

CAVIEZEL PARTNER



LEITTHEMA: EINFÜHRUNG DER 5. MOBILFUNK-GENERATION

Einleitung

von MLaw Flavio Decurtins

Derzeit wird in der Schweiz die Breitbandtechnologie der 5. Mobilfunkgeneration (5G) ausgebaut. Hierfür werden bestehende Mobilfunkantennen ausgebaut und neue Antennen erstellt. Dieser Ausbau wird sehr kontrovers diskutiert: Auf der einen Seite wird eine Erhöhung der Kapazitäten der Datenübermittlung aufgrund der steigenden Datenmengen begrüsst, auf der anderen Seite wurde aber durch die nicht restlos geklärten Auswirkungen der Strahlenbelastung die Diskussion um die gesundheitliche Gefahr durch Mobilfunkanlagen erneut entfacht. Das führt dazu, dass sich grosser politischer Widerstand formiert hat bzw. formiert und die meisten Ausbauprojekte mit Baueinsparungen belegt werden.

Auch in Graubünden sind sowohl der Kanton als auch diverse Gemeinden von dieser

Kontroverse betroffen. Aus diesem Anlass befassen wir uns im vorliegenden Newsletter mit den rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Ausbau der Mobilfunkanlagen mit der 5G-Technologie.

Wir freuen uns besonders, dass Herr Georg Thomann, Leiter der Abteilung Luft, Lärm und Strahlung beim Amt für Natur und Umwelt des Kantons Graubünden, in unserem Newsletter einen Gastbeitrag zum Thema verfasst hat, worin er die physikalischen und technischen Aspekte sowie die Wirkung von elektromagnetischen Strahlen und das (gesetzlich verankerte) Schutzkonzept beleuchtet. Im Leitartikel werden schliesslich der rechtliche Handlungs- und Beurteilungsspielraum der Gemeinden beleuchtet und die aktuellen Entwicklungen und Bestrebungen auf verschiedenen Staatsebenen aufgezeigt.

NEWSLETTER 2/2019

LEITTHEMA

Einführung der 5. Mobilfunk-Generation

Einleitung

1

Gastbeitrag von Dr. Georg Thomann (ANU)

2-5

Rechtlicher Handlungs- und Beurteilungsspielraum der Gemeinden

5-9

NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Zur Zweitwohnungsge-
setzgebung: Abbruch
und Wiederaufbau mit
Erweiterung zulässig

9-10

Verzögerung bei planerischem Handeln und (mögliche) staats-
haftungsrechtliche Konsequenzen

10-11

KANZLEI NEWS

11

Elektromagnetische Strahlen der Mobilfunktechnologie

Gastbeitrag von Dr. Georg Thomann, Amt für Natur und Umwelt, Graubünden

Wie bereits einleitend ausgeführt, erhitzt die Einführung der neusten, fünften Mobilfunkgeneration (5G; im Fachjargon als "New Radio NR" bezeichnet) die Gemüter. Viele sind besorgt, die neue Technologie führe wegen der von den Mobilfunkanbietern beworbenen Vervielfachung der Leistung zu einer höheren Strahlenbelastung. Damit verbunden ist die Angst um die eigene Gesundheit. Aber woher kommt diese Angst? Vermutlich liegt es an der Mobilfunkstrahlung selbst, die man weder sehen, fühlen, riechen noch schmecken kann. Dieses Versagen unserer Sinne löst Unbehagen aus. Ist dieses Unbehagen berechtigt? Die Antwort ist ja und nein. Um dies zu erklären, ist es unerlässlich, auf ein paar physikalische Grundbegriffe und Gesetzmässigkeiten einzugehen.

Das Strahlen- resp. elektromagnetische Spektrum

Wenn wir von "Strahlung" sprechen, meinen wir elektromagnetische Strahlen oder elektromagnetische Wellen –, die Begriffe können synonym verwendet werden. Damit soll ausgedrückt werden, dass Strahlung sowohl Wellen- als auch Teilchencharakter haben

kann. Anders als zum Beispiel bei Schallwellen benötigen elektromagnetische Wellen jedoch kein Medium, um sich auszubreiten. Grundsätzlich sind elektromagnetische Wellen (oder Strahlen) eine besondere Form von Energie, die sich durch Raum und Materie ausbreitet. Als Träger der Energie fungieren die Photonen (auch als Quanten des elektromagnetischen Feldes bezeichnet). Strahlen (oder eben elektromagnetische Wellen) lassen sich im elektromagnetischen Spektrum nach der Wellenlänge (resp. Frequenz) einteilen. Das sichtbare Licht stellt dabei nur einen geringen Teil des gesamten elektromagnetischen Spektrums dar und ist, mit Ausnahme der Infrarotstrahlung, welche wir als Wärme auf unserer Haut spüren, der einzige Bereich, der vom Menschen ohne technische Hilfsmittel wahrgenommen werden kann. Bei niedrigeren Frequenzen resp. grossen Wellenlängen ist die Energie der Photonen zu gering, um chemisch-physikalische Prozesse auslösen zu können. Hingegen bei Frequenzen über denjenigen des Lichtspektrums, das heisst bei sehr kleinen Wellenlängen, be-

ginnt der Bereich der ionisierenden Strahlung (Radioaktivität), bei der ein einziges Photon Moleküle zerstören kann. Dieser Effekt tritt bereits bei Ultraviolett-Strahlung auf und ist für die Bildung von Hautkrebs bei übermässiger Sonnenexposition verantwortlich. Bezüglich Schädigung gilt demzufolge: Die Energiemenge, welche Strahlen mit sich führen, bestimmt, wie Strahlen wirken. Und je kleiner die Wellenlänge resp. je grösser die Frequenz ist, umso grösser ist die Energiemenge und damit die Wirkung.

Ionisierende und nicht ionisierende Strahlung

Die Fähigkeit, wegen der hohen Energiemenge chemische Prozesse auszulösen, unterscheidet die ionisierende von der nicht ionisierenden Strahlung. Röntgen- und Gammastrahlen gehören zur ionisierenden Strahlung. Ihre Energie ist so gross, dass sie beim Auftreffen auf Atome diese so verändern, dass diese danach nicht mehr elektrisch neutral, sondern elektrisch geladen sind. Diesen Vorgang nennt man Ionisation, und deshalb alle Strahlen, die dies bewirken, ionisierende Strahlung. Bei allen anderen Arten von

Strahlen (Licht, Mikrowelle, Radiowelle etc.) reicht dagegen die Energie nicht aus, um Atome in elektrisch geladene Teilchen zu zerlegen. Sie werden daher nichtionisierende Strahlung genannt. Das ganze Spektrum der Mobilfunkstrahlung gehört in diese Gruppe. Ihre Energie reicht höchstens dazu aus, um Moleküle in Schwingung zu versetzen, was wir im Extremfall in Form von Wärme wahrnehmen können. Mikrowellengeräte nutzen diesen Effekt in einem klar definierten Frequenzbereich aus, um Wassermoleküle in Schwingung oder Rotation zu versetzen. (Notabene: Der Frequenzbereich befindet sich im oberen Bereich des Spektrums, in welchem die heutigen Mobilfunktechnologien angesiedelt sind.)

Mehr Leistung durch 5G

Damit kommen wir zu weiteren Phänomenen oder Begriffen, die es neben der Strahlung zu erklären gilt: Die Leistung, das Abstandsgesetz und die Dosis. Leistung ist die in einer Zeitspanne umgesetzte Energie bezogen auf diese Zeitspanne. Oder anders ausgedrückt: Die Leistung ist die verrichtete Arbeit (oder aufgewendete Energie) bezogen auf die dafür benötigte Zeit. Nun versprechen die Mobilfunkanbieter mit Einführung der 5G-Technologie

eine massive Erhöhung der Leistung und meinen damit, dass pro Zeiteinheit viel mehr Daten übermittelt und verarbeitet werden können. Man könnte die frohe Botschaft der Mobilfunkanbieter jedoch auch so interpretieren, dass eine Leistungserhöhung unweigerlich auch eine Erhöhung der aufgewendeten Energie bedeutet, was wiederum das Gefährdungspotenzial erhöht. Diese Interpretation ist falsch: Die Leistung und damit die Strahlenbelastung bleibt gleich, resp. muss im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben gleichbleiben, denn ansonsten könnten die massgeblichen Grenzwerte der Verordnung über den Schutz von nichtionisierender Strahlung (NISV) nicht eingehalten werden. Und diese sind (noch) sakrosankt und hängen nicht von der verwendeten Technologie ab, sondern von der Frequenz und damit von der Strahlung (siehe dazu auch unten). Um den von den Mobilfunkanbietern verwendeten Leistungsbe-griff etwas zu verdeutlichen, denke man nur an den Computer oder Laptop zu Hause. Für uns ist es selbstverständlich geworden, dass die Computer mit jeder neuen Generation leistungsfähiger werden, indem sie immer mehr Daten in kürzerer Zeit, notabene bei geringerem Energieaufwand, verarbeiten und auch speichern können – sprich immer effizienter werden.

Dasselbe gilt auch für neue Mobilfunktechnologien: 3G war effizienter als 2G, 4G als 3G und 5G als 4G. Dies wird in Zukunft auch für die sechste Generation gelten, die dereinst die fünfte ablösen wird. Die Strahlenbelastung bleibt davon unberührt, denn sämtliche Technologien können die für den Mobilfunk freigegebenen Frequenzen belegen. Im Gegenteil: Man kann sogar davon ausgehen, dass bei gleichbleibender Antennennutzung (Summe der Downloads und Uploads bleibt konstant) dank der Effizienzsteigerung die Strahlenbelastung abnimmt. (Anmerkung: De facto wird sie jedoch wegen der überproportionalen Zunahme der Nutzerdichte zunehmen, bis die gesetzlichen Grenzwerte ausge-reizt sind; die durch die neue Technologie geschaffene Reserve wird somit durch das Nutzerverhalten resp. durch die rasanten Zunahme im Datenverkehr aufgefressen. Dieses Phänomen kennen wir auch von den Schadstoffen des Strassenverkehrs, wo die technologischen Fortschritte bei den Motoren durch die Verkehrszunahme quasi "aufgefressen" wurden.)

Geforderte Anpassung der Grenzwerte der NISV

Wenn obige Argumentation stimmt, warum wollen dann die

Mobilfunkanbieter die Grenzwerte der NISV erhöhen, obwohl die neue 5G-Technologie effizienter ist? Der Grund für die geforderte Erhöhung liegt bei der Nutzungsdichte der bestehenden Antennenanlagen, welche teilweise ausgeschöpft ist. Um aber die neue Technologie allen Nutzern zur Verfügung stellen zu können, gibt es nur folgende zwei Möglichkeiten: Man erhöht die Ausgangsleistung der Antennen oder man baut weitere Standorte. Letzteres wird vehement bekämpft, darum bleibt den Anbietern eigentlich nur Ersteres übrig. Die Erhöhung der Sendeleistung ist vergleichbar mit einer Autobahn, die von zwei auf vier oder sechs Spuren ausgebaut wird, weil sie immer verstopft ist. Damit wird aber das Problem nur verschoben, denn es sind ja nicht die fehlenden Spuren, die das Problem sind, sondern der Verkehr, der stetig wächst. Mit dem Bau einer anderen Verkehrsanlage könnte jedoch eine Verlagerung stattfinden, welche die erste Anlage entlastet. Dies ist auch der Grund für zusätzliche Antennenstandorte. Ein dichteres Netz hat zudem den Vorteil, dass die Strahlenbelastung insgesamt abnimmt. Dies tönt auf den ersten Blick paradox, da man annehmen könnte, dass viele Anlagen gleichbedeutend sind mit einer höheren Strahlenbelastung. Das Gegenteil ist jedoch der

Fall: Je näher eine Mobilfunkstation ist, desto weniger Energie muss aufgewendet werden, um ein Endgerät zu erreichen. Damit sinkt auch die Strahlenbelastung. Verschärft wird dies durch die Tatsache, dass die Strahlung in der zweiten Potenz mit dem Abstand zu resp. abnimmt. Dieses sogenannte quadratische Abstandsgesetz führt dazu, dass je weiter eine Station entfernt ist, die Leistung überproportional erhöht werden muss, um eine gute Empfangsqualität aufrecht zu erhalten. Dasselbe gilt übrigens auch für das Endgerät. Werden also neue Mobilfunkantennenstandorte verhindert, wird damit nicht vor Strahlung geschützt, sondern diese wird erhöht (werden müssen). So werden nicht Personen vor Strahlung, sondern gewissermassen "die Strahlung selbst geschützt".

Das Schutzkonzept der NISV

Wie hoch darf die Strahlenbelastung aber sein? Der Bundesrat hat dies mit dem Erlass von Immissionsgrenzwerten (IGW) und Anlagegrenzwerten (AGW) in der NISV abschliessend festgelegt. Die NISV basiert auf den Vorgaben des Umweltschutzgesetzes (USG), welches Menschen, Tiere, Pflanzen und ihre Lebensgemeinschaften vor schädlichen und lästigen Einwirkungen schützen will.

Zur Beurteilung der Schädlichkeit und Lästigkeit dienen die IGW. Die IGW gelten überall, wo sich Menschen aufhalten können. Sie sind mittels epidemiologischer Untersuchungen über die Wirkung von Mobilfunkstrahlen auf den Menschen festgelegt worden und dürfen nicht überschritten werden. Zeigen die kontinuierliche Leistungsüberwachung oder Stichprobenmessungen eine Überschreitung, muss unverzüglich die Leistung angepasst werden, damit der IGW eingehalten wird. Gleiches gilt für den AGW. Die Strahlendosis auf dem Niveau des AGW ist so gering, dass bis anhin keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen wissenschaftlich nachgewiesen werden konnten. Der AGW gilt (nur) für sogenannte Orte mit empfindlicher Nutzung (OMEN), muss aber dort eingehalten werden. Er liegt für Mobilfunkanwendungen je nach Frequenz zwischen 4 und 6 V/m (Effektivwert der elektrischen Feldstärke), der IGW zwischen 39 und 61 V/m. Die durchschnittliche Strahlenbelastung beträgt in der Schweiz zwischen 0.15 und 0.25 V/m und blieb über die letzten 15 Jahre praktisch konstant. Rund 95 % der gesamten Strahlendosis im Kopfbereich wird durch Endgeräte wie Handy oder Schnurlostelefone verursacht; Antennen machen also weniger als

5 % aus. WLAN als Strahlenquelle kann vernachlässigt werden. Um die gesamte Strahlendosis auf den Menschen zu reduzieren, muss demzufolge bei den Endgeräten und nicht bei den Antennen angesetzt werden.

Merkmale

- Eine neue Mobilfunktechnologie benutzt dieselben Frequenzen wie die alte oder erhält neue Frequenzbereiche, die aber schon bereits für andere, ähnliche Anwendungen verwendet wurden; die neue Technologie verändert die physikalisch-chemischen Eigenschaften der Strahlen nicht.
- Der Schutz vor nicht ionisierender Strahlung wird mit dem Erlass von Immissions- und Anlagegrenzwerten in der NISV abschliessend geregelt; die Grenzwerte sollen nicht vor einer neuen Technologie, sondern vor übermässiger Strahleneinwirkung schützen; mit dem Anlagegrenzwert kennt die Schweiz einen vorsorglichen Schutz, der weltweit einer der strengsten ist.
- Ein dichtes Netz von Antennen reduziert die Strahlenbelastung, denn je näher das Endgerät, umso besser der Empfang und umso geringer die Leistung, die für einen guten Empfang notwendig ist, was wiederum die Strahlenbelastung reduziert. Eine Antenne sollte somit aus Gründen des Gesundheitsschutzes so nahe wie möglich beim Nutzer sein.
- „Alle Dinge sind Gift, und nichts ist ohne Gift; allein die Dosis macht, dass ein Ding kein Gift sei.“ Dieses berühmte Zitat von Paracelsus (1493 bis 1541) gilt auch für die nicht ionisierende Strahlung. In hohen Dosen ist auch sie gefährlich. Für hohe Dosen braucht es jedoch hohe Energien bei langandauernder Exposition. Beides ist aufgrund der gesetzlichen Vorgaben und bei normaler Anwendung der Endgeräte nicht gegeben, wie entsprechende Langzeitmessungen zeigen. Die Sendeanlage trägt im einstelligen Prozentbereich zur Gesamtdosis bei, die auf den Menschen wirkt.

Rechtlicher Handlungs- und Beurteilungsspielraum der Gemeinden

Von MLaw Corina Caluori und
MLaw Flavio Decurtins

1. Bundesrechtliche Vorgaben

Der Handlungs- und Beurteilungsspielraum der Gemeinden in Bezug auf Mobilfunkanlagen wird durch die Vorgaben des Bundesrechts relativ stark eingeschränkt. Massgebend ist einerseits die Fernmeldegesetzgebung des Bundes, welche das öffentliche Interesse an der Versorgung aller Bevölkerungs-

kreise mit qualitativ hochstehenden, zuverlässigen und erschwinglichen Fernmeldediensten konkretisiert. Dieses öffentliche Interesse gilt es bei sämtlichen Dispositionen und Beurteilungen im Hinblick auf Mobilfunkanlagen zu berücksichtigen und ausreichend zu würdigen. Andererseits regelt das Umweltschutzgesetz und die Verordnung über nichtionisierende Strahlung (NISV) die zulässigen Grenzwerte für Mobilfunkstrahlung abschliessend.

Die Kantone und Gemeinden dürfen die massgebenden Strahlungsgrenzwerte demnach weder verschärfen noch lockern.

2. Handlungs- und Beurteilungsspielraum der Kantone und Gemeinden

a) Planungsrechtliche Vorschriften

Mobilfunkantennen sind Anlagen, die Auswirkungen auf Raum und Umwelt haben und demnach wie alle anderen

Bauten und Anlagen in die Planungs- und Baubewilligungszuständigkeit von Kanton bzw. Gemeinden fallen. Die Kantone und Gemeinden haben demnach im Grundsatz die Möglichkeit, die Zulässigkeit von Mobilfunkanlagen in der Nutzungsplanung (Ortsplanung) und im Baugesetz zu regeln. Dieser Grundsatz wird jedoch bei Mobilfunkanlagen deshalb erheblich eingeschränkt, weil die bundesrechtlichen Regelungen zu den Mobilfunkanlagen durch das kantonale bzw. kommunale Raumplanungsrecht nicht verletzt werden dürfen: Kantonale und kommunale Vorschriften dürfen demnach weder die Versorgungssicherheit gemäss Fernmeldegesetz des Bundes gefährden noch direkt oder indirekt – etwa durch Abstandsregelungen zwischen Mobilfunkanlagen und bewohnten Gebieten – Vorgaben im Zusammenhang mit den Strahlungswerten enthalten.

Auf Bundesebene und kantonaler Ebene besteht keine eigentliche Planung, welche die Erstellung von Mobilfunkanlagen koordiniert oder abstimmt. In Graubünden ist eine überörtliche Planung auf Stufe des regionalen oder gar kantonalen Richtplans auch nicht beabsichtigt, wie die Regierung in Beantwortung einer grossrätlichen Anfrage (Anfrage Tomasschett) festgehalten hatte. Der Bau von Mobilfunkanlagen ist

damit in raumplanerischer Hinsicht nicht koordiniert.

Dementsprechend liegt es an den Gemeinden, die Erstellung von Mobilfunkanlagen aus raumplanerischer Perspektive zu regeln. Trotz der bundesrechtlichen Vorgaben verbleibt den Gemeinden ein gewisser Regelungsspielraum. Wie gross dieser Spielraum tatsächlich ist, ist Gegenstand zahlreicher aktueller Gerichtsfälle; eine abschliessende und gefestigte Rechtsprechung besteht unserer Auffassung nach noch nicht. Die zahlreichen Rechtsfälle, die im Zusammenhang mit der Einführung der 5G-Technologie entstehen, dürften in den kommenden Jahren zu einer reichhaltigen Rechtsprechungspraxis der Gerichte führen. Unter diesem Vorbehalt können aber Stand heute folgende Regelungsmöglichkeiten der Planungsbehörden zusammengefasst werden (wobei es zu bedenken gilt, dass die Zulässigkeit solcher Massnahmen jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen ist):

- **Negativplanung:** Im Sinne einer Negativplanung kann die Planungsbehörde die Erstellung von Mobilfunkantennen in bestimmten schutzwürdigen Gebieten oder auf gewissen Schutzobjekten verbieten.

- **Kaskadenmodell:** Mit der Einführung eines Kaskadenmodells im Baugesetz können Standorte priorisiert werden. Festlegungen etwa, wonach Mobilfunkanlagen in erster Linie in Arbeitszonen, in zweiter Linie in den übrigen (gemischten) Bauzonen und erst in dritter Priorität in den Wohnzonen erstellt werden dürfen, sind grundsätzlich zulässig. Ob ein solches Kaskadenmodell um die Vorschrift ergänzt werden darf, dass visuell wahrnehmbare Antennenanlagen gegenüber Bauzonen, die ganz oder teilweise eine Wohnnutzung erlauben, einen Abstand von 100 Metern einzuhalten haben, hat das Bundesgericht nicht abschliessend beurteilt.

In diesem Zusammenhang gilt es im Übrigen zu beachten, dass Mobilfunkanlagen ausserhalb der Bauzonen grundsätzlich nicht zonenkonform sind. Eine Ausnahmegewilligung fällt lediglich in Betracht, wenn die Anlage dort keine erhebliche Zweckentfremdung von Nichtbauzonenland bewirkt (bspw. weil sie auf einem bestehenden Gebäude realisiert wird) und nicht störend in Erscheinung tritt.

- **Beschränkung auf lokale**

Versorgung: Als zulässig beurteilt hat das Bundesgericht sodann eine Regelung, mit welcher nur jene Antennen in der Wohnzone für zulässig erklärt werden sollten, die ausschliesslich der lokalen Versorgung dienen, mithin einen funktionalen Bezug zur Zone aufweisen und von ihren Dimensionen und Leistungsfähigkeit her der in einer reinen Wohnzone üblichen Ausstattung entsprechen.

Mit anderen Worten kann mittels einer entsprechenden Ausgestaltung des Baugesetzes verhindert werden, dass in einer Wohnzone eine Antenne erstellt wird, welche nicht nur die betreffende Wohnzone, sondern darüber hinaus auch angrenzendes Gebiet, wie etwa Gewerbegebiete oder eine Mairössiedlung versorgt.

- **Schutz vor ideellen Immissionen:**

Die Begrenzung von Mobilfunkantennen in Wohngebieten kann auf nutzungsplanerischer Ebene ausserdem mit Blick auf unerwünschte ideelle Immissionen erfolgen. Als ideelle Immissionen gelten sämtliche unangenehme psychische Eindrücke, die bestimmte Nutzungen oder Anlagen in der Bevölkerung

auslösen und dazu führen, dass die Umgebung als unsicher, unästhetisch oder unerfreulich empfunden wird. Mobilfunkanlagen führen regelmässig zu derartigen ideellen Immissionen, die gerade in Wohngebieten auch Auswirkungen auf die Beliebtheit gewisser Gebiete und mithin auch die Immobilienpreise haben können. Regelungen zur Einschränkung der ideellen Immissionen sind jedoch nur zulässig für Mobilfunkantennen, welche visuell wahrnehmbar sind. Wenn dies nicht der Fall ist (beispielsweise weil sich die Antenne innerhalb eines Gebäudes befindet), erachtet das Bundesgericht gemäss aktueller Rechtsprechungspraxis eine Beschränkung aufgrund drohender ideeller Immission für nicht verhältnismässig.

- **Ästhetikklausel:**

Laut dem Bundesgericht ist es auch zulässig, die Bewilligungsfähigkeit von Antennenanlagen auf planerischer Ebene davon abhängig zu machen, ob sie ästhetisch und architektonisch in die bauliche und landschaftliche Umgebung passen. Eine entsprechende Regelung darf aber nicht dazu führen, dass Mobilfunkanlagen nicht mehr realisiert werden

können. Zudem müsse die Planungsbehörde berücksichtigen, dass eine völlig harmonische Einordnung von Mobilfunkantennen bereits aufgrund von deren technischen Gegebenheiten nur sehr beschränkt möglich sei.

- **Dialogmodell:**

In Ergänzung oder anstelle der vorerwähnten Planungsmassnahmen wird in verschiedenen Gemeinden ein sogenanntes Dialogmodell eingeführt und praktiziert. Dabei werden im Rahmen von Vereinbarungen zwischen der Gemeinde und den Mobilfunkbetreibern verschiedene Punkte im Hinblick auf die Mobilfunkstandorte und die generelle Netzwerkplanung geregelt, etwa die gegenseitige und frühzeitige Information, das Verfahren bei der Evaluation von geeigneten Antennenstandorten oder ein Mitwirkungsrecht bei der Standortbewertung. Solche Dialogmodelle sollen nicht nur eine Standortoptimierung von Antennenanlagen ermöglichen, sondern auch einen transparenten und nachvollziehbaren Ablauf garantieren, was letztlich auch die Akzeptanz in der Bevölkerung erhöhen sollte.

Solche Dialogmodelle können auch gesetzlich geregelt werden.

b) Grenzen des kommunalen Regelungsspielraums

Als nicht zulässig hat das Bundesgericht demgegenüber eine nutzungsplanerische Einschränkung von Mobilfunkantennen auf Gebäuden mit sensibler Nutzung (bspw. Schulanlagen oder Alters- und Pflegeheime) erachtet. Das Bundesgericht qualifizierte solche kantonale bzw. kommunale Regelungen als Verletzung der bundesrechtlich abschliessend geregelten Immissionsgrenzwerte, die überall gleich seien und auch bei Schulen oder Alters- und Pflegeheimen nicht verschärft werden könnten. Diese Rechtsprechung beurteilen wir insbesondere mit Blick auf das Vorsorgeprinzip kritisch.

Strittig ist schliesslich, ob „5G-Moratorien“, wie sie beispielsweise in den Kantonen Genf, Jura und Waadt eingeführt worden sind, zulässig sind. Solche Moratorien zielen darauf ab, dass Baugesuche für 5G-Antennen überhaupt nicht erst beurteilt, geschweige denn bewilligt werden dürfen, bis in unabhängigen Studien deren Unschädlichkeit erwiesen ist. Auch wenn eine höchstrichterliche Beurteilung solcher Moratorien noch aussteht, erachten wir diese mit Blick auf die vorer-

wähnten Überlegungen grundsätzlich als nicht bundesrechtskonform.

Noch nicht abschliessend beurteilt hat das Bundesgericht schliesslich die Frage, ob für die Dauer der Planungsphase zur Regelung von Mobilfunkanlagen eine Planungszone erlassen werden darf. Planungszone müssen in jedem Fall verhältnismässig sein und dürfen den Bau von Mobilfunkanlagen weder in räumlicher noch in zeitlicher Hinsicht länger beschränken, als dies aufgrund des Planungsziels und Planungszwecks tatsächlich erforderlich ist. Sofern die Planungszone der Verwirklichung eines zulässigen Planungszwecks dient (also einer gemäss Bundesgericht zulässigen raumplanerischen Regelung) und in zeitlicher und räumlicher Hinsicht auf das Notwendige beschränkt ist, erachten wir eine Planungszone jedoch grundsätzlich für zulässig. Eine Planungszone, die hingegen eine Verhinderung oder Verzögerung von Mobilfunkanlagenprojekten bewirken soll, wäre sachlich kaum begründet oder verhältnismässig und im Ergebnis wohl unzulässig.

c) Baubewilligungsverfahren

Der Beurteilungsspielraum der Gemeinden im Baubewilligungsverfahren ist schliesslich durch die planerischen und ge-

setzlichen Vorgaben vorgegeben. Gibt es keine planerischen Vorgaben oder baugesetzliche Vorschriften (siehe oben) müssen Baugesuche für Mobilfunkanlagen, welche die massgebenden Strahlungsgrenzwerte gemäss NISV einhalten, grundsätzlich bewilligt werden, soweit nicht andere übergeordnete Regelungen dem entgegenstehen. Es besteht also Anspruch auf eine Baubewilligung, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Bestehen planerische oder baugesetzliche Vorschriften, dürfen für den Bau einer Mobilfunkanlage oder an die Standortwahl unter Umständen weitere Vorgaben gemacht werden. Allerdings darf die Anwendung und Auslegung des Baugesetzes nicht dazu führen, dass die massgebenden bundesrechtlichen Vorgaben (namentlich die Versorgungssicherheit und die abschliessend geregelten Strahlungsgrenzwerte) verletzt werden. Insbesondere sind ästhetische resp. gestalterische Anforderungen (etwa nach Art. 73 KRG) an Mobilfunkanlagen immer auch unter Berücksichtigung der in der Fernmeldegesetzgebung konkretisierten öffentlichen Interessen zu beurteilen.

3. Aktuelle Entwicklungen und Bestrebungen

Nach diversen politischen Vorstössen auf Bundesebene

wurde bereits im Herbst 2018 eine „Arbeitsgruppe Mobilfunk und Strahlung“ eingesetzt, welche die Bedürfnisse und Risiken des zukünftigen Mobilfunks analysieren und zuhanden des UVEK einen Bericht mit Empfehlungen abgeben soll. Diese Arbeitsgruppe besteht nicht nur aus unabhängigen wissenschaftlichen Experten, sondern auch aus Vertretern der Ärzteschaft sowie der Mobilfunkanbieter. Wann dieser Bericht vorliegen wird (angekündigt war ursprünglich Sommer 2019), welche Folgearbeiten sich aus der Berichterstattung ergeben und wie rasch diese gegebenenfalls erfüllt werden können, lässt sich derzeit noch nicht abschätzen.

Nebst verschiedenen wissenschaftlichen Studien hinsichtlich dem gesundheitlichen Schädigungspotenzial befassten sich diverse (Rechts-)Gutachten mit der Frage, ob die Grenzwerte der NISV erhöht oder aber gesenkt werden müssen. Mit einer 5G-Initiative auf Bundesebene („Für einen gesundheitsverträglichen und stromsparenden Mobilfunk“) versuchen die Initianten zu verhindern, dass die Anlagegrenzwerte für nichtionisierende Strahlung erhöht werden.

4. Schlussbemerkungen

Damit ist in Würdigung der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung festzuhalten,

dass den Gemeinden hinsichtlich der Lage von Mobilfunkanlagen sehr wohl ein gewisser Regelungsspielraum zusteht. Visuell nicht wahrnehmbare Anlagen lassen sich nach aktuellem Stand der Rechtsprechung – sofern sie die massgebenden Strahlungsgrenzwerte einhalten – jedoch nicht verhindern, weder auf Planungsstufe noch im Rahmen eines konkreten Bewilligungsverfahrens. Die erwartete Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich darf mit Spannung verfolgt werden.

NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Zur Zweitwohnungsgesetzgebung: Abbruch und Wiederaufbau mit Erweiterung zulässig

von MLaw Gian Luca Peng

Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hatte sich, soweit ersichtlich, erstmals mit der in der Praxis häufig anzutreffenden Fragestellung zu befassen, ob im Zusammenspiel zwischen Art. 11 Abs. 2 und Abs. 3 des Zweitwohnungsgesetzes (ZWG) ein Abbruch und Wiederaufbau mit gleichzeitiger Erweiterung um 30 Prozent

der am 11. März 2012 vorbestehenden Hauptnutzfläche zulässig ist oder nicht.

In einem kürzlich publizierten Urteil R 18 18 sprach sich das Verwaltungsgericht ausdrücklich für die Zulässigkeit der Kumulation von Art. 11 Abs. 2 und Abs. 3 aus, solange keine zusätzliche Wohnungen geschaffen werden. In Auslegung der beiden erwähnten Normen erwog das Verwaltungsgericht,

dass eine Erweiterung nicht nur als alleinige bauliche Massnahme, sondern auch im Rahmen einer Erneuerung, eines Umbaus oder eines Wiederaufbaus erlaubt sei. Es könne keine Rolle spielen, mit welchen explizit erlaubten Massnahmen die Erweiterung vorgenommen werde. Damit schloss sich das Verwaltungsgericht im Wesentlichen der Sichtweise des Departements für Volkswirtschaft

und Soziales Graubünden in der Vollzugshilfe zum Zweitwohnungsgesetz vom Juni 2016/ März 2019 an. Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts ist allerdings noch eine Beschwerde

ans Bundesgericht hängig, welches für definitive Klärung dieser viel diskutierten Thematik und damit auch für die nötige Rechtssicherheit für die Bauherrschaft sorgen wird.

Den erwarteten Bundesgerichtsentscheid werden wir in unserem Newsletter bekannt geben.

Verzögerung bei planerischem Handeln und (mögliche) staatshaftungsrechtliche Konsequenzen

von MLaw Gian Luca Peng

In einem auf Französisch redigierten und zur amtlichen Publikation vorgesehenen Entscheidung (BGE 144 I 318) hatte das Bundesgericht eine staatshaftungsrechtliche Klage im Zusammenhang mit einer Verzögerung bei planerischem Handeln zu beurteilen. Im zu beurteilenden Fall hatte der Eigentümer die Gemeinde Rolle (VD) mehrfach zum Planerlass bezüglich zweier genau abgegrenzter und grosser Bauparzellen aufgefordert. Die Gemeinde wurde letztlich im Rahmen einer Rechtsverzögerungsbeschwerde verpflichtet, innert Frist einen Nutzungsplan festzusetzen, was sie indessen unterlassen hat. Der Eigentümer machte gegen die zuständige Gemeinde eine Staatshaftungsklage in der Höhe von CHF 14.5 Mio. anhängig.

Das Bundesgericht hatte dabei insbesondere auf den Begriff der *Widerrechtlichkeit im Rahmen der Staatshaftung im Bereich der Raumplanung* einzugehen. Das Bundesgericht

kam zum Schluss, dass eine Gemeinde, die bei der Genehmigung eines Nutzungsplans unzulässigerweise verspätet ist, nicht widerrechtlich handle (Art. 4 LRECA/VD), *ausser wenn sie durch ihre Passivität eine Schutznorm zugunsten des angeblich beeinträchtigten Grundeigentümers verletze*. Als in Frage kommende Schutznormen wurden zum einen Art. 35 Abs. 1 lit. b RPG (Fristen für Nutzungspläne) und zum anderen Art. 29 Abs. 1 BV (Rechtsverweigerung) geprüft.

Nach Ansicht des Bundesgerichts bildet Art. 35 Abs. 1 lit. b RPG, wonach die Nutzungspläne rechtzeitig erstellt werden, spätestens jedoch acht Jahre nach Inkrafttreten des RPG (1.1.1988) vorliegen müssen, keine solche Schutznorm. Die betreffende RPG-Norm bezwecke die Begrenzung oder Reduktion der Bauzonen. Sie diene somit allgemeinen öffentlichen Interessen und nicht privaten Interessen. Die Frist von acht Jahren

seit Inkrafttreten des RPG beziehe sich auf die Erstellung der Nutzungspläne und nicht auf weitere Sachverhalte oder die wirtschaftlichen Interessen der Grundeigentümer.

In der Folge prüfte das Bundesgericht die Voraussetzungen, unter denen eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV, wonach jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist habe, angesichts der Besonderheiten des Planungsverfahrens einen widerrechtlichen Akt begründen kann, welcher geeignet ist, die Haftung der betroffenen Gemeinde auszulösen (übrigens aufgrund der Geltendmachung eines Grundrechts mit einer qualifizierten Rügepflicht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG).

Das Bundesgericht führte in diesem Zusammenhang aus, dass der Nutzungsplan eine besondere Rechtsnatur habe, der zwischen Erlass und Verfügung

stehe. Obwohl Art. 29 Abs. 1 BV (Rechtverweigerung, rechtliches Gehör) nicht auf Rechtssetzungsverfahren anwendbar ist, könne diese grundrechtliche Bestimmung für sich alleine (d.h. ohne dass es einer weiteren Schutznorm bedarf) gegen die Untätigkeit einer Gemeinde im Zusammenhang mit einer Planungsverzögerung geltend gemacht werden, wenn sich die Verzögerung konkret auf spezifische Grundstücke beziehe. Die zu beurteilende (offensichtliche) Verzögerung bezog sich konkret auf spezifische Grundstücke. Der unterlassene Rechtsakte hatte somit einen individuellen und konkreten Charakter, was eher auf eine Verfügung als auf einen Erlass hindeutet. Dies genügt nach Auffassung des Bundesgerichts

bereits für die Begründung einer widerrechtlichen Handlung, die geeignet ist, die Haftung der Gemeinde auszulösen.

Zu betonen ist indessen, dass sich der zitierte Entscheid ausschliesslich mit der Frage der Widerrechtlichkeit befasste, mithin den Ausgang der Streitigkeit bezüglich der übrigen Haftungsvoraussetzungen nicht vorwegnimmt. Die Sache wurde zur Beurteilung der weiteren Voraussetzungen einer Schadenersatzpflicht an die Vorinstanz zurückgewiesen, namentlich zur Feststellung eines allfälligen Schadens, der darüber hinaus in einer natürlichen und adäquaten Kausalität zur Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV steht.

KANZLEINEWS

MLaw Gian Luca Peng



Seit dem 1. August 2019 praktiziert Herr Gian Luca Peng als Rechtsanwalt in unserer Kanzlei. Er war zuvor bereits als Substitut in unserer Kanzlei tätig. Am 5. Juli 2019 hat er erfolgreich das Anwaltspatent erworben. Wir gratulieren Herrn Gian Luca Peng nochmals herzlich und wünschen ihm für seine weitere Tätigkeit alles Gute.

MLaw Caterina Ventrici



Frau Caterina Ventrici ist seit dem 11. November 2019 in unserer Kanzlei als Rechtsanwältin tätig. Sie ist bereits seit mehreren Jahren als Rechtsanwältin beratend und forensisch tätig und wir freuen uns, sie in unserem Team begrüßen zu dürfen. Frau Caterina Ventrici praktiziert in allen Bereichen des öffentlichen Rechts, namentlich auch in den Bereichen Raumplanungs- und Baurecht, Submissionsrecht sowie im allgemeinen Verwaltungs- und Staatsrecht.

Caviezel Partner
Rechtsanwälte und Notare
Masanserstrasse 136
CH-7000 Chur
T. +41 81 258 55 58
www.caviezelpartner.ch