

Verein "Schutz vor Strahlung"
Frau Rebekka Meier
Leiterin Baurechtsabteilung
8044 Zürich

Aarau, 21. November 2019

Rechtsgutachten zur 5. Generation des Mobilfunks (5G); Änderung der NISV vom 17. April 2019; Zulässigkeit der Sistierung von Baubewilligungs- und Rechtsmittelverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren

- 1 Sie haben unsere Kanzlei in Zusammenhang mit der Einführung von 5G mit der Ausarbeitung eines Rechtsgutachtens zur Frage der Zulässigkeit der Sistierung von Baubewilligungs- und Rechtsmittelverfahren beauftragt.

1. Zur Sistierung von Verfahren im Allgemeinen

1.1.

- 2 Grundsätzlich besteht gestützt auf Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung ein Beschleunigungsgebot. Gesuchsteller verfügen über einen Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist. Sistierung bedeutet die vorläufige Einstellung eines hängigen Verwaltungs- oder Verwaltungsrechtspflegeverfahrens. Ruht das Verfahren infolge Sistierung, ergeht in der Sache keine Entscheidung und nimmt die zuständige Behörde lediglich jene Verfahrenshandlungen vor, die mit Blick auf die Wiederaufnahme des Verfahrens erforderlich sind.
- 3 Die Sistierung von Baugesuchs- oder Gerichtsverfahren steht somit offensichtlich im Widerspruch zum Beschleunigungsgebot. Es bedarf daher besonderer Gründe, welche sich aus den kantonalen Verfahrensgesetzen und der Praxis ergeben.

1.2.

- 4 Im Kanton Bern kann die instruierende Behörde gemäss Art. 38 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (VRPG; BSG 155.21) das Verfahren einstellen, wenn dessen Ausgang vom Entscheid eines anderen Verfahrens abhängt oder wesentlich beeinflusst wird oder wenn in anderen Verfahren über die gleiche Rechtsfrage zu befinden ist. Die Praxis lässt aus Gründen der Prozessökonomie auch in weiteren Fällen, die das Gesetz nicht erwähnt, die Einstellung des Verfahrens zu. Zu solchem Vorgehen bedarf es jedoch eines entsprechenden Antrags der betroffenen Person oder ihrer Zustimmung und der Zustimmung der weiteren Beteiligten (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 38 N. 6).
- 5 Im Kanton Zürich manifestiert sich das Beschleunigungsgebot für das Baubewilligungsverfahren in § 339a Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (PBG). Demnach entscheiden die kantonalen Behörden über ein Rechtsmittel innert sechs Monaten nach dessen Eingang. Die Sistierung eines baurechtlichen Rekursverfahrens rechtfertigt sich auch hier nur aus besonderen Gründen.
- 6 Die Sistierung von (Rechtsmittel-)Verfahren ist im Kanton Aargau im Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG) nicht ausdrücklich geregelt, ihre Zulässigkeit aber in Lehre und Rechtsprechung anerkannt (vgl. AGVE 1985, S. 364; 1999, S. 520 f., je mit Hinweisen). Hängt die Verfahrenserledigung von einem bestimmten zukünftigen Ereignis ab, kann sich eine vorläufige Einstellung aufdrängen (AGVE 2006, S. 156 ff. mit Verweisung auf ALFRED KÖLZ / JÜRIG BOSSHART / MARTIN RÖHL, VRG, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, Vorbem. zu §§ 4-31 N 27 f.).
- 7 Zusammenfassend können Baubewilligungs- oder Rechtsmittelverfahren sistiert werden, wenn die betroffenen Parteien zustimmen, wenn der Ausgang vom Entscheid eines anderen Verfahrens abhängt oder wenn besondere Gründe wie der Eintritt eines bestimmten zukünftigen Ereignisses vorliegen.

2. Die Sistierung von Baubewilligungs- und Beschwerdeverfahren von adaptiven Antennen im Besonderen

2.1.

- 8 Bekanntlich hat der Bundesrat am 17. April 2019 in Zusammenhang mit der technischen Weiterentwicklung des Mobilfunks (adaptive Antennen, 5G) eine Änderung der NISV beschlossen. Er hat in Anhang 1 Ziffer 62 den Begriff der "adaptiven Sendeantennen" definiert. Sendeantennen gelten als adaptiv, wenn ihre Senderichtung oder ihr Antennendiagramm automatisch in kurzen zeitlichen Abständen angepasst wird (Abs. 6).
- 9 Für adaptive Sendeantennen soll nach Auffassung des Bundesrats ein anderer massgebender Betriebszustand gelten als für herkömmliche Sendeantennen (Anhang 1 Ziffer 63: Massgebender Betriebszustand für adaptive Sendeantennen). Hierzu wurde in der Verordnung folgender Grundsatz festgelegt:

"Als massgebender Betriebszustand gilt der maximale Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung; bei adaptiven Antennen wird die Variabilität der Senderichtungen und der Antennendiagramme berücksichtigt."

- 10 Beim massgebenden Betriebszustand soll bei adaptiven Antennen die "Variabilität der Senderichtungen und der Antennendiagramme" berücksichtigt werden. Bekanntlich ist bis heute die in Aussicht gestellte Vollzugshilfe des BAFU nicht publiziert worden. Ebenfalls fehlt bis heute ein durch eine unabhängige Prüfstelle auditiertes Qualitätssicherungssystem (QS-System). Die aktuell verwendeten QS-Systeme sind nicht auf adaptive Antennen ausgelegt. Die Mobilfunkanbieter können nicht gewährleisten, dass die Überwachung der Sendeleistungen und Senderichtungen jederzeit sichergestellt ist. Auch eine messtechnische Überprüfung ist mangels Messempfehlungen aktuell nicht möglich. Schliesslich steht der Bericht der Beratenden Expertengruppe NIS (BERENIS) ebenfalls noch aus.
- 11 Es stellt sich somit die Frage, ob diese Umstände als zulässige Sistierungsgründe gelten können.

2.2.

- 12 Fest steht, dass der massgebende Betriebszustand für adaptive Sendeantennen mangels Vollzugshilfe nicht bestimmt werden kann. Es ist noch unklar, wie die Variabilität der Senderichtungen und der Antennendiagramme berücksichtigt

werden dürfen. Ob es sich um eine Art Mittelwert handeln wird oder nicht, steht noch nicht fest. Adaptive Antennen können daher aktuell nicht auf deren Übereinstimmung mit der NISV und damit auf deren Bewilligungsfähigkeit überprüft werden. Die vorhandenen Rechtsgrundlagen und Vorschriften lassen eine Beurteilung noch nicht zu. In diesem Umstand sehe ich das Hauptargument, das für eine Sistierung von Baubewilligungs- oder Rechtsmittelverfahren spricht.

¹³ Auch die fehlenden Messempfehlungen und das noch nicht vorhandene QS-System sprechen meines Erachtens für die Sistierung. Zwar geht es hier nicht wie bei den fehlenden Berechnungsgrundlagen direkt um Bewilligungsvoraussetzungen, sondern um Fragen des Vollzugs. Das bedeutet aber nicht, dass diese besonderen Umstände nicht berücksichtigt werden dürften. Denn selbst wenn die Berücksichtigung der Variabilität der Senderichtungen und der Antennendiagramme geklärt wäre, so könnte die Einhaltung der Grenzwerte und damit des Vorsorgeprinzips noch nicht gewährleistet werden. Das Schutzziel der NISV würde verletzt, weshalb auch diese Umstände beim Entscheid über die Sistierung zu berücksichtigen sind.

¹⁴ Letztlich könnte eine Sistierung mit dem ebenfalls noch ausstehenden Bericht der BERENIS zu den Auswirkungen des Mobilfunks der 5. Generation begründet werden. Im Vergleich zur fehlenden Vollzugshilfe und den noch nicht vorhandenen Messempfehlungen sowie dem fehlenden QS-System erachte ich diese Argumentation allerdings als schwächer. Denn die gesundheitlichen Bedenken gegenüber 5G unterliegen dem Wandel der Zeit. Es kommen neue Gutachten und Erkenntnisse dazu, teilweise vielleicht sogar mit widersprüchlichen Ergebnissen. Für die Sistierung einzelner Gesuche oder Verfahren dürfte das alleinige Abstellen auf den ausstehenden Bericht der BERENIS wohl eher nicht erfolgsversprechend sein.

2.3.

¹⁵ Die Mobilfunkanbieter berufen sich in diesem Zusammenhang auf eine Art "Übergangsregelung", wonach adaptive Antennen in einem "worst-case-Szenario" bewilligt werden dürften, auch wenn die Vollzugshilfe des Bundes noch nicht vorliegt. Diese Auffassung halte ich für rechtlich nicht haltbar. Die NISV selbst enthält keine entsprechende Übergangsregelung. Die NISV enthält auch keine Bevorzugung der Mobilfunkanbieter im Sinne einer Vorwirkung, die sie für sich

beanspruchen dürfen. Das Legalitätsprinzip lässt die Anwendung eines "worst-case-Szenarios" mangels gesetzlicher Grundlage nicht zu.

- 16 Die Argumentation, die hinter der Anwendung einer solchen Übergangsregelung steht, lässt sich vergleichen mit einem Baugesuch auf einem noch nicht eingezonten Grundstück. Die Baubewilligung darf auch erst erteilt werden, wenn die Zonenplanung rechtskräftig ist und das Grundstück der Bauzone zugewiesen worden ist. Entsprechend dürfen adaptive Antennen auch frühestens dann bewilligt werden, wenn die Rechtsgrundlagen geschaffen und ausreichend konkretisiert sind. Genau das ist in Bezug auf Anhang 1 Ziffer 63 der NISV (massgebender Betriebszustand für adaptive Sendeantennen) noch nicht der Fall.
- 17 Selbst wenn ein "worst-case-Prinzip" zur Anwendung gelangen dürfte, so wäre nicht definiert, wie dieses in der Praxis auszugestalten wäre. Offenbar sind sich Mobilfunkanbieter und Behörden nicht einig, was "worst case" genau bedeutet:
- Folgt man dem Wortlaut der NISV so müsste aktuell gemäss Anhang 1 Ziffer 63 auf auf den *maximalen Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung* abgestellt werden.
 - Die Mobilfunkanbieter erachten aber nicht den maximalen Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung als relevant. Sie berücksichtigen lediglich den maximal möglichen *Antennengewinn* und wählen die maximal mögliche Sendeleistung einer einzelnen Antenne so, dass – unter Berücksichtigung der anderen Antennen derselben Anlage – die Einhaltung der Grenzwerte rechnerisch gewährleistet sein soll.
 - Das BAFU beschrieb das "worst-case-Prinzip" in der Information an die Kantone vom 17. April 2019 folgendermassen: "*Die Strahlung wird wie bei konventionellen Antennen nach der maximalen Leistung beurteilt.*"
- 18 Das "worst-case-Prinzip" kann somit nur bedeuten, dass adaptive Anlagen bis zum Vorliegen der Vollzugshilfe gleich wie konventionelle Antennen beurteilt werden. Daran halten sich die Mobilfunkanbieter offensichtlich nicht. Sie stellen nicht auf den maximalen Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung ab und halten sich so auch nicht an die Vorgaben des BAFU. Selbst wenn eine gesetzliche Grundlage für die Anwendung eines "worst-case-Prinzips" bestünde, so entspricht

das von den Mobilfunkanbietern gewählte Vorgehen nicht einer gesetzlich verankerten und vom BAFU empfohlenen Betrachtungsweise.

- ¹⁹ Zu bedenken gilt es hier auch die unterschiedlichen Funktionsweisen von adaptiven und herkömmlichen Antennen. Adaptive Antennen regulieren die abgestrahlte Leistung, indem sie zwei Parameter verändern: Sie können einerseits die Stromaufnahme aus dem Stromnetz anpassen und andererseits die Fokussierung (Antennengewinn) verstärken oder abschwächen. Sowohl bei erhöhter Stromaufnahme als auch stärkerer Fokussierung nimmt die Sendeleistung zu. Eine Antenne kann somit "spielen" und die Stromaufnahme der Fokussierung anpassen. Möchte beispielsweise eine Antenne stärker fokussieren, dann setzt sie die Stromaufnahme aus dem Netz herab. Somit würde der Grenzwert am Ort mit empfindlicher Nutzung (OMEN) im besten Fall nicht überschritten. Aber auch der umgekehrte Fall ist denkbar. Strahlt die Antenne sehr breit ab und ist die Strahlung nicht fokussiert, kann die Antenne mehr Strom aus dem Netz aufnehmen. Bei den bisherigen Antennen wird der Strom einfach abgeriegelt, wenn zu viel Strom aus dem Netz bezogen wurde, weil die Fokussierung technisch voreingestellt war. Adaptive Antennen berechnen ihre Sendeleistung selbständig. Die Anlagen können die Sendeleistung auf eine Sendeleule oder aber mehrere Sendeleulen aufteilen. Es ist anzunehmen, dass die Mobilfunkanbieter in jedem Moment die bestmögliche Datenübertragung erreichen wollen und daher die Antenne bei breiterer Fokussierung mehr Strom aus dem Netz aufnehmen muss. Somit ist eigentlich jeder Fall ein "worst case". Da eine Antenne jedoch selbstständig aus den zwei Parametern "Stromaufnahme" und "Fokussierung" die effektive Sendeleistung berechnet, lässt sich die tatsächliche Sendeleistung der Antenne mit den heutigen Systemen gar nicht kontrollieren. Diese neue Funktionsweise und die noch fehlenden Sicherungssysteme bergen die Gefahr, dass auch bei der Anwendung des "worst-case-Prinzips" Grenzwertüberschreitungen resultieren und damit das Vorsorgeprinzip verletzt wird.

2.4.

- ²⁰ Die erläuterten Gründe für eine Sistierung von Baubewilligungs- und Rechtsmittelverfahren (fehlende Vollzugshilfe und fehlende Messempfehlungen; kein QS-System und ausstehender BERENIS Bericht) sind meines Erachtens ausreichend. Der Ausgang der Verfahren hängt von bestimmten zukünftigen Ereignissen ab. Denn die Mobilfunkanlagen sind höchstens dann rechtmässig, wenn sie der (noch ausstehenden) Vollzugshilfe entsprechen und mittels QS-Systems für

adaptive Antennen die dauerhafte Einhaltung der Grenzwerte sichergestellt werden kann. Entsprechend ist eine vorläufige Verfahrenssistierung nach meinem Verständnis zulässig respektive drängt sich zur Vermeidung falscher Entscheide geradewegs auf. Es macht aus prozessökonomischen Gründen keinen Sinn, jetzt Bewilligungen für adaptive Antennen zu erteilen, die nach Vorliegen der noch ausstehenden Publikationen allenfalls widerrufen werden müssen.

3. Zusammenfassung

- 21 Die Zulässigkeit von Verfahrenssistierungen ist grundsätzlich abhängig von den jeweiligen kantonalen Verfahrensbestimmungen. Praxisgemäss ist eine Sistierung von Baubewilligungs- oder Rechtsmittelverfahren zulässig, wenn besondere Gründe vorliegen und der Ausgang der Verfahren von bestimmten zukünftigen Ereignissen abhängt.

- 22 Meines Erachtens liegen in den rechtlichen Unsicherheiten über die Beurteilung von adaptiven Antennen (fehlende Vollzugshilfe, fehlende Messempfehlungen, kein auf adaptive Antennen ausgerichtetes QS-System, ausstehender BERENIS Bericht) ausreichend Gründe vor, die eine zwischenzeitliche Sistierung der Verfahren rechtfertigen. Steht erst einmal fest, wie die in der NISV vorgesehene Privilegierung von adaptiven Antennen vorzunehmen ist (Berücksichtigung der Variabilität der Senderichtungen und der Antennendiagramme) und verfügen die Mobilfunkanbieter über ein akkreditiertes Messverfahren und ein auf adaptive Antennen ausgerichtetes QS-System, so liegen die massgeblichen Grundlagen vor und können die Gesuche weiterbearbeitet werden.

Freundliche Grüsse



Michael Fretz