:

E. 1.1

Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

E. 1.2

Die Beschwerde wendet sich gegen einen Rückweisungsentscheid. In sinngemässer Anwendung von Art. 93 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) wird darauf eingetreten, 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). Vorliegend würde eine Gutheissung der Beschwerde weitere Abklärungen im Hinblick auf die Zulässigkeit des angefochtenen Bauvorhabens unnötig machen und einen Endentscheid herbeiführen.

E. 1.3

Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt, sodass auf die Beschwerde einzutreten ist.

E. 2

Prozessgegenstand ist die baurechtliche Bewilligung für die Ersetzung der Antennenmodule an der Mobilfunkantennenanlage auf dem Dach des Gebäudes T-Strasse 01 in Küsnacht, gelegen in der Wohnzone W2/1.40 mit Empfindlichkeitsstufe II. Dabei soll der bestehende, 12,6 m hohe Antennenmast erhalten bleiben, die beiden bisherigen Antennenmodule und weitere technische Komponenten sollen jedoch demontiert und durch zwei grössere Module ersetzt werden, welche zuoberst am Mast angebracht würden. Als strittig erweist sich die Frage, ob Art. 49a der Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Küsnacht (BZO) Anwendung auf das vorliegende Verfahren findet. Die genannte Bestimmung war Gegenstand einer BZO-Teilrevision im Jahr 2009, wurde am 26. Februar 2014 vom Gemeinderat Küsnacht in abgeänderter Form festgesetzt und am 23. September 2014 durch die Baudirektion des Kantons Zürich genehmigt; eine kommunale Übergangsregelung existiert nicht. Die strittige Bewilligung der Baukommission Küsnacht vom 25. Februar 2014 erfolgte mithin

vor Eintreten der Rechtskraft von Art. 49a BZO. Die Einhaltung der in dieser Norm statuierten Voraussetzungen wurde von der Baukommission unbestrittenerweise nicht rechtsgenügend geprüft; in ihrer Rekursvernehmlassung vom 16. Juni 2014 stellte sie sich auf den Standpunkt, die Bestimmung sei nicht anwendbar.

E. 3

Die Beschwerdeführenden beantragen in prozessualer Hinsicht die Durchführung eines Augenscheins des Verwaltungsgerichts. Ein verwaltungsgerichtlicher Augenschein erübrigt sich dann, wenn der massgebliche Sachverhalt aus den Akten hinreichend ersichtlich ist (RB 1995 Nr. 12 = BEZ 1995 Nr. 32; Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 7 N. 79). In der zu beurteilenden Streitigkeit hat das Baurekursgericht als zuständiges Fachgericht einen Referentenaugenschein durchgeführt und die gewonnenen Erkenntnisse in einem aussagekräftigen Protokoll, einschliesslich Fotos, dokumentiert. Das Protokoll sowie die übrigen Akten geben hinreichend über die tatsächlichen Verhältnisse Aufschluss. Es bestehen mithin keine Gründe, welche weitere Abklärungen angezeigt erscheinen lassen würden. Auf einen verwaltungsgerichtlichen Augenschein kann verzichtet werden.

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. 3) Die Betreiber erbringen den Nachweis, dass in den Zonen mit jeweils höherer Priorität keine Standorte zur Verfügung stehen. Die streitbetroffene Bauparzelle liegt in der Wohnzone W2/1.40. Das private Interesse der Beschwerdeführerin liegt folglich darin, den von Art. 49a BZO geforderten Nachweis nicht erbringen zu müssen; sollte sich erweisen, dass dieser Nachweis nötig, aber nicht möglich ist, kann das Bauvorhaben nicht verwirklicht werden bzw. müsste die Beschwerdeführerin gegebenenfalls auf einen anderen Antennenstandort ausweichen. Das entgegenstehende öffentliche Interesse an der Sicherung von künftigen planungsrechtlichen Festlegungen bzw. an deren intertemporaler Anwendbarkeit kommt allgemein in § 234 PBG zum Ausdruck. Es entspricht dem Willen des Gesetzgebers, dass zum Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids noch nicht rechtskräftige kommunale planungsrechtliche Festlegungen durch bauliche Massnahmen nicht nachteilig beeinflusst werden. Dabei spielt es keine Rolle, dass im hier zu beurteilenden Fall der Standort bzw. der Antennenmast bereits bestehen und bestehen bleiben sollen; § 234 BZO ist auch auf Umbauten und Nutzungsänderungen anwendbar (VGr, 14. Juli 2016, VB.2015.00762, E. 5.2; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 566). Das konkrete öffentliche Interesse besteht vorliegend darin, dass die Antennenanlage die Prioritätenregelung gemäss Art. 49a BZO einhält. Würde dies nicht verlangt, beeinflusste dies offensichtlich die in dieser Norm vorgesehene Festlegung nachteilig; sie würde gänzlich umgangen. Gesamthaft betrachtet überwiegt das öffentliche Interesse an wirksamer Planung das private Interesse der Beschwerdeführerin daran, ihr Projekt ohne Berücksichtigung der Prioritätenregelung gemäss Art. 49a BZO realisieren zu können. Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass Art. 49a BZO infolge negativer Vorwirkung auf den vorliegenden Fall anzuwenden ist.

E. 4.1

Das Baurekursgericht setzte sich in seinem Entscheid unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ausführlich mit der Frage auseinander, ob es sich bei Art. 49a BZO um eine planungsrechtliche Festlegung handle. In Anwendung von § 28 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 70 VRG kann auf die zutreffenden Erwägungen in diesem Entscheid verwiesen werden. Namentlich ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass Art. 49a BZO im Wesentlichen die Zonenkonformität der unter diese Norm fallenden Mobilfunkanlagen betrifft, weshalb es sich bei der Bestimmung um eine planungsrechtliche Festlegung handelt. Planungsrechtliche Festlegungen fallen, im Gegensatz zu Ästhetiknormen, grundsätzlich in den Anwendungsbereich von § 234 PBG (Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 564).

E. 4.2

Vorliegend hat sich die Rechtslage im Lauf des Rechtsmittelverfahrens geändert. Nichts daran zu ändern vermag, dass das Baurekursgericht das Verfahren bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts sistiert hat. Ändert sich die Rechtslage während des baurechtlichen Rechtsmittelverfahrens, so ist – vorbehältlich einer anderslautenden intertemporalrechtlichen Regelung (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich 2010, N. 290) – nach der Rechtsprechung bei planungsrechtlichen Festlegungen grundsätzlich auf das zur Zeit des letztinstanzlichen (angefochtenen) Entscheids geltende Recht abzustellen (VGr, 26. Juni 2013, VB.2012.00132, E. 3.3.2; RB 1985 Nr. 116, mit weiteren Hinweisen). Das Verwaltungsgericht wendet jedoch in derartigen Fällen § 234 PBG als intertemporale Regelung an und wägt das private Interesse an der Verwirklichung des Bauvorhabens und das öffentliche Interesse daran, zwecks wirksamer Planung neue Umstände und bessere Erkenntnisse möglichst bald und umfassend zur Geltung zu bringen, gegeneinander ab (RB 2000 Nr. 97 = BEZ 2000 Nr. 38; RB 1985 Nr. 116 E b). Dabei hat es verschiedentlich den letzteren Interessen den Vorzug gegeben und das neue Recht angewendet (vgl. die in RB 1985 Nr. 116 lit. b erwähnten Beschwerdeverfahren).

E. 4.3

Art. 49a BZO hat den folgenden Wortlaut: Bestimmungen für Mobilfunkanlagen 1) Mobilfunkanlagen haben der Quartiersversorgung zu dienen. In der Industrie- und Gewerbezone sind überdies auch Anlagen für die kommunale Versorgung zulässig. 2) Visuell wahrnehmbare Mobilfunkanlagen sind nur in folgenden Zonen und gemäss folgenden Prioritäten zulässig: 1. Priorität: Industrie- und Gewerbezone 2. Priorität: Wohnzonen mit Gewerbeanteil 3. Priorität: Wohnzonen, in denen mässig störende Betriebe zulässig sind (Art. 23 Abs. 2 BZO)

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin beruft sich schliesslich auf die sogenannte erweiterte Besitzstandsgarantie gemäss § 357 Abs. 1 PBG. Diese schützt unter dem bisherigen Recht errichtete Bauten nicht nur in ihrem bisherigen Bestand, sondern lässt neben Nutzungsänderungen auch Umbauten und Erweiterungen zu, ohne dass deren Umfang ausdrücklich beschränkt wird. Allerdings wird gemäss Lehre und Rechtsprechung unter Hinweis auf den Zweck der Besitzstandsgarantie, nämlich den Schutz der im Vertrauen auf die bisherige Ordnung getätigten Investitionen, stets verlangt, dass die baulichen Änderungen nicht auf eine sogenannte "neubauähnliche Umgestaltung" hinauslaufen

dürfen; solche Umgestaltungen sprengen den Rahmen der gemäss § 357 Abs. 1 PBG zulässigen Änderungen und müssten die Neubauvorschriften einhalten (VGr, 15. Juni 2011, VB.2010.00519, E. 5; RB 1986 Nr. 99 = BEZ 1987 Nr. 5).

E. 5.2

Vorliegend stellt sich folglich die Frage, ob es sich beim geplanten Ersatz der Antennenmodule um eine neubauähnliche Umgestaltung handelt. Wesentlich hierbei ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts, ob sich der Bauherrschaft durch die Änderung und Erweiterung der vorschriftswidrig gewordenen Baute wesentlich weitergehende Baumöglichkeiten böten, als dies bei einem Neubau der Fall wäre (VGr, 23. März 2011, VB.2011.00041, E. 2.4; VGr, 19. Oktober 2005, VB.2004.00252, E. 4.2). Das Baurekursgericht weist darauf hin, dass Anlagen gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c der Verordnung des Bundesrates vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) als neu gelten, wenn sie am bisherigen Standort ersetzt werden. Es ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass die Antennenmodule und nicht der Standort oder das Bestehenbleiben des Mastes zentral für die Beurteilung der Frage sind, ob eine Neuanlage vorliegt. Die Beschwerdeführerin stellt sich allerdings auf den Standpunkt, es handle sich nicht um eine Neuanlage, da die vorgesehenen Ersatzantennenmodule nur unwesentlich grösser als die bisherigen seien. Die Veränderungen in der Grösse sind jedoch für die Beurteilung der sich hier stellenden Rechtsfragen unwesentlich. Vielmehr ist die Situation, wie sie sich nach dem Ersatz der Module darstellen würde, mit den Baumöglichkeiten im Fall eines Neubaus auf dem fraglichen Grundstück zu vergleichen. Vorliegend ist – je nachdem, wie die Beurteilung nach Art. 49a BZO ausfällt – allenfalls gar keine Baumöglichkeit gegeben. Ebenfalls keine Rolle spielen im Zusammenhang mit dem Bestandesschutz gemäss § 357 Abs. 1 PBG – wobei wie gesehen die Baumöglichkeiten auf einem bestimmten Grundstück zu beurteilen sind –, allfällige im Hinblick auf den fraglichen Standort getätigte Investitionen. Wengleich sich die Standortsuche für Mobilfunkantennen aufwändig und kostspielig gestaltet, so ist dies doch bei der Beurteilung der Baumöglichkeiten nicht von Belang. Mithin kann offengelassen werden, ob die diesbezüglichen, erst in der Replik erhobenen Rügen verspätet waren. Nach dem Gesagten handelt es sich vorliegend um eine neubauähnliche Umgestaltung, weshalb die Beschwerdeführerin mit ihren Vorbringen betreffend die erweiterte Besitzstandsgarantie nicht durchzudringen vermag.

E. 6

Insgesamt erweist sich die Beschwerde nach dem Gesagten als unbegründet und ist abzuweisen. Die Einhaltung der Zonenkonformität bzw. die Einhaltung der Voraussetzungen gemäss Art. 49a BZO sind von der Bewilligungsbehörde zu überprüfen, weshalb der vorinstanzliche Rückweisungsentscheid zu bestätigen ist.

E. 7

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 VRG). Dass die Begründung des vorliegenden Entscheids in gewissen Punkten von derjenigen der Vorinstanz abweicht, vermag entgegen der beschwerdeführerischen Argumentation an der Kostenaufgabe nichts zu ändern. Die Beschwerdeführerin ist sodann zu verpflichten, der Beschwerdegegnerschaft eine angemessene Parteientschädigung von insgesamt Fr. 2'500.- zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 8

Hinsichtlich der Rechtsmittelbelehrung ist darauf hinzuweisen, dass das vorliegende Urteil als Entscheidung über einen Rückweisungsentscheid einen Zwischenentscheid darstellt und damit nur selbständig angefochten werden kann, wenn die Voraussetzungen von Art. 93 BGG erfüllt sind (BGE 133 II 409 E. 1.2; vgl. zum Erfordernis der rechtlichen Natur des erforderlichen nicht wiedergutzumachenden Nachteils BGE 134 III 188 E. 2.1).

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