

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00497 vom 14. März 2024

ZH Verwaltungsgericht, 2024-03-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2023.00497

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00497 du 14 mars 2024

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00497 del 14 marzo 2024

Regeste

Baubewilligung Mobilfunkantenne | Mobilfunkantenne; Aufhebung der Auflage, dass der Korrekturfaktor nicht aktiviert werden darf. Ein Wechsel vom Betrieb einer Mobilfunkantenne im Rahmen des Worst-Case-Szenarios zu einem Betrieb unter Berücksichtigung des Korrekturfaktors unterliegt einer Baubewilligungspflicht (E. 5.2 f.). Ein adaptiver Betrieb setzt nicht zwingend die Anwendung eines Korrekturfaktors voraus. Die Anwendung des Korrekturfaktors muss daher im Baugesuch resp. Standortdatenblatt ersichtlich sein bzw. ausgewiesen werden. Ohne Deklaration des Korrekturfaktors muss schon allein aus Rechtssicherheitsgründen davon ausgegangen werden, dass sich das ursprüngliche Baugesuch auf einen adaptiven Betrieb ohne Anwendung des Korrekturfaktors bezieht. Die strittige Mobilfunkantenne wurde im Rahmen des Worst-Case-Szenarios betrieben und die Anwendung des Korrekturfaktors bedarf daher eines Baubewilligungsverfahrens (E. 5.4). Der Wiedererwägungsbeschluss vermag ein formell genügendes Baubewilligungsverfahren nicht zu ersetzen (E. 5.5). Gutheissung.

Erwägungen

E. 4

Der Beschwerdegegner hat mit Baubewilligung vom 10. Dezember 2021 die baurechtliche Bewilligung für den Neubau einer Mobilfunkanlage unter Auflagen erteilt. Mit der Baubewilligung wurde verfügt, dass die Korrekturfaktoren bei den adaptiven Antennen nicht aktiviert werden dürfen. Mit dem hier strittigen Wiedererwägungsbeschluss vom 23. Februar 2022 wurde diese Auflage aufgehoben. Die von der Aufhebung des bislang geltenden Verbots der Aktivierung des Korrekturfaktors betroffene Mobilfunk-Antennenanlage steht auf dem Flachdach des Gebäudes auf dem Grundstück Kat.-Nr. 01, E-Strasse 02, welches der Zone für öffentliche Bauten Oe gemäss Bau- und Zonenordnung der Stadt Winterthur (BZO) zugeschrieben ist. Die bestehende Mobilfunk-Antennenanlage verfügt über Antennenmodule auf den Frequenzbändern 700–900, 1'800–2'600 und 3'600 MHz und in den Azimuten von 70°, 180° und 295°. Die Antennen des 3'600-MHz-Bandes sind für den adaptiven Betrieb ausgelegt und verfügen über je 16 Sub-Arrays.

E. 5.1

Zwischen den Parteien ist strittig, ob für die Anwendung des Korrekturfaktors bei der bewilligten Mobilfunkantenne auf dem Grundstück Kat.-Nr. 01 ein erneutes Baugesuch notwendig ist oder ob mit der wiedererwägungsweisen Aufhebung der Auflage, dass der Korrekturfaktor nicht aktiviert werden dürfe, ein solcher nun ohne Weiteres angewendet werden darf. Der Beschwerdegegner 2 hob die strittige Auflage auf, da diese seiner Ansicht

nach unrechtmässig geworden sei. Das bewilligte Standortdatenblatt entspreche dem Nachtrag "Adaptive Antennen" vom 23. Februar 2021 zur Vollzugsempfehlung zur NISV (Vollzugsempfehlung des Bundesamts für Umwelt, Wald und Landschaft BUWAL [heute: Bundesamt für Umwelt BAFU] zur NISV "Mobilfunk- und WLL-Basisstationen", Bern 2002) und Anhang 1 Ziff. 63 Abs. 2 der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung vom 23. Dezember 1999 (NISV). Diese Auffassung vertritt auch die private Beschwerdegegnerin. Da im Standortdatenblatt angegeben worden sei, welche Antennen adaptiv betrieben würden und wie viele Sub-Arrays diese hätten, seien alle Voraussetzungen für die Anwendung des Korrekturfaktors erfüllt und ein erneutes Baubewilligungsverfahren nicht notwendig. Die Anwendung des Korrekturfaktors sei bereits Bestandteil des ordentlichen Baubewilligungsverfahrens gewesen. Die Beschwerdegegnerschaft geht somit davon aus, dass aufgrund der Aufhebung der Auflage der Korrekturfaktor nun ohne weitere Verfahren angewendet werden könne. Die Beschwerdeführenden rügen, die Auflage hätte nicht aufgehoben werden dürfen, da die Anwendung des Korrekturfaktors ein ordentliches Baubewilligungsverfahren voraussetze.

E. 5.2.1

Bis zur Publikation seines Nachtrags vom 23. Februar 2021 empfahl das BAFU den Baubewilligungsbehörden, adaptive Antennen in der rechnerischen Prognose gleich wie konventionelle Antennen zu betrachten (BAFU, Empfehlung vom 17. April 2019 "Mobilfunk und Strahlung: Aufbau der 5G-Netze in der Schweiz" sowie BAFU, Empfehlung vom 31. Januar 2020 "Informationen zu adaptiven Antennen und 5G [Bewilligung und Messung]"). Die Strahlung war im Rahmen dieser so genannten Worst-Case-Betrachtung wie bei konventionellen Antennen nach dem maximalen Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung und basierend auf Antennendiagrammen, die für jede Senderichtung den maximal möglichen Antennengewinn berücksichtigen, zu beurteilen (vgl. auch BGr, 13. Juli 2023, 1C_101/2021, E. 3.4 f.). Das Verwaltungsgericht entschied am 3. Juni 2021, dass die Beurteilung im Worst-Case-Szenario mit Anhang 1 Ziffer 63 der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung vom 23. Dezember 1999 (NISV) in der damals in Kraft stehenden Fassung vom 17. April 2019 (AS 2019 1491) vereinbar war, der besagte, dass der maximale Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung als massgebender Betriebszustand gelte; bei adaptiven Antennen werde die Variabilität der Senderichtungen und der Antennendiagramme berücksichtigt (VGr, 3. Juni 2021, VB.2021.00048, E. 5) .

E. 5.2.2

Der Nachtrag des BAFU vom 23. Februar 2021 sieht unter anderem vor, dass bei adaptiven Antennen mit acht oder mehr separat ansteuerbaren Antenneneinheiten ein Korrekturfaktor berücksichtigt werden darf, was erlaubt, dass mit einer – bis um den Faktor 3,2 – höheren als der ursprünglich bewilligten Sendeleistung gesendet werden kann. Es hat demnach bloss die über einen Zeitraum von 6 Minuten gemittelte Sendeleistung die bewilligte Sendeleistung ERP n einzuhalten, was mittels einer automatischen Leistungsbegrenzung sichergestellt werden soll. Begründet wird dies mit dem Umstand, dass adaptive Antennen nicht – wie bei der Worst-Case-Betrachtung vorausgesetzt – gleichzeitig in alle Richtungen die maximal mögliche Sendeleistung abstrahlen können, sondern die Sendeleistung für Signale, die in verschiedene Richtungen abgestrahlt werden, aufgeteilt wird (BAFU, Nachtrag vom 23. Februar 2021 , S. 7 ff.). Zudem hält das BAFU fest, dass

Qualitätssicherungssysteme – im Vergleich zur bisherigen Praxis – neue Parameter dokumentieren und überwachen müssten (BAFU, Nachtrag vom 23. Februar 2021, S. 13). Das BAFU stellte sich in diesem Zusammenhang auf den Standpunkt, dass die Anpassung des Betriebs adaptiver Antennen an den Nachtrag nicht als Änderung im Sinne von Anhang 1 Ziffer 62 Absatz 5 NISV gelte, wenn sich die bewilligte Sendeleistung ERP unter Berücksichtigung des Korrekturfaktors nicht ändere (BAFU, Nachtrag vom 23. Februar 2021, S. 6).

E. 5.2.3

Nachdem die Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) – gestützt auf ein von ihr in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten (Jean-Baptiste Zufferey/Matthieu Seydoux, Les procédures cantonales applicables à la mise en place de la technologie 5G des antennes de téléphonie mobile, Gutachten zuhanden der BPUK, Freiburg, 7. Juni 2021) – zum Schluss gekommen war, dass die Vollzugshilfe des BAFU den Kantonen zu wenig Rechtssicherheit für die Anpassung ihrer Bewilligungsverfahren biete, übernahm der Bundesrat Elemente des Nachtrags vom 23. Februar 2021 in die NISV (BAFU, Erläuterungen zur Änderung der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung [NISV] vom 17. Dezember 2021, S. 3 [in der Folge: BAFU, Erläuterungen vom 17. Dezember 2021]). Unter anderem wurde mit der Verordnungsänderung vom 17. Dezember 2021 (AS 2021 901) Anhang 1 Ziff. 62 NISV um einen neuen Abs. 5 ergänzt, der besagt, dass die Anwendung eines Korrekturfaktors nach Anhang 1 Ziffer 63 Absatz 2 NISV bei bestehenden adaptiven Sendeantennen nicht als Änderung einer Anlage gilt. Zudem kann für eine adaptive Sendeantenne mit acht oder mehr separat ansteuerbaren Antenneneinheiten ein Korrekturfaktor festgelegt werden, wenn die Sendeantennen mit einer automatischen Leistungsbegrenzung ausgestattet werden. Diese muss sicherstellen, dass im Betrieb die über 6 Minuten gemittelte ERP die korrigierte ERP nicht überschreitet (Anhang 1 Ziff. 63 Abs. 2 und 3 NISV). Sodann wurde neu statuiert, dass – sofern bei bestehenden adaptiven Sendeantennen ein Korrekturfaktor K_{AA} angewendet werden soll – der Inhaber der Anlage der zuständigen Behörde ein aktualisiertes Standortdatenblatt einreicht (Anhang 1 Ziff. 63 Abs. 4 NISV).

E. 5.3

Das Verwaltungsgericht entschied in der Folge, dass ein Wechsel vom Betrieb einer Mobilfunkantenne im Rahmen des Worst-Case-Szenarios zu einem Betrieb unter Berücksichtigung des Korrekturfaktors gestützt auf Art. 22 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG) sowie Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV) einer Baubewilligungspflicht unterliege (VGr, 27. Oktober 2022, VB.2021.00740, E. 3.3). Diese Rechtsauffassung wurde vom Bundesgericht nicht beanstandet (vgl. BGr, 3. November 2023, 1C_301/2022, E. 2 mit Hinweis auf BGr, 14. Februar 2023, 1C_100/2021, E. 6.3.2 a. E.; sowie ebenfalls bestätigt u. a. mit BGr, 13. Juli 2023, 1C_527/2021, E. 3.7; 9. Oktober 2023, 1C_45/2022, E. 4.5).

E. 5.4

Das Standortdatenblatt der strittigen Mobilfunkanlage vom 5. Juli 2021, welches sowohl der Baubewilligung vom 10. Dezember 2021 als auch dem Wiedererwägungsbeschluss vom 23. Februar 2022 zugrunde lag, enthält keine Angaben zu einem Korrekturfaktor. Wie die Beschwerdegegnerschaft zu Recht aufführt, sind im Standortdatenblatt der adaptive Betrieb und die Anzahl Sub-Arrays ausgewiesen. Mit diesen Angaben wurden jedoch

lediglich die Antennen als adaptiv gekennzeichnet (vgl. BAFU, Nachtrag vom 23. Februar 2021, Ziff. 3.3.1). Ein adaptiver Betrieb setzt nicht zwingend die Anwendung eines Korrekturfaktors voraus. So sieht die NISV in Anhang 1 Ziffer 63 Abs. 2 vor, dass bei adaptiven Sendeantennen mit acht oder mehr separat ansteuerbaren Antenneneinheiten (Sub-Arrays) auf die maximale ERP ein Korrekturfaktor K_{AA} angewendet werden kann, wenn die Sendeantennen mit einer automatischen Leistungsbegrenzung ausgestattet werden. Da somit ein adaptiver Betrieb mit und ohne Korrekturfaktor möglich ist, muss die Anwendung des Korrekturfaktors im Baugesuch resp. Standortdatenblatt ersichtlich sein bzw. ausgewiesen werden. Ohne Deklaration des Korrekturfaktors muss schon allein aus Rechtssicherheitsgründen davon ausgegangen werden, dass sich das ursprüngliche Baugesuch auf einen adaptiven Betrieb ohne Anwendung des Korrekturfaktors bezieht. Demgemäss war entgegen der Beschwerdegegnerschaft die Anwendung des Korrekturfaktors nicht Bestandteil der Baubewilligung vom 10. Dezember 2021. Die strittige Mobilfunkantenne wurde im Rahmen des Worst-Case-Szenarios betrieben und die Anwendung des Korrekturfaktors bedarf daher eines Baubewilligungsverfahrens.

E. 5.5

Der vorinstanzlichen Auffassung, wonach der Wiedererwägungsbeschluss vom 23. Februar 2022 unter formellen Aspekten genüge, um den Korrekturfaktor zu aktivieren, kann nicht gefolgt werden. So sieht Anhang 1 Ziffer 63 Abs. 4 NISV vor, dass wenn bei bestehenden adaptiven Sendeantennen ein Korrekturfaktor K_{AA} angewendet wird, der Inhaber der Anlage der zuständigen Behörde ein aktualisiertes Standortdatenblatt einzureichen hat (welches nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts in einem ordentlichen Baubewilligungsverfahren zu bewilligen ist). Der Wiedererwägungsbeschluss vom 23. Februar 2022 bezieht sich jedoch noch auf das alte Standortdatenblatt, welches den adaptiven Betrieb ohne Korrekturfaktor dokumentiert. Deshalb kann die Wiedererwägung kein formell genügendes Baubewilligungsverfahren für die Anwendung des Korrekturfaktors ersetzen, mangelte es doch bereits an den massgebenden Unterlagen, welche für eine Prüfung im ordentlichen Baubewilligungsverfahren notwendig gewesen wären. Demgemäss darf der Korrekturfaktor weiterhin nicht ohne ordentliches Baubewilligungsverfahren aktiviert werden.

E. 6

Nach dem Gesagten erweist sich die mit Wiedererwägungsbeschluss vom 23. Februar 2022 aufgehobene Auflage weiterhin als rechtmässig. Die Beschwerde ist demgemäss begründet. Demnach sind in Gutheissung der Beschwerde der vorinstanzliche Entscheid sowie der angefochtene Wiedererwägungsbeschluss aufzuheben. Auf die weiteren Rügen und Anträge ist angesichts der Gutheissung der Beschwerde nicht weiter einzugehen.

E. 7

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rekurs- und des Beschwerdeverfahrens der unterliegenden Bauherrin sowie der Baubewilligungsbehörde je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Eine Parteientschädigung steht der Bauherrin bei diesem Ergebnis nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Hingegen ist sie zu verpflichten, den Beschwerdeführenden für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren eine Umtriebsentschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG). Die Gemeinde wird in der vorliegenden Konstellation, wo sich private Parteien gegenüberstehen, praxisgemäss nicht entschädigungspflichtig (vgl. § 17 Abs. 3 VRG; Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 17

N. 94).

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