



Verein
E-SMOG HADLIKON
Schulhausstr. 2, CH-8340 Hadlikon-Hinwil
osiachermann@gmail.com



RECHTSEINGABE BUNDESGERICHT

NR. 6

Streitgegenstand
Neue Verordnungsbestimmungen für
adaptive Antennen vom 17.4.2019
auch im technologieneutral bewilligten
Hadliker Antennenfall

Verfahrensrechtliche Stütze für Aufhebung
der Baubewilligung sowie für den
Sistierungsantrag

Sammeladresse und Beschwerdeführerin:

Hadlikon, 13. Mai 2020

Kathrin Luginbühl
c/o Rosa Luginbühl
Schulhausstr. 2
8340 Hadlikon-Hinwil

INGESCHRIEBEN:

Schweizer Bundesgericht
Av. Tribunal Fédéral 29

1000 Lausanne 14

Dringende Richtigstellung zu Verfahrensantrag 4

betreffend Streitgegenstand der **neuen Verordnungsbestimmungen der NISV für adaptive Antennen** (Ergänzung von Anhang 1 Ziff. 63) **im vorliegenden Baubewilligungsverfahren**

**VERWALTUNGSGERICHTSBESCHWERDE / SUBSIDIÄRE VERFASSUNGS-
BESCHWERDE**

1C_217/2019/GAS**Baugesuch SALT-Mobilfunkanlage Walderstr. 132, Hadlikon, BG-Nr. 2017-0026****In Sachen**

1. A
2. A
3. D
4. E
5. K
6. L
7. L
8. N
9. N
10. Z

gegen

1. *Verwaltungsgericht des Kantons Zürich*
2. *Gemeinderat Hinwil, Dürntnerstr. 8, 8340 Hinwil, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Simon Kobi, Advokaturen im Rabenhaus, Haus zum Raben, Hechtplatz / Schifflande 5, Postfach 624, 8024 Zürich 1*

3. *Salt Mobile SA, Rue du Caudray 4, 020 Renens VD, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Lorenzo Marazzotta, Badertscher Rechtsanwälte AG, Mühlebachstr. 32, Postfach 769, 8024 Zürich*

betreffend

Urteil Verwaltungsgericht vom 14. März 2019 betreffend

Gemeinderatsbeschluss vom 12. Juli 2017, Baubewilligung für Salt-Mobilfunk-Antennenanlage, Kat.-Nr. 4330, Walderstr. 132, Hadlikon-Hinwil.

Sehr geehrter Herr Gerichtspräsident,
Sehr geehrte Herren Bundesrichter,

Bezugnehmend auf die Vernehmlassungsantworten von Rechtsanwalt, S. Kobi, vom 20.4.2020 zu den Rechtseingaben der Beschwerdeführer vom 3.1.2020 sowie vom 13.2.2020 drängt sich eine Richtigstellung bezüglich der beantragten **Ausdehnung der konkreten Normenkontrolle auf die neuen Verordnungsbestimmungen der NISV** (Ergänzung von Anhang 1 Ziff. 63) **bzw. Mitbeurteilung im Rahmen des vorliegenden Baubewilligungsverfahrens** auf, weil das Antennenbaugesuch *technologieneutral* bewilligt wurde.

Verfahrensantrag 4 der Beschwerdeführer gemäss Rechtseingabe vom 3.1.2020, S. 3:

4. **Sofern nicht ohnehin vorgesehen, wird das Bundesgericht hiermit in Ergänzung des entsprechenden Begehrens noch ausdrücklich ersucht, die bereits beantragte konkrete Normenkontrolle der NISV bzw. deren Anwendung im konkreten Fall Hadlikon auszudehnen auf die neuen Verordnungsbestimmungen vom 17.4.2019.**

1. Zusammenfassung

Der Rechtsvertreter des Gemeinderates Hinwil, Hr. S. Kobi, behauptet in seinen Vernehmlassungsantworten vom 20.4.2020 nach Auffassung der Beschwerdeführer zu Unrecht, dass 5G bzw. adaptive Antennen nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei. Er begründet dies damit, dass die Baubewilligung für die streitbetreffene Antenne bereits im Jahr 2017 erteilt worden sei und die ergänzenden Verordnungsbestimmungen (Ergänzung von Anhang 1 Ziff. 63) für *adaptive* Antennen erst im Jahr 2019 erlassen worden seien.

Das Verwaltungsgericht Zürich konnte in seinem Urteil vom 14.3.2019 noch nicht zu dieser Frage Stellung nehmen, da die neuen Verordnungsbestimmungen für adaptive Antennen erst rund einen Monat später erlassen und per 1. Juni 2019 in Kraft gesetzt wurden.

Adaptive Antennen wären aufgrund des technologieneutral eingereichten Baugesuchs auch im vorliegenden Fall erlaubt. Die Senderbetreiber behaupten sogar, dass auf den 4G-Frequenzen *adaptive* Antennen betrieben werden können, was jedoch aus technischer Sicht fragwürdig ist. Gemäss jüngerer Praxis wird von den Senderbetreibern kurz vor Baubeginn eine sogenannte „*kleine Projektänderung*“ eingegeben, welche darin besteht, dass man zusätzlich zu den 3G- und 4G-Antennen auf der bewilligten Anlage auch noch *adaptive* Antennen installiert. Das AWEL als kantonale Fachstelle würde entsprechende Projektänderungen in eigener Kompetenz unter dem Titel einer „Bagatelländerung“ bewilligen.

Aufgrund der technologieneutral erteilten Baubewilligung sowie der derzeitigen Praxis bezüglich „*kleiner Projektänderungen*“ und „*Bagatellanpassungen*“ für *adaptive* Antennen ist die am 17.4.2019 vom Bundesrat verabschiedete Ergänzung von Anhang 1 Ziff. 63 der NISV für *adaptive* Antennen ebenfalls Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren. Sie muss daher auch im Rahmen der beantragten konkreten Normenkontrolle auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit überprüft werden.

Ebenfalls bestritten wird die vom BAFU kommunizierte Aussage, wonach *adaptive* Antennen *rechtssicher* bewilligt werden könnten, wenn man sie wie konventionelle Antennen behandelt. Diese Aussage ist nach Erachten der Beschwerdeführer widersinnig. Man kann doch nicht *adaptive* Antennen wie *konventionelle* Antennen beurteilen, sie aber anschliessend doch wie *adaptive* Antennen in Betrieb nehmen lassen. Wer *adaptive* Antennen bewilligen lassen will, soll diese auch wie solche beurteilen lassen.

Auch wenn *adaptive* Antennen wie *konventionelle* Antennen beurteilt und trotzdem als *adaptive* Antennen in Betrieb genommen werden, können diese wegen fehlender Messgeräte und Messmethoden bis heute nicht gemessen werden. Auch mit der „*Worst-Case*“-*Beurteilungsmethode* kann die Grenzwerteinhaltung bzw. die Qualitätssicherung nicht gewährleistet werden. Deshalb bestreiten die Beschwerdeführer, dass diese Bewilligungspraxis *rechtsicher* ist. Ob sie gegen übergeordnetes Recht verstösst, würde die konkrete Normenkontrolle ergeben.

Im Folgenden wird auf die einzelnen Punkte der Vernehmlassungsantwort von Herrn S. Kobi vom 20.4.2020 Stellung genommen. Sämtliche Behauptungen, welche die Beschwerdeführer nicht ausdrücklich bestätigen, werden bestritten.

2. Darstellung S. Kobi zu obigem Verfahrens Antrag in der Vernehmlassungsantwort vom 20.4.2020 zu unserer Beschwerdeingabe vom 3.1.2020:

Zu Punkt 25, S. 12 oben:

Hr. S. Kobi behauptet, dass die Beschwerdeführer nicht darzulegen vermögen, dass die von ihnen angefochtene, schon am 12. Juli 2017 erteilte Bewilligung bereits gestützt auf die erst am 17. April 2019 erfolgte Ergänzung von Anhang 1 Ziff. 63 der NISV ergangen sein soll. Dies haben sie zu keinem Zeitpunkt behauptet, und dies war ja auch nicht möglich. Wenn aber die am 12.7.2017 erteilte Baubewilligung aufgrund der *Technologieneutralität* automatisch auch für den Betrieb des zum Zeitpunkt der Bewilligungserteilung noch vor der Einführung stehenden neuen 5G-Mobilfunkstandards (4G+, 5G) gelten soll, so müssen folglich auch die dafür massgeblichen Ergänzungen der Verordnungsbestimmungen Streitgegenstand im vorliegenden Baubewilligungsverfahren sein.

3. Darstellung S. Kobi zu obigem Verfahrens Antrag in seiner Vernehmlassungsantwort vom 20.4.2020 zu unserer Beschwerdeingabe vom 13.2.2020:

Zu Punkt 5, Seite 5 Mitte:

Die Behauptung, dass *die Forderung der Beschwerdeführenden, bei adaptiven Antennen nebst der Sendeleistung auch die Expositionsqualität zu berücksichtigen sei, zumindest im vorliegenden Fall nicht eingegangen werden kann, weil i.c. keine adaptive Antenne Streitgegenstand bildet*, wird von den Beschwerdeführern bestritten. Da mit der vom Gemeinderat Hinwil erteilten Baubewilligung auch auf der streitbetroffenen Anlage der Betrieb von *adaptiven Antennen* möglich und zulässig wäre, können die Beschwerdeführer die Sicht von Hr. S. Kobi nicht nachvollziehen, wonach die massgeblichen Bestimmungen und die entsprechenden Vollzugsrichtlinien im Hinblick auf die von den Beschwerdeführern geltend gemachte konkret drohende Gefahr aufgrund der *Expositionssituation*, auch aus *adaptiven* Antennen, nicht Streitgegenstand sein soll.

Zu Punkt 7, Seite 5 unten:

Hr. S. Kobi weist auf ein Schreiben der Baudirektion vom 31.3.2020 hin (Beilage zu seiner Vernehmlassungsantwort vom 20.4.2020), wonach *für den Umbau einer Anlage mit Leistungssteigerung und einem signifikanten Anstieg der Strahlenbelastung an umliegenden Orten mit empfindlicher Nutzung (OMEN) ein ordentliches Baubewilligungsverfahren wie bei einem Neubau notwendig sei; die Anwohnenden hätten die Möglichkeit, gegen den Umbau zu rekurrieren.*

Ob allfällige baulichen Änderungen mittels „Bagatellverfahren“ an der vom Gemeinderat Hinwil bewilligten Antenne geringfügig sind und die Leistung nicht erhöht bzw. die Strahlungsbelastung an den umliegenden OMEN nicht *signifikant* ansteigt, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht gesagt werden, da *adaptive* Antennen noch nicht gemessen werden können. Auch mit der „Worst-Case“-Beurteilungsmethode kann wegen der charakteristischen Strahlungsdynamik bei 5G weder die Grenzwerteinhaltung sichergestellt noch die genaue Expositionssituation für Antennenanwohner ermittelt werden. Trotzdem könnte die Senderbetreiberin nach der heute geltenden Rechtspraxis im „Bagatellverfahren“ oder mittels „*kleiner Projektänderung*“ von Anbeginn *adaptive* Antennen installieren und betreiben. Wie RA S. Kobi zu Recht festhält, ist für diesen Fall keine erneute Rekursmöglichkeit vorgesehen. Dies bedeutet, dass die Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt und vor keiner Instanz die Gelegenheit hätten, die Anwendbarkeit der neuen Verordnungsbestimmungen im konkreten Fall anzufechten, was eine gravierende Rechtslücke darstellen würde.

Das Bundesgericht wird ersucht, die auch im vorliegenden Fall dringende Frage zu klären, ob die als *rechtssicher* bezeichnete Übergangsregelung mit der sogenannten „*Worst-Case“-Beurteilungsmethode* für *adaptive* Antennen tatsächlich gesetzes- und verfassungskonform ist.

Die Situation ist im Fall Hadlikon besonders besorgniserregend, weil gemäss Baugesuchsunterlagen der Anlagegrenzwert an verschiedenen *Orten mit erhöhter Empfindlichkeit* (OMEN) bereits zu 80% ausgeschöpft würde und eine Grenzwert-Überschreitung mit zusätzlichen *adaptiven* Antennen wahrscheinlich wäre, zumindest aber nicht ausgeschlossen werden könnte. Dies ist jedoch zur Zeit messtechnisch nicht nachweisbar.

Zu Punkt 8, Seite 6 Mitte:

Hr. Kobi stimmt den Ausführungen der Beschwerdeführer in Ziffer 5 ihrer Rechtsschrift zwar grundsätzlich zu, verweist aber auf das Schreiben der Baudirektion Zürich vom 31.3.2020 (S. 2, zweitletzter Absatz bzw. lit. d), wonach *die Übertragungstechnologien nicht in die Berechnung der Feldstärke einfließen und somit für die Einhaltung der Grenzwerte der NISV keine Relevanz hätten.* Ob die Art der Übertragungstechnologie für die Einhaltung der Grenzwerte der NISV eine Relevanz hat, wird sich erst zeigen, wenn entsprechende Messgeräte bzw. Messverfahren zur Verfügung stehen, welche die *stärkere Amplitudendynamik, d.h. höheren Strahlungsspitzen und extrem schnellen Änderungen der Strahlungsstärke* von 5G bzw. von *adaptiven* Antennen im Vergleich zu den bisherigen Sendetechnologien erfassen können. Zur Zeit bestehen lediglich Modellrechnungen und Hypothesen, deren Richtigkeit gemäss Schreiben des BAFU vom 31.1.2020¹ nach und nach im Realbetrieb, also bei den Antennenanwohnern und Nutzern von Endgeräten, erprobt werden soll.

Zu Punkt 9, Seite 6 Mitte und unten:

Auch der Kritik der Beschwerdeführer, wonach nicht überprüft werden könne, ob sich der leistungsabhängige Einspracheperimeter für die Anlage durch die Änderung einer bestehenden Anlage mit einer „Bagatellanpassung“ auf 5G nicht verändert, stimmt der Rechtsvertreter des Gemeinderates im Grundsatz zu. Er relativiert die Kritik jedoch dahingehend, dass die „Bagatellanpassung“ nur zum Zuge komme, wenn die *Leistung nicht erhöht* wird, die *Strahlenbelastung an den umliegenden OMEN nicht signifikant ansteigt* und dass die *Kriterien für die Durchführung eines Bagatellverfahrens insofern als relativ streng* zu bezeichnen seien, als an OMEN, an denen der Anlagegrenzwert vor der Änderung im massgebenden Betriebszustand bereits mehr als 50% ausgeschöpft war, die berechneten elektrischen Feldstärken nicht zunehmen dürfen. Wie bereits dargelegt, kann die Richtigkeit der berechneten elektrischen Feldstärken bei den *adaptiven* Antennen auch mit der vorerst angewendeten als *rechtssicher* dargestellten „Worst-Case“-Beurteilungsmethode nicht überprüft werden und damit auch nicht, ob die Strahlenbelastung an den umliegenden OMEN *signifikant ansteigt*.

Zu Punkt 10, Seite 7 oben:

Weil für *adaptive* Antennen bis heute keine verlässliche Beurteilungsmethode existiert, kann der Gemeinderat Hinwil nicht sicherstellen, ob mit einer allfälligen, gemäss den Kriterien für die Durchführung einer Aufrüstung mittels „Bagatellanpassung“ an der strittigen Mobilfunkanlage die Einhaltung der Anlagegrenzwerte gewährleistet wäre, insbesondere an denjenigen OMEN, wo die AGW gemäss Baugesuch bereits zu 80% ausgeschöpft sind. Bedenkt man die zugelassene Messunsicherheit von $\pm 45\%$, so muss ernsthaft mit einer Grenzwertüberschreitung und damit einer Verletzung des NISV-„Vorsorgeprinzips“ gerechnet werden.

Es müsste auch im Interesse des Gemeinderates Hinwil liegen, dass die Erteilung einer Baubewilligung für die streitbetroffene Antenne zumindest an die Auflage geknüpft würde, dass auf der streitbetroffenen Antenne keine adaptiven Antennen betrieben werden dürfen, bis die Voraussetzungen für die Überprüfung der Bauvorschriften erfüllt sind und eine Vollzugshilfe vorliegt. Da der Gemeinderat Hinwil für die Bewilligung und den Vollzug *zuständig* ist und als *verantwortlich* gilt, könnte ihm im Schadenfalle eine *Vernachlässigung seiner Sorgfaltspflicht* vorgeworfen werden, weil er einem Baugesuch die Bewilligung erteilt hat, obwohl er die Einhaltung der Bauvorschriften derzeit nicht gewährleisten kann und damit die daraus resultierenden möglichen negativen Folgen für die Gesundheit seiner Bevölkerung auf dem von ihm verwalteten Gebiet bewusst in Kauf genommen hat.

Zu Punkt 11, Seite 7 Mitte:

Hr. S. Kobi behauptet, dass *weder eine adaptive Antenne noch eine 5G-Basisstation im Streit liege*. Wie bereits dargelegt, ist wegen der sogenannten Technologieneutralität aus den Baugesuchsunterlagen nicht eindeutig ersichtlich, für welche Mobilfunkstandards sie genutzt werden soll. Aus der Baubewilligung geht nicht hervor, dass sie auf *konventionelle* Mobilfunkantennen (2G, 3G, 4G) beschränkt sein soll.

Zu Punkt 13, Seite 8 oben:

Wenn in den Baugesuchsunterlagen nicht explizit aufgeführt ist, welche Sendetechnologien vom Entscheid betroffen oder ausgeschlossen sind, so darf nach Rechtsauffassung der Beschwerdeführer bei der Beurteilung des Baugesuches auch keine Technologie und damit auch nicht die von den Beschwerdeführern *thematisierte und kritisierte Anpassung der NISV-Vollzugshilfe* bezüglich Berücksichtigung der Abstrahlcharakteristik der adaptiven Antennen sowie der 5G-Basisstationen von der Beurteilung ausgeklammert werden.

Zu Punkt 14, Seite 8 Mitte:

Entgegen der wiederholten gegenteiligen Behauptung von Herrn S. Kobi müssen nach Rechtsauffassung der Beschwerdeführer gestützt auf die vorangehenden Ausführungen „die offenen Fragen“ hinsichtlich der am 17. April 2019 erfolgten Ergänzung von Anhang 1 Ziff. 63 der NISV geklärt werden, wonach bei adaptiven Antennen die *Variabilität der Senderrichtungen und der Antennendiagramme* zu berücksichtigen ist. Dabei ist es unerheblich, dass die Baubewilligung durch den Gemeinderat Hinwil bereits am 12.7.2017 erteilt wurde.

4. Verfahrensrechtliche Stütze, sowohl für das Sistierungsbegehren sowie für die Aufhebung der Baubewilligung des Gemeinderates vom 12.7.2017

Zu Punkten 6 – 24, S. 5 - 11 und zu Punkt 28, S. 12/13 sowie zu Punkt 12, Seite 7/8 Mitte zu den Vernehmlassungsantworten S. Kobi vom 20.4.2020 zu den Rechtsschriften der Beschwerdeführer vom 3.1.2020 bzw. 13.2.2020:

Die Beschwerdeführer nehmen erfreut zur Kenntnis, dass sich der Gemeinderat Hinwil von den Verfahrensanträgen bezüglich Verfahrenssistierung, ***bis die vom Bundesgericht im Rahmen des Urteils des Bundesgerichts 1C_97/218 E.6.2. vom 3. September 2019 schweizweit angeordneten Nachmessungen bezüglich Einhaltung der NISV-Grenzwerte zumindest an sämtlichen Mobilfunkantennenanlagen auf Hinwiler Gemeindegebiet abgeschlossen sind und ein Bericht über das ordnungsgemässe Funktionieren der QS-Systeme für den Kanton Zürich vorliegt***, nicht verschliessen will.

Gemäss den präzisierten Darstellungen von Hr. S. Kobi zum Antrag 2 betreffend der **im BG-Urteil zum Fall Romanshorn 1C_97/2018 angeordneten Nachmessungen** und betreffend **Bericht über ein ordnungsgemässes Funktionieren der QS-Systeme für den Kanton Zürich** (Vernehmlassungsantwort zur Rechteingabe der Beschwerdeführer vom 3.1.2020 Antrag 2) findet sich im Bundesgesetz (BZP) über den Bundeszivilprozess in Verbindung mit dem Bundesgerichtsgesetz (BGG) eine verfahrensrechtliche Stütze für das entsprechende Rechtsbegehren der Beschwerdeführer.

Die sich über mehrere Seiten hinwegziehenden detaillierten Ausführungen in der Vernehmlassungsantwort vom 20.4.2020 von Hr. S. Kobi zu diesem Antrag erscheinen derart einleuchtend, dass daraus gar geschlossen werden könnte, dass in Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (BZP) in Verbindung mit Art. 71 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) die von Art. 6 BZP verlangte „**Zweckmässigkeit**“ als gegeben erachtet werden kann, welche nicht nur die *Gutheissung des entsprechenden Sistierungsbegehrens* der Beschwerdeführer sondern in Beachtung des Vorsorgeprinzips sogar die **Gutheissung des Begehrens für die Aufhebung des Baubewilligungsentscheides des Gemeinderates vom 12.7.2017** rechtfertigen würde, weil die Voraussetzungen für die Sicherstellung der Einhaltung der Bauvorschriften und des Vorsorgeprinzips bis heute nicht gegeben sind.

Dies umso mehr, als dass der Vertreter der Gegenpartei 1, Hr. S. Kobi, zum gleichen Schluss wie die Beschwerdeführer gelangt, wonach *die von den Bundesämtern zusammen mit den Betreibern angestrebte zeitliche Mittelung für adaptive Antennen und deren damit verbundene Leistungserhöhung sowie – damit eingehend – die Erhöhung der gemittelten sowie der maximalen Belastung der Antennenanwohner, **fragwürdig** sei, **schon alleine deshalb, weil die entsprechende Messweise höchstens oder zumindest erst angedacht ist.***

Mit vorzüglicher Hochachtung,

K. L.

O. A.

¹ BAFU-Brief vom 31.1.2020 „Information zu adaptiven Antennen und 5G (Bewilligung und Messung)“
https://www.bafu.admin.ch/dam/bafu/de/dokumente/elektrosmog/fachinfo-daten/informationen_adaptive_antennen_5g.pdf