

SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2023/11 vom 17. August 2023

Sg Verwaltungsgericht, 2023-08-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2023_11

FR: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2023/11 du 17 août 2023

IT: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2023/11 del 17 agosto 2023

Regeste

Bau- und Umweltrecht. Art. 22 Abs. 1 RPG, Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5bis NISV, Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 136 ff. PBG. Die Nutzungsänderung in Form der Einführung eines keulenstatischen Korrekturfaktors bei adaptiven Mobilfunkantennen ist faktisch regelmässig mit der Möglichkeit einer nicht mehr bloss als ausgesprochen geringfügig zu bezeichnenden Zunahme der Immissionen in den von den Leistungsspitzen betroffenen Flächen verbunden. Damit besteht sowohl ein öffentliches Interesse als auch ein Interesse von Nachbarn an einer vorgängigen Beurteilung im Rahmen eines den grundrechtlichen Anforderungen genügenden ordentlichen Baubewilligungsverfahrens (Verwaltungsgericht, B 2023/11). Die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ans Bundesgericht wurde mit Urteil vom 23. April 2024 abgewiesen (Verfahren 1C_506/2023)

Volltext

Entscheid vom 17. August 2023 Besetzung Präsidentin Lendfers; Vizepräsident Brunner; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner und Engeler; Gerichtsschreiber Geertsen Verfahrensbeteiligte Swisscom (Schweiz) AG, Alte Tiefenaustrasse 6, Postfach, 3050 Bern, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. iur. Misha Morgenbesser und/oder MLaw Andreas Eichenberger, Badertscher Rechtsanwälte AG, Mühlebachstrasse 32, Postfach 769, 8024 Zürich, gegen Bau- und Umweltdepartement des Kantons St. Gallen, Lämmlibrunnenstrasse 54, 9001 St. Gallen, Vorinstanz, und Politische Gemeinde Z.___ Beschwerdegegnerin, Gegenstand Benützungsverbot Mobilfunkanlagen (drei adaptive Antennen) Das Verwaltungsgericht stellt fest: Die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom), Bern, betreibt in der politischen Gemeinde Z.___ die adaptiven Mobilfunkantennen A.___ (Grundstück Nr. 0000_, act. 8.1.5 des Beschwerdeverfahrens, nachfolgend zitiert als «act. G»), B.___ (Grundstück Nr. 0001_, act. G 9.1.8) und C.___ (Grundstück Nr. 0002_; act. G 10.1.5). Die Mobilfunkanlagen liegen in der Bauzone. Die im Rahmen der Baubewilligung bzw. «Bagatelländerung» vorgenommenen Beurteilungen der von den Mobilfunkanlagen ausgehenden nichtionisierenden Strahlungen erfolgten nach dem sogenannten «Worst-Case-Szenario» ohne Berücksichtigung eines Korrekturfaktors. Diesen lagen das Standortdatenblatt der Mobilfunkanlagen A.___ vom 4. September 2019, B.___ vom 3. Juni 2020 und C.___ vom 23. September 2020 zugrunde (vgl. die Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz in act. G 2, lit. A, worauf die Beschwerdeführerin verwies, act. G 1, Rz 6). Am 2. und 3. Juni 2021 reichte die Swisscom für die Mobilfunkanlagen C.___ und B.___ aufgrund des neu unter Anwendung eines Korrekturfaktors erfolgenden Betriebs je ein Standortdatenblatt zum Projekt «Aktualisierung gemäss BAFU-Nachtrag zu adaptiven Antennen vom 23.02.2021» bei der politischen Gemeinde Z.___ ein (act. G 10.1.5 und act. G 9.1.8). Diese ordnete mit

Verfügungen vom 15. Dezember 2021 betreffend die Mobilfunkanlage WIBR (act. G 10.1.6) und am 18. Januar 2022 betreffend die Mobilfunkanlage B.__ (act. G 9.1.9) die Einstellung des vom letzten aktiven Standortdatenblatt abweichenden Betriebs ein. Zur Begründung gab die politische Gemeinde Y.__ an, für den (rechtmässigen) Betrieb der beiden Anlagen mit Korrekturfaktor sei vorgängig ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen (act. G 9.1.9, Rz 2 f., und act. G 10.1.6, Rz 2 f.). Den gegen die Verfügung vom 15. Dezember 2021 betreffend die Mobilfunkanlage C.__ am 30. Dezember 2021 erhobenen Rekurs zog die Swisscom am 9. Februar 2022 zurück (act. G 10.1.7). Eine Rechtsmittelerhebung gegen die Verfügung vom 18. Januar 2022 betreffend die Mobilfunkanlage B.__ ist nicht aktenkundig. Mit Schreiben vom 4. Juli 2022 reichte die Swisscom bei der politischen Gemeinde Y.__ erneut die Standortdatenblätter vom 2. und 3. Juni 2021 betreffend die Mobilfunkanlagen B.__ und C.__ ein und beantragte, diese umgehend an die zuständige NIS-Fachstelle als aktives Standortdatenblatt weiterzuleiten. Sollte die politische Gemeinde weiterhin für die Anwendung des Korrekturfaktors die Einreichung eines ordentlichen Baugesuchs verlangen, werde der Erlass je einer anfechtbaren Verfügung beantragt (act. G 9.5.1 und act. G 10.5.1). Ausserdem reichte die Swisscom mit E-Mail vom 5. Juli 2022 betreffend die Mobilfunkanlage A.__ ein Standortdatenblatt vom 4. Mai 2022 zum Projekt «Aktualisierung gemäss BAFU-Nachtrag zu adaptiven Antennen vom 23.02.2021» zur Beurteilung durch die kantonale NIS-Fachstelle ein. Dieses enthielt neu einen Betrieb unter Anwendung des Korrekturfaktors (act. G 8.5.1 f.). Die politische Gemeinde Y.__ hielt an ihrem bisherigen Standpunkt fest, dass für die Betriebsänderung der drei Mobilfunkanlagen vorgängig ein ordentliches Baubewilligungsverfahren erforderlich sei, und verfügte am 18. Juli 2022, der vom jeweils letzten aktiven Standortdatenblatt abweichende Betrieb der Mobilfunkanlagen A.__, B.__ und C.__ sei einzustellen. Einem allfälligen Rekurs entzog sie die aufschiebende Wirkung (act. G 8.1.2, act. G 9.1.2 und act. G 10.1.2). Die Swisscom erhob am 25. Juli 2022 Rekurse beim Bau- und Umweltdepartement des Kantons St. Gallen, worin sie die Aufhebung der angefochtenen Verfügungen beantragte. Zudem ersuchte sie, die aufschiebende Wirkung der Rekurse sei wiederherzustellen und die drei Rekursverfahren seien zu vereinigen (act. G 8.1, act. G 9.1 und act. G 10.1). Mit Zwischenentscheid Nr. 75/2022 vom 19. August 2022 wies das Bau- und Umweltdepartement die Anträge um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Rekurse ab (act. G 8.4, act. G 9.4 und act. G 10.4). Das Amt für Umwelt hielt in der Stellungnahme vom 22. September 2022 zusammenfassend fest, die Kantone und Gemeinden hätten das Recht, die erstmalige Anwendung des Korrekturfaktors für eine bestehende adaptive Sendeantenne in einem vorgängig durchzuführenden Baubewilligungsverfahren zu prüfen. Dies gelte umso mehr bei adaptiven Antennen, die (bisher) lediglich in einem Bagatellverfahren und somit ohne Wahrung des rechtlichen Gehörs betroffener Personen beurteilt worden seien (act. G 8.7, act. G 9.7 und act. G 10.7). Nachdem sich die Swisscom nochmals am 10. Oktober 2022 (act. G 8.9, act. G 9.9 und act. G 10.9) und 27. Dezember 2022 (act. G 8.11, act. G 9.11 und act. G 10.11) geäussert hatte, vereinigte das Bau- und Umweltdepartement die drei Rekursverfahren, wies die Rekurse mit Entscheid Nr. 1/2023 vom 10. Januar 2023 ab und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung; unter Kostenfolge zulasten der Swisscom. Deren Gesuch um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wurde ebenfalls abgewiesen. Zur Begründung führte das Bau- und Umweltdepartement im Wesentlichen aus, dass die Anwendung eines Korrekturfaktors in einem ordentlichen Baubewilligungsverfahren geprüft werden müsse,

da ein Interesse der Öffentlichkeit und der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle bestehe (act. G 2). Gegen den Entscheid Nr. 1/2023 des Bau- und Umweltsdepartements (Vorinstanz) vom 10. Januar 2023 erhob die Swisscom (Beschwerdeführerin) am 16. Januar 2023 Beschwerde. Darin beantragte sie dessen Aufhebung; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuern. Die Beschwerdeführerin vertrat zusammengefasst den Standpunkt, von Bundesrechts wegen gelte die Anwendung eines Korrekturfaktors bei bestehenden adaptiven Sendeantennen nicht als Änderung einer Anlage. Der Inhaber der Anlage habe zwar der zuständigen Behörde ein aktualisiertes Standortdatenblatt einzureichen, eine Bewilligungspflicht sei jedoch ausgeschlossen. Der bundesrechtliche Immissionsschutz sei abschliessend, weshalb für eine planungs- oder baurechtlich motivierte Bewilligungspflicht der Kantone bzw. der Gemeinden im Zusammenhang mit der Einführung des (rein umwelt- bzw. immissionsrechtlich begründeten) Korrekturfaktors von vornherein kein Raum bestehe. Die Anwendung des Korrekturfaktors bei bestehenden adaptiven Antennen führe insgesamt nicht zu einer Erhöhung der Strahlungsexposition in der Umgebung der Anlage. Deshalb sei die Einführung des Korrekturfaktors nicht mit so wichtigen Folgen für die Umwelt verbunden, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle bestehe. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz verletze Bundesrecht (act. G 1). Unter Verweis auf die Begründung des angefochtenen Entscheids beantragte die Vorinstanz am 13. Februar 2023 die Abweisung der Beschwerde (act. G 7). Diesem Antrag schloss sich die Beschwerdegegnerin am 6. März 2023 an, soweit auf die Beschwerde eingetreten werden könne (act. G 12). Zur Untermauerung ihres Standpunkts reichte die Beschwerdeführerin am 21. März 2023 einen anonymisierten Entscheid des Departements für Bau und Umwelt des Kantons Thurgau vom 15. Februar 2023 ein (act. G 14 f.). Die Vorinstanz äusserte sich am 30. März 2023 kritisch hierzu und hielt an ihrer bisherigen Auffassung unverändert fest (act. G 17). Die Beschwerdegegnerin verzichtete stillschweigend auf eine weitere Stellungnahme (act. G 18). Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung: Anfechtungsobjekt bildet der Entscheid der Vorinstanz Nr. 1/2023 vom 10. Januar 2023 (act. G 2). Inhaltlich umstritten sind die Fragen, ob die Beschwerdeführerin für die Nutzungsänderung (Nutzung der adaptiven Antennen A.__, B.__ und C.__ mit keulenstatistischen Korrekturfaktoren) verpflichtet ist, eine vorgängige Bewilligung im ordentlichen Verfahren einzuholen, und ob ihr bis dahin die Nutzung mit keulenstatistischen Korrekturfaktoren nicht erlaubt ist. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59 bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRP; sGS 951.1]). Die Beschwerde vom 16. Januar 2023 (act. G 1) erfolgte rechtzeitig und erfüllt die formellen und inhaltlichen Anforderungen (Art. 64 i.V.m. Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin des angefochtenen Entscheids zu dessen Anfechtung legitimiert (Art. 64 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten. Bislang haben weder das Verwaltungsgericht noch das Bundesgericht über die Bedeutung des am 1. Januar 2022 in Kraft getretenen Anhangs 1 Ziff. 62 Abs. 5 bis zur Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710) auf die im kantonalen Recht normierte Pflicht zur Durchführung eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens befunden. Deshalb ergeht der vorliegende Entscheid in Fünferbesetzung (Art. 18 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 des Gerichtsgesetzes [GerG; sGS 941.1]). Zunächst ist der Rekursentscheid betreffend die Mobilfunkanlage B.__ zu prüfen. Für die Beurteilung der Bewilligungspflicht ist von Bedeutung, dass die Beschwerdegegnerin bereits am 18. Januar 2022 eine Verfügung

erlassen hatte, worin sie die Beschwerdeführerin verpflichtete, für die Zulässigkeit des Betriebs der Mobilfunkanlage B.____ mit Korrekturfaktor vorgängig eine Bewilligung im ordentlichen Verfahren einzuholen (act. G 9.1.9). Bereits dieser – offenbar unangefochten rechtskräftig gewordenen – Verfügung lag das Standortdatenblatt vom 3. Juni 2021 (act. G 9.1.8) zugrunde (act. G 9.1, Rz 10), welches die Beschwerdeführerin später mit dem Schreiben vom 4. Juli 2022 (act. G 9.5.1) nochmals einreichte und das Gegenstand der darauffolgenden Verfügung vom 18. Juli 2022 bildete (act. G 9.1.2). Es stellt sich daher die Frage, ob mit der Verfügung vom 18. Januar 2022 bereits eine abgeurteilte Sache in Bezug auf die Bewilligungspflicht und das gestützt darauf erlassene teilweise Nutzungsverbot besteht. Eine abgeurteilte Sache (res iudicata) liegt vor, wenn der Streitgegenstand mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Dies trifft zu, falls ein Anspruch aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf denselben Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird und sich wieder die gleichen Parteien gegenüberstehen (Urteil des Bundesgerichts 1C_590/2021 vom 13. Februar 2023 E. 5.4 mit Hinweisen). Bei der Prüfung der Identität der Begehren ist nicht ihr Wortlaut, sondern ihr Inhalt massgebend. Das neue Begehren ist deshalb trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn es in diesem bereits enthalten war oder wenn im neuen Verfahren das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt wird (Urteil des Bundesgerichts 1C_673/2013 vom 7. März 2014 E. 5.2 mit Hinweisen). Mit Ziffer 1 des Dispositivs der am 18. Januar 2022 erlassenen Verfügung – und damit unter der Geltung des am 1. Januar 2022 in Kraft getretenen Anhangs 1 Ziff. 62 Abs. 5 bis NISV – wurde der Beschwerdeführerin der vom letzten aktiven Standortdatenblatt vom 3. Juni 2020 abweichende Betrieb der Mobilfunkanlage B.____ gemäss Standortdatenblatt vom 3. Juni 2021 untersagt (siehe vorstehende E. 2.1). Wie jede Rechtshandlung sind auch Dispositive auszulegen. Zu deren Auslegung ist die Begründung heranzuziehen (BGE 131 II 17 E. 2.3). Aus der Verfügungsbegründung ergibt sich ausdrücklich, dass Dispositivziffer 1 die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zugrunde liegt, für die von ihr angestrebte Nutzungsänderung vorgängig ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen («Für den Betrieb der Mobilfunkanlage B.____ mit Korrekturfaktor ist hingegen vorgängig ein Baubewilligungsverfahren durchzuführen»; act. G 9.1.9 Ziffer 2). Das Nutzungsverbot bezweckt damit die Durchsetzung des Bewilligungsvorbehalts im ordentlichen Verfahren. Auch wenn dieser Bewilligungsvorbehalt im Wortlaut des Dispositivs der Verfügung vom 18. Januar 2022 keinen Niederschlag gefunden hat, bildet er somit deren Bestandteil. Mit ihrer Eingabe vom 4. Juli 2022 wandte sich die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Anwendung des Korrekturfaktors gemäss dem identischen Standortdatenblatt vom 3. Juni 2021 (siehe die auf S. 4 von act. G 9.5.1 erwähnte Beilage) erneut gegen den Vorbehalt der Bewilligung im ordentlichen Verfahren bzw. ersuchte um Zulassung im «Bagatellverfahren» (act. G 9.5.1). Damit stellte sie ein identisches Begehren, das bereits Gegenstand einer unter derselben tatsächlichen und rechtlichen Lage abgeurteilten Sache bildete. In Anbetracht der abgeurteilten Sache und damit des Vorliegens einer negativen Eintretens- bzw. Prozessvoraussetzung (vgl. BGE 142 III 213 E. 2.2) hätte die Beschwerdegegnerin auf das neue (inhaltlich identische) Gesuch vom 4. Juli 2022 gar nicht erst eintreten dürfen. Demzufolge hätte auch die Vorinstanz das im Rekursverfahren gestellte materielle Begehren der Beschwerdeführerin nicht prüfen dürfen, sondern stattdessen ein Nichteintreten anordnen müssen. Anzuführen bleibt, dass weder in der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 4. Juli 2022 (act. G 9.5.1) noch in der Verfügung vom 18. Juli 2022 (act. G 9.1.2) oder im anschliessenden Rekursverfahren die Frage nach

der Zulässigkeit eines Zurückkommens auf die (formell) rechtskräftige Verfügung vom 18. Januar 2022 (act. G 9.1.9) thematisiert worden ist (vgl. zur unter bestimmten Voraussetzungen zulässigen nachträglichen Korrektur einer formell rechtskräftigen Verfügung das Urteil des Bundesgerichts 1C_590/2021 vom 13. Februar 2023 E. 7.2). Des Weiteren ist der Rekursentscheid bezüglich der Mobilfunkanlagen A.__ und C.__ zu prüfen. Im Gegensatz zur Mobilfunkanlage B.__ bildete die Anwendung des Korrekturfaktors bei der Mobilfunkanlage A.__ noch nicht Gegenstand einer in Rechtskraft erwachsenen Verfügung oder eines rechtskräftigen Rechtsmittelentscheids. Folglich haben sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Vorinstanz die Pflicht zur Bewilligung im ordentlichen Verfahren hinsichtlich der Anwendung des Korrekturfaktors bei der Mobilfunkanlage A.__ zu Recht materiell geprüft. Hinsichtlich der Mobilfunkanlage C.__ ist das Folgende zu beachten: Zwar bildete das Standortdatenblatt vom 2. Juni 2021 (act. G 10.1.5) und das damit verbundene Gesuch um Zulassung des Betriebs der Mobilfunkanlage C.__ unter Anwendung eines Korrekturfaktors ebenfalls schon Gegenstand einer in (formelle) Rechtskraft erwachsenen abschlägigen Verfügung (act. G 10.1.6; zum am 9. Februar 2022 erfolgten Rückzug des am 30. Dezember 2021 gegen die Verfügung erhobenen Rekurses siehe act. G 10.1.7). Allerdings wurde diese Verfügung am 15. Dezember 2021, mithin – anders als bei der Mobilfunkanlage B.__ (siehe hierzu vorstehende E. 2.3) – noch unter dem bis 31. Dezember 2021 geltenden Anhang 1 zur NISV erlassen. Wird ein Gesuch rechtskräftig abgewiesen, so bezieht sich die Abweisung auf den Verfügungszeitpunkt bzw. auf denjenigen Sachverhalt und diejenige Rechtslage, die mit dem rechtskräftigen Entscheid zu beurteilen waren (H. Seiler, Rechtsbeständigkeit und Änderung von Verfügungen, in Häner/Waldmann [Hrsg.], 8. Forum für Verwaltungsrecht – Brennpunkt «Verfügung», 2022, S. 123 ff., S. 147). Ein nachträglich geänderter Sachverhalt oder eine nachträgliche Rechtsänderung werden von der Rechtsbeständigkeit der das Gesuch abweisenden rechtskräftigen Verfügung indessen nicht erfasst. Die vorliegend zu beurteilende Rechtsänderung erschöpft sich nicht in einer rein redaktionellen Anpassung und die Beschwerdeführerin hat eine relevante Rechtsänderung plausibel behauptet, womit die rechtskräftige Verfügung vom 15. Dezember 2021 einem neuerlichen Sachentscheid unter neuem Recht nicht entgegensteht. Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung [RPG; SR 700]). Im kantonalen Recht legt Art. 136 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (PBG; sGS 731.1; zum kantonalen Zuständigkeitsbereich siehe Art. 75 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101] sowie Art. 25 RPG) fest, dass Erstellung, Änderung und Beseitigung von Bauten und Anlagen der Bewilligung bedürfen. Im nachfolgenden Absatz werden in einer nicht abschliessenden Weise Vorhaben aufgezählt, die in der Bauzone keiner Baubewilligung bedürfen, soweit die baupolizeilichen und übrigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten sind. Das PBG sieht drei Varianten des Baubewilligungsverfahrens vor, nämlich ein ordentliches Verfahren (Art. 138 f. PBG), ein vereinfachtes Verfahren (Art. 140 f. PBG) und ein Meldeverfahren (Art. 142 f. PBG). Die Grenzen der Vereinfachung sind vorgegeben durch die Bewilligungspflicht (Art. 22 Abs. 1 RPG), den Anspruch auf rechtliches Gehör von Einspracheberechtigten (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK; SR 0.101]; vgl. zu dessen Anwendungsbereich in Bezug auf das Bau- und Planungsrecht bzw. das Umweltrecht Urteil des Bundesgerichts 1C_501/2018 vom 15. Mai 2019 E. 3.1 mit Hinweisen auf BGE 128 I 61 E. 2a/bb und BGE 127 I 45 ff.

E. 2c und E. 2d) und die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV; vgl. zur Beachtung des von Art. 29a BV gewährleisteten Rechtsschutzes im Baubewilligungsverfahren Urteil des Bundesgerichts 1C_125/2019 vom 20. Februar 2020 E. 5). Massstab für die Beurteilung, ob eine Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob damit 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 139 f. E. 5.2). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unterstehen grundsätzlich auch reine Umnutzungen ohne bauliche Massnahmen der Baubewilligungspflicht. Eine solche Umnutzung ist nur dann nicht bewilligungspflichtig, wenn erstens auch der neue Verwendungszweck der in der fraglichen Zone zulässigen Nutzung entspricht und zweitens sich die Änderung hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Umwelt und Planung als ausgesprochen geringfügig erweist. Der bundesrechtliche Begriff der bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen kann von den Kantonen konkretisiert und erweitert, nicht aber enger gefasst werden (Urteil des Bundesgerichts 1C_12/2022 vom 23. Januar 2023 E. 7.2 f.). Unter der Überschrift «Begriffe» legt der am 1. Januar 2022 in Kraft getretene Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 bis NISV fest, die Anwendung eines Korrekturfaktors nach Ziff. 63 Abs. 2 bei bestehenden adaptiven Sendeantennen gelte nicht als Änderung einer Anlage. Wird bei bestehenden adaptiven Sendeantennen ein Korrekturfaktor K_{AA} angewendet, so reicht der Inhaber der Anlage der zuständigen Behörde ein aktualisiertes Standortdatenblatt ein (Anhang 1 Ziff. 63 Abs. 4 NISV). Durch die Anwendung des Korrekturfaktors ist es möglich, der Variabilität der Senderichtung bei adaptiven Antennen Rechnung zu tragen. Er beruht auf statistischen Studien über die tatsächliche Strahlungsexposition und soll sicherstellen, dass adaptive Antennen nicht strenger beurteilt werden als konventionelle Antennen. Die Anwendung des Korrekturfaktors kann dazu führen, dass kurzzeitig mehr Sendeleistung abgestrahlt wird als die für die Beurteilung der Einhaltung des Anlagegrenzwerts massgebende Sendeleistung. Damit sichergestellt wird, dass dies höchstens während einer kurzen Zeit möglich ist, müssen adaptive Antennen mit einer automatischen Leistungsbegrenzung ausgestattet werden, wenn ein Korrekturfaktor angewendet werden soll. Diese muss sicherstellen, dass im Betrieb die über 6 Minuten gemittelte Sendeleistung die für die Beurteilung verwendete massgebende Sendeleistung nicht überschreitet (Erläuterungen des BAFU zur Änderung der NISV vom 17. Dezember 2021 S. 4, S. 7 Mitte und S. 8; Download unter: [; abgerufen am 17. Juli 2023](#)). Die Beschwerdeführerin legt Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 bis NISV dahingehend aus, dass die Einführung eines Korrekturfaktors von Bundesrechts wegen nicht von der Pflicht zur Bewilligung in einem ordentlichen Verfahren erfasst werde (act. G 1, Rz 41) und in immissionsschutzrechtlicher Hinsicht nicht relevant sei (act. G 1, Rz 46). Diese Interpretation läuft darauf hinaus, dass der Verordnungsgeber mit Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 bis NISV eine die Kantone bindende unwiderlegbare Vermutung (sogenannte Fiktion) erlassen hat, wonach die Einführung des Korrekturfaktors nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht mit so wichtigen Folgen verbunden sei, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle bestehe (act. G 1, Rz 51). Wie sich aus der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung zur Regelungskompetenz der Kantone (Art. 47 und Art. 75 BV) ergibt (siehe vorstehende E. 3.3 sowie Entscheid des Verwaltungsgerichts B 2018/246 vom 8. Juli 2019 E. 3.1; vgl. auch P. Hettich/G. L. Peng, Erleichterte Bewilligung von Solaranlagen in der Rechtspraxis: gut gemeint, wenig effektiv und verfassungsrechtlich fragwürdig, in: *AJP* 10/2015, S. 1433 f. und S. 1438) und die

Vorinstanz zutreffend vorbringt (act. G 2, E. 4.2), kann das kantonale Recht Vorhaben der Bewilligungspflicht unterstellen, für die bundesrechtlich keine Bewilligung benötigt wird (vgl. Art. 22 Abs. 3 RPG). Aus den Erläuterungen des BAFU zur Änderung der NISV vom 17. Dezember 2021 geht hervor, dass sich der eidgenössische Verordnungsgeber der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung bewusst war und in deren Nachachtung keine die Kantone bindende Befreiung vom Bewilligungsverfahren bezüglich der Anwendung des Korrekturfaktors bei adaptiven Mobilfunkantennen legifizierte. So wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Bewilligung von Mobilfunkantennen in der Kompetenz der Kantone liege. Aufgrund der verfassungsmässigen Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen seien letztere frei, in welchem Verfahren sie das Bundesrecht anwenden würden (Erläuterungen, S. 3 Mitte). Die vorliegend im Streit stehende Änderung des Anhangs 1 sollte denn auch lediglich den Kantonen den Weg ebnen, «um einfache Verfahren zuzulassen» (Erläuterungen, S. 3 unten), und gerade nicht, sie von Bundesrechts wegen darauf zu verpflichten. Diese Betrachtungsweise wird durch die Ausführungen unter dem Titel «Auswirkungen auf die Kantone» bestätigt, wonach die neue Regelung zur Einführung des Korrekturfaktors bei bestehenden adaptiven Antennen den Kantonen eine Vereinfachung der Verfahren – lediglich, aber immerhin – «ermöglicht» (Erläuterungen, S. 10 oben, Ziff. 5.2; siehe auch die gleichlautende Wortwahl in den Erläuterungen, S. 10 Mitte, Ziff. 5.4 betreffend die Auswirkungen auf die Wirtschaft). In Anbetracht dieser Verhältnisse erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Geltung einer Bewilligungspflicht nach kantonalem Recht verletze Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 bis NISV (act. G 1, Rz 38 ff.) und die derogatorische Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV; act. G 1, Rz 48 ff., insbesondere Rz 51 und Rz 55), als nicht stichhaltig. Im Übrigen wäre der Bund aufgrund des Gesetzmässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) entgegen der Sichtweise der Beschwerdeführerin (act. G 1, Rz 56 und Rz 59 ff.) gar nicht befugt, den Kantonen in ihrem Kompetenzbereich (Art. 47 und Art. 75 BV) auf Verordnungsstufe bzw. mit dem Anhang 1 zur NISV den Verzicht auf ein Baubewilligungsverfahren vorzuschreiben (vgl. Hettich/Peng, a.a.O., S. 1433 f. und S. 1438 unten betreffend die in Art. 18a RPG geregelte Bewilligungsfreiheit für Solaranlagen). Eine generelle Bewilligungsfreiheit für die Anwendung des Korrekturfaktors und die ihr zugrundeliegende Fiktion eines fehlenden öffentlichen Interesses an deren vorgängiger baupolizeilicher Beurteilung führen zu einer erheblichen Beeinträchtigung der grundrechtlich verbürgten Rechtsstellung von Nachbarn (siehe hierzu vorstehende E. 3.3 sowie Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2021.00740 vom 27. Oktober 2022 E. 3.3; vgl. ferner Hettich/Peng, a.a.O., S. 1431 und S. 1438). Zudem wird im Einzelfall die Beurteilung der Wahrung der öffentlichen Interessen ausgeschlossen. Wegen dieser Bedeutung und aufgrund der Unüblichkeit einer solchen Ausnahmeregelung müsste sie in Nachachtung von Art. 5 Abs. 1 BV – wie bei den Solaranlagen (Art. 18a RPG) – in einem formellen Gesetz enthalten sein (vgl. BGE 128 I 121 ff. E. 3a und E. 3c), worauf die Vorinstanz bereits zutreffend hinwies (act. G 2, E. 5.3 f.). Die Anwendung eines Korrekturfaktors beim Betrieb von adaptiven Antennen wird in Art. 136 Abs. 2 PBG – anders als etwa Anlagen zur Gewinnung von Solarenergie nach dem RPG (Art. 136 Abs. 2 lit. i PBG) – nicht als von der Baubewilligungspflicht ausgenommener Tatbestand erfasst. Ausserdem hat der kantonale Gesetzgeber die Bestimmungen zur Bewilligungspflicht und dem Bewilligungsverfahren (Art. 136 ff. PBG) im Nachgang zum am 1. Januar 2022 geänderten Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 bis NISV nicht geändert und insbesondere kein bewilligungsfreies Verfahren im Sinn von Anhang 1 Ziff. 63 Abs. 4 NISV legifiziert. Bei der Anwendung

eines Korrekturfaktors kann die Sendeleistung auf Basis eines Mittelwerts der letzten 6 Minuten berechnet und der in Art. 11 Abs. 2 USG i.V.m. Art. 3 Abs. 6, Art. 4 Abs. 1 und Anhang 1 Ziff. 64 f. NISV vorgeschriebene Anlagegrenzwert (AGW) und damit die Sendeleistung, wie sie beim «worst case»-Szenario zulässig ist, – wenn auch bloss für kurze Zeiträume – überschritten werden. Faktisch ist damit regelmässig die Möglichkeit einer nicht mehr bloss als ausgesprochen geringfügig zu bezeichnenden Zunahme der Immissionen in den von den Leistungsspitzen betroffenen Flächen («Beam») verbunden, zumal die berechnete elektronische Feldstärke bis um das 3.2-fache übertroffen werden kann. Vor diesem Hintergrund besteht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (act. G 1, Rz 68 ff.) sowie dem von ihr ins Feld geführten Entscheid des Departements für Bau und Umwelt des Kantons Thurgau vom 15. Februar 2023 (act. G 15) sowohl ein öffentliches Interesse als auch ein Interesse von Nachbarn an einer vorgängigen Beurteilung im Rahmen eines den grundrechtlichen Anforderungen genügenden Baubewilligungsverfahrens (vgl. zum Ganzen Entscheide des Verwaltungsgerichts B 2021/207 vom 14. Dezember 2021 E. 3.3 und des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2021.00740 vom 27. Oktober 2022 E. 3.3; Erläuterungen des BAFU vom 17. Dezember 2021, S. 4 unten, S. 7 Mitte und S. 8 Mitte; vgl. ferner die Ausführungen und Hinweise der Vorinstanz in act. G 2, E. 5.2). Eine Genehmigung in einem von der Beschwerdeführerin geforderten «Bagatellverfahren» bzw. ein Absehen vom ordentlichen Bewilligungsverfahren kommt daher für die von der Beschwerdeführerin für die Mobilfunkanlage WIAB und WIBR angestrebte Anwendung des Korrekturfaktors nach kantonalem Recht nicht in Frage. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (act. G 1, Rz 73) beruht der mit einem ordentlichen Baubewilligungsverfahren verbundene geringfügige Eingriff in die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV) auf einer klaren gesetzlichen Grundlage (Art. 136 Abs. 1 PBG), steht im öffentlichen Interesse und ist durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt (siehe vorstehende E. 3.3). Er erweist sich als verhältnismässig, wird die Anwendung des Korrekturfaktors doch nicht verboten, sondern lediglich einem vorgängigen Bewilligungsverfahren unterworfen. Die Voraussetzungen für die Einschränkung der Eigentumsgarantie sind folglich erfüllt (Art. 36 BV). Die Beschwerde gegen den Rekursentscheid betreffend die Mobilfunkanlage A.____ (Dispositivziffern 1a, 3a und 4a), Rekursverfahren Nr. 22-5472, ist abzuweisen. Die Beschwerde gegen den Rekursentscheid betreffend die Mobilfunkanlage C.____ (Dispositivziffern 1c, 3c und 4c), Rekursverfahren Nr. 22-5474, ist abzuweisen. Ziffer 1b des Dispositivs des angefochtenen Rekursentscheids betreffend die Mobilfunkanlage B.____, Rekursverfahren Nr. 22-5473, ist aufzuheben (zur Bedeutung des Devolutiveffekts auf die einem Rekursentscheid zugrundeliegende Verfügung siehe Urteil des Bundesgerichts 1C_567/2020 vom 1. Mai 2023 E. 2.2 und E. 9). Auf das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 4. Juli 2022 (act. G 9.5.1) ist gemäss vorstehender Erwägung 2.3 nicht einzutreten. Im Übrigen ist die Beschwerde gegen den im Rekursverfahren Nr. 22-5473 ergangenen Entscheid (Dispositivziffern 3b und 4b) abzuweisen, da die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag um Anwendung des Korrekturfaktors ohne ordentliche Baubewilligung (weiterhin) nicht durchdringt (Art. 95 Abs. 1 und Art. 98 bis VRP). Bei diesem Verfahrensausgang bezahlt die Beschwerdeführerin die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 5'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung [sGS 941.12]). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von CHF 5'000 ist ihr daran vollumfänglich anzurechnen. Die mit ihren Anträgen nicht obsiegende Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf eine

ausseramtliche Entschädigung im Beschwerdeverfahren (Art. 98 bis VRP). Der Beschwerdegegnerin steht kein Anspruch auf Ersatz ausseramtlicher Kosten zu (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts B 2019/146 vom 13. August 2020 E. 13.3 mit Hinweisen). Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht: Die Beschwerde gegen den Rekursentscheid betreffend die Mobilfunkanlage A.__ (Dispositivziffern 1a, 3a und 4a), Rekursverfahren Nr. 22-5472, wird abgewiesen. Die Beschwerde gegen den Rekursentscheid betreffend die Mobilfunkanlage C.__, Rekursverfahren Nr. 22-5474 (Dispositivziffern 1c, 3c und 4c), wird abgewiesen. Ziffer 1b des Dispositivs des angefochtenen Rekursentscheids betreffend die Mobilfunkanlage C.__, Rekursverfahren Nr. 22-5473, wird aufgehoben. Auf das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 4. Juli 2022 (act. G 9.5.1) wird nicht eingetreten. Im Übrigen wird die Beschwerde gegen den im Rekursverfahren Nr. 22-5473 ergangenen Entscheid (Dispositivziffern 3b und 4b) abgewiesen. Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 5'000. Der von ihr geleistete Kostenvorschuss von CHF 5'000 wird ihr daran vollumfänglich angerechnet. Ausseramtliche Entschädigungen werden nicht zugesprochen.

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