

Schutz vor ideellen Immissionen bei Mobilfunkanlagen

Das Bundesgericht hat einer Mobilfunkbetreiberin die Berufung auf die Besitzstandsgarantie für die Umrüstung einer Mobilfunkanlage auf die 5G-Technologie versagt; dies im Wesentlichen, da diese Systemerneuerung die ideellen Immissionen erhöhe und damit die Rechtswidrigkeit mit Blick auf eine neue kommunale Kaskadenregelung, die eine Standortevaluation verlangt, verstärkt werde. Den Autoren erscheint fraglich, ob das Institut der ideellen Immissionen in diesem Bereich sinnvoll ist.

Le Tribunal fédéral a refusé à un opérateur de téléphonie mobile le droit d'invoquer la garantie de la situation acquise pour transformer une installation de téléphonie mobile en technologie 5G: ce renouvellement du système augmente les immissions idéelles et renforce ainsi l'illégalité de la situation dans la perspective d'une nouvelle réglementation communale fondée sur la planification en cascade, qui exige une évaluation des sites potentiels. Les auteurs s'interrogent sur la pertinence de l'institution juridique des immissions idéelles dans ce contexte.

Urteil des Bundesgerichts vom 18. Oktober 2022 (1C_591/2021)

Dominique Gross, Dr. iur., RA, Kantonsrichterin, Freiburg
Mischa Poffet, MLaw, RA, Gerichtsschreiber am Bundesgericht, Lausanne

Der Fall

(325) Die Sunrise GmbH betreibt in der Wohn- und Gewerbezone in Ostermundigen eine Mobilfunkanlage. Kurz nachdem im Februar 2019 der Art. 11a des Baureglements der Gemeinde Ostermundigen (GBR) betreffend Standorte von Antennenanlagen in Kraft getreten war, reichte die Sunrise GmbH ein Baugesuch ein, das den Austausch von sechs Antennen und die Neuinstallation von drei adaptiven Antennen der fünften Mobilfunkgeneration (5G) bei der bestehenden Mobilfunkanlage vorsah. Nachdem die Gemeinde das Gesuch bewilligt hatte, hob die Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern deren Entscheid auf Beschwerde von Anwohnern hin auf und erteilte dem Vorhaben den Bauabschlag. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern schützte diesen Entscheid mit Urteil vom 31. August 2021, woraufhin die Sunrise GmbH an das Bundesgericht gelangte.

Der Entscheid

Das Bundesgericht wies in seinem Urteil 1C_591/2021 vom 18. Oktober 2022 die von der Sunrise GmbH erhobene Beschwerde ab.

Das Verwaltungsgericht hatte im vorinstanzlichen Urteil festgehalten, dass die rund einen Monat vor Einreichung des Baugesuchs in Kraft getretene kommunale Regelung, die hinsichtlich der Standortwahl für Antennen eine Kaskadenregelung vorsieht (Art. 11a GBR), auch auf bestehende Mobilfunkstandorte – und mithin auf das streitige Projekt – anwendbar sei. Da die Sunrise GmbH den Beleg für das Fehlen von Alternativstandorten in den Arbeitszonen (vgl. Art. 11a Abs. 6 GBR) nicht erbracht habe, sei das Bauvorhaben mangels genügender Standortevaluation nicht bewilligungsfähig.

In einem ersten Punkt schützte das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid hinsichtlich der Anwendbarkeit und der fehlenden Bewilligungsfähigkeit nach Art. 11a Abs. 6 GBR.

Sodann hatte das Verwaltungsgericht im vorinstanzlichen Urteil geschlossen, das Vorhaben sei auch gestützt auf die erweiterte Besitzstandsgarantie nach Art. 3 des Baugesetzes des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0) nicht zu bewilligen. Vorliegend handle es sich aufgrund der weitgehenden Änderungen (Komplettersatz und Erweiterung der Mobilfunkstation sowie erhebliche Leistungssteigerung) um eine neubauähnliche Umgestaltung, welche nach den für Neuanlagen geltenden Bewilligungsvorschriften zu beurteilen sei. Überdies erhöhe die geplante Systemerneuerung die ideellen Immissionen, sodass auch die Rechtswidrigkeit verstärkt werde.

Das Bundesgericht schützte die Eventualbegründung der Vorinstanz betreffend Verstärkung der Rechtswidrigkeit. Rechtsprechungsgemäss könnten die ideellen Immissionen einer Mobilfunkanlage durch die erhebliche Erhöhung ihrer Sendeleistung verstärkt werden. Ob die vorliegend beabsichtigte Erhöhung der Sendeleistung in diesem Sinne erheblich sei, erscheine fraglich, könne jedoch offenbleiben, da das Bauprojekt zusätzlich zur Erhöhung der Sendeleistung den Austausch von Antennen sowie die Neuinstallation adaptiver 5G-Antennen vorsehe; solche Antennen, die das Signal in die Richtung des Mobilfunkgerätes des Nutzers fokussieren können, seien geeignet, in der Bevölkerung zum Teil Ängste und damit erhöhte ideelle Immissionen zu bewirken. Zudem würden diese Immissionen auch dadurch verstärkt, dass die bestehende Anlage eine grössere Ausladung habe und damit insgesamt massiver in Erscheinung trete. Die Vorinstanz sei damit nicht in Willkür verfallen, wenn sie die Voraussetzungen der Besitzstandsgarantie verneinte, weil sie angenommen habe, die streitbetroffene Erneuerung und Erweiterung einer bestehenden Mobilfunkanlage verstärke deren ideellen Immissionen und damit deren Rechtswidrigkeit.

Die Anmerkungen

1a. Das Bundesgericht hatte sich schon mehrmals mit Beschwerden betreffend *Kaskadenregelungen für Mobilfunkanlagen*, wie sie Art. 11a GBR vorsieht, auseinanderzusetzen. Es erachtet entsprechende Regelungen, welche die Mobilfunkstandorte weg von den Wohnzonen und hin zu den Arbeitszonen lenken sollen, grundsätzlich als bundesrechtskonform.¹ Solche Bestimmungen können einerseits dem Ortsbild- und Landschaftsschutz, andererseits dem Schutz vor ideellen Immissionen² dienen.

b. Die Besonderheit des diskutierten Falls liegt darin begründet, dass die Mobilfunkbetreiberin einerseits geltend machte, die Kaskadenregelung des kommunalen Baureglements (Art. 11a GBR) sei auf bestehende Mobilfunkstandorte nicht anwendbar, und sich im Eventualstandpunkt auf die erweiterte Besitzstandsgarantie (Art. 3 BauG) berief. Da sich beide Fragestellungen um die Anwendung kantonaler Rechts drehten, war die Kognition des Bundesgerichts auf Willkür beschränkt.

2. Mangels rechtsgenügender Begründung musste sich das Bundesgericht nicht damit auseinandersetzen, ob das Verwaltungsgericht in Willkür verfallen ist, indem es zum Schluss gelangte, Art. 11a GBR sei auch auf *bestehende Mobilfunkstandorte* anwendbar. Da unbestritten blieb, dass die Beschwerdeführerin keinen Nachweis für das Fehlen von Alternativstandorten in den Arbeitszonen erbracht hatte, schloss es zu Recht, dass die streitbetroffene Mobilfunkanlage mit dem Inkrafttreten von Art. 11a GBR rechtswidrig wurde.

3a. Auch der Schluss des Bundesgerichts, dass der bestehende Mobilfunkstandort nicht von der *erweiterten Besitzstandsgarantie* profitiere, ist unter Willkürgesichtspunkten nicht zu beanstanden. Nichtsdestotrotz scheint fraglich, ob mit der geltend gemachten *Erhöhung ideeller Immissionen* tatsächlich eine verpönte Verstärkung der Rechtswidrigkeit (vgl. Art. 3 Abs. 2 BauG) einhergeht. Eine solche liegt vor, wenn das öffentliche oder nachbarliche Interesse, das durch die verletzte Norm geschützt werden soll, durch den Umbau oder die Erweiterung noch stärker beeinträchtigt würde als bisher, wenn also die Auswirkungen des Vorhabens zu einer Verschlechterung des bereits rechtswidrigen Zustandes führen würden.³ Nun wurde die bestehende Mobilfunkanlage gemäss dem bundesgerichtlichen Urteil aber nicht deshalb rechtswidrig, weil sie ideelle Immissionen verursacht, sondern wegen der fehlenden Standortevaluation (E. 4.5). Eine eigentliche Obergrenze oder gar ein Verbot ideeller Im-

missionen kennen auch Kaskadenregelungen wie Art. 11a GBR nicht; die von einer Mobilfunkanlage ausgehenden ideellen Immissionen lassen sich – im Gegensatz zur nicht-ionisierenden Strahlung – denn auch kaum objektiv messen. Der Einwand der Sunrise GmbH, dass ideelle Immissionen auch durch zonenkonforme Mobilfunkanlagen bewirkt werden, ist daher verständlich.

b. Vor diesem Hintergrund ist unklar, ob solche Kaskadenregelungen überhaupt vor ideellen Immissionen schützen können. Die Mobilfunkbetreiber werden ihrem *Versorgungsauftrag*⁴ – und damit dem Ziel, mit ihren Anlagen eine möglichst breite Abdeckung zu erzielen – auch dann nachgehen, wenn sie aufgrund einer Kaskadenordnung gezwungen sind, diese in erster Linie in Arbeitszonen zu errichten. Dabei werden sie die Standorte so wählen, dass die Anlage möglichst viele Nutzer erreicht. Insofern erscheint fraglich, ob die durch eine Mobilfunkanlage ausgelösten Ängste für die betroffenen Anwohner allein dadurch gelindert werden, dass sie in einer an das Wohnquartier angrenzenden Arbeitszone steht, statt auf einem mehrstöckigen Wohngebäude im selben Quartier.⁵ Konkret dürfte die Anwendbarkeit von Kaskadenregelungen auf bestehende Mobilfunkstandorte und der Ausschluss der erweiterten Besitzstandsgarantie bedeuten, dass die Mobilfunkbetreiber – zusätzlich zu den bestehenden Standorten⁶ – Anlagen an neuen Standorten errichten werden, die keiner Standortevaluation bedürfen, womit die Dichte an Mobilfunkanlagen weiter zunimmt.

c. In seiner bisherigen Rechtsprechung hat das Bundesgericht das öffentliche Interesse an der Verhinderung ideeller Immissionen bei *nicht sichtbaren Mobilfunkantennen* als derart gering erachtet, dass die Beschränkung der Standortwahl unverhältnismässig sei.⁷ Ein entsprechender Schutz vor ideellen Immissionen wurde damit nur bei sichtbaren Anlagen gewährt. Es bleibt offen, ob das Bundesgericht auch bei 5G-Antennen, die nach dem besprochenen Urteil erhöhte ideelle Immissionen bewirkten, an dieser Rechtsprechung festhalten wird.

4. Nach Ansicht der Autoren zeigt sich die Problematik der Rechtsfigur der ideellen Immissionen im besprochenen Urteil sinnbildlich: Jedenfalls intuitiv erschiene es bei Ängsten und Unbehagen, die im Zusammenhang mit messbaren materiellen Immissionen auftreten, angebracht, die *aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse* zu den Risiken einer Tech-

¹ Vgl. BGE 142 I 26 E. 4.2; 141 II 245 E. 2; 138 II 173 E. 6; je mit Hinweisen.

² Siehe diesbezüglich nur BGE 138 II 173 E. 7.4.3.

³ A. ZAUGG/P. LUDWIG, Baugesetz des Kantons Bern, Kommentar, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 3 BauG N 4 mit Hinweisen.

⁴ Vgl. BGE 141 II 245 E. 7.1.

⁵ Siehe jedoch BGer 1C_451/2017 vom 30. Mai 2018 E. 4.2.2, wonach der Schutz vor ideellen Immissionen schon rein begrifflich auf Zonen und Anlagen zu beschränken ist, die Wohnzwecken dienen.

⁶ Der Betrieb von bestehenden Mobilfunkanlagen bleibt im Rahmen der Besitzstandsgarantie zulässig, wenn auch ohne Umbau- und Erweiterungsmöglichkeiten.

⁷ BGer 1C_51/2012 und 1C_71/2012 vom 21. Mai 2012 E. 5.5; 1C_451/2017 vom 30. Mai 2018 E. 2.6.

nologie⁸ zu berücksichtigen. Die materiellen Immissionen von Mobilfunkantennen sind bereits über die Umweltschutzgesetzgebung abschliessend geregelt. Es fragt sich damit, ob bzw. inwiefern ideellen Immissionen rechtlich Rechnung

getragen werden soll, wenn diese letztlich in der Angst gründen, dass die materiellen Immissionen unzulänglich geregelt seien.⁹

⁸ Ausführlich zum Mobilfunkstandard 5G BGER 1C_100/2021 vom 14. Februar 2023 E. 4 ff.

⁹ In diese Richtung wohl auch B. WALDMANN, Der Schutz vor ideellen Immissionen in Wohngebieten – eine kritische Würdigung, in: BR 2005, S. 162.

Suspensiv bedingte Baubewilligungen müssen vor Bundesgericht nicht umgehend angefochten werden

Das Bundesgericht hält in Konkretisierung seiner Rechtsprechung fest, dass Baubewilligungen, die vor Baubeginn zu erfüllende Auflagen aufweisen (in der Terminologie des Bundesgerichts «suspensiv bedingte Baubewilligungen»), grundsätzlich keine Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG darstellen, sondern als formale Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 Abs. 3 BGG durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar sind. Verfahrensbeteiligte Dritte riskieren somit nicht den Verlust der Beschwerdemöglichkeit, wenn sie solche Entscheide nicht umgehend nach ihrem Ergehen anfechten.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral confirme et concrétise sa jurisprudence: il retient que les permis de construire qui comportent des charges à remplir avant le début des travaux (dans la terminologie du Tribunal fédéral, «permis de construire avec condition suspensive») ne constituent en principe pas des décisions finales au sens de l'art. 90 LTF, mais sont des décisions incidentes au sens de l'art. 93 al. 3 LTF qui peuvent être attaquées lors d'un recours contre la décision finale. Les tiers parties à la procédure ne risquent donc pas de perdre la possibilité de recourir s'ils ne contestent pas immédiatement ces décisions.

Urteil des Bundesgerichts vom 12. April 2023 (1C_203/2022; zur amtlichen Publikation bestimmt)

Alexander Rey, lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV
Bau- und Immobilienrecht, Baden
David Hofstetter, Dr. iur., Rechtsanwalt, Baden

tels einer Nebenbestimmung erfasst und deren Erfüllung im Rahmen des Auflagenbereinigungsverfahrens zu prüfen sei. Auch in anderen – hier nicht interessierenden – Punkten war die Rechtmässigkeit des Bauvorhabens umstritten. Die Beschwerdeführerin gelangte entsprechend der angeführten Rechtsmittelbelehrung ans Bundesgericht und verlangte die Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheide.

Der Fall

(326) Zu beurteilen war ein Ersatzneubau eines Wohnhauses in der Stadt Zürich. Die städtische Bausektion ordnete in Anwendung von § 321 Abs. 1 PBG ZH an, dass vor *Baubeginn* dem Amt für Baubewilligungen Pläne über die Erfüllung der Auflagen betreffend den Nachweis von zwei Abstellplätzen für Autos und für Velos einzureichen und bewilligen zu lassen seien. Zudem ordnete es an, dass dem Amt – ebenfalls vor Baubeginn – ein in verschiedener Hinsicht ergänzter Umgebungsplan zur Bewilligung einzureichen sei. Der Beschwerdeführerin, Eigentümerin einer Nachbarparzelle, die darin eine Verletzung des Grundsatzes der Einheit des Bauentscheides (und von § 321 Abs. 1 PBG ZH) erblickte, beschied das Verwaltungsgericht Zürich, es handle sich um unwesentliche Projektänderungen, die mit-

Der Entscheid

Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts nicht ein. Bei den von der Baubewilligungsbehörde angeordneten, vor Baubeginn zu erfüllenden «Auflagen» (Nachweis Abstellplätze und Umgebungsplanung) handle es sich um aufschiebende Bedingungen. Derartige Bedingungen führen dazu, dass das Baubewilligungsverfahren als noch nicht abgeschlossen gilt, sofern die Formulierung der Auflagen einen Spielraum für ihre Umsetzung belässt. Diesfalls könne die Baubewilligungsbehörde die Einhaltung der Nebenbestimmung erst gestützt auf