

WBE.2022.249 / MW / we

(2022-000577)

Art. 22

Urteil vom 1. März 2023

Besetzung

Verwaltungsrichter Winkler, Vorsitz

Verwaltungsrichterin Lang

Verwaltungsrichterin Schöb

Gerichtsschreiber Wildi

Beschwerde-
führerin

A._____ AG,

vertreten durch lic. iur. Christoph Isler, Rechtsanwalt, Puls 5,
Hardturmstrasse 11, 8005 Zürich

gegen

Vorinstanzen

Gemeinderat B._____,

vertreten durch lic. iur. Stephan Weber, Rechtsanwalt,
Niederlenzerstrasse 10, Postfach, 5600 Lenzburg

Regierungsrat des Kantons Aargau, Regierungsgebäude, 5000 Aarau

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend Baubewilligung

Entscheid des Regierungsrats vom 11. Mai 2022

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A.

Am 18. September 2019 reichte die A. AG beim Gemeinderat B. ein Baugesuch ein für den Umbau der bestehenden Mobilfunkanlage auf der Parzelle Nr. C. Am 11. März 2020 erteilte das Departement Bau, Verkehr und Umwelt (BVU), Abteilung für Baubewilligungen, bezüglich der kantonalen Prüfbelange die Zustimmung unter Auflagen. Während der öffentlichen Auflage erhoben D. und diverse weitere Personen (darunter u.a. E., F., G., H. und I.) Einwendungen gegen das Bauvorhaben. Mit Beschluss vom 15. März 2021 wies der Gemeinderat B. die Einwendungen ab. Gleichzeitig erteilte er die Baubewilligung unter Auflagen.

B.

Auf Beschwerde von D., E., F., G., H. und I. hin fällte der Regierungsrat am 11. Mai 2022 folgenden Entscheid:

1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Entscheid des Gemeinderats B. vom 15. März 2021 aufgehoben. Die Sache wird zur weiteren Abklärung und zu einem neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an den Gemeinderat B. zurückgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 2'000.– sowie der Kanzleigebühr und den Auslagen von Fr. 394.95, gesamthaft Fr. 2'394.05, sind je zur Hälfte, das heisst mit je Fr. 1'197.–, von der Beschwerdegegnerin A. AG und vom Gemeinderat B. zu bezahlen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– wird D. und den Mitbeteiligten über ihren Rechtsvertreter zurückerstattet.

3.

Die A. AG und der Gemeinderat B. werden verpflichtet, D. und den Mitbeteiligten, alle B., die vor Regierungsrat entstandenen Parteikosten in der Höhe von Fr. 2'000.– je zur Hälfte, das heisst mit je Fr. 1'000.– (inklusive MwSt.), zu ersetzen.

C.

1.

Gegen den am 18. Mai 2022 zugestellten Entscheid des Regierungsrats erhob die A. AG am 16. Juni 2022 Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit folgenden Anträgen:

1.

Der Entscheid des Regierungsrats des Kantons Aargau Nr. 2022-000577 vom 11. Mai 2022 betreffend Aufhebung des Entscheids des Gemeinderats B. vom 15. März 2021 sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei die Baubewilligung zu erteilen.

2.
Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner in solidarischer Haftung.

2.
Mit Beschwerdeantwort vom 28. Juli 2022 beantragte der Rechtsdienst des Regierungsrats namens des Regierungsrats, die Beschwerde sei kostenfällig abzuweisen.

3.
Mit Eingabe vom 9. August 2022 verzichteten D., E., F., G., H. und I. auf eine Verfahrensbeteiligung.

4.
Der Gemeinderat B. stellte mit Beschwerdeantwort vom 12. September 2022 folgende Anträge:

1.
In Gutheissung der Beschwerde vom 16.06.2022 sei der Entscheid des Regierungsrates des Kantons Aargau Nr. 2022-000577 vom 11.05.2022 betreffend Entscheid des Gemeinderats B. vom 15.03.2021 aufzuheben und der Beschwerdeführerin die angeforderte Baubewilligung zu erteilen.

2.
Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Kantons Aargau und zu Lasten allfälliger Beschwerdegegner, unter solidarischer Haftbarkeit (inkl. MWSt.).

5.
Mit Replik vom 4. Oktober 2022 hielt die Beschwerdeführerin an den Anträgen gemäss Beschwerdeschrift fest.

6.
Der Gemeinderat B. verzichtete am 20. Oktober 2022 auf eine Duplik.

7.
Das Verwaltungsgericht hat den Fall am 1. März 2023 beraten und entschieden.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I.

1.

Gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig (§ 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG; SAR 271.200]). Der angefochtene Entscheid des Regierungsrats ist verwaltungsintern letztinstanzlich (vgl. § 61 Abs. 2 und 3 der Bauverordnung vom 25. Mai 2011 [BauV; SAR 713.121]). Das Verwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde somit zuständig.

2.

Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde können die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie Rechtsverletzungen gerügt werden (§ 55 Abs. 1 VRPG). Eine Ermessenskontrolle ist dagegen ausgeschlossen (Umkehrschluss aus § 55 Abs. 3 VRPG).

II.

1.

Die Beschwerdeführerin beabsichtigt den Umbau sowie den Betrieb einer Mobilfunkanlage auf der Parzelle Nr. C (J). Der Standort liegt in der Wohnzone W3. Der bestehende Mast mitsamt der bestehenden Antennenanlage soll abgebrochen und durch einen rund 12 m hohen Mast mit einer neuen, adaptiven Antennenanlage ersetzt werden. Das Bauprojekt umfasst 9 Sender, welche auf einer Höhe von ca. 40.00 bzw. 42.80 m über Terrain montiert werden sollen. Bei den drei Sendern Nrn. 1SC0709, 2SC0709 und 3SC0709 im Frequenzbereich 700 – 900 MHz wird eine Sendeleistung von 1980 W ERP, bei den drei Sendern 1SC1426, 2SC1426 und 3SC1426 im Frequenzbereich 1400 – 2600 MHz eine Sendeleistung von 5000 W ERP und bei den drei Sendern 1SC3636, 2SC3636 und 3SC3636 im Frequenzbereich 3600 MHz eine Sendeleistung von 500 W ERP beantragt. Durch den Umbau werden sowohl die Frequenzbereiche wie auch die Senderleistungen der Mobilfunkanlage erhöht (Standortdatenblatt vom 16. Juli 2019, Zusatzblatt 2 [Vorakten, act. 19]; Standortdatenblatt vom 15. März 2016, Zusatzblatt 2 [Beschwerdebeilage 4]).

2.

2.1.

Die Vorinstanz hob den gemeinderätlichen Entscheid auf und wies die Sache zur weiteren Abklärung und zu einem neuen Entscheid an den Gemeinderat zurück. Zur Begründung führte sie aus, durch den Ersatz von Mast und Antenne entstehe eine "neue" Anlage im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung vom

23. Dezember 1999 (NISV; SR 814.710). Hierfür hätte eine Standortevaluation im Sinne von § 26 des Einführungsgesetzes zur Bundesgesetzgebung über den Schutz von Umwelt und Gewässern vom 4. September 2007 (EG Umweltrecht, EG UWR; SAR 781.200) durchgeführt werden müssen (vgl. angefochtener Entscheid, S. 2 f.).

2.2.

Die Beschwerdeführerin macht eine falsche Rechtsanwendung von Art. 3 Abs. 2 lit. c NISV durch die Vorinstanz geltend. Art. 3 Abs. 2 lit. c NISV sei auf jene Fälle zugeschnitten, bei welchen die Mobilfunkanlage vor Erlass der NISV bewilligt worden sei. Die vorliegende Mobilfunkanlage sei zwar vor Erlass der NISV erstellt, jedoch in einem späteren Baubewilligungsverfahren angepasst worden. Da die bestehende technische Ausrüstung (Schrack) und die Leitungen beim vorliegenden Umbau bestehen blieben, werde die Mobilfunkanlage nicht als Ganzes ersetzt und gelte deshalb nicht als "neu" (Beschwerde, S. 5 f.).

2.3.

Der Gemeinderat führt in seiner Beschwerdeantwort aus, er habe sich seinerzeit auf die Zustimmung des BVU, Abteilung für Baubewilligungen, und die entsprechende Stellungnahme des BVU, Abteilung für Umwelt, gestützt. Gemäss § 31 Abs. 2 lit. f EG UWR liege der Vollzug der NISV beim BVU. Der Gemeinderat habe folglich davon ausgehen dürfen, dass das BVU die Baugesuchsunterlagen auch im Hinblick auf die Bestimmung von Art. 3 Abs. 2 lit. c NISV geprüft habe. In Übereinstimmung mit der Beschwerdeführerin liege keine neue Mobilfunkantenne vor, weshalb Art. 3 Abs. 2 lit. c NISV nicht zur Anwendung gelange (Beschwerdeantwort Gemeinderat, S. 4 f., 8).

3.

Das kantonale und kommunale Bau- und Planungsrecht kann innerhalb der Bauzone für Mobilfunkanlagen eine Standortevaluation bzw. eine Koordinationspflicht vorschreiben (BGE 133 II 353, Erw. 4.2). Im Kanton Aargau ist am 1. September 2008 das EG UWR in Kraft getreten. § 26 EG UWR legt fest, dass die Errichtung jeder Mobilfunkanlage auch innerhalb der Bauzone am bestgeeigneten Standort zu erfolgen hat, wobei sich dieser aus einer Abwägung sowohl der Interessen der Betreiberinnen als auch jener der Standortgemeinde sowie allenfalls betroffener Nachbargemeinden ergibt. Sie ordnet als Voraussetzung der Bewilligung an, dass kein die relevanten Interessen insgesamt besser wahrer Standort für eine Anlage vorhanden sein darf. Konkretisierend statuiert sie, dass insbesondere die Aspekte des Landschafts- und des Ortsbildschutzes sowie der Siedlungsentwicklung zu berücksichtigen sind. Sinn und Zweck von § 26 EG UWR ist, die Standorte von Mobilfunkanlagen aus raumplanerischer Sicht zu optimieren (Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den

Grossen Rat vom 17. Januar 2007, Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über den Schutz von Umwelt und Gewässer [EG Umweltrecht, EG UWR], 07.17, S. 29)

Die Baubewilligungsbehörde hat das Baugesuch unter Vornahme der Interessenabwägung zu prüfen und über die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens zu entscheiden. Voraussetzung der Prüfung ist die Vollständigkeit des Baugesuchs. Um die privaten Interessen der Betreiberinnen bzw. jenes an einer guten Versorgung berücksichtigen zu können, müssen diese nachweis- und ermittelbar sein. Der Bauherrin obliegt es, in einem begründeten Standortevaluationsbericht überprüfbare Grundlagen dazu beizubringen, in angemessenem Umkreis den aus ihrer Sicht bestgeeigneten von mehreren realistischen Standorten gewählt zu haben. Dabei ist die Versorgungssituation und der funktechnische Nutzen im entsprechenden Gebiet mit Hilfe von Simulationsmodellen zu veranschaulichen. In diesem Sinne ist auch ausreichend detailliertes Kartenmaterial notwendig (zum Ganzen: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2012, S. 113, Erw. 4.2.2).

4.

Die bestehende Mobilfunkanlage wurde vor dem 1. Januar 2000 erstellt (vgl. Beschwerde, S. 6). Das EG UWR trat am 1. September 2008 in Kraft (vgl. § 46 Abs. 1 EG UWR). Eine Standortevaluation gemäss § 26 EG UWR musste zuvor – mangels gesetzlicher Grundlage – nicht durchgeführt werden. Im Jahre 2016 wurden Anpassungen vorgenommen, welche gemäss Angaben der Beschwerdeführerin in einem Baubewilligungsverfahren genehmigt wurden (vgl. Beschwerde, S. 6). Ausweislich der Akten wurde im Rahmen dieser Anpassung jedoch nur ein aktualisiertes Standortdatenblatt eingereicht (Beschwerdebeilage 4). Eine Standortevaluation fand jedoch auch damals nicht statt. Bezüglich der bestehenden Mobilfunkanlage wurde bisher somit noch nie eine Standortevaluation durchgeführt.

§ 26 EG UWR enthält keine Übergangsbestimmung, die bestehende Mobilfunkstandorte prinzipiell von einer Standortevaluation ausnehmen und insofern privilegieren würde. Der vorliegend geplante "Umbau" der Mobilfunkanlage besteht in einem Komplettersatz von Mast und Antennenanlage mit daraus folgender Frequenz- und Leistungserhöhung, was rechtlich als Neubau einzustufen ist. In einem solchen Fall steht ausser Frage, dass eine Standortevaluation nach § 26 EG UWR durchzuführen ist.

Selbst wenn zum Zeitpunkt der Errichtung der bestehenden Mobilfunkanlage eine Standortevaluation durch die Betreiberin stattgefunden hätte, müsste davon ausgegangen werden, dass aufgrund der Siedlungs-, der gesellschaftlichen und der technischen Entwicklung das Umfeld, die Umgebung und die Voraussetzungen heute nicht mehr dieselben sind wie vor

über zwei Jahrzehnten. Dies gilt auch hinsichtlich der vorhandenen Mobilfunkanlagen in der Umgebung und deren Wirkungsradien. In diesem Zusammenhang erscheint fraglich, ob der Standort nach wie vor der am besten geeignete ist.

Im Ergebnis ist dem Regierungsrat daher zuzustimmen, wenn er für das vorliegende Bauvorhaben eine Standortevaluation nach § 26 EG UWR verlangt.

5.

Die Beschwerdeführerin und der Gemeinderat berufen sich schliesslich auf die Besitzstandsgarantie gemäss § 68 des Gesetzes über Raumentwicklung und Bauwesen vom 19. Januar 1993 (Baugesetz, BauG; SAR 713.100) (vgl. Beschwerde, S. 6 ff.; Beschwerdeantwort Gemeinderat, S. 8 f.; Replik, S. 2 f.).

Nach der kantonalen Besitzstandsgarantie (§ 68 BauG) dürfen rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen, die den geltenden Plänen oder Vorschriften widersprechen, unter den § 68 lit. a – c BauG definierten Voraussetzungen unterhalten und zeitgemäss erneuert (lit. a), angemessen erweitert, umgebaut oder in ihrem Zweck geändert (lit. b) und bei Zerstörung durch Brand oder andere Katastrophen wiederaufgebaut werden (lit. c).

Wie oben dargelegt ist der projektierte Komplettersatz von Mast und Antennenanlage mit daraus folgender Frequenz- und Leistungserhöhung rechtlich als Neubau zu qualifizieren. Ein Wiederaufbau (bzw. Neubau) käme im Anwendungsbereich von § 68 BauG indes höchstens bei einer Zerstörung durch Brand oder andere Katastrophen in Betracht. Da von einer solchen Konstellation jedoch keine Rede sein kann, greift die Besitzstandsgarantie von vornherein nicht.

6.

Zusammenfassend ist die Beschwerde unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 31 Abs. 2 VRPG). Den Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden haben. Der Gemeinderat B., welcher ebenfalls unterliegt, da er die Gutheissung der Beschwerde beantragt hat, trägt keine Verfahrenskosten, da ihm kein Grund gemäss § 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG vorgeworfen werden kann.

Parteikosten sind keine zu ersetzen (§ 32 Abs. 2 i.V.m. § 29 VRPG). Der Gemeinderat beantragte die Gutheissung der Beschwerde. Aufgrund des

Verfahrensausgang gilt er – gleich wie die Beschwerdeführerin – als unterliegend.

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 2'000.00 sowie der Kanzleigebür und den Auslagen von Fr. 211.00, gesamthaft Fr. 2'211.00, sind von der Beschwerdeführerin zu bezahlen.

3.

Es werden keine Parteikosten ersetzt.

Zustellung an:

die Beschwerdeführerin (Vertreter)

den Gemeinderat B. (Vertreter)

den Regierungsrat

das Bundesamt für Umwelt (BAFU)

Mitteilung an:

das Departement Bau, Verkehr und Umwelt, Abteilung für Baubewilligungen

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Dieser Zwischenentscheid kann wegen Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten sowie interkantona-lem Recht innert **30 Tagen** seit der Zustellung mit **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte (Art. 93 Abs. 1 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG; SR 173.110]) oder wenn sie bei Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Die Beschwerdefrist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar.

Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern sei, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 1. März 2023

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiber:

Winkler

Wildi