

SO_GERICHTE VWBES.2019.428 vom 19. März 2019

SO Obergericht, 2019-03-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2019.428

FR: SO_GERICHTE VWBES.2019.428 du 19 mars 2019

IT: SO_GERICHTE VWBES.2019.428 del 19 marzo 2019

Erwägungen

E. 1

Am 19. Oktober 2018 stellte die Swisscom (Schweiz) AG bei der Bau- und Werkkommission der Einwohnergemeinde C.____ ein Baugesuch zur Errichtung einer Mobilfunkanlage auf GB [...] Nr. [...].

E. 1.1

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. § 49 Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12). A.____ und B.____ sind durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerdelegitimiert. Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

E. 1.2

Gegenstand des Verfahrens ist nur das konkret vorliegende Baugesuch. Auf die von den Beschwerdeführern über weite Strecken geäusserten allgemeinen Bedenken an der Einführung der Mobilfunktechnologie der fünften Generation (5G) ist nicht weiter einzugehen. Gleiches gilt für die von den Beschwerdeführern geübte Kritik am Verhalten der Einwohnergemeinde C.____, denn das Verwaltungsgericht ist keine Aufsichtsbehörde. Auf diese Beschwerdepunkte ist nicht einzutreten.

2. Die Beschwerdeführer rügen zunächst, ihr rechtliches Gehör sei durch die kommunale Behörde verletzt worden. Die Einwohnergemeinde C.____ habe erst kurz vor Ablauf der Einsprachefrist Einsicht in ihre Akten gegeben. Weiter habe die Anhörung durch die Gemeinde, welche 30 Minuten gedauert habe, nicht gereicht, um die 40 Seiten umfassenden technischen, hochkomplexen Bauunterlagen zu besprechen. Die Einladung der Gemeinde sei zudem ausdrücklich als Einladung zu einer Anhörung erfolgt und nicht, wie nachträglich behauptet, als Einladung zu einem Augenschein. Bereits im Zeitpunkt des Versands der Einladung sei fest gestanden, dass sich das Wetter am 31. Januar (2019) überhaupt nicht für eine Anhörung im Freien eigne. Die Gemeinde sei nicht im Entferntesten gewillt gewesen, die Einsprechenden nur ansatzweise anzuhören. Alle Versuche der Einsprechenden, die Gemeindebehörde zu bewegen, die Anhörung in ein geschütztes Lokal zu verlegen, seien gescheitert. Weiter sei von der dem Wetter entsprechend abgekürzten Anhörung kein Protokoll erstellt worden und die Gemeinde habe sich gar geweigert, die von einer Teilnehmerin mitgebrachten Beweismittel entgegenzunehmen. Die diesbezügliche Beurteilung durch die Vorinstanz als nicht verfahrensrelevant entbehre jeder Grundlage.

E. 2

Das Baugesuch wurde am 26. Oktober 2018 publiziert. Während der Auflagefrist ging eine Sammeleinsprache von 58 Personen, darunter A.____ und B.____, gegen das Bauvorhaben

ein.

E. 2.1

Soweit die Beschwerdeführer erstmals eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts durch die kommunale Baubehörde geltend machen, hätten sie sich dagegen bereits im Rechtsmittelverfahren vor dem BJD zur Wehr setzen müssen. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs ist es nicht zulässig, formelle Rügen, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang noch später vorzubringen (BGE 135 III 334, E. 2.2). Die Rüge erweist sich demnach als verspätet. Selbst wenn darauf einzutreten wäre, wäre die Rüge abzuweisen. Bereits im Verfahren vor dem Departement, spätestens aber im hier anhängigen Verfahren wäre eine etwaige Gehörsverletzung geheilt. Eine Rückweisung käme einem prozessualen Leerlauf gleich (BGE 133 I 201, E. 2.2 S. 204 f.).

E. 2.2

Die der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Einigungsverhandlung vorgeworfenen Verletzungen von Verfahrensgarantien erweisen sich ebenfalls als unbegründet. Dem Protokollauszug der Sitzung der Bau- und Werkkommission der Einwohnergemeinde C.____ vom 19. Februar 2019 sind die wichtigsten Standpunkte der Diskussion und das Ergebnis der Einigungsverhandlung zu entnehmen. Unbeachtlich ist weiter, dass die kommunale Baubehörde die Einigungsverhandlung bzw. den Augenschein in der Einladung lediglich als Anhörung bezeichnet hat, zumal aus dem entsprechenden Schreiben klar hervorging, dass die Anhörung vor Ort erfolgen würde. Die Beschwerdeführer machen zudem nicht geltend, dass die tatsächlichen Verhältnisse vorliegend unklar waren. Diese hatten auch ausreichend Gelegenheit, sich schriftlich zum Baugesuch zu äussern, wie die Vorinstanz zu Recht festhält. Mit Blick darauf ist nicht zu beanstanden, wenn die Bau- und Werkkommission der Einwohnergemeinde C.____ die Einigungsverhandlung vor Ort aufgrund des garstigen Wetters offenbar nach 30 Minuten beendet hat, zumal eine solche Verhandlung nicht gesetzlich vorgeschrieben ist.

E. 2.3

Nach der Rechtsprechung liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn ein Gericht ■ oder wie hier eine Verwaltungsbehörde ■ auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil es auf Grund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_226/2018, E. 2.6 m.H.). Es wird von den Beschwerdeführern nicht geltend gemacht, dass die nicht abgenommenen Beweismittel Wesentliches zur Klärung des Rechtsstreits hätten beitragen können. Sodann konnten die Beschwerdeführer die streitigen Beweismittel vor dem BJD einreichen, welches den angefochtenen Entscheid mit derselben Kognition überprüfen konnte wie die kommunale Baubehörde. Eine allfällige Gehörsverletzung wäre demnach ohnehin geheilt worden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör bedeutet entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer im Übrigen nicht, dass sich die Behörde mit jedem Beweismittel und jedem Parteistandpunkt befassen muss (vgl. BGE 133 I 270, E. 3.1 mit Hinweisen).

3. Die Beschwerdeführer bringen sinngemäss vor, die im Standortdatenblatt für den Funkdienst 5G deklarierte Sendeleistung von lediglich 500 Watt ERP (equivalent radiated power) pro Sektor reiche niemals aus, um in C.____ ein 5G-Netz zu betreiben. Es müsse

damit gerechnet werden, dass diese Leistung verdeckt hochgefahren werde, besonders deshalb, weil kein wirksames Kontrollinstrument für die Behörde bestehe. Seit 1. Juni 2019 gälten bemerkenswerte, alles Bisherige zum neuen Mobilfunkstandard 5G in Frage stellende Änderungen der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV, SR 814.710). Die äquivalent abgestrahlte Leistung im Standortdatenblatt der streitigen Anlage sei mit 25'000 Watt zu veranschlagen, also 50 Mal höher als von der Swisscom (Schweiz) AG angegeben. Das verdeckte Hochfahren der deklarierten Sendeleistung von 500 auf 25'000 Watt sei technisch unumgänglich und ein Teil dieses Projekts. Sodann sei kein zuverlässiges Qualitätssicherungssystem vorhanden, welches die zulässige Sendeleistung überwache. Dass eine Messunsicherheit bei der nichtionisierenden Strahlung von 45 % Stand der Technik sei, sei nicht glaubhaft.

E. 3

Die Bau- und Werkkommission der Einwohnergemeinde C.____ wies mit Entscheid vom 19. März 2019 die Einsprachen ab und erteilte der Swisscom (Schweiz) AG die Baubewilligung für die Mobilfunkantenne mit Auflagen.

E. 3.1

Gemäss Art. 12 Abs. 1 NISV überwacht die Behörde die Einhaltung der Emissionsbegrenzungen. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts haben Anwohner von Mobilfunkanlagen ein schutzwürdiges Interesse, dass die Einhaltung der Grenzwerte der NISV durch objektive und überprüfbare bauliche Vorkehrungen gewährleistet wird. Das Bundesgericht schloss aber andere Möglichkeiten der Kontrolle nicht aus (Urteil 1C_172/2007 vom 17. März 2008 E. 2.2 mit Hinweisen auf BGE 128 II 378 E. 4 S. 379 ff. und Urteil 1A.160/2004 vom 10. März 2005 E. 3.3). Als alternative Kontrollmöglichkeit empfahl das BAFU in einem Rundschreiben vom 16. Januar 2006 die Einrichtung eines Qualitätssicherungssystems (QS-System) auf den Steuerzentralen der Netzbetreiberinnen (vgl. Rundschreiben Qualitätssicherung zur Einhaltung der Grenzwerte der NISV bei Basisstationen für Mobilfunk und drahtlose Teilnehmeranschlüsse vom 16. Januar 2006; nachstehend: Rundschreiben BAFU). Gemäss diesem Rundschreiben bezieht das QS-System nicht nur fernsteuerbare Parameter, sondern sämtliche Bauteile und Einstellungen ein, die nichtionisierende Emissionen beeinflussen (Rundschreiben BAFU, S. 2 Ziff. 2). Die Netzbetreiber haben dazu in den Steuerzentralen eine Datenbank (QS-Datenbank) zu implementieren, in der für jede Sendeanlage sämtliche Hardware-Komponenten und Geräteeinstellungen erfasst werden, welche die abgestrahlte Leistung (ERP) oder die Senderichtungen beeinflussen. Für ferngesteuerte oder manuelle Veränderungen der Einstellungen sind Prozesse zu definieren, die sicherstellen, dass die geänderten Einstellungen erfasst und unverzüglich in die QS-Datenbank übernommen werden. Das QS-System hat einmal pro Arbeitstag automatisch die effektiv eingestellten Sendeleistungen und -richtungen sämtlicher Antennen des betreffenden Netzes mit den bewilligten Werten bzw. Winkelbereichen zu vergleichen. Die dabei festgestellten Überschreitungen eines bewilligten Wertes sind, sofern dies durch Fernsteuerung möglich ist, innerhalb von 24 Stunden und andernfalls innerhalb einer Arbeitswoche zu beheben. Das QS-System hat bei festgestellten Überschreitungen automatisch Fehlerprotokolle zu erzeugen, die den Vollzugsbehörden alle zwei Monate unaufgefordert zuzustellen sind. Die Netzbetreiber haben den Behörden uneingeschränkte Einsicht in die QS-Datenbank zu gewähren (Rundschreiben BAFU, S. 2 f. Ziff. 3; das Ganze zitiert aus Urteil des Bundesgerichts 1C_97/2018 vom 3. September 2019, E. 6.2).

E. 3.2

Das Bundesgericht hat das QS-System bislang als wirksames Mittel zur Kontrolle der Emissionsbegrenzungen bezeichnet (statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 1C_97/2018 vom 3. September 2019). Wie die Beschwerdeführer selbst ausführen, verlangte das Bundesgericht im vorgenannten Urteil vom BAFU eine erneute schweizweite Überprüfung des Funktionierens der QS-Systeme (vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 1C_226/2018 vom 3. September 2019, E. 6.3 mit Verweis auf Urteil 1C_97/2018, E. 8). Dieser Umstand führt allerdings nicht dazu, dass die Baubewilligung hätte verweigert werden müssen. Die Argumente der Beschwerdeführer vermögen keine Zweifel am QS-System zu begründen.

E. 3.3

Mit der Baubewilligung wurde die Swisscom (Schweiz) AG auflagenweise verpflichtet, die Anlage spätestens bis zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme in das QS-System zu integrieren. Weiter ist bei einer Erhöhung der maximal äquivalenten Strahlungsleistung (ERP), einem Ersatz einer Antenne durch eine solche mit grösserem Öffnungswinkel und bei einer Neuordnung der Antennen am Mast eine Neuurteilung vorzunehmen und ein neues Standortdatenblatt einzureichen (vgl. Entscheid der Bau- und Werkkommission vom 19. März 2019, Dispositiv-Ziffer 5.5, S. 10). Damit erweist sich die Befürchtung der Beschwerdeführer, man werde die Sendeleistung verdeckt hochfahren, als unbegründet.

E. 3.4

Das Bundesgericht hat gestützt auf den Amtsbericht des Eidgenössischen Instituts für Metrologie (METAS) vom 11. Juni 2014 mehrfach bestätigt, dass die in der Praxis gemäss den bestehenden Messempfehlungen durchgeführten Abnahmemessungen auch heute noch dem Stand der Technik entsprechen; es liege damit kein technischer Wandel vor, der ein Abweichen von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Messung der Strahlung von Mobilfunkanlagen begründen könnte (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1C_323/2017 vom 15. Januar 2018, E. 4.2. m.H. sowie 1C_97/2018 vom 3. September 2019, E. 4). Die Kritik der Beschwerdeführer an der Ungenauigkeit der Abnahmemessungen vermag die vorliegend zu beurteilende Baubewilligung nicht in Frage zu stellen.

4. Die Beschwerdeführer machen unter Bezugnahme auf den Bericht der Arbeitsgruppe «Mobilfunk und Strahlung» vom 18. November 2019, der im Auftrag des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) erstellt wurde, geltend, Mobilfunkstrahlung sei wahrscheinlich krebserregend. Pflanzenschutzmittel mit derselben Bewertung (wahrscheinlich krebserregend) seien aus dem Verkehr gezogen worden.

E. 4

Gegen diesen Entscheid gelangten A.____ und B.____ mit Beschwerde vom 9. April 2019 an das Bau- und Justizdepartement (BJD) und verlangten sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids bzw. der Baubewilligung. Das BJD wies ihre Beschwerde mit Verfügung vom 25. November 2019 ab, soweit es darauf eintrat und auferlegte ihnen Verfahrenskosten von CHF 1'500.00.

E. 4.1

Im Bereich Gesundheit zeigt der vorgenannte Bericht den Stand des Wissens zu den gesundheitlichen Auswirkungen. Die gesundheitlichen Effekte von Mobilfunkstrahlung und insbesondere von Frequenzen, die in Zukunft voraussichtlich für 5G eingesetzt werden sollen, sind noch nicht abschliessend geklärt. Es war im Übrigen nicht Auftrag der Arbeitsgruppe, Studien über die gesundheitlichen Auswirkungen der Mobilfunkstrahlung durchzuführen (vgl. <https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/elektrosmog/dossiers/bericht-arbeitsgruppe-mobilfunk-und-strahlung.html#-833141795>, Stand 12. Juni 2020). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer enthält der Bericht keine neuen Erkenntnisse, was die Gesundheitsgefährdung von Mobilfunkanlagen betrifft.

E. 4.2

Der Immissionsschutz ist bundesrechtlich im Umweltschutzgesetz (USG; SR 814.01) und den darauf gestützten Verordnungen geregelt. Gemäss Art. 1 Abs. 2 USG sind Einwirkungen, die schädlich oder lästig werden könnten, im Sinne der Vorsorge frühzeitig zu begrenzen. Nach Art. 12 USG werden Emissionen unter anderem durch Emissionsgrenzwerte eingeschränkt (Abs. 1 lit. a), die durch Verordnung oder direkt auf das Gesetz abgestützte Verfügungen vorgeschrieben werden (Abs. 2). Der Bundesrat hat die NISV erlassen, die unter anderem die Immissionen von Mobilfunksendeanlagen regelt. Gemäss Art. 1 NISV soll die Verordnung vor schädlicher oder lästiger nichtionisierender Strahlung schützen. Anlagen, die nichtionisierende Strahlen emittieren, müssen bei der Erstellung und im Betrieb die vorsorglichen Emissionsgrenzwerte einhalten (vgl. Art. 4 Abs. 1 NISV sowie Ziff. 6 Anhang 1 NISV).

E. 4.3

Die Grenzwerte wurden vom Bundesrat nach Massgabe der Kriterien der technischen und betrieblichen Möglichkeit sowie der wirtschaftlichen Tragbarkeit gemäss Art. 11 Abs. 2 USG festgesetzt (vgl. Urteil 1C_576/2016 vom 27. Oktober 2017 E. 3.5.1). Jede Mobilfunksendeanlage hat für sich im massgebenden Betriebszustand an allen Orten mit empfindlicher Nutzung (sog. OMEN) den Anlagegrenzwert einzuhalten (vgl. Ziff. 64 und 65 Anhang 1 NISV). Zudem müssen überall, wo sich Menschen aufhalten können (sog. Orte für kurzfristigen Aufenthalt [OKA]) die festgelegten Immissionsgrenzwerte eingehalten werden (vgl. Art. 13 Abs. 1 NISV und Anhang 2 NISV).

E. 4.4

Das Bundesgericht bestätigte auch in neueren Entscheiden, dass die in der NISV festgelegten Grenzwerte verfassungs- und gesetzeskonform sind, da dem Bundesrat insoweit ein Ermessen zusteht und gemäss bisherigem Wissensstand Anhaltspunkte dafür fehlen, dass diese Grenzwerte abgeändert werden müssten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_348/2017 vom 21. Februar 2018; Urteile 1C_323/2017 vom 15. Januar 2018 E. 2.5.; 1C_576/2016 vom 27. Oktober 2017 E. 3.2.5.; 1C_340/2013 vom 4. April 2014 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen).

E. 4.5

Die Argumentation der Beschwerdeführer lässt keine Zweifel an dieser Einschätzung aufkommen. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass es in erster Linie Sache der zuständigen Fachbehörden ■ und nicht der Gerichte ■ ist, die internationale Forschung sowie die technische Entwicklung zu verfolgen und gegebenenfalls eine Anpassung der Grenzwerte der NISV zu beantragen (Urteil des Bundesgerichts 1C_118/2010 vom 20. Oktober 2010, E. 4.2.2). Gemäss gegenwärtigem Wissensstand sind

die in der NISV festgelegten Grenzwerte nicht zu beanstanden. Das Amt für Umwelt als kantonale Fachbehörde bestätigte mit Schreiben vom 31. Oktober 2018 im Übrigen, dass die von den Betreibern der Sendeanlage vorgelegten Immissionsprognosen für die Mobilfunkanlage zeigen, dass die Grenzwerte der NISV eingehalten werden. Für das Verwaltungsgericht besteht kein Anlass, diese Einschätzung der kantonalen Fachstelle in Zweifel zu ziehen.

5. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die unterliegenden Beschwerdeführer die Kosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht von CHF 2'000.00, unter solidarischer Haftbarkeit, je zur Hälfte zu tragen (§ 77 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG] i.V.m. Art. 106 ff. der eidgenössischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Sie werden mit dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

Ein Anspruch auf Ausrichtung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin Swisscom (Schweiz) AG besteht nicht, da diese nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten war, sondern im eigenen Namen gehandelt hat (§ 76bis Abs. 3 lit. b VRG).

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2. A. ___ und B. ___ haben die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht von CHF 2'000.00, unter solidarischer Haftbarkeit, je zur Hälfte zu bezahlen.

3. Parteientschädigung wird keine ausgerichtet.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Die Gerichtsschreiberin

Gottesman

E. 5

Dagegen erhoben A. ___ und B. ___ am 4. Dezember 2019 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, das Baugesuch sei abzulehnen, eventuell zur Nachbesserung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 6

Am 6. Januar 2020 erfolgte fristgerecht die Beschwerdebegründung.

E. 7

Die Swisscom (Schweiz) AG liess sich mit Stellungnahme vom 28. Januar 2020 vernehmen und beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei; unter

Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführer.

E. 8

Die Bau- und Werkkommission der Einwohnergemeinde C.____ beantragte mit Schreiben vom 28. Januar 2020 die Abweisung der Beschwerde.

E. 9

Das BJD beantragte mit Eingabe vom 31. Januar 2020, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführer.

II.

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