Juristische Stellungnahme des kantonalen Amtes für Umwelt zum Thema Baubewilligungspflicht

Im Zusammenhang mit einem Antennenfall im Kanton St. Gallen (Flawil) besteht eine juristische Stellungnahme des kantonalen Amtes für Umwelt zum Thema Baubewilligungspflicht. In diesem Antennenfall hat die Gemeinde das Baugesuch grundsätzlich gutgeheissen, jedoch mit der Auflage versehen, dass die Senderbetreiberin im Falle der Inanspruchnahme von Korrekturfaktoren ein neues Baugesuch einreichen müsse.

Die Senderbetreiberin rekurrierte gegen diesen einen Punkt, worauf die Gemeinde beim kantonalen Amt für Umwelt eine Stellungnahme einholte. Diese Stellungnahme zeigt die Rechtswidrigkeit der NISV-Anpassung des Bundesrates vom 17.12.2021 aus der Warte des Raumplanungsgesetzes auf.

Aus der juristischen Beurteilung wurde für einen Winterthurer Fall, bei welchem der Bauausschuss der Stadt Winterthur einen Wiedererwägungsbeschluss zur Aufhebung einer entsprechenden Auflage in der Baubewilligung erlassen hat , der folgende Textausschnitt übernommen:

Baubewilligungspflicht gemäss Art. 22 RPG

Die Beschwerdeführer gestatten sich, bezüglich der Baubewilligungspflicht für eine Inanspruchnahme von Korrekturfaktoren ausdrücklich festzuhalten, dass sich diese nicht allein aus dem *Umweltschutzgesetz*, auf dem die NISV basiert, und aus dem *Fernmeldegesetz* ergibt, sondern vor allem auch aus dem Artikel 22 des *Raumplanungsgesetzes*. Dazu besteht eine reichhaltige bundesgerichtliche Rechtsprechung.

Beweis bundesgerichtliche Rechtsprechung:

anstatt vieler: 1C389/2019 (Urteil vom 27. Januar 2021) E. 3.1:

Massstab dafür, ob eine Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist, 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 134 E. 5.2 S. 139 f. mit Hinweisen).

Gewisse Vorhaben können wegen ihres Betriebs und weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage baubewilligungspflichtig sein (Urteil 1C_3/2010 vom 1. Juli 2010 E. 2.1; vgl. auch BGE 145 I 156 E. 6.2 S. 164).

Der bundesrechtliche Begriff der bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen kann von den Kantonen konkretisiert und erweitert, nicht aber enger gefasst werden (vgl. Urteile 1C_424/2016 vom 27. März 2017 E. 2.1.1, in: ZBl 118/2017 S. 554; 1C_51/2015 vom 8. April 2015 E. 3; je mit Hinweisen.

Zu erwähnen ist hierzu auch, dass die Kantone aufgrund der verfassungsmässigen Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen frei sind, in welchem Verfahren sie Bundesrecht anzuwenden gedenken.

Die Zuständigkeit für Bauverfahrensrecht liegt in der Hoheit der Kantone

Auf den 1. Januar 2022 wurde die Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) angepasst. Im Wesentlichen wurde in Anhang 1 Ziffer 62 Absatz 5bis der NISV festgelegt, die Anwendung eines Korrekturfaktors bei bestehenden adaptiven Antennen mit automatischer Leistungsbegrenzung gelte nicht als Änderung einer Anlage. Der Bundesrat stellt sich dabei auf den Standpunkt, er stärke damit die rechtlichen Grundlagen für die Beurteilung von adaptiven Antennen und erhöhe die Rechtsicherheit. Hierzu ist zu bemerken, dass diese NISV-Anpassung ohne vorherige Vernehmlassung bei den Kantonen erfolgte. Sie wurde lediglich von einer Arbeitsgruppe, bestehend aus Bund, Mobilfunkbetreibern und BPUK-Vorstand beschlossen.

Die Senderbetreiber leiten nun aus Anhang 1 Ziffer 62 Absatz 5bis NISV sowie den Erläuterungen zur Änderung der NISV vom 17.12.2021 ab, für die Anwendung von Korrekturfaktoren auf bereits bestehenden adaptiven Antennen erübrige sich ein Bewilligungsverfahren. Es sei den Behörden lediglich aus Gründen der Nachvollziehbarkeit ein aktualisiertes Standortdatenblatt einzureichen. Dabei wird verkannt, dass für die Frage der Inanspruchnahme der Korrekturfaktoren Baurecht anzuwenden ist, und dass einzig die Begriffsumschreibung in Art. 22 Abs. 1 RPG

massgebend ist (vgl. Urteil Verwaltungsgericht St. Gallen B 2021/207 vom 14.12.2021). Es ist somit auch gestützt auf das Raumplanungsgesetz davon auszugehen, dass die Änderung der Betriebszustände durch Aktivierung von Korrekturfaktoren in raumplanungs- bzw. baurechtlicher Hinsicht eine wesentliche Änderung darstellt.

Mit der Verwendung von Korrekturfaktoren erfolgt tatsächlich eine Änderung der Strahlungsbelastung, weil von der Beurteilung einer maximalen Sendeleistung, die zu keinem Zeitpunkt überschritten werden darf, neu zur Beurteilung aufgrund einer rechnerischen Mittelung umgestellt wird.

Der Bund stützt sich also neu auf einen Mittelwert und argumentiert, dass sich die maximale Sendeleistung *rein rechnerisch* nicht ändere. Wie bereits dargelegt, vertritt auch das Bau- und Umweltdepartement des Kantons St. Gallen die Auffassung, dass ein solches Vorgehen das Vertrauen der Bevölkerung in den Rechtsstaat untergrabe. Deshalb empfiehlt der Kanton St. Gallen den Gemeinden, keinen Betrieb adaptiver Antennen mit Korrekturfaktoren ausserhalb eines Baubewilligungsverfahrens zuzulassen. Es sei denn, das Bundesgericht stützte das Vorgehen des BAFU. Ein diesbezüglicher höchstrichterlicher Entscheid steht allerdings noch aus.

Wie bereits dargelegt, erging nach dem Entscheid des Verwaltungsgerichts Bern vom 6.1.2021 am 3.3.2022 auch beim Verwaltungsgericht Zürich (nach der NISV-Anpassung des Bundesrates vom 17.12.2021) ein Urteil, welches die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts Bern bestätigt. Unter *Erwägungen 6.3* hielt das Zürcher Verwaltungsgericht zur Anwendung des Korrekturfaktors fest (Zitat):

„Will die private Beschwerdegegnerin den Korrekturfaktor zur Anwendung bringen und die Sendeleistung erhöhen, hat dies ein Abweichen von der erteilten Baubewilligung zur Folge. Demgemäss muss eine erneute geänderte Baubewilligung eingeholt werden, gegen welche den Beschwerdeführern wiederum ein Rechtsmittel offensteht.“

Die Umstellung bzw. Erweiterung auf einen Betrieb mit Korrekturfaktoren muss gemäss diesem Urteil in einem neuen Baubewilligungsverfahren geprüft werden. Dies auch im Hinblick darauf, dass für die Gemeinden als zuständige Bewilligungsbehörden die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte massgebend

ist.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die am 17.12.2021 erfolgte Anpassung der NISV keinen Einfluss auf die Frage der Baubewilligungspflicht gemäss Raumplanungsgesetz (RPG) hat.

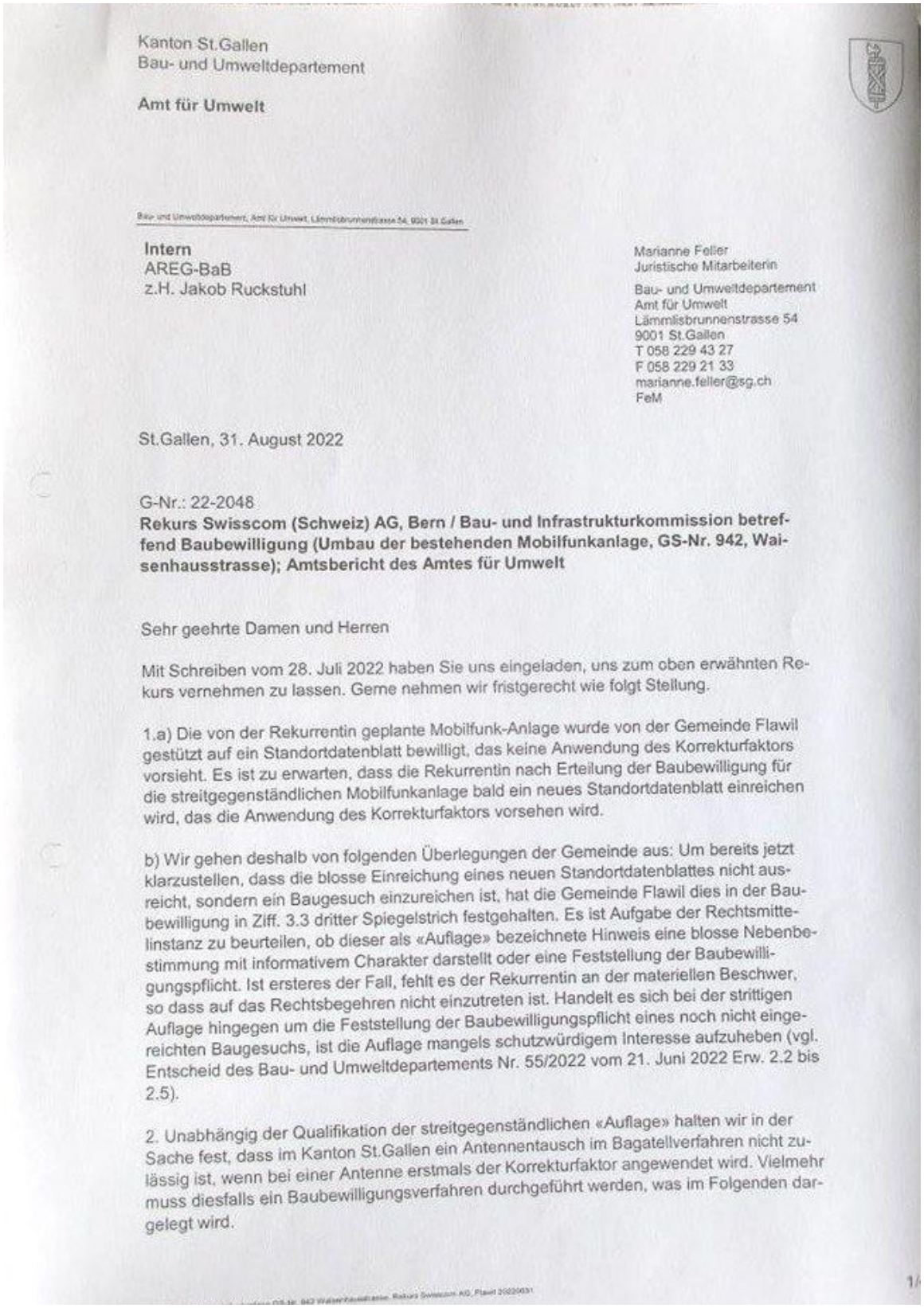
***

Dem könnte man noch folgendes anfügen, das (sinngemäss im Zusammenhang mit Solaranlagen und Windmühlen) von einem gerne zitierten Rechtsprofessor (A. Griffel) dieser Tage in einem Zeitungsbericht veröffentlicht wurde:

Falls dem andere Interessen entgegenstehen sollten, verlangt die Bundesverfassung eine umfassende Interessenabwägung. Der Bundesrat kann nicht einfach ein einzelnes Anliegen als generell übergeordneter bezeichnen. Dies könnte nur die Verfassung selbst. Die Interessenabwägung muss im Einzelfall vorgenommen werden, und im Streitfall müssen die Gerichte urteilen. Ein rechtskonformes Bauprojekt müsste dem standhalten. Die Verfassung und das Recht sind dazu da, die Macht der Politik zu begrenzen.

Antenne im Kanton St. Gallen (Rekursfall)

Rekurs Swisscom ; Amtsbericht des Amtes für Umwelt



Kanton St.Gallen
Bau- und Umweltdepartement

Amt für Umwelt

Bau- und Umweltdepartement, Amt für Umwelt, Lämmlisbrunnenstrasse 54, 9001 St.Gallen

Intern
AREG-BaB
z.H. Jakob Ruckstuhl

Marianne Feller
Juristische Mitarbeiterin
Bau- und Umweltdepartement
Amt für Umwelt
Lämmlisbrunnenstrasse 54
9001 St.Gallen
T 058 229 43 27
F 058 229 21 33
marianne.feller@sg.ch
FeM

St.Gallen, 31. August 2022

G-Nr.: 22-2048
Rekurs Swisscom (Schweiz) AG, Bern / Bau- und Infrastrukturkommission betreffend Baubewilligung (Umbau der bestehenden Mobilfunkanlage, GS-Nr. 942, Waisenhausstrasse); Amtsbericht des Amtes für Umwelt

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 28. Juli 2022 haben Sie uns eingeladen, uns zum oben erwähnten Rekurs vernehmen zu lassen. Gerne nehmen wir fristgerecht wie folgt Stellung.

1.a) Die von der Rekurrentin geplante Mobilfunk-Anlage wurde von der Gemeinde Flawil gestützt auf ein Standortdatenblatt bewilligt, das keine Anwendung des Korrekturfaktors vorsieht. Es ist zu erwarten, dass die Rekurrentin nach Erteilung der Baubewilligung für die streitgegenständlichen Mobilfunkanlage bald ein neues Standortdatenblatt einreichen wird, das die Anwendung des Korrekturfaktors vorsehen wird.

b) Wir gehen deshalb von folgenden Überlegungen der Gemeinde aus: Um bereits jetzt klarzustellen, dass die blosse Einreichung eines neuen Standortdatenblattes nicht ausreicht, sondern ein Baugesuch einzureichen ist, hat die Gemeinde Flawil dies in der Baubewilligung in Ziff. 3.3 dritter Spiegelstrich festgehalten. Es ist Aufgabe der Rechtsmittelinstanz zu beurteilen, ob dieser als «Auflage» bezeichnete Hinweis eine blosse Nebenbestimmung mit informativem Charakter darstellt oder eine Feststellung der Baubewilligungspflicht. Ist ersteres der Fall, fehlt es der Rekurrentin an der materiellen Beschwer, so dass auf das Rechtsbegehren nicht einzutreten ist. Handelt es sich bei der strittigen Auflage hingegen um die Feststellung der Baubewilligungspflicht eines noch nicht eingereichten Baugesuchs, ist die Auflage mangels schutzwürdigem Interesse aufzuheben (vgl. Entscheid des Bau- und Umweltdepartements Nr. 55/2022 vom 21. Juni 2022 Erw. 2.2 bis 2.5).

2. Unabhängig der Qualifikation der streitgegenständlichen «Auflage» halten wir in der Sache fest, dass im Kanton St.Gallen ein Antennentausch im Bagatellverfahren nicht zulässig ist, wenn bei einer Antenne erstmals der Korrekturfaktor angewendet wird. Vielmehr muss diesfalls ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden, was im Folgenden dargelegt wird.

3. Auf den 1. Januar 2022 wurde die Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV)[1] angepasst. Im Wesentlichen wurde in Anh. 1 Ziff. 62 Abs. 5bis NISV festgelegt, die Anwendung eines Korrekturfaktors bei bestehenden adaptiven Antennen mit automatischer Leistungsbegrenzung gelte nicht als Änderung einer Anlage.[2] Der Bundesrat stellt sich dabei auf den Standpunkt, er stärke damit die rechtlichen Grundlagen für die Beurteilung von adaptiven Antennen und erhöhe die Rechtssicherheit.

4. Die Rekurrentin leitet aus Anh. 1 Ziff. 62 Abs. 5bis NISV sowie den Erläuterungen zur Änderung der NISV vom 17. Dezember 2021 ab, für die Anwendung des Korrekturfaktors auf bereits bestehende adaptive Antennen erübrige sich ein Bewilligungsverfahren, weshalb die strittige Auflage unzulässig sei. Es sei den Behörden lediglich aus Gründen der Nachvollziehbarkeit ein aktualisiertes Formular[3] einzureichen.

5. Die Rekurrentin verkennt bei Ihrer Argumentation, dass das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 14. Dezember 2021 das von der Stadt St.Gallen vorsorglich verfügte Benützungsverbot bzw. die Inaktivierung der Korrekturfaktoren der betreffenden adaptiven Antennen unter anderem mit der Begründung schützte, für die Frage, ob Baurecht anzuwenden sei, sei einzig die Begriffsumschreibung in Art. 22 Abs. 1 RPG massgebend. Es sei nicht auszuschliessen, dass der Wechsel zwischen den zwei Betriebszuständen «Worst-Case-Szenario» und «Variabilität» in raumplanungs- bzw. baurechtlicher Hinsicht eine wesentliche Änderung darstellen könnte (B 2021/207 vom 14. Dezember 2021).

6. Mit anderen Worten ergibt sich die Baubewilligungspflicht weder aus dem Umweltschutzgesetz[4], auf dem die NISV basiert, noch aus dem Fernmeldegesetz[5], sondern aus Art. 22 des Raumplanungsgesetzes. Dazu besteht eine reichhaltige bundesgerichtliche Rechtsprechung[6]. Im Weiteren sind die Kantone aufgrund der verfassungsmässigen Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen frei, in welchem Verfahren sie Bundesrecht anzuwenden gedenken. Die Zuständigkeit für Bauverfahrensrecht liegt in der Hoheit der Kantone. Die soeben erfolgte Anpassung der NISV hat somit keinen Einfluss auf die Frage der Baubewilligungspflicht.

---

[1] SR 814.710
[2] Diese Anpassung der NISV erfolgte ohne vorherige Vernehmlassung bei den Kantonen, sondern wurde von einer Arbeitsgruppe bestehend aus Bund, Mobilfunkbetreibern und BPUK-Vorstand beschlossen.
[3] gemeint wohl: Standortdatenblatt
[4] SR 814.01
[5] SR 784.10
[6] anstatt vieler: 1C_389/2019 (Urteil vom 27. Januar 2021) E. 3.1: Massstab dafür, ob eine Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist, 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 134 E. 5.2 S. 139 f. mit Hinweisen). Gewisse Vorhaben können wegen ihres Betriebs und weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage baubewilligungspflichtig sein (Urteil 1C_3/2010 vom 1. Juli 2010 E. 2.1; vgl. auch BGE 145 I 156 E. 6.2 S. 164). Der bundesrechtliche Begriff der bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen kann von den Kantonen konkretisiert und erweitert, nicht aber enger gefasst werden (vgl. Urteile 1C_424/2016 vom 27. März 2017 E. 2.1.1, in: ZBl 118/2017 S. 554; 1C_51/2015 vom 8. April 2015 E. 3; je mit Hinweisen).

7. Bereits in den Entscheiden B 2021/115 vom 16. November 2021 und B 2021/123 vom 13. Dezember 2021 kam das St.Galler Verwaltungsgericht zum Schluss, es erübrige sich eine Beurteilung der Anlage gemäss Nachtrag des BAFU für adaptive Antennen, weil sie gestützt auf eine Worst-Case-Berechnung bewilligt worden sei[7]. Wenn die streitbetroffene Anlage auf einen Betrieb gemäss Nachtrag abgeändert würde, wäre dies im Rahmen eines separaten Baubewilligungsverfahrens zu prüfen (vgl. B 2021/115 Erw. 4.3, letzter Abschnitt)[8].

8. Tatsächlich erfolgt mit Verwendung eines Korrekturfaktors eine Änderung der Strahlungsbelastung, weil von der Beurteilung einer maximalen Sendeleistung, die zu keinem Zeitpunkt überschritten werden darf, zur Beurteilung aufgrund einer rechnerischen Mittelung umgestellt wird. So ist die Belastung, die von im Worst-Case-Szenario bewilligten adaptiven Antennen ausgeht, sogar niedriger als bei herkömmlichen statischen Antennen. Deshalb erfolgte auch im Kanton St.Gallen die Umrüstung von statischen zu adaptiven Antennen regelmässig im Bagatellverfahren, d.h. ohne die potenziell Einsprache-berechtigten Personen einzubeziehen. Es handelt sich dabei im ganzen Kanton um etwa 230 Antennen. Wurden ordentliche Baubewilligungsverfahren durchgeführt, wurde an Einsprache- und Rekursverhandlungen regelmässig versichert, die Umstellung auf Betrieb mit Korrekturfaktor werde wiederum in einem Baubewilligungsverfahren geprüft.[9] Die Anwohnerinnen und Anwohner einer Mobilfunkantenne durften sich darauf verlassen, dass die der Bewilligung zugrundeliegende Berechnung massgebend bleibt.

9. Nun stützt sich aber der Bund neu auf einen Mittelwert und argumentiert damit, dass sich die maximale Sendeleistung rein rechnerisch nicht ändere. Ein solches Vorgehen untergräbt das Vertrauen der Bevölkerung in den Rechtsstaat. Der Kanton St.Gallen empfiehlt deshalb den Gemeinden, keinen Betrieb adaptiver Antennen mit Korrekturfaktoren ausserhalb eines Baubewilligungsverfahrens zuzulassen, es sei denn das Bundesgericht stütze das Vorgehen des BAFU.

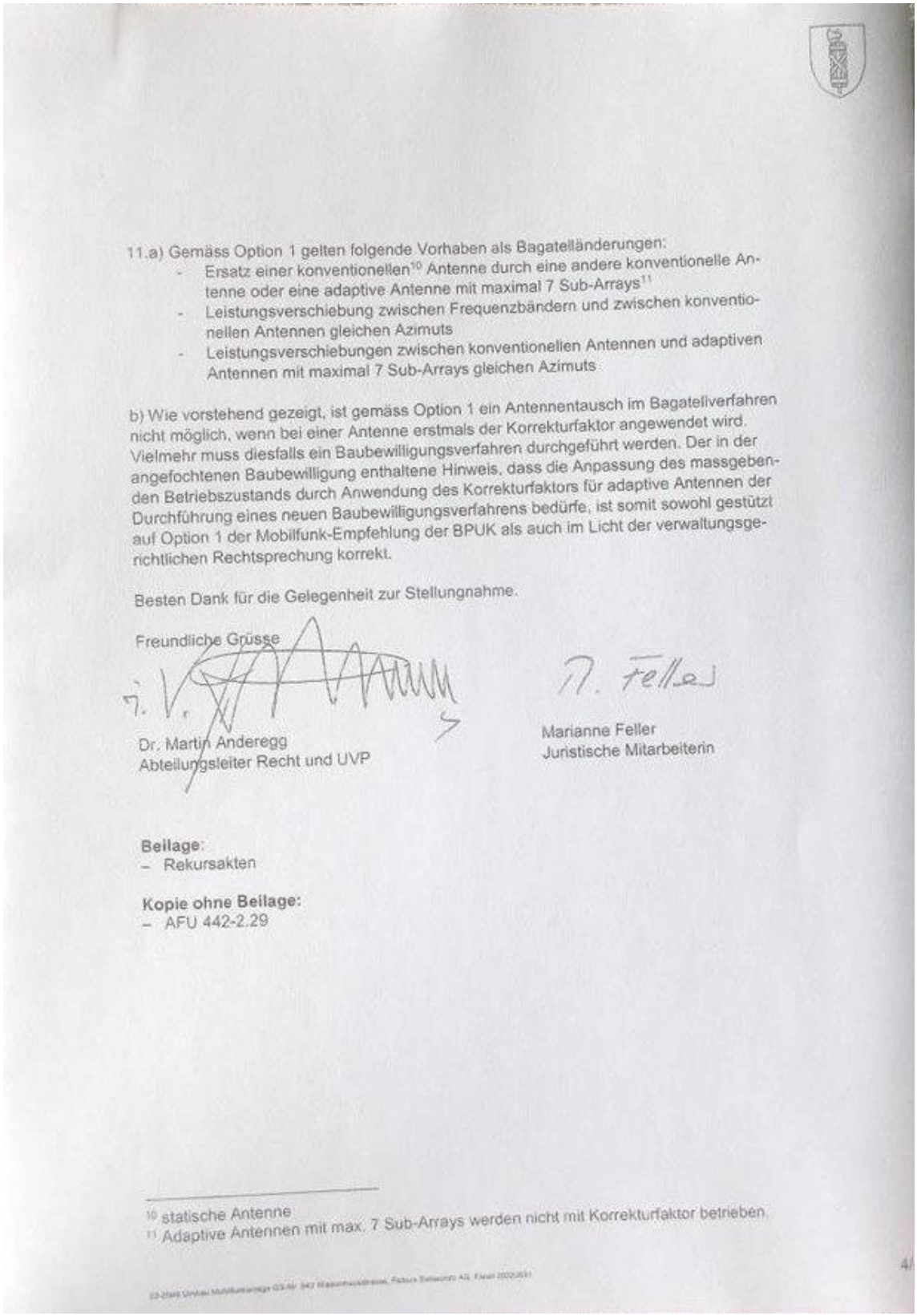
10. Am 4. März 2022 beschloss die Plenarversammlung der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) eine neue Mobilfunk-Empfehlung. Gestützt darauf sollen Bagatelländerungen bestehender Mobilfunkanlagen wieder bewilligungsfrei ermöglicht werden. Was als Bagatelländerung zählt, muss indessen jeder Kanton für sich selbst entscheiden. Es besteht die Auswahl zwischen zwei Optionen. Im Kanton St.Gallen wird den Gemeinden empfohlen, Option 1 anzuwenden. Dies auch im Hinblick darauf, dass die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts für die Gemeinden als zuständige Bewilligungsbehörden massgebend ist.

---

[7] Antennen, die noch vor Publikation der Vollzugshilfe zur NISV für adaptive Antennen vom 23. Februar 2021 bewilligt worden waren

[8] vgl. auch Urteil des Berner Verwaltungsgerichts TA BE 100.2020.27U vom 6. Januar 2021, Erw. 4.8

[9] vgl. dazu auch den oben in Ziff. 4c erwähnte Entscheid des St.Galler Verwaltungsgerichts



11.a) Gemäss Option 1 gelten folgende Vorhaben als Bagatelländerungen:

- Ersatz einer konventionellen[10] Antenne durch eine andere konventionelle Antenne oder eine adaptive Antenne mit maximal 7 Sub-Arrays[11]
- Leistungsverschiebung zwischen Frequenzbändern und zwischen konventionellen Antennen gleichen Azimuts
- Leistungsverschiebungen zwischen konventionellen Antennen und adaptiven Antennen mit maximal 7 Sub-Arrays gleichen Azimuts

b) Wie vorstehend gezeigt, ist gemäss Option 1 ein Antennentausch im Bagatellverfahren nicht möglich, wenn bei einer Antenne erstmals der Korrekturfaktor angewendet wird. Vielmehr muss diesfalls ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden. Der in der angefochtenen Baubewilligung enthaltene Hinweis, dass die Anpassung des massgebenden Betriebszustands durch Anwendung des Korrekturfaktors für adaptive Antennen der Durchführung eines neuen Baubewilligungsverfahrens bedürfe, ist somit sowohl gestützt auf Option 1 der Mobilfunk-Empfehlung der BPUK als auch im Licht der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung korrekt.

Besten Dank für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Dr. Martin Anderegg
Abteilungsleiter Recht und UVP

Marianne Feller
Juristische Mitarbeiterin

Beilage:
- Rekursakten

Kopie ohne Beilage:
- AFU 442-2.29

[10] statische Antenne
[11] Adaptive Antennen mit max. 7 Sub-Arrays werden nicht mit Korrekturfaktor betrieben.