

SG_PUBLIKATIONEN 21-3007 vom 17. Mai 2022

SG Gerichte, 2022-05-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publikationen_21-3007

FR: SG_PUBLIKATIONEN 21-3007 du 17 mai 2022

IT: SG_PUBLIKATIONEN 21-3007 del 17 maggio 2022

Erwägungen

E. 1.1

Die Zuständigkeit des Bau- und Umweltdepartementes ergibt sich aus Art. 43bis des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP).

Entscheid des Bau- und Umweltdepartementes SG (Nr. 42/2022), Seite 4/15

E. 1.2

Die Frist- und Formerfordernisse von Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 VRP sind erfüllt. Die Rekursberechtigung ist gegeben (Art. 45 VRP). Auf den Rekurs ist mit nachfolgender Einschränkung einzutreten.

E. 1.2.1

Die Rekurrenten beantragen die Feststellung, dass Anhang 1 Ziff. 63 der eidgenössischen Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (SR 814.710; abgekürzt NISV) verfassungs- und gesetzeswidrig sei. Eine abstrakte gerichtliche Überprüfung des generell-abstrakten Gesetzes- und Verordnungsrechts auf die Vereinbarkeit mit Verfassungs- und Bundesrecht sieht das VRP nicht vor. Art. 81 der Verfassung des Kantons St.Gallen (sGS 111.1; abgekürzt KV) beschränkt die gerichtliche Überprüfung von Gesetzes- und Verordnungsvorschriften auf ihre Übereinstimmung mit übergeordnetem Recht denn auch auf den konkreten Anwendungsfall (sogenannte konkrete oder akzessorische Normenkontrolle; vgl. dazu H.-R. ARTA, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St.Gallen 2020, N 89 des Überblicks). Auf den Antrag ist – soweit eine abstrakte Normenkontrolle verlangt wird – nicht einzutreten.

E. 2

Am 1. Oktober 2017 ist das Planungs- und Baugesetz (sGS 731.1; abgekürzt PBG) in Kraft getreten und das Baugesetz vom 6. Juni 1972 (nGS 8, 134; abgekürzt BauG) aufgehoben worden (Art. 172 Bst. a PBG). Der erstinstanzliche Einsprache- und Baubewilligungsentcheid erging am 5. März 2021. Mithin sind vorliegend grundsätzlich die Bestimmungen des PBG anwendbar, sofern sie gemäss Anhang zum Kreisschreiben „Übergangsrechtliche Bestimmungen im PBG“ vom 8. März 2017 (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2017/I/1) als unmittelbar anwendbar erklärt werden. Im Übrigen gelten weiterhin das Baugesetz und das entsprechende Baureglement zur Anwendung.

E. 3

Die Rekurrenten beantragen mit Ziff. 4 ihrer Anträge die Sistierung des Rekursverfahrens bis die massgeblichen Grundlagen über die Beurteilung adaptiver Antennen erarbeitet seien und ein auditiertes QS-System sowie ein taugliches Messverfahren für adaptive Antennen vorliege.

E. 3.1

Liegen keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse vor, so ist die Baubewilligung zu erteilen (Art. 146 PBG). Die Baubewilligung stellt eine sogenannte Polizeierlaubnis dar, mit der festgestellt wird, dass dem zu Grunde liegenden Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Sie muss erteilt werden, wenn alle Voraussetzungen ihrer Gutheissung gegeben sind (S. STAUB, in: Bereuter/Frei/Ritter [Hrsg.], Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St.Gallen, Basel 2020, Art. 146 N 1 f.; B. HEER, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 847).

Entscheid des Bau- und Umweltdepartementes SG (Nr. 42/2022), Seite 5/15

E. 3.2

Eine Sistierung hingegen bedeutet eine Abweichung vom Grundsatz einer möglichst beförderlichen Erledigung des Verfahrens und bedarf daher einer Rechtfertigung. Eine Sistierung ist anzuordnen, wenn sie gesetzlich vorgeschrieben oder wenn ein anderes Verfahren anhängig ist, dessen Ausgang von präjudizieller Bedeutung ist. Zulässig ist die Verfahrenssistierung ausserdem, wenn sie aus gewichtigen Gründen geboten erscheint und ihr keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (CAVELTI/VÖGELI, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, N 1093). Eine Sistierung ist somit unter anderem dann begründet, wenn das Ergebnis des Verfahrens von jenem eines anderen Verfahrens abhängt oder wenn ein enger sachlicher Zusammenhang zu einem anderen Verfahren besteht.

E. 3.3

Wie im Folgenden ausgeführt wird, liegen alle notwendigen Grundlagen vor, um das streitige Baugesuch zu beurteilen. Auch ist das vorliegende Baugesuch von keinem weiteren Verfahren abhängig, weshalb kein Raum für eine Sistierung bleibt. Das Begehren um Sistierung des Verfahrens ist daher abzuweisen.

E. 4

Die Rekurrenten machen zusammengefasst geltend, dass nichtionisierende Strahlung – wie zahlreiche Studien zeigen würden – bereits unterhalb der geltenden Grenzwerte gesundheitsschädlich sei. Das Bundesamt für Umwelt (BAFU) müsse daher eine Anpassung der Grenzwerte vornehmen. Die erteilte Baubewilligung verletze somit das Vorsorgeprinzip.

E. 4.1

Das eidgenössische Umweltschutzgesetz (SR 814.01; abgekürzt USG) schützt den Menschen und seine natürliche Umwelt gegen schädliche und lästige Einwirkungen (Art. 1 Abs. 1 USG). Für den Schutz von Menschen vor nichtionisierender Strahlung (NIS), die beim Betrieb ortsfester Anlagen erzeugt wird, hat der Bundesrat die NISV erlassen. Diese regelt insbesondere die Emissionsbegrenzungen sowie die Immissionsgrenzwerte für Mobilfunksendeanlagen und drahtlose Teilnehmeranschlüsse, unabhängig von der verwendeten Mobilfunktechnologie (3G [UMTS], 4G [LTE] oder 5G [New Radio]). Nicht geregelt wird darin die durch die Mobiltelefone selber erzeugte Strahlung (Art. 2 Abs. 2 Ingress und Bst. d NISV, kritisch dazu M. RÖSSLI, Gesundheitsgefährdungsabschätzung: Auswirkungen von nichtionisierender Strahlung auf Menschen, in: URP 2021, S. 117 ff., S. 129 f.). Zum Schutz vor den wissenschaftlich erhärteten, thermischen Wirkungen der Strahlung von Mobilfunkanlagen sieht die NISV Immissionsgrenzwerte (IGW) vor, die

überall eingehalten sein müssen, wo sich Menschen aufhalten können (sogenannte Orte für kurzfristigen Aufenthalt, OKA, vgl. Art. 13 Abs. 1 und Anhang 2 NISV). Ausserdem setzte der Bundesrat zur Konkretisierung des Vorsorgeprinzips gemäss Art. 11 Abs. 2 USG Anlagegrenzwerte (AGW) fest (Art. 3 Abs. 6 und Art. 4 Abs. 1 sowie Anhang 1 Ziff. 64 NISV). Die AGW weisen keinen direkten Bezug zu nachgewiesenen Gesundheitsgefähr-

Entscheid des Bau- und Umweltsdepartementes SG (Nr. 42/2022), Seite 6/15

dungen auf, sondern wurden nach Massgabe der technischen und betrieblichen Möglichkeit sowie der wirtschaftlichen Tragbarkeit festgelegt, um das Risiko schädlicher Auswirkungen, die zum Teil erst vermutet werden und noch nicht absehbar sind, möglichst gering zu halten. Mit den AGW hat der Bundesrat im Hinblick auf nachgewiesene Gesundheitsgefährdungen eine Sicherheitsmarge geschaffen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichtes 1C_375/2020 vom 5. Mai 2021 Erw. 3.2.2 mit Hinweisen). An Orten mit empfindlicher Nutzung im Sinn von Art. 3 Abs. 3 NISV (OMEN) haben Mobilfunkanlagen im massgebenden Betriebszustand den AGW für den Effektivwert der elektrischen Feldstärke von 5,0 V/m einzuhalten, soweit sie weder ausschliesslich in Frequenzbereichen von 900 MHz und darunter noch ausschliesslich um 1'800 MHz und darüber senden (Anhang 1 Ziff. 64 f. NISV). Als massgebender Betriebszustand gilt der maximale Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung; bei adaptiven Antennen im Sinn von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 6 NISV wird die Variabilität der Senderichtungen und der Antennendiagramme berücksichtigt (vgl. Anhang 1 Ziff. 63 NISV).

E. 4.2

Der Schutz vor nichtionisierender Strahlung ist durch das Bundesrecht im Bereich des vorsorglichen Immissionsschutzes somit abschliessend geregelt. Die Kantone und Gemeinden können demgemäss in diesem Zusammenhang keine darüber hinaus gehenden Bedingungen anordnen. Soweit die gesetzlichen Vorschriften (insbesondere die Strahlungsgrenzwerte) eingehalten sind, kann die Baubewilligung für eine Mobilfunkanlage nicht mit der Begründung verweigert werden, das allgemeine, im Bereich des Immissionsschutzes durch Art. 11 USG konkretisierte Vorsorgeprinzip sei verletzt. Der Erlass der AGW erfolgte gerade in der Absicht, im Interesse der Rechtssicherheit festzulegen, was zur vorsorglichen Emissionsbegrenzung erforderlich ist (vgl. zum Ganzen VerwGE B 2019/22 vom 16. August 2019 Erw. 3.3, 3.5 und 4.1; VerwGE B 2014/55 vom 27. Oktober 2015 Erw. 3.4.1 und 4.1; VerwGE B 2014/130 vom 27. November 2015 Erw. 2.3; je mit Hinweisen; vgl. auch BDE Nr. 70/2019 vom 12. November 2019 Erw. 3.1.1).

E. 4.3

Das Bundesgericht hat wiederholt bestätigt, dass die festgelegten AGW als vorsorgliche Emissionsbegrenzungen gemäss bisherigem Wissensstand verfassungs- und gesetzeskonform sind (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 1C_518/2018 vom 14. April 2020 Erw. 5, Urteil des Bundesgerichtes 1C_681/2017 vom 1. Februar 2019 Erw. 4.3, Urteil des Bundesgerichtes 1C_348/2017 vom 21. Februar 2018 Erw. 4.3 ff., Urteil des Bundesgerichtes 1C_323/2017 vom 15. Januar 2018 Erw. 2.5, Urteil des Bundesgerichtes 1C_576/2016 vom 27. Oktober 2017 Erw. 3.5.2 mit Hinweisen, sowie BGE 126 II 399 Erw. 4). Vorliegend besteht – auch gestützt auf den Amtsbericht des AFU als kantonale NIS-Fachstelle und die neuste verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung (VerwGE B 2021/123 vom 13. Dezember 2021 Erw. 8, Entscheid des Verwaltungsgerichtes Zürich

VB.2021.00048 vom 3. Juni 2021 Erw. 8.3) – kein Anlass, die gefestigte Rechtsprechung grundlegend zu überprüfen. Die Rekurrenten verkennen, dass

Entscheid des Bau- und Umweltdepartementes SG (Nr. 42/2022), Seite 7/15

es in erster Linie Sache der zuständigen Fachbehörden – und nicht der Rekursinstanz – ist, die entsprechende internationale Forschung sowie die technische Entwicklung zu verfolgen und beim Bundesrat gegebenenfalls eine Anpassung der Grenzwerte der NISV zu beantragen. In der von den Rekurrenten genannten Newsletter-Sonderausgabe vom Januar 2021 hielt die beratende Expertengruppe für nicht-ionisierende Strahlung (BERENIS, abrufbar unter www.bafu.admin.ch) "Thema Elektromog und Licht", "Newsletter") fest, dass zwar Hinweise auf vermehrten oxidativen Stress durch hoch- und niederfrequente elektromagnetische Felder bestünden. Es seien aber weiterführende Untersuchungen unter standardisierten Bedingungen notwendig, um diese Phänomene und Beobachtungen besser zu verstehen und zu bestätigen. Im Newsletter Nr. 27 / Dezember 2021 verwies die BERENIS sodann auf eine dosimetrische Studie zur Exposition durch ein kommerzielles 5G-Netzwerk in Bern. Die Autoren folgerten aus dieser ersten Messkampagne in einem kommerziellen Netzwerk zu elektromagnetischen Feldern (EMF) durch 5G-Antennen, dass der EMF-Beitrag der neuen Antennen zu den bereits bestehenden EMF-Immissionen klein sei. Auch im Fall einer hundertprozentigen Beladung des Verkehrskanals seien die Werte deutlich unterhalb der internationalen Grenzwerte geblieben. Selbstverständlich sei die Aussagekraft solcher Messungen – so BERENIS – räumlich und zeitlich limitiert. Wiederum seien weitere ausführliche Messkampagnen nötig, um diese Schlussfolgerungen zu bestätigen. Solche Hinweise und Wissenslücken sind für das BAFU Grund, sich weiterhin für eine konsequente Umsetzung des Vorsorgeprinzips einzusetzen. Es ist aber jedenfalls nicht an der Rekursinstanz (und auch nicht am Verwaltungsgericht; siehe B 2021/123 vom 13. Dezember 2021 Erw. 8; VerwGE B 2021/50 vom 16. November 2021 Erw. 6) den weiteren Abklärungen, welche die BERENIS für notwendig erachtet, vorzugreifen. Auch mit Blick auf das dem Bundesrat zustehende Ermessen ist die entsprechende verordnungsrechtliche Regelung nicht zu beanstanden (VerwGE B 2019/145 vom 11. Februar 2020 Erw. 2 mit weiteren Hinweisen). Die Rüge erweist sich somit als unbegründet.

E. 5

Die Rekurrenten rügen, dass die NISV keine Aussagen dazu mache, in welcher Form oder mit welchem Gewicht der Variabilität der Sendrichtungen und der Antennendiagramme von adaptiven Antennen Rechnung zu tragen sei. Somit könne die Einhaltung der AGW gar nicht überprüft werden. Die Rekursgegnerin stellt sich dagegen auf den Standpunkt, dass die strittige Anlage noch nach dem sog. "worst case"-Szenario beurteilt worden sei. Dadurch würde die tatsächliche Strahlung stark überschätzt. Entsprechend sei sichergestellt, dass die massgebenden Grenzwerte eingehalten seien.

E. 5.1

Die bisher in der Schweiz eingesetzten Mobilfunkantennen weisen eine Abstrahlcharakteristik auf, die räumlich konstant ist oder nur innerhalb begrenzter Bereiche manuell oder ferngesteuert bei Bedarf angepasst werden kann. Insbesondere im Frequenzband von 3,5 GHz bis 3,8 GHz gelangen seit kurzem und in Zukunft vermehrt adaptiv

Entscheid des Bau- und Umweltdepartementes SG (Nr. 42/2022), Seite 8/15

betriebene Antennen oder Antennensysteme zum Einsatz, die ihre Senderichtung und/oder ihr Antennendiagramm automatisch in kurzen zeitlichen Abständen ohne Veränderung der Montagerichtung anpassen können (sog. beamforming). Dadurch soll die Strahlung bevorzugt in jene Richtungen übertragen werden, wo sie durch die Endgeräte angefordert wird. Richtungen, in denen keine Endgeräte Daten anfordern, werden tendenziell weniger bestrahlt (BAFU, Nachtrag vom 23. Februar 2021 zur Vollzugsempfehlung zur Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) für Mobilfunk- und WLL-Basisstationen [im Folgenden: Nachtrag zur Vollzugsempfehlung], S. 5, abrufbar unter <www.bafu.admin.ch>, "Thema Elektrosmog und Licht", "Fachinformationen", "Massnahmen Elektrosmog", "Mobilfunk: Vollzugshilfen").

E. 5.2

Bis zur Veröffentlichung des soeben zitierten Nachtrags wurde bei der Beurteilung von adaptiven Antennen eine starre "worst case"-Betrachtung herangezogen, welche die spezifische Sendecharakteristik adaptiver Antennen nicht berücksichtigte. Am 17. April 2019 hat der Bundesrat deshalb eine Änderung der NISV verabschiedet, mit der die Beurteilung von adaptiven Antennen geregelt wird. Gemäss der revidierten Ziffer 63 von Anhang 1 NISV gilt auch bei adaptiven Antennen als massgebender Betriebszustand der maximale Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung. Zusätzlich ist aufgrund ihrer speziellen Eigenschaften die Variabilität der Senderichtungen und der Antennendiagramme zu berücksichtigen. Mit dem Nachtrag wurde unter anderem ein Korrekturfaktor eingeführt, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass adaptive Antennen nicht gleichzeitig in alle Richtungen die maximal mögliche Sendeleistung abstrahlen können. Mit dem bisher angewendeten "worst case"-Szenario wurden adaptive Antennen folglich strenger beurteilt als konventionelle Antennen (BAFU, Nachtrag zur Vollzugsempfehlung, S. 12).

E. 5.3

Der Nachtrag zur Vollzugsempfehlung legt einen Korrekturfaktor fest. Die Höhe des Korrekturfaktors KAA hängt von der Anzahl ansteuerbarer Antenneneinheiten (Sub-Arrays) ab. Voraussetzung für die Anwendung des Korrekturfaktors ist aber, dass die Antennen mit einer automatischen Leistungsbegrenzung ausgestattet sind, welche sicherstellt, dass die über einen Zeitraum von 6 Minuten gemittelte Sendeleistung die bewilligte Sendeleistung (ERP_n) nicht überschreiten wird.

E. 5.4

Die Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) liess mit einem Gutachten abklären, ob die neuen Grundlagen ausreichen, um die neue 5G-Technologie im kantonalen Bewilligungsverfahren auch gemäss Bagatellverfahren zu handhaben. Gestützt auf das Gutachten (abrufbar unter <www.bpuk.ch>, "Dokumentation", "Berichte, Gutachten und Konzepte", "Bereich Umwelt") ist die BPUK zum Schluss gekommen, dass der Nachtrag zur Vollzugsempfehlung den Kantonen zu wenig Rechtssicherheit für die Anpassung ihrer Bewilligungsverfahren bietet. Der Bundesrat hat deshalb die NISV auf den