



- **Mobilfunkanlagen: Verhältnis von Bundesumweltrecht, Raumplanungs- und Baurecht, insbesondere Bauverfahrensrecht**
- **Zur Durchführung von Gemeindeversammlungen während der Corona-Pandemie**
- **Neuste Bundesgerichtsrechtsprechung zur Mehrwertabgabe – gibt es Auswirkungen auf die bernische Praxis?**

KPG-Bulletin

Erscheint viermal jährlich und ist das offizielle Organ für die Mitglieder der KPG Bern

Redaktionsteam

A. Mauerhofer, KPG
M. Schürch Perren, AGR
H. Wiestner, BVE

Redaktionsadresse

KPG Bern
Schwarztorstrasse 20, 3007 Bern
Telefon 031 385 20 00
E-Mail: info@kpgbern.ch
www.kpgbern.ch

Inhaltsverzeichnis

Seite

Editorial

A. Mauerhofer 1

Fachbeiträge

Mobilfunkanlagen: Verhältnis von Bundesumweltrecht, Raumplanungs- und Baurecht, insbesondere Bauverfahrensrecht

A. Rey 2

Zur Durchführung von Gemeindeversammlungen während der Corona-Pandemie

M. Häusler und A. Sommer 32

Neuste Bundesgerichtsrechtssprechung zur Mehrwertabgabe

S. von Ballmoos 44

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser

Die Nachfrage nach Mobilfunkdienstleistungen steigt stetig an und gleichzeitig wird jedem neuen Technologieschub mit grossem Misstrauen begegnet. Dies hat zur Folge, dass sich auch die Komplexität der Anforderungen an die Verfahren erhöht, wie die laufende Diskussion um die Einführung sogenannter adaptiver Antennen wie z.B. 5G zeigt. Der Lead-Fachbeitrag im vorliegenden Bulletin zeigt die Randbedingungen für die Netzplanung und die Erstellung von Mobilfunkanlagen auf und macht eine raumplanerische Standortbestimmung von Mobilfunkanlagen im Raum-planungs- und Baubewilligungsverfahren. Ausserdem zieht er ein Fazit zu den raumplanungs- und umweltrechtlichen Steuerungsmechanismen.

Das Bundesgericht hat sich seit Publikation des Fachbeitrags «Alltagsprobleme der Mehrwertabgabe» im KPG-Bulletin 3/2020 in zwei Entscheiden zu wichtigen Aspekten im Zusammenhang mit der Mehrwertabgabe geäussert. Im Fall Meikirch hatte sich das Gericht mit der Rechtmässigkeit eines kommunalen Reglements einer Berner Gemeinde zu befassen, welches zwar für Umzonungen, nicht dagegen auch für Aufzonungen eine Mehrwertabgabe vorsieht. Im Baselbieter Fall Münchenstein hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob ein Kanton seinen Gemeinden verbieten darf, für Um- und Aufzonungen eine Mehrwertabgabe zu erheben. Ein weiterer Fachbeitrag im vorliegenden Bulletin fasst die beiden Bundesgerichtsentscheide zusammen und versucht, deren Auswirkungen auf die bernische Lösung der Mehrwertabgabe abzuschätzen und den allfälligen Handlungsbedarf für die bernischen Gemeinden bezüglich ihrer Mehrwertabgabereglemente aufzuzeigen.

Die Durchführung von Gemeindeversammlungen in der Covid-19-Pandemie stellt die Gemeinden vor grosse Herausforderungen. Ein dritter Fachbeitrag im Bulletin zeigt auf, welche gesetzlichen Grundlagen die Gemeinden bei der Durchführung von Versammlungen in Zeiten der Pandemie zu beachten haben und wie eine Versammlung durchgeführt werden kann.

Mit freundlichen Grüssen



Adrian Mauerhofer
Direktor, KPG Bern

Mobilfunkanlagen: Verhältnis von Bundesumweltsrecht, Raumplanungs- und Baurecht, insbesondere Bauverfahrensrecht*

Alexander Rey, lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Binder Rechtsanwälte KLG, Baden

Zusammenfassung:

In unzähligen Bewilligungs- und Planungsverfahren für Mobilfunkanlagen haben sich Verwaltungsbehörden und Gerichte in den letzten 20 Jahren mit Fragen an der Schnittstelle Umweltrecht, Raumplanungsrecht und Baubewilligungsverfahren auseinandergesetzt. Die Mobilfunkinfrastruktur scheint sich dabei insbesondere den gängigen Koordinationsinstrumenten der Raumplanung zu entziehen. Das Umweltrecht nimmt mehr Raum bei der Bestimmung von Mobilfunkstandorten und der Netzausgestaltung ein als bei anderen Infrastrukturanlagen üblich. Das mag daran liegen, dass es beim Mobilfunk nicht darum geht, unliebsame Nebenwirkungen einer Anlage zu begrenzen, sondern darum, die Auswirkungen (Strahlen) zu begrenzen, die das eigentliche Mittel des Anlagenbetriebs betreffen. Die Vielzahl der Verfahren hängt auch mit der – nicht bloss für Mobilfunkanlagen typischen – widersprüchlichen Aufnahme der Technologie durch einen Teil der Bevölkerung zusammen: Die Nachfrage nach Mobilfunkdienstleistungen steigt scheinbar unaufhaltsam und trotzdem wird jedem neuen Technologieschub mit grossem Misstrauen begegnet. Auch infolge dieses Widerspruchs ist die Komplexität der Anforderungen an die Verfahren laufend gestiegen, was nun auch die Diskussion um die Einführung adaptiver Antennen zeigt. Trotzdem – so die Einschätzung des Verfassers – haben sich die bestehenden Regelungen im Kern bewährt. Sie sollten jedoch den wissenschaftlichen Erkenntnissen angepasst werden, damit das Regelungssystem nicht seinen Zweck verfehlt und nicht ohne Not zu Mobilfunknetzen führt, die für alle betroffenen Regelungsbereiche (auch für die umweltrechtlichen Aspekte) suboptimal sind.

** Der Autor hat während vieler Jahre eine Mobilfunknetzbetreiberin in diversen Bewilligungsverfahren für Mobilfunkanlagen vertreten. Aktuell besteht kein solches Mandatsverhältnis. Der Autor dankt Livia Meister (MLaw) für Durchsicht und Inputs.*

I. Einführung

Seit Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Zusammenspiel von Raumplanung, Umweltrecht, öffentlichem Baurecht und Bauverfahrensrecht bei der Planung und Bewilligung von Mobilfunknetzen und Mobilfunkstandorten. Es sollen die verschiedenen Randbedingungen und ihre gegenseitige Beeinflussung aus der Sicht eines Praktikers dargestellt werden.

II. Randbedingungen für die Netzplanung und die Erstellung von Mobilfunkanlagen

1. Mobilfunknetz und Mobilfunkanlage

Jede raumplanerische Betrachtung von Mobilfunkanlagen verlangt nach der Kenntnis einiger weniger technischer Zusammenhänge über «Mobilfunkanlagen» und über das «Mobilfunknetz», die deshalb auch den nachfolgenden Betrachtungen vorangestellt werden.

Ein Mobilfunknetz ist zellular aufgebaut und geografisch in viele aneinandergrenzende Funkzellen unterteilt. Die einzelnen Funkzellen sind in der Regel wabenförmig aufgebaut und haben ganz unterschiedliche Grössen. Jede Funkzelle wird von einer Mobilfunkbasisstation versorgt. Die Grösse der Zellen und damit die Anzahl der Mobilfunkbasisstationen hängt von verschiedenen Faktoren ab.

Bei der Planung eines Mobilfunknetzes bestehen diverse technische, geografische und rechtliche Randbedingungen. Dabei sind Umstände relevant, welche über die generelle Netzplanung den Standort der einzelnen Mobilfunkanlage mitbestimmen, es gibt aber auch Gegebenheiten für einzelne Mobilfunkanlagen, die wiederum die Netzplanung beeinflussen. Grundsätzlich hat jeder Standortentscheid für eine einzelne Mobilfunkanlage Einfluss auf die benachbarten Zellen und Anlagen. Entsprechend beeinflussen suboptimale Standortentscheide für einzelne Anlagen auch die Nachbarstandorte negativ und suboptimale Randbedingungen führen zu generell nicht optimierten Standortentscheiden. Nicht optimale Standortentscheide haben namentlich Auswirkungen auf die Qualität der Mobilfunkversorgung, auf die Anzahl und die Leistung der Mobilfunkanlagen und letztlich auch auf den Preis der Mobilfunkdienstleistungen.

2. Mobilfunknetz Nachfragebedingte Randbedingungen

Während in dicht besiedelten Gebieten mit hohem Datenverkehr die einzelnen Zellen einen Durchmesser von weniger als 100 m aufweisen können, bestehen im ländlichen Raum Zellen mit einem Durchmesser von mehreren Kilometern. Dabei hängt die Netzplanung auch von den geografischen Gegebenheiten ab.

Jeder Sender einer Mobilfunkzelle kann sodann nur eine begrenzte Anzahl an Nutzern zur gleichen Zeit versorgen. Der massiv steigende Bedarf an Übertragungskapazitäten führt dazu, dass die Netzbetreiberinnen die Zahl der Funkzellen ständig erhöhen müssen. Neben den eigentlichen Mobilfunkbasisstationen finden für Hochlastgebiete auch Kleinstanlagen oder Inhouse-Anlagen Anwendung.

3. Regulatorische Randbedingungen

Die einzelnen Funkzellen nutzen unterschiedliche Frequenzen innerhalb eines Frequenzbandes. Diese Frequenzbänder sind ein knappes Gut; sie werden im Rahmen von Auktionen durch die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) den einzelnen Netzbetreiberinnen zugeteilt (Art. 22a des Fernmeldegesetzes [FMG]¹). Entsprechend müssen die Funkzellen, die sich bezüglich der genutzten Frequenz unterscheiden, in ihrer Grösse beschränkt sein, damit die gleichen Frequenzen in ausreichender Distanz wieder verwendet und Interferenzen verhindert werden können. Somit werden bereits mit dem Entscheid, einen Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Netzen zu führen, Netzplanungen, aber auch konkrete Standortentscheide beeinflusst, da damit die Sendefrequenzen zu einem netzbestimmenden Faktor werden.

4. Rechtliche Randbedingungen

Die Netzplanung hängt sodann von rechtlichen Randbedingungen ab. Zunächst haben die *umweltrechtlichen Vorschriften* der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV)² über maximale Strahlenbelastungen einen erheblichen Einfluss auf die Lage, die Anzahl und Leistung der Mobilfunkstandorte.³

¹ Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 784.10).

² Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung vom 23. Dezember 1999 (SR 814.710).

³ Die NISV kennt namentlich Grenzwerte für die vorsorgliche Emissionsbegrenzung jeder einzelnen Mobilfunkanlage bezüglich Orten mit empfindlichen Nutzungen, (OMEN) Immissionsgrenzwerte welche gesamthaft von Anlagen und an Orten für den bloss kurzfristigen Aufenthalt eingehalten werden müssen und Bestimmungen, wann mehrere Anlagen rechtlich als eine einzige Anlage gelten.

Art. 24 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG)⁴ begrenzt den Bau von Antennenanlagen *ausserhalb der Bauzonen*.⁵ Mobilfunkanlagen sind nach der Rechtsprechung im Sinne von Art. 24 Bst. a RPG absolut standortgebunden, wenn eine Deckungs- oder Kapazitätslücke aus funktechnischen Gründen mit einem oder mehreren Standorten innerhalb der Bauzonen nicht in genügender Weise beseitigt werden kann. Die relative Standortgebundenheit wird bejaht, wenn die Mobilfunkanlagen ausserhalb der Bauzone keine erhebliche Zweckentfremdung von Nichtbauzonenland bewirken und nicht störend in Erscheinung treten. Dies kann der Fall sein, wenn sie an bestehende Bauten und Anlagen, wie z.B. Hochspannungsmasten oder landwirtschaftliche Gebäude und Anlagen montiert werden können.

Schliesslich wird zu zeigen sein, dass Kantone und Gemeinden diverse Instrumente entwickelt haben, um den Bau von Mobilfunkanlagen *innerhalb der Bauzonen* zu regulieren. Mit diesen Regulierungen soll insbesondere die Berücksichtigung des Landschafts- und Ortsbildschutzes gewährleistet, aber auch den grundsätzlichen Bedenken der Bevölkerung (Stichwort: «ideelle Immissionen») gegenüber dieser Technologie Rechnung getragen werden.

5. Vorläufiges Fazit

Es kann festgehalten werden, dass die Planung von Mobilfunknetzen und die Standortbestimmung einzelner Mobilfunkanlagen technischen, nachfragebedingten, regulatorischen, umweltrechtlichen, raumplanungsrechtlichen sowie Interessen des Landschafts- und Ortsbildschutzes und der kritischen Haltung der Anwohner im nahen Umkreis von geplanten Anlagen ausgesetzt sind. Ein starker Einfluss der nicht technik- und nachfragebedingten Interessen führt tendenziell zu einer technisch nicht optimal bzw. ineffizienten Netzauslegung, was durch eine Erhöhung der Anzahl der Mobilfunkanlagen und von deren Leistung oder durch eine verminderte Qualität und der Funkdienstleistungen (bei gleichzeitig höheren Kosten) kompensiert wird. In diesem Spannungsfeld finden die Zusammenhänge und Abhängigkeiten beim Bau von Mobilfunkanlagen statt.

⁴ SR 700.

⁵ Zum Ganzen: BGE 141 II 245 E. 7.6.2 S. 254 mit Hinweisen.

III. Raumplanerische Standortbestimmung von Mobilfunkanlagen

1. Verzicht auf hoheitliche Netz- und Standortplanung

Mobilfunknetze sind heute unverzichtbare Infrastrukturanlagen. Störungen selbst bei nur einer Netzbetreiberin werden zum Politikum.⁶ Für diese Mobilfunkinfrastruktur hat sich der Gesetzgeber jedoch – im Gegensatz zur Strassen-, Wasserversorgungs-, Abwasserentsorgungsinfrastruktur und selbst zur Leitungsinfrastruktur im teilweise liberalisierten Stromversorgungsbereich⁷ – entschieden, einen Netzinфраstrukturwettbewerb zu implementieren. Damit entfällt die Möglichkeit einer staatlichen Netzplanung, aber auch die Möglichkeit, ausschliesslich ein Netz im Rahmen einer Monopolkonzession erstellen und betreiben zu lassen. In der Konsequenz hat dies den Aufbau mehrerer paralleler Netzinфраstrukturen zur Folge. Mit Erwerb einer Konzession für Frequenzbänder verpflichten sich die Netzbetreiberinnen, das Netz entsprechend den Vorgaben in den Konzessionen zu erstellen und zu betreiben; innerhalb dieser Leitplanken sind sie selbstverantwortlich für den Aufbau und Betrieb ihres Mobilfunknetzes.

Der Aufbau paralleler Netzinфраstrukturen führt zu einer hohen Anzahl an Mobilfunkanlagen und zu einem Wettbewerb um die optimalen Standorte. Abweichend vom Prinzip dieses Infrastrukturwettbewerbs und um einen Teil der negativen Folgen (erhöhte Anzahl von Standorten) zu begrenzen, verlangen der Gesetzgeber und der Regulator (ComCom) in verschiedener Hinsicht, dass der «first operator» (Erstbetreiber) eines Standortes anderen ein Mitbenutzungsrecht des Standortes (mit separaten Sendeanlagen) einräumt (etwa ausserhalb der Bauzonen). Derartige Mitbenutzungsrechte⁸ stossen jedenfalls innerhalb der Bauzonen infolge der umweltrechtlichen Anlagegrenzwerte der NISV rasch an ihre Grenze. Das heisst, auch wenn es etwa aufgrund landschafts- und siedlungsgestalterischer Interessen wünschenswert wäre, dass mehrere oder alle Netzbetreiber einen Standort gemeinsam nutzen, ist dies infolge der so entstehenden erhöhten Strahlungsleistung

⁶ Vgl. Interpellation Marionna Schlatter Nr. 20.3554 «Swisscom. Netzstabilität priorisieren» vom 9. Juni 2020.

⁷ Im Grundsatz kann dies als Ausfluss der staatlichen Erschliessungspflicht gemäss Art. 19 RPG betrachtet werden, welche eine hinreichende Zufahrt, und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen umfasst.

⁸ Die Mitbenutzungsrechte können ausserhalb der Bauzonen auch als Ausfluss des raumplanerischen Konzentrationsprinzips betrachtet werden (vgl. dazu BGE 141 II 50).

der Gesamtanlage und des raschen Erreichens der Anlagegrenzwerte der NISV nicht möglich.

2. Keine bundesrechtliche Planungspflicht

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann für die Errichtung von Mobilfunkanlagen ein Sach- oder Richtplan mit konkreten räumlichen und zeitlichen Vorgaben nicht verlangt werden.⁹ Die Auswirkungen einer Mobilfunkanlage für sich allein betrachtet sind denn auch offensichtlich zu gering, um eine Planungspflicht im Sinne von Art. 2 Abs. 1 RPG auszulösen. Das Bundesgericht hat es zwar auch schon als wünschbar bezeichnet, dass die in Merkblättern und in Empfehlungen des Bundes formulierten Bewilligungsgrundsätze und weitere Vorgaben für Mobilfunkanlagen in einem Sach- oder Richtplan verankert werden, als Voraussetzung einer Bewilligung einer Mobilfunkanlagen gilt jedoch deren Beplanung mit raumplanerischen Instrumenten nicht.¹⁰

Unabhängig von Planungspflichten ergibt sich aus dem im Bundesrecht fundierten fundamentalen raumplanerischen Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugesamt (Art. 75 Abs. 1 BV¹¹; Art. 1 Abs. 1 Satz 1 RPG), dass Infrastrukturanlagen zur Erschliessung oder Versorgung des Siedlungsgebiets grundsätzlich innerhalb und nicht ausserhalb der Bauzonen errichtet werden müssen.¹² Daraus hat das Bundesgericht abgeleitet, dass Mobilfunkanlagen innerhalb der Bauzonen nur als zonenkonform betrachtet werden könnten, soweit sie hinsichtlich Standort und Ausgestaltung in einer unmittelbaren funktionellen Beziehung zum Ort stehen, an dem sie errichtet werden sollen, und im wesentlichen Bauzonen abdecken.¹³

3. Richtplanung

Das Fehlen einer bundesrechtlichen Planungspflicht hindert einen Teil der Kantone nicht daran, die Mobilfunkinfrastruktur in ihrer Richtplanung zu thematisieren. So enthält etwa der Richtplan des Kantons Aargau den Planungsgrundsatz, wonach bei der Standortwahl für neue Mobilfunkanlagen oder beim Ausbau von bestehenden Anlagen neben einer guten Flächenabdeckung mit Mobilfunkdiensten vorab der Schutz der Bevölkerung vor nichtionisierender Strahlung sowie die Interessen von Natur-, Landschafts- und Ortsbildschutz zu berücksichtigen seien.¹⁴

⁹ Urteil 1A.62/2001 vom 24. Oktober 2001 E. 6 = URP 2002 62 ff.; Urteil 1C_685/2013 vom 6. März 2015 E. 2.4.

¹⁰ Urteil 1A.280/2004 vom 27. Oktober 2005 E. 3.6 und 3.7.

¹¹ SR 101.

¹² BGE 141 II 245 E. 7.6 S. 253.

¹³ BGE 133 II 321 E. 4.3.1. S. 324 f. und 4.3.2 S. 325; vgl. auch: BGE 138 II 173 E. 5.3 S. 178 f.

¹⁴ Richtplan des Kantons Aargau, Richtplantext, Kapitel V 3.1, Planungsgrundsatz A.

Zudem enthält er Planungsanweisungen zum Bau von Mobilfunkanlagen ausserhalb der Bauzonen sowie die generelle Forderung nach einer gemeinsamen Nutzung von Mobilfunkstandorten durch die Netzbetreiberinnen (Richtplan V 3.1, Planungsanweisungen 1.1 und 1.2). Die Relevanz dieser Bestimmungen ist begrenzt und hat eher programmatischen Charakter. Andere Kantone – wie etwa der Kanton Zürich – verzichten daher gänzlich auf die Thematisierung der Mobilfunkinfrastruktur im kantonalen Richtplan.

4. Nutzungsplanung

4.1 Grenzen der Standortsteuerung im Nutzungsplanungsverfahren

Grundsätzlich ist es Sache des kantonalen (bzw. kommunalen) Rechts und der Nutzungsplanung festzulegen, in welchen Zonen Infrastrukturbauten – zu denen auch Mobilfunkanlagen gehören – generell zulässig sind bzw. ausnahmsweise zugelassen werden können.¹⁵

Soweit kommunale Bau- und Zonenvorschriften Mobilfunkanlagen betreffen, müssen sie die sich aus dem Bundesumwelt- und -fernmelderecht ergebenden Schranken beachten.¹⁶ In diesem Rahmen sind kommunale ortsplanerische Bestimmungen, die zur Wahrung des Charakters oder der Wohnqualität eines Quartiers die Errichtung von Mobilfunkanlagen einschränken, grundsätzlich möglich.¹⁷ Auch ist nicht ausgeschlossen, allgemeine Ästhetikklauseln auf solche Anlagen anzuwenden. Dabei ist indessen auf die Zielsetzungen der Fernmeldegesetzgebung des Bundes angemessen Rücksicht zu nehmen.¹⁸ Die im Interesse des Ortsbildschutzes erlassenen ortsplanerischen Bestimmungen dürfen daher die Wahrnehmung des Versorgungsauftrags der Mobilfunkbetreiber gemäss der Fernmeldegesetzgebung nicht vereiteln oder über Gebühr erschweren. Diese Gesetzgebung soll insbesondere eine zuverlässige und erschwingliche Grundversorgung mit Fernmeldediensten für alle Bevölkerungskreise in allen Landesteilen gewährleisten und einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. a und c FMG). Die Mobilfunkversorgung aller Landesteile soll dabei nicht nur die Bau-, sondern auch die Nichtbaugelände und die dadurch führenden Strassen- und Bahnlinien erfassen.¹⁹

¹⁵ Art. 22 Abs. 2 Bst. a und Art. 23 RPG; BGE 138 II 173 E. 5.3 S. 178; BGE 141 II 245 E. 2.1 S. 248.

¹⁶ Vgl. dazu BGE 141 II 245 E. 7.1 S. 250 f.

¹⁷ BGE 133 II 64 E. 5.3 S. 67.

¹⁸ BGE 133 II 353 E. 4.2 S. 359 f., BGE 133 II 64 E. 5.3 S. 67.

¹⁹ BGE 138 II 570 E. 4.2 S. 573.

Der Immissionsschutz ist bundesrechtlich im Umweltschutzgesetz und den darauf gestützten Verordnungen geregelt. Für den Schutz vor nichtionisierender Strahlung, die beim Betrieb ortsfester Anlagen erzeugt wird, hat der Bundesrat die NISV erlassen; diese Verordnung regelt insbesondere auch die Immissionen von Mobilfunksendeanlagen (vgl. Ziff. 6 Anhang 1 NISV) und zwar *abschliessend*.²⁰ Für das kommunale und kantonale Recht bleibt deshalb insoweit kein Raum.²¹ Kantonale Regelungen zum Immissionsschutz finden deshalb insofern keine Anwendung. Die Gemeinde kann gestützt auf solche Vorschriften keine Auflagen oder Bedingungen verfügen, die über die Anforderungen der NISV hinausgehen.²² Daher können auch nutzungsplanerische Regelungen von Mobilfunkanlagen nicht mit umweltrechtlichen Gesichtspunkten begründet werden.

4.2 *Negativ- und Positivplanung*

In der Praxis der Kantone und Gemeinden wurden verschiedene Modelle und Instrumente zur Beplanung von Mobilfunkanlagen umgesetzt, die verschiedentlich vom Bundesgericht auf ihre Rechtmässigkeit im oben dargelegten Rahmen hin geprüft wurden.

Als zulässig erwies sich etwa eine *Negativplanung* in dem Sinne, als die Erstellung von Mobilfunkanlagen in bestimmten bezüglich des Ortsbildes schutzwürdigen Gebieten oder auf gewissen Schutzobjekten untersagt wird.²³

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung²⁴ sind auch *Positivplanungen* zulässig, mit denen besondere Zonen oder Bereiche für Mobilfunksendeanlagen ausgewiesen werden, sofern es sich um Standorte handelt, die sich besonders gut eignen und eine genügende Versorgung durch alle Mobilfunkanbieter ermöglichen.²⁵ Der Konzentration von Sendestandorten innerhalb des Siedlungsgebiets werden allerdings durch die Anlagegrenzwerte der NISV enge Grenzen gesetzt (vgl. Anhang 1 Ziff. 62 NISV, wonach alle Mobilfunkanlagen, die in einem engen räumlichen Zusammenhang stehen, als eine Anlage gelten und gemeinsam den Anlagegrenzwert einhalten müssen²⁶).

²⁰ Vgl. BGE 126 II 399 E. 3c S. 403 f.

²¹ BENJAMIN WITTEWER, Bewilligung von Mobilfunkanlagen, Diss. Zürich 2006, S. 10 und 91 f.; ARNOLD MARTI, Urteilsanmerkung, in: ZBI 107/2006, S. 213.

²² BGE 133 II 64 E. 5.2 S. 66.

²³ BGE 133 II 353 E. 4.2 S. 359 f. mit Hinweis.

²⁴ BGE 133 II 321.

²⁵ BAFU u. a. (Hrsg.): Leitfaden Mobilfunk für Gemeinden und Städte, Bundesamt für Umwelt, Bern 2010 (Leitfaden Mobilfunk [2010]), S. 34.

²⁶ BGE 133 II 64 E. 5.3 S. 67.

Bei der Positivplanung besteht zudem die Gefahr, dass die Zielsetzungen der Fernmeldegesetzgebung des Bundes nicht angemessen berücksichtigt werden, namentlich wenn der ständig wachsende Druck auf den Ausbau der Mobilfunkinfrastruktur sowie die Änderungen bezüglich Technik und Frequenzen und der Revisionshorizont von Nutzungsplanungen von 10 bis 15 Jahren²⁷ in Betracht gezogen werden. Die Dynamik der Entwicklung des Mobilfunknetzes unterscheidet die Mobilfunkinfrastruktur wesentlich von anderen Infrastrukturanlagen (etwa Strassen oder Kanalisationsleitungen). Bei Letzteren sind noch viele Anlagen in Betrieb, die 50 Jahre alt sind oder mehr; Mobilfunkanlagen sind im Rhythmus weniger Jahre überholt.

Die geschilderten Instrumente können auch kombiniert werden.²⁸ Zugelassen ist insbesondere das sogenannte *Kaskadenmodell*, wonach Mobilfunkanlagen in erster Linie in den Arbeitszonen (bzw. Industrie- und Gewerbebezonen), in zweiter Linie in den übrigen (gemischten) Bauzonen, in dritter Priorität in den Wohnzonen zu erstellen sind.²⁹ Die Bündelung von Infrastrukturanlagen gilt aus raumplanerischer Sicht grundsätzlich als sinnvoll.³⁰ Im Rahmen derartiger Lösungen ist es erlaubt, den Nachweis zu verlangen, dass die Anlage – zumindest auch – der lokalen Versorgung dient, d.h. einen *funktionellen Bezug zur Wohnzone* aufweist. Ein in der kantonalen oder kommunalen Gesetzgebung verankertes Erfordernis, wonach die Anlage von ihren Dimensionen und ihrer Leistungsfähigkeit her der in reinen Wohnzonen üblichen Ausstattung entspricht, ist bundesrechtskonform³¹, nicht dagegen die Forderung, dass die Strahlung der Anlage an der Zonengrenze haltmacht (was bereits physikalisch unmöglich wäre) bzw. *nur* gerade die Wohnzone abdeckt.³²

4.3 Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass mit Festlegungen im Rahmen der Nutzungsplanung die öffentlichen Interessen nach einem intakten Landschafts- und Ortsbild sowie nach einer einwandfreien Wohnqualität verfolgt werden dürfen.

²⁷ Vgl. Urteil 1C_318/2011 vom 8. November 2011; BGE 138 II 173 E. 6.3 S. 181 f.

²⁸ BAFU, Leitfaden Mobilfunk (2010), S. 34.

²⁹ BGE 138 II 173 E. 6.4–6.6 S. 182 ff.

³⁰ Vgl. Urteil 1C_560/2010 vom 14. Juli 2011 E. 5.2; BGE 138 II 173 E. 7.4.2 S. 187 f.

³¹ BGE 138 II 173 E. 5.4 S. 179; so schon Urteil 1C_192/2010 vom 8. November 2010 E. 6.3.

³² BGE 138 II 173 E. 5.4 S. 179; vgl. Urteil 1C_106/2010 vom 19. Oktober 2010 E. 4.4.1.

Unter Letzterem wird primär der Schutz der Wohnzonen vor negativen psychologischen Eindrücken, sog. ideellen Immissionen verstanden (vgl. zu letzteren Ziff. IV. 5 hiernach). Einschränkend gilt, dass bloss optisch als Mobilfunkanlagen wahrnehmbare Anlagen unter dem Aspekt der ideellen Immission berücksichtigt werden dürfen³³, was den Zusammenhang mit der Beurteilung von Mobilfunkanlagen gestützt auf ästhetische Generalklauseln offenbart. Demgegenüber dürfen die materiellen Immissionen, also die in der NISV geregelten nichtionisierenden Strahlen nicht in die Planung miteinbezogen werden. Somit werden Mobilfunkanlagen von der Nutzungsplanung lediglich mit Aspekten erfasst, die unterhalb der Eingriffsschwelle sowohl der NISV als auch der ästhetischen Generalklauseln liegen.

IV. Standortbestimmung im Baubewilligungsverfahren

1. Zonenkonformität von Mobilfunkanlagen im Baugebiet

Nach der präzisierten Rechtsprechung des Bundesgerichts verstösst eine Mobilfunkanlage in der Bauzone nicht gegen Bundesumweltrecht, nur weil ihr Versorgungsgebiet flächenmässig erheblich mehr Land in der Nichtbauzone als in der Bauzone umfasst.³⁴ Eine Beschränkung der Sendeleistung einer Mobilfunkanlage auf das zur Versorgung des Quartiers erforderliche Mass kann nicht aus dem Erfordernis der Zonenkonformität von Anlagen abgeleitet werden, weil der Schutz vor nichtionisierender Strahlung auch im Bereich des vorsorglichen Schutzes abschliessend durch die NISV geregelt wird.³⁵ Zwar ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts mit dem Bundesumweltrecht vereinbar, dass ein kommunales Baureglement zum Schutz vor ideellen Immissionen in Wohngebieten nur Mobilfunkanlagen zulässt, die einen funktionellen Bezug zu dieser Zone aufweisen und von ihren Dimensionen und ihrer Leistungsfähigkeit her der in reinen Wohnzonen üblichen Ausstattung entsprechen.³⁶ Eine solche Beschränkung setzt jedoch eine explizite kantonale bzw. kommunale Regelung voraus.³⁷

³³ Urteil 1C_451/2017 vom 30. Mai 2018 E. 4.8.3: «Es versteht sich von selbst, dass nur dann von ideellen Immissionen ausgegangen werden kann, wenn nach objektiver Sichtweise auch für Anwohner mit einem durchschnittlichen Laienwissen erkennbar ist, dass es sich bei einer Baute bzw. einem Bauteil um eine Mobilfunkanlage handelt.»; vgl. auch BAFU, Leitfaden Mobilfunk (2010), S. 40.

³⁴ BGE 141 II 245 E. 2.4 S. 249 f. mit Hinweisen.

³⁵ BGE 133 II 64 E. 5.2 S. 66 mit Hinweis.

³⁶ BGE 138 II 173 E. 5.4 S. 179; vgl. auch Urteil 1C_167/2018 vom 8. Januar 2019 E. 2.

³⁷ BGE 141 II 245 E. 2.4 S. 249 f.; Urteil 1C_7/2015 vom 6. November 2015 E. 3.5.

2. Konsequenzen der Standortbestimmung durch die privaten Netzbetreiberinnen

Der Grundsatzentscheid des Gesetzgebers, die Netzplanung und die Standortbestimmung der einzelnen Mobilfunkanlage den Netzbetreibern zu überlassen und nicht hoheitlich zu planen (vgl. Ziff. III/1 hiervor), führt dazu, dass die Netzbetreiber den raumplanerischen, baurechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorgaben ohne Sonderregelungen unterworfen sind, wie jeder andere private Bauherr auch. Das ist für vernetzte Infrastrukturanlagen nicht üblich, namentlich gibt es etwa für die Strassen-, Eisenbahn- oder Stromversorgungsinfrastrukturen Vorschriften, welche deren Standortbestimmung und das Bewilligungsverfahren spezifisch regeln.

Das hat namentlich zur Konsequenz, dass die Netzbetreiberinnen auf die Einwilligung der Eigentümer der als mögliche Anlagenstandorte evaluierten Grundstücke angewiesen sind. Auch wenn inzwischen hohe jährliche Mieten für einen Antennenstandort etwa auf dem Dach eines Gebäudes bezahlt werden, haben viele Eigentümer Vorbehalte gegen die entsprechenden Anlagen. Zwar besteht für Fernmeldeanlagen, deren Erstellung im öffentlichen Interesse liegt, die Möglichkeit, ein Enteignungsverfahren einzuleiten (Art. 36 Abs. 1 Enteignungsgesetz [EntG]³⁸), doch wurde dieses – soweit ersichtlich – bis anhin noch nie für eine Mobilfunkanlage in Anspruch genommen. Denn in der Regel sind die Netzbetreiberinnen in der Lage, die Mobilfunkanlage *nicht nur am optimalen Standort zu erstellen, sondern auch an einem weniger geeigneten Standort*, weshalb sie dann auf die Einleitung eines Enteignungsverfahrens verzichten, zumal es in einer solchen Situation an der Verhältnismässigkeit einer Enteignung fehlen könnte.³⁹ Nicht optimale Anlagenstandorte haben wie gesehen Auswirkungen auf die Zahl der zur Versorgung notwendigen Anlagen und deren Leistung, aber auch auf die Qualität der Mobilfunkversorgung sowie auf deren Kosten.

³⁸ Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930 (SR 711).

³⁹ Immerhin ist denkbar, dass Standorte derart optimal sind, dass sie von mehreren Netzbetreiberinnen genutzt werden können und jede Netzbetreiberin mehrere Standorte erstellen müsste, um die gleiche Netzabdeckung zu erreichen, wie mit dem optimalen Standort. Gerade wenn sich ein solcher Standort nicht auf einem Wohngebäude befindet, ist nicht auszuschliessen, dass die Voraussetzungen (öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) für eine Enteignung im Sinne von Art. 36 Abs. 1 FMG vorliegen.

3. Mitbenutzung und Koordinationspflichten

Wie ausgeführt entschied sich der Gesetzgeber im Bereich des Mobilfunks für einen Infrastrukturwettbewerb. Dieser Grundsatzentscheid spricht an sich dagegen, die Netzbetreiberinnen zu verpflichten, die Mitbenutzung ihrer Standorte durch weitere Netzbetreiberinnen zu dulden.⁴⁰ Verschiedene öffentliche Interessen sprechen jedoch für eine solche Standortmitbenutzung.

Zunächst sieht Art. 36 Abs. 2 FMG vor, das Bundesamt könne auf Antrag aus Gründen des öffentlichen Interesses, namentlich um den Anliegen der Raumplanung, des Landschafts-, Heimat-, Umwelt, Natur- und Tierschutzes oder technischen Schwierigkeiten Rechnung zu tragen, Anbieterinnen von Fernmeldediensten verpflichten, Dritten gegen angemessenes Entgelt die Mitbenutzung ihrer Fernmeldeanlagen⁴¹ und anderen Anlagen, wie Kabelkanäle und Sendestandorte, zu gestatten, wenn die Anlagen über ausreichende Kapazität verfügen. Die Konzessionen für Sendefrequenzen verpflichten die Konzessionärinnen, alle zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen, um bei der Errichtung sowie beim Betrieb von Sendestandorten die Mitbenutzung dieser Standorte für andere standortgebundene Zwecke ausserhalb der Bauzone zu ermöglichen. Sind sie auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen, so sind sie darüber hinaus verpflichtet, bestehende Standorte anderer Konzessionärinnen oder andere vorhandene Bauten oder Anlagen zu benutzen, sofern diese über ausreichende Kapazität verfügen.⁴²

In der Zwischenzeit bestehen Mitbenutzungsrechte und -pflichten auch infolge der verschiedenen Vereinbarungen, welche die Netzbetreiberinnen mit Kantonen und Gemeinden abgeschlossen haben (vgl. Ziff. IV/4.2 nachstehend). So legt die Vereinbarung des Kantons Aargau mit den Netzbetreiberinnen⁴³ fest, dass die Mobilfunkbetreiberinnen die Möglichkeit der Mitbenutzung mit den bestehenden Sendeanlagen kooperativ prüfen.

⁴⁰ Immerhin findet damit bloss eine Mitbenutzung des Standortes und nicht der eigentlichen Mobilfunkanlagen statt, die von jeder Netzbetreiberin am gemeinsamen Standort eigenständig betrieben werden.

⁴¹ Das geht über eine bloss Standortmitbenutzung hinaus.

⁴² www.bakom.admin.ch / Telekommunikation/Fernmeldedienstanbieter (FDA) / Funkkonzessionen / Musterkonzessionen / Ausschreibungsunterlagen / Anhang V Musterkonzession, Ziff. 2.6.1.

⁴³ Vereinbarung über die Standortevaluation und -koordination zwischen dem Departement Bau-, Verkehr und Umwelt des Kantons Aargau, vertreten durch die Abteilung für Baubewilligungen (AfB) und den Mobilfunkbetreibern vom 20. Mai 2009 (Vereinbarung Standortevaluation und -koordination AG [2009]).

Die Mobilfunkempfehlungen der BPUK⁴⁴ sehen eine Verpflichtung der Betreiberinnen vor, Standorte von Mitbewerbern zu benützen, soweit dies technisch sinnvoll und wirtschaftlich machbar ist.

Die Mitbenutzung von Anlagen findet nicht selten – jedenfalls innerhalb der Bauzonen – enge Grenzen, da die Anlagengrenzwerte bereits durch die Anlagen des Erstbetreibers ausgeschöpft werden.

4. Modelle zur Standortlenkung von zonenkonformen Mobilfunkanlagen im Baubewilligungsverfahren

4.1 Gesetzlich vorgeschriebene Interessenabwägung innerhalb der Bauzonen
Das Bundesrecht sieht grundsätzlich nur für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen eine Interessenabwägung vor (vgl. Art. 24 Bst. b RPG). Ansonsten besteht für zonenkonforme Bauvorhaben in der Regel ein Anspruch auf eine Baubewilligung, wenn die einschlägigen gesetzlichen Erfordernisse eingehalten werden.⁴⁵ Soll auch innerhalb der Bauzonen eine Interessenabwägung Voraussetzung einer Baubewilligung für eine Mobilfunkanlage sein, bedarf es dazu einer spezifischen kantonal- oder kommunalrechtlichen Grundlage.

Der Kanton Aargau regelt diesbezüglich in § 26 EG UWR⁴⁶ beispielsweise wie folgt:

«Der am besten geeignete Standort von Antennen, die den bundesrechtlichen Vorschriften über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung unterstehen, ist gestützt auf eine Abwägung der Interessen der Betreiberinnen beziehungsweise der Betreiber und der Standortgemeinde sowie gegebenenfalls betroffener Nachbargemeinden zu wählen. Die Interessenabwägung berücksichtigt insbesondere Aspekte des Landschafts- und des Ortsbildschutzes sowie der Siedlungsentwicklung.»

Damit wird den Gesuchstellern der üblicherweise innerhalb der Bauzonen bestehende Anspruch auf Erteilung einer Baubewilligung entzogen.⁴⁷ Die Baubewilligung für eine Mobilfunkanlage wird abhängig von einer Interessenabwägung, ähnlich jener ausserhalb der Bauzonen (Art. 24 Bst. b RPG) erteilt.

⁴⁴ Empfehlungen der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) zur Bewilligung von Mobilfunkanlagen: Dialogmodell und Bagatelländerungen (BPUK, Mobilfunkempfehlungen [2019]) vom 19. September 2019, S. 3.

⁴⁵ BEAT STALDER/NICOLE TSCHIRKY, in: Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich 2016, Rz. 2.15.

⁴⁶ Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über den Schutz von Umwelt und Gewässern des Kantons Aargau vom 4. September 2007 (SAR 781.200).

⁴⁷ STALDER/TSCHIRKY, Rz. 2.15.; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (AGVE) 2012, S. 113 ff.

Als Besonderheit sind gemäss der Aargauer Lösung nur die öffentlichen Interessen der Standortgemeinde (und allenfalls betroffener Nachbargemeinden) gegenüber den Interessen der Mobilfunknetzbetreiberin abzuwägen; *private Interessen von Anwohnern werden nicht berücksichtigt*.

Verlangt wird insbesondere die Berücksichtigung der Aspekte des Landschafts- und Ortsbildschutzes sowie der Siedlungsentwicklung. Sinn und Zweck von § 26 EG UWR ist, die Standorte von Mobilfunkanlagen aus raumplanerischer Sicht zu optimieren.⁴⁸ Demgegenüber darf das Kriterium der Minimierung der Strahlenbelastung (etwa in einem Wohngebiet) keine Rolle spielen, genauso wie rein subjektive Befindlichkeiten oder Gesundheitsbedenken der Anwohner.⁴⁹ Allerdings sollen auch die Verminderung der Verkaufschancen von Liegenschaften und der (objektive) Attraktivitätsverlust von Wohnquartieren als planerisch relevante Auswirkungen und damit wohl sogenannte ideelle Immissionen berücksichtigt werden dürfen.⁵⁰ Im Resultat hat die Netzbetreiberin in einem *begründeten Standortevaluationsbericht* überprüfbare Grundlagen dazu beizubringen, in angemessenem Umkreis den aus ihrer Sicht bestgeeigneten von mehreren realistischen Standorten (Alternativen) gewählt zu haben, wobei die Auswahl aus mehreren gleich geeigneten Standorten der Netzbetreiberin obliegt.⁵¹ Die Gemeinden sind sodann bei der Standortsuche zur Kooperation verpflichtet.⁵²

4.2 *Standortevaluation im Dialog mit den Netzbetreiberinnen*

Die Mobilfunkempfehlungen 2019 der BPUK legen das sogenannte «Dialogmodell»⁵³ nahe, während die Beplanung von Mobilfunkanlagen durch die Gemeinden und Kantone kritisch betrachtet wird.

⁴⁸ AGVE 2012, S. 115.

⁴⁹ AGVE 2012, S. 116.

⁵⁰ AGVE 2012, S. 116 f.

⁵¹ AGVE 2012, S. 117 f.

⁵² AGVE 2012, S. 117 ff. Dazu wurde die Vereinbarung Standortevaluation und -koordination AG (2009) abgeschlossen.

⁵³ Vgl. etwa das freiwillige Dialogmodell im Kanton Zürich, basierend auf der Vereinbarung zwischen dem Kanton Zürich vertreten durch die Baudirektion des Kantons Zürich und den Mobilfunkbetreibern über die Standortevaluation und -koordination im Rahmen des kommunalen Baubewilligungsverfahrens (2014/2015).

Das «Dialogmodell» umfasst die folgenden Schritte⁵⁴:

Information

- Die Betreiberinnen informieren die Gemeinde jährlich über den aktuellen Stand der langfristigen Netzplanung (Suchkreise für neue Standorte, mögliche Um-/Ausbauten bestehender Standorte) und so frühzeitig wie möglich über die kurzfristige Planung.

Standortevaluation

- Die Betreiberinnen bezeichnen bei neu zu errichtenden Standorten auf Verlangen der Gemeinde diejenigen Flächen im Umkreis von 200 m, wo anstelle des geplanten Standortes ebenfalls eine funktechnisch gute Versorgung erfolgen könnte (Suchkreis für Alternativstandorte).
- Die Gemeinden prüfen, beurteilen und bezeichnen mögliche Alternativstandorte im bezeichneten Suchkreis mit entsprechender Begründung zuhanden der Betreiber.
- Die Betreiberinnen prüfen die von den Gemeinden bezeichneten Alternativstandorte hinsichtlich technischer und wirtschaftlicher Machbarkeit.

Standortentscheid

- Der Standortentscheid erfolgt im gegenseitigen Einvernehmen zwischen Betreiberinnen und Gemeinde.
- Stehen aufgrund der Standortevaluation mehrere gleichwertige Standorte zur Verfügung, können die Gemeinden den aus ihrer Sicht optimalen Standort bezeichnen.
- Sofern die Gemeinden einen „Best-Standort“ bezeichnen, verzichten die Betreiberinnen auf den ursprünglich geplanten Standort und reichen ein entsprechend abgeändertes Baugesuch ein.

Fristen und Mitbenutzung

- Die Betreiberinnen informieren die Gemeinden bei Vorliegen der Detailplanung schriftlich über den geplanten Standort. Ab diesem Zeitpunkt hat die Gemeinde sechs Wochen Zeit, um Alternativstandorte zu bezeichnen.
- Die Betreiberinnen verpflichten sich, Standorte von Mitbewerbern zu benützen, soweit dies technisch sinnvoll und wirtschaftlich machbar ist.

5. Ideelle Immissionen im Besonderen

Eine spezielle Schnittstelle zwischen Bundesumweltrecht, den Vorschriften über die Zonenkonformität und dem privatrechtlichen Immissionsrecht (Art. 684 ZGB) bilden die sog. «ideellen Immissionen». Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁵⁵ ist mit dem Bundesumweltrecht vereinbar, dass ein kommunales Baureglement zum Schutz vor ideellen Immissionen in Wohngebieten nur Mobilfunkanlagen zulässt, die einen funktionellen Bezug zu dieser Zone aufweisen und von ihren Dimensionen und ihrer Leistungsfähigkeit her der in reinen Wohnzonen üblichen Ausstattung entsprechen.⁵⁶ Eine solche Beschränkung setzt jedoch eine explizite kantonale bzw. kommunale Regelung voraus.⁵⁷

⁵⁴ Aus: BPUK, Mobilfunkempfehlungen (2019).

⁵⁵ Vgl. Urteil 1C_226/2018 E. 5.4.

⁵⁶ BGE 138 II 173 E. 5.4 S. S. 179; vgl. auch Urteil 1C_167/2018 vom 8. Januar 2019 E. 2.

⁵⁷ BGE 141 II 245 E. 2.4 S. 249 f.; Urteil 1C_7/2015 vom 6. November 2015 E. 3.5.

Das Bundesgericht hält in BGE 138 II 173 E. 7.3 S. 185 f.⁵⁸ fest, dass der Anblick von Mobilfunkanlagen «zu Recht oder zu Unrecht» bei Anwohnern als Bedrohung bzw. als Beeinträchtigung der Wohnqualität empfunden werde, was sich zahlreichen Einsprachen und Beschwerdeschriften entnehmen lasse. Insofern könne die Errichtung solcher Anlagen in einer Wohnzone die Attraktivität des Gebiets zum Wohnen beeinträchtigen und sich u.U. mindernd auf Kaufpreise oder Mietzinse für Liegenschaften auswirken.⁵⁹ Die Begrenzung von Mobilfunkantennen in Wohngebieten erscheine daher grundsätzlich als geeignetes Mittel, Charakter und Attraktivität der Wohnzonen zu wahren. *Allerdings seien subjektive Ängste und Gefühle des Unbehagens keine tragfähige Grundlage für weitgehende Einschränkungen oder gar ein Verbot von im allgemeinen Interesse liegenden Infrastrukturanlagen.* Dagegen könne es sich rechtfertigen, in Zonen, die in erster Linie für das gesunde und ruhige Wohnen bestimmt sind, die Errichtung von Betrieben und Anlagen, die ideelle Immissionen verursachen können, von einem funktionalen Zusammenhang zur jeweiligen Zone abhängig zu machen.⁶⁰ Mit der Frage, ob bei einer Mobilfunkanlage, welche die umweltrechtlichen Vorsorgewerte (Anlagegrenzwerte) einhält, überhaupt von rechtlich relevanten ideellen Immissionen die Rede sein könne, befasste sich das Bundesgericht im fraglichen Entscheid nicht. Im Urteil 5A_47/2016 vom 29. September 2016 E. 4.4.1 ff. hielt das Bundesgericht mit Hinweis auf BGE 133 II 321 E. 4.3.4 S. 327 f. fest, von einer Mobilfunkanlage, die alle umweltrechtlichen Vorschriften einhalte, ginge keine erwiesene gesundheitliche Gefährdung aus. Aus der (eher spärlichen) Rechtsprechung schloss es, dass Angst und damit Beeinträchtigungen des Gefühlslebens einer gewissen Konkretheit und Intensität bedürfen würden, um als übermässige ideelle Immissionen gelten zu können. In der Beurteilung der Übermässigkeit könne sachgerecht zweistufig vorgegangen werden: *Der behauptete Angstzustand müsse zunächst konkretisiert und objektiv fassbar werden, d.h. Rückhalt finden in naturwissenschaftlich und technisch erwiesenermassen möglichen Ursachen-Wirkungs-Zusammenhängen zwischen der geplanten Anlage und einer drohenden Gefahr.* Hierauf wäre unter Würdigung der Lage und Beschaffenheit der Grundstücke sowie der Distanz der geplanten Anlage und dem betroffenen Grundstück zu entscheiden, ob die drohende Gefahr eine derartige Intensität aufweist, dass der Nachbar – objektiv betrachtet – nur noch in «Angst und Schrecken» sein Grundstück nutzen könne.

⁵⁸ Vgl. auch Urteil 1C_226/2018 vom 3. September 2019 E. 5.4.

⁵⁹ vgl. BGE 133 II 321 E. 4.3.4 S. 327 ff.

⁶⁰ Mit Hinweis auf BERNHARD WALDMANN, Der Schutz vor ideellen Immissionen in Wohngebieten - eine kritische Würdigung, Baurecht 1995 S. 162; so auch WITTEW, S. 110 f.

In der Folge hielt das Bundesgericht fest (a.a.O., E. 4.4), wenn feststehe, dass von einer – die umweltrechtlichen Vorschriften einhaltenden – Mobilfunkanlage keine gesundheitlichen Gefährdungen ausgehe, fehle es den geltend gemachten Ängsten an einem Rückhalt in naturwissenschaftlich und technisch erwiesenermassen möglichen Ursachen-Wirkungs-Zusammenhängen zwischen der geplanten Anlage und einer drohenden Gefahr. Es verneinte in der Folge den Bestand übermässiger ideeller Immissionen.

Es ist nicht zu verkennen, dass diese zuletzt dargelegte Rechtsprechung in einem gewissen Spannungsverhältnis zu anderen Entscheiden des Bundesgerichts steht. So wird im Entscheid 1C_356/2013 vom 5. März 2014 E. 2.1.2 festgehalten, Wohnbauten, die sich in unmittelbarer Nähe einer Hochspannungsleitung befinden, könnten zusammen mit ihrem Umschwung selbst dann einen Wertverlust erleiden, wenn die Überbaubarkeit nicht behindert werde und keine Immissionen zu erwarten sind, da sich viele Käufer aus rein psychologischen Gründen für solche Liegenschaften nicht interessieren. Die Frage, ob die psychologischen Vorbehalte (Ängste) der erwähnten potentiellen Käufer rational begründbar und auf naturwissenschaftliche Erkenntnisse rückführbar sind, wird dabei nicht thematisiert bzw. ein solches Erfordernis wird faktisch verneint, da die Ängste auch als rechtlich relevant anerkannt werden, wenn überhaupt keine Immissionen vorhanden sind, und somit jede rationale Begründung für die Ängste der potentiellen Käufer vorhanden ist. In die gleiche Richtung deutet die in BGE 138 II 173 E. 7.3 S. 185 f. enthaltene Feststellung, der Anblick von Mobilfunkanlagen werde «zu Recht oder zu Unrecht» bei Anwohnern als Bedrohung bzw. als Beeinträchtigung der Wohnqualität empfunden.

Es besteht somit ein Widerspruch zwischen der Anforderung im Entscheid 5A_47/2016 vom 26. September 2016⁶¹ nach einer gewissen Konkretheit und Intensität der Immissionen (im Sinne einer naturwissenschaftlichen Begründbarkeit) als Grundlage zu anerkennder rechtsfolgebehafteter ideeller Immissionen und dem erwähnten Entscheid 1C_356/2013 vom 5. März 2014 bzw. der Rechtsprechungslinie, die sich in BGE 138 II 321 findet, wonach ideelle Immissionen als rechtlich relevant betrachtet werden, selbst wenn sie auf Immissionen beruhen, die unterhalb des Anlagegrenzwertes liegen und daher objektiv betrachtet

⁶¹ Vgl. auch BGE 145 II 250 E. 5.3 f. S. 254 f. betreffend die ideellen Immissionen eines Asylzentrums.

unbedenklich sind. Nach Ansicht des Verfassers werden Ängste, die naturwissenschaftlich nicht begründet sind, rechtlich nicht relevanter, nur weil sie von vielen geteilt werden.⁶²

Angesichts des ausgebauten umweltrechtlichen Schutzes vor Immissionen, kann ohne Verlust auf die Rechtsfigur der ideellen Immissionen verzichtet werden. Das befreit Behörden und Gerichte davor, zu begründen, wieso weitverbreitete aber unbegründete Ängste vor Asylzentren (bzw. deren Bewohner) unbegründet sind (vgl. BGE 145 I 250), während Ängste vor nichtionisierenden Strahlen relevant sind, selbst wenn sie unterhalb vorsorglicher Emissionsbegrenzungen liegen und somit auf der Basis aktueller wissenschaftlicher Erkenntnisse keinen wissenschaftlich begründbaren Hintergrund aufweisen.

Ängste hingegen, die naturwissenschaftlich basiert sind, können nachvollziehbar direkt gestützt auf die materiellen Immissionen, welche diese Ängste auslösen, erfasst werden. Die Figur der ideellen Immissionen scheint gerade im Zusammenhang mit nichtionisierenden Strahlen unnötig zu sein.

V. Umweltrechtlicher Einfluss auf die Standortbestimmung von Mobilfunkanlagen

1. Ausgangslage

Die Immissionsschutzbestimmungen des USG sind auf Immissionen zugeschnitten, die als unerwünschte Nebenwirkungen einer bestimmten Tätigkeit auftreten. Diese können (soweit möglich) an der Quelle reduziert werden, ohne dass dadurch die entsprechenden Tätigkeiten als solche in Frage gestellt werden. *In der NISV werden hinsichtlich der Mobilfunkanlagen allerdings genau jene Immissionen eingeschränkt, die den eigentlichen Zweck der Anlage ausmachen.*⁶³

⁶² Ohnehin bezieht sich ein erheblicher Teil der Ängste nach Ansicht des Verfassers nicht direkt auf mutmassliche gesundheitliche Folgen von nichtionisierenden Strahlen von Mobilfunkanlagen, sondern auf die Angst einer erschwerten Verkäuflichkeit der eigenen Liegenschaft in der Nähe einer Mobilfunkanlage, womit es quasi um die Angst der Verkäufer vor der Angst der Käufer geht.

⁶³ Vgl. BGE 146 II 17 E. 6.4 S. 21 f. sowie Urteil 1C_383/2016 und 1C_409/2016 vom 13. Dezember 2017 E. 3.1. Das trifft nur auf die Sendeanlagen zu, nicht aber auf weitere Anlagen, die in der NISV geregelt werden (etwa Übertragungsleitungen).

Das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip wurde vom Verordnungsgeber über die vorsorglichen Emissionsbegrenzungen (Anlagegrenzwerte) abschliessend konkretisiert⁶⁴, weshalb es keine weitere lenkende Funktion bei der Standortfestsetzung mehr haben kann.

2. Konsequenzen

Als primäre Konsequenz der abschliessenden Konkretisierung des Vorsorgeprinzips mittels Anlagegrenzwerte, die um den Faktor 10 unterhalb der Immissionsgrenzwerte liegen, planen die Netzbetreiberinnen ihre Mobilfunkanlagen oft auf die gemäss NISV maximal mögliche Leistung. Sobald der Anlagegrenzwert an einem Ort mit empfindlicher Nutzung (OMEN) erreicht ist, muss der Kapazitätsausbau demzufolge an anderer Stelle erfolgen oder ist eine Mitbenutzung durch eine andere Netzbetreiberin nicht mehr möglich. Das bedeutet bei der Standortevaluation, dass alle anderen öffentlichen und privaten Interessen hinter den rein vorsorglich festgesetzten Anlagegrenzwerten zurücktreten. Während etwa beim Lärm das Vorsorgeprinzip unterhalb der Planungswerte, welche immerhin «höchstens geringfügige Störungen» erlauben lediglich dann zu zusätzlichen Massnahmen führt, sofern diese technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar sind (Art. 7 Abs. 1 LSV) und somit in gewissem Umfang interessenabwägungsfähig ist, fehlt diese Möglichkeit bei nichtionisierenden Strahlen.

VI. Fazit zu den raumplanungs- und umweltrechtlichen Steuermechanismen

Eine gesamthafte Betrachtung der raumplanungs- und umweltrechtlichen Steuermechanismen für Mobilfunkanlagen führt zum Schluss, dass unter den bestehenden rechtlichen Randbedingungen die primäre Steuerung der Standortfestsetzung und der Anzahl der Anlagen über den Anlagegrenzwert der NISV erfolgt. Die neben dem umweltrechtlichen Anlagegrenzwert bestehenden weiteren Anforderungen und Randbedingungen führen wie gesehen zu einem weiter suboptimal ausgelegten Netz:

- die Netzbetreiber erwerben die Standorte freihändig, weshalb nicht immer die optimalen Standorte realisiert werden können;

⁶⁴ BGE 126 II 399 E. 3c und d S. 403 f.

- die Kantone und Gemeinden greifen mit weiteren Regelungen (Schutz-zonen, Ästhetik, Schutz Wohnqualität, ideelle Immissionen, Interessenabwägungen) in die Standortsuche ein;
- insbesondere die Berücksichtigung der sog. «ideellen Immissionen», also primär die Ängste vor unterhalb der Anlagegrenzwerte liegenden Immissi-onen führen zu weiteren Einschränkungen.

Insgesamt führen die Randbedingungen letztlich zu einem Netz mit mehr Stand-orten und stärkeren Leistungen als nötig und letztlich zu einer höheren Immissi-onsbelastung, sowohl materiell wie «ideell».

Die grosse Bedeutung des Anlagegrenzwertes ist daher nach Ansicht des Verfasser nicht unproblematisch. Nicht, weil dem umweltrechtlichen Vorsorgeprinzip da-mit eine zu grosse Bedeutung zugemessen würde, sondern, weil es ohne Notwen-digkeit in einer nicht interessensabwägungsfähigen Form verankert wurde und auch umweltrechtlich suboptimale Ergebnisse resultieren. Unter diesen Gesichts-punkten wäre zu prüfen, ob es de lege lata sinnvoll wäre, Möglichkeiten für ein ausnahmsweises Abweichen vom Anlagegrenzwert vorzusehen. Insbesondere wäre zu etwa zu prüfen, ob Ausnahmen ermöglicht werden sollten für Standorte, die von verschiedenen Netzbetreiberinnen genutzt werden, für optisch voll inte-grierte, nicht wahrnehmbare Standorte oder für Standorte mit einer geringen An-zahl betroffener OMEN.

VII. Umweltrechtlicher Einfluss auf ausgewählte Aspekte des Bewilligungsverfahrens

1. Eine Raumplanungsrechtliche Baubewilligungspflicht

Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Be-willigung errichtet oder geändert werden. Anlagen in diesem Sinne sind mindes-tens jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vor-stellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt be-einträchtigen.⁶⁵

⁶⁵ Urteil 1C_505/2017 vom 15. Mai 2018 E. 5.

Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde die Möglichkeit verschaffen, das Bauprojekt vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. Massstab dafür, ob eine Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist daher, ob damit im allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht.⁶⁶

Als massgebend für die Bewilligungspflicht von Mobilfunkanlagen wegen ihren umweltrechtlichen Auswirkungen gilt der Anwendungsbereich der NISV: Gemäss Anhang 1 Ziff. 61 NISV fallen Richtfunkantennen, Sendeantennen mit einer Leistung von weniger als 6 WEZP sowie Sendeantennen mit einer Betriebsdauer von weniger als 800 Stunden jährlich nicht in den Geltungsbereich der NISV. Während Anlagen mit einer maximalen Leistung von 6 WERP aufgrund der geringen Dimensionen auch sonst (Auswirkungen auf den Raum) keinen Anlass dazu geben, diese der Baubewilligungspflicht zu unterwerfen, dürfte dies bei Sendeantennen, die weniger als 800 Stunden jährlich in Betrieb sind, in der Regel anders sein. Obwohl sie nicht im Geltungsbereich der NISV liegen, dürften diese infolge ihrer Dimensionen und ihren optischen Auswirkungen sowie allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Zonenkonformität der Baubewilligungspflicht unterliegen.

2. Kriterien zur Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens bei Anlagenänderungen⁶⁷

2.1 Grundsätzliches und Bagatellverfahren

Grundsätzlich definiert Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV den Begriff der Anlagenänderung. Als Änderung einer Anlage gilt die Änderung der Lage von Sendeantennen (Bst. a), der Ersatz von Sendeantennen durch solche mit einem andern Antennendiagramm (Bst. b), die Erweiterung mit zusätzlichen Sendeantennen (Bst. c), die Erhöhung der ERP über den bewilligten Höchstwert hinaus (Bst. d) oder die Änderung von Senderichtungen über den bewilligten Winkelbereich

⁶⁶ BGE 139 II 134 E. 5.2 S. 139 f. mit Hinweisen.

⁶⁷ Vgl. dazu und insbesondere zu Möglichkeiten, das Verfahren zu entlasten: Konferenz der Vorsteher der Umweltschutzämter der Kantone (KVU), Prüfung von Vereinfachungen für das Bewilligungsverfahren Mobilfunk, Arbeitspapier, Schlussbericht zuhanden KVU und BPUK (15. November 2019) (KVU, Schlussbericht Bewilligungsverfahren Mobilfunk [2019]) (https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/umwelt/DE_Bericht_Pruefung_und_Vereinfachung_fuer_das_Bewilligungsverfahren_Mobilfunk_15.11.2019.pdf).

hinaus (Bst. e). Derartige Anpassungen der Anlage sind der zuständigen Behörde vorgängig zu melden (Art. 11 Abs. 1 NISV) und führen in der Regel dazu, dass sich die elektrische Feldstärke an OMEN verändert, weshalb entsprechende Änderungen in der Regel dem Baubewilligungsverfahren unterliegen, was jedoch das kantonale Recht – im Rahmen von Art. 22 Abs. 1 RPG – bestimmt⁶⁸.

Allerdings können Änderungen von Mobilfunkanlagen gemäss den BPUK Mobilfunkempfehlungen 2019 im sogenannten Bagatellverfahren beurteilt werden, sofern daraus *keine oder nur eine unbedeutende Erhöhung der elektrischen Feldstärke* an Orten mit empfindlicher Nutzung resultiert.⁶⁹ Die Kantone haben demnach die Möglichkeit, bestimmte operative und bauliche Änderungen ohne ordentliches Bewilligungsverfahren zu genehmigen, obwohl sie Änderungen im Sinne der NISV darstellen. Dies, solange sie nicht zu einer nennenswerten Erhöhung der elektrischen Feldstärke führen und sich der Einspracheperimeter nicht vergrössert.⁷⁰ Gemäss den BPUK Mobilfunkempfehlungen 2019 kann auf ein ordentliches Baubewilligungsverfahren verzichtet werden, sofern *erstens* die berechneten elektrischen Feldstärken an OMEN, an denen der Anlagegrenzwert vor der Änderung im massgebenden Betriebszustand bereits mehr als 50 Prozent ausgeschöpft war, nicht zunehmen und sofern *zweitens* an den übrigen OMEN die berechneten elektrischen Feldstärken im massgebenden Zustand mindestens 50 Prozent unter dem Anlagegrenzwert liegen und im Vergleich zur vorherigen Situation um weniger als 0,5 V/m zunehmen. Die Abwicklung des Verfahrens, namentlich, ob nur die NIS-Fachstelle oder auch die Baubewilligungsbehörde involviert sind, wird kantonsweise unterschiedlich gehandhabt. Nicht alle Kantone haben von der Möglichkeit des Bagatellverfahrens Gebrauch gemacht.

⁶⁸ BAFU, Leitfaden Mobilfunk (2010), S. 42.

⁶⁹ Vgl. auch BAFU, Nachtrag vom 28. März 2013 zur Vollzugsempfehlung zur NISV für Mobilfunk- und WLL-Basisstationen, (BUWAL 2002) (BAFU, Nachtrag Vollzugsempfehlung [2013]).

⁷⁰ Die im Rahmen des Bagatellverfahrens möglichen Änderungen sind im Bagatellkatalog der Arbeitsgemeinschaft NIS des Cercl'Air zusammengefasst (Empfehlung zur Bewilligung von Mobilfunkanlagen: Bagatelländerungen. Arbeitsgruppe NIS https://cerclair.ch/assets/pdf/33_2015_07_01_D_Bagatelländerung_CerclAir-AG-NIS.pdf). Typische Bagatelländerungen sind Antennenwechsel (nicht baugleich) und Leistungsverschiebungen zwischen Antennen und Frequenzen mit unterschiedlichem Anlagegrenzwert bei gleicher horizontaler Abstrahlrichtung.

Auch Bagatelländerungen bedürfen eines aktualisierten Standortdatenblatts⁷¹, anhand dessen überprüft werden kann, ob durch die geplanten Änderungen die Bagatellkriterien eingehalten werden und ob allenfalls nochmals Abnahmemessungen notwendig sind.⁷² Das Bagatellverfahren ist wesentlich weniger aufwändig und kürzer, da die Beteiligung Dritter und damit allfällige Rechtsmittelverfahren wegfallen.

Die seit 2010 geltende Technologieneutralität des Standortdatenblattes erlaubt der Betreiberin jederzeit Änderungen der Übertragungstechniken (derzeit 2G, 3G, 4G, 5G; die Anlagegrenzwerte gelten unabhängig von der Übertragungstechnik) auf den verschiedenen Frequenzen ohne Anpassung des Standortdatenblattes.⁷³ Ebenso sind Leistungsumverteilungen innerhalb bereits summierter Frequenzbänder ohne Anpassung des Standortdatenblattes jederzeit erlaubt.⁷⁴

2.2 Adaptive Antennen im Besonderen

Umstritten ist aktuell insbesondere, ob die Umrüstung von Standorten auf den neuen Standard 5G im Bagatellverfahren abgewickelt werden kann. Zu beachten ist dabei, dass mit der Umrüstung von Standorten auf 5G oft adaptive Antennen zum Einsatz kommen, welche das «Beamforming» ermöglichen. Statt wie bisher ein Mobilfunksignal kreisförmig auszustrahlen, das dann im Randbereich immer schwächer wird, können die Signale beim Beamforming, also beim «Formen von Strahlen», in Form von länglichen Keulen gezielt ausgerichtet werden, während sie in den anderen Bereichen abgeschwächt sind. Durch diesen Beam kann das Signal im Randbereich der Zelle ähnlich stark sein wie im Zentrum und andererseits ist die Zeitdauer maximaler Leistung an einem nahe bei der Antenne gelegenen Ort im Durchschnitt reduziert. Sehr hohe Datenraten und optimierte Reichweiten sind die Folge.⁷⁵

⁷¹ Zudem gilt für die so geänderten Anlagen die seit dem 1. September 2009 geltende Anlagedefinition (BPUK, Mobilfunkempfehlungen [2019]; S. 6).

⁷² BPUK, Mobilfunkempfehlungen (2019), S. 6.

⁷³ BAFU/BAKOM, Rundschreiben vom 24. September 2010: Technologieneutrale Angaben im Standortdatenblatt für Mobilfunksendeanlagen und Angabe der Funkdienste in der NIS-Datenbank des BAKOM. Vgl. dazu die Urteile 1c-254/2017 vom 5. Januar 2018 E.4.3 und E.4.7 sowie 1c-681/2017 vom 1. Februar 2019 E. 3.4.

⁷⁴ BAFU, Nachtrag Vollzugsempfehlung (2013).

⁷⁵ Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 6 NISV. Vgl. dazu BAFU, Erläuterungen zu adaptiven Antennen und deren Beurteilung gemäss der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) vom 23. Februar 2021 (BAFU, Erläuterungen Nachtrag Adaptive Antennen [2021]), S. 5 ff.; BAFU, Nachtrag Adaptive Antennen zur Vollzugsempfehlung zur Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) für Mobilfunk- und WLL-Basisstationen (2002) vom 23. Februar 2021 (im Folgenden: BAFU, Nachtrag Adaptive Antennen [2021]), Ziff. 3.1.

Am 17. April 2019 wurde Anhang 1 Ziff. 63 NISV dahingehend geändert, dass der besonderen Abstrahlcharakteristik von adaptiven Antennen bei der Beurteilung der Belastung durch nichtionisierende Strahlen Rechnung zu tragen ist.⁷⁶ Als massgebender Betriebszustand gilt der maximale Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung; bei adaptiven Antennen ist nun die Variabilität der Senderichtungen und der Antennendiagramme zu berücksichtigen.

Am 23. Februar 2021 hat das BAFU den Nachtrag Adaptive Antennen (2021) veröffentlicht, der infolge der Komplexität der Zusammenhänge (Messempfehlung; QS-System) und der politischen Sensibilität auf sich warten liess.⁷⁷ Bis zur Anpassung der besagten Vollzugshilfe waren die Kantone gehalten, adaptive Antennen wie konventionelle Antennen zu beurteilen, da daraus eine «worst case»-Beurteilung resultiert.⁷⁸ Das war nicht unumstritten. Die Gegner dieser Vorgehensweise stellten insbesondere in Frage, ob zuverlässige Abnahmemessungen⁷⁹ möglich sind und welchen Anforderungen das QS-System bezüglich adaptiver Antennen unterliegt.⁸⁰

Kern des Nachtrags Adaptive Antennen (2021) der Vollzugsempfehlung NISV bildet⁸¹, dass zwar das «umhüllende Antennendiagramm» (und damit die erwähnte «worst case»-Beurteilung) Ausgangspunkt der Berechnung des massgebenden Betriebszustandes bildet, aber gleichzeitig der Tatsache Rechnung getragen wird, dass adaptive Antennen diese maximale Sendeleistung nicht gleichzeitig in alle Richtungen abstrahlen können. Das wird mit einem Korrekturfaktor abgebildet, der abhängig ist von der Anzahl der separat ansteuerbaren Antenneneinheiten (sog. «Sub-Arrays») und die Belastung auf sechs Minuten ausmittelt.

⁷⁶ Vgl. dazu BAFU, Erläuterungen zur Änderung der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV), Verordnungspaket Umwelt Frühling 2019 vom 17. April 2019; Ziff. 4.2 (BAFU, Erläuterungen Änderung NISV [2019]).

⁷⁷ Vgl. Schreiben BAFU vom 31. Januar 2020 an die kantonalen und städtischen NIS-Fachstellen vom 31. Januar 2020 betreffend «Informationen zu adaptiven Antennen und 5G (Bewilligung und Messung)». Vgl. auch Entscheid des Bundesrates vom 22. April 2020 ([www.bafu.admin.ch / Themen / Elektrosmog / Dossiers](http://www.bafu.admin.ch/Themen/Elektrosmog/Dossiers)); «Wie Kantone und Gemeinden den 5G-Ausbau blockieren», NZZ vom 2. Februar 2021.

⁷⁸ Vgl. Schreiben BAFU vom 31. Januar 2020 an die kantonalen und städtischen NIS-Fachstellen vom 31. Januar 2020 betreffend «Informationen zu adaptiven Antennen und 5G (Bewilligung und Messung)».

⁷⁹ Vgl. dazu METAS, Messmethode für 5G-NR-Basisstationen im Frequenzbereich bis zu 6 GHz (2020) (METAS, Messmethode 5G [2020]) vom 18. Februar 2020; BAFU, Erläuterungen zur Messmethode für adaptive Antennen vom 30. Juni 2020 (BAFU, Erläuterungen Messmethode adaptive Antennen [2020]).

⁸⁰ Vgl. dazu die nicht rechtskräftigen Entscheide des Baurekursgerichts des Kantons Zürich (BRGE IV Nr. 0131/2020 vom 10. September 2020 oder BRGE IV Nrn. 0109-0110/2020 vom 16. Juli 2020) und des Baudepartements des Kantons St. Gallen (BDE 2020 Nr. 108 vom 10. November 2020).

⁸¹ Vgl. dazu und zum Folgenden: BAFU, Nachtrag Adaptive Antennen (2021), Ziff. 3.2.

Die so korrigierte Sendeleistung entspricht der bewilligten Sendeleistung ERP_n und wird im Standortdatenblatt eingetragen und ist entsprechend massgebend für die Berechnung der Einhaltung des Anlagegrenzwertes an den relevanten OMEN.⁸²

Die Sendeleistung kann somit – im Vergleich zur «worst case»-Beurteilung – erhöht werden, ohne dass bei den einzelnen OMEN eine höhere Strahlenbelastung errechnet wird. Damit wird berücksichtigt, dass die zielgenauere Ausrichtung der Antennen auf einzelne Ausschnitte des Versorgungsbereichs dazu führt, dass die Strahlenbelastung an einem (nahe der Antenne gelegenen) Ort im Versorgungsbereich der Antenne über die Zeit gemittelt insgesamt geringer ist als bei den herkömmlichen Antennen mit gleicher Leistung. Da es aufgrund dieser rechnerischen Festlegung des massgebenden Betriebszustandes im tatsächlichen Betrieb nicht ausgeschlossen ist, dass die massgebende Sendeleistung kurzzeitig überschritten wird⁸³ und der errechnete Belastungswert an den einzelnen OMEN auf sechs Minuten ausgemittelt errechnet ist, darf der Korrekturfaktor nur geltend gemacht werden, wenn die adaptive Antenne mit einer automatischen Leistungsbegrenzung ausgestattet ist, die sicherstellt, dass die über einen Zeitraum von sechs Minuten gemittelte Sendeleistung die bewilligte Sendeleistung auch tatsächlich nicht überschreitet. Diese automatische Leistungsbegrenzung muss im Qualitätssicherungssystem⁸⁴ der Netzbetreiber für die Behörde nachvollziehbar abgebildet sein. Somit wird es noch einige Monate dauern, bis die ersten Anlagen gemäss dem BAFU Nachtrag Adaptive Antennen (2021) in Betrieb sind.

Welche Konsequenzen haben diese Vollzugsempfehlungen für das Bewilligungsverfahren? Das BAFU hält zunächst unter dem Titel «*Übergangsregelung*» fest⁸⁵, die Anpassung des Betriebs von mittels der «worst case»-Betrachtung bereits «bewilligter»⁸⁶ adaptiver Antennen an den Nachtrag Adaptive Antennen (2021) gelte *nicht* als Änderung im Sinne von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV, falls die «bewilligte Sendeleistung ERP» unter Berücksichtigung des Korrekturfaktors nicht ändert.

⁸² Je grösser die Anzahl der Antenneneinheiten ist, desto grösser ist Korrektur (BAFU, Erläuterungen Nachtrag Adaptive Antennen [2021], S. 21).

⁸³ BAFU, Erläuterungen Nachtrag Adaptive Antennen (2021), S. 22.

⁸⁴ Vgl. dazu: BAFU, Qualitätssicherung zur Einhaltung der Grenzwerte der NISV, bei Basisstationen für Mobilfunk und drahtlose Teilnehmeranschlüsse (2006).

⁸⁵ BAFU, Nachtrag Adaptive Antennen (2021), Ziff. 2.

⁸⁶ Der Begriff der Bewilligung dürfte hier nicht technisch zu verstehen sein, sondern auch Anlagen umfassen, die im erwähnten Bagatellverfahren eben gerade ohne Durchführung eines ordentlichen Bewilligungsverfahrens umgerüstet wurden.

Folglich kann bei bereits bewilligten adaptiven Antennen die nach dem «worst case»-Prinzip ermittelte maximale Sendeleistung der Antenne erhöht werden, bis sie nach neuer Berechnung – unter Berücksichtigung des Korrekturfaktors – nominal wiederum der bewilligten Sendeleistung ERP_n entspricht. Oder kurz: Obwohl die kurzzeitige «tatsächliche»⁸⁷ Maximalbelastung an den OMEN zunehmen kann, liegt keine Änderung der Anlage vor, weil sich die rechnerische, ausgemittelte Belastung aufgrund einer veränderten Definition des massgebenden Betriebszustandes nicht erhöht.^{88,89} Das entspricht im Grundsatz dem Wortlaut von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 Bst. d NISV, da sich die im Standortdatenblatt ausgewiesene Sendeleistung (in W) ERP, die bei adaptiven Antennen um den Korrekturfaktor reduziert ist, nicht erhöht und sich damit auch die an den OMEN ausgewiesene Belastung nicht erhöht. Zudem müssen Abnahmemessungen wohl nicht wiederholt werden, da die massgebende Messmethode⁹⁰ bei der Hochrechnung des Messergebnisses auf den Beurteilungswert ebenfalls mit dem entsprechenden Korrekturfaktor ($K_{i^{stat}}$) arbeitet.⁹¹

Allerdings scheint nicht von vorneherein klar, ob diese Regelung auch dem Sinn und Zweck von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 Bst. d NISV gerecht wird, weil bei dessen Erlass wohl nicht damit gerechnet wurde, dass die effektive Sendeleistung einer Anlage erhöht werden kann, ohne dass zugleich eine rechnerische bzw. gemessene Erhöhung der Sendeleistung ERP vorliegt, weil der massgebende Betriebszustand neu definiert wird. Zudem liegt in der Einführung der Massgeblichkeit einer zeitlichen Mittelung der Belastung in gewissem Sinn ein Paradigmenwechsel. Während zuvor massgebend war, dass die Anlagegrenzwerte an einem OMEN in jedem Zeitpunkt eingehalten werden, können nun Situationen auftreten, in denen die in Anhang 1 Ziff. 64 NISV definierten elektrischen Feldstärken kurzzeitig überschritten werden.⁹²

⁸⁷ Der Begriff «tatsächlich» steht hier als Gegensatz zur errechneten bzw. gemessenen Belastung, welche die zeitliche Mittelung abbildet. Solche Anlagen gelten weiterhin als bewilligt.

⁸⁸ In jedem Fall kann vom Korrekturfaktor erst Gebrauch gemacht werden, wenn das Qualitätssicherungssystem des Netzbetreibers mit der automatischen Leistungsbegrenzung ausgestattet ist (BAFU, Nachtrag Adaptive Antennen [2021], Ziff. 3.3.4 und 4).

⁸⁹ Diesbezüglich ist der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern (100.2020.27U) vom 6. Januar 2021, E. 4.8, der vor Veröffentlichung des Nachtrags Adaptive Antennen (2021) ergangen ist, nicht aussagekräftig. Die *berechnete* elektrische Feldstärke nimmt infolge des Korrekturfaktors trotz höherer maximaler Sendeleistung eben gerade nicht zu.

⁹⁰ METAS, Messmethode 5G (2020).

⁹¹ BAFU, Erläuterungen Messmethode für adaptive Antennen (2020), Ziff. 2.2.1.

⁹² BAFU, Erläuterungen Nachtrag Adaptive Antennen (2021), S. 22. Die Anlagegrenzwerte werden hingegen nicht überschritten, da diese auf der Basis des massgebenden Betriebszustandes berechnet werden.

Mit der automatischen Leistungsbegrenzung wird nur, aber immerhin verhindert, dass die über einen Zeitraum von sechs Minuten gemittelte Sendeleistung die deklarierte Sendeleistung überschreitet. Schliesslich ist auf das Spannungsverhältnis zwischen Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 Bst. D NISV und der Definition der äquivalenten Strahlungsleistung ERP in Art. 3 Abs. 9 NISV hinzuweisen, da letztere keinen Korrekturfaktor kennt.

Allerdings müssen auch die Immissionsgrenzwerte (und dies seit Erlass der NISV) in den für den Mobilfunk massgebenden Frequenzen nicht in jedem Moment, sondern über sechs Minuten ausgemittelt eingehalten werden (Anhang 2 Ziff. 11 Abs. 1 NISV); eine entsprechende Mittelung der Immissionen ist also der NISV nicht wirklich fremd. Die in Anhang 1 Ziff. 61 Abs. 1 Bst. d festgehaltene Regelung⁹³, wonach Anlagen, die weniger als 800 Stunden pro Jahr senden, von der Einhaltung der Anlagegrenzwerte entbunden sind, basiert ebenfalls auf dem Grundsatz, dass die in Anhang 1 Ziff. 64 festgehaltenen vorsorglichen Belastungswerte relevant werden, wenn sie auf Dauer überschritten werden; eine kurzzeitige⁹⁴ Überschreitung wird hingenommen. Ganz grundsätzlich ist eine über eine gewisse Betriebsdauer der Anlage ausgemittelte Berechnung der Belastungen im Umweltrecht generell nicht unüblich, sondern eher die Norm (vgl. etwa Anhang 3 Ziff. 32 [Strassenlärm] bzw. Anhang 6 Ziff. 32 [Industrie- und Gewerbelärm⁹⁵] Lärmschutz-Verordnung [LSV]⁹⁶). Es ist sodann zu beachten, dass Anlagegrenzwerte vorsorgliche Emissionsbegrenzungen darstellen, also das Vorsorgeprinzip konkretisieren und weit unterhalb der Schwelle der Immissionsgrenzwerte von Anhang 2 NISV angesiedelt sind; wenn schon die Immissionsgrenzwerte bloss über eine ausgemittelte Zeitdauer eingehalten werden müssen, erscheint es grundsätzlich gerechtfertigt, auch die Anlagengrenzwerte dieser über sechs Minuten ausgemittelten Berechnung zu unterstellen.

Gesamthaft zeigt sich, dass der Nachtrag Adaptive Antennen (2021) nicht der Abschluss der Diskussionen in diesem Bereich sein wird, sondern bloss Ausgangspunkt neuer Fragestellungen bildet.

Nimmt man gestützt auf die obigen Überlegungen die Übergangsregelung des Nachtrags Adaptive Antennen (2021) zum Nennwert, bedeutet dies unter Berücksichtigung der Technologieneutralität des Standortdatenblatts, dass nicht bloss die

⁹³ Änderung vom 17. April 2019; vgl. dazu BAFU, Erläuterungen Änderung NISV (2019), Ziff. 4.2.

⁹⁴ Hier immerhin während 800 Stunden im Jahr.

⁹⁵ Instrukтив dazu: BGE 138 II 331.

⁹⁶ SR 814.14.

Anpassung von bereits mittels «worst case»-Betrachtung bewilligten adaptiven Antennen an den Nachtrag Adaptive Antennen (2021), sondern auch der Ersatz konventioneller Antennen durch adaptive Antennen keine Änderung der Anlage im Sinne von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 Bst. d NISV darstellt, solange sich die massgebende (unter Beachtung des Korrekturfaktors errechnete), im Standortdatenblatt ausgewiesene Sendeleistung ERP_n nicht erhöht. Ein Baubewilligungsverfahren ist demnach auch für derartige Veränderungen der Anlage nicht zwingend durchzuführen. Ob das auch für Anlagen gelten kann, für die Abnahmemessungen vorgeschrieben sind, weil der Anlagegrenzwert bei OMEN zu mehr als 80 Prozent erreicht wird, erscheint nicht zum Vorneherein klar, immerhin gilt für adaptive Antennen eine spezifische Messmethode.⁹⁷

Gegen diese Schlussfolgerungen lässt sich – mit Blick auf die allgemeinen Anforderungen an die Baubewilligungspflicht (Ziff. VII.1 hievor) – immerhin einwenden, es finde eine Veränderung der Umweltbelastung statt, obwohl rechtlich keine Änderung der Mobilfunkanlage vorliegt. Mit adaptiven Antennen ist zwar eine kurzfristige Leistungsspitze möglich, die über der deklarierten Sendeleistung ERP_n liegt; über sechs Minuten gemittelt wird die deklarierte Sendeleistung jedoch nicht überschritten.⁹⁸ Zudem weisen adaptive Antennen in der Hauptstrahlrichtung mutmasslich geringere, in seitlichen Bereichen oben U.U höhere Belastungen auf als konventionelle Antennen.⁹⁹ Ob somit der Betrieb adaptiver Antennen unter Anwendung des Korrekturfaktors insgesamt zu einer Veränderung führt, die eine Baubewilligungspflicht gestützt auf Art. 22 RPG auslöst, oder derart geringfügig ist, dass darauf verzichtet werden kann, ist von den kantonalen Vollzugsbehörden und allenfalls in anschliessenden Rechtsmittelverfahren zu beurteilen.¹⁰⁰

In jedem Fall anzupassen ist jedoch das Standortdatenblatt. Es ist zu deklarieren, ob es sich um eine adaptive oder nicht-adaptive Antennen handelt und die Zahl der Sub-Arrays ist anzugeben, da der Korrekturfaktor von deren Anzahl abhängt.¹⁰¹ Es ist der Behörde ein aktualisiertes Standortdatenblatt nachzureichen.¹⁰²

⁹⁷ METAS, Messmethode 5G (2020).

⁹⁸ BAFU Erläuterungen Nachtrag Adaptive Antennen (2021), Ziff. 7.

⁹⁹ BAFU Erläuterungen Nachtrag Adaptive Antennen (2021), Ziff. 6.3.

¹⁰⁰ Vgl. dazu etwa auch BGE 133 II 409 E. 3 S. 416; Urteil 1C_258/2010 vom 9. Dezember 2010 E. 2.7. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat die Tendenz, Änderungen von Mobilfunkanlagen als erheblich zu betrachten.

¹⁰¹ BAFU, Nachtrag Adaptive Antennen (2021), Ziff. 3.3.1 sowie Anhang 1.

¹⁰² BAFU, Nachtrag Adaptive Antennen (2021), Ziff. 2.

3. Umweltrechtlicher Einfluss auf die Baugesuchsunterlagen

Unerlässlicher Bestandteil des Baugesuchs ist das Standortdatenblatt, das alle gemäss Art. 11 NISV relevanten Betriebsparameter sowie Berechnungen der Strahlenbelastung an den OMEN in der Umgebung der Anlage enthält. Das Standortdatenblatt wird üblicherweise zur Prüfung an die kantonale NIS-Fachstelle weitergeleitet. Deren Prüfung umfasst in der Regel einen Augenschein mit Höhenmessungen (Antennenstandort und OMEN) vor Ort sowie aufwändige Strahlungsmodellierungen zur Feldstärkeberechnung an den OMEN.

In Kantonen, die von den Netzbetreiberinnen den Nachweis verlangen, dass der nachgesuchte Standort optimal aus den zur Verfügung stehenden Alternativen ausgewählt wurde, muss das Baugesuch zusätzlich einen Standortevaluationsbericht enthalten (vgl. Ziff. IV/4.1 hievore). Dieser Nachweis fusst jedoch nicht auf umweltrechtlichen, sondern eben gerade auf anderen Anforderungen (Ästhetik, Zonenkonformität, ideelle Immissionen).

4. Einspracheperimeter

Als einsprache- oder beschwerdebefugt gelten alle Personen, die innerhalb des sog. Einspracheperimeters der projektierten Mobilfunkanlage wohnen, arbeiten oder Liegenschaften besitzen. Der Einspracheperimeter wird als Kreis definiert mit der Anlage im Zentrum. Der Radius wird so bestimmt, dass ausserhalb des Perimeters die Feldstärke, die durch die Anlage erzeugt wird, weniger als 10 Prozent des Anlagegrenzwertes beträgt.

Nachdem der Anlagegrenzwert der vorsorglichen Emissionsbegrenzung dient, unterhalb der mit keinen negativen gesundheitlichen Auswirkungen durch nichtionisierende Strahlen gerechnet werden muss¹⁰³, scheint für Mobilfunkanlagen eine wesentlich weitergehende Legitimationspraxis zu bestehen als bei Anlagen mit anderen Immissionen.¹⁰⁴ In den frühen Entscheiden des Bundesgerichts¹⁰⁵, die sich explizit mit einer entsprechenden kantonalen Praxis auseinandersetzen¹⁰⁶ bezeichnet es diese Berechnungsweise als sehr vorsichtig, da sie weder die Leistungsabschwächung ausserhalb der Hauptstrahlrichtung noch eine allfällige Gebäudedämpfung berücksichtige.

¹⁰³ Urteil 5A_47/2016 vom 29. September 2016 E. 4.4.1 ff.

¹⁰⁴ Etwa für Lärmimmissionen: BGE 136 II 281 E. 2.3.1 S. 285: Erfordernis der deutlichen Wahrnehmbarkeit von Immissionen.

¹⁰⁵ Der erste Entscheid des Bundesgerichts, der sich vertieft mit der Legitimation bezüglich Mobilfunkanlagen auseinandersetzt, ist das Urteil 1A.194/2000 vom 20. Oktober 2000.

¹⁰⁶ Urteile 1A.62/2001 und 1P.264/2001 vom 24. Oktober 2001 E. 1b.

Dies erscheine aber sinnvoll, da es zunächst darum gehe, den Kreis derjenigen Personen zu bestimmen, die von der Anlage mehr als jedermann betroffen sind; dieser Kreis dürfe nicht zu eng gezogen werden und nicht von komplexen Berechnungen im Einzelfall abhängen. Diese Überlegung ist an sich nachvollziehbar, doch lässt sie ausser Acht, dass dieser neue «Grenzwert», der nochmals um den Faktor 10 tiefer liegt als der Anlagegrenzwert, suggeriert, es bestünden bis in diesen Bereich hinab wahrnehmbare Auswirkungen einer Mobilfunkanlage, was gestützt auf die aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse nicht haltbar scheint.

An sich lag die Bestimmung der Methode zur Festlegung der Einspracheberechtigung in kantonaler Kompetenz. Das Bundesgericht hat die oben dargestellte und heutige schweizweit angewandte Regelung, als «tauglich» übernommen. Die Kantone wären im Prinzip frei, von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen. Eine Praxisänderung müsste jedoch fachlich gut begründet werden.¹⁰⁷ Nachdem bereits Feldstärken unterhalb des vorsorglichen Anlagegrenzwertes keine Gefährdung darstellen und nicht wahrnehmbar sind, könnte eine Einspracheberechtigung auf jene Personen beschränkt werden, bei denen eine reale Möglichkeit der Verletzung des Anlagegrenzwertes und damit ein schützenswertes Interesse besteht.¹⁰⁸ Um auch der üblichen Messauflage Rechnung zu tragen, falls an einem OMEN 80 Prozent des Anlagegrenzwertes erreicht wird, scheint es sachgerecht, den Radius so zu bestimmen, dass ausserhalb des Einspracheperimeters die Feldstärke, die durch die Anlage erzeugt wird, weniger als 50 Prozent (statt wie bisher 10 Prozent) des Anlagegrenzwertes beträgt.

Hinweis: Dieser Fachbeitrag wurde ebenfalls publiziert in Umweltrecht in der Praxis, URP 2021 153

¹⁰⁷ Zu den üblichen Anforderungen an eine Praxisänderung vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, St.Gallen 2020, Rz. 589 ff.

¹⁰⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden: KVV, Arbeitspapier, S. 34.



Neuste Bundesgerichtsrechtsprechung zur Mehrwertabgabe – gibt es Auswirkungen auf die bernische Praxis?

Silvan von Ballmoos, MLaw, Rechtsanwalt, ecoptima AG¹

1. Einleitung

Seit meinem Fachbeitrag «Alltagsprobleme der Mehrwertabgabe» im KPG-Bulletin 3/2020 hat sich das Bundesgericht in zwei Fällen zur Mehrwertabgabe geäußert. Einerseits ist der im Fachbeitrag thematisierte «Fall Meikirch» vom Bundesgericht beurteilt worden.² Darin war ein kommunales Mehrwertabgabereglement im Kanton Bern, welches zwar für Umzonungen, nicht aber für Aufzonungen eine Mehrwertabgabe vorsieht, von einem Bürger mittels abstrakter Normenkontrolle angefochten worden. Bereits einleitend ist festzuhalten, dass das Bundesgericht einen prozessualen Nichteintretensentscheid fällte, was zu keinen konkreten inhaltlichen Äusserungen des Bundesgerichts führte (vgl. sogleich Ziffer 2). Andererseits entschied das Bundesgericht im «Fall Münchenstein»³ über die teilweise Unzulässigkeit der kantonalen Regelung von Basel-Landschaft zur Mehrwertabgabe im Gesetz über die Abgeltung von Planungsmehrwerten (GAP)⁴.

Im Folgenden fasse ich die beiden Bundesgerichtsentscheide zusammen und versuche, deren Auswirkungen auf die bernische Lösung der Mehrwertabgabe gemäss BauG⁵ und BauV⁶ abzuschätzen bzw. allfälligen Handlungsbedarf für bernische Gemeinden bezüglich ihres Mehrwertabgabereglements aufzuzeigen.

2. Der Fall «Meikirch»

¹ Der Autor dankt Peter Perren, Fürsprecher, M.B.L.-HSG, ecoptima ag, für die kritische Durchsicht der Arbeit.

² Entscheid des Bundesgerichts (BGer) 1C_195/2020 vom 24. September 2020.

³ Entscheid des Bundesgerichts (BGer) 1C_245/2019 vom 19. November 2020, zur Publikation vorgesehen.

⁴ Das kantonale Gesetz ist abrufbar in der Gesetzessammlung von Basel-Landschaft (SGS 404, im Folgenden GAP) unter https://bl.clex.ch/app/de/texts_of_law/404.

⁵ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

⁶ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1).

- 2.1 Umstritten waren im Meikircher Mehrwertabgabereglement mehrere Punkte.⁷ Bereits die erstinstanzliche Beschwerdestelle, das Regierungstatthalteramt Bern-Mittelland, hob eine unterschiedliche Behandlung von Grundstücken, je nachdem ob sie überbaut sind oder nicht, bei Einzonungen als rechtswidrig auf. Es lässt sich mit den bundesrechtlichen Vorgaben in Art. 5 RPG bzw. den kantonalrechtlichen Vorgaben in Art. 142 ff. BauG nicht vereinbaren, dass bereits überbaute Grundstücke bei Einzonungen von der Abgabepflicht ausgenommen werden.⁸ Das bernische Verwaltungsgericht hob sodann auch die Unterscheidung von unüberbauten zu überbauten Grundstücken bei Umzonungen als sachlich nicht gerechtfertigt auf.⁹ Rechtlich zulässig ist es gemäss dem Verwaltungsgericht aber, Umzonungen einer Abgabepflicht zu unterstellen, während auf eine solche bei Aufzonungen verzichtet werden darf. Diese Unterscheidung sei im Einzelfall sachlich zu rechtfertigen, was in Meikirch erfolgte.¹⁰ Daneben definierte das Verwaltungsgericht die Begriffe Um- und Aufzonungen als kantonale Begriffe gemäss Art. 142a Abs. 2 BauG.¹¹ Den Gemeinden verbleibt bei deren Definition kein Spielraum.¹²
- 2.2 Das Bundesgericht hatte auf Beschwerde hin nun zu beurteilen, ob die Unterscheidung von Um- und Aufzonungen im Fall Meikirch, damit der Verzicht auf eine Abgabepflicht bei Aufzonungen und folglich die Regelung in Art. 142a Abs. 2 BauG bundesrechtswidrig sei.¹³ Aus formaljuristischen Gründen hat das Bundesgericht jedoch diese Beurteilung im Entscheid 1C_195/2020 vom 24. September 2020 (noch) nicht vorgenommen.

Es qualifizierte den angefochtenen Entscheid des Verwaltungsgerichts insgesamt als Zwischenentscheid, da dieser die Sache an die Gemeinde

⁷ Vgl. zum «Fall Meikirch» bereits umfassend Silvan von Ballmoos, KPG-Bulletin 3/2020, Ziffern 2.2 f., 3.3 f., 3.7 und 4.1.

⁸ Vgl. den Entscheid des Regierungstatthalteramtes Bern-Mittelland (Rsta BeMi) gbv 6/2018 vom 15. November 2018, Ziffer III.3.

⁹ Vgl. den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern (VGE) 100.2018/447/2019.72 vom 4. März 2020, E. 6.7.

¹⁰ Vgl. VGE 100.2018/447/2019.72 vom 4. März 2020, E. 6.5 f.

¹¹ Vgl. VGE 100.2018/447/2019.72 vom 4. März 2020, E. 5.

¹² Vgl. Silvan von Ballmoos, KPG-Bulletin 3/2020 Ziffer. 3.7.

¹³ Vgl. Silvan von Ballmoos, KPG-Bulletin 3/2020 Ziffer. 2.2 mit weiteren Hinweisen.

Meikirch zurückweist, damit diese erneut über die Mehrwertabgabepflicht von Umzonungen bzw. deren allfälligen Ausgestaltung zu befindet. Dabei bestehen gemäss dem Bundesgericht verschiedene Möglichkeiten. Unter Umständen kann der Beschwerdeführer gegen die Neuregelung der Gemeinde Meikirch sodann direkt an das Bundesgericht gelangen (Sprungrekurs).¹⁴

- 2.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die bernische Handhabung der Mehrwertabgabe bei Um- und Aufzonungen in Art. 142a Abs. 2 BauG nach wie vor nicht abschliessend geklärt ist, ob diese den bundesrechtlichen Vorgaben von Art. 5 RPG genügt. Diese immens relevante Frage für bernische Gemeinden hat das bernische Verwaltungsgericht im Fall Meikirch kantonal letztinstanzlich aber bejaht.¹⁵ Bis zu einem anderslautenden Bundesgerichtsentscheid ist folglich hiervon auszugehen und für die bernischen Gemeinden besteht kein weitergehender Handlungsbedarf, als bereits seit dem Inkrafttreten der Art. 142 ff. BauG am 1. April 2017 besteht. Ein bundesgerichtlicher Entscheid über diese Frage ist allenfalls frühestens im Sommer / Herbst 2021 zu erwarten, falls der Beschwerdeführer im «Fall Meikirch» das überarbeitete Mehrwertabgabereglement der Gemeinde Meikirch – über welches an der Urne am 25. April 2021 abgestimmt werden soll¹⁶ – mittels Sprungrekurs direkt beim Bundesgericht anfechten wird.

3. Der Fall «Münchenstein»

- 3.1 Der Kanton Basel-Landschaft hat das GAP per 1. Mai 2019 in Kraft gesetzt. Dagegen haben die Einwohnergemeinde Münchenstein sowie ein privater Beschwerdeführer eine Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht und mittels abstrakter Normenkontrolle die Überprüfung einzelner Artikel des GAP bewirkt.

Soweit für vorliegenden Beitrag von Interesse hat das GAP folgenden Wortlaut:

¹⁴ Vgl. zum Ganzen BGer 1C/195/2020 vom 24. September 2020, E. 4.

¹⁵ Vgl. VGE 100.2018/447/2019.72 vom 4. März 2020, E. 4. Vgl. auch Silvan von Ballmoos, KPG-Bulletin 3/2020, Ziffer 2.2.

¹⁶ Vgl.

http://www.meikirch.ch/aktuell/news/gemeinderatsnews/detail.htm?view_News_OID=427&client_request_346_embDetailView=false (zuletzt besucht am 24. Februar 2021).

§ 2 Abgabepflicht

- 1 *Auf die neue Zuweisung von Boden zu einer Bauzone wird eine Abgabe von 20 % des Bodenmehrerts erhoben.*
- 2 *Die Gemeinden sind nicht berechtigt, weitergehende Mehrwertabgaben zu erheben.*
- 3 *Die Gemeinden können bei Quartierplanungen und Ausnahmeüberbauungen nach einheitlichem Plan mit der betroffenen Grundeigentümerschaft in einem verwaltungsrechtlichen Vertrag einen Infrastrukturbeitrag in Form von Geld-, Sach- oder Dienstleistungen vereinbaren, der mit dem Bauvorhaben in Zusammenhang steht.*

4 [...]

[...]

§ 4 Verfügung der Mehrwertabgabe

[...]

- 2 *Beträgt der Mehrwert weniger als CHF 50'000.-, wird keine Abgabe erhoben. Sind von der Planungsmassnahme mehrere Grundstücke derselben Grundeigentümerschaft betroffen, so kann diese die Freigrenze nur einmal beanspruchen.*

[...]

- 3.2 Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid 1C_245/2019 vom 19. November 2020 in teilweiser Gutheissung der Beschwerden befunden, dass ein Kanton seinen Gemeinden nicht verbieten dürfe, eine Mehrwertabgabe für Um- und Aufzonungen zu erheben, wenn dieser selber keine solche Abgabepflicht auf kantonaler Stufe regle.

Daneben hat es entschieden, dass eine vertragliche Regelung der Mehrwertabgabe nicht vom Bundesrecht her ausgeschlossen sei und dass es für Unterscheidungen von als gleich einzustufenden Sachverhalten sachliche Gründe benötige, ansonsten das Rechtsgleichheitsgebot verletzt sei. Weiter hat es eine Freigrenze von CHF 50'000.00 als zu hoch und damit als bundesrechtswidrig bezeichnet.

Im Folgenden sind diese Aspekte des Entscheids 1C_245/2019 vom 19. November 2020 zu analysieren und für die kantonale bernische Regelung der Mehrwertabgabe gemäss Art. 142 ff. BauG einzuordnen.

3.3 In Erwägung 4 des Entscheids setzt sich das Bundesgericht eingehend mit dem bundesrechtlichen Gesetzgebungsauftrag von Art. 5 RPG auseinander: Art. 5 RPG Abs. 1 und Abs. 1^{bis} stehen gemäss dem Bundesgericht in einem Spannungsverhältnis zueinander, da Abs. 1^{bis} zwar als Konkretisierung von Abs. 1 formuliert sei, jedoch einzig bei Neueinzonungen einen Mehrwertausgleich zwingend gebiete, während Abs. 1 sich insbesondere auch auf jene erheblichen Planungsvorteile erstrecke, die aus Auf- und Umzonungen entstehen könnten. Indem der Bundesgesetzgeber davon abgesehen habe, die Bestimmung von Art. 5 Abs. 1 RPG aufzuheben, behalte der allgemeine Gesetzgebungsauftrag in Abs. 1 seinen Charakter als bindendes Recht. Wie bereits vor der Gesetzesrevision vom 15. Juni 2012 verlange Art. 5 Abs. 1 RPG von den Kantonen, mit gesetzlichen Regelungen für einen angemessenen Ausgleich erheblicher Planungsvor- und -nachteile zu sorgen, die den lokalen Gegebenheiten Rechnung tragen, wobei den Kantonen insoweit ein grosser Spielraum zur Verfügung stehe.¹⁷

Das Bundesgericht hält weiter fest, dass der Gesetzgebungsauftrag von Art. 5 Abs. 1 RPG entweder durch den Kanton selber oder durch Gemeinden erfüllt werden könne, wobei letzteres voraussetze, dass den Gemeinden in der Gesetzgebung der erforderliche Spielraum belassen werde.

Entsprechend erscheine es als bundesrechtswidrig, wenn ein Kanton lediglich die [minimalen] Anforderungen von Art. 5 Abs. 1^{bis} - 1^{sexies} umsetze und gleichzeitig den Gemeinden verbiete, einen eigenen [weitergehenden] Vorteilsausgleich einzuführen.¹⁸

Das Bundesgericht führt weiter aus, der grosse Spielraum, welcher den Kantonen bei der Umsetzung von Art. 5 Abs. 1 RPG zur Verfügung stehe, sei rechtsgleich und willkürfrei zu handhaben (Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV¹⁹).

Dabei seien zumindest im über den Kernbereich von Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG hinausgehenden Bereich des erweiterten Mehrwertausgleichs nach Art. 5 Abs. 1 RPG vertragliche Lösungen wie sie § 2 Abs. 3 GAP vorsehe, nicht

¹⁷ Vgl. BGer 1C_245/2019 vom 19. November 2020, E. 4.2.

¹⁸ Vgl. BGer 1C_245/2019 vom 19. November 2020, E. 4.4.

¹⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

ausgeschlossen.²⁰ Das Rechtsgleichheitsgebot sei allerdings verletzt, wenn das kantonale Recht nur in den Fällen von § 2 Abs. 3 GAP – also bei Quartierplanungen und Ausnahmeüberbauungen nach einheitlichem Plan – einen Mehrwertausgleich für Um- und Aufzonungen zulasse und einen solchen in allen anderen Fällen, in denen durch Um- und Aufzonungen erhebliche Planungsvorteile entstünden, ausschliesse.²¹

Vor diesem Hintergrund sei das Verbot, weitergehende Mehrwertabgaben zu erheben, mit dem Bundesrecht unvereinbar, da es den Gemeinden nicht ermögliche, den Gesetzgebungsauftrag von Art. 5 Abs. 1 RPG in rechtsgleicher Weise zu erfüllen.

- 3.4 Die Feststellungen des Bundesgerichts gemäss obenstehender Ziffer 3.3 haben für die bernische Regelung der Mehrwertabgabe in Art. 142 ff BauG keine Auswirkungen. Zwar begnügt sich der Kanton Bern in Art. 142 Abs. 5 BauG damit, lediglich die bundesrechtliche Minimallösung gemäss Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG als kantonales Minimum für die Gemeinden verbindlich festzuhalten. Im Gegensatz zum Kanton Basel-Landschaft lässt der Kanton Bern im BauG den Gemeinden jedoch weitergehenden Spielraum gerade exemplarisch zu. Dieser sei kurz dargestellt:

Die bernischen Gemeinden können einerseits gemäss Art. 142b Abs. 3 BauG den Abgabesatz für Einzonungen bis auf 50% des planungsbedingten Mehrwertes erhöhen. Andererseits steht es den bernischen Gemeinden frei, gemäss Art. 142a Abs. 2 BauG bei Um- und / oder Aufzonungen eine Mehrwertabgabe zu erheben.²² Dabei können sie den Abgabesatz nach Art. 142b Abs. 4 BauG frei wählen.²³

Weiter steht den bernischen Gemeinden gemäss Art. 142a Abs. 3 BauG auch offen, bei der Zuweisung von Land in Materialabbau- und Deponiezo- nen mit den Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern vertraglich angemessene Geld- oder Sachleistungen zu vereinbaren.

²⁰ Vgl. BGer 1C_245/2019 vom 19. November 2020, E. 4.6 f.

²¹ Vgl. BGer 1C_245/2019 vom 19. November 2020, E. 4.8.

²² Die Frage der Bundesrechtskonformität dieser Regelung bleibt vorerst auf Ebene Bundesgericht ungeklärt. Vgl. die Ausführungen unter Ziffer 2 vorangehend.

²³ Eine Begrenzung nach unten ist nicht vorhanden, während gegen oben die Grenze bei einer konfiskatorischen Wirkung der Abgabe und damit bei 60% liegt (vgl. BGE 105 Ia 134, E. 3b). Vgl. für weitere Hinweise, Silvan von Ballmoos, KPG-Bulletin 3/2020, Ziffer 4.1.

Nicht gänzlich geklärt ist aufgrund des Wortlauts von Art. 142a Abs. 3 BauG, ob hierfür eine gesetzliche Grundlage im kommunalen Mehrwertabgabereglement erforderlich ist oder ob die kantonale Norm alleine ausreicht. Den Materialien zur bernischen Mehrwertabgaberegulation im BauG ist zwar klar zu entnehmen, dass es eine Grundsatzregelung im kommunalen Mehrwertabgabereglement braucht.²⁴ Gleiches geht aus dem Musterreglement des Amtes für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) sowie den Erläuterungen dazu hervor (Version Stand 1. März 2020²⁵).²⁶ Demgegenüber sehen die Autoren des Kommentars zum Baugesetz des Kantons Bern, immerhin das bernische Standardwerk zum BauG und seinen Ausführungserlassen, die kantonale Grundlage in Art. 142a Abs. 3 BauG als ausreichend an für die Vertragsschliessung zwischen Gemeinden und Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern.²⁷ Aus meiner Sicht ist gestützt auf die Gesetzssystematik des BauG, v.a. die Art. 142 Abs. 4 und 5 BauG, das Erfordernis einer reglementarischen Grundlage einhergehend mit den Materialien und dem AGR zu bejahen.

Den Gemeinden ist deshalb anzuraten, dass sie eine solche gesetzliche Grundlage schaffen, wenn sie die Zuweisung von Land in Material- und Deponiezonen einer Mehrwertabgabepflicht unterstellen wollen.

Es ist somit festzuhalten, dass auch gestützt auf die neusten Entscheide des Bundesgerichts bezüglich der Vereinbarkeit der bernischen Regelung im BauG mit den bundesrechtlichen Vorgaben im RPG kein Handlungsbedarf für den Kanton Bern besteht.

Dem Ansatz des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, wonach «[K]antonale Regelungen, die sich auf die Erfüllung der Minimalvorschrift von Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG beschränken, [...] bundesrechtlich vertretbar [sind], wenn diese Kantone den Gemeinden die Möglichkeit einräumen, einen

²⁴ Vgl. den Vortrag des Regierungsrates vom 2. September 2015 an den Grossen Rat des Kantons Bern zur Änderung des BauG und des BewD, S. 47, 49 und 63, den Vortrag des Regierungsrates vom 24. April 2019 an den Grossen Rat des Kantons Bern zur Änderung des BauG, S. 6 und 7 sowie der Nachtrag dazu vom 14. August 2019, S. 2.

²⁵ Abrufbar unter <https://www.jgk.be.ch/jgk/de/index/raumplanung/raumplanung/arbeitshilfen/mehrwertabschoepfung.html> (zuletzt besucht am 24. Februar 2021).

²⁶ Zustimmend K. Hunyadi, KPG-Bulletin 1/2020 S. 19 und 21.

²⁷ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band II, 4. Auflage, Bern 2017, Art. 142-142f BauG, N 8.

weitergehenden, namentlich auch Um- und Aufzonungen erfassenden, Mehrwertausgleich zu schaffen [.]²⁸ ist zuzustimmen.

Wie das Bundesgericht bereits in BGE 142 I 177 festgehalten hatte, spielt es keine Rolle, auf welcher Staatsebene – Kanton oder Gemeinde – die bundesrechtlichen Vorgaben des RPG bezüglich der Abschöpfung planungsbedingter Mehrwerte geregelt werden.²⁹

Das Bundesgericht hat das nun im «Fall Münchenstein» eindeutig geklärt und damit das Verwaltungsgericht des Kantons Bern indirekt bestätigt, das seinerseits bereits im «Fall Meikirch» festgehalten hatte, dass [die Kantone] jedenfalls den Gemeinden weitergehende Mehrwertabschöpfung nicht verbieten dürfen.³⁰

- 3.5 Das Bundesgericht hat im «Fall Münchenstein» in Erwägung 5 zudem die kantonale festgesetzte Freigrenze von CHF 50'000.00 in § 4 Abs. 2 GAP für zu hoch und damit bundesrechtswidrig befunden. Das mit einer Stellungnahme im bundesrechtlichen Verfahren beteiligte Bundesamt für Raumplanung (ARE) seinerseits sprach von einem Grenzfall.³¹ Das Bundesgericht stützt sich bei seinem Befund auf die Regelung in Art. 5 Abs. 1^{quinquies} Bst. b RPG. Der Sinn dieser Regelung liege gerade nicht darin, den von einem Planungsmehrwert profitierenden Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern einen «Rabatt» zu gewähren.

Vielmehr solle die öffentliche Hand davon entbunden werden, Verfahren zur Erhebung von Einnahmen einzuleiten, die den dafür notwendigen Aufwand nicht oder kaum decken.³²

Das Bundesgericht tätigt sodann weitere Ausführungen zum System der Freigrenze und bezeichnet das Spannungsverhältnis zum Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 BV als sich akzentuierend, je höher die gewählte Freigrenze sei.³³ Das System der Freigrenze lässt sich gemäss

²⁸ Vgl. VGE 100.2018/447/2019.72 vom 4. März 2020, E. 4.3.

²⁹ Vgl. BGE 142 I 177, E. 4. Dieser Entscheid betraf ebenfalls den Kanton Basel-Landschaft und dessen Einwohnergemeinde Münchenstein, erging jedoch vor Erlass des kantonalen GAP.

³⁰ Vgl. VGE 100.2018/447/2019.72 vom 4. März 2020, E. 4.3. Inhaltlich gleich bereits E. Riva, in Aemisegger, Moor, Ruch, Tschannen (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Art. 5 N. 16.

³¹ Vgl. BGer 1C_245/2019 vom 19. November 2020, E. 5.1.

³² Vgl. BGer 1C_245/2019 vom 19. November 2020, E. 5.3 mit Verweis auf die Literatur.

³³ Vgl. BGer 1C_245/2019 vom 19. November 2020, E. 5.5.

dem Bundesgericht mit dem Rechtsgleichheitsgebot umso eher vereinbaren, je tiefer der gewählte Wert ist.

Höhere Freigrenzen als den in BGE 143 II 568 als Richtwert bezeichneten Betrag von CHF 30'000.00 bedürften jedenfalls eine besondere Rechtfertigung.³⁴ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Mit der Kombination von Freigrenze und Freibetrag besteht jedoch eine Möglichkeit, den verfassungsmässigen Grundsätzen noch besser zu entsprechen (vgl. nachfolgend Ziffer 3.6).

- 3.6 Die Feststellungen des Bundesgerichts zur Höhe der Freigrenze von CHF 50'000.00 haben für die bernische Regelung der Mehrwertabgabe in Art. 142 ff. BauG ebenfalls keine direkten Auswirkungen. Dies aus dem einfachen Grund, dass sich die Freigrenze von § 4 Abs. 2 GAP des Kantons Basel-Landschaft einzig auf die Mehrwertabschöpfung von Einzonungen bezieht. Im Kanton Bern gilt gemäss Art. 142a Abs. 4 BauG für Einzonungen bekanntlich eine verbindlich festgesetzte Freigrenze von CHF 20'000.00. Den Gemeinden verbleibt kein Spielraum, diese abzuändern.³⁵ Mit anderen Worten ist durch den «Fall Münchenstein» vielmehr indirekt bestätigt, dass die Freigrenze von Art. 142a Abs. 4 BauG bundesrechtskonform ist. Auch auf allfällige kommunal festgelegte Freigrenzen bei planungsbedingten Mehrwerten zufolge Um- oder Aufzonungen hat der «Fall Münchenstein» m.E. keine direkten Auswirkungen. Wie erwähnt, befasste sich das Bundesgericht mit einer Freigrenze einzig bezogen auf Einzonungen.

Das Bundesgericht äusserte sich in keiner Weise, ob eine Freigrenze von CHF 50'000.00 für Um- oder Aufzonungen noch statthaft wäre oder allenfalls die Erheblichkeitsgrenze von Art. 5 Abs. 1 RPG überschritten hätte.³⁶

Für die Beantwortung der Frage der zulässigen Höhe einer Freigrenze (und auch eines Freibetrags) spielt die in Ziffer 2 vorangehend thematisierte

³⁴ Vgl. BGer 1C_245/2019 vom 19. November 2020, E. 5.6.

³⁵ Vgl. mit weiteren Hinweisen, Silvan von Ballmoos, KPG-Bulletin 3/2020, Ziffer 3.1.

³⁶ Vgl. hierzu die Ausführungen von Silvan von Ballmoos KPG-Bulletin 3/2020, Ziffer 3.3, zur ähnlichen Fragestellung der Auswirkungen von BGE 143 II 568 und einer Freigrenze von CHF 100'000.00 auf das bernische Recht.

Frage der grundsätzlichen Bundesrechtskonformität der Regelung im Kanton Bern eine (mit-) entscheidende Rolle. Es muss an dieser Stelle für vorliegenden Beitrag jedoch ausreichen, auf Folgendes hinzuweisen:

Wenn der Kanton Bern den Gemeinden die Abschöpfung von planungsbedingten Mehrwerten bei Um- und Aufzonungen gänzlich freistellt, mithin diese Mehrwerte auch vollständig bei den Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern belassen werden dürfen, scheint – a majore minus – auch die Erheblichkeitsgrenze gemäss Art. 5 Abs. 1 RPG für planungsbedingte Mehrwerte bei Um- und Aufzonungen grundsätzlich beliebig hoch ansetzbar. Wie erwähnt, erachtet das kantonale letztinstanzliche Verwaltungsgericht die bernische Regelung als bundesrechtskonform. Grenzen ergeben sich für die Höhe der Freigrenze aber aus dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 BV. Die Gleichbehandlung der Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer gebietet es, die durch jede Freigrenze unabhängig deren Höhe entstehenden Schwelleneffekte in einem vernünftigen Mass zu halten. Dabei ist dem Bundesgericht auch zuzustimmen, dass kleinere Freigrenzen dem Rechtsgleichheitsgebot besser Rechnung tragen, da sie zu niedrigeren Schwelleneffekten führen. Zumindest im «Fall Münchenstein» blendet das Bundesgericht aber aus bzw. lässt unberücksichtigt, dass auch die Höhe des Abgabesatzes [«angemessener Ausgleich», Anmerkung des Verfassers]³⁷ einen Einfluss auf den Schwelleneffekt hat.

In Anbetracht der gestützt auf die gesetzlichen Spielräume im Kanton Bern «beliebig» hoch ansetzbaren Freigrenzen bei Um- und / oder Aufzonungen ist einer Kombination von Freigrenze und Freibetrag der Vorzug zu geben.³⁸ Es rechtfertigt sich, nachfolgend näher darauf einzugehen.

- 3.7 Der „erhebliche Vorteil“ als Folge einer Planung nach dem RPG ist bereits als unbestimmter Gesetzesbegriff von Art. 5 Abs. 1 RPG auslegungsbedürftig und bietet den Kantonen bei der Umsetzung des bundesrechtlichen Gesetzgebungsauftrages Spielraum. Davon ist auch das Bundesgericht in BGE 143 II 568, E. 7.1 ausgegangen.

Im «Fall Münchenstein» stützt sich das Bundesgericht bei der Beurteilung der Freigrenze von CHF 50'000.00 aber einzig auf Art. 5 Abs. 1^{quinquies} Bst. b RPG ab. In BGE 143 II 567, E. 7.5 hatte das Bundesgericht einen

³⁷ Vgl. hierzu illustrativ mit Beispielen Silvan von Ballmoos, KPG-Bulletin 3/2020, Ziffer 3.5.

³⁸ Ausführlich dazu Silvan von Ballmoos, KPG-Bulletin 3/2020, Ziffer 3.4-3.6.

Freibetrag [oder Freigrenze, das war damals noch nicht ganz geklärt, bzw. klärte das Bundesgericht erst in E. 9 desselben Entscheids; Anmerkung des Verfassers] noch insofern beschrieben, als dass dieser zur Klärung des „Kriteriums der Erheblichkeit“ diene, und sich dabei nur auf Art. 5 Abs. 1 RPG bezogen. Insofern besteht in der bundesrechtlichen Rechtsprechung Unklarheit bezüglich dem Zusammenspiel bzw. der Auslegung der Abs. 1 und 1^{quinquies} von Art. 5 RPG.

Mit der Kombination einer Freigrenze mit einem Freibetrag lässt sich die Erheblichkeitsgrenze gemäss Art. 5 Abs. 1 RPG («erheblicher Vorteil») und die Anforderungen von Art. 5 Abs. 1^{quinquies} Bst. b RPG am besten vereinbaren, ohne dass deren Zusammenspiel unklar wird. Der kantonale oder kommunale Gesetzgeber setzt Art. 5 Abs. 1 RPG durch die Bestimmung einer Freigrenze legislatorisch so um, dass der bundesrechtliche Begriff des „erheblichen Vorteils“ für ein bestimmtes (Staats-) Gebiet genauer bezeichnet wird. Erst ab dieser Schwelle ist von einem „erheblichen Vorteil“ auszugehen. Darunter sind planungsbedingte Mehrwerte nicht abgabepflichtig. Wie erwähnt, muss diese Grenze im Kanton Bern für Um- und Aufzonungen (zurzeit und vorbehalten des Rechtsgleichheitsgebots) grundsätzlich beliebig hoch ansetzbar sein, da auch der gänzliche Verzicht auf eine Abgabe zulässig ist. Art. 5 Abs. 1^{quinquies} RPG wird sodann seinerseits durch die Bestimmung eines Freibetrages leicht unter der Höhe der Freigrenze berücksichtigt.

Damit ist einerseits sichergestellt, dass kein «ungünstiges Verhältnis» der Abgabe bzw. auf die vom Staat verzichtete Abgabe zum Erhebungsaufwand entsteht. Andererseits wird der mit einer Freigrenze immer verbundene Schwelleneffekt mit dem Freibetrag abgefedert. Damit ist auch die Rechtsgleichheit (besser) gewährt, zumindest soweit, wie die Grundeigentümerinnen untereinander betroffen sind.

Der vom Bundesgericht genannte „Rabatt“ für Grundeigentümer stützt sich demnach nicht auf Art. 5 Abs. 1^{quinquies} RPG, wie das Bundesgericht im «Fall

Münchenstein» suggeriert, sondern auf Art. 5 Abs. 1 RPG, da die Erheblichkeitsgrenze und damit eine Art «Rabatt» im Sinne der Auslegung des „erheblichen Vorteils einer Planung“ von Art. 5 Abs. 1 RPG festgelegt wird.

4. Zusammenfassung

Es ist festzuhalten, dass die beiden Bundesgerichtsentscheide keine Auswirkungen für die Regelung der Mehrwertabgabe im Kanton Bern und damit für die bernischen Gemeinden haben. Es ist jedoch ratsam, den Bogen in kommunalen Mehrwertabgabereglementen nicht zu überspannen. Sehr hohe Freigrenzen über CHF 100'000.00 sind eher zu vermeiden bzw. müssen sehr gut begründet sein. Zudem sind Freigrenzen mit leicht tieferen Freibeträgen zu kombinieren, da damit der bundesrechtliche Gesetzgebungsauftrag von Art. 5 RPG sowie das Rechtsgleichheitsgebot am besten umgesetzt werden.

Zur Durchführung von Gemeindeversammlungen während der Corona-Pandemie¹

Marc Häusler, Rechtsanwalt und Notar, Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises Oberaargau im Kanton Bern.

Alain Sommer, MLaw, Regierungsstatthalteramt des Verwaltungskreises Oberaargau im Kanton Bern.

Die Durchführung von Gemeindeversammlungen in der Corona-Pandemie stellt die Gemeinden vor grosse Herausforderungen. Im vorliegenden Beitrag wird aufgezeigt, welche gesetzlichen Grundlagen die Gemeinden bei der Durchführung von Versammlungen zu beachten haben und wie eine Versammlung unter Berücksichtigung der geltenden Regeln durchgeführt werden kann. Anhand der gesetzlichen Möglichkeiten im Kanton Bern wird zudem ein Alternativmodell zur Gemeindeversammlung vorgestellt sowie der kantonale Beschwerdeweg im Zusammenhang mit Ansetzung und Durchführung von Gemeindeversammlungen aufgezeigt.

I. Einleitung

Die Corona-Pandemie sowie die dagegen ergriffenen staatlichen Massnahmen bringen in allen Lebensbereichen Umstellungen mit sich. Nebst dem den Bürgerinnen und Bürgern die ihnen verfassungsmässig zugesprochenen Rechte weiterhin in möglichst grossem Umfang zukommen sollen, müssen das Wohl und die Gesundheit der Gesellschaft als Ganzes geschützt bleiben, was Einschränkungen für jede und jeden bedeutet. Gleichzeitig müssen Einwohnergemeinden und andere gemeinderechtlichen Körperschaften handlungsfähig bleiben und sind darauf angewiesen, dass über die für sie dringlichen Sachgeschäfte abgestimmt werden kann und notwendige Wahlen durchgeführt werden können.

¹ Dieser Beitrag ist erstmals im Jusletter vom 18. Januar 2021 erschienen.

Die von Bund und Kantonen getroffenen Massnahmen beinhalten unter anderem verschiedene Einschränkungen betreffend Zusammenkünfte und Versammlungen von Personengruppen, was direkte Auswirkungen auf die Ausübung der politischen Rechte jedes einzelnen Mitglieds unserer Gesellschaft haben kann, aber auch einen direkten Einfluss auf die Führung und den wirtschaftlichen Fortgang einer Gemeinde hat, insbesondere dann, wenn das oberste Exekutivorgan einer Gemeinde nicht mehr oder nur unter erschwerten Bedingungen tagen kann. Der vorliegende Artikel befasst sich mit der konkreten Frage, wie in Gemeinden notwendige Versammlungen auch während der Pandemie unter rechtskonformen Bedingungen stattfinden können, damit den Bürgerinnen und Bürgern ihr verfassungsmässiges Recht auf politische Partizipation garantiert werden kann. Es wird zudem anhand der gesetzlichen Möglichkeiten im Kanton Bern aufgezeigt, wann eine Urnenabstimmung beziehungsweise -wahl als Alternative zur Gemeindeversammlung in Betracht zu ziehen ist und wie sich Stimmberechtigte auf dem Beschwerdeweg gegen die Durchführung einer Gemeindeversammlung zur Wehr setzen können.

II. Grundrechtliche Bedeutung

Art. 34 Abs. 1 BV² gewährleistet die politischen Rechte auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene in abstrakter Weise und ordnet die wesentlichen Grundsätze der demokratischen Partizipation.³ Unter Art. 34 Abs. 2 BV fällt das verfassungsrechtlich gewährleistete politische Stimmrecht als Grundrecht, welches dem Bürger allgemein Anspruch darauf gibt, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt.⁴ Jeder Stimmbürgerin und jedem Stimmbürger kommt das Recht zu, mit gleichen Chancen an einer Abstimmung teilnehmen zu können.⁵ Abstimmungsverfahren müssen mit anderen Worten so ausgestaltet sein, dass die freie und unbeeinflusste Äusserung des Wählerwillens gewährleistet ist.⁶

Die in Art. 34 BV verankerten und grundrechtlich geschützten politischen Rechte haben die Funktion, die rechtserhebliche Teilnahme des Einzelnen an der staatlichen Willensbildung sicherzustellen.

² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, (BV; SR 101).

³ BGE 131 I 442 S. 447 E. 3.1.

⁴ BGE 130 I 290 S. 294 E. 3.1; BGE 115 Ia 201 S. 206 E. 4.

⁵ BGE 115 Ia 201 S. 206 E. 4.

⁶ BGE 130 I 290 S. 294 E. 3.1.

Der Einzelne soll bei der Ausübung der politischen Rechte als Teil der Bürgerschaft und als Teilorgan des Staates mitwirken können.⁷ Art. 34 BV schützt im Speziellen die Teilnahme an Abstimmungen auf allen bundesstaatlichen Ebenen.⁸

III Corona-Massnahmen auf Bundesebene betreffend die Durchführung von Gemeindeversammlungen

1. Allgemeine Vorschriften

Am 25. September 2020 trat auf Bundesebene das Covid-19-Gesetz⁹ in Kraft. Dieses regelt die besonderen Befugnisse des Bundesrats, Regelungen mittels Verordnungen aufzustellen, welche der Bekämpfung der Covid-19-Epidemie sowie dem diesbezüglichen Schutz der Gesellschaft, Wirtschaft und Behörden dienen.¹⁰ Von dieser Ermächtigung macht die Landesregierung unter anderem durch die Covid-19-Verordnung besondere Lage¹¹ Gebrauch. In dieser wird die Durchführung von Versammlungen grundsätzlich untersagt, wobei gewisse Veranstaltungen von diesem Verbot ausgenommen sind.¹² Dazu zählen insbesondere Versammlungen der Legislativen aller föderalistischen Ebenen und damit auch Gemeindeversammlungen.¹³ Die Kantone werden dazu verpflichtet, in ihren Zuständigkeitsgebieten die Ausübung der politischen Rechte zu gewährleisten.¹⁴ Bei der Durchführung von Gemeindeversammlungen gilt allerdings für jede Person Maskentragpflicht.¹⁵ Davon ausgenommen sind lediglich diejenigen Personen, die als Rednerinnen oder Redner auftreten¹⁶ oder aus medizinischen Gründen von dieser Pflicht befreit sind.¹⁷

⁷ REGINA KIENER ET AL., Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018, S. 302.

⁸ GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Zürich 2017, S. 399.

⁹ Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020 (Stand am 19. Dezember 2020), SR 818.102.

¹⁰ Art. 1 Abs. 1 Covid-19-Gesetz.

¹¹ Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 19. Juni 2020 (Stand am 1. März 2021), SR 818.101.26.

¹² Art. 6 Abs. 1 lit. a bis i Covid-19-Verordnung besondere Lage.

¹³ Art. 6c Abs. 1 lit. a Covid-19-Verordnung besondere Lage; Erläuterungen zur Verordnung vom 19. Juni 2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage, SR 818.101.26), Version vom 12. Februar 2021 (nachfolgend: Erläuterungen besondere Lage), S. 24.

¹⁴ Art. 8 Abs. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage.

¹⁵ Art. 3b Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage; Erläuterungen besondere Lage, S. 5.

¹⁶ Art. 3b Abs. 2 lit. f Covid-19-Verordnung besondere Lage; Erläuterungen besondere Lage, S. 5.

¹⁷ Art. 3b Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 4 Abs. 2 lit. d Covid-19-Verordnung besondere Lage.

2 Schutzkonzept

Im Vorfeld von Gemeindeversammlungen ist ein Schutzkonzept zu erarbeiten und umzusetzen.¹⁸ Dieses muss Massnahmen vorsehen, welche Hygiene, Abstand sowie die Einhaltung der Maskentragpflicht gewährleisten. Es muss darin eine Person bezeichnet werden, die für die Umsetzung des Konzepts und für den Kontakt mit den zuständigen Behörden verantwortlich ist.¹⁹

Die jeweils auf die konkreten Versammlungen abgestimmten Schutzkonzepte müssen aufzeigen, wie mit differenzierten Massnahmen ein wirkungsvoller Schutz vor einer Ansteckung mit Covid-19 erreicht wird. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass ein erhöhtes Ansteckungsrisiko besteht, wenn die Distanz von 1,5 Metern während mehr als 15 Minuten nicht eingehalten werden kann.²⁰ Den Anwesenden muss unter anderem Händedesinfektionsmittel und bei öffentlich zugänglichen Waschbecken Seife zur Verfügung gestellt werden. Sämtliche Kontaktflächen wie etwa Türklinken müssen regelmässig gereinigt werden und es sind Abfalleimer zur Entsorgung von Taschentüchern und Gesichtsmasken bereitzustellen.²¹ Die Versammlungsorganisatoren müssen den Warte- und Eingangsbereich so ausgestalten, dass während der gesamten Zeit sichergestellt ist, dass der Mindestabstand von 1,5 Metern zwischen den Personen eingehalten wird. Im Sitzplatzbereich sind die Plätze so anzuordnen oder zu belegen, dass mindestens ein Platz freigehalten oder zwischen den Sitzplätzen ein gleichwertiger Abstand eingehalten wird. Von diesen Abstandsregeln ausgenommen sind Kinder vor ihrem 12. Geburtstag oder Personen, die im selben Haushalt leben, da bei diesen die Einhaltung des Abstands unzweckmässig ist.²² Die Kontaktdaten der anwesenden Personen müssen erhoben werden, wenn während mehr als 15 Minuten der Mindestabstand ohne Schutzmassnahmen – wie etwa das Tragen von Gesichtsmasken oder das Anbringen von geeigneten Abschränkungen – nicht eingehalten werden kann.²³ Dies kann bei Gemeindeversammlungen insbesondere dann der Fall sein, wenn damit gerechnet werden muss, dass Personen anwesend sind, die von der Maskentragpflicht aus medizinischen Gründen befreit sind²⁴ und es für sie nicht möglich ist, den Abstand von 1,5 Metern zu den restlichen Anwesenden stets einzuhalten.

¹⁸ Art. 4 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage.

¹⁹ Art. 4 Abs. 2 bis 4 Covid-19-Verordnung besondere Lage.

²⁰ Anhang 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Ziff. 1).

²¹ Anhang 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Ziff. 2).

²² Anhang 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Ziff. 3).

²³ Anhang 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Ziff. 4.1).

²⁴ Art. 3b Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 4 Abs. 2 lit. d Covid-19-Verordnung besondere Lage.

Gerade in grösseren Gemeinden wird es kaum möglich sein, abschliessende Klarheit darüber zu erlangen, dass keine stimmberechtigten Personen von der Maskenpflicht befreit sind oder der Mindestabstand zu jeder Zeit eingehalten werden und deshalb auf die Erhebung der Kontaktdaten verzichtet werden kann. Aus diesen Gründen ist es empfehlenswert, von Beginn an die Erhebung der Kontaktdaten an Gemeindeversammlungen im Schutzkonzept vorzusehen und zusätzlich nach Möglichkeit klar getrennte Sektoren zu bilden, um so im Falle einer Quarantäneanordnung die Anzahl betroffener Personen zu verkleinern. Bei der Erhebung der Kontaktdaten hat die Verfahrensleitung die anwesenden Stimmberechtigten über die voraussichtliche Unterschreitung des erforderlichen Abstands und das damit einhergehende erhöhte Infektionsrisiko sowie über die Möglichkeit einer Quarantäneanordnung durch die zuständige kantonale Stelle zu informieren.²⁵ Diese Information kann bereits durch das im Voraus an die Versammlung öffentlich zugänglich gemachte Schutzkonzept erfolgen. Die Mindestvorgaben des Bundes verpflichten dazu, Name, Vorname, Wohnort, Telefonnummer sowie die Sitzplatznummer jedes Teilnehmers aufzunehmen.²⁶ Ein Sitzplatzplan ist mithin unbedingte Voraussetzung für eine rechtskonforme Durchführung einer Gemeindeversammlung. Die Kontaktdatenerhebung dient lediglich dem Contact Tracing und schützt nicht vor Ansteckungen. Die Einhaltung des Abstands und der Schutzmassnahmen ist deshalb trotzdem wann immer möglich zu gewährleisten.²⁷ Die Verfahrensleitung ist verpflichtet, die Korrektheit der erhobenen Kontaktdaten sicherzustellen.²⁸ Diese Sicherheit kann etwa mittels Abgleich der Stimmrechtsausweise oder der Identitätspapiere der Anwesenden mit den von diesen angegebenen Daten erreicht werden. Letztlich muss die Vertraulichkeit der Kontaktdaten zu jeder Zeit gewährleistet sein.²⁹ So entspricht etwa das Auflegen einer Liste im Eingangsbereich, in die sich die Anwesenden eintragen und die zugleich für alle anderen einsehbar ist, diesen Anforderungen nicht. Nach der Erhebung müssen die Daten in abgeschlossenen Behältnissen oder mit entsprechenden IT-Sicherheitsvorkehrungen aufbewahrt werden.³⁰

²⁵ Anhang 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Ziff. 4.2).

²⁶ Anhang 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Ziff. 4.4).

²⁷ Erläuterungen besondere Lage, S. 8, 11, 40f.

²⁸ Anhang 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Ziff. 4.4^{bis}).

²⁹ Anhang 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Ziff. 4.6).

³⁰ Erläuterungen besondere Lage, S. 42.

3. Bedeutung in den Kantonen

Die vom Bundesrat getroffenen Massnahmen gelten grundsätzlich als Mindeststandards, welche gesamtschweizerisch eingehalten werden müssen, wobei von den Kantonen darüber hinaus einschränkende Massnahmen getroffen werden können.³¹ Unter gewissen Voraussetzungen besteht allerdings für die kantonalen Regierungen auch die Möglichkeit, Erleichterungen gegenüber gewissen Vorgaben in der Covid-19-Verordnung besondere Lage zu bewilligen.³² Aus den genannten Gründen ist es bei der Vorbereitung einer Gemeindeversammlung und bei der Bestimmung der zu treffenden Vorkehrungen stets unerlässlich, die geltenden Regelungen des entsprechenden Kantons in die Beurteilung miteinzubeziehen.

4. Corona-konforme Durchführung von Gemeindeversammlungen

Wie aufgezeigt ist es durchaus möglich, auch in der Corona-Pandemie Gemeindeversammlungen durchzuführen, sofern die Vorgaben von Bund und Kanton eingehalten werden können und konkrete Schutzkonzepte vorhanden sind. Generell von Bedeutung ist, dass die Schutzkonzepte auf realistische Besucherzahlen ausgelegt werden. Entsprechend der angenommenen Teilnehmerzahl können die Plätze bereits im Vorfeld so definiert werden, dass die Mindestabstände eingehalten und Sektoren gebildet werden können. Zudem erscheint es sinnvoll, bereits im Konzept selbst eine kritische Grösse der Teilnehmenden festzusetzen, bei deren Überschreitung die Versammlung umgehend abgebrochen werden muss, da das Schutzkonzept nicht mehr wie vorgesehen eingehalten werden kann.

Letztlich ist es Sache der zuständigen Behörde zu entscheiden, ob es sinnvoll ist, eine Gemeindeversammlung durchzuführen oder, ob alternative Durchführungsformen in Betracht zu ziehen sind. Wichtig scheint dabei, dass die Behörden jeweils abwägen, wie brisant ein Abstimmungstraktandum oder eine Wahl ist, bevor über die Durchführungsform entschieden wird. Grundsätzlich gilt, je brisanter ein Thema, desto wichtiger ist es, den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern im Vorfeld zur Abstimmung die Möglichkeit einer Diskussion einzuräumen und die Bevölkerung umfassend über das Sachgeschäft zu informieren.

³¹ Art. 2, Art. 8 Covid-19-Verordnung besondere Lage.

³² Art. 7 Covid-19-Verordnung besondere Lage.

Zudem ist anzunehmen, dass sich zu brisanten Themen tendenziell mehr Bürgerinnen und Bürger äussern möchten, was eine Corona-konforme Durchführung einer Gemeindeversammlung, bei welcher eine Vielzahl von Stimmberechtigten erwartet wird, grundsätzlich schwieriger macht.

IV Corona-Massnahmen auf Bundesebene betreffend die Durchführung von Gemeindeversammlungen

1. Allgemeine Vorschriften im Kanton Bern

In der Covid-19 V³³ regelt der Regierungsrat des Kantons Bern kantonale Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie, welche diejenigen des Bundes ergänzen.³⁴ Die unter dem Titel «2.2 Veranstaltungen» aufgeführten Regelungen wurden jedoch bis auf ein Konsumverbot von Speisen und Getränken an Märkten und einem Verbot von politischen und zivilgesellschaftlichen Kundgebungen mit mehr als 15 Personen, zu denen Gemeindeversammlungen nicht gehören, aufgrund der vom Bund verabschiedeten Bestimmungen aufgehoben. Die bundesrechtlichen Regelungen bezüglich Abstand, Schutzmassnahmen und Schutzkonzept im Zusammenhang mit Gemeindeversammlungen finden somit im Kanton Bern direkte Anwendung.

Nebst den Bundesvorschriften und den das Coronavirus betreffenden kantonalen Vorschriften sind im Kanton Bern für Gemeindeversammlungen das PRG³⁵, die PRV³⁶, die Verordnung über das Stimmregister³⁷, das VRPG³⁸ sowie das GG³⁹ und die GV⁴⁰ wie auch die gemeindeinternen Bestimmungen von Relevanz.

2. Urnenabstimmungen als alternative Durchführungsform

Als Alternative zur Durchführung einer Gemeindeversammlung kommt ausnahmsweise eine Abstimmung an der Urne in Frage. Grundsätzlich äussern die Stimmberechtigten ihren Willen an der Gemeindeversammlung.

³³ Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 4. November 2020 (Stand 1. März 2021), Covid-19 V, BSG 815.123.

³⁴ Art. 1 Abs. 1 Covid-19 V.

³⁵ Gesetz über die politischen Rechte vom 5. Juni 2012, BSG 141.1.

³⁶ Verordnung über die politischen Rechte vom 4. September 2013, BSG 141.112.

³⁷ Verordnung über das Stimmregister vom 10. Dezember 1980, BSG 141.113.

³⁸ Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989, BSG 155.21.

³⁹ Gemeindegesetz vom 16. März 1998, BSG 170.11.

⁴⁰ Gemeindeverordnung vom 16. Dezember 1998, BSG 170.111.

Das Organisationsreglement der Gemeinde kann allerdings eine Urnenabstimmung oder Urnenwahl vorschreiben. Darüber hinaus kommt dem zuständigen Regierungsstatthalteramt die Kompetenz zu, auf Antrag oder von Amtes wegen unter gewissen Umständen einen Urnengang anzuordnen.⁴¹ Die ausnahmsweise Anordnung eines Urnengangs anstelle einer Gemeindeversammlung soll dem Anspruch der Stimmberechtigten auf freie und unverfälschte Willenskundgabe zum Durchbruch verhelfen. Ein Urnengang ist daher insbesondere dann anzuordnen, wenn die Versammlung nicht unter zumutbaren Verhältnissen abgehalten werden kann oder die Anwesenheit von teilnahmewilligen Stimmberechtigten durch äussere Umstände verhindert ist.⁴²

Die Pflicht zur Einhaltung der bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften betreffend Coronavirus führen dazu, dass die Organisation und Durchführung von Gemeindeversammlungen je nach Grösse der Gemeinde mit unverhältnismässig grossem Mehraufwand verbunden ist. Aufgrund der unbekanntem Fortentwicklung der Corona-Krise ist zudem eine Vielzahl von Stimmberechtigten verunsichert. Es ist nicht auszuschliessen, dass gewisse Personen aufgrund der Angst, sich mit dem Virus zu infizieren, einer Gemeindeversammlung – selbst wenn diese in einer kleinen Gemeinde unter Einhaltung eines strikten und rechtskonformen Schutzkonzepts durchgeführt wird – fernbleiben. Dies wird im Besonderen für Personen zutreffen, welche zu einer Risikogruppe gehören. Nach der allgemeinen Erfahrung bilden gerade Risikopersonen höheren Alters einen Grossteil der Teilnehmenden an Gemeindeversammlungen. Neben der Angst, sich an einer Versammlung anzustecken, kann die Maskentragpflicht für einen Teil der Bevölkerung einen weiteren Grund darstellen, nicht an einer Versammlung teilzunehmen. Der Anspruch der Stimmberechtigten auf freie und unverfälschte Willenskundgabe scheint aus diesen Gründen gefährdet. Auch wenn bei der Anordnung von Urnengängen prinzipiell Zurückhaltung angezeigt ist⁴³, scheint es unter den momentan vorliegenden Umständen grundsätzlich angebracht, Anträge auf die Durchführung von Urnenabstimmungen zu bewilligen oder solche von Amtes wegen zu erlauben,

⁴¹ Art. 12 GG.

⁴² Peter FRIEDLI, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Bern 1999, Art. 12 N 17 und 19.

⁴³ PETER FRIEDLI, a.a.O., Art. 12 N 19.

was im Kanton Bern mittels Allgemeinverfügung der Bernischen Regierungsratsmitglieder und Regierungsratsmitglieder in den meisten Verwaltungskreisen geschehen ist.⁴⁴

V. Beschwerdemöglichkeit gegen die Durchführung von Gemeindeversammlungen anhand des Beispiels des Kantons Bern

1. Beschwerdemöglichkeit

Werden an einer Gemeindeversammlung zwingende Corona-Schutzmassnahmen nachweislich nicht eingehalten, stellt sich die Frage, inwiefern potentielle Beschwerdeführer gegen die Versammlung Beschwerde führen können. Hierbei ist zu unterscheiden, ob sich die Beschwerde gegen die Ansetzung der Versammlung richtet oder konkrete Missstände an der Versammlung selbst gerügt werden.

2. Beschwerderecht und Anfechtungsobjekt

Zur Beschwerde in kommunalen Wahl- und Abstimmungssachen ist befugt, wer die allgemein geltenden Legitimationsvoraussetzungen⁴⁵ erfüllt und alternativ, wer in der Gemeinde stimmberechtigt ist.⁴⁶ Demgemäss ist zur Beschwerde befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung oder des Entscheids hat.

⁴⁴ Die erlassene Allgemeinverfügung ermöglicht es sämtlichen gemeinderechtlichen Körperschaften im betroffenen Verwaltungskreis, mit Ausnahme der Gemeinden im Verwaltungskreis Thun (Stand 5. März 2021), ohne vorgängiges Gesuch an das Regierungsratskanzlei und unabhängig einer dahingehenden Regelung in den gemeindeinternen Reglementen, an Stelle von Gemeindeversammlungen Urnenabstimmungen und -wahlen durchzuführen. Diese Möglichkeit ist vorläufig bis zum 30. Juni 2021 befristet. Bestehen eigene Bestimmungen zu Urnenabstimmungen, kann verfügungsweise angeordnet werden, dass diese zur Anwendung gelangen müssen. Darüber hinaus kann festgelegt werden, dass, soweit das Gemeindereglement Vorschriften zu geheimen (also schriftlichen) Abstimmungen an Gemeindeversammlungen vorsieht, diese Vorgaben analog für Urnenabstimmungen anzuwenden sind. Fehlen in gewissen gemeinderechtlichen Körperschaften jegliche Verfahrensregeln zur Durchführung von Urnenabstimmungen und -wahlen oder andere Bestimmungen, die sinngemäss angewendet werden können, finden ersatzweise die Verfahrensvorschriften der kantonalen Gesetzgebung über die politischen Rechte Anwendung. Bezüglich Verfahren und Fristen bei der Durchführung einer Urnenabstimmung oder -wahl gelten somit die Vorschriften des PRG und der PRV analog.

⁴⁵ Art. 65 VRPG.

⁴⁶ Art. 65b VRPG; MICHAEL PFLÜGER, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 2020, Art. 65b N 8.

Stimmberechtigt in Gemeindeangelegenheiten sind die seit drei Monaten in der Gemeinde wohnhaften, in kantonalen Angelegenheiten stimmberechtigten Personen.⁴⁷ Zur Ausübung des Stimmrechts ist nur berechtigt, wer im Stimmregister eingetragen ist.⁴⁸ Dieser sogenannten Bürgerbeschwerde kommt hierbei zentrale Funktion zu, da ein Stimmbürger allein aufgrund seiner Stimmberechtigung – auch ohne durch den angefochtenen Akt selber konkret verletzt zu werden – ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse zur Beschwerdeerhebung aufweist.⁴⁹

Akte von Behörden, welche Wahlen, Abstimmungen, Beschlüsse und Verfügungen in Wahl- oder Abstimmungssachen betreffen, unterliegen der Beschwerde.⁵⁰ Die vom Gesetzgeber bewusst offen gewählte Formulierung der Stimmrechts-, Abstimmungs- und Wahlbeschwerde in kommunalen Angelegenheiten lässt diese sowohl gegen die Wahlen und Abstimmungen als solche als auch gegen andere Beschlüsse und Verfügungen in Abstimmungssachen zu.⁵¹

3. Beschwerden gegen Vorbereitungshandlungen

Ist eine stimmberechtigte Person der Ansicht, die Durchführung einer konkret angesetzten Gemeindeversammlung sei unter Berücksichtigung aller Umstände in der angekündigten Form und im geplanten Versammlungslokal Corona-konform nicht möglich, hat sie dies grundsätzlich sofort nach Bekanntgabe des Datums der Versammlung vorzubringen. Ihre Beanstandung richtet sich in diesem Fall gegen eine Vorbereitungshandlung, nämlich gegen die geplante Abstimmung in der Form einer physischen Gemeindeversammlung. Richtet sich eine Stimmrechtsbeschwerde gegen Vorbereitungshandlungen, so ist sie prinzipiell sofort und noch vor der Durchführung der Abstimmung einzureichen.⁵² Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung findet sich insofern in der kantonalen Gesetzgebung wieder, als dass für die Rüge von Vorbereitungshandlungen im Kanton Bern eine verkürzte Frist von zehn Tagen vorgesehen ist.⁵³ Als Vorbereitungshandlungen gelten Akte, die bereits im Hinblick auf eine konkret bevorstehende Abstimmung ergehen.⁵⁴ Der Begriff darf nicht eng verstanden werden. So sind grundsätzlich auch Rügen

⁴⁷ Art. 13 GG.

⁴⁸ Art. 39 Abs. 1 PRG und Art. 20 GG; vgl. dazu auch die Verordnung über das Stimmregister.

⁴⁹ MARKUS MÜLLER, *Bernische Verwaltungsrechtspflege*, 2. Auflage, Bern 2011, S.171 m.w.H.; MICHAEL PFLÜGER, a.a.O., Art. 65b N 14.

⁵⁰ Art. 60 Abs. 1 lit. b und Art. 2 Abs. 1 lit. b VRPG.

⁵¹ UELI FRIEDRICH, in MARKUS MÜLLER / RETO FELLER (Hrsg.), *Bernisches Verwaltungsrecht*, 2. Auflage, Bern 2013, S. 243 E. 250 m.w.H.

⁵² BGE 110 Ia 176 S. 178 E. 2a.

⁵³ Art. 67a Abs. 2 VRPG.

⁵⁴ VGE 2014/124 vom 30. Juni 2014 E. 2.3.2 m.w.H.

betreffend die Festlegung der Form einer Abstimmung erfasst.⁵⁵ Werden Handlungen im Zusammenhang mit der Vorbereitung einer Abstimmung gerügt, so ist, sofern die zehntägige Beschwerdefrist nicht erst nach dem Abstimmungstermin endet, gegen die Vorbereitungshandlung selbst Beschwerde zu führen. Die Beschwerdefrist beginnt am Tag nach der Eröffnung oder Veröffentlichung des angefochtenen Akts zu laufen.⁵⁶ Fristauslösend ist somit in den meisten Fällen die amtliche Publikation des Wahl- oder Abstimmungstermins – beispielsweise im regionalen Amtsanzeiger, respektive die Bekanntgabe, in welcher Form (physische Versammlung oder Urnenabstimmung) die Wahl oder Abstimmung durchgeführt werden soll.⁵⁷ Wird erst an der Versammlung selbst Protest gegen die Vorbereitung respektive gegen die Form, wie gewählt oder abgestimmt wird, erhoben, ist dieser verspätet.⁵⁸ Ziel dieser restriktiven Regelung ist es, Mängel noch vor der Abstimmung beheben zu können, damit diese nicht wiederholt zu werden braucht. Unterlässt ein Stimmberechtigter dies, obwohl nach den Verhältnissen ein sofortiges Handeln geboten und zumutbar war, so verwirkt er das Recht zur Anfechtung des Abstimmungsergebnisses.⁵⁹ Es wäre stossend und mit Treu und Glauben unvereinbar, wenn ein Beschwerdeführer trotz Möglichkeit und Zumutbarkeit eines früheren Einspruchs das für eine Abstimmung angeordnete Verfahren zunächst widerspruchslos hinnehmen und erst hinterher die Abstimmung anfechten könnte, weil deren Ergebnis nicht seinen Erwartung entspricht.⁶⁰

Die beschwerdeführende Person hat nach dem Gesagten ihre Bedenken innert der im Kanton Bern geltenden Frist von 10 Tagen seit der Bekanntmachung der Rechtsmittelinstanz mitzuteilen. Gleiches gilt auch für Personen, denen von Beginn weg klar ist, dass sie an einer physischen Versammlung nicht teilnehmen werden. Diese sind folglich ebenfalls nicht berechtigt, den Ausgang der Abstimmungen abzuwarten und erst anschliessend mittels der Einreichung einer Beschwerde ihre vermeintlich verletzten demokratischen Teilnahmerechte zum Ausdruck zu bringen. Würde diesen Personen die Anhebung einer Beschwerde ermöglicht, liefe die Prozessvoraussetzung der rechtzeitigen Beschwerdeerhebung geradezu ins Leere.

⁵⁵ VGE 2017/459 vom 29. Juni 2017 E. 1.1.1.

⁵⁶ Art. 67a Abs. 3 VRPG.

⁵⁷ RUTH HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 2020, Art. 67a N 15.

⁵⁸ RUTH HERZOG, a.a.O., Art. 67a N 7.

⁵⁹ BGE 110 Ia 176 S. 178 E. 2a; VB.2009.00590 vom 10. Februar 2010 E. 3.2.

⁶⁰ BGE 118 Ia 271 S. 274 E. 1d m.w.H.; BGE 89 I 80 S. 86 f. E. 4.

Vielmehr wären somit alle stimmberechtigten Personen einer Gemeinde berechtigt, nachträglich gegen die Gemeindeversammlung Beschwerde zu erheben. Ein solches Resultat kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, welcher Vorbereitungshandlungen innert kurzer, zehntägiger Frist nach Veröffentlichung angefochten sehen will, um die Chance zu erhöhen, dass Verfahrensfehler noch im Vorfeld der Gemeindeversammlung korrigiert werden können.⁶¹ Bei diesem Ergebnis darf es auch keine Rolle spielen, ob es sich bei den Einwänden um Bedenken bezüglich des Coronavirus, andere gesundheitliche oder sonstige Besorgnisse handelt, ansonsten der Weg einer nachträglichen Beschwerdeerhebung vollends geöffnet würde.

Auch wenn die Angst vor einer Ansteckung mit Covid-19 an einer Gemeindeversammlung durchaus nachvollziehbar ist, befreit diese nicht von der rechtzeitigen Beanstandung und ist kein Grund, eine Beschwerde erst nach Kenntnisnahme des Abstimmungsresultats zu erheben.

4. Beschwerde gegen den Abstimmungsentscheid

Die Beschwerdemöglichkeit gegen den Abstimmungsentscheid steht insbesondere denjenigen Personen zu, welche im Voraus der Gemeindeversammlung damit rechneten, dass diese Corona-konform durchgeführt werden kann. Diese Personen begeben sich zu besagter Zeit zum Versammlungslokal und nehmen an der Versammlung Teil oder entscheiden sich erst aufgrund der vorgefundenen Situation vor Ort dazu, das Versammlungslokal noch vor Beginn der Gemeindeversammlung wieder zu verlassen. Erheben diese Personen Beschwerde, beziehen sich ihre vorgebrachten Einwände direkt auf die an der Gemeindeversammlung respektive vor dem Versammlungslokal angetroffenen und für sie zu prekären Umstände. Sie beanstanden folgerichtig nicht Vorbereitungshandlungen, sondern die nicht erwarteten Umstände, welche vor Ort vorliegen und sie an der Ausübung ihrer demokratischen Teilnahmerechte hindern. Selbst wenn man zum Schluss gelangen würde, dass auch hier Handlungen im Zusammenhang mit der Vorbereitung einer Abstimmung gerügt werden, wäre es den entsprechenden Stimmberechtigten weder möglich noch zumutbar, diese Einsprüche vorab vorzubringen, da sie wie erwähnt erst unmittelbar vor Beginn oder während der Gemeindeversammlung von den Missständen Kenntnis erhalten. Die Beschwerde ist grundsätzlich innert 30 Tagen nach der Abstimmung zu erheben.⁶²

⁶¹ Art. 67a Abs. 2 und 3 VRPG; RUTH HERZOG, a.a.O., Art. 67a N 13.

⁶² Art. 67a Abs. 2 VRPG.

5. Zur Rügepflicht im Speziellen

Verletzungen von Verfahrensvorschriften an der Gemeindeversammlung – so etwa die nicht ausreichenden Corona-Schutzmassnahmen – sind sofort zu beanstanden.⁶³ Diese Rügepflicht entfällt, wenn der betroffenen Person nach den Umständen nicht zugemutet werden können, den Mangel rechtzeitig zu rügen.⁶⁴ An das Kriterium der Zumutbarkeit sind grundsätzlich keine hohen Ansprüche zu stellen. So müssen etwa heikle Verfahrensfragen oder komplizierte Abstimmungsverfahren nicht unverzüglich analysiert, erkannt und gerügt werden.

Wer rechtzeitige Rügen pflichtwidrig unterlassen hat, kann getroffene Wahlen und gefasste Beschlüsse nicht nachträglich anfechten.⁶⁵ Die Rügepflicht verfolgt ein ähnliches Ziel wie die bereits abgehandelte sofortige Beanstandung von Vorbereitungshandlungen. Sie bezweckt als Auslauf des Prinzips von Treu und Glauben und im Sinne der Verfahrensökonomie die möglichst rasche Behebung von Verfahrensfehlern ohne unnötige Beschwerdeverfahren.⁶⁶ Erkannte Verfahrensfehler sollen noch an der Versammlung selbst geprüft und sofort geheilt werden, damit eine Wiederholung der Wahl oder der Abstimmung vermieden werden kann.⁶⁷ Mit Blick auf diesen Zweck der Bestimmung genügt es, wenn eine Person anlässlich der Gemeindeversammlung den Verfahrensfehler rügt. Zusätzliche Rügen durch weitere Stimmberechtigte in gleicher Sache sind nicht notwendig. Eine Beschwerde einer stimmberechtigten Person im Anschluss an eine Gemeindeversammlung ist folglich auch ohne persönliche Rüge möglich, sofern die Beanstandung der entsprechenden Verfahrensfehler bereits erfolgt ist, respektive eine entsprechende klare Rüge während der Versammlung von einer anderen Person erhoben wurde.⁶⁸

Bezüglich der Personen, die das Versammlungslokal noch vor Beginn der Versammlung aus Angst vor einer Ansteckung wieder verlassen, stellt sich die Frage, ob ihnen die rechtzeitige und persönliche Rüge, die Versammlung könne nicht Corona-konform durchgeführt werden, nach den konkreten Umständen überhaupt

⁶³ Art. 49a Abs. 1 GG.

⁶⁴ Art. 49a Abs. 2 GG.

⁶⁵ Art. 49a Abs. 3 GG; DANIEL ARN / MIRJAM STRECKER, Leitfaden zur Vorbereitung und Durchführung von Gemeindeversammlungen, Bern 2020, S. 23 m.w.H.

⁶⁶ UELI FRIEDRICH, a.a.O., S. 245 E. 253.

⁶⁷ BGer 1C_537/2012 vom 25. Januar 2013 E. 2.3.

⁶⁸ BGer 1C_528/2017 vom 1. Juni 2018 E 6.2; VGer Thurgau TVR 2018 Nr. 5 E. 2.2; VGer Zug V 2018 20 vom 30. Oktober 2018 S. 18 E. 2c; Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt) des Kantons Zürich, Handbuch zur Gesetzgebung über die politischen Rechte, Zürich 2018, S. 42.

zugemutet werden kann. Dies ist zu verneinen. Die Angst der betroffenen Stimmberechtigten vor einer Ansteckung wegen mangelnder Schutzmassnahmen lässt keinen anderen Schluss zu, als dass die sofortige Beanstandung der Verletzung von Verfahrensvorschriften unzumutbar ist.

Personen, die vor oder während dem Eintritt ins Versammlungslokal erkennen, dass das für die Gemeindeversammlung geltende Schutzkonzept nicht ausreicht beziehungsweise aufgrund der Anzahl anwesenden Personen nicht eingehalten werden kann, können im Nachgang an die Abstimmungen innert 30-tägiger Frist ohne vorhergehende sofortige persönliche Rüge gegen die Versammlung Beschwerde erheben.

VI. Schlussfazit

Die politischen Rechte gebieten es zum einen, dass jeder Stimmberechtigte seinen Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Meinungsbildungsprozess treffen kann.⁶⁹ Die Wahl- und Abstimmungsfreiheit gewährleistet damit die für den demokratischen Prozess und die Legitimität direktdemokratischer Entscheidungen erforderliche Offenheit der Auseinandersetzung.⁷⁰ In diesem Sinne haben Stimmberechtigte das Recht, sich grundsätzlich an Gemeindeversammlungen zu den behandelten Traktanden äussern zu können und im Prozess der Entscheidungsfindung mitzudiskutieren. Im Rahmen des Möglichen besteht für sie mit anderen Worten der Anspruch, sich frei und umfassend an der Debatte zu beteiligen und zu versuchen, andere Anwesende von ihrer Ansicht zu überzeugen oder umgekehrt, sich von bisher nicht vertretenen Meinungen umstimmen zu lassen. Zum anderen gewährt die Verfassung jedem Stimmbürger das Recht, mit gleichen Chancen an einer Abstimmung teilnehmen und seine Meinung mit einer Stimme zum Ausdruck bringen zu können.⁷¹ Dieses Recht kann während der Corona-Pandemie zumindest für gewisse Personengruppen stark eingeschränkt sein. Es besteht insofern die Problematik, dass die Äusserungsmöglichkeit an einer Gemeindeversammlung als Voraussetzung für die Entscheidungsfindung gegen

⁶⁹ JÖRG PAUL MÜLLER / MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008, S. 611; BGE 135 I 292 S. 294 E. 2; BGE 130 I 290 S. 294 E. 3.1.

⁷⁰ BGE 145 I 1 S. 5 E. 4.1; BGE 143 I 211 S. 212 f. E. 3.1.

⁷¹ Art. 34 Abs. 2 BV; GIOVANNI BIAGGINI, a.a.O., S. 399; BGE 135 I 292 S. 294 E. 2; BGE 115 Ia 201 S. 206 E. 4.

die Gesundheit und Möglichkeit aller, in der Sachfrage mit abzustimmen, abgewogen werden muss.

Diese Abwägung der entscheidbefugten Behörden kann je nach Organisation und Grösse einer gemeinderechtlichen Körperschaft sowie der zur Verfügung stehenden Versammlungslokale und Ressourcen zu unterschiedlichen Resultaten führen. Unabhängig vom Ausgang dieser Güterabwägung muss es höchstes Gebot bleiben, Abstimmungs- und Wahlverfahren so auszugestalten, dass ein Maximum an freier und unbeeinflusster Äusserung des Wählerwillens gewährleistet ist.⁷²

So ist insbesondere bei Urnengängen die vollständige, sachliche, transparente und verhältnismässige Information und Aufklärung der betroffenen Bevölkerung im Voraus an den brieflichen Abstimmungs- oder Wahltermin von entscheidender Bedeutung.⁷³ Wird sich hingegen für die Durchführung einer Gemeindeversammlung entschieden, sind die Bundes- und Kantonsvorgaben strikt zu beachten und umzusetzen. Es ist ein rechtskonformes Schutzkonzept zu erarbeiten und durchzusetzen, welches den Schutz der Gesundheit sämtlicher Stimmberechtigten vollumfänglich gewährleistet, ansonsten die entsprechende gemeinderechtliche Körperschaft Gefahr läuft, aufgrund eines Beschwerdeentscheids eine knapp ausgefallene Abstimmung oder Wahl wiederholen zu müssen.⁷⁴

Insgesamt sind die Gemeinden gut beraten, sich im Vorfeld der Abstimmung oder Wahl, unabhängig davon, ob diese physisch oder an der Urne passiert, mit den gesetzlichen Grundlagen zum Verfahren sowie zur Beschwerdeführung vertraut zu machen. Die spezielle Situation der Durchführung von Versammlungen während der Pandemie – oder im umgekehrten Fall die ausnahmsweise Durchführung einer Abstimmung oder Wahl an der Urne – ist sowohl für die meisten Behörden wie auch für die Stimmberechtigten neu, weswegen nicht ausgeschlossen werden kann, dass es zu mehr Behördenfehlern im Verfahren kommt, was letztlich auch mit Blick auf eine mögliche Verunsicherung der Stimmbevölkerung zu mehr Beschwerden führen wird.

⁷² BGE 130 I 290 S. 294 E. 3.1.

⁷³ Art. 10a Abs. 2 BPR (Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976, SR 161.1; BGer 1C_315/2018, 1C_316/2018, 1C_329/2018, 1C_331/2018, 1C_335/2018, 1C_337/2018, 1C_339/2018, 1C_347/2018 vom 10 April 2019 E. 4.2.

⁷⁴ Vgl. zu den Voraussetzungen einer Aufhebung einer Wahl oder Abstimmung etwa BGE 135 I 292 S. 302 E. 4.4; BGE 130 I 290 S. 296 E. 3.4; BGE 129 I 185 S. 204 E. 8.1. So geschehen in Roggwil BE mit Entscheid des Regierungsstatthalters des Verwaltungskreises Oberaargau vbv 21/2020 vom 16. Dezember 2020. Dieser Entscheid wurde an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern weitergezogen und ist noch nicht rechtskräftig (Stand 5. März 2021).