

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00065 vom 27. Oktober 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-10-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00065

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00065 du 27 octobre 2021

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00065 del 27 ottobre 2021

Regeste

Baubewilligung Mobilfunkantenne | Mobilfunkantenne. In Bezug auf den Anspruch der Parteien auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht hat die Rechtsprechung wiederholt erkannt, dass auch die Gerichtsschreiber den entsprechenden verfassungs- und konventionsrechtlichen Anforderungen genügen müssen, sofern sie Einfluss auf die Urteilsfindung haben können, was namentlich der Fall ist, wenn sie an der Entscheidung mit beratender Stimme mitwirken (E. 3.2). Die Arbeitsunfähigkeit des Gerichtsschreibers ist als genügender sachlicher Grund für seinen Wechsel anzusehen (E. 3.3). Bei einer nachträglichen Auswechslung eines Mitglieds des Spruchkörpers bzw. des Gerichtsschreibers aus sachlichen Gründen kann von einer Wiederholung der Beweismassnahmen abgesehen werden, wenn sich aufgrund der Akten oder weiterer Beweismassnahmen und Verhandlungen ein genügendes Urteil bilden lässt (E. 3.4). Im baurechtlichen Verfahren wird nicht geprüft, ob eine bestimmte Baute oder Anlage am vorgesehenen Ort bzw. zum vorgesehenen Zweck brauchbar, sinnvoll und wirtschaftlich tragbar ist oder einem Bedürfnis entspricht (E. 4.2). Mobilfunkantennen sind in der Bauzone grundsätzlich zonenkonform, soweit sie im Wesentlichen der Abdeckung derselben dienen (E. 4.3). Funktionsweise von QS-Systemen. Das Bundesgericht geht vom Funktionieren der QS-Systeme aus (E. 5). Die gemäss den bestehenden Messempfehlungen durchgeführten Abnahmemessungen entsprechen auch heute noch dem Stand der Technik (E. 6.2). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

C AG, vertreten durch RA D

E. 2

Prozessgegenstand ist die baurechtliche Bewilligung für den Neubau einer Mobilfunkantennenanlage auf der Liegenschaft Kat.-Nr. 01, E-Strasse 02, in Thalwil. Das Grundstück liegt gemäss der Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Thalwil in der Wohnzone W2. Die Antennen sollen nach 170° und 325° ausgerichtet werden. Die zu bewilligende Sendeleistung für die Mobilfunkanlage soll maximal 1520 Watt ERP betragen, die mit 740 Watt ERP auf die Senderichtung 170° und mit 780 Watt ERP auf die Senderichtung 325° verteilt werden sollen. Der Frequenzbereich soll das Frequenzband 800 MHz und 900 MHz sowie das summierte Frequenzband 1800–2100 MHz umfassen.

E. 3.1

Die Beschwerdeführenden monieren, dass der Entscheid der Vorinstanz von einem anderen Gerichtsschreiber verfasst wurde als demjenigen, der am Augenschein teilgenommen habe.

Sie seien weder über den Wechsel des Gerichtsschreibers noch über dessen Grund informiert worden.

E. 3.2

Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) gewährleistet einer Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, einen Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Dieser Anspruch kann verletzt sein, wenn die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Laufe eines Verfahrens ohne hinreichende sachliche Gründe geändert wird. Zwar ist zu verlangen, dass eine Instanz die Parteien von sich aus (vorgängig) über geplante Wechsel im Spruchkörper und die Gründe dafür informiert. Folge einer unterbliebenen Mitteilung über einen Wechsel und dessen Gründe ist aber nicht, dass automatisch ein Verstoß gegen Art. 30 Abs. 1 BV vorliegen würde, sondern nur, dass eine Verletzung zu prüfen ist. Wobei für eine Verletzung einzig entscheidend ist, ob hinreichende sachliche Gründe für den Wechsel bestehen oder nicht (vgl. BGr, 12. März 2018, 4A_462/2017, E. 2.3.2). In Bezug auf den Anspruch der Parteien auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht hat die Rechtsprechung wiederholt erkannt, dass auch die Gerichtsschreiber den entsprechenden verfassungs- und konventionsrechtlichen Anforderungen genügen müssen, sofern sie Einfluss auf die Urteilsfindung haben können, was namentlich der Fall ist, wenn sie an der Entscheidung mit beratender Stimme mitwirken (BGE 125 V 499 E. 2b).

E. 3.3

Während am Augenschein des Baurekursgerichts vom 21. Oktober 2020 noch F teilnahm, amtete beim Entscheid vom 1. Dezember 2020 G als Gerichtsschreiber. Auf Aufforderung des Verwaltungsgerichts teilte die Vorinstanz mit, dass der Grund für den Wechsel des Gerichtsschreibers eine unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit des Gerichtsschreibers F gewesen sei. Im Lichte des Beschleunigungsgebots sei daher ein wichtiger Grund für den Wechsel gegeben. Nach § 339a des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) entscheiden die kantonalen Behörden über ein Rechtsmittel innert sechs Monaten nach dessen Eingang. Der Rekurs ging bei der Vorinstanz am 27. April 2020 ein. Die Behandlungsfrist für das Verfahren lief demnach am 26. Oktober 2020 ab. Der Entscheid der Vorinstanz fiel am 1. Dezember 2020 und somit bereits nach Ablauf dieser Behandlungsfrist. Aufgrund des Beschleunigungsgebots rechtfertigte es sich daher, die Sache am 1. Dezember 2020 zu entscheiden und nicht bis zum nächsten Sitzungstermin abzuwarten, bis der eingeplante Gerichtsschreiber wieder arbeitsfähig war. Die Arbeitsunfähigkeit des Gerichtsschreibers ist als genügender sachlicher Grund für seinen Wechsel anzusehen.

E. 3.4

Der Entscheid darüber, ob ein Augenschein angeordnet wird, steht im Ermessen der anordnenden Behörde. Es besteht nur dann eine Pflicht zur Durchführung eines Augenscheins, wenn die tatsächlichen Verhältnisse auf andere Weise nicht abgeklärt werden können (BGr, 8. November 2010, 1C_192/2010, E. 3.3; 10. August 2010, 1C_512/2009, E. 2.3; VGr, 25. Oktober 2018, VB.2018.00262, E. 3.4). Aus dem ausführlichen und aussagekräftigen Protokoll – einschliesslich Fotos – des vorinstanzlichen Augenscheins erhellt, dass die tatsächlichen Verhältnisse genügend abgeklärt wurden. Es kann im Verzicht auf einen weiteren Augenschein durch die Vorinstanz mit dem ausgewechselten Gerichtsschreiber daher weder eine Verletzung von § 7 VRG noch eine

solche des rechtlichen Gehörs erblickt werden. Bei einer nachträglichen Auswechslung eines Mitglieds des Spruchkörpers bzw. des Gerichtsschreibers aus sachlichen Gründen kann von einer Wiederholung der Beweismassnahmen abgesehen werden, wenn sich aufgrund der Akten oder weiterer Beweismassnahmen und Verhandlungen ein genügendes Urteil bilden lässt (vgl. BGr, 2. Dezember 2010, 6B_711/2010, E. 2; 6. September 2005, 4P.163/2005, E. 4; VGr, 27. Juni 2019, VB.2018.00797, E. 4.3; vgl. auch Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 38 Rz. 24). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt; es durfte auf das aussagekräftige Augenscheinprotokoll abgestellt werden. Darin sind insbesondere das visitierte Bauvorhaben und die Umgebung ausreichend fotografisch dokumentiert. Der Entscheid kam folglich auch mit dem ausgewechselten Gerichtsschreiber rechtmässig zustande und ist diesbezüglich nicht zu beanstanden.

E. 4.1

Die Beschwerdeführenden rügen, es bestünde kein Bedürfnis für die Mobilfunkantennen. Die Leistung sei zu tief und mache keinen Sinn. Es sei unglaubwürdig, dass die private Beschwerdegegnerin in Zukunft wie angegeben senden werde, da die angegebene Leistung viel zu tief sei. Sodann bestehe auch kein öffentliches Interesse an der Antenne und diese sei nicht verhältnismässig.

E. 4.2

Im baurechtlichen Verfahren wird nicht geprüft, ob eine bestimmte Baute oder Anlage am vorgesehenen Ort bzw. zum vorgesehenen Zweck brauchbar, sinnvoll und wirtschaftlich tragbar ist oder einem Bedürfnis entspricht. Diese Abklärungen hat die Bauherrschaft selbst vorzunehmen, weshalb sich die Prüfung durch die Baubewilligungsbehörde auf die Einhaltung der relevanten planungs-, bau- und umweltrechtlichen Vorschriften zu beschränken hat (§ 320 PBG; Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. A., Wädenswil 2019, S. 338 f.). Bei der Baubewilligung handelt es sich um eine mitwirkungsbedürftige Verfügung, weshalb die Baubehörde nicht berechtigt ist, über etwas anderes zu entscheiden, als ihr mit dem Baugesuch unterbreitet worden ist (Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, S. 424). § 326 PBG untersagt die Ausführung bewilligungspflichtiger, jedoch nicht bewilligter Vorhaben. Daraus leitet sich die Pflicht des Bauherrn ab, sich an eine erteilte Bewilligung zu halten. Er muss, wenn er Abweichungen von der Baubewilligung beabsichtigt, im dafür vorgeschriebenen Verfahren eine erneute beziehungsweise geänderte Bewilligung einholen (Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, S. 486 f.). Die Standortdatenblätter und damit auch die beabsichtigte WERP-Leistung sind Teil der Baubewilligung. Demgemäss darf die private Beschwerdegegnerin die Mobilfunkantenne nur in diesem Umfang betreiben, ob dies sinnvoll ist oder nicht spielt für die Erteilung der Baubewilligung keine Rolle. Weiter muss auch kein öffentliches Interesse an einer Baute bestehen und ergibt sich die Verhältnismässigkeit der Einwirkung auf die Interessen Privater durch die Anlage mit der Einhaltung der Grenzwerte. Folglich durfte auch die Vorinstanz darauf verzichten, einen Amtsbericht einzuholen, ob in dieser Art und Weise gesendet werden könne.

E. 4.3

Sofern die Beschwerdeführenden mit ihren Rügen die fehlende Zonenkonformität rügen wollten, ist – sofern sich diese Rüge nicht sowieso als verspätet erweist – darauf

hinzuweisen, dass auch diesbezüglich gemäss Bundesrecht kein Bedürfnisnachweis und keine Interessenabwägung bei der Beurteilung der Zonenkonformität erforderlich sind (BGr, 16. März 2015, 1C_493/2014, E. 4.3). Mobilfunkantennen sind in Bauzonen zulässig, wenn ein Bezug zu den Zonenflächen besteht, auf welchen sie erstellt werden sollen (Art. 22 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung). Sie sind in diesem Sinn in der Bauzone grundsätzlich zonenkonform, soweit sie im Wesentlichen der Abdeckung derselben dienen. Nicht erforderlich ist zum einen, dass die Mobilfunkantenne einzig dem Bauzonenteil dient, in welchem sie errichtet werden soll. Zum anderen ist zulässig, dass ein Teil der betreffenden Funkzelle das Nichtbaugelände erfasst (BGr, 31. Januar 2011, 1C_403/2010, E. 4.3). Die angefochtenen Antennen sind in der Wohnzone und dienen deren Versorgung, sie erweisen sich daher auch als zonenkonform.

E. 5.1

Die Beschwerdeführenden kritisieren, dass das Qualitätssicherungssystem der Anlagenbetreiberin die Einhaltung der Grenzwerte nicht garantieren würde und einfach umgangen werden könne.

E. 5.2

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts haben Anwohner von Mobilfunkanlagen ein schutzwürdiges Interesse, dass die Einhaltung der Grenzwerte der NISV durch objektive und überprüfbare bauliche Vorkehrungen gewährleistet wird. Das Bundesgericht schloss aber andere Möglichkeiten der Kontrolle nicht aus (BGr, 17. März 2008, 1C_172/2007, E. 2.2 mit Hinweisen auf BGE 128 II 378 E. 4 und BGr, 10. März 2005, 1A.160/2004, E. 3.3). Als alternative Kontrollmöglichkeit empfahl das BAFU in einem Rundschreiben vom 16. Januar 2006 die Einrichtung eines Qualitätssicherungssystems (QS-System) auf den Steuerzentralen der Netzbetreiberinnen (vgl. Rundschreiben Qualitätssicherung zur Einhaltung der Grenzwerte der Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) bei Basisstationen für Mobilfunk und drahtlose Teilnehmeranschlüsse vom 16. Januar 2006; nachstehend: Rundschreiben BAFU). Gemäss diesem Rundschreiben bezieht das QS-System nicht nur fernsteuerbare Parameter, sondern sämtliche Bauteile und Einstellungen ein, die nichtionisierende Emissionen beeinflussen (Rundschreiben BAFU, S. 2 Ziff. 2). Die Netzbetreiber haben dazu in den Steuerzentralen eine Datenbank (QS-Datenbank) zu implementieren, in der für jede Sendeanlage sämtliche Hardware-Komponenten und Geräteeinstellungen erfasst werden, welche die abgestrahlte Leistung (ERP) oder die Senderichtungen beeinflussen. Für ferngesteuerte oder manuelle Veränderungen der Einstellungen sind Prozesse zu definieren, die sicherstellen, dass die geänderten Einstellungen erfasst und unverzüglich in die QS-Datenbank übernommen werden. Das QS-System hat einmal pro Arbeitstag automatisch die effektiv eingestellten Sendeleistungen und -richtungen sämtlicher Antennen des betreffenden Netzes mit den bewilligten Werten bzw. Winkelbereichen zu vergleichen. Die dabei festgestellten Überschreitungen eines bewilligten Werts sind, sofern dies durch Fernsteuerung möglich ist, innerhalb von 24 Stunden und andernfalls innerhalb einer Arbeitswoche zu beheben. Das QS-System hat bei festgestellten Überschreitungen automatisch Fehlerprotokolle zu erzeugen, die den Vollzugsbehörden alle zwei Monate unaufgefordert zuzustellen sind. Die Netzbetreiber haben den Behörden uneingeschränkte Einsicht in die QS-Datenbank zu gewähren (Rundschreiben BAFU, S. 2 f. Ziff. 3). Der Stand der Implementierung und das ordnungsgemässe Funktionieren des QS-Systems soll periodisch kontrolliert werden

(Rundschreiben BAFU, S. 4 Ziff. 6; vgl. zu den QS-Systemen auch: BGr, 6. September 2006, 1A.57/2006, E. 5.1; 7. April 2009, 1C_282/2008, E. 3.2). Mit Entscheid vom 3. September 2019 hielt das Bundesgericht fest, das BAFU werde aufgefordert, im Rahmen seiner Aufgaben, den Vollzug der NISV zu überwachen und die Vollzugsmassnahmen der Kantone zu koordinieren, erneut eine schweizweite Kontrolle des ordnungsgemässen Funktionierens der QS-Systeme durchführen zu lassen oder zu koordinieren. Dies dränge sich auch deshalb auf, weil sich die letzte dieser Kontrollen in den Jahren 2010/2011 auf die computergesteuerten Parameter und die Angaben in den Datenbanken beschränkte und damals der Datenfluss bzw. die Datenübertragung von der realen Anlage in die QS-Datenbank nicht vor Ort überprüft wurde. Zur Prüfung dieser Datenübertragung sollen daher die nächsten Stichprobenkontrollen mit Kontrollen vor Ort an den Anlagen ergänzt werden, wie dies die Ecosens AG im Bericht zur Stichprobenkontrolle 2010/2011 empfehle (ASEB/Ecosens AG, Stichprobenkontrolle von Mobilfunksendeanlagen und Überprüfung der Qualitätssicherungssysteme der Mobilfunkbetreiber Orange, Sunrise, Swisscom und SBB, 2010/2011, 18. Januar 2012). Die im Kanton Schwyz bei Mobilfunkantennen festgestellten Abweichungen von bewilligten Einstellungen schafften jedoch keine genügende Grundlage, um auf das generelle Versagen der QS-Systeme zu schliessen, weil das Ausmass der Abweichungen sowie deren Auswirkungen auf die Belastung durch nichtionisierende Strahlung an OMEN nicht bekannt seien und auch entsprechende Feststellungen bezüglich anderer Kantone fehlten (1C_97/2018, E. 8.3). Somit ging das Bundesgericht in dieser Entscheid noch immer vom Funktionieren der QS-Systeme aus. Die Ausführungen der Beschwerdeführenden vermögen an dieser Auffassung nichts zu ändern. Demgemäss kann in antizipierter Beweiswürdigung auch auf einen Augenschein beim AWEL mit Durchführung einer Stichprobenkontrolle verzichtet werden (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.3; Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 7 N. 18 f.; Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 60 N. 11). Eine solche Testpflicht ergibt sich auch nicht aus Art. 9 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (USG), denn ein Art. 9 USG besteht zum einen nicht und es ergibt sich eine Test- bzw. Informationspflicht zum anderen auch nicht aus Art. 10e ff. USG.

E. 6.1

Die Beschwerdeführenden rügen, UMTS-Strahlungen könnten nicht genügend präzise gemessen werden und der von der Vorinstanz zitierte Entscheid dazu sei auch bereits über fünf Jahre alt.

E. 6.2

Die in der NISV vorgeschriebenen Anlagegrenzwerte sind keine Gefährdungswerte, sondern vorsorgliche Emissionsbegrenzungen. Bei solchen Grenzwerten im Vorsorgebereich kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei den konkreten Messungen der Grundsatz zur Anwendung, wonach der gemessene Wert massgeblich ist, und die Messunsicherheit weder dazugerechnet noch abgezogen wird (BGr, 30. März 2016, 1C_343/2015, E. 2.1; 6. März 2015, 1C_685/2013, E. 8.1 mit Hinweisen). Gemäss dem Amtsbericht des Eidgenössischen Instituts für Metrologie (METAS) vom 11. Juni 2014 über die Messunsicherheit beim Messen der Strahlung von Mobilfunk-Basisstationen ist es nicht möglich, nichtionisierende Strahlung genauer als mit einer Unsicherheit von 45 % zu erfassen. Das Bundesgericht hat gestützt darauf auch in jüngeren Entscheiden bestätigt, dass die in der Praxis gemäss den bestehenden Messempfehlungen durchgeführten Abnahmemessungen auch heute noch dem Stand der Technik entsprechen (vgl. BGr,

3. September 2019, 1C_97/2018, E. 4; 15. Januar 2018, 1C_323/2017, E. 4; 30. März 2016, 1C_343/2015, E. 6.6 mit Hinweisen). Mit ihren unsubstanzierten Ausführungen dazu zeigen die Beschwerdeführenden keine Gründe auf, welche eine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung rechtfertigen könnten.

E. 7

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (§ 65a in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Eine Parteienschädigung ist ihnen nicht zuzusprechen. Hingegen sind sie zu einer angemessenen Parteienschädigung von insgesamt Fr. 3'000.- an die private Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

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