

# **BGer 1C 235/2022 vom 24. November 2023**

Bundesgericht, 2023-11-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_235\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_235_2022)

FR: TF 1C 235/2022 du 24 novembre 2023

IT: TF 1C 235/2022 del 24 novembre 2023

## **Regeste**

Baubewilligung für den Neubau einer Mobilfunkanlage | Raumplanung und öffentliches Baurecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein Endentscheid einer letzten kantonalen Instanz in einer baurechtlichen Angelegenheit. Dagegen steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen ( Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 sowie Art. 90 BGG ). Ein Ausschlussgrund nach Art. 83 BGG liegt nicht vor. Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerdeführung legitimiert, da er am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und er innerhalb des Einspracheperimeters wohnt, weshalb er durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist ( Art. 89 Abs. 1 BGG ). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 100 Abs. 1 BGG ).

### **E. 2.1**

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), prüft die bei ihm angefochtenen Entscheide aber grundsätzlich nur auf Rechtsverletzungen hin, die die beschwerdeführende Person vorbringt und begründet (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG ). Erhöhte Anforderungen an die Begründung gelten, soweit die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht gerügt wird ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 146 IV 114 E. 2.1). Die Anwendung von kantonalem Recht überprüft das Bundesgericht vorbehaltlich Art. 95 lit. c-e BGG im Wesentlichen auf Willkür und bloss insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet wird ( Art. 95 BGG i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG ). Willkür in der Rechtsanwendung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (vgl. BGE 146 II 111 E. 5.1.1 ; 141 I 49 E. 3.4 ; 137 I 1 E. 2.4).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zu Grunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Gemäss Art. 97 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts und damit auch die Beweiswürdigung

gerügt werden, wenn die Sachverhaltsfeststellung offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich ist ( Art. 9 BV ) oder auf einer Rechtsverletzung beruht und die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann ( BGE 137 I 58 E. 4.1.2). Eine entsprechende Rüge ist substantiiert vorzubringen (Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG ). Auf eine rein appellatorische Kritik an der Sachverhaltsfeststellung tritt das Bundesgericht nicht ein ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer beanstandet vorab eine willkürliche Anwendung von Art. 39 Abs. 4 des Baugesetzes des Kantons Wallis vom 15. Dezember 2016 (BauG/VS; SGS 705.1).

#### **E. 3.1**

Gemäss Wortlaut von Art. 39 Abs. 4 BauG/VS wird das Baugesuch vom Gesuchsteller, vom Grundeigentümer und vom Projektverfasser oder dessen Vertreter eigenhändig unterschrieben oder validiert. Bei Vorhandensein mehrerer Eigentümer gelten für die Zustimmung insbesondere die Regeln des Zivilrechts.

#### **E. 3.2**

Gemäss verbindlicher Sachverhaltsfeststellung befindet sich die Parzelle, auf welcher die Antenne erstellt werden soll, im Eigentum der katholischen Kirche und das fragliche Baugesuch wurde für diese durch den Pfarrer der Kirchgemeinde unterzeichnet. Der Beschwerdeführer bemängelt, dass der Pfarrer gemäss den innerkirchlichen Organisationsbestimmungen zur Unterzeichnung des Baugesuchs gar nicht zuständig gewesen sei, da die schriftliche Zustimmung des Bischofs fehle und auch ein Beschluss des Kirchenrats nicht protokolliert sei. Es mangle somit an der gültigen Zustimmung des Grundeigentümers für die Erteilung des Baugesuchs.

#### **E. 3.3**

Die Vorinstanz führte dazu aus, auch wenn mit dem Unterschriftenerfordernis ausgeschlossen werden solle, dass die Bewilligungsbehörde wider besseren Wissens Hand zu einem Verfahren biete, welches geeignet sei, die Eigentumsrechte Dritter zu verletzen, diene es in erster Linie der Baubehörde. Ihr solle es erspart bleiben, Bauvorhaben einer zeitaufwändigen Überprüfung zu unterziehen, wenn deren Verwirklichung von vornherein am Widerstand der verfügungsberechtigten Personen scheitere (Urteile 1C\_663/2015 vom 5. April 2016 E. 3.6; 1C\_169/2013 vom 29. Juli 2013 E. 2.3). Die Baubehörde dürfe sich demnach grundsätzlich auf die Prüfung der Frage beschränken, ob ein Bauvorhaben offenkundig Eigentumsrechte Dritter verletzen könne. Sie müsse aber nicht die Eigentumsverhältnisse detailliert und endgültig abklären. Im Endeffekt sei es nicht Sache der Baubewilligungsbehörde, die zivilrechtlichen Verhältnisse im Einzelnen und endgültig abzuklären. Nur auf Baugesuche von zweifellos nichtberechtigten Personen dürfe sie nicht eintreten. Für die Berücksichtigung privatrechtlicher Verhältnisse bestehe insoweit kein Raum. Diesfalls verbleibe den verfügungsberechtigten Personen einzig die zivilrechtliche Auseinandersetzung. Vorliegend sei der Pfarrer jedenfalls nicht zweifellos und offensichtlich nicht berechtigt gewesen, das Baugesuch zu unterzeichnen. Es sei nicht Sache der Gemeinde, die zivilrechtlichen Verhältnisse endgültig abzuklären. Es liege somit keine Verletzung von Art. 39 Abs. 4 BauG/VS vor, weshalb die Erteilung der Baubewilligung durch die Gemeinde nicht zu beanstanden sei. Ob die innerkirchliche Willensbildung tatsächlich korrekt erfolgt sei, könne dementsprechend offenbleiben, ebenso die Frage, ob es sich bei der Norm um eine Ordnungs- oder Gültigkeitsvorschrift handle.

### **E. 3.4**

Mit diesen Erwägungen ist die Vorinstanz nicht in Willkür verfallen. Es besteht kein Anlass Art. 39 Abs. 4 BauG/VS anders zu behandeln als die kantonalen Normen in den soeben zitierten Urteilen, welche ebenfalls ein Unterschriftserfordernis statuierten. Es mag zwar - wie der Beschwerdeführer ausführlich darlegt - zutreffen, dass nach innerkirchlichem Recht die schriftliche Zustimmung des Bischofs und des Kirchenrats zur Einreichung des Baugesuchs notwendig gewesen wäre. Es ist jedoch - wie die Vorinstanz überzeugend dargelegt hat - nicht an den Baubehörden, die Willensbildung innerhalb der katholischen Kirche abschliessend abzuklären; es handelt sich dabei vielmehr um eine organisationsrechtliche Angelegenheit der Kirchgemeinde. Nur weil es sich bei der Eigentümerin um eine öffentlich-rechtliche Organisation handelt, trifft die Baubehörde nicht eine weitergehende Abklärungspflicht betreffend die Vertretungsbefugnis bzw. ist die Vorinstanz nicht in Willkür verfallen, wenn sie eine solche ablehnt. Es ist an den Personen, die in der Kirche organisiert sind, sich gegen die behauptete Kompetenzüberschreitung des Pfarrers zu wehren und zwar mittels der dafür vorgesehenen Verfahren des innerkirchlichen Organisationsrechts.

### **E. 4**

Der Beschwerdeführer rügt weiter eine Verletzung von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG (SR 700). Die Parzelle Nr. 553 befinde sich in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (Art. 74 des Bau- und Zonenreglements der Gemeinde Termen vom 9. Mai 2006 [BZR Termen]). Diese umfasse Gebiete zur Erstellung von öffentlichen Bauten und Anlagen oder anderen Einrichtungen (Sport, Erholung), die im öffentlichen Interesse liegen. Jedoch habe die Bevölkerung der Gemeinde Termen kein Interesse an einer Mobilfunkanlage, wie eine Unterschriftensammlung belege. Die Zonenkonformität einer Mobilfunkantenne könne gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung lediglich unter Umständen gewährt werden, wenn diese der Ausstattung der Bauzone als Ganzem und nicht nur speziell dem im Frage stehenden Bauzonenteil diene.

#### **E. 4.1**

Mobilfunkantennen sind als Infrastrukturbauten in Bauzonen nicht generell und unabhängig von ihrem Verwendungszweck zulässig. Verlangt wird ein Bezug zu den Zonenflächen, auf welchen sie erstellt werden sollen ( Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG ). Innerhalb der Bauzonen sind sie grundsätzlich zonenkonform, soweit sie hinsichtlich Standort und Ausgestaltung in einer unmittelbaren funktionellen Beziehung zum Ort stehen, an dem sie errichtet werden sollen, und im Wesentlichen Bauzonenland abdecken ( BGE 133 II 353 E. 4.2; 133 II 321 E. 4.3.2). Die Zonenkonformität einer Mobilfunkantenne kann unter Umständen auch bejaht werden, wenn sie der Ausstattung der Bauzone als Ganzem und nicht nur speziell dem in Frage stehenden Bauzonenteil dient ( BGE 133 II 321 E. 4.3.2 zit. in Urteil 1C\_106/2010 vom 19. Oktober 2010 E. 4.3).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer schliesst aus dem letzten Satz der soeben zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, es müssten besondere Umstände vorliegen, damit die Mobilfunkantenne zonenkonform sei, welche die Vorinstanz nicht zu belegen vermöge. Diese Interpretation ist jedoch nicht zutreffend. Wie in der unmittelbar folgenden Erwägung 4.4.1 des zuletzt zitierten Urteils präzisiert wird, ist es für die Zonenkonformität zum einen nicht erforderlich, dass die Mobilfunkantenne einzig dem Bauzonenteil dient, in welchem

sie errichtet werden soll. Und zum andern ist es zulässig, dass ein Teil der betreffenden Funkzelle das Nichtbaugelände erfasst (Urteil 1C\_403/2010 vom 31. Januar 2011 E. 4.3; s.a Urteil 1C\_106/2010 vom 19. Oktober 2010 E. 4.4.1).

### **E. 4.3**

Gemäss Feststellungen der Vorinstanz befindet sich der vorgesehene Standort in der Zone für öffentliche Bauten (Art. 74 BZR/ Termen), die nach Art. 67 BZR/Termen als Bauzone gilt. Die Mobilfunkantenne deckt neben der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen insbesondere die umliegende Wohnzone, Zentrumszone und Mischzone ab. Teilweise werden auch Bereiche ausserhalb der Bauzone erfasst. Unter diesen Umständen ist die geplante Mobilfunkantenne zonenkonform und es liegt keine Verletzung von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG vor.

### **E. 5**

Der Beschwerdeführer beanstandet zudem eine Verletzung von Art. 4 i.V.m. mit Anhang 1 Ziff. 63 der Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710). Die Beschwerdegegnerin plane die Installation von Antennenkörpern, die adaptiv betrieben werden könnten. Zwar sei zur Zeit gemäss den Angaben im Standortdatenblatt kein adaptiver Betrieb unter Nutzung eines Korrekturfaktors beantragt, jedoch könne die geplante Antenne ohne bauliche Änderung adaptiv betrieben werden. Ob ein solcher nicht bewilligter adaptiver Betrieb nach der Installation der Antenne stattfinde, sei nicht überprüfbar und es müsse deshalb auch deren Variabilität berücksichtigt werden. Dies sei jedoch in Abweichung von Art. 4 i.V.m. Anhang 1 Ziff. 63 NISV ausser Acht gelassen worden und u. a. sei auch die besondere Abstrahlcharakteristik der adaptiven Antennen ignoriert worden.

### **E. 5.1**

Die im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids geltende Fassung von Ziff. 63 Anhang 1 NISV lautete folgendermassen: "Als massgebender Betriebszustand gilt der maximale Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung; bei adaptiven Antennen wird die Variabilität der Senderichtungen und der Antennendiagramme berücksichtigt". Am 1. Januar 2022 trat eine neue Fassung von Ziff. 63 Anhang 1 NISV in Kraft; deren Abs. 2 sieht neu unter anderem die Anwendung eines Korrekturfaktors  $K_{AA}$  und eine Mittelung über 6 Minuten vor. Das BUWAL (heute: BAFU) hat im Jahr 2002 eine Vollzugsempfehlung zur NISV betreffend Mobilfunk- und WLL-Basisstationen veröffentlicht. Bis zum 23. Februar 2021 bildete diese die Grundlage für die Berechnung der Strahlung. Für adaptive Antennen empfahl das BAFU den Kantonen bzw. den kantonalen und städtischen NIS-Fachstellen, deren Strahlung bis zum Vorliegen einer angepassten Vollzugsempfehlung BAFU wie bei nicht-adaptiven (konventionellen) Antennen nach dem maximalen Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung zu beurteilen, d. h., basierend auf Antennendiagrammen, für jede Senderichtung den maximal möglichen Antennengewinn zu berücksichtigen (Urteil 1C\_100/2021 vom 14. Februar 2023 E. 6.2.1). Dies stellt eine Beurteilung nach dem sogenannten "Worst-Case-Szenario" dar. Es ist mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass mit dieser Berechnungsweise die Strahlung tendenziell über-, nicht aber unterschätzt wird (vgl. Urteil 1C\_153/2022 vom 11. April 2023 E. 7.2). Das Bundesgericht hat deshalb bereits in früheren Urteilen dargelegt, dass die "worst case"-Betrachtung dem Strahlenschutz dient und entsprechende Rügen als unbegründet erklärt (Urteile 1C\_101/2022 vom 13. Juli 2023 E. 3.5; 1C\_153/2022 vom 11. April 2023

E. 7; 1C\_100/2021 vom 14. Februar 2023 E. 6). Daraus ergibt sich, dass die Variabilität der Antenne in zutreffender Weise nicht berücksichtigt worden ist und keine Verletzung von Art. 4 i.V.m. Anhang 1 Ziffer 63 NISV vorliegt.

### **E. 5.2**

Wie gesehen, folgt aus der Beurteilung der Antenne nach dem "Worst-Case-Szenario", dass die tatsächliche Strahlung für einen adaptiven Betrieb der Antenne überschätzt worden wäre, weshalb die Rüge des Beschwerdeführers, die Variabilität sei nicht berücksichtigt worden, ohnehin nicht nachvollziehbar ist - wie auch bereits die Vorinstanz festgehalten hat. Es bleibt in dieser Hinsicht abschliessend festzuhalten, dass gemäss Vorinstanz gar kein adaptiver Betrieb der Antenne durch die Beschwerdegegnerin vorgesehen ist, bzw. für einen solchen kein Gesuch eingereicht worden ist. Sollte die Beschwerdegegnerin ihre Meinung ändern, so hätte sie nach den allgemeinen Regeln zur Änderung bestehender Anlagen gestützt auf Art. 22 RPG eine neue Bewilligung einzuholen, wie sie es auch tun müsste, wenn sie von einem adaptiven Betrieb, zu einem adaptiven Betrieb mit Korrekturfaktor AA wechseln möchte (vgl. dazu Urteile 1C\_527/2021 vom 13. Juli 2023 E. 3.7; 1C\_100/2021 vom 14. Februar 2023 E. 6.3.2 in fine). Der Beschwerdeführer vermag aber nicht darzulegen, dass die Beschwerdegegnerin einen im Standortdatenblatt nicht vorgesehenen Betrieb ohne Bewilligung aufzunehmen gedenkt, so dass sich die Frage der Vereinbarkeit Art. 4 i.V.m. mit Anhang 1 Ziff. 63 NISV mit Art. 22 RPG vorliegend nicht stellt.

### **E. 6**

Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer das Fehlen von bewährten Messmethoden zur Überwachung von 5G-Anlagen. Es bestünden zwar vom BAFU empfohlene Messmethoden, diese basierten jedoch nicht auf ausreichenden, wissenschaftlichen Erkenntnissen und seien unter realen Einsatzbedingungen nicht erprobt worden. Es sei derzeit nicht möglich, die Stärke der Funkstrahlung einer bestimmten adaptiven Antenne zuverlässig zu ermitteln.

#### **E. 6.1**

Das Eidgenössische Institut für Metrologie (METAS) publizierte am 18. Februar 2020 den technischen Bericht «Messmethode für 5G-NR-Basisstationen im Frequenzbereich bis zu 6 GHz» (nachstehend: METAS, Messmethode 5G). Darin wird primär die code-selektive und sekundär die spektrale bzw. frequenzselektive als Messmethode vorgeschlagen (METAS, Messmethode 5G, Ziff. 1.4 S. 4 f.). Mit Nachtrag vom 15. Juni 2020 nahm das METAS bezüglich der frequenzselektiven Methode Anpassungen vor (Ziff. 1 S. 2). Weiter veröffentlichte das BAFU am 30. Juni 2020 Erläuterungen zur Messmethode für adaptive Antennen (vgl. Urteil 1C\_527/2021 vom 13. Juli 2023 E. 5.1 mit ausführlicher Darlegung der Messmethoden).

#### **E. 6.2**

Der technische Bericht zur Messmethode für 5G-Basisstationen kann gemäss seiner Zielsetzung für Abnahmemessungen von adaptiven Antennen verwendet werden, bis das METAS und das BAFU eine offizielle Messempfehlung herausgeben (Urteil 1C\_527/2021 vom 13. Juli 2023 E. 5.5). Die darin präsentierten Messmethoden werden inhaltlich sowohl vom BAFU als auch der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung gestützt (Urteile 1C\_101/2021 vom 13. Juli 2023 E. 5.2; 1C\_527/2021 vom 13. Juli 2023 E. 5.5; 1C\_100/2021 vom 14. Februar 2023 E. 8 mit Hinweisen) und es besteht kein Anlass,

aufgrund der pauschalen Ausführungen des Beschwerdeführers die Eignung dieser Messmethoden in Zweifel zu ziehen.

### **E. 6.3**

Soweit der Beschwerdeführer abschliessend ausführt, es würden keine Kontrollmechanismen bestehen, damit die Antenne nicht adaptiv betrieben werden könne, trifft dies nicht zu. Die Behörde hat die Einhaltung der Emissionsbegrenzungen zu überwachen ( Art. 12 Abs. 1 NISV ) und geeignete Messmethoden stehen, wie soeben gesehen, zur Verfügung.

### **E. 7**

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Der unterliegende Beschwerdeführer trägt die Gerichtskosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerdegegnerin wurde nicht durch einen externen Anwalt, sondern durch ihren eigenen Rechtsdienst vertreten, weshalb sie praxisgemäss keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung nach Art. 68 BGG hat (Urteil 1C\_627/2019 vom 6. Oktober 2020 E. 7 mit Hinweisen).

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