



| | |
|---------------------------|---|
| Fall-Nr.: | 21-3432 |
| Stelle: | Generalsekretariat Bau- und Umweltdepartement |
| Instanz: | Bau- und Umweltdepartement |
| Publikationsdatum: | 08.09.2022 |
| Entscheiddatum: | 21.06.2022 |

BUDE 2022 Nr. 053

Art. 45 Abs. 1 VRP. Die Legitimation zur Ergreifung des Rekurses setzt voraus, dass der von einer Verfügung Betroffene in seinen eigenen schutzwürdigen Interessen berührt ist (Erw. 2.1). Mit der strittigen Nebenbestimmung wird die Rekurrentin aufgefordert ein Gesuch einzureichen, sobald für den Betrieb der bewilligten adaptiven Antenne ein Korrekturfaktor zur Anwendung gebracht werden soll (Erw. 2.2). Die angefochtene Nebenbestimmung ist aufgrund der Gesamtumstände als unechte Nebenbestimmung zu qualifizieren (Erw. 2.4.2). Zweck der unechten Nebenbestimmungen ist, den Baugesuchsteller über bestimmte Umstände aufzuklären und so einem Rechtsstreit vorzubeugen (Erw. 2.4.3). Bei der Nebenbestimmung handelt es sich somit um eine blosser Information an die Rekurrentin. Damit fehlt es an der materiellen Beschwer, weshalb auf den Rekurs auch nicht einzutreten ist (Erw. 2.5).

BUDE 2022 Nr. 53 finden Sie im angehängten PDF-Dokument.



21-3432

Entscheid Nr. 53/2022 vom 21. Juni 2022

Rekurrentin

G.____ GmbH

vertreten durch lic.iur. Lorenzo Marazzotta, Rechtsanwalt,
Mühlebachstrasse 32, 8024 Zürich

gegen

Vorinstanz

Baubewilligungskommission Stadt Z.____
(Beschluss vom 26. Februar 2021)

Rekursgegner 1

D.____

Rekursgegner 2

E.____ und Mitbeteiligte

Grundeigentümerin

A.____ AG

Betreff

Baubewilligung (Umbau Mobilfunkanlage)



Sachverhalt

A.

Die A.____ AG ist Eigentümerin von Grundstück Nr. 001 an der B.____strasse in Z.____. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Stadt Z.____ vom 1. Januar 1999 in der Wohn-Gewerbezone für dreigeschossige Bauten (WG3). Es ist mit einem dreigeschossig in Erscheinung tretenden Technikgebäude überbaut. Auf dem Dach des Technikgebäudes ist derzeit eine Mobilfunkantenne installiert.

B.

a) Mit Baugesuch vom 9. September 2020 beantragte die C.____ AG bei der Baubewilligungskommission der Stadt Z.____ die Baubewilligung für den Umbau der bestehenden Mobilfunkantenne.

b) Innert der Auflagefrist vom 19. November bis 2. Dezember 2020 erhob D.____ gegen das Bauvorhaben. E.____ erhob mit zahlreichen Mitbeteiligten ebenfalls Einsprache.

c) Mit Beschluss vom 26. Februar 2021 erteilte die Baubewilligungskommission der Stadt Z.____ die Baubewilligung unter Bedingungen und Auflagen und wies die Einsprachen ab. In Abschnitt IV., Ziff. 16, fünfter Spiegelstrich, findet sich folgende Nebenbestimmung:

1. Ein neues Gesuch ist in folgenden Fällen erforderlich:

- [...]
- Sobald für den Betrieb einer adaptiven Antenne ein Korrekturfaktor zur Berücksichtigung der räumlichen und zeitlichen Variabilität des Abstrahldiagramms oder des Betriebs im Time Division Duplex-Verfahrens in Anwendung gebracht werden soll.
- [...]

C.

a) Gegen diesen Beschluss erhob die C.____ AG, vertreten durch lic.iur. Lorenzo Marazzotta, Rechtsanwalt, Zürich, mit Schreiben vom 6. April 2021 Rekurs beim Baudepartement (seit 1. Oktober 2021: Bau- und Umweltdepartement). Es werden folgende Anträge gestellt:

1. Die Auflage bzw. Bedingung nach Dispositiv-Ziffer 1 i.V.m. Ziffer IV.16. fünfter Spiegelstrich, wonach ein neues Gesuch erforderlich sei, sobald für den Betrieb einer adaptiven Antenne ein Korrekturfaktor zur Berücksichtigung der räumlichen und zeitlichen Variabilität des Abstrahldiagramms oder des Betriebs im Time Division Duplex-Verfahrens in Anwendung gebracht werden soll, sei ersatzlos aufzuheben;



2. Dem vorliegenden Rekurs sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen bzw. die Rekurrentin sei im Sinn einer vorsorglichen Massnahme zu ermächtigen, mit den Bauarbeiten bereits während des laufenden Rekursverfahrens zu beginnen und die Anlage gemäss Beschluss der Baubewilligungskommission vom 26. Februar 2021 in Betrieb zu nehmen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu Lasten der Rekursgegnerin.

Den Verfahrens Antrag gemäss Ziff. 2 begründet die Rekurrentin damit, dass zwischen den Parteien unbestritten sei, dass sämtliche Anforderungen für die Erteilung der Baubewilligung erfüllt seien. Das vorliegende Rekursverfahren sei für den bewilligten Umbau sowie den bewilligten Worst-Case-Betrieb der Anlage nicht relevant. Daher werde beantragt, dem Rekurs die aufschiebende Wirkung zu entziehen, damit die Rekurrentin mit den Bauarbeiten bereits während des laufenden Rekursverfahrens beginnen könne und die Anlage gemäss der erteilten Baubewilligung in Betrieb nehmen könne.

Materiell macht die Rekurrentin zusammenfassend geltend, dass die verfügte Auflage bzw. Bedingung der eidgenössischen Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (SR 814.710; abgekürzt NISV) sowie dem Nachtrag des Bundesamtes für Umwelt (BAFU) vom 23. Februar 2021 zur Vollzugsempfehlung zur Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) für Mobilfunk- und WLL-Basisstationen (nachfolgend: Nachtrag zur Vollzugsempfehlung) widerspreche.

- b)** Per 30. April 2021 wurde die C.____ AG von der F.____ GmbH übernommen.

D.

- a)** Mit Vernehmlassung vom 27. Mai 2021 beantragt die Vorinstanz den Rekurs abzuweisen. Zur Begründung wird zusammenfassend geltend gemacht, dass die Bedingungen, unter welchen die Stadt Z.____ ein Baugesuch verlange, sich nicht auf die NISV stützen würden. Den Anrainern und Anrainerinnen soll vielmehr das rechtliche Gehör gewährt werden, wenn die Immissionen gegenüber dem vorhergehenden bewilligten Zustand erhöht würden. Dies sei mit der Verwendung der Korrekturfaktoren anstelle der damaligen Worst-Case-Beurteilung zweifellos der Fall.

- b)** Mit Entscheid Nr. 46/2021 vom 22. Juni 2021 heisst das Baudepartement das sinngemässe Begehren der Rekurrentin, die nicht angefochtenen Teile der Baubewilligung für rechtskräftig zu erklären, gut und erklärt die angefochtene Baubewilligung bis auf Abschnitt IV., Ziff. 16, fünfter Spiegelstrich, für rechtskräftig.



c) Mit Schreiben vom 9. August 2021 nimmt die Rekurrentin zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung und hält zusammengefasst fest, es sei unzulässig ein Baubewilligungsverfahren durchzuführen, wenn weder eine Änderung im Sinn der NISV, noch bauliche Änderungen vorliegen würden.

d) Mit Schreiben vom 2. Mai 2022 macht die Rekurrentin Ausführungen zur per 1. Januar 2022 revidierten NISV. Auch gestützt auf die neue Rechtslage erweise sich die angefochtene Bestimmung als unzulässig.

e) Am 8. Juni 2022 wurde die Rekurrentin in G.____ GmbH umfirmiert.

E.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten in den vorgenannten Eingaben wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1.

1.1 Die Zuständigkeit des Bau- und Umweltdepartementes ergibt sich aus Art. 43^{bis} des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP).

1.2 Die Frist- und Formerfordernisse von Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 VRP sind erfüllt.

2.

Zu prüfen bleibt, ob die Rekursberechtigung gegeben ist (Art. 45 VRP). Die Rekurrentin führt diesbezüglich lediglich aus, dass sie als Adressatin der belastenden Nebenbestimmung ohne Weiteres zum Rekurs legitimiert sei.

2.1 Gemäss Art. 45 Abs. 1 VRP ist zur Erhebung eines Rekurses berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung einer Verfügung oder eines Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Der Inhalt dieser Bestimmung macht deutlich, dass als Anfechtungsobjekt eines Rekurses nur eine Verfügung oder ein Entscheid in Frage kommt. Ausserdem umschreibt Art. 45 Abs. 1 VRP die Voraussetzungen, damit ein Betroffener Rekurs ergreifen kann. Die Legitimation zur Ergreifung des Rekurses setzt voraus, dass der von einer Verfügung Betroffene in seinen eigenen schutzwürdigen Interessen berührt ist. Nach allgemein anerkannter Praxis ist eine Verfügung ein Akt einer Behörde, der gestützt auf einen öffentlich-rechtlichen Rechtssatz als hoheitliche Anordnung in verbindlicher und erzwingbarer Weise ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen Gemeinwesen und Individuum



begründet bzw. aufhebt oder ändert. Eine Verfügung kann vollstreckt werden, ohne dass hierfür noch eine weitere Konkretisierung notwendig ist. Inhaltlich hat sie den Anforderungen von Art. 24 Abs. 1 VRP zu genügen (T. TSCHUMI, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St.Gallen 2020, Art. 24-26^{bis} N 2; GVP 1998 Nr. 9 mit weiteren Hinweisen). Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Rekurrentin durch die strittige Nebenbestimmung in ihren tatsächlichen oder rechtlichen Interessen beeinträchtigt ist (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2006/III/24).

2.2 Mit der strittigen Nebenbestimmung wird die Rekurrentin aufgefordert ein Gesuch einzureichen, sobald für den Betrieb einer adaptiven Antenne ein Korrekturfaktor zur Berücksichtigung der räumlichen und zeitlichen Variabilität des Abstrahldiagramms oder des Betriebs im Time Division Duplex-Verfahren in Anwendung gebracht werden soll. Eine behördliche Aufforderung zur Einreichung eines Baugesuchs stellt – wie das Verwaltungsgericht bereits mehrmals festgestellt hat – keine anfechtbare Verfügung dar. Ein Baugesuch kann nur freiwillig eingereicht werden. Das Baugesuch ist eine Willenserklärung zur Anhebung eines Baubewilligungsverfahrens, und die Planunterlagen sind Ausdruck dieser Willenserklärung, indem sie über die äussere Erscheinung, Ausdehnung und Nutzung einer geplanten Baute orientieren und eine baupolizeiliche Beurteilung ermöglichen (Art. 21 Abs. 1 der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz [sGS 731.11; abgekürzt PBV]). Die Behörde ist zwar berechtigt, die notwendigen Unterlagen zu verlangen (Art. 21 Abs. 2 PBV). Indes enthält diese Aufforderung zur Einreichung von Plänen keine verbindliche Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Das Einreichen von Baugesuchsunterlagen kann von der Baubewilligungsbehörde auch nicht erzwungen werden. Daher wird auf Rekurse gegen Verfügungen, mit welcher die Baubehörde den Adressaten innert einer bestimmten Frist zur Einreichung eines Baugesuchs auffordert, mangels Beschwer des Adressaten nicht eingetreten (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2006/III/24; BDE Nr. 105/2020 vom 3. November 2020 Erw. 2.4 mit weiteren Hinweisen).

2.3 Der zitierten Rechtsprechung lagen Verfügungen zugrunde, welche sich auf einen bereits erstellten Sachverhalt bezogen haben. Im Gegensatz dazu bezieht sich die angefochtene Nebenbestimmung gar auf einen zukünftigen Sachverhalt, dessen Eintritt noch gar nicht sicher ist. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung fehlt es grundsätzlich von vornherein an der materiellen Beschwer.

2.4 Fraglich ist aber, ob es Sinn und Zweck der Nebenbestimmung ist, die Frage der Baubewilligungspflicht für den Betrieb mit Korrekturfaktor im Sinn einer Feststellungsverfügung bereits vorgängig rechtlich verbindlich festzustellen.



2.4.1 Die feststellende Verfügung dient der Klärung der Rechtslage, indem das Bestehen, das Nichtbestehen oder der Umfang von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten verbindlich festgestellt wird (U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. Zürich/St.Gallen 2020, N 889). Der Erlass einer Feststellungsverfügung setzt ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse voraus. Es muss ein berechtigtes Bedürfnis an der unmittelbaren Klärung eines konkreten Rechtszustands bestehen (P. TSCHANNEN/U. ZIMMERLI/M. MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 28 N 60 f.). Eine abstrakte Rechtslage theoretischer Natur kann grundsätzlich nicht Gegenstand einer Feststellungsverfügung bilden. Es darf nicht Aufgabe der Behörden sein, Rechtsgutachten zu erstatten. Auch können feststellende Verfügungen nicht in der Weise als "Grundsatzentscheidungen" ergehen, als die Behörde bestimmte Begehren grundsätzlich in dieser oder jener Weise behandeln soll beziehungsweise wird. Namentlich kann ein noch nicht durch einen konkreten Sachverhalt aktualisiertes Rechtsverhältnis nicht Gegenstand eines Feststellungsbegehrens sein. Bei Feststellungsbegehren welche auf die Klärung abstrakter, rein theoretischer Rechtsfragen abzielen, fehlt es an einem aktuellen, konkreten und selbstständigen Interesse, weshalb auf solche nicht einzutreten ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A 1421/2015 vom 23. September 2015 Erw. 2.2.3).

2.4.2 Die angefochtene Nebenbestimmung wird in den Erwägungen mit keinem Wort begründet. Bereits dies spricht gegen einen Feststellungscharakter. Auch hat die Nebenbestimmung nicht etwa auf Antrag der Einsprecher Eingang in die Baubewilligung gefunden. Auch die Tatsache, dass die Nebenbestimmung nicht ins eigentliche Dispositiv aufgenommen worden ist, sondern lediglich in den "Bedingungen und Auflagen" geführt wird, spricht gegen den Feststellungscharakter. Die Bezeichnung des Abschnitt IV. – "Bedingungen und Auflagen" – liesse zwar darauf schliessen, dass es sich bei den unter diesem Abschnitt geregelten Nebenbestimmungen um rechtlich durchsetzbare Nebenbestimmungen handeln müsste. Bereits die grosse Anzahl der Nebenbestimmungen lässt dies aber bezweifeln. Ein summarischer Blick auf die einzelnen Nebenbestimmungen bestätigt die Zweifel und offenbart, dass die Bezeichnung "Bedingungen und Auflagen" terminologisch irreführend ist. So finden sich zahlreiche Nebenbestimmungen, welche ausschliesslich die gesetzliche Lage wiedergeben und so der Information des Baugesuchstellers dienen (etwa Ziff. 2 [Rechtskraft der Baubewilligung], Ziff. 6 [Handhabung der Bauabfälle], Ziff. 8 [Hinweis auf staatliche Unterstützung bei der Erarbeitung allfälliger Objektschutzmassnahmen], usw.). Schliesslich äussert sich die angefochtene Nebenbestimmung nicht zur eigentlich strittigen Frage, nämlich ob und welches Bewilligungsverfahren (Meldeverfahren, vereinfachtes Verfahren oder ordentliches Verfahren) erforderlich ist. Gemäss Wortlaut ist lediglich ein Gesuch erforderlich. In welchem Verfahren dieses Gesuch aber zu behandeln ist, lässt die Nebenbestimmung offen. Mit der gewählten Formulierung wird vielmehr nicht mal die Frage der Baubewilligungspflicht vorweggenommen. Die Einreichung eines Gesuchs hat noch nicht zur Folge, dass zwingend ein Baubewilligungsverfahren



durchgeführt wird. Vielmehr wird es als dann die Aufgabe der Vorinstanz sein, in einem ersten Schritt aufgrund des Inhalts des Gesuchs zu prüfen, ob die geplante Änderung bewilligungspflichtig ist. Das Vorliegen einer anfechtbaren Feststellungsverfügung, mit welcher die Frage der Baubewilligungspflicht bereits bejaht würde, ist somit zu verneinen.

2.4.3 Die angefochtene Nebenbestimmung ist vielmehr als sogenannte unechte Nebenbestimmung zu qualifizieren. Unechte Nebenbestimmungen stellen behördliche Anregungen, Wünsche, Informationen oder Hinweise dar, die im Zusammenhang des Verfügungsverfahrens dem Adressaten mitgeteilt werden. Zweck der unechten Nebenbestimmungen ist, den Baugesuchsteller über bestimmte Umstände aufzuklären und so einem Rechtsstreit vorzubeugen. Als unechte Nebenbestimmung einzustufen ist auch der blosser Hinweis auf oder die Wiedergabe von abschliessenden gesetzlichen Nebenbestimmungen, selbst wenn diese inhaltlich als Befristung, Bedingung, Widerrufsvorbehalt oder Auflage anzusehen sind. Ihnen fehlt die Wirkung der Modifikation des Hauptverwaltungsakts, da sie nicht mehr als die gesetzliche Lage reproduzieren (M. BERNER, Die Baubewilligung und das Baubewilligungsverfahren, Zürich/St.Gallen 2009, S. 44; T. POLEDNA, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, S. 231). Damit unterscheidet sich die vorliegende Nebenbestimmung in ihrem Sinn und Zweck massgeblich von jener Bestimmung, welche in BUDE Nr. 54/2022 vom 21. Juni 2022 zu beurteilen war. In der dem erwähnten Entscheid zugrundeliegenden Baubewilligung für eine Mobilfunkanlage wollte die Baubehörde – wie aus den Erwägungen zur Baubewilligung hervorging – die nachträgliche Einführung des Korrekturfaktors ohne vorgängige Durchführung eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens mittels Auflage verhindern und bejahte die Baubewilligungspflicht einer solchen Anlage ausdrücklich. Damit hat die Baubehörde ausserhalb des Streitgegenstands eine Feststellungsverfügung getroffen, an dessen Erlass kein schutzwürdiges Interesse bestand. Die Auflage wurde daher aufgehoben (Erw. 11.4). Ähnlich gelagert war der Sachverhalt in BDE Nr. 62/2020 vom 6. August 2020.

2.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die angefochtene Nebenbestimmung keinen verbindlichen, individuell-konkreten und erzwingbaren Rechtsakt darstellt. Es handelt sich vielmehr um eine blosser Information an die Rekurrentin. Damit fehlt es der Rekurrentin an der materiellen Beschwerde. Auf den Rekurs ist somit nicht einzutreten.

3.

3.1 Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Da vorliegend dieselben Rügen von derselben Rekurrentin wie in BUDE Nr. 55/2022 vom 21. Juni 2022 zu behandeln sind, wird die (reduzierte) Entscheidgebühr auf Fr. 1'500.– festgelegt



(Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die amtlichen Kosten der Rekurrentin zu überbinden.

3.2 Der von der H.____ AG am 12. April 2021 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ist anzurechnen und im darüber hinausgehenden Betrag (Fr. 300.–) zurückzuerstatten.

4.

Die Rekurrentin stellt ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

4.1 Im Rekursverfahren werden ausseramtliche Kosten entschädigt, soweit sie auf Grund der Sach- und Rechtslage notwendig und angemessen erscheinen (Art. 98 Abs. 2 VRP). Die ausseramtliche Entschädigung wird den am Verfahren Beteiligten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 98^{bis} VRP). Die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272) finden sachgemäss Anwendung (Art. 98^{ter} VRP).

4.2 Da die Rekurrentin mit ihren Anträgen unterliegt, hat sie von vornherein keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung. Ihr Begehren ist deshalb abzuweisen.

Entscheid

1.

Auf den Rekurs der G.____ GmbH wird nicht eingetreten.

2.

a) Die G.____ GmbH bezahlt eine Entscheidgebühr von Fr. 1'500.–.

b) Der am 12. April 2021 von der H.____ AG geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird mit der Entscheidgebühr verrechnet und im darüber hinausgehenden Betrag von Fr. 300.– zurückerstattet.

3.

Das Begehren der G.____ GmbH um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann
Regierungsrätin