

SG_PUBLIKATIONEN 22-5472, 22-5473, 22-5474 vom 10. Januar 2023

SG Gerichte, 2023-01-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_22-5472__22-5473__22-5474

FR: SG_PUBLIKATIONEN 22-5472, 22-5473, 22-5474 du 10 janvier 2023

IT: SG_PUBLIKATIONEN 22-5472, 22-5473, 22-5474 del 10 gennaio 2023

Erwägungen

E. 1.1

Die drei Rekursverfahren stehen im gleichen sachlichen Zusammenhang. Sie werfen dieselben Sachverhalts- und Rechtsfragen auf. Es ist somit zweckmässig, sie verfahrensrechtlich zu vereinigen und durch einen einzigen Entscheid zu erledigen (VerwGE B 2015/96 und B 2015/97 vom 26. Oktober 2016 Erw. 1; GVP 1972 Nr. 30).

E. 1.2

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

E. 1.3

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 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

5/13 (Art. 172 Bst. a PBG). Die angefochtene Verfügung erging am 18. Juli 2022. Mithin sind vorliegend grundsätzlich die Bestimmungen des PBG anwendbar, sofern sie gemäss Anhang zum Kreis- schreiben «Übergangsrechtliche Bestimmungen im PBG» vom 8. März 2017 (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2017/I/1) als unmittelbar anwendbar erklärt werden. Im Übrigen gelangen weiterhin das Baugesetz und das entsprechende Baureglement zur Anwendung.

E. 3

Anfechtungsobjekt ist das von der Vorinstanz verfügte (partielle) Benützungsverbot. Die politische Gemeinde verfügt ein (vorsorgliches) Benützungsverbot, wenn durch die Errichtung von Bauten und Anlagen oder auf andere Weise ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird. Das öffentliche Interesse am Verbot der Nutzung einer formell baurechtswidrigen Baute ist in aller Regel anders zu gewichten als dasjenige am Verhindern einer solchen Baute. Insbesondere ist ein Benützungsverbot nicht als Sanktion wegen Missachtung einer vorgängigen Baueinstellungsverfügung anzuordnen. Hierfür sieht das PBG in Art. 162 Strafbestimmungen vor. Entscheidend ist, ob hinreichende Gründe bestehen, einen Zustand einstweilen zu erhalten oder rechtliche Interessen zu sichern. Ein Benützungsverbot ist in der Regel dann zu verfügen, wenn die Sicherheit oder Gesundheit von Menschen oder Tieren gefährdet wird; erhebliche Sachwerte gefährdet sind; die

Umwelt durch Emissionen oder Immissionen unzulässig belastet wird oder eine bösgläubige Bauherrschafft aus der Nutzung einen unrechtmässigen Vorteil ziehen könnte. Obgleich Art. 159 Abs. 1 PBG nicht als "Kann-Bestimmung" ausgestaltet ist, ist nicht jede bewilligungsbedürftige, aber (noch) nicht bewilligte Nutzung von vornherein sofort zu untersagen bzw. zu verbieten. Je nach den Umständen kann es im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung vorläufig genügen, die Grundeigentümerschaft aufzufordern, ein (nachträgliches) Baugesuch einzureichen. Die für die Verfügung eines Benützungsverbots zuständige politische Gemeinde hat zu unterscheiden: Steht bereits fest oder ist es zumindest sehr wahrscheinlich, dass eine Nutzung materiellrechtlich unzulässig ist, ist das Interesse der Bauherrschafft an einer (vorläufigen) Weiternutzung in der Regel nicht schutzwürdig. In diesem Fall ist der Erlass eines Benützungsverbots grundsätzlich gerechtfertigt. Ist dagegen die angestrebte Nutzung möglicherweise bewilligungsfähig, also im Prüfungszeitpunkt nur formell baurechtswidrig, kann es unverhältnismässig sein, den Betrieb sofort (oder in naher Zukunft) vorsorglich einzustellen bzw. die Nutzung definitiv zu verbieten. Unverhältnismässig kann eine sofortige Einstellung im geschilderten Sinn insbesondere dann sein, wenn ein Betrieb bereits lange Zeit unbeanstandet geführt und ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren bereits eingeleitet worden ist. Falls sich eine Bauherrschafft indessen weigert, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen oder ein solches gemäss den Vorgaben der zuständigen Baupolizeibehörde zu ergänzen, bleibt der Baubehörde einzig die Möglichkeit beziehungsweise die Pflicht, von Amtes wegen die Verfügung eines Benützungsverbots zu prüfen sowie ein Wiederherstellungsverfahren einzuleiten (vgl. dazu Präsidialentscheid VerwGE B 2021/207 vom 14. Dezember 2021 Erw. 2 mit weiteren Hinweisen).

E. 4

Strittig ist vorliegend, ob die erstmalige Anwendung eines Korrekturfaktors auf bestehenden Mobilfunkanlagen mit adaptiven Antennen baubewilligungspflichtig ist. Diese Frage hat technische, raumplanungsrechtliche, umweltschutzrechtliche sowie baurechtliche Komponenten, welche nachfolgend kurz zu skizzieren sind.

E. 4.1

Bei der von Mobilfunkantennen emittierten Strahlung handelt es sich um eine Einwirkung aus dem Bereich des Umweltschutzes. Art. 74 Abs. 1 der Bundesverfassung (SR 101; abgekürzt BV) ermächtigt und verpflichtet den Bundesgesetzgeber, Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen (Immissionen) zu erlassen. Die Verfassung räumt dem Bund hierfür eine umfassende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung ein (R. MORELL/K. VALLENDER, in: Ehrenzeller und weitere [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3. Aufl., Zü-

6/13 rich/St.Gallen 2014, Art. 74 N 10). Der Bund hat mit dem Erlass des eidgenössischen Umweltschutzgesetzes (SR 814.01; abgekürzt USG) und den zugehörigen Verordnungen seine konkurrierende, umfassende Kompetenz im Umweltschutz abschliessend wahrgenommen. Eine dieser Verordnungen bildet die NISV, welche unter anderem die nichtionisierende Strahlung von Mobilfunkantennen regelt. Nach Art. 4 Abs. 1 NISV müssen Mobilfunkanlagen so erstellt und betrieben werden, dass sie die in Anhang 1 der NISV festgelegten vorsorglichen Emissionsbegrenzungen einhalten. An allen Orten mit empfindlicher Nutzung (sog. OMEN) müssen die Anlagegrenzwerte (AGW) eingehalten

sein (Art. 3 Abs. 3 NISV i.V.m. Anhang 1 Ziff. 6 NISV). Der Erlass der AGW erfolgte in der Absicht, im Interesse der Rechtssicherheit festzulegen, was zur vorsorglichen Emissionsbegrenzung erforderlich ist. Die AGW liegen daher tiefer (sind also „schärfer“) als es aufgrund der wissenschaftlich anerkannten Kenntnisse über Gesundheitsrisiken starker Strahlung notwendig wäre (VerwGE B 2019/22 vom 16. August 2019 Erw. 3.3, 3.5 und 4.1). Überall dort, wo sich Menschen aufhalten können, sind demgegenüber die in Anhang 2 der NISV festgelegten Immissionsgrenzwerte (IGW) einzuhalten (Art. 13 Abs. 1 NISV). Bevor eine Mobilfunkanlage neu erstellt, an einen anderen Standort verlegt, am bestehenden Standort ersetzt oder im Sinn von Anhang 1 NISV geändert wird, muss ihr Inhaber der für die Bewilligung zuständigen Behörde ein Standortdatenblatt einreichen, das den in Art. 11 Abs. 1 und 2 NISV umschriebenen Inhalt aufweist.

E. 4.2

Das Standortdatenblatt wird in der Regel im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens geprüft. Art. 22 Abs. 1 des eidgenössischen Raumplanungsgesetzes (SR 700; abgekürzt RPG) schreibt vor, dass Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden dürfen. Mit der Baubewilligung soll durch eine Behörde, also von Staates wegen, vor der Verwirklichung des Vorhabens festgestellt werden, dass dem baulichen Vorhaben keine Hindernisse aus dem anwendbaren (Planungs-, Bau-, Umwelt- usw.) Recht entgegenstehen (A. RUCH, in: Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 22 N 6). Das Baubewilligungsverfahren zeichnet sich gegenüber anderen Verfahrensarten durch seine Publizität aus. Die öffentliche Auflage von Baugesuchen bezweckt dabei die Mitwirkung der vom Bauvorhaben betroffenen Bürger und Bürgerinnen und trägt damit massgeblich dem Anspruch auf rechtliches Gehör der betroffenen Dritten und ihrem Rechtsschutz (Art. 6 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten [SR 0.101; abgekürzt EMRK] sowie Art. 29 und 29a BV) Rechnung. Es erlaubt der Behörde ausserdem, in voller Kenntnis des Falles und unter Berücksichtigung der sachlichen, rechtlichen oder Zweckmässigkeitseinwände der betroffenen Personen zu entscheiden (Urteil des Bundesgerichtes 1C_266/2016 vom 14. Juni 2017 Erw. 2.2 ff. mit weiteren Hinweisen, in Pra 2018 Nr. 94). Jedoch erweist sich nicht jedes Bauvorhaben auch als baubewilligungspflichtig. Die Grenze zwischen Bewilligungsfreiheit und Bewilligungspflicht wird vom Bundesgericht wie folgt gezogen: "Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht" (BGE 139 II 134 Erw. 5.2). Der Ausschluss der Bewilligungspflicht ist ebenfalls Gegenstand der Regelung von Art. 22 RPG und damit bundesrechtlich geordnet; die Kantone können nicht von der Bewilligungspflicht ausnehmen, was nach Art. 22 RPG einer Bewilligung bedarf. Andererseits stellt Art. 22 RPG eine blosser Minimalvorschrift der Bewilligungspflicht dar, so dass das kantonale Recht Vorhaben der Bewilligungspflicht unterstellen kann, die Art. 22 RPG ausnimmt (A. RUCH, a.a. O., Art. 22 N 4; 30).

E. 4.3

Nachfolgend ist auf die Besonderheiten von adaptiven Antennen und ihre Regelung in der NISV einzugehen.

E. 4.3.1

5G ist der Name der fünften Mobilfunkgeneration, die als "New Radio" bezeichnet wird. Die über das Mobilfunknetz übertragene Datenmenge verdoppelt sich jedes Jahr. Mit der Einführung

7/13 der dritten Mobilfunkgeneration (3G, UMTS) Mitte der 2000er-Jahre und der vierten Generation (4G, LTE) ab 2012 konnte der Bedarf bisher abgedeckt werden. Nun stossen diese Technologien jedoch an ihre Grenzen. Die Einführung von 5G wird für eine deutliche Erhöhung der Datenübertragungskapazitäten sorgen (BAFU, Bundesrat entscheidet über weiteres Vorgehen im Bereich Mobilfunk und 5G – FAQs zum Thema [Frage 8], abrufbar unter www.bafu.admin.ch). Um die Stärken der 5G-Technologie – höhere Kapazität, Datenrate, kürzere Reaktionszeit und grössere Stabilität – effektiv zu nutzen, wird 5G vor allem auf den im Jahr 2019 versteigerten Frequenzen von 3500 bis 3600 MHz eingesetzt. Mit 5G ist sodann der Einsatz von sog. adaptiven Antennen vorgesehen. Bisherige Antennen (sog. statische Antennen) verteilen die Sendeleistung gleichmässig über ein bestimmtes Gebiet, ungeachtet der notwendigen Nutzung. Statische Antennen weisen daher eine Abstrahlcharakteristik auf, die räumlich konstant ist oder nur innerhalb begrenzter Bereiche manuell oder ferngesteuert bei Bedarf angepasst werden kann. Adaptive Antennen senden dagegen einen gebündelten und dynamischen Sendekegel auf die jeweiligen Nutzerinnen und Nutzer (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 (VerwGE B 2021/50 vom 16. November 2021 Erw. 4.2 mit weiteren Hinweisen).

E. 4.3.2

Weil bei den statischen Antennen der bisherigen Mobilfunkgenerationen (2G, 3G und 4G) die Abstrahlcharakteristik räumlich konstant war, galt als massgebender Betriebszustand der maximale Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung (Ziff. 63 von Anhang 1 NISV). In diesem Betriebszustand mussten die massgebenden Grenzwerte eingehalten sein. Am 17. April 2019 hat der Bundesrat eine Änderung der NISV verabschiedet, mit der die Beurteilung von adaptiven Antennen geregelt werden soll. Gemäss der revidierten Ziff. 63 von Anhang 1 NISV (Stand am 1. Juni 2019) galt neu auch bei adaptiven Antennen als massgebender Betriebszustand der maximale Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung. Zusätzlich sollte aufgrund der speziellen Eigenschaften von adaptiven Antennen die Variabilität der Senderichtungen und der Antennendiagramme berücksichtigt werden. Mit Schreiben vom 17. April 2019 ("Mobilfunk und Strahlung: Aufbau der 5G-Netze in der Schweiz") und 31. Januar 2020 ("Informationen zu adaptiven Antennen und 5G") stellte das Bundesamt für Umwelt (BAFU) den Kantonen sodann einen Nachtrag zur Vollzugsempfehlung betreffend adaptiver Antennen in Aussicht. Gleichzeitig empfahl es ihnen, die Strahlung von adaptiven Antennen bis zur Publikation des Nachtrags wie bei konventionellen (statischen) Antennen nach dem maximalen Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung und basierend auf Antennendiagramme zu beurteilen, die für jede Senderichtung den maximal möglichen Antennengewinn berücksichtigen (Worst-Case-Szenario). Dadurch werde deren tatsächliche Strahlung überschätzt, und die Beurteilung sei für die betroffene Bevölkerung auf der sicheren Seite (VerwGE B 2021/115 vom 16. November 2021 Erw. 4.2). In der Folge wurden zahlreiche adaptive Antennen nach dem Worst-Case-Szenario bewilligt.

E. 4.3.3

Am 23. Februar 2021 veröffentlichte das BAFU schliesslich den Nachtrag "Adaptive Antennen" zur Vollzugsempfehlung (BAFU, Nachtrag vom 23. Februar 2021 zur Vollzugsempfehlung zur NISV für Mobilfunk- und WLL-Basisstationen [im Folgenden: Nachtrag zur Vollzugsempfehlung], abrufbar unter <www.bafu.admin.ch>, "Thema Elektrosmog und Licht", "Fachinformationen", "Massnahmen Elektrosmog", "Mobilfunk: Vollzugshilfen"). Damit adaptive Antennen gegenüber konventionellen Antennen nicht (mehr) benachteiligt werden, wird ein Korrekturfaktor auf die maximale Sendeleistung angewendet. Dieser Faktor ist abgestuft je nach Anzahl Sub-Arrays (separat ansteuerbare Antenneneinheiten, die physisch fest zusammengeschaltet sind, um eine Richtwirkung der ausgesendeten Strahlung, einen sogenannten Beam, zu erzeugen). Wenn kurzzeitige Leistungsspitzen über der im Standortdatenblatt deklarierten Sendeleistung auftreten, wird die Leistung (und damit die zur Verfügung gestellte Kapazität) mittels einer automatischen Leistungsbegrenzung soweit gedrosselt, dass die über einen Zeitraum von sechs Minuten gemittelte

8/13 Sendeleistung die deklarierte Sendeleistung nicht überschreitet (Nachtrag zur Vollzugsempfehlung Ziff. 3.4; VerwGE B 2021/115 vom 16. November 2021 Erw. 4.2 mit Hinweisen).

E. 4.3.4

Die Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) liess in der Folge mit einem Gutachten abklären, ob die neuen Grundlagen ausreichen, um die neue 5G-Technologie im kantonalen Bewilligungsverfahren auch gemäss dem sog. Bagatellverfahren zu handhaben. In Bagatellverfahren muss bloss das Standortdatenblatt aktualisiert werden, es ist jedoch kein ordentliches Baubewilligungsverfahren erforderlich. 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 Praxis bietet. Der Bundesrat hat deshalb die NISV auf den 1. Januar 2022 wiederum revidiert. So definiert Anhang 1 Ziff. 63 Abs. 2 NISV den massgebenden Betriebszustand neu – in Anlehnung an den Nachtrag zur Vollzugsempfehlung – dahingehend, dass bei adaptiven Sendeantennen mit acht oder mehr separat ansteuerbaren Sub-Arrays auf die maximale Sendeleistung ERP ein Korrekturfaktor KAA angewendet werden kann, wenn die Sendeantennen mit einer automatischen Leistungsbegrenzung ausgestattet werden. Diese muss sicherstellen, dass im Betrieb die über sechs Minuten gemittelte ERP die korrigierte ERP nicht überschreitet (zum Ganzen: BAFU, Erläuterungen zur Änderung der NISV vom 17. Dezember 2021, abrufbar unter <www.bafu.admin.ch>, "Thema Umwelt", "Umweltrecht: Mitteilungen" "Adaptive Antennen: Der Bundesrat schafft Klarheit und erhöht die Rechtssicherheit"). Zusätzlich wurde in Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5bis NISV statuiert, dass die Anwendung eines Korrekturfaktors nach Anhang 1 Ziff. 63 Absatz 2 NISV bei bestehenden adaptiven Sendeantennen nicht als Änderung einer Anlage gelte.

E. 5

Alle drei streitgegenständlichen adaptiven Antennen der Rekurrentin wurden von der Vorinstanz vor einigen Jahren gestützt auf Standortdatenblätter beurteilt, die keine Anwendung des Korrekturfaktors vorsahen und somit auf einer sogenannten

Worst-Case-Berechnung beruhen. Die Rekurrentin ist der Auffassung, dass die nun erstmalige Anwendung des Korrekturfaktors baubewilligungsfrei erfolgen könne.

E. 5.1

Mit Präsidialentscheid B 2021/207 vom 14. Dezember 2021 hatte das Verwaltungsgericht einen fast identischen Sachverhalt zu beurteilen. Streitgegenstand war ebenfalls ein von der Baubehörde erlassenes Benützungsverbot sowie die Frage, ob die Inbetriebnahme von Korrekturfaktoren bei im Worst-Case-Szenario bewilligten adaptiven Antennen baubewilligungspflichtig sei. Das Verwaltungsgericht kam zum Schluss, dass die Anwendung der Korrekturfaktoren baubewilligungspflichtig sein dürfte. Denn für die Frage, ob auf ein Vorhaben das "Baurecht" anzuwenden sei, sei einzig die Begriffsumschreibung in Art. 22 Abs. 1 RPG massgebend, zumal keine bundesrechtliche Regelung vorliege, mittels welcher die Baubewilligungspflicht in Bezug auf die fragliche Inbetriebnahme der Korrekturfaktoren bei im Worst-Case-Szenario bewilligten adaptiven Antennen speziell geregelt würde. Es lasse sich nicht ausschliessen, dass der Wechsel vom massgebenden Betriebszustand gemäss Anhang 1 Ziff. 63 erster Satzteil NISV (Worst-Case-Szenario) zu demjenigen nach Anhang 1 Ziff. 63 erster und zweiter Satzteil NISV (Variabilität) in Verbindung mit der im Nachtrag empfohlenen Art und Weise, wie der massgebliche Betriebszustand von adaptiven Antennen bestimmt wird, in raumplanungs- bzw. baurechtlicher Hinsicht eine wesentliche Änderung darstellen könnte. Im Unterschied zum vorliegenden Sachverhalt, war im Zeitpunkt des verwaltungsgerichtlichen Präsidialentscheids die NISV noch nicht revidiert.

E. 5.2

Mit der Anwendung der Korrekturfaktoren findet ein Paradigmenwechsel statt. Während zuvor massgebend war, dass die AGW an einem OMEN in jedem Zeitpunkt eingehalten werden müssen, können nun Situationen auftreten, in denen die in Anhang 1 Ziff. 64 NISV definierten Grenzwerte kurzzeitig überschritten werden dürfen (A. REY, Mobilfunkanlagen: Verhältnis von Bundesumweltrecht, Raumplanungs- und Baurecht, insbesondere Bauverfahrensrecht, in: URP

9/13 2021, S. 175). Dieser Paradigmenwechsel hat, wie das AFU auch in seinem Amtsbericht festhält, eine Änderung der Strahlenbelastung zur Folge (S. GRÜNIG/I. MAAG, Angepasste NISV-Bestimmungen für Mobilfunkantennen, in: BR 2022 S. 135). Diese – wenn auch nur kurzzeitigen – Überschreitungen der AGW haben im allgemeinen, so wichtige räumliche Folgen, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle nicht verneint werden kann. Daran ändert auch der BAKOM-Bericht vom 8. Dezember 2022 nichts. Auch wenn die Belastungen bei adaptiven Antennen im Mittel kleiner sein mögen (BAKOM-Bericht Ziff. 4), kann es dennoch zu kurzzeitigen Überschreitungen der AGW kommen. Zumal die grundsätzliche Frage der Baubewilligungspflicht im Sinn von Art. 22 RPG durch das Verwaltungsgericht mit Präsidialentscheid B 2021/207 vom 14. Dezember 2021 bereits bejaht worden ist, erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu. Der verwaltungsgerichtliche Entscheid ist klar und deutlich und deckt sich auch mit der Auffassung des Bau- und Umweltsdepartementes. Auch im Entscheid des Baurekursgerichtes des Kantons Zürich Nr. 0035/2022 vom 3. März 2022 (BEZ 2022 Nr. 14) – auf welchen die Rekurrentin verweist –, wäre das im gleichen Kontext erlassene Betriebsverbot geschützt worden (Erw. 4.2), wenn nicht während des hängigen Rekursverfahrens die revidierte NISV in Kraft getreten wäre (Erw.

5.1 ff.). Sodann vertritt selbst die Rekurrentin die Auffassung, der Bundesrat habe mit Anhang I Ziffer 62 Abs. 5bis NISV in umweltrechtlicher Sicht Art. 22 Abs. 1 RPG konkretisiert. Fraglich bleibt somit vorliegend lediglich, ob mit Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5bis NISV tatsächlich eine Konkretisierung erfolgt ist und deshalb eine Baubewilligungspflicht verneint werden kann.

E. 5.3

Das in Art. 5 Abs. 1 BV verankerte Legalitätsprinzip statuiert, dass Grundlage und Schranke des staatlichen Handelns stets das Recht ist. Hieraus wird gewöhnlich das Erfordernis des Rechtssatzes, das Erfordernis der genügenden Normdichte und das Erfordernis der genügenden Normstufe abgeleitet. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass "ein staatlicher Akt sich auf eine materiell gesetzliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und vom staats- rechtlich hierfür zuständigen Organ erlassen worden ist" (BGE 130 I 1 Erw. 3.1). Das Erfordernis der genügenden Normstufe bedeutet, dass Rechtsnormen bezogen auf die Wichtigkeit ihres Inhalts auf der richtigen Ebene der Normenhierarchie anzusiedeln sind. Alle für ein Gemeinwesen grundlegenden Rechtsnormen (Art. 164 BV spricht für den Bund von "wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen") sollen mindestens in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein, d.h. einem Gesetz, welches vom Parlament verabschiedet wurde und – je nach Ausgestaltung der Volks- rechte im jeweiligen Gemeinwesen – dem fakultativen oder obligatorischen Referendum unter- stand. Damit wird deutlich, dass das Legalitätsprinzip nach schweizerischem Verständnis nicht nur rechtsstaatliche, sondern auch demokratische Anliegen verfolgt (B. SCHINDLER, in: Ehrenzel- ler und weitere [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014, Art. 5 N 32 ff.). Die Abgrenzung der Rechtsnormen, die wegen ihrer Wich- tigkeit in einem Gesetz enthalten sein müssen, ist nicht leicht. Für die Umschreibung der Wichtig- keit einer Rechtsnorm sind deshalb vor allem folgende Kriterien massgebend. (1) Intensität des Eingriffs: Schwere Eingriffe in die Rechte und Freiheiten der Privaten, insbesondere in deren Frei- heitsrechte, müssen in einem Gesetz vorgesehen sein. (2) Zahl der von einer Regelung Betroffe- nen: Eine Regelung erfordert eher ein Gesetz, wenn ein grosser Kreis von Personen davon be- troffen ist. (3) Finanzielle Bedeutung: Regelungen von grosser finanzieller Tragweite müssen eine Grundlage in einem Gesetz haben. (4) Akzeptanz: Massnahmen, bei denen mit Widerstand der Betroffenen gerechnet werden muss, sollten ihre Grundlage in einem – demokratisch legitimierten – Gesetz haben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zü- rich/St.Gallen 2020, N 354).

E. 5.4

Wie oben bereits dargelegt, dient das Baubewilligungsverfahren und die damit verbundene öffentliche Auflage der Mitwirkung der vom Bauvorhaben betroffenen Bürger und Bürgerinnen und trägt damit massgeblich dem Anspruch auf rechtliches Gehör der betroffenen Dritten und ihrem Rechtsschutz (Art. 6 EMRK sowie Art. 29 und 29a BV) Rechnung. Damit greift eine Befrei- ung von der Baubewilligungspflicht in die verfassungsmässigen Rechte der Betroffenen ein

10/13 (D. DUSSY, in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr [Hrsg.], Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zü- rich/Basel/Genf 2016, N 7.63). Der Eingriff ist auch als schwer zu gewichten, bleibt den Betroffe- nen doch jeglicher Rechtsschutz verwehrt. Aufgrund der

teils sehr grossen Einspracheperimeter von Mobilfunkantennen sind auch viele Bürger und Bürgerinnen von der Regelung betroffen. Der grosse Widerstand der Bevölkerung belegt sodann, dass die Akzeptanz der Bevölkerung für eine solche Regelung äusserst gering sein dürfte. Das Bewilligungsverfahren für den Ausbau des Mobilfunknetzes mag zwar als komplex, bürokratisch und langwierig angesehen werden. Der Wunsch nach einem schnellen Ausbau ohne entsprechendes Verfahren steht jedoch in erheblichem Widerspruch zu etablierten Institut des Verfahrensrechts, die auf eine materiell befriedigende und nicht primär schnelle Lösung von sozialen Konflikten ausgerichtet sind (vgl. P. HETTICH/G.L. PENG, Erleichterte Bewilligung von Solaranlagen in der Rechtspraxis: gut gemeint, wenig effektiv und verfassungsrechtlich fragwürdig, in AJP 2015, S. 1428). Darüber hinaus greift die Befreiung von der Baubewilligungspflicht auch in die Zuständigkeit der Kantone ein. Die Raumplanung (Art. 75 BV) ist Sache der Kantone, so dass die Kantone gar Vorhaben der Bewilligungspflicht unterstellen können, die Art. 22 RPG ausnimmt. Insgesamt zeigt sich deutlich, dass eine Befreiung von der Baubewilligungspflicht zumindest in einem demokratisch legitimierten Bundesgesetz normiert werden müsste. Ein Blick auf den von der Rekurrentin erwähnten Art. 18a RPG bestätigt diese Einschätzung. Art. 18a RPG statuiert ausdrücklich, dass auf Dächern genügend angepasste Solaranlagen keiner Baubewilligung nach Art. 22 Abs. 1 RPG bedürfen. Auch hier erfolgt die Befreiung von der Baubewilligungspflicht nicht etwa auf Verordnungsstufe, sondern auf Gesetzesstufe. Aber selbst bei einer Normierung auf Gesetzesstufe wurden und werden gegenüber Art. 18a RPG zu Recht starke Bedenken an dessen Verfassungsmässigkeit vorgetragen (P. HETTICH/G.L. PENG, a.a.O., S. 1433; A. RUCH, a.a. O., Art. 18a N 8 ff mit weiteren Hinweisen). Das Gleiche muss erst recht gelten, wenn die Baubewilligungsbefreiung – wie vorliegend – bloss auf Verordnungsstufe erfolgt.

E. 5.5

Hinzu kommt, dass sich Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5bis NISV – anders etwa als Art. 18a RPG oder Art. 24c Abs. 1 des eidgenössischen Asylgesetzes (SR 142.31) – gar nicht zur Frage der Baubewilligungspflicht äussert. Es wird lediglich festgehalten, dass es sich nicht um eine Änderung der Anlage handle. In Ziff. 4.2 der Erläuterungen zur Änderung der NISV vom 17. Dezember 2021 hält das BAFU demnach auch fest, dass lediglich aus Sicht des Schutzes vor nichtionisierender Strahlung keine Anlagenänderung vorliege. Dies ist auch nicht verwunderlich, verzichtet doch der Bundesrat bzw. die Bundesverwaltung erfahrungsgemäss auf Aussagen, die den Zuständigkeitsbereich der Kantone betreffen. Folgerichtig hält der Bundesrat in der Einleitung der Erläuterungen fest, die Bewilligung von Mobilfunkanlagen liege in der Kompetenz der Kantone. Aufgrund der verfassungsmässigen Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen seien die Kantone frei, in welchem Verfahren sie das Bundesrecht und damit auch die Vollzugshilfe anwenden wollten. Mit der Übernahme einzelner Elemente aus der Vollzugshilfe in die NISV solle den Kantonen der Weg geebnet werden, um einfache Verfahren zuzulassen, mit denen die adaptiven Eigenschaften von bereits bewilligten adaptiven Antennen möglichst optimal genutzt werden könnten. Damit ist erstellt, dass der Bundesrat bewusst auf eine Aussage zur Baubewilligungspflicht verzichtet hat und sich auf eine Aussage zur verfassungsmässigen Kompetenz des Bundes gemäss Art. 74 BV beschränkte. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist eine Befreiung von der Baubewilligungspflicht zu verneinen.

E. 5.6

Bei dieser Ausgangslage kann dem von der Rekurrentin genannten Entscheid des Baurekursgerichtes des Kantons Zürich Nr. 0035/2022 vom 3. März 2022 von vornherein nicht gefolgt werden. Das Baurekursgericht verneinte die Baubewilligungspflicht aufgrund der "Konzeption" der NISV. Die NISV gehe – so das Gericht – vom Konzept aus, die bewilligungspflichtigen Änderungen von Mobilfunkantennenanlagen seien in Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 abschliessend zu umschreiben. Damit diese Auffassung zutreffen würde, müsste aber Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5bis zumindest in einem Bundesgesetz verankert werden und sich ausdrücklich zur Frage der Baubewilligungspflicht äussern. Beides ist indessen nicht der Fall. Zwischenzeitlich hat das Verwaltungsgericht

11/13 des Kantons Zürich mit Urteil VB.2021.00740 vom 27. Oktober 2022 die Baubewilligungspflicht bei der erstmaligen Anwendung des Korrekturfaktors ebenfalls bejaht. Es hielt zusammengefasst fest, dass aufgrund von Art. 22 RPG – verstärkt durch eine verfassungskonforme Auslegung mit Blick auf die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV – bereits von Bundesrechts wegen eine Baubewilligungspflicht bestehe. Ein Wechsel vom Betrieb einer Mobilfunkantenne im Rahmen des Worst Case-Szenarios zu einem Betrieb unter Berücksichtigung des Korrekturfaktors sei mit einer faktischen Erhöhung der Sendeleistung verbunden. Dabei handle es sich in aller Regel um eine Änderung des Betriebs einer Anlage, mit der im Allgemeinen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige Folgen hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf Umwelt und Planung verbunden seien, dass ein Interesse der Öffentlichkeit bzw. der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle bestehe. Ob die NISV den Wechsel vom Betrieb einer Mobilfunkantenne im Rahmen des Worst-Case-Szenarios zum Betrieb als adaptive Antenne mit Korrekturfaktor als Änderung definiere – oder nicht – sei nicht entscheidend (Erw. 3.3).

E. 5.7

Somit ist festzuhalten, dass die Anwendung der Korrekturfaktoren wichtige räumliche Auswirkungen zur Folge haben, welche ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle begründen. Entgegen der Ansicht der Rekurrentin befreit Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5bis NISV nicht von der Baubewilligungspflicht nach Art. 22 RPG.

E. 6

Zumal die Inbetriebnahme der Korrekturfaktoren baubewilligungspflichtig erscheint, besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der vorgängigen Kontrolle wie es das Baurecht auch vorsieht. Ebenfalls berücksichtigte die Vorinstanz das öffentliche Interesse, dass Personen, die ohne die erforderliche Bewilligung eine Tätigkeit ausüben nicht bessergestellt werden sollen, als jene, die ordnungsgemäss vor der Realisierung ihres Vorhabens eine Bewilligung einholen. Diesen öffentlichen Interessen hat die Vorinstanz mit den angefochtenen Benützungsverboten Nachachtung verschafft und damit letztlich auch dem Schutz der Verfahrensrechte Dritter Rechnung getragen. Der Wunsch der Rekurrentin nach einem schnellen Ausbau des Mobilfunkstandards ohne entsprechendes Verfahren steht dagegen in erheblichem Widerspruch. Die privaten Interessen der Rekurrentin – selbst wenn diese im Fernmeldegesetz begründet wären – sowie ein allfälliges Interesse der Öffentlichkeit an Qualitätssteigerung und Netzabdeckung vermögen das gewichtige öffentliche Interesse an der Einhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung nicht zu überwiegen. Die Rekurrentin hat es selbst in der Hand, der Aufforderung der Vorinstanz unverzüglich nachzukommen und so das Ganze zu beschleunigen. Die von der Vorinstanz erlassenen partiellen Benützungsverbote sind

daher nicht zu beanstanden. Die Rekurse sind entsprechend abzuweisen.

E. 7.1

Die Vorinstanz hat den vorliegenden Rekursen in Bezug auf die angeordneten Benützungsverbote die aufschiebende Wirkung entzogen.

E. 7.2

Gemäss Art. 64 i.V.m. Art. 51 Abs. 1 VRP hat die Beschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Während nach der früheren Fassung von Art. 51 Abs. 1 VRP für den Entzug der aufschiebenden Wirkung Gefahr im Verzug erforderlich war, was nach der Praxis eine unmittelbare und schwere Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen, die sich mit erheblicher Überzeugungskraft zeigt, voraussetzte (GVP 1997 Nr. 74), genügt nach geltendem Recht ein wichtiger Grund. Als wichtiger Grund gilt insbesondere ein öffentliches Interesse, das den sofortigen Vollzug einer Verfügung erfordert. An der Einhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung sowie am Schutz der Verfahrensrechte Dritter besteht wie dargelegt ein gewichtiges öffentliches Interesse. Damit die von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen ihren Zweck erfüllen können, ist einem dagegen erhobenen Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Andernfalls könnte die Rekurrentin durch Ergreifen von Rechtsmitteln die Wirkung des Benützungsverbots

12/13 über längere Zeit verzögern. Somit liegen wichtige Gründe vor, die es nötig machen, dass auch einer allfälligen Beschwerde gegen diesen Entscheid die aufschiebende Wirkung entzogen wird.

E. 8.1

Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. In Verfahren, bei denen sich ähnlich wie im Zivilprozess direkt und indirekt Betroffene mit entgegengesetzten Interessen am Verfahrensausgang gegenüberstehen, werden in aller Regel diese beiden für die Auferlegung von amtlichen Kosten herangezogen, während dem erstverfügenden Gemeinwesen, selbst wenn es mit seinen Anträgen unterliegt, keine amtliche Kosten auferlegt werden (R. HIRT, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen/St.Gallen 2004, S. 76).

E. 8.2

Im Zwischenverfahren war entgegen dem Antrag der Rekurrentin mit Entscheid Nr. 75/2022 vom 19. August 2022 die aufschiebende Wirkung der Rekurse nicht wiederherzustellen. Die Kosten des Zwischenverfahrens verblieben bei der Hauptsache, so dass nun auch über diese zu entscheiden ist. Eine Entscheidgebühr von Fr. 1'200.– erscheint angemessen (Nr. 20.13.02 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung [sGS 821.5; abgekürzt GebT]). Die Rekurrentin bezahlt somit für das Zwischenverfahren je Rekurs eine Entscheidgebühr von Fr. 400.–.

E. 8.3

Die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens betragen insgesamt Fr. 3'300.– (Nr. 20.13.01 GebT). Dem Ausgang der Verfahren entsprechend sind die amtlichen Kosten von Fr. 1'100.– je Rekurs der Rekurrentin zu überbinden.

E. 8.4

Die von der E.____, Zürich, am 29. Juli 2022 in den Rekursen Nrn. 22-5472, 22-5473 und 22-5474 geleisteten Kostenvorschüsse von je Fr. 1'500.– sind mit den Kosten des Zwischenver- fahrens (Fr. 400.–) und Hauptverfahrens (Fr. 1'100.–) zu verrechnen.

E. 9

Die Rekurrentin stellt ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

E. 9.1

Im Rekursverfahren werden ausseramtliche Kosten entschädigt, soweit sie auf Grund der Sach- und Rechtslage notwendig und angemessen erscheinen (Art. 98 Abs. 2 VRP). Die ausser- amtliche Entschädigung wird den am Verfahren Beteiligten nach Obsiegen und Unterliegen auf- erlegt (Art. 98bis VRP). Die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272; ab- gekürzt ZPO) finden sachgemässe Anwendung (Art. 98ter VRP).

E. 9.2

Da die Rekurrentin mit ihren Anträgen unterliegt, hat sie von vornherein keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung. Ihre Begehren sind deshalb abzuweisen.

13/13 Entscheid 1.

- a) Der Rekurs Nr. 22-5472 der A.____ AG wird abgewiesen.
- b) Der Rekurs Nr. 22-5473 der A.____ AG wird abgewiesen.
- c) Der Rekurs Nr. 22-5474 der A.____ AG wird abgewiesen.

2.

Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziff. 1 dieses Entscheids wird die aufschiebende Wir- kung entzogen.

3.

- a) Die A.____ AG bezahlt im Rekurs Nr. 22-5472 eine Entscheidgebühr von Fr. 400.– für das Zwischenverfahren sowie Fr. 1'100.– für das Hauptverfahren. Der am 27. Juli 2022 im Rekurs Nr. 22-5472 von der E.____ AG geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– wird mit diesen Gebühren verrechnet.
- b) Die A.____ AG bezahlt im Rekurs Nr. 22-5473 eine Entscheidgebühr von Fr. 400.– für das Zwischenverfahren sowie Fr. 1'100.– für das Hauptverfahren. Der am 27. Juli 2022 im Rekurs Nr. 22-5473 von der E.____ AG geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– wird mit diesen Gebühren verrechnet.
- c) Die A.____ AG bezahlt im Rekurs Nr. 22-5474 eine Entscheidgebühr von Fr. 400.– für das Zwischenverfahren sowie Fr. 1'100.– für das Hauptverfahren. Der am 27. Juli 2022 im Rekurs Nr. 22-5474 von der E.____ AG geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– wird mit diesen Gebühren verrechnet.

4.

- a) Das Begehren der A.____ AG im Rekurs Nr. 22-5472 um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.
- b) Das Begehren der A.____ AG im Rekurs Nr. 22-5473 um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

c) Das Begehren der A.____ AG im Rekurs Nr. 22-5474 um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann Regierungsrätin

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