



G.-Nrn. R2.2020.00133 und R2.2020.00134
BRGE II Nrn. 0191/2020 - 0192/2020

Entscheid vom 17. November 2020

Mitwirkende Abteilungspräsident Peter Rütimann, Baurichter Stefano Terzi, Baurichter
Adrian Bergmann, Gerichtsschreiber Gianfranco Greco

in Sachen

Rekurrenten

R2.2020.00133

AE, [...]

vertreten durch [...]

R2.2020.00134

MJ, [...]

gegen

Rekursgegnerinnen

1. Baukommission X, [...]

2. Y AG, [...]

Nr. 2 vertreten durch [...]

betreffend

Baukommissionsbeschluss vom 8. April 2020; Baubewilligung für Mobilfunk-
Antennenanlage, [...]

hat sich ergeben:

A.

Mit Beschluss vom 8. April 2020 erteilte die Planungs- und Baukommission X der Y AG die baurechtliche Bewilligung für eine Mobilfunk-Antennenanlage auf dem Dach des auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1 an der A.-Strasse 130 in X bestehenden Gebäudes.

B.

Hiergegen erhoben AF (Rekurrent 1) und MJ (Rekurrent 2) jeweils mit separaten Eingaben vom 20. Mai 2020 Rekurs. Der Rekurrent 1 stellte dabei folgende Anträge:

- "1. Es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben.
2. Es sei ein Augenschein durchzuführen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Rekursgegner."

Der Rekurrent 2 beantragte folgendes:

- "1. Das Baugesuch ist abzuweisen.
2. Das Baugesuch ist zu sistieren bis die Vollzugsempfehlung vorliegt bzw. bis die massgeblichen Grundlagen über die Beurteilung adaptiver Antennen erarbeitet sind und ein auditiertes Qualitätssicherungssystem für adaptive Antennen vorliegt."

C.

Mit Verfügungen vom 26. Mai 2020 wurden die Rekurseingänge unter den G.-Nrn. R2.2020.00133 und R2.2020.00134 vorgemerkt und es wurden die Vernehmlassungsverfahren eröffnet.

D.

Mit Eingaben vom 22. Juni 2020 beantragte die Vorinstanz in beiden Verfahren die Abweisung der Rekurse unter Kostenfolge zulasten der Rekurrenten.

Die private Rekursgegnerin stellte mit Eingaben vom 26. Juni 2020 in beiden Rekursverfahren den Antrag: "Der Rekurs sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und die beantragte Baubewilligung sei zu bestätigen." Überdies beantragte sie den Verzicht auf die Durchführung eines Augenscheins (G.-Nr. R2.2020.00133) sowie die Abweisung des Sistierungsantrages (G.-Nr. R2.2020.00134).

E.

Mit Präsidialverfügung vom 8. Juli 2020 wurde im Verfahren G.-Nr. R2.2020.00133 die Vorinstanz eingeladen, die Baubewilligungsakten der auf dem Gebäude A.-Strasse 127 vorbestehenden Mobilfunk-Antennenanlage einzureichen. Am 15. Juli 2020 reichte die Vorinstanz die vorgenannten Akten ein.

F.

Auf Begehren des Rekurrenten 1 wurde ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. Seine Replik datiert vom 21. Juli 2019 und die Duplik der privaten Rekursgegnerin vom 12. August 2020. Die Parteien hielten an ihren Anträgen fest. Die Vorinstanz verzichtete auf die Einreichung einer Duplik.

G.

Auf Antrag des Rekurrenten 1 wurde ihm mit Präsidialverfügung vom 27. August 2020 Frist angesetzt, um zur Duplik der privaten Rekursgegnerin sowie zu den von der Vorinstanz eingereichten Unterlagen Stellung zu nehmen. Hiervon machte er mit Eingabe vom 14. September 2020 mit unveränderten Anträgen Gebrauch.

Es kommt in Betracht:

1.

Die Rekurse beziehen sich auf dasselbe Bauvorhaben. Aus verfahrensökonomischen Gründen sind die Verfahren daher zu vereinigen.

2.

Der Rekurrent 1 ist Eigentümer der Liegenschaft A.-Strasse 139, Kat.-Nr. 2, welche in einer Distanz zum Bauvorhaben von 110 m situiert ist. Der Rekurrent 2 ist Stockwerkeigentümer einer Wohnung in der Liegenschaft A.-Strasse 136, Kat.-Nr. 3. Die Distanz seiner Wohnung zum Vorhaben beträgt 120 m. Beide Liegenschaften befinden sich im rechtsmittelberechtigten Umkreis der strittigen Kommunikationsanlage, welcher mit einem Radius von rund 376,50 m um die projektierte Antenne gezogen wird. Die Rekurrenten sind somit von der angefochtenen Baubewilligung mehr als irgendwelche Dritte oder die Allgemeinheit in ihren eigenen Interessen betroffen und gemäss § 338a des Planungs- und Baugesetzes (PBG) rechtsmittellegitimiert. Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Rekurse einzutreten.

3.

Der Rekurrent 2 beantragt die Sistierung des Verfahrens zusammengefasst aus dem Grunde, weil die aktuellen Grenzwerte für adaptive Antennen nicht anwendbar seien. Zudem sei der Einfluss von für biologische Organismen schädlichen Pulsationen nicht durch Grenzwerte begrenzt.

Sistierung bedeutet vorläufige Einstellung (Ruhenlassen) eines laufenden Verfahrens. Die Sistierung eines Gerichtsverfahrens steht grundsätzlich im Widerspruch zum Beschleunigungsgebot gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV). Nach § 339a Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes entscheiden die kantonalen Behörden über ein Rechtsmittel innert sechs Monaten nach dessen Eingang. Die Sistierung eines baurechtlichen Rekursverfahrens rechtfertigt sich deshalb nur aus besonderen Gründen. Beim Entscheid über eine mögliche Sistierung sind die Interessen der Rekursparteien abzuschätzen und mit zu berücksichtigen.

Die vom Rekurrenten 2 vorgebrachten Sistierungsgründe beschlagen die Grundvoraussetzungen für die Bewilligung des Vorhabens. So stellt etwa

das Ausstehen der neuen Vollzugshilfe des BAFU kein Grund für eine Sistierung dar, da die strittige Anlage bis zum Erlass einer neuen Vollzugshilfe aufgrund der aktuellen Rechtslage und Vorschriften zu beurteilen ist. Da sich die Bauherrin gegen eine Sistierung ausgesprochen hat, ist unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebots das Rekursverfahren von vornherein nicht zu sistieren.

4.1.

Der Rekurrent 1 bringt vorab vor, auf dem Gebäude A.-Strasse 127 befinde sich eine vorbestehende, durch eine Sichtschutzwand optisch kaschierte Mobilfunkanlage. Gemäss den Angaben im Standortdatenblatt liege diese gerade noch ausserhalb des Anlageperimeters der geplanten Antenne. Die exakte Lage stehe aber nicht fest. Die Vorinstanz habe es unterlassen abzuklären, ob sich die geplante Mobilfunkantenne tatsächlich ausserhalb des Anlageperimeters befinde und somit bei der Emissionsprognose nicht doch hätte miteinbezogen werden müssen.

Die Vorinstanz erwidert in ihrer Vernehmlassung im Wesentlichen, im Standortdatenblatt sei für die projektierte Anlage A.-Strasse 130 der Anlageperimeter mit 56,47 m eingezeichnet und die Anlage A.-Strasse 127 befinde sich knapp ausserhalb von diesem.

4.2.

Der frequenzabhängige Anlagegrenzwert von vorliegend 5 V/m (vgl. art. 9.6 im Verfahren G.-Nr. R2.2020.000133) ist die Immissionsbegrenzung für die "von einer Anlage" allein erzeugten Strahlung (Art. 3 lit. 6 der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung [NISV]). Was unter dem Begriff "von einer Anlage allein" zu verstehen ist, war seit der Inkraftsetzung der NISV am 1. Februar 2000 lange Zeit kontrovers, weil bis zur Teilrevision der NISV vom 1. September 2009 als "eine Anlage" alle Sendeantennen "auf demselben Mast oder in einem engen räumlichen Zusammenhang" bezeichnet wurden (Ziffer 62 Abs. 1 Anhang 1 altNISV), wobei der Begriff des "engen räumlichen Zusammenhangs" in der Verordnung nicht definiert wurde und daher unbestimmt blieb. Dies führte zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit bei den Vollzugs- und Rechtsmittelbehörden und in der Praxis zu unterschiedlichen Lösungen bei der Beantwortung der Frage, bis zu welcher

Distanz (als so genannter Anlageperimeter bezeichnet) bestehende Mobilfunk-Basisstationen in die Anlagegrenzwertberechnungen einer Neuanlage einzubeziehen seien. Der im Jahre 2002 vom BUWAL/BAFU in seinen Vollzugsempfehlungen mittels einer Berechnungsformel definierte Begriff des "engen räumlichen Zusammenhangs" fand in der Folge jahrelang in der ganzen Schweiz Anwendung. Mit Urteil BGr 1C_40/2007 vom 6. November 2007 hielt das Bundesgericht jedoch fest, die BUWAL/BAFU-Formel sei in der Sache wohl zweckmässig und im Lichte des Immissionsschutzes nicht zu beanstanden, habe aber keine gesetzliche Grundlage und dürfe deshalb nicht weiter angewendet werden (vgl. im Detail: Roland Blaser, Mobilfunk – Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen Kommunikation und Gesundheit, PBG aktuell 2/2008, S. 19 f.).

Mit der Teilrevision hat der Bundesrat in Ziffer 62 Abs. 1-4 Anhang 1 NISV in Nachachtung des genannten höchstrichterlichen Urteils im Detail umschrieben, bis zu welcher Distanz benachbarte (bestehende und/oder bereits bewilligte) Mobilfunkantennen in die Anlagegrenzwertberechnungen einer neu zu erstellenden Basisstation einbezogen werden müssen. Mehrere Antennen zusammen werden neu als Antennengruppe bezeichnet:

Ziffer 62 Anhang 1 NISV

Abs. 1 Eine Antennengruppe umfasst alle Sendeantennen, die am selben Mast oder an oder auf demselben Gebäude angebracht sind.

Abs. 2 Antennengruppen, die aus einem engen räumlichen Zusammenhang senden, gelten als eine Anlage, unabhängig davon, in welcher Reihenfolge sie erstellt oder geändert werden.

Abs. 3 Aus einem engen räumlichen Zusammenhang senden zwei Antennengruppen, wenn sich von jeder der beiden Antennengruppen mindestens eine Sendeantenne im Perimeter der anderen Antennengruppe befindet.

Abs. 4 Der Perimeter einer Antennengruppe ist die horizontale Fläche aus Kreisen mit Radius r um jede Sendeantenne der Antennengruppe. Der Radius r in Metern beträgt: $r = F \sqrt{\text{ERP} / 90}$; dabei bedeutet:

a. F den Frequenzfaktor. Dieser beträgt:

1. für Antennengruppen, die ausschliesslich im Frequenzbereich um 900 MHz oder in niedrigeren Frequenzbereichen senden: 2,63;
2. für Antennengruppen, die ausschliesslich im Frequenzbereich um 1800 MHz oder in niedrigeren Frequenzbereichen senden: 1,76;
3. für alle anderen Antennengruppen: 2,10;

- b. ERP₉₀ die kumulierte ERP in W, die durch die Sendeantennen einer Antennengruppe in einen Azimutsektor von 90° emittiert wird. Massgebend ist der Azimutsektor mit der höchsten kumulierten ERP."

Das Bundesamt für Umwelt hat in seinem Rundschreiben vom 22. Juli 2009 auf diese Neuregelung hingewiesen und für die Berechnung und Dokumentation des Anlageperimeters zusätzliche Präzisierungen gemacht.

Aus dem zitierten Wortlaut von Abs. 3 der Bestimmung geht klar hervor, dass ein enger räumlicher Zusammenhang im erwähnten Sinn nur dann besteht, wenn sich mindestens eine Mobilfunkantenne einer Antennengruppe jeweils innerhalb des Perimeters der anderen Antennengruppe befindet.

4.3.

Im vorliegenden Fall beträgt der Radius des Perimeters der geplanten Antenne 56,47 m (act. 9.6, S. 8). Der Anlageperimeter der benachbarten Antenne ist grösser; er beträgt 134 m. Dies bedeutet, dass wenn sich nun eine der benachbarten Mobilfunk-Antennen innerhalb einer Distanz zur projizierten Antenne von 56,47 m befindet, sich die Anlageperimeter jeweils gegenseitig überlagern würden und ein "enger räumlicher Zusammenhang" zur projizierten Antenne gegeben wäre. Nach Ansicht der Vorinstanz trifft dies aber – wenn auch knapp – nicht zu. Dieser Ansicht kann nicht ohne Weiteres gefolgt werden.

Gemäss dem Situationsplan im Massstab 1:1000 im Standortdatenblatt der projizierten Antenne befinden sich die benachbarten Antennen auf dem Gebäude A.-Strasse 127 an drei vom Rand des Flachdaches zurückversetzten und in grüner Farbe bezeichneten Stellen. Einer der beiden um die geplanten Antennen gezogener Kreis mit einem Radius von 56,47 m "schneidet zwar das benachbarte Dach an", berührt aber einen dieser Antennenstandorte um den Bruchteil eines Millimeters angeblich nicht (vgl. act. 9.6 im Verfahren R2.2020.00133). Um allfällige Ungenauigkeiten des Planes oder Abweichungen bei der Montage der Antennen auszuschliessen, wäre die Vorinstanz bei dieser Ausgangslage verpflichtet gewesen, den exakten Standort der vorbestehenden Antennen zu ermitteln. Was sie aber unterliess.

Weiter belegt der Grundrissplan im Massstab 1:100 der beigezogenen Bau- gesuchsakten der benachbarten Antennengruppe sogar eine wesentlich an- dere Ausgangslage. So befinden sich die Antennen nicht an drei zurückver- setzten Standorten, sondern wurden nebeneinander, unmittelbar am Dachrand, gleich hinter der Sichtschutzwand installiert (vgl. act. 17.5 im Ver- fahren G.-Nr. R2.2020.00133). Diese Antennen befinden sich zeichnerisch faktisch im Bereich des Perimeters der projektierten Antenne. Die Antennen- perimeter würden sich somit gegenseitig überlagern und die benachbarten, vorbestehenden Antennen müsste diesfalls rechnerisch im Standortdaten- blatt mitberücksichtigt werden. Ob aber die Antennen auf dem Gebäude A.- Strasse 127 auch tatsächlich so erstellt wurden, wie dies auf dem Grundriss- plan eingezeichnet wurde und damit die Distanz zum Bauvorhaben tatsäch- lich 56,47 m oder weniger beträgt, kann aufgrund der Akten nicht abschlies- send beurteilt werden und ist durch die Vorinstanz abzuklären.

4.4.

Da bei einer Überschneidung der Perimeter das Standortdatenblatt geändert und neu aufgelegt werden müsste, kann dieser Mangel nicht nebenbestim- mungsweise geheilt werden. Der Rekurs ist daher gutzuheissen und die Sa- che zur weiteren Sachverhaltsermittlung an die Baubehörde zurückzuwei- sen. Anzumerken ist noch, dass eine Mitberücksichtigung der benachbarten Antennengruppe zweifellos zu massgebenden Änderungen der Strahlen- prognose führen würde, weswegen sich weitere, generelle Ausführungen zu den verbleibenden Beanstandungen der Rekurrenten erübrigen.

5.1.

Zusammengefasst sind beide Rekurse infolge ihrer Vereinigung teilweise gutzuheissen. Die Sache ist zur weiteren Sachverhaltsermittlung im Sinne der Erwägungen und zum Neuentscheid an die örtliche Baubehörde zurück- zuweisen.

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entspre- chend ihrem Unterliegen. Die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu erneuter Abklärung gilt kosten- und entschädigungsmässig als volles Obsie- gen (BGr 1C_63/2016 vom 25. August 2016, in Bestätigung von

VB.2015.00243 vom 31. Dezember 2015). Bei (teilweiser) Gutheissung eines Nachbarrekurses ist auch die Baubehörde bzw. die betreffende kantonale Amtsstelle als (teilweise) unterliegende Verfahrenspartei zu betrachten. Sie wird damit im Rechtsmittelverfahren neben der Bauherrschaft kostenpflichtig (VB.2004.00481 in RB 2005 Nr. 12). In der Regel sind die Kosten zur einen Hälfte der Bauherrschaft und zur andern Hälfte der Vorinstanz (bzw. den Vorinstanzen) aufzuerlegen.

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten je zur Hälfte der Vorinstanz und der privaten Rekursgegnerin aufzuerlegen (§ 13 VRG).

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 bestimmbaren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier ein Verfahren ohne bestimmbaren 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. 4'000.-- festzusetzen.

5.2.

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG kann im Rekursverfahren und im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe der Gegenpartei verpflichtet werden, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistandes rechtfertigte. Die Bemessung der Umtriebsentschädigung richtet sich nach § 8 GebV VGr.

Der Beizug eines Rechtsbeistandes ist in aller Regel als Grund für die Zuspreehung einer Umtriebsentschädigung einzustufen (VB.2003.00093 vom 16. Oktober 2003, E. 3.1.). Demnach ist vorliegend dem Rekurrenten 1 zuzulasten der privaten Rekursgegnerin eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Angemessen erscheint ein Betrag von jeweils Fr. 1'700.--.

6.

Es liegt ein Rückweisungsentscheid vor, der als Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zu qualifizieren ist. Dessen Anfechtbarkeit richtet sich nach § 19 Abs. 2 VRG.