

PROTOKOLL DES REGIERUNGSRATS

Sitzung vom 23. August 2023

Versand: 29. August 2023

Regierungsratsbeschluss Nr. 2023-000999

A._____ und B._____ sowie 7 Mitbeteiligte, alle in Q._____; Beschwerde vom 17. November 2022 gegen den Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt (Abteilung für Baubewilligungen)/Gemeinderats Q._____ vom 29. April 2020/10. Oktober 2022 betreffend Baugesuch der E._____ AG für den Neubau einer Mobilfunkanlage mit Antennenkonstruktionen und Antennen (RHFS) auf Parzelle aaa, innerhalb der Bauzone, angrenzend an die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB); Gutheissung

Sachverhalt

(...)

Erwägungen

1.

Die Beschwerdeführenden rügen generell eine Verletzung des Vorsorgeprinzips und weisen auf mögliche Gesundheitsschäden durch die Mobilfunkstrahlung hin (Beschwerde, S. 14–19, act. 576–581).

Das Bundesgericht hat in aktuellen Entscheiden, auch in Kenntnis der von den Beschwerdeführenden angeführten Newsletter-Sonderausgabe der Beratenden Expertengruppe nicht-ionisierende Strahlung (BERENIS) vom Januar 2021 sowie anderer Studien, Berichte und Publikationen, die Rechtmässigkeit der Immissions- und Anlagegrenzwerte bestätigt (vgl. etwa Urteile des Bundesgerichts 1C-153/2022 vom 11. April 2023 E. 6, und 1C_100/2021 vom 14. Februar 2023 E. 5.3.1; Urteil des Verwaltungsgerichts WBE.2022.391 vom 6. Juli 2023).

In erster Linie ist es Sache der zuständigen Fachbehörden des Bundes und nicht des Regierungsrats, die entsprechende internationale Forschung sowie die technische Entwicklung zu verfolgen und gegebenenfalls eine Anpassung der Grenzwerte der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) vom 23. Dezember 1999 vorzuschlagen. Der Bund verfolgt zusammen mit der BERENIS permanent die wissenschaftliche Entwicklung und lässt die neusten Erkenntnisse laufend in seine Beurteilung einfließen (vgl. auch die Informationspflichten des Bundesamts für Umwelt gemäss Art. 19b NISV). Es bestehen gemäss Bundesgericht zurzeit keine hinreichenden Hinweise, wonach die Fachbehörden des Bundes oder der Bundesrat eine Anpassung der Grenzwerte hätten beantragen beziehungsweise vornehmen müssen. Mit der Anwendung der geltenden Immissions- und Anlagegrenzwerte der NISV im vorliegenden Fall wird das Vorsorgeprinzip deshalb nicht verletzt.

2.

2.1

Die Beschwerdeführenden machen geltend, der angefochtene Entscheid verletze zum einen Anhang 1 Ziffer 63 NISV, weil er auf einem nicht korrekten Standortdatenblatt beruhe und ein Betrieb mit 0,4–1,4 % der Nominalleistung der Antennen, wie im Standortdatenblatt vorgesehen, nicht möglich sei (vgl. Beschwerde, S. 6–9, act. 585–589). Zum anderen seien im Standortdatenblatt der OMEN Nr. 06 nicht richtig festgelegt und die elektrische Feldstärke (das heisst die Strahlenbelastung) zu niedrig errechnet worden, was einer Verletzung von Anhang 1 Ziffer 65 NISV gleichkomme und somit eine Überschreitung des Anlagegrenzwerts vorläge (vgl. Beschwerde, S. 10, act. 585).

2.2

Die Beschwerdegegnerin hat im Laufe des Beschwerdeverfahrens vor dem Regierungsrat ein neues Standortdatenblatt eingereicht und beantragt, dieses als Grundlage der Baubewilligung zu "sanktionieren". Sie hat dabei einen neuen OMEN Nr. 7 und den zwischenzeitlich überbauten OMEN Nr. 4 neu berechnet (vgl. Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 31. Mai 2023 und Standortdatenblatt Revision 1.16 vom 25. Mai 2023, act. 646–648). Die Abteilung für Umwelt BVU hat dieses neue Standortdatenblatt anhand der Vollzugsempfehlung zur NISV vom Juli 2002 überprüft und für umweltrechtlich zustimmungsfähig erklärt; sie beantragt einen reformatorischen Entscheid des Regierungsrats (vgl. Stellungnahme der Abteilung für Umwelt BVU vom 15. Juni 2023, S. 2 f., act. 650 f.).

Mit diesen Anträgen ist die Korrekturbedürftigkeit des angefochtenen Entscheids offenkundig gegeben. Es ist nunmehr zu prüfen, ob der Regierungsrat den Entscheid reformatorisch "verbessern" und diesem das neue Standortdatenblatt zu Grunde legen darf. Ein reformatorischer Entscheid ist dem Regierungsrat formell verwehrt, wenn der damit vorgenommene Wechsel der Entscheidungsgrundlagen als wesentlich, für sich genommen als baubewilligungspflichtige Projektänderung angesehen werden muss (vgl. nachfolgend Erw. 2.3). Ein reformatorischer Entscheid ist ausserdem materiell unzulässig, wenn auch das neue Standortdatenblatt nicht den Anforderungen entspricht. Davon gehen die Beschwerdeführenden aus, wenn sie in ihrer Stellungnahme vom 27. Juni 2023 weiterhin die Aufhebung des angefochtenen Entscheids verlangen (vgl. nachfolgend Erw. 2.4).

2.3

Projektänderungen sind nach der Praxis im Grundsatz auch während eines Beschwerdeverfahrens zulässig. Voraussetzung ist, dass die Interessen Dritter und der Öffentlichkeit gewahrt bleiben (AGVE 1986, S. 304 ff.). Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn auch das abgeänderte Projekt publiziert und öffentlich aufgelegt wird, oder wenn wegen der Geringfügigkeit der Änderung keine öffentliche Auflage erforderlich ist beziehungsweise wenn die Änderung im vereinfachten Verfahren gemäss § 61 Abs. 1 des Gesetzes über Raumentwicklung und Bauwesen (Baugesetz, BauG) vom 19. Januar 1993 nach schriftlicher Mitteilung an direkte Anstösserinnen/Anstösser ohne Auflage, Veröffentlichung und Profilierung bewilligt wird (vgl. zum Ganzen AGVE 2004, S. 166 mit Hinweisen).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Das neue Standortdatenblatt wurde weder publiziert noch öffentlich aufgelegt. Auch eine Mitteilung an die direkten Anstösserinnen/Anstösser fand nicht statt. Dies ist insofern von Bedeutung, da die gegenüber dem ursprünglichen Standortdatenblatt neu berechneten OMEN Nr. 4 (mit einer Strahlenbelastung von nunmehr 4.94 V/m der am stärksten belastete Punkt) und OMEN Nr. 7 Nachbargrundstücke betreffen. Beim OMEN Nr. 7, der im ursprünglichen, öffentlich aufgelegten Standortdatenblatt nicht ausgewiesen war und bei welchem die Strahlenbelastung mit 4.93 V/m prognostiziert wird, müssten entsprechend dem Antrag der Abteilung für Umwelt BVU zudem zusätzliche Abnahmemessungen durchgeführt werden, wovon die betroffenen Anstösserinnen/Anstösser bis jetzt keine Mitteilung erhalten haben. Es kann nicht Aufgabe des Regierungsrats im Beschwerdeverfahren sein, allfällige Anstösserinnen/Anstösser, das heisst Eigentümerinnen und Eigentümer sowie Mieterinnen und Mieter auf den Nachbargrundstücken, über die geänderten Projektunterlagen und deren Konsequenzen zu informieren. Ein reformatorischer Entscheid fällt deshalb schon aus formellen Gründen ausser Betracht.

2.4

Aber auch in materieller Hinsicht gibt es erhebliche Zweifel an der Richtigkeit beziehungsweise an der Präzision des neuen Standortdatenblatts: So wird der OMEN Nr. 7 mit einer Feldstärke von 4.93 V/m an zwei Stellen im Standortdatenblatt als der am *"stärksten belastete Punkt"* bezeichnet, obwohl die OMEN Nrn. 3 und 4 mit 4.94 V/m eine (minim) stärkere Belastung aufweisen (vgl. Standortdatenblatt, S. 4 und A16, act. 646).

Abgesehen von diesem, wohl einem Versehen zuzuschreibenden formellen Fehler erweist sich aber insbesondere die Situierung dieses OMEN Nr. 7 als unzutreffend. Wie die Beschwerdeführenden zu Recht ausführen, handelt es sich beim vollständig verglasten Balkon im 3. Obergeschoss (OG) des Gebäudes S-Strasse 39b um einen Wintergarten beziehungsweise um eine verglaste Veranda und somit nicht um einen herkömmlichen Balkon, womit der Wintergarten beziehungsweise die verglaste Veranda als OMEN, das heisst als Raum in einem Gebäude, zu qualifizieren ist, in dem sich Personen regelmässig während längerer Zeit aufhalten (Art. 3 Abs. 3 lit. a NISV; vgl. Beschwerde, S. 10, act. 585). Wie den bei den Akten befindlichen Fotos zu dieser baulichen Situation entnommen werden kann, befinden sich an der südöstlichen Ecke dieses Gebäudes vier übereinanderliegende verglaste Balkone. Der verglaste Balkon im 3. OG ist mit einer massiven und isolierenden Auskragung des Dachs des Gebäudes überdacht. Es ist ausserdem erkennbar, dass die von allen Seiten gegenüber der Witterung geschützten Räume möbliert sind (vgl. Fotos in Anhang 3 zur Einwendung vom 30. Juli 2020, act. 283 [mit Sicht auf alle 4 verglasten Balkone, sowie in der Replik der Einwenden den vom 28. September 2021, S. 13, act. 546 [mit Sicht auf den verglasten Balkon im 1. OG]). Ihre Nutzbarkeit als Raum innerhalb eines Gebäudes lässt sich daher nicht mit den in BGE 128 II 378 E. 6.1, erwähnten wetterabhängigen, dem Aufenthalt im Freien dienenden Balkonen und Dachterrassen vergleichen. An der Qualifikation als Wintergarten vermag auch die Aussage der Abteilung für Umwelt BVU nichts zu ändern, wonach diese anlässlich eines Augenscheins festgestellt habe, dass keine festangebrachten Heizinstallationen vorhanden seien (vgl. Stellungnahme der Abteilung für Umwelt BVU vom 13. Juli 2023, act. 659). Die wetterunabhängige Nutzbarkeit als Raum innerhalb eines Gebäudes ist nicht vom Vorhandensein festangebrachter Heizinstallationen abhängig. Offene Türen zu den Innenräumen und mobile Heizgeräte sind erfahrungsgemäss ausreichend, um solche Räume auch im Winter zum regelmässigen Aufenthalt für Personen genügend zu beheizen.

Da das neue Standortdatenblatt den OMEN Nr. 7 falsch positioniert hat, ist dieses nicht bundesrechtskonform und darf infolgedessen nicht im Sinne einer Projektänderung und als Ersatz für das bewilligte ursprüngliche Standortdatenblatt "sanktioniert" beziehungsweise bewilligt werden. Weil der OMEN Nr. 7 um 1–2 m näher zur Sendeanlage zu liegen kommt, dürfte auch der Anlagegrenzwert von 5 V/m überschritten sein. Da der angefochtene Entscheid auf einem bundesrechtswidrigen Standortdatenblatt beruht, ist er unzulässig und in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

3.

Angesichts des Umstands, dass der angefochtene Entscheid aufgrund des bundesrechtswidrigen Standortdatenblatts aufzuheben ist, braucht auf die gegen die Abnahmemessungen und das Qualitätssicherungssystem (QS-System) vorgebrachten, aber angesichts der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung wahrscheinlich aussichtslosen Rügen der Beschwerdeführenden (vgl. Beschwerde, S. 11–13, act. 582–584) nicht näher eingegangen zu werden.

4.

Im Beschwerdeverfahren werden die Verfahrens- und Parteikosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt. Den Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden haben (§§ 29 in Verbindung mit 31 Abs. 2 und 32 Abs. 2 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG] vom 4. Dezember 2007). Eine solche Privilegierung der Behörden findet bei den Parteikosten nicht statt.

Da den kantonalen und kommunalen Vorinstanzen vorliegend kein Vorwurf gemäss § 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG gemacht werden kann, rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten dem Verfahrensausgang entsprechend allein der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Diese hat ebenso $\frac{1}{3}$ der Parteikosten der Beschwerdeführenden zu tragen. Der Rest der Parteikosten geht zu je $\frac{1}{3}$ zulasten der unterliegenden Einwohnergemeinde und der Staatskasse.

Die Höhe der Parteientschädigung in Verwaltungssachen bestimmt sich in Verfahren mit einem Streitwert nach den §§ 8a–8c und 12a des Dekrets über die Entschädigung der Anwälte (Anwaltstarif, AnwT) vom 10. November 1987. Bausachen sind praxisgemäss vermögensrechtliche Streitsachen; der Streitwert beträgt in der Regel 10 % der Bausumme (vgl. AGVE 1992, S. 398). Vorliegend wird eine Bausumme von Fr. 79'000.– ausgewiesen (vgl. Gesuchsformular, act. 32). Der Streitwert beträgt somit Fr. 7'900.–. Für Streitwerte bis Fr. 20'000.– geht der Rahmen für die Entschädigung von Fr. 600.– bis Fr. 4'000.– (§ 8a Abs. 1 lit. a Ziff. 1 AnwT). Der Streitwert liegt im unteren Bereich des vorgegebenen Rahmens (bis Fr. 20'000.–). Innerhalb der vorgesehenen Rahmenbeträge richtet sich die Entschädigung nach dem mutmasslichen Aufwand des Anwalts sowie nach der Bedeutung und Schwierigkeit des Falls (§ 8a Abs. 2 AnwT). Die Entschädigung wird als Gesamtbetrag festgesetzt. Auslagen und Mehrwertsteuer sind darin enthalten (§ 8c AnwT).

Entsprechend der Bedeutung des Falls liegt die tarifgemässe Entschädigung für den genannten Streitwert in der Regel innerhalb eines Bands von Fr. 1'000.– bis Fr. 1'900.–. Der massgebende Aufwand wird im vorliegenden Verfahren als mittel beurteilt, die Schwierigkeit als mittel. Dies ergibt für ein vollständig durchgeführtes Verfahren eine berechnete Grundentschädigung von Fr. 1'500.–. Weil die Streitsache einen ausserordentlichen Aufwand (zwei zusätzliche Stellungnahmen) verursachte, ist ein Zuschlag von 20 % angebracht. Die Parteientschädigung beträgt somit aufgerundet Fr. 1'800.– (inklusive Auslagen und MwSt. [§ 8c AnwT]).

Beschluss

1.

In Gutheissung der Beschwerde werden die Entscheide des Departements Bau, Verkehr und Umwelt (Abteilung für Baubewilligungen) vom 29. April 2020 und des Gemeinderats Q._____ vom 10. Oktober 2022 aufgehoben.

2.

a)

Die E._____ AG hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 2'000.– sowie der Kanzleigebühr und den Auslagen von Fr. 783.70, insgesamt Fr. 2'783.70 zu bezahlen.

b)

Der durch die Beschwerdeführenden geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– wird diesen im Umfang von Fr. 2'000.– aus der Staatskasse zurückerstattet.

3.

a)

Die E._____ AG und die Einwohnergemeinde Q._____ werden verpflichtet, den Beschwerdeführenden die im Beschwerdeverfahren entstandenen Parteikosten in Höhe von Fr. 1'800.– zu je $\frac{1}{3}$, das heisst je mit Fr. 600.–, zu ersetzen.

b)

Der verbleibende Drittel der Parteikosten (das heisst Fr. 600.–) wird den Beschwerdeführenden aus der Staatskasse entrichtet.