



Fall-Nr.:	21-1356
Stelle:	Generalsekretariat Bau- und Umweltdepartement
Instanz:	Bau- und Umweltdepartement
Publikationsdatum:	14.01.2022
Entscheiddatum:	20.12.2021

BUDE 2021 Nr. 086

Art. 11 Abs. 2 USG, Ziffer 63 von Anhang 1 NISV: Der Schutz vor nichtionisierender Strahlung ist durch das Bundesrecht im Bereich des vorsorglichen Immissionsschutzes abschliessend geregelt. Die Kantone und Gemeinden können in diesem Zusammenhang keine darüber hinausgehenden Bedingungen anordnen. Soweit die gesetzlichen Vorschriften (insbesondere die Strahlengrenzwerte) eingehalten sind, kann die Baubewilligung für eine Mobilfunkanlage nicht mit der Begründung verweigert werden, das allgemeine Vorsorgeprinzip sei verletzt (Erw. 3.1). Entgegen der vorinstanzlichen Ansicht kann die Einhaltung der Strahlengrenzwerte bei adaptiven Antennen – auch ohne entsprechende Vollzugshilfe – überprüft werden (3.2.1). Auch besteht keine Verpflichtung, die strittige Antennenanlage einer Beurteilung im Sinn des zwischenzeitlich veröffentlichten Nachtrags zu unterziehen (Erw. 3.2.2).

BUDE 2021 Nr. 86 finden Sie im angehängten PDF-Dokument.



21-1356

Entscheid Nr. 86/2021 vom 20. Dezember 2021

Rekurrentin

A. ___ AG

gegen

Vorinstanz

Gemeinderat Z. ___ (Entscheid vom 26. Januar 2021)

Rekursgegnerin 1

B. ___

Rekursgegnerinnen 2

C. ___ und D. ___
vertreten durch M.A. HSG in Law Peter Schumacher, Rechtsanwalt,
Grossfeldstrasse 45, 7320 Sargans

Betreff

Baugesuch (Umbau Mobilfunkanlage)



Sachverhalt

A.

Die E.____ AG ist Eigentümerin von Grundstück Nr. 001 an der F.____strasse 8 in Z.____. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde Z.____ vom 9. April 2001 in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (ZöBA). Es ist mit einem zweigeschossigen Technikgebäude (Vers.-Nr. 002) überbaut. Östlich des Gebäudes befindet sich eine Mobilfunkanlage der A.____ AG.

B.

a) Mit Baugesuch vom 21. Januar 2020 beantragte die A.____ AG beim Gemeinderat Z.____ die Baubewilligung für den Umbau der Mobilfunkanlage. Der bestehende Mast – mit einer Höhe von 26 m – soll durch einen 30 m hohen Masten mit adaptiven Antennen ersetzt werden.

b) Innert der Auflagefrist vom 2. bis 15. April 2020 erhoben C.____ und D.____, vertreten durch M.A. HSG in Law Peter Schumacher, Rechtsanwalt, Sargans, sowie B.____ Einsprache gegen das Bauvorhaben. Ebenfalls Einsprache erhoben G.____, H.____, I.____, J.____, K.____ und L.____, M.____, N.____ und Q.____. Die Einsprecher beanstandeten die Baupublikation, die Zonenkonformität, die Standortevaluation, den Bedarfsnachweis, die Gesamtplanung, eine Gesundheitsgefährdung, fehlende Bemessungsgrundlagen, die Unvereinbarkeit mit dem Klimaschutz aufgrund der Erwärmung durch elektromagnetische Strahlung, negative Auswirkungen auf das Orts- und Landschaftsbild, ideelle Immissionen sowie eine ungeklärte Haftungssituation.

c) Mit Beschluss vom 26. Januar 2021 hiess der Gemeinderat Z.____ die Einsprachen gegen das Bauvorhaben gut und verweigerte die Baubewilligung. Der Gemeinderat hielt fest, dass über die Auswirkungen der Strahlung von adaptiven Antennen Ungewissheit bestehe. Auch sei aufgrund der fehlenden Vollzugsempfehlung unklar, wie die Variabilität von adaptiven Antennen berücksichtigt werden sollte. Die Erteilung der Baubewilligung würde daher gegen das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip nach Art. 11 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (SR 814.01; abgekürzt USG) verstossen. Aus diesem Grund sei die Baubewilligung zu verweigern und die Einsprachen zu schützen. Dennoch ging der Gemeinderat auf die weiteren Vorbringen der Einsprecher ein und beurteilte diese als unbegründet.

C.

Gegen diesen Beschluss erhob die A.____ AG mit Schreiben vom 11. Februar 2021 Rekurs beim Baudepartement (seit 1. Oktober 2021: Bau- und Umweltdepartement). Es werden folgende Anträge gestellt:

Der Bauabschlag der Gemeinde Z.____ vom 26. Januar 2021 sei aufzuheben und die beantragte Baubewilligung sei zu erteilen bzw. die Gemeinde Z.____ sei anzuweisen, der Rekurrentin die angebehrte Baubewilligung zu erteilen.



Unter Kostenfolgen.

Zur Begründung wird geltend gemacht, dass zwischen der Vorinstanz und der Rekurrentin einzig in Bezug auf die vermeintliche Verletzung des Vorsorgeprinzips Uneinigkeit bestehe. Das Vorgehen der Vorinstanz stelle eine unzulässige Normenkontrolle der eidgenössischen Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (SR 814.710; abgekürzt NISV) dar. Das Vorliegen einer Vollzugshilfe sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz keineswegs eine Bewilligungsvoraussetzung. Die Einhaltung der entsprechenden Grenzwerte sei unabhängig von der Vollzugsempfehlung gewährleistet.

D.

a) Mit Schreiben vom 9. März 2021 stellt die Vorinstanz die Vorakten zu und verzichtet auf eine Vernehmlassung.

b) Mit Vernehmlassung vom 13. März 2021 beantragt die Rekursgegnerin 1 die Abweisung des Rekurses, verzichtet aber auf eine Begründung.

c) Mit Vernehmlassung vom 15. April 2021 beantragen die Rekursgegnerinnen 2 durch ihren Rechtsvertreter die Abweisung des Rekurses unter Kostenfolgen. Die Rekursgegnerinnen 2 vertreten ebenfalls die Ansicht, dass eine zuverlässige Beurteilung der Belastung durch adaptive Antennen nicht möglich sei, bis die dazugehörige Vollzugsempfehlung vorliege. Zwar sei die Vollzugsempfehlung im Nachgang zum Bauabschlag veröffentlicht worden, jedoch habe die Rekurrentin noch kein aktualisiertes Standortdatenblatt nachgereicht. Sodann beanstanden die Rekursgegnerinnen 2 die Berechnung des Ortes mit empfindlicher Nutzung (OMEN) Nr. 4. Ursprünglich hätte sich der OMEN Nr. 4 im Dachgeschoss befunden. Im vorliegenden Baugesuch sei der OMEN aber irrtümlicherweise für das tiefer gelegene zweite Obergeschoss berechnet worden.

d) Mit Amtsbericht vom 20. Mai 2021 führt das kantonale Amt für Umwelt (AFU) aus, dass am 23. Februar 2021 der erwartete Nachtrag zur Vollzugsempfehlung veröffentlicht worden sei. Gemäss Nachtrag soll die Variabilität von adaptiven Antennen mittels eines Korrekturfaktors berücksichtigt werden. Jedoch hätten adaptive Antennen bereits vor Inkrafttreten des Nachtrags mittels der sog. "worst case"-Betrachtung beurteilt werden können. Bezüglich des beanstandeten OMEN Nr. 4 hält das AFU fest, dass in einem früheren Zeitpunkt wohl eine Aufstockung des Gebäudes geplant gewesen sei und daher das OMEN höher als im vorliegend strittigen Standortdatenblatt angesiedelt worden sei. Allem Anschein nach sei die Aufstockung aber nicht realisiert worden, so dass das berechnete OMEN korrekt sei.

e) Mit Schreiben vom 14. Oktober 2021 zieht die Rekursgegnerin 1 ihren Antrag wieder zurück.



E.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten in den vorgenannten Eingaben wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1.

1.1 Die Zuständigkeit des Bau- und Umweltdepartementes ergibt sich aus Art. 43^{bis} des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP).

1.2 Die Frist- und Formerfordernisse von Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 VRP sind erfüllt. Die Rekursberechtigung ist gegeben (Art. 45 VRP). Auf den Rekurs ist einzutreten.

2.

Am 1. Oktober 2017 ist das Planungs- und Baugesetz (sGS 731.1; abgekürzt PBG) in Kraft getreten und das Baugesetz vom 6. Juni 1972 (nGS 8, 134; abgekürzt BauG) aufgehoben worden (Art. 172 Bst. a PBG). Der erstinstanzliche Einsprache- und Baubewilligungsentscheid erging am 26. Januar 2021. Mithin sind vorliegend grundsätzlich die Bestimmungen des PBG anwendbar, sofern sie gemäss Anhang zum Kreisschreiben „Übergangsrechtliche Bestimmungen im PBG“ vom 8. März 2017 (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2017/I/1) als unmittelbar anwendbar erklärt werden. Im Übrigen gelangen weiterhin das Baugesetz und das entsprechende Baureglement zur Anwendung.

3.

Die Rekurrentin rügt, dass die Vorinstanz – trotz Einhaltung der Anlagengrenzwerte (AGW) – die Baubewilligung unter Verweis auf das Vorsorgeprinzip verweigert habe.

3.1 Das USG schützt den Menschen und seine natürliche Umwelt gegen schädliche und lästige Einwirkungen (Art. 1 Abs. 1 USG). Zu diesem Zweck sind im Sinn der Vorsorge Einwirkungen, die schädlich oder lästig werden könnten, frühzeitig zu begrenzen (Art. 1 Abs. 2 USG). Hinsichtlich zu erwartender Einwirkungen von Mobilfunkantennenanlagen und zum Schutz der Menschen vor schädlicher oder lästiger nichtionisierender Strahlung wurde die NISV erlassen. Der Bundesrat hat in dieser Verordnung im Rahmen des Vorsorgeprinzips gemäss Art. 11 Abs. 2 USG die AGW so tief angesetzt, wie dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist, wobei er bezüglich möglicher Gesundheitsgefährdungen eine Sicherheitsmarge vorsah. Die in der NISV vorgeschriebenen AGW sind deshalb keine Gefährdungswerte, sondern vorsorgliche Emissionsbegrenzungen (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 1C_375/2020 vom 5. Mai 2021 Erw. 3.2.2 mit Hinweisen). Der Schutz vor nichtionisierender Strahlung



ist durch das Bundesrecht im Bereich des vorsorglichen Immissions-schutzes somit abschliessend geregelt. Die Kantone und Gemeinden können demgemäss in diesem Zusammenhang keine darüber hinaus gehenden Bedingungen anordnen. Soweit die gesetzlichen Vorschriften (insbesondere die Strahlengrenzwerte) eingehalten sind, kann die Baubewilligung für eine Mobilfunkanlage nicht mit der Begründung verweigert werden, das allgemeine, im Bereich des Immissionsschutzes durch Art. 11 USG konkretisierte Vorsorgeprinzip sei verletzt. Der Erlass der AGW erfolgte gerade in der Absicht, im Interesse der Rechtssicherheit festzulegen, was zur vorsorglichen Emissionsbegrenzung erforderlich ist (vgl. zum Ganzen VerwGE B 2019/22 vom 16. August 2019 Erw. 3.3, 3.5 und 4.1; BDE Nr. 70/2019 vom 12. November 2019 Erw. 3.3.1). Solange also die AGW eingehalten sind, durfte die Vorinstanz die Baubewilligung nicht mit Verweis auf das Vorsorgeprinzip verweigern.

3.2 Die Vorinstanz vertritt den Standpunkt, dass die Einhaltung der AGW bei adaptiven Antennen gar nicht habe überprüft werden können.

3.2.1 Die bisher in der Schweiz eingesetzten Mobilfunkantennen weisen eine Abstrahlcharakteristik auf, die räumlich konstant ist oder nur innerhalb begrenzter Bereiche manuell oder ferngesteuert bei Bedarf angepasst werden kann. Insbesondere im Frequenzband von 3,5 GHz bis 3,8 GHz gelangen seit kurzem und in Zukunft adaptiv betriebene Antennen oder Antennensysteme zum Einsatz, die ihre Senderichtung und/oder ihr Antennendiagramm automatisch in kurzen zeitlichen Abständen ohne Veränderung der Montagerichtung anpassen können (sog. beamforming). Dadurch soll die Strahlung bevorzugt in jene Richtungen übertragen werden, wo sie durch die Endgeräte angefordert wird. Richtungen, in denen keine Endgeräte Daten anfordern, werden tendenziell weniger bestrahlt (Bundesamt für Umwelt [BAFU], Nachtrag vom 23. Februar 2021 zur Vollzugsempfehlung zur Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) für Mobilfunk- und WLL-Basisstationen, S. 5, abrufbar unter <www.bafu.admin.ch>, Rubriken "Themen", "Thema Elektromog und Licht", "Fachinformationen", "Massnahmen Elektromog", "Mobilfunk: Vollzugshilfen").

3.2.2 Bis zur Veröffentlichung des soeben zitierten Nachtrags wurde bei der Beurteilung von adaptiven Antennen eine starre "worst case"-Betrachtung herangezogen, welche die spezifische Sendecharakteristik adaptiver Antennen nicht berücksichtigte. Am 17. April 2019 hat der Bundesrat deshalb eine Änderung der NISV verabschiedet, mit der die Beurteilung von adaptiven Antennen geregelt wird. Gemäss der revidierten Ziffer 63 von Anhang 1 NISV gilt auch bei adaptiven Antennen als massgebender Betriebszustand der maximale Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung. Zusätzlich ist aufgrund ihrer speziellen Eigenschaften die Variabilität der Senderichtungen und der Antennendiagramme zu berücksichtigen. Mit dem Nachtrag wurde un-



ter anderem ein Korrekturfaktor eingeführt, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass adaptive Antennen nicht gleichzeitig in alle Richtungen die maximal mögliche Sendeleistung abstrahlen können. Mit dem bisher angewendeten "worst-case"-Szenario wurden adaptive Antennen folglich strenger beurteilt als konventionelle Antennen (BAFU, Erläuterung vom 23. Februar 2021 zu adaptiven Antennen und deren Beurteilung gemäss der Verordnung über den Schutz vor nicht-ionisierender Strahlung, S. 12, abrufbar unter <www.bafu.admin.ch>, Rubriken "Themen", "Thema Elektrosmog und Licht", "Fachinformationen", "Massnahmen Elektrosmog", "Mobilfunk: Vollzugshilfen"). Das strengere "worst-case"-Szenario ohne Anwendung eines Korrekturfaktors stellt somit eine mit Anhang 1 Ziff. 63 NISV vereinbare Berechnungsmethode dar, um die Einhaltung der AGW sicherzustellen (VerwGE B 2021/115 vom 16. November 2021 Erw. 4.3; Entscheid des Verwaltungsgerichtes Zürich VB.2021.00048 vom 3. Juni 2021 Erw. 5.1.2 f. mit Hinweisen). Entsprechend besteht – trotz gegenteiliger Auffassung der Rekursgegnerinnen 2 – keine Verpflichtung, die strittige Antennenanlage einer Beurteilung im Sinn des zwischenzeitlich veröffentlichten Nachtrags zu unterziehen (VerwGE B 2021/123 vom 13. Dezember 2021 Erw. 5.3). Eine allfällige spätere Anpassung an den massgebenden Betriebszustand im Sinn des Nachtrags sowie die damit möglicherweise einhergehende Leistungserhöhung bildet demnach auch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

3.3 Die Vorinstanz hat somit die Baubewilligung zu Unrecht mit Verweis auf das Vorsorgeprinzip verweigert. Der Rekurs erweist sich somit als begründet. Der angefochtene Beschluss ist aufzuheben und die Sache zur nochmaligen Prüfung des Baugesuchs sowie zur erneuten Entscheidungsfindung zurückzuweisen. Entgegen dem rekurrentischen Antrag erfolgt keine Anweisung an die Vorinstanz, die Baubewilligung zu erteilen. Zwar hat die Vorinstanz eine Eventualbegründung angeführt und darin die rechnerische Einhaltung der AGW festgestellt. Auch hat die Vorinstanz die weiteren Vorbringen der Einsprecher abgewiesen. Jedoch ist die Vorinstanz nicht auf den bereits im Einspracheverfahren platzierten Einwand der Rekursgegnerinnen 2 eingegangen, wonach der OMEN Nr. 4 verglichen mit alten Standortdatenblättern um 2,84 m nach unten verlegt worden sei. Gemäss Amtsbericht des AFU sei zwar davon anzugehen, dass die damals projektierte Aufstockung nie realisiert worden sei. Ob dem so ist, wird die Vorinstanz zu beurteilen haben.

4.

4.1 Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. In Verfahren, bei denen sich ähnlich wie im Zivilprozess zwei Private mit entgegengesetzten Interessen am Verfahrensausgang gegenüberstehen, werden in aller Regel diese beiden für die Auferlegung von amtlichen Kosten herangezogen, während dem erstverfügenden Gemeinwesen, selbst wenn es mit seinen Anträgen unterliegt, keine amtlichen Kosten auferlegt werden. Ausschlaggebend hierfür ist, dass die privaten Beteiligten ein persönliches und direktes Interesse am



Verfahrensausgang haben, während das Gemeinwesen in diesen Fällen grundsätzlich nur öffentliche Interessen wahrt, nämlich die richtige Anwendung der massgeblichen Vorschriften. Diese Praxis findet insbesondere in Baubewilligungs- und Planungsverfahren Anwendung, wurde vom Verwaltungsgericht aber auch in anderen Fällen bestätigt (R. HIRT, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen/St.Gallen 2004, S. 76).

Die Entscheidgebühr beträgt Fr. 3'000.– (Nr. 20.13.01 des Gebühren tariffs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die amtlichen Kosten deshalb den Rekursgegnerinnen 2 unter solidarischer Haftung zu überbinden.

4.2 Der von der Rekurrentin am 22. Februar 2021 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzuerstatten.

5.

Rekurrentin und Rekursgegnerinnen 2 stellen ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

5.1 Im Rekursverfahren werden ausseramtliche Kosten entschädigt, soweit sie auf Grund der Sach- und Rechtslage notwendig und angemessen erscheinen (Art. 98 Abs. 2 VRP). Die ausseramtliche Entschädigung wird den am Verfahren Beteiligten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 98^{bis} VRP). Die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272) finden sachgemäss Anwendung (Art. 98^{ter} VRP).

5.2 Nicht anwaltlich vertretene Verfahrensbeteiligte haben grundsätzlich mangels eines besonderen Aufwands keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98^{ter} VRP in Verbindung mit Art. 95 Abs. 3 Bst. c ZPO). Dass ihnen gleichwohl ersatzfähige Kosten für Umtriebe erwachsen, ist ungewöhnlich und bedarf deshalb einer besonderen Begründung. Eine Umtriebsentschädigung erfolgt somit nur ausnahmsweise, insbesondere wenn es sich um eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert handelt, wenn der getätigte Aufwand erheblich ist und zwischen dem betrieblichen Aufwand und dem Ergebnis der Interessenwahrung ein vernünftiges Verhältnis besteht. Nicht anwaltlich vertretenen Personen spricht das Bau- und Umweltdepartement lediglich eine Umtriebsentschädigung ohne Bezugnahme auf den Anwalts- oder einen anderen Branchentarif zu, und zwar praxisgemäss in der Höhe von Fr. 300.– bis Fr. 500.– (vgl. VerwGE B 2013/178 vom 12. Februar 2014 Erw. 4.3 ff. und 5 ff., zusammengefasst in: Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2014/I/6).

5.3 Die Rekurrentin obsiegt mit ihren Anträgen. Sie ist durch ihren eigenen Rechtsdienst vertreten, und der Aufwand für das Rekursverfahren übersteigt das übliche Mass nicht. Sodann fehlt es vorliegend an einer Begründung, weshalb gleichwohl ersatzfähige Kosten entstanden wären. Vor diesem Hintergrund hat die Rekurrentin vorliegend



keinen Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung. Ihr Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten ist abzuweisen.

5.4 Da die Rekursgegnerinnen 2 mit ihren Anträgen unterliegen, haben sie von vornherein keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung. Ihr Begehren ist deshalb abzuweisen.

Entscheid

1.

a) Der Rekurs der A.____ AG wird im Sinn der Erwägungen gutgeheissen.

b) Der Bau- und Einspracheentscheid des Gemeinderates Z.____ vom 26. Januar 2021 wird aufgehoben und im Sinn der Erwägungen zur neuen Entscheidung an den Gemeinderat zurückgewiesen.

2.

a) C.____ und D.____ bezahlen unter solidarischer Haftung eine Entscheidunggebühr von Fr. 3'000.–.

b) Der am 22. Februar 2021 von der A.____ AG geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird zurückerstattet.

3.

a) Das Begehren von A.____ AG um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

b) Das Begehren von C.____ und D.____ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann
Regierungsrätin