

ZH_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0001/2022 vom 6. Januar 2022

ZH Baurekursgericht, 2022-01-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE IV Nr. 0001_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE_IV_Nr._0001_2022)

FR: ZH_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0001/2022 du 6 janvier 2022

IT: ZH_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0001/2022 del 6 gennaio 2022

Regeste

Die Rekurrierenden beantragten die Aussprechung von Betriebsverboten für diverse Mobilfunk-Antennenanlagen mit der Begründung, bei diesen seien unzulässigerweise Änderungen im Zusammenhang mit dem Mobilfunkstandard 5G sowie dem Einsatz adaptiver Antennen im Bagatellverfahren vorgenommen worden. Gemäss dem Baurekursgericht war seitens der Rekurrierenden nicht dargetan und auch nicht ersichtlich, dass bei den fraglichen Änderungen (die nicht die Anwendung eines Korrekturfaktors betrafen) die Voraussetzungen für eine Qualifikation als Bagatelländerung nicht eingehalten worden wären. Festgehalten wurde zudem, dass die seinerzeitige Anwendung des Bagatellverfahrens für Änderungen im Zusammenhang mit dem 5G-Standard und adaptiven Antennen nicht per se unzulässig sei. Entsprechend wurde der Rekurs abgewiesen.

Erwägungen

E. 4

Eine Rechtsverzögerung ist anzunehmen, wenn die Bereitschaft zum Erlass der betreffenden Anordnung zwar grundsätzlich besteht, die zuständige Behörde die Anordnung aber nicht innert einer angemessenen Behandlungsdauer erlässt. Die Unangemessenheit muss hierbei klar auf der Hand liegen. Auf eine (unrechtmässige) Rechtsverzögerung darf somit nur sehr zurückhaltend geschlossen werden. Eine Rechtsverweigerung liegt demgegenüber vor, wenn der Behörde die Bereitschaft zum Erlass der Anordnung gänzlich fehlt. Die Rechtsverweigerung erfolgt implizit, indem die Behörde auf ein Gesuch überhaupt nicht reagiert, oder explizit, indem sie mit einer informellen Mitteilung den Erlass einer anfechtbaren Anordnung ablehnt (vgl. zum Ganzen Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 1045 ff., und Jürg Bosshart / Martin Bertschi, Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 19 Rz. 40 ff.). Entgegen dem Rekurrenten ist eine Rechtsverweigerung vorliegend von vornherein nicht ersichtlich, da die Vorinstanz mit dem angefochtenen Beschluss über die vom Rekurrenten mit Eingabe vom 28. November 2020 gestellten Rechtsbegehren entschieden hat. In Frage käme somit lediglich eine Rechtsverzögerung. Auch eine solche ist indessen mit Blick auf die konkrete Dauer des Verfahrens von knapp sieben Monaten, dessen Gegenstand sowie den Umstand, dass die Vorinstanz im fraglichen Zeitraum nicht untätig blieb, sondern mit dem Rekurrenten auf dem Korrespondenzweg mehrfach in Kontakt stand (vgl. act. 3 S. 1 f. sowie den aus act. 9.2 teilweise ersichtlichen E-Mail-Verkehr), zu verneinen. Selbst wenn entgegen dieser Einschätzung eine Rechtsverzögerung zu bejahen wäre, könnte diese im Übrigen von vornherein nicht das seitens des Rekurrenten angestrebte Betriebsverbot, zu R4.2021.00119

dessen Begründung in der Rekurschrift auf die angebliche "Rechtsverweigerung" hingewiesen wird, zur Folge haben. Letzteres gilt sodann in gleicher Weise für die – zumindest im Falle des Antennenstandorts B.-Strasse 11 unbestrittene – Überschreitung der Frist zur Durchführung einer Abnahmemessung. In Übereinstimmung mit den zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen bietet auch dieser Umstand keine Grundlage für die beantragte Aussprechung eines Betriebsverbots, sondern gegebenenfalls für eine entsprechende Ersatzvornahme, ganz abgesehen davon, dass die fragliche Messung mittlerweile durchgeführt worden ist (vgl. das vom Rekurrenten eingereichte act. 19.3).

5.1. Hinsichtlich der weiteren Argumentation des Rekurrenten ist einleitend auf Folgendes hinzuweisen: Nicht in Frage steht vorliegend eine Konstellation, bei der es um den Widerruf einer formell rechtmässigen, aber materiell rechtswidrigen Verfügung geht. Denn bezüglich der insoweit allein in Betracht fallenden ursprünglichen (ordentlichen) Baubewilligung für die jeweilige streitbetroffene Mobilfunk-Antennenanlage macht der Rekurrent von vornherein keine Gründe geltend, welche die materielle Rechtmässigkeit der seinerzeitigen Beurteilung in Frage stellen würden. Strittig ist vielmehr, ob für die im Nachgang erteilten Bagatelländerungs-Bewilligungen zulässigerweise auf die Durchführung eines ordentlichen Bewilligungsverfahrens verzichtet wurde. Würde dies verneint, könnte die entsprechende Änderung formell noch nicht als bewilligt gelten, was primär zur Folge hätte, dass ein entsprechendes ordentliches Bewilligungsverfahren durchzuführen wäre. Die seitens des Rekurrenten in diesem Zusammenhang beantragten Betriebsverbote sind dabei primär als Vollzugsanordnungen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu qualifizieren, soll mit ihnen doch erreicht werden, dass die Antennenanlagen nur im ursprünglich ordentlich und rechtskräftig bewilligten Umfang betrieben werden dürfen unter Verzicht auf die nachträglich im Bagatellverfahren bewilligten Änderungen. Gegebenenfalls könnten die Betriebsverbote auch als vorsorgliche Nutzungsbeschränkungen (mithin als vorsorgliche Massnahmen) im Hinblick auf ein zukünftiges ordentliches Bewilligungsverfahren qualifiziert werden, was allerdings durch die rekurrentischen Anträge und Argumente, die gerade nicht R4.2021.00119 Seite 12

auf eine Fristansetzung für ein zukünftiges ordentliches Bewilligungsverfahren Bezug nehmen, nicht nahegelegt wird. Die Frage kann letztlich offenbleiben, da die Anordnung eines Betriebsverbots in beiden Fällen darauf beruhen würde, dass die Durchführung von Bagatellverfahren als unzulässig erachtet würde, was im Folgenden zu klären ist. Bemerkungsweise ist schliesslich vorzuschicken, dass bei den streitbetroffenen Bagatellverfahren von vornherein nicht die Anwendung eines Korrekturfaktors Thema sein kann. Dieser Mechanismus, der mit dem in Anhang 1 Ziff. 63 NISV enthaltenen Gebot einer Berücksichtigung der Variabilität der Senderichtungen und Antennendiagramme bei adaptiven Antennen in Zusammenhang steht, wurde erst mit dem Nachtrag des BAFU vom 23. Februar 2021 zur Vollzugsempfehlung zur NISV (im Folgenden: Nachtrag zur Vollzugsempfehlung zur NISV) eingeführt. Die fraglichen Bagatelländerungsbewilligungen sind jedoch vor diesem Datum ergangen, wie bereits aufgrund des Datums der ursprünglichen rekurrentischen Rechtsbegehren (vgl. act. 9.1) erhellt. Während das Baurekursgericht bereits mehrfach festgehalten hat, dass eine Erhöhung der maximalen Sendeleistung ERP auch dann eine Änderung im Sinne von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 max,n lit. d NISV bedeutet, wenn die um den Korrekturfaktor K

rechnerisch reduzierte Sendeleistung ERP nicht über den bislang bewilligten Höchstwert hinaus ausgeht, so dass entgegen der Übergangsbestimmung im Nachtrag zur Vollzugshilfe zur NISV hierfür ein (ordentliches) Baugesuch einzureichen ist, stellt sich vorliegend die Frage, ob für anders geartete Änderungen im Zusammenhang mit dem 5G-Standard und adaptiven Antennen (vgl. zum Zusammenhang dieser beiden Begriffe S. 2 der Erläuterungen zu adaptiven Antennen und deren Beurteilung gemäss der NISV [im Folgenden: Erläuterungen zum Nachtrag zur Vollzugsempfehlung zur NISV]) das Bagatellverfahren zulässig ist.

5.2. Gemäss Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV gilt als Änderung einer Anlage (a) die Änderung der Lage von Sendeantennen; (b) der Ersatz von Sendeantennen durch solche mit einem anderen Antennendiagramm; (c) die Erweiterung mit zusätzlichen Sendeantennen; (d) die Erhöhung der ERP über den bewilligten Höchstwert hinaus; oder (e) die Änderung von Senderichtungen über den bewilligten Winkel hinaus. In den von der BPUK genehmigten "Empfehlungen zur Bewilligung von Mobilfunkanlagen: Dialogmodell und Bagatelländerungen" in der – insoweit gegenüber der ursprünglichen Version vom 7. März 2013 unveränderten – Fassung vom 19. September 2019 wird unter dem Titel "Kriterien für Bagatelländerungen" festgehalten, Änderungen im Sinne der NISV von Mobilfunkanlagen führten nicht in jedem Fall zu einer nennenswerten Erhöhung der elektrischen Feldstärke. Um unverhältnismässigen administrativen Aufwand zu vermeiden, werde empfohlen, solche Änderungen unter folgenden Kriterien als Bagatelländerungen zu behandeln und auf eine (ordentliche) Baubewilligung zu verzichten: 1. an OMEN, an denen der Anlagegrenzwert (vgl. zu dessen Umschreibung Anhang 1 Ziff. 64 NISV) vor der Änderung im massgebenden Betriebszustand bereits mehr als 50 % ausgeschöpft war, nehmen die berechneten elektrischen Feldstärken nicht zu; 2. an den übrigen OMEN liegen die berechneten elektrischen Feldstärken im massgebenden Zustand mindestens 50 % unter dem Anlagegrenzwert und nehmen im Vergleich zur vorherigen Situation um weniger als 0,5 V/m zu (BPUK-Empfehlungen S. 6).

5.3. Die rekurrentischen Vorbringen sind nicht geeignet, Zweifel an der Einhaltung dieser Vorgaben im Zusammenhang mit den beanstandeten Bagatelländerungsbewilligungen für die streitbetroffenen Antennenstandorte zu wecken (vgl. zur grundsätzlichen Frage der Zulässigkeit von Bagatellverfahren im Zusammenhang mit 5G und adaptiven Antennen nachstehend E. 5.4).

Was zunächst den Haupteinwand anbelangt, wonach für die Anwendung der Mobilfunktechnologie 5G (New Radio) höhere Sendeleistungen benötigt würden, so dass Änderungen im Zusammenhang mit 5G einem Bagatellverfahren von vornherein nicht zugänglich seien, geht der Rekurrent selbst davon aus, die von ihm behauptete Erhöhung der Leistung komme in den bewilligten Standortdatenblättern jeweils gar nicht zum Ausdruck. Aus rekurrentischer Sicht bedeutet dies, dass die Standortdatenblätter seitens der Mobilfunkbetreiber nachgerade systematisch falsch ausgefüllt werden. Zunächst ist demgegenüber gerade gestützt auf die entsprechenden rekurrentischen Ausführungen festzuhalten, dass massgeblich für den bewilligten Betrieb der jeweiligen Mobilfunkantennen-Anlage die im Standortdatenblatt ausgewiesenen Werte (unter anderem betreffend Sendeleistung) sind. Nicht entscheidend ist, ob nach Ansicht des Rekurrenten mit den entsprechenden Werten ein 5G-Netz betrieben werden kann oder ob hierfür eine höhere Leistung erforderlich wäre, da so oder anders ein Betrieb der fraglichen Mobilfunkanlage R4.2021.00119 Seite 14

lediglich unter Einhaltung der bewilligten Parameter zulässig ist, so dass hinsichtlich der Frage, ob sich dabei die elektrischen Feldstärken in einer mit den BPUK-Empfehlungen nicht kompatiblen Weise verändern, für die der Beurteilung zugrunde zu legende Sendeleistung auf die Angaben im jeweiligen Standortdatenblatt abgestellt werden kann. Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang auch der in der Quintuplik erfolgende Verweis auf S. 37 des von der Arbeitsgruppe Mobilfunk und Strahlung im Auftrag des UVEK herausgegebenen Berichts "Mobilfunk und Strahlung" vom 18. November 2019, da dort zwar ein zusätzlicher Leistungsbedarf für die Realisierung von 5G mit 80 MHz im 3,5-GHz-Band anerkannt wird, mit dieser allgemeinen Feststellung aber keine Aussage darüber erfolgt, ob bei einer konkreten Mobilfunk-Antennenanlage bzw. dem für diese als massgeblich erklärten Standortdatenblatt eine entsprechende Leistungssteigerung auch effektiv in Anspruch genommen wird. Der Rekurrent liefert im Übrigen selbst einen Erklärungsansatz dafür, weshalb die von ihm als zu tief erachteten Angaben in den jeweiligen Standortdatenblättern durchaus plausibel sein können, indem er wie erwähnt auf eine mögliche Aufteilung des Verfahrens verweist, bei der in einem ersten Schritt ein Wechsel von konventionellen zu adaptiven Antennen vollzogen wird mit der Absicht, erst in einem zweiten Schritt die Zustimmung zur Anwendung eines Korrekturfaktors (mit entsprechender Auswirkung auf die zulässige tatsächliche maximale Sendeleistung) zu erhalten. Weitere Gründe, weshalb spezifisch bei den konkret in Frage stehenden Antennenanlagen bzw. deren Standortdatenblättern von zu tiefen Sendeleistungen ausgegangen worden wäre, macht der Rekurrent nicht geltend, womit es insoweit an einer Substantiierung der fraglichen Rüge fehlt. Vielmehr erschöpfen sich seine Ausführungen in der referierten generellen Infragestellung entsprechender Angaben, was aber wie dargelegt als bloss – und überdies unplausibel – Unterstellung sowie unter Verweis auf die alleinige Massgeblichkeit der im Standortdatenblatt bewilligten Parameter zurückzuweisen ist. Nichts abzuleiten vermag der Rekurrent auch aus der mittels Abnahmemessung bestätigten Überschreitung des Anlagegrenzwerts an seinem Wohnort (act. 19.3). Vielmehr ist es nachgerade der Sinn der Durchführung von Abnahmemessungen (die gemäss S. 20 der Vollzugsempfehlung zur NISV [Mobilfunk- und WLL-Basisstationen, Vollzugsempfehlung zur NISV, BUWAL/BAFU, Bern 2002] sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geboten sind, wenn gemäss rechnerischer Prognose der Anlage-R4.2021.00119 Seite 15

grenzwert an einem OMEN zu 80 % erreicht wird), dass allfällige Abweichungen festgestellt und – wie vorliegend – behoben werden können. Entgegen dem Rekurrenten lässt die festgestellte Abweichung keine Rückschlüsse darauf zu, dass höhere als die bewilligten Sendeleistungen zur Anwendung gebracht worden wären. Ebenso wenig lässt sich – was der Rekurrent denn auch gar nicht geltend macht – der eingereichten Abnahmemessung entnehmen, dass beim fraglichen Standort B.-Strasse 11 die Voraussetzungen einer Bagatelländerung gemäss BPUK-Empfehlung nicht erfüllt gewesen wären, beziehen sich die fraglichen Kriterien (vgl. E. 5.2) doch auf die Frage einer Veränderung der berechneten elektrischen Feldstärken, wozu sich act. 19.3 gar nicht äussert. Ganz generell kann schliesslich festgehalten werden, dass auch die weiteren vom Rekurrenten ebenfalls in bloss allgemeiner Form erwähnten Vorbehalte gegenüber dem 5G-Standard bzw. adaptiven Antennen nicht geeignet sind, die behauptete Verstärkung der Belastung der Umwelt und damit letztlich auch eine Nichteinhaltung der Bagatelländerungskriterien darzutun. Denn bezüglich adaptiver Antennen sind sowohl die Zulässigkeit der – bei vor dem Nachtrag zur Vollzugshilfe zur NISV vom 23. Februar 2021

erteilten Bewilligungen von vornherein allein in Betracht fallenden – "worst case"-Beurteilung anhand von Antennendiagrammen, die für jede Senderichtung den maximal möglichen Antennengewinn berücksichtigen, als auch die Existenz eines funktionierenden Qualitätssicherungssystems und die Möglichkeit von Abnahmemessungen in der Rechtsprechung anerkannt (vgl. nur VB.2021.00048 vom 3. Juni 2021, E. 5 und 7). Während sich diese Aspekte noch zumindest mittelbar auf die Frage der Veränderung der elektrischen Feldstärken (wenngleich nur zum Teil der berechneten Feldstärken) beziehen, beschlagen die Hinweise zu den gesundheitlichen Auswirkungen im Zusammenhang mit adaptiven Antennen nicht mehr spezifisch die Bagatelländerungskriterien, sondern in allgemeinerer Form die seitens des Rekurrenten erwartete Vergrößerung der Umweltbelastung; nichtsdestotrotz ist – mit Blick auf die in E. 5.4 erfolgende Beurteilung der generellen Zulässigkeit von Bagatellverfahren im Zusammenhang mit adaptiven Antennen – auch insoweit festzuhalten, dass die Rechtsprechung die seitens des Rekurrenten erwähnten Aspekte im Rahmen einer materiellen Beurteilung jeweils als unproblematisch erachtet (vgl. wiederum nur VB.2021.00048 vom 3. Juni 2021, E. 8).
R4.2021.00119 Seite 16

Zusammenfassend ergibt sich, dass weder aufgrund der rekurrentischen Argumentation zur Sendeleistung noch aufgrund der weiteren Ausführungen des Rekurrenten ersichtlich ist, dass bei den streitbetroffenen Antennenstandorten die Voraussetzungen für Bagatelländerungen gemäss den BPUK-Empfehlungen nicht eingehalten worden wären. Gleiches gilt im Übrigen für die vom Rekurrenten primär angerufene Umschreibung der Bagatelländerung in den Empfehlungen der Arbeitsgruppe NIS des Cercl'Air vom 12. August 2015. Danach gelten – bei Einhaltung insbesondere der Immissionskriterien gemäss BPUK-Empfehlung – als Bagatelländerungen ausdrücklich die Änderung von Antennentypen sowie die Verschiebung von Sendeleistung zwischen bisher genutzten oder neuen Frequenzbändern innerhalb des gleichen Antennen-Panels und Azimuts. Entgegen der rekurrentischen Argumentation ist nicht ersichtlich, dass im Zusammenhang mit dem 5G-Standard die genannten Anwendungsfälle von vornherein ausgeschlossen wären, zumal seitens des Rekurrenten insoweit erneut primär auf die angelegte Erhöhung der Sendeleistung verwiesen wird, was jedoch im Sinne der vorstehenden Ausführungen fehlt. 5.4. Damit verbleibt die grundsätzliche Frage, ob die Anwendung des Bagatellverfahrens für Änderungen im Zusammenhang mit dem 5G-Standard und adaptiven Antennen per se, mithin unabhängig von der Einhaltung der in den jeweiligen Empfehlungen umschriebenen Voraussetzungen, unzulässig ist. Wie erwähnt verweist der Rekurrent diesbezüglich auf eine Medienmitteilung der BPUK vom 6. Juli 2021 (vgl. act. 4.6). Dieser zufolge liess die BPUK nach Vorliegen des Nachtrags zur Vollzugshilfe zur NISV vom 23. Februar 2021 mit einem Gutachten abklären, ob die neuen Grundlagen ausreichen, um die 5G-Technologie im kantonalen Bewilligungsverfahren auch gemäss Bagatellverfahren zu handhaben. Da dies gemäss dem genannten Gutachten nicht der Fall sei, sollten adaptive Antennen nur noch in einem ordentlichen Baubewilligungsverfahren genehmigt werden. Es würden nun vertiefende Abklärungen durchgeführt. Der Vorstand habe den Kantonen empfohlen, "bis Ende September 2021 keine adaptiven Antennen gemäss dem Bagatellverfahren mehr zu genehmigen", wobei die Kantone frei seien, ob sie sich an diese Empfehlung halten wollten oder nicht. R4.2021.00119 Seite 17

Das fragliche Gutachten des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg "Die anwendbaren kantonalen Verfahren zur Implementierung

der 5G-Mobilfunkantennentechnologie" vom

E. 7

Juni 2021 (abrufbar unter https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/umwelt/DE_Avis_de_droit_DTAP_5G_VersionFinale.pdf; zuletzt besucht am 7. Dezember 2021) befasst sich entsprechend der konkreten Veranlassung durch den Nachtrag zur Vollzugsempfehlung zur NISV vom 23. Februar 2021 mit der Zulässigkeit des Bagatellverfahrens hinsichtlich der Geltendmachung eines Korrekturfaktors, darüber hinaus aber auch generell mit der Zulässigkeit dieses Verfahrens im Zusammenhang mit adaptiven Antennen und 5G. Dabei hält es in Beantwortung der entsprechenden Fragen der BPUK fest, in allen Fällen, die in Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV aufgeführt werden, sei grundsätzlich ein Bewilligungsverfahren zu durchlaufen. Für Fälle, die in der genannten Bestimmung nicht erwähnt würden, lasse sich nicht ausschliessen, dass nicht ebenfalls ein Baubewilligungsverfahren durchzuführen sei. Mithin könne nicht gesagt werden, die systematische Anwendung des Bagatellverfahrens sei in allen Fällen rechtmässig (Gutachten, S. 7). Weiter heisst es in der Antwort auf eine Frage, die sich allerdings ausdrücklich auf die Einführung adaptiver Antennen mit Korrekturfaktor bezieht, schon das Vorhaben, eine einzige adaptive Antenne zu installieren, könne in ein Baubewilligungsverfahren münden, wenn mit der Antenne eine Zunahme der Immissionen verbunden sei (Gutachten, S. 8). Die Frage, ob eine im Rahmen eines Bagatellverfahrens installierte und ohne Korrekturfaktor betriebene Antenne als bewilligt gelte oder ob es für eine "echte Bewilligung" zwingend ein ordentliches Baubewilligungsverfahren gebraucht hätte, wird dahingehend beantwortet, in einem solchen Fall sei ein Bewilligungsverfahren durchzuführen, wobei ein vereinfachtes Verfahren (das in der Terminologie des Gutachtens gerade nicht dem Bagatellverfahren entspricht) ausreiche (Gutachten, S. 9). Wie sich bereits diesen Verlautbarungen entnehmen lässt, neigt das Gutachten zwar dazu, im Zusammenhang mit adaptiven Antennen die Anwendung des Bagatellverfahrens zu problematisieren, wobei aber eine umfassende Verneinung der Zulässigkeit durch die konkret verwendeten Formulierungen relativiert wird. Diese Einschätzung bestätigt sich im eigentlichen Untersuchungsteil: So heisst es im Kontext der Auslegung von Anhang 1 Ziff. 62 R4.2021.00119 Seite 18

Abs. 5 NISV, die dort verwendete Aufzählung sei so zu verstehen, dass damit alle Situationen erfasst werden sollten, in denen sich die Strahlenbelastung für Dritte verändern könne; in all diesen Fällen sei grundsätzlich eine Bewilligung erforderlich (Gutachten, S. 30; vgl. auch das Zwischenergebnis 2 gemäss S. 31). In der Folge bezieht sich das Gutachten auf die Bewilligungspflicht gemäss Art. 22 RPG und hält unter Zitierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fest, Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug sei, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, sei die Frage, ob mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden seien, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle bestehe (Gutachten S. 31 f.). Auch wenn in der Folge eine restriktive Handhabung des Bagatellverfahrens angemahnt wird (Zwischenergebnis 3 gemäss Gutachten, S. 33), heisst es zugleich, dem Konzept der Bagatellfälle liege der Gedanke zugrunde, dass die Auswirkungen auf die Strahlung und auf Dritte, die von diesen Veränderungen betroffen seien, so geringfügig seien, dass die fraglichen räumlichen Massnahmen keine

Beeinflussung der Vorstellung über die Nutzungsordnung aufgrund einer Beeinträchtigung der Umwelt im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 22 RPG bewirkten. Die Beantwortung der Frage, ob die konkreten Situationen, die unter den Begriff des Bagatellfalls fallen, die Umwelt und exponierte Dritte gefährden würden, hänge von einer Bewertung des konkreten Sachverhalts ab (Gutachten, S. 33). Von aussen betrachtet scheine die Umschreibung der Bagatellfälle eher den Prinzipien der Wirtschaftlichkeit und des Risikomanagements zu folgen, als dass sie auf einem echten wissenschaftlichen Ansatz beruhen würde. Aufgrund dieser Feststellung seien die Gutachter der Meinung, dass die Empfehlungen der BPUK im Zusammenhang mit konkreten Anwendungsfällen von den Gerichten kritisiert oder sogar abgelehnt werden könnten. Die Frage, ob es sich bei diesen Bagatellfällen tatsächlich um Situationen handle, die keine Beeinflussung der Vorstellung über die Nutzungsordnung aufgrund einer Beeinträchtigung der Umwelt im Sinne von Art. 22 RPG bewirkten, könne nach dem derzeitigen Wissensstand nicht abschliessend beantwortet werden. Die in der BPUK-Empfehlung aufgestellte Vermutung habe nur den Wert einer vollzugslenkenden bzw. interpretierenden Verwaltungsverordnung. In unmittelbarem Anschluss daran heisst es, derselben Logik folgend sei davon auszugehen, dass bei einer Änderung im Sinne von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV eine R4.2021.00119
Seite 19

Beeinflussung der Vorstellung über die Nutzungsordnung aufgrund einer Beeinträchtigung der Umwelt vorliege; jede Änderung im Sinne dieser Bestimmung müsse daher ein Bewilligungsverfahren durchlaufen (Gutachten, S. 34; vgl. auch Zwischenergebnis 4 auf S. 36). Weiter wird ausgeführt, ein Nachbar könne eine bewilligte oder vom Baubewilligungsverfahren freigestellte Anlage auch nach der Erstellung anfechten, wobei er sich dazu auf eine mögliche Beeinträchtigung der Umwelt berufen und Indizien geltend machen müsse, die darauf hinwiesen, dass eine solche Gefahr bestehe (Gutachten, S. 35; vgl. auch Zwischenergebnis 4 auf S. 36). Spezifisch zum Zusammenhang von Bagatellverfahren und 5G äussert sich das Gutachten sodann dahingehend, in den Empfehlungen der BPUK würden bestimmte Arten von Änderungen gemäss Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV ebenfalls als Bagatellfälle qualifiziert, wenn sie nicht erheblich seien. Die Praxis in gewissen Kantonen und die kantonalen Entscheide, die sich zur Frage äusserten, schienen bei adaptiven Antennen Vorbehalte gegenüber der Anwendung des Bagatellverfahrens zu haben (Gutachten S. 39, unter Zitierung von drei kantonalen Entscheiden). Schliesslich wird unter Wiederholung der Ausführungen betreffend Konzept der Bagatellfälle und Art. 22 RPG festgehalten, a priori sollten die Kriterien für die Qualifikation als Bagatellfall nicht (auch nicht mutatis mutandis) auf adaptive Antennen für 5G angewendet werden, da sie für andere Antennentypen entwickelt worden seien und da nicht ohne Weiteres gesagt werden könne, dass diese adaptiven Antennen eine Strahlung mit identischer Wirkung erzeugten (Gutachten, S. 40). Während insbesondere die letztgenannte Feststellung einen apodiktischen Ausschluss der Änderungen im Zusammenhang mit adaptiven Antennen und 5G vom Bagatellverfahren zu propagieren scheint, erweist sich die vorgängige Herleitung als wesentlich weniger eindeutig: So sind die Aussagen generell in einer Weise formuliert, die sie als Grundsätze, von denen aber Abweichungen denkbar sind, ausweist. Zugleich werden Unsicherheiten der Einschätzung benannt und bestimmte Aussagen ausdrücklich als Meinung der Gutachter apostrophiert. Vor allem aber ist sowohl durch den Rückgriff auf das im Kontext von Art. 22 RPG massgebliche Kriterium der Auswirkungen eines Vorhabens und den Hinweis auf eine Beurteilung der konkreten Sachumstände als auch durch die Erwähnung der Notwendigkeit,

bei nach- träglicher Anfechtung eines gegebenenfalls im Bagatellverfahren bewilligten Bauvorhabens Indizien einer Beeinträchtigung der Umwelt darzulegen, im R4.2021.00119 Seite 20

Gutachten selbst eine Betrachtungsweise angelegt, die zu der ebenfalls wir- kungsbezogenen Konzeption der BPUK-Empfehlungen nicht per se im Wi- derspruch steht. Entsprechend erscheinen diejenigen Passagen des Gut- achtens, die eine vorbehaltlose Ablehnung des Bagatellverfahrens im Zu- sammenhang mit adaptiven Antennen und 5G nahelegen, eher unmotiviert, zumal das Gutachten nicht in überzeugender Weise darzulegen vermag, weshalb sich die genannten allgemeinen Grundsätze nicht auch in diesem Kontext in einer Form, wie sie in den BPUK-Empfehlungen gewählt wurde, konkretisieren lassen sollten. Dabei führen auch die an den entsprechenden Stellen angeführten Verweise nicht weiter: Der Satz, wonach jede Änderung im Sinne von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV ein Bewilligungsverfahren durchlaufen müsse (Gutachten, S. 34), wird mit einem Zitat aus Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl., Wädenswil 2019, Bd. 2, S. 1423 "belegt", wo sich indes- sen im Wesentlichen eine Wiedergabe des Gesetzestextes und jedenfalls keine Auseinandersetzung mit der Frage des Bagatellverfahrens und den BPUK-Empfehlungen findet. Was sodann die kantonale Rechtsprechung an- belangt, der sich Vorbehalte gegenüber der Anwendung des Bagatellverfah- rens bei adaptiven Antennen entnehmen lassen sollen (Gutachten, S. 39), zeigt sich folgendes Bild: Die zitierte Passage des Entscheids des Verwal- tungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2020.27U vom 6. Januar 2021 (E. 4.8) betrifft in Wirklichkeit den Ausschluss des Bagatellverfahrens bezüg- lich des zukünftigen Umgangs mit der Anwendung eines Korrekturfaktors, wobei im Übrigen zur Begründung darauf hingewiesen wird, dass bei der konkret betroffenen Anlage die Anlagegrenzwerte bereits zu mehr als 50 % ausgeschöpft seien, womit das Bagatellverfahren offenbar nicht einmal hin- sichtlich der Frage der Aktivierung des Korrekturfaktors (wofür es gemäss Rechtsprechung des Baurekursgerichts ausgeschlossen ist) per se als un- zulässig erachtet wird. Im zweiten zitierten Entscheid des Kantonsgerichts des Kantons Luzern (LGVE 2021 IV Nr. 1) wird in der zitierten E. 3.1 lapidar festgehalten, bei Änderungen einer Mobilfunkanlage mit neuen Antennen sei grundsätzlich das ordentliche Baubewilligungsverfahren zu durchlaufen; dies treffe auch auf adaptive Antennen resp. die fünfte Generation des Mobilfunks zu. Eine Auseinandersetzung mit dem Bagatellverfahren gemäss BPUK- Empfehlung ist dem Entscheid nicht zu entnehmen, so dass er insoweit we- nig aussagekräftig erscheint. Hinsichtlich des dritten zitierten Entscheids des Baudepartements des Kantons St. Gallen vom 25. November 2020 weist das Gutachten selbst darauf hin, in diesem werde unter Verweis auf R4.2021.00119 Seite 21

BGr 1C_200/2012 vom 17. Dezember 2012 die Auffassung vertreten, dass in der Landwirtschaftszone jede Installation von adaptiven Antennen eine or- dentliche Baubewilligung erfordere. Diese Einschätzung entspricht allerdings derjenigen auf S. 5 der BPUK-Empfehlung, wo für Anlagen ausserhalb der Bauzonen auf denselben Entscheid des Bundesgerichts verwiesen wird. Für die Beurteilung der Zulässigkeit von Bagatellverfahren für Bauvorhaben in- nerhalb der Bauzonen ist damit nichts gewonnen. Gleiches gilt für den im Gutachten nicht zitierten Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kan- tons Bern vom 9. September 2020, wo im Zusammenhang mit einem (vor- sorglichen) Benützungsverbot betreffend einen als Bagatelländerung beur- teilten Antennenaustausch der formell rechtswidrige Zustand (als Vorausset- zung des vorsorglichen

Benützungsverbots) damit begründet wurde, eine Qualifikation als Bagatelländerung falle aufgrund der Lage in der Landwirtschaftszone ausser Betracht (a.a.O., E. 3.c). Die Einschätzung des Gutachters, wonach sich der kantonalen Rechtsprechung Vorbehalte gegenüber der Anwendung von Bagatellverfahren (im Sinne der BPUK-Empfehlung) bei adaptiven Antennen entnehmen liessen, ist demnach nicht nachvollziehbar und durch die zitierten Entscheide jedenfalls nicht belegt. Zusammenfassend lässt sich dem Gutachten, das in dieser Frage überdies ambivalent erscheint, keine überzeugende Begründung der teilweise formulierten generellen Unzulässigkeit des Bagatellverfahrens im Zusammenhang mit adaptiven Antennen und 5G entnehmen. Sachgerecht erscheint hinsichtlich der Bewilligungspflicht vielmehr eine Orientierung am allgemeinen Kriterium der Auswirkungen eines Bauvorhabens, womit grundsätzlich auch der Umschreibung ebendieser Auswirkungen im Rahmen der BPUK-Empfehlungen Bedeutung zukommt. Zutreffend ist sodann zwar, dass im Sinne einer gewissen Flexibilisierung der starren Vorgaben der BPUK-Empfehlungen denkbar ist, im Rahmen der Anfechtung einer Verfügung, mit der – wie vorliegend – bei früherer Durchführung eines Bagatellverfahrens (als Realakt) nachträglich über die Bewilligungspflicht entschieden wird, konkrete Hinweise bzw. Indizien vorzubringen, aufgrund derer auf Auswirkungen des Vorhabens geschlossen werden muss, die im dargelegten Sinn eine Bewilligungspflicht begründen. Vorliegend unterlässt es der Rekurrent jedoch, entsprechende, auf die streitbetreffenen Antennenstandorte bezogene Umstände substantiiert darzulegen, wobei bezüglich dieser Einschätzung vollumfänglich auf die Ausführungen in E. 5.3 verwiesen werden kann. Damit R4.2021.00119 Seite 22

ergibt sich jedenfalls in der vorliegend zur Beurteilung stehenden Konstellation, dass auch unter Einbezug der im genannten Gutachten enthaltenen Einschätzungen keine Veranlassung besteht, die früher seitens der Vorinstanz erteilten Bagatelländerungsbewilligungen als unzulässig einzustufen. Entsprechend ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz auf die Aussprechung der seitens des Rekurrenten beantragten Betriebsverbote verzichtete. Der Rekurs erweist sich demnach auch in dieser Hinsicht als unbegründet. 6. Zusammengefasst ist der Rekurs des Rekurrenten 1 abzuweisen, während auf den Rekurs des Rekurrenten 2 nicht einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang gibt es sodann auch keinen Grund, die zulasten der Rekurrenten erfolgte Kostenaufgabe im vorinstanzlichen Verfahren zu korrigieren oder den Rekurrenten für das vorinstanzliche Verfahren eine Entschädigung auszurichten (soweit ihr entsprechender Antrag in dieser Weise zu verstehen sein sollte).

E. 7.1

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten zu 6/7 dem Rekurrenten 1 und zu 1/7 dem Rekurrenten 2 aufzuerlegen, unter solidarischer Haftung für die gesamten Verfahrenskosten (§ 13 VRG). Dabei besteht kein Anlass, die Kosten entsprechend dem Antrag in der Rekurschrift ganz oder teilweise aufgrund der geltend gemachten "gemeinnützigen Tätigkeiten" der Rekurrenten auf die Gerichtskasse zu nehmen. Soweit überhaupt von einer gemeinnützigen Tätigkeit die Rede sein kann, fehlt eine Rechtsgrundlage, die die Rekurrenten von der grundsätzlichen Kostenpflicht befreit. Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege wegen Mittellosigkeit (§ 16 VRG) oder Umstände, weswegen aus Billigkeitsgründen auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten sei, werden nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Nach § 338 Abs. 1 PBG bzw. § 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts (GebV VGr) legt das Baurekursgericht die

Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem bestimmten Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier
R4.2021.00119 Seite 23

ein Verfahren ohne bestimmbar Streitwert vor, beträgt die Gerichtsgebühr in der Regel Fr. 500.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG; § 3 Abs. 2 GebV VGr). Bei der Bemessung der Gebührenhöhe steht der Rekursinstanz ein grosser Ermessensspielraum zu (Kaspar Plüss, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 13 Rz. 25 ff.). Demnach ist die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 5'500.-- festzusetzen.

E. 7.2

Bei diesem Ausgang des Verfahrens steht den Rekurrenten von vornherein keine Umtriebsentschädigung zu. R4.2021.00119 Seite 24

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