



G.-Nr. R2.2021.00146
BRGE II Nr. 0234/2022

Entscheid vom 13. Dezember 2022

Mitwirkende Abteilungspräsident Peter Rütimann, Baurichter Stefano Terzi, Baurichter Daniel Willi, Gerichtsschreiber Christoph Forster

in Sachen **Rekurrentin**
S. T. AG, [...]
vertreten durch Rechtsanwalt [...]

gegen **Rekursgegnerin**
1. Baudirektion Kanton Zürich, Walchetor, Walcheplatz 2, Postfach, 8090 Zürich

- Mitbeteiligte**
2. Politische Gemeinde X, [...]
vertreten durch Gemeinderat X, X
 3. S. B., [...]

betreffend Verfügung der Baudirektion Kanton Zürich, Amt für Raumentwicklung, Ref.-Nr. ARE 21-0664 vom 7. Juni 2021; Feststellungsverfügung bezüglich Zuteilung des geplanten Standorts für den Neubau einer Mobilfunk-Antennenanlage auf Bahnareal zum Nichtbaugelände, Grundstück Kat.-Nr. 1, X

hat sich ergeben:

A.

Mit Verfügung vom 7. Juni 2021 beschied die Baudirektion Kanton Zürich (Amt für Raumentwicklung [ARE]) der S. T. AG (Baugesuchstellerin), dass der Standort für den geplanten Neubau einer Mobilfunkanlage südlich des Gebäudes Vers.-Nr. 01 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1 im übrigen Gemeindegebiet (Bahnareal) aus raumplanungsrechtlicher Sicht der Nichtbauzone zugeteilt werde. Weiter stellte die Baudirektion fest, dass das Bauvorhaben an diesem Standort gemäss Anhang 1 Ziffer 1.2.1 der Bauverfahrensverordnung (BVV) eine Bewilligung durch das ARE benötigen würde (Dispositiv-Ziffer I).

B.

Gegen diese Verfügung erhob die S. T. AG mit Eingabe vom 8. Juli 2021 fristgerecht Rekurs beim Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragte die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer I der Verfügung sowie die Feststellung durch das Baurekursgericht, dass der vorstehende genannte Standort für den Neubau einer Mobilfunk-Antennenanlage der Bauzone zuzurechnen sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MwSt. zulasten der Rekursgegnerin.

C.

Mit Verfügung vom 13. Juli 2021 wurde vom Rekurseingang Vormerk genommen und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet. Die Politische Gemeinde X und die S. B. wurden als Mitbeteiligte in das Rekursverfahren beigegeben.

D.

Mit Eingabe vom 10. August 2021 beantragte die Baudirektion die Abweisung des Rekurses.

Die Mitbeteiligten verzichteten stillschweigend auf eine Vernehmlassung.

E.

Mit Replik vom 10. September 2021 hielt die Rekurrentin an ihren Anträgen fest. Die S. B. verzichtete mit Eingabe vom 23. September 2021 ausdrücklich auf eine Duplik. Die übrigen Mitbeteiligten sowie die Baudirektion verzichteten stillschweigend auf die Erstattung einer Duplik.

F.

Mit Verfügung vom 20. Dezember 2021 wurden die Parteien eingeladen, sich zur Absicht des Baurekursgerichts, seinen Entscheid auf einer von keiner Partei in Betracht gezogenen Rechtsgrundlage zu fällen, zu äussern.

Hierzu liess sich die Rekurrentin mit Eingabe vom 18. Januar 2022 vernehmen und beantragte (neu) die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Rückweisung der Sache an die Baudirektion zur ordentlichen Behandlung; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Baudirektion bzw. der S. B.

Die übrigen Parteien verzichteten stillschweigend auf eine Stellungnahme.

Es kommt in Betracht:

1.

Die Rekurrentin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung im Sinne von § 338a des Planungs- und Baugesetzes (PBG) ohne Weiteres zur Rekurshebung legitimiert. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

2.

Das Baugrundstück Kat.-Nr. 1 liegt auf dem Bahnareal der S. B. und ist im Zonenplan der Gemeinde X als weisse Fläche dargestellt, d.h. keiner Nutzungszone zugeteilt. Im Wesentlichen ist das Baugrundstück mit Infrastrukturanlagen der S. B. überstellt, namentlich mit Gleisen und Fahrleitungs-

masten sowie dem Gebäude Vers.-Nr. 01. Wie einleitend erwähnt, soll die geplante Mobilfunk-Antennenanlage südlich dieses Gebäudes erstellt werden.

Die Bauherrschaft reichte am 10. September 2020 (Eingang beim Bausekretariat der Gemeinde X) das Baugesuch für die geplante Mobilfunk-Antennenanlage ein, welches zwecks Beurteilung durch eine kantonale Stelle gestützt auf § 11 Abs. 2 BVV der kantonalen Leitstelle für Baubewilligungen weitergeleitet wurde. Am 25. September 2020 erfolgte die Publikation des Baugesuchs im Anzeiger aus dem Bezirk Y sowie am 29. September 2020 im kantonalen Amtsblatt.

Gemäss den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung wurde die Rekurrentin alsdann aufgefordert, zusätzliche Unterlagen einzureichen, zumal die Baueingabe für die gemäss Anhang 1 Ziffer 1.2.1 BVV in Bezug auf die Lage ausserhalb der Bauzone erforderliche Beurteilung für nicht ausreichend befunden wurde. Insbesondere wurde eine Standortbegründung verlangt. Ohne die zusätzlich verlangten Unterlagen nachzureichen, ersuchte die Rekurrentin mit E-Mail vom 3. Mai 2021 die Abteilungsleiterin Bau und Infrastruktur der Gemeinde X um Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Die Rekurrentin führte darin aus, dass es nach ihrer Auffassung folgende zwei Möglichkeiten gebe:

- " 1.) Die Gemeinde erteilt die Baubewilligung, weil der Standort der Bauzone zuzurechnen ist und demzufolge keine kantonale Bewilligung erforderlich ist; oder
- 2.) die Gemeinde holt bei der Baudirektion eine anfechtbare Verfügung ein, welche uns die Gemeinde mit eigener anfechtbaren Verfügung zustellt."

Nachdem die Abteilungsleiterin Bau und Infrastruktur der Gemeinde X unter Weiterleitung der vorstehend erwähnten E-Mail der Rekurrentin bei der Baudirektion um eine anfechtbare Verfügung ersuchte, erliess die Baudirektion die streitgegenständliche Verfügung.

3.1.

Zunächst stellt sich die Frage nach der Rechtsnatur der angefochtenen Verfügung. Ein aus prozessökonomischen Gründen vorab der Gesuchstellerin zu eröffnender ablehnender Entscheid im Sinne von § 12 a Abs. 2 BVV aufgrund klarer Hindernisse, die dem Vorhaben entgegenstehen, liegt

nicht vor, da mit der angefochtenen Verfügung kein Bauabschlag erfolgte. Es wird vielmehr wie erwähnt einzig die Zugehörigkeit des geplanten Standorts für die Mobilfunk-Antennenanlage zur Nichtbauzone sowie die Erforderlichkeit einer Bewilligung des ARE für Bauvorhaben an diesem Standort festgestellt. Die Feststellung der Zonenzugehörigkeit des auf dem Bahnareal befindlichen Standorts beschlägt die Frage der Zonenkonformität des strittigen Bauvorhabens. Dabei handelt es sich um eine Frage, die für die Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens von grundlegender Bedeutung ist (s. Art. 22 Abs. 2 lit. a des Raumplanungsgesetzes [RPG]).

Gemäss § 323 Abs. 1 PBG können über Fragen, die für die spätere Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens von grundlegender Bedeutung sind, Vorentscheide eingeholt werden, sofern die gesonderte Beurteilung dieser Fragen sachlich möglich ist und nicht gegen das Koordinationsgebot verstösst. Wird mit der angefochtenen Verfügung eine für die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens von grundlegender Bedeutung zu qualifizierende Frage verbindlich geklärt, ist die Verfügung deshalb materiell betrachtet mit einem Vorentscheid im Sinne von § 323 Abs. 1 PBG bzw. einem solchen ohne Drittverbindlichkeit (s. sogleich E. 3.2) vergleichbar.

Vorentscheide ergehen im gleichen Verfahren wie baurechtliche Bewilligungen. Mit dem Gesuch sind alle Unterlagen einzureichen, die zur Beurteilung der gestellten Fragen nötig sind (§ 323 Abs. 2 PBG). Die örtliche Baubehörde hat mithin – nach der Vorprüfung – den Gegenstand des Vorentscheids öffentlich bekannt zu machen (§ 314 Abs. 1 PBG); gleichzeitig sind die Gesuchsunterlagen während 20 Tagen öffentlich aufzulegen (§ 314 Abs. 4 PBG). Wer Ansprüche aus dem Planungs- und Baugesetz wahrnehmen will, hat innert 20 Tagen seit der öffentlichen Bekanntmachung bei der örtlichen Baubehörde schriftlich die Zustellung des oder der baurechtlichen Entscheide zu verlangen (§ 315 Abs. 1 PBG).

3.2.

Das kantonale Recht hat gemäss Art. 33 Abs. 2 RPG mindestens ein Rechtsmittel gegen Verfügungen und Nutzungspläne, die sich auf das Raumplanungsgesetz und seine kantonalen und eidgenössischen Ausführungsbestimmungen stützen, vorzusehen. Das kantonale Recht muss die Legitimation mindestens im gleichen Umfang wie für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht und überdies die volle Überprüfung durch wenigstens eine Beschwerdebehörde gewähr-

leisten (Art. 33 Abs. 3 lit. a und b RPG). Diesen bundesrechtlichen Mindestanforderungen ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, welcher sich das Verwaltungsgericht mit dem Entscheid VB 93/0198 (in BEZ 1995 Nr. 4; vgl. auch RB 1994 Nr. 92) – mit gewissen Modifikationen – angeschlossen hat, nur Genüge getan, wenn neben dem (Bau- bzw. Vorentscheid-) Gesuchsteller auch Dritte von ihren Verfahrensrechten Gebrauch machen können. Diese Voraussetzung war bei den in § 324 Abs. 2 Satz 1 aPBG (d.h. in der bis 30. Juni 2014 geltenden Fassung) normierten *nicht drittverbindlichen* Vorentscheiden mangels öffentlicher Ausschreibung nicht erfüllt (vgl. BRKE IV Nr. 0104/2007 in BEZ 2007 Nr. 55, <http://www.baurekursgericht-zh.ch/>, auch zum Folgenden).

Zur Begründung der Rechtsprechung führte das Bundesgericht unter anderem an, dass insbesondere problematisch sei, wenn ein für die Bewilligungsbehörde und die gesuchstellende Partei verbindlicher Vorentscheid über eine Grundsatzfrage erlassen werde, zu der betroffene Dritte nicht bzw. erst in einem späteren Verfahren Stellung nehmen könnten. Die nachträgliche Teilnahme dieser Dritten am nachfolgenden Bewilligungsverfahren über das vollständige Baugesuch vermöchte den erlittenen Rechtsnachteil nur dann zu heilen, wenn die Baubehörde und allenfalls angerufene Rechtsmittelinstanzen in der vorentschiedenen Frage noch frei, das heisst auch gegenüber der um den Vorentscheid ersuchenden Partei nicht gebunden wären (was nach der Regelung von § 324 Abs. 1 PBG eben gerade nicht der Fall ist). Als kritischen Punkt führte das Bundesgericht überdies an, dass Vorentscheide ohne Drittverbindlichkeit die notwendige Transparenz vermissen liessen und die Gefahr einer Überrumpelung Dritter in sich bergen würden.

3.3.

Die beschriebene grundsätzliche Problematik von Vorentscheiden ohne Drittverbindlichkeit, mit welchen über eine Grundsatzfrage entschieden wird, zu der betroffene Dritte nicht bzw. erst in einem späteren Verfahren Stellung nehmen können, besteht auch im vorliegenden Fall. Würde den Anträgen der Rekurrentin entsprochen und festgestellt, dass der fragliche Standort – entgegen den Feststellungen in der angefochtenen Verfügung – tatsächlich der Bauzone zuzuordnen ist, wäre das Baubewilligungsverfahren fortzusetzen und das Baugesuch auf seine Übereinstimmung mit den übrigen bau- und immissionsrechtlichen Bestimmungen zu überprüfen. Dabei wäre die kommunale Baubehörde – nach Rechtskraft des Rekursent-

scheids – an die mit dem Rekursentscheid beurteilte Frage der Zonenzugehörigkeit des geplanten Standorts gebunden, ohne dass potentiell rechtsmittelbefugte Dritte hierzu hätten Stellung nehmen können. Die allfällige Teilnahme von Dritten in einem nachfolgenden (bzw. fortgesetzten) Bewilligungsverfahren über das vollständige Baugesuch würde aufgrund der Bindungswirkung des Rekursentscheids nicht zur Heilung der von Dritten erlittenen Rechtsnachteile führen.

Daran vermag nichts zu ändern, dass das Baugesuch vorliegend öffentlich aufgelegt und das strittige Bauvorhaben publiziert wurde. Dies deshalb, weil die Publikation des strittigen Bauvorhabens im kantonalen Amtsblatt insoweit fehlerhaft war, als nicht auf die Lage des geplanten Standorts innerhalb des Bahnareals, welches im Zonenplan als weisse Fläche dargestellt ist, hingewiesen wurde. Vielmehr wurde als Zonierung des Baugrundstücks die Gewerbezone G angegeben. Soll ein Bauvorhaben innerhalb des Bahnareals bzw. auf weissen Flächen gemäss der einschlägigen Bau- und Zonenordnung realisiert werden, ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen, ob das geplante Bauvorhaben zonenkonform ist (vgl. BGr 1A.140/2003 vom 18. März 2004, E. 2.3 ff., mit Hinweis auf BGE 114 Ib 344). Daraus ergibt sich, dass im Rahmen der Publikation auf den Umstand, dass das geplante Vorhaben auf weissen Flächen bzw. innerhalb des Bahnareals realisiert werden soll, hinzuweisen ist. Für die Wahrung des Rekursrechts Dritter ist die Kenntnis über diesen Umstand von entscheidender Bedeutung, zumal sich Dritte bei ihrem Entscheid, den baurechtlichen Entscheid gestützt auf § 315 Abs. 1 PBG bei der örtlichen Baubehörde zu verlangen, nicht zuletzt von den Prozessaussichten leiten lassen dürften. Dabei dürfte keine unwesentliche Rolle spielen, ob der geplante Standort gegebenenfalls ausserhalb der Bauzone oder in einer Gewerbezone liegt, da für Mobilfunk-Antennenanlagen ausserhalb der Bauzone im Vergleich zu solchen innerhalb der Bauzone (und insbesondere zu solchen in einer Gewerbezone) erhöhte Anforderungen gelten. In Betracht fällt zudem, dass bei Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone im Kanton Zürich generell das Verbandsbeschwerderecht besteht (vgl. § 338b Abs. 1 lit. b PBG). Es ist mithin davon auszugehen, dass bei korrektem Publikationstext (weitere) potentiell rechtsmittelbefugte Personen bzw. Verbände den baurechtlichen Entscheid bei der örtlichen Baubehörde verlangt hätten. Eine Beiladung von allfälligen Dritten, die bereits um Zustellung des baurechtlichen Entscheids ersuchten, ins vorliegende Rekursverfahren, würde deshalb ebenfalls nicht zur Heilung der von weiteren Dritten erlittenen Rechtsnachteile führen.

3.4.

Damit ergibt sich zusammenfassend, dass bei der angefochtenen Verfügung materiell von einem Vorentscheid ohne Drittverbindlichkeit auszugehen ist und die dargelegten bundesrechtlichen Mindestanforderungen in Bezug auf potentiell rechtsmittelberechtigte Dritte nicht erfüllt sind. Die angefochtene Verfügung ist demzufolge im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Gutheissung des Rekurses aufzuheben. Die Politische Gemeinde X ist einzuladen, die Fortsetzung des Baubewilligungsverfahrens samt erneuter Publikation zu veranlassen.

4.1.

Gemäss § 13 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Kosten, die ein Beteiligter durch Verletzung von Verfahrensvorschriften oder durch nachträgliches Vorbringen von Tatsachen oder Beweismitteln verursacht, die er schon früher hätte geltend machen können, sind ihm ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens zu überbinden.

Damit verlangt das Gesetz im Regelfall, die Kosten des Rekursverfahrens den Verfahrensbeteiligten gemäss ihrem Unterliegen zu überbinden. Das Obsiegen (als Gegenstück zum Unterliegen) wird grundsätzlich daran bemessen, ob und in welchem Umfange die anfechtende Partei mit ihrem Rechtsmittel zum Nachteil der Gegenpartei eine Änderung der angefochtenen Anordnung bewirkt. Massgebend sind die gestellten Anträge. Auf die Begründetheit einzelner Rügen kommt es nicht an (Kaspar Plüss, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 13 Rz. 50 f.).

Nebst dem Unterliegerprinzip sind die Verfahrenskosten ausnahmsweise (auch) gemäss dem Verursacherprinzip zu verlegen. Dies einerseits in den im Gesetz explizit genannten Fällen; andererseits aber auch in Fällen, in denen ein Beteiligter Verfahrenskosten durch anderes schuldhaftes oder ordnungswidriges Verhalten verursacht hat. Nach dem Verursacherprinzip können sowohl Vorinstanzen wie auch private Parteien kostenpflichtig werden (zur Kasuistik vgl. Plüss, § 13 Rz. 58 ff.). Der Umfang der Kostenaufgabe ist regelmässig auf die durch das Verhalten des Beteiligten verursachten Kosten beschränkt, was ohne weiteres auch zu einer vollumfänglichen Kostenbelastung des Verursachers führen kann.

In Anwendung des Unterliegerprinzips wären die Verfahrenskosten einzig der Baudirektion Kanton Zürich aufzuerlegen. Die Aufhebung der angefochtenen Verfügung geht indes nicht zuletzt auf die fehlerhafte Publikation zurück. Zuständig für die Publikation in der Gemeinde X ist gemäss Anhang zur Geschäftsordnung der Baukommission X vom 4. April 2022 die Abteilungsleitung Bau und Infrastruktur (s. unter 1. Verfahrensablauf, Verfahrensentscheide). Dementsprechend sind die Kosten des vorliegenden Rekursverfahrens je zur Hälfte der Baudirektion Kanton Zürich sowie – da die Kosten nicht der Abteilungsleitung persönlich aufzuerlegen sind – der als Mitbeteiligten rubrizierten Politischen Gemeinde X aufzuerlegen.

Nach § 338 Abs. 1 PBG bzw. § 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts (GebV VGr) legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem bestimmbaren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier ein Verfahren ohne bestimmbaren Streitwert vor, beträgt die Gerichtsgebühr in der Regel Fr. 500.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG; § 3 Abs. 2 GebV VGr). Bei der Bemessung der Gebührenhöhe steht der Rekursinstanz ein grosser Ermessensspielraum zu (Plüss, § 13 Rz. 25 ff.).

Demnach ist die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 2'500.-- festzusetzen.

4.2.

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG kann im Rekursverfahren und im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe der Gegenpartei verpflichtet werden, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistandes rechtfertigte. Die Bemessung der Umtriebsentschädigung richtet sich nach § 8 GebV VGr.

Der Beizug eines Rechtsbeistandes ist in aller Regel als Grund für die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung einzustufen (VB.2003.00093 vom 16. Oktober 2003, E. 3.1.). Demnach ist vorliegend der Rekurrentin eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 1'300.--, zahlbar je zur Hälfte durch die Baudirektion und die Politische Gemeinde X. Da die Umtriebsentschädigung pauschal festgelegt wird, entfällt die Zusprechung eines Mehrwertsteuerzusatzes von vornherein

(BRKE II Nrn. 0247 und 0248/2007 in BEZ 2007 Nr. 56;
www.baurekursgericht-zh.ch).

[...]