

SO_GERICHTE VWBES.2023.242 vom 14. Dezember 2021

SO Obergericht, 2021-12-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2023.242

FR: SO_GERICHTE VWBES.2023.242 du 14 décembre 2021

IT: SO_GERICHTE VWBES.2023.242 del 14 dicembre 2021

Erwägungen

E. 1

Die Swisscom (Schweiz) AG und die Sunrise UPC GmbH reichten am 11. Dezember 2019 bei der C.____ (Baukommission) ein Baugesuch für den Umbau einer bestehenden Mobilfunkanlage, mit neuem Mast und neuen Antennen, auf GB [...] Nr. [...] ein. Das Baugrundstück befindet sich in der Landwirtschaftszone, überlagert mit Juraschutzzone. Gemäss Zusatzblatt 1 zum Standortdatenblatt vom 22. Juni 2021 handelt es sich um eine Anlage mit Antennen der Gruppe ROWE.

E. 2

Mit Verfügung vom 14. Dezember 2021 erteilte das Bau- und Justizdepartement (BJD) dem Bauvorhaben die Ausnahmegewilligung nach Art. 24 des Rauplanungsgesetzes (RPG, SR 700) und wies die Einsprachen ab; auf eine wurde nicht eingetreten.

E. 3

Mit Entscheid vom 21. Februar 2022 erteilte die C.____ dem Vorhaben unter Auflagen und Bedingungen die baurechtliche Bewilligung. Sämtliche Einsprachen ■ darunter auch diejenigen von A.____ sowie B.____ ■ wurden abgewiesen. Auf eine Einsprache wurde nicht eingetreten.

E. 4

Hiergegen erhoben A.____ sowie B.____, alle vertreten durch Rechtsanwalt Michael Fretz (nachfolgend Beschwerdeführer), mit Schreiben vom 3. März 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht (VWBES.2022.97). Sie stellten folgende Anträge:

1. Die Verfügung der Gemeinde [...] vom 21. Februar 2022 sei samt der Bewilligung des Bau- und Justizdepartements vom 14. Dezember 2021 aufzuheben.
2. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge.

Mit Eingabe vom 18. März 2022 reichten die Beschwerdeführer eine Beschwerdebeurteilung ein.

E. 4.1

Die Beschwerdeführer rügen, die geplante Mobilfunkanlage in der Landwirtschaftszone sei nicht standortgebunden. In diesem Zusammenhang monieren sie, es fehle an der Interessensabwägung für den Standort ausserhalb der Bauzone. Es habe keine Standortevaluation stattgefunden, weshalb der gewählte Standort ausserhalb des Baugebiets nicht in Frage komme. Die Vorinstanzen hätten eine umfassende Interessensabwägung durchführen müssen; es reiche nicht aus, sich auf vorherige Bewilligungen oder Abwägungen zu berufen.

E. 4.2

Die Beschwerdegegnerin hingegen vertritt die Ansicht, die geplante Mobilfunkanlage sei ausserhalb der Bauzone absolut standortgebunden. Die Mobilfunkanlage bestehe seit dem Jahr 2000 und die Standortgebundenheit sei bereits mehrfach nachgewiesen worden.

5. Mobilfunkantennen können nach der Rechtsprechung ausnahmsweise auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen sein, wenn eine Deckungs- oder Kapazitätslücke aus funktechnischen Gründen mit einem oder mehreren Standorten innerhalb der Bauzonen nicht in genügender Weise beseitigt werden kann bzw. es bei einem Standort innerhalb der Bauzonen zu einer nicht vertretbaren Störung der in anderen Funkzellen des Netzes verwendeten Frequenzen kommen würde (BGE 133 II 409 E. 4.2). Die Rechtskraft einer früheren Bewilligung erfasst nur die bewilligte Anlage. Bei einer wesentlichen Änderung der bewilligten Anlage ist die Standortgebundenheit der gesamten Anlage erneut zu überprüfen. Allerdings führt die Verneinung der Standortgebundenheit in diesem Fall ■ sofern keine Widerrufsgründe vorliegen ■ nur zur Verweigerung des Änderungsgesuchs und nicht zur Beseitigung der rechtskräftig bewilligten bestehenden Anlage (BGE 133 II 409 E. 4.1).

E. 5

Mit Stellungnahme vom 1. April 2022 schloss das BJD auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

E. 6

Die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend Beschwerdegegnerin) beantragte mit Beschwerdeantwort vom 27. April 2022 die Abweisung der Beschwerde, unter Kostenaufgabe zu Lasten der Beschwerdeführer.

E. 6.1

Mit dem geplanten Umbau sollen die bestehenden Antennen und der bestehende Mast vollständig rückgebaut und ersetzt werden. Die neue Mobilfunkanlage soll versetzt zur bisherigen zu stehen kommen. Die Höhe des Mastes soll (um 5 m) erhöht werden und neu 35 m betragen. Neu sollen auch adaptive Antennen angebracht werden. Unter adaptiven Antennen im Sinne der Verordnung über den Schutz vor nicht-ionisierender Strahlung (NISV, SR 814.710) werden Sendeantennen oder Antennensysteme verstanden, die ihre Senderichtung und/oder ihr Antennendiagramm automatisch durch Algorithmen in kurzen zeitlichen Abständen (im Bereich von Millisekunden bis einige Sekunden) ohne Veränderung der Montagerichtung anpassen (sog. «beamforming»). Diese Anpassung kann sowohl in horizontaler als auch in vertikaler Senderichtung geschehen. Konventionelle Antennen hingegen senden im Wesentlichen mit einer immer gleichen räumlichen Verteilung der Strahlung (vgl. Adaptive Antennen, Nachtrag vom 23. Februar 2021 zur Vollzugsempfehlung zur NISV für Mobilfunk und WLL-Basisstationen, BUWAL 2022, Ziff. 3.1).

E. 6.2

Zu prüfen ist, ob der geplante Umbau der Mobilfunkantenne der Baubewilligung unterliegt und ob es sich um eine wesentliche Änderung im Vergleich zur bestehenden Mobilfunkanlage handelt. Einerseits ist eine äusserliche Änderung (jedoch nicht im Sinne einer Reduktion) auszumachen. Dies betrifft insbesondere die Form des Mastes, eine Erhöhung der Anlage um ca. 5 m, die Verschiebung des Standortes der Anlage sowie neue

und anders angeordnete Antennen. Andererseits ist auch eine nutzungsmässige Änderung auszumachen, wie die Gegenüberstellung des zuletzt bewilligten Standortdatenblattes vom 14. April 2015 mit demjenigen vom 22. Juni 2021 zeigt. Das nun im Beschwerdeverfahren massgebende, neue Standortdatenblatt vom 22. Juni 2022 weicht insbesondere in folgenden Punkten vom vormaligen ab: neu sind auch adaptive Antennen vorhanden. Es sind neue Frequenzbereiche zu verzeichnen (bisher 800-900 MHz und 1■800-2■100 MHz, neu 700-900 MHz, 1■400-2■600 MHz und 3■600 MHz). Der Anlagenperimeter steigt von 144,73 m auf 321,58 m. Ebenso erfährt die maximale Distanz für die Einspracheberechtigung eine Vergrösserung (der Einspracheperimeter wächst von 964,9 m auf 2'143,9 m). Der geplante Umbau umfasst somit wesentliche Änderungen und es wurde zu Recht ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt. Es blieb denn auch unbestritten, dass das geplante Bauvorhaben der Baubewilligung unterliegt (für eine baubewilligungsfreie Änderung vgl. VWBES.2022.95).

E. 7

Mit Stellungnahme vom 16. Mai 2022 äusserten sich die Beschwerdeführer hierzu.

E. 7.1

Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) dient einerseits der Klärung des Sachverhalts, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtstellung des Einzelnen eingreift. Der Betroffene hat das Recht, sich vor Erlass eines in seine Rechtstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern. Dazu gehört insbesondere das Recht, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 133 I 270 E. 3.1; 127 I 54 E. 2b).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet auch, dass die Behörde die Vorbringen der betroffenen Person auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Die Begründung des Entscheids muss so abgefasst sein, dass ihn der Betroffene gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Sie muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 138 IV 81 E. 2.2; 136 I 184 E. 2.2.1; 133 III 439 E. 3.3 mit Hinweisen).

E. 7.2

Mit Verfügung vom 14. Dezember 2021 bestätigte das BJD die Standortgebundenheit des Bauvorhabens und erteilte die Ausnahmegewilligung nach Art. 24 des Raumplanungsgesetzes (RPG, SR 700). Das BJD erwog in E. 7.5, an der letztmals im August 2015 vorgenommenen Interessensabwägung und der daraus folgenden Bejahung der Standortgebundenheit habe sich nichts geändert. Eine vertiefte Begründung (bzw. Interessensabwägung) ist anhand der Verfügung nicht erkennbar. Nichts anderes ergibt sich mit Blick auf die Akten aus dem Jahr 2015. Der zugehörigen Verfügung des BJD vom 26. August 2015 ist zwar zu entnehmen, dass das (damalige) Bauvorhaben standortgebunden war, eine eigentliche Begründung ist aber auch hier nicht auszumachen.

Nach dem Gesagten gehen die Überlegungen im Zusammenhang mit der Standortgebundenheit in der vorliegend angefochtenen Verfügung des BJD zu wenig hervor. Insbesondere ist ■ auch unter dem Beizug der Baubewilligungs-Akten aus dem Jahr 2015 ■ nicht hinreichend erkenn- und nachvollziehbar, warum die Standortgebundenheit beim Bauvorhaben bejaht wurde. Eine Heilung der Gehörsverletzung im vorliegenden Verfahren wäre im Zusammenhang mit der Beschwerde VWBES.2022.97 zwar grundsätzlich denkbar (volle Kognition), kommt infolge fehlender Grundlagen, gestützt auf die vorliegenden Akten, aber nicht in Frage.

E. 7.3

Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet und ist gutzuheissen. Die Verfügung des BJD vom 14. Dezember 2021 ist aufzuheben und die Sache zur Klärung der Standortgebundenheit an das BJD zurückzuweisen. Damit erübrigt sich die Prüfung der weiteren Rügen der Beschwerdeführer.

E. 7.4

Dass die Baubewilligung aufgrund der ausstehenden Ausnahmegewilligung nach § 38bis des Planungs- und Baugesetzes (PBG, BGS 711.1) nicht erteilt werden kann, steht ausser Frage. Die angefochtene Verfügung des BJD vom 30. Juni 2023 ist daher ebenso aufzuheben. Die Prüfung der diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführer erübrigt sich damit. Die C.____ wird erneut über das Baugesuch zu befinden und verfügen haben, sobald das BJD rechtsgenüglich über die Standortgebundenheit entschieden hat.

E. 8

Mit Eingabe vom 27. Mai 2022 äusserte sich die Beschwerdegegnerin hierzu.

E. 8.1

Die Beschwerdeführer sind mit ihrem Begehren in der Hauptsache durchgedrungen. Ihnen sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

Die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 2'000.00 sind vom Kanton Solothurn zu tragen. Den Beschwerdeführern sind die geleisteten Kostenvorschüsse von total CHF 4'000.00 (VWBES.2022.97 total CHF 2'000.00 und VWBES.2023.242 total CHF 2'000.00) zurückzuerstatten. Ebenso sind die Kosten des Verfahrens vor dem BJD vom Kanton Solothurn zu tragen. Den Beschwerdeführern sind die geleisteten Kostenvorschüsse von total CHF 1'500.00 (2x CHF 750.00) zurückzuerstatten.

Zudem ist den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung auszurichten (§ 77 VRG i.V.m. Art. 106-109 Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Sie waren im Verfahren VWBES.2022.97 durch Rechtsanwalt Michael Fretz vertreten. Dieser macht mit Kostennote vom 30. Mai 2022 einen Aufwand von insgesamt CHF 5'578.00 geltend (Honorar: 16.60 Stunden à CHF 300.00/Std. [CHF 4'980.00], Auslagen von 4% [CHF 199.20] sowie 7,7% MWST [CHF 398.80]). Es gilt zu berücksichtigen, dass die beim Verwaltungsgericht eingereichte Beschwerde betreffend die Anfechtung des kommunalen Entscheids zuständigkeitshalber an das Bau- und Justizdepartement weitergeleitet wurde (vgl. Verfügung des Verwaltungsgerichts vom 20. Januar 2023). Dieser Aufwand ist für das Verfahren vor Verwaltungsgericht zwar nicht zu entschädigen, jedoch für das Verfahren vor dem BJD. Der Gebührentarif (GT, BGS 615.11) kennt keine Auslagenpauschale. Da die effektiv angefallenen Auslagen in etwa den geltend gemachten Spesen entsprechen, sind den Beschwerdeführern Auslagen im Umfang von CHF 200.00 zu ersetzen. Eine

Honorarvereinbarung liegt nicht vor, weshalb praxisgemäss ein Stundenansatz von CHF 280.00 zu entschädigen ist. Der Stundenansatz ist entsprechend um CHF 20.00/Std. zu kürzen. Der Aufwand von 16.60 Stunden à CHF 280.00/Std. [CHF 4'648.00] und Spesen von CHF 200.00, zuzüglich 7,7 % MWST [CHF 373.30], total CHF 5'221.30 ausmachend, erscheinen für das Verfahren vor Verwaltungsgericht und vor dem BJD gerechtfertigt und sind durch den Kanton Solothurn zu entschädigen.

Demnach wird erkannt:

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen 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

Der Präsident

Thomann

Der Gerichtsschreiber

Luder

E. 9

Die Sunrise UPC GmbH liess sich nicht vernehmen.

E. 10

Mit Verfügung des Verwaltungsgerichts vom 20. Januar 2023 wurde die Beschwerde vom 3. März 2022 (gegen den Entscheid der C.____ vom 21. Februar 2022) zuständigkeitshalber an das BJD überwiesen.

E. 11

Mit Verfügung vom 30. Juni 2023 wies das BJD die Beschwerde ab. Die Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 1'500.00 wurden den Beschwerdeführern auferlegt.

E. 12

Gegen die eben genannte Verfügung erhoben A.____ (nun nicht mehr vertreten durch Rechtsanwalt Michael Fretz) mit Schreiben vom 14. Juli 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht (VWBES. 2023.242). Sie stellten folgende Anträge:

1. Der Entscheid des Bau- und Justizdepartements vom 30. Juni 2023 sei aufzuheben.
2. Das Baugesuch sei zur Neuberechnung der Anlagegrenzwerte an den OMEN zurückzuweisen und anschliessend mit rechtsgenügender Entscheidungsbegründung neu zu eröffnen.
3. Eventualiter sei das Verfahren zu sistieren bis ein taugliches Qualitätssicherungssystem sowie ein taugliches Messverfahren für adaptive Antennen vorliegen.
4. Eventualiter sei das Verfahren zu sistieren bis das Bundesgericht ein Urteil zu adaptiven Antennen (Vollzugsempfehlung BAFU vom 23. Februar 2021 und Änderung NISV vom

E. 17

Dezember 2021) gefällt hat.

5. Subeventualiter sei im Bauentscheid festzuhalten, dass die Mobilfunkanlage keinen Korrekturfaktor anwenden darf und der Anlagegrenzwert als Effektivwert ohne Sendeleistungserhöhung und gemittelter Messung eingehalten werden muss.

6. Den Einsprechenden sei zu allfälligen Stellungnahmen der Bauherrschaft und des Amtes für Umwelt (NIS-Fachstelle: Martin Stocker) das Replikrecht zu gewähren.

13. Mit Stellungnahme vom 24. August 2023 schloss das BJD auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

14. Die C.____ teilte mit Schreiben vom 31. August 2023 mit, dass sie auf eine Stellungnahme verzichte.

15. Für die Parteistandpunkte und die Erwägungen der Vorinstanz wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachfolgend darauf einzugehen.

II.

1. Die beiden Beschwerden VWBES.2022.97 und VWBES.2023.242 sind frist- und formgerecht erhoben worden. Sie sind zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung zuständig (vgl. § 49 Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12). Da sie denselben Sachverhalt betreffen, rechtfertigt sich eine Vereinigung der Beschwerden und deren gleichzeitige Behandlung in einem Urteil.

Die Berechnung des Einspracheperimeters ist dem Zusatzblatt 2 zum Standortdatenblatt vom 22. Juni 2021 zu entnehmen und mit 2'143,9 m angegeben.

Die Beschwerdeführer haben am Einsprache- und Beschwerdeverfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Sie wohnen innerhalb des Einspracheperimeters, sind durch die angefochtenen Verfügungen beschwert und damit zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerden ist einzutreten.

2. Das Verwaltungsgericht überprüft die angefochtenen Entscheide auf unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie auf Verletzung von kantonalem oder Bundesrecht. Die Überschreitung oder der Missbrauch des Ermessens gelten nach § 67bisAbs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG, BGS 124.11) als Rechtsverletzung. Auf Unangemessenheit hin kann die angefochtene Verfügung des BJD vom 30. Juni 2023 nicht überprüft werden (vgl. § 67bisAbs. 2 VRG).

3. Die Beschwerdeführer beantragen die Sistierung des Verfahrens. Die Sache ist spruchreif und der Ausgang des Verfahrens hängt nicht von einem ausstehenden Entscheid des Bundesgerichts (zu adaptiven Antennen) ab. Die (Eventual-)Anträge der Beschwerdeführer auf Sistierung des Verfahrens sind abzuweisen.

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