



Fall-Nr.:	22-2715
Stelle:	Generalsekretariat Bau- und Umweltdepartement
Instanz:	Bau- und Umweltdepartement
Publikationsdatum:	20.09.2022
Entscheiddatum:	06.09.2022

BUDE 2022 Nr. 079

Allg. Verwaltungsrecht, Art. 40 Abs. 1 und 2 VRP. Zweistufig organisierte Gemeinden, die über eine Baukommission als untere und den Gemeinderat als obere Verwaltungsbehörde verfügen, können den Gemeinderat als Rekursinstanz "ausschalten", indem sie in einem rechtsetzenden, d.h. referendumpflichtigen Reglement (i.d.R. im Baureglement) einen direkten Weiterzug an die kantonale Rekursinstanz festlegen. Fehlt eine solche Festlegung, ist ein Entscheid der Baukommission zuerst vom Gemeinderat als Rekursinstanz zu beurteilen. In vorliegender Angelegenheit wurde die Rekursache an den Gemeinderat zur weiteren Bearbeitung überwiesen, weil ein direkter Weiterzug an den Kanton im Baureglement nicht vorgesehen ist. Nichteintreten auf den Rekurs.

BUDE 2022 Nr. 79 finden Sie im angehängten PDF-Dokument.



22-2715

Entscheid Nr. 79/2022 vom 6. September 2022

Rekurrentin

A.____GmbH

vertreten durch MLaw Alexander Fauceglia, Rechtsanwalt,
Fingeracher 2, 8863 Buttikon

gegen

Vorinstanz

Baukommission Z.____ (Entscheid vom 7. März 2022)

Rekursgegnerin

B.____GmbH

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

Betreff

Baubewilligung (Neubau Mobilfunkanlage)



Sachverhalt

A.

Die C.____, Y.____, ist Eigentümerin von Grundstück Nr. 001, Grundbuch Z.____, an der G.____strasse in Z.____. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde Z.____ vom 13. Oktober 2008 mehrheitlich in der Gewerbe-Industriezone (GI B); der südliche Spickel ist der Landwirtschaftszone zugewiesen. Gemäss Orthofoto 2019 wird das mit Verkehrsflächen und Parkplätzen überbaute Grundstück als Kiesdeponie genutzt.

Ausschnitt kommunaler Zonenplan, unterlegt mit Orthofoto 2019 mit AV weiss (Geoportal SG)

B.

a) Mit Baugesuch vom 18. Februar 2021 beantragte die D.____SA (heute B.____GmbH), X.____, bei der Baukommission Z.____ die Baubewilligung für die Erstellung einer Mobilfunkanlage. Das Baugesuch sah den Neubau eines Mobilfunkmasts samt Systemtechnik und neuen Antennen auf Grundstück Nr. 001 vor.

b) Innert der Auflagefrist vom 10. bis 23. September 2021 erhob unter anderem die A.____GmbH, Z.____, Einsprache gegen das Bauvorhaben. Sie rügte gesundheitliche Schädigungen durch die geplante Mobilfunkanlage, da für die 5G-Technologie die Strahlenbelastung rasant ansteige. Zudem gebe es für den 5G-Standard weder amtliche Bemessungsgrundlagen noch amtliche Vorschriften für Abnahme- und Kontrollmessungen. Das Projekt befinde sich in einer Wohn- und Mischzone. In unmittelbarer Nähe befinde sich eine KITA; unabhängig der tatsächlichen Strahlenbelastung verursache die geplante Antenne einen erheblichen Wertverlust der Liegenschaften im Umkreis bis zu 610 m. Die Baubewilligungsbehörde habe bei den zuständigen Stellen Studien über Insekten und Pflanzen in Bezug auf die Mobilfunkstrahlung einzufordern, weil auf ihrem Grundstück eine langjährige Bienenzucht betrieben werde.

c) Mit Beschluss vom 7. März 2022 erteilte die Baukommission Z.____ die Baubewilligung unter Bedingungen und Auflagen und wies alle Einsprachen – wie auch diejenige der A.____GmbH – ab, soweit sie darauf eintrat.

C.

Gegen diesen Beschluss erhob die A.____GmbH mit Schreiben vom 19. April 2022 Rekurs beim Bau- und Umweltdepartement. Sinngemäss wird die Aufhebung der Baubewilligung beantragt. Zur Begründung wird geltend gemacht, den Anwohnerinnen und Anwohnern werde zugemutet, dass die geplante Anlage direkt vor ihrer Nase erstellt werde. Ausserdem werde der Grenzabstand zur benachbarten Landwirtschaftszone nicht eingehalten, und schliesslich könne die



Höhe der Anlage nicht genau definiert werden, weil der Niveaupunkt nicht festgelegt worden sei.

D.

a) Mit Vernehmlassung vom 13. Mai 2022 beantragt die Vorinstanz, den Rekurs abzuweisen. Zur Begründung wird ergänzend zu den Ausführungen im angefochtenen Entscheid geltend gemacht, dass es sich bei Mobilfunkanlagen um Anlagen handle, für welche Grenzabstandsvorschriften bzw. Vorschriften über Gebäude- und Firsthöhe nicht gälten. Entsprechend müsse auch der Niveaupunkt nicht bestimmt werden.

b) Mit Vernehmlassung vom 25. Mai 2022 beantragt die Rekursgegnerin, vertreten durch lic.iur. Lorenzo Marazzotta, Rechtsanwalt, Zürich, den Rekurs unter Kostenfolge zuzüglich Mehrwertsteuer abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Zur Begründung wird geltend gemacht, dass die Rekursschrift weder einen Antrag noch einen Sachverhalt enthalte. Zwar seien die Anforderungen an eine Laienbeschwerde grundsätzlich weniger streng, dennoch sei zu erwarten, dass die Rügen zumindest im Ansatz begründet würden. Da der Rekurs die formellen Anforderungen nicht erfülle, sei darauf nicht einzutreten. Grenzabstände seien einzig auf Bauten anwendbar. Weil eine Mobilfunkantennenanlage nicht als Baute qualifiziert werden könne, und keine spezifischen Abstandsvorschriften für Antennenanlagen existierten, werde der Grenzabstand nicht verletzt. Die Behauptung, dass der Niveaupunkt nicht ermittelt worden sei, werde bestritten. Im Übrigen sei unklar, was die Rekurrentin rüge. Die Höhe der geplanten Mobilfunkantenne könne aus den Plänen entnommen werden. Hinzu komme, dass weder das geltende Baureglement der Gemeinde Z.____ (BauR) vom 13. Oktober 2008 noch das Planungs- und Baugesetz (sGS 731.1) eine Höhenbeschränkung für Mobilfunkanlagen vorsähen. Selbst wenn die Höhe der Antenne nicht genau definiert werden könnte – was bestritten werde – sei dies vorliegend nicht von Belang.

c) Mit E-Mail vom 20. Juni 2022 teilt MLaw Alexander Fauceglia, Rechtsanwalt, Buttikon, mit, dass er das Mandat für die Rekurrentin übernommen habe. Mit Replik zu den Vernehmlassungen vom 24. Juli 2022 wird beantragt:

1. In Gutheissung des Rekurses sei die Verfügung der Gemeinde Z.____ (handelnd durch die Baukommission) vom 7. März 2022 aufzuheben und das Baugesuch Nr. 2021042 nicht zu bewilligen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegner.

Zur Begründung wird ergänzend zur Rekursschrift ausgeführt, dass weder eine genügende Rechtsgrundlage noch ein ausreichendes öffentliches Interesse ersichtlich seien, welche die mit der flächendeckenden Einführung der 5G-Technologie einhergehenden gesundheitlichen Risiken legitimierten. Es ergäben sich auch klare



Widersprüche aus dem Standortdatenblatt vom 23. Februar 2021 bzw. aus dessen Überprüfung durch das Amt für Umwelt. Angesichts dessen, dass der Anlagegrenzwert an verschiedenen OMEN bereits infolge der projektierten Antenne zu über 80 Prozent ausgeschöpft werde, liege es auf der Hand, dass – sobald weitere Antennen hinzukämen – der Anlagegrenzwert an diesen Orten überschritten würde. Die Bewilligung von adaptiven 5G-Antennen – für die keine Grenzwerte festgelegt worden seien – verletze per se das Vorsorgeprinzip. Durch die geplante enorme Verdichtung des Mobilfunknetzes seien drastische Verluste in der Pflanzen- und Tierwelt zu erwarten. In Anbetracht der stark schwindenden Biodiversität seien vor der Erteilung einer Baubewilligung die Auswirkungen der neuen Frequenzen und der starken Sendeleistung des geplanten 5G-Netzes auf den Pflanzen- und Tierbestand zu verifizieren. Vor deren Verifizierung und dem Erlass entsprechender Grenzwerte sei eine Verletzung des Vorsorgeprinzips nicht auszuschliessen.

E.

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

Erwägungen

1.

1.1 Nach Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP) in Verbindung mit Art. 58 Abs. 1 VRP haben die Behörden die Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen. Eingaben an eine unzuständige Stelle werden von dieser der zuständigen Stelle übermittelt (Art. 11 Abs. 3 VRP). Die Überweisung kann zu jedem Zeitpunkt im Verfahren und somit auch nach einem allfälligen Schriftenwechsel geschehen. Wurde die Eingabe noch nicht im Geschäftsverzeichnis der Behörde aufgenommen und handelt es sich um eine Überweisung an eine andere verwaltungsrechtliche Instanz, kann die Überweisung formlos – mittels eines Briefs an die zuständige Instanz – erfolgen. Ist hingegen ein Zivil- oder Strafgericht oder eine ausserkantonale Verwaltungsstelle zuständig, so hat die Überweisung in jedem Fall im Rahmen eines förmlichen Nichteintretensentscheids zu erfolgen (A. KNEER, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St.Gallen 2020, Art. 11 N 19).

1.2

Es ist beabsichtigt, die Rekursangelegenheit mangels Zuständigkeit an den Gemeinderat Z.____ zu überweisen. Da das Verfahren jedoch bereits beim Bau- und Umweltdepartement erfasst und der Schriftenwechsel geführt wurde, hat eine Überweisung somit im Rahmen eines förmlichen Nichteintretensentscheids zu erfolgen.



2.

2.1 Gemäss Art. 43^{bis} Abs. 1 Bst. a VRP können Verfügungen und Entscheide der obersten Verwaltungsbehörde einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt, ausgenommen des Verwaltungsrates der Gebäudeversicherung und des Kooperationsgremiums der E-Government St.Gallen (eGovSG), mit Rekurs beim zuständigen Departement angefochten werden, sofern nicht der Weiterzug an die Verwaltungsrekurskommission, an das Versicherungsgericht oder an die Regierung offensteht. Die sachliche Zuständigkeit des jeweiligen Departementes zur Beurteilung des Rekurses bestimmt sich nach Art. 21 ff. des Geschäftsreglements der Regierung und der Staatskanzlei (sGS 141.3; abgekürzt GeschR).

Die Zuständigkeit des Bau- und Umweltdepartementes gemäss Art. 43^{bis} Abs. 1 Bst. a VRP in Verbindung Art. 25 Abs. 1 Bst. b GeschR umfasst zwar die Baupolizei. Nach Art. 40 Abs. 1 VRP sind aber Verfügungen unterer Instanzen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt mit Rekurs an die oberste Verwaltungsbehörde einer Körperschaft oder einer Anstalt weiterzuziehen.

2.2 Grundsätzlich besteht in der verwaltungsinternen Rechtspflege ein zweistufiges Anfechtungsverfahren. Ausnahmsweise ist das Verfahren aber dreistufig, namentlich wenn bereits auf kommunaler Ebene ein Rechtsmittelverfahren durchgeführt wurde (Art. 40 VRP). Im Baurecht kann das Baureglement bestimmen, dass Einspracheentscheide einer anderen Behörde als dem Gemeinderat unmittelbar an die kantonale Rekursinstanz weitergezogen werden können. Die Gemeinden sollen generell die Möglichkeit erhalten, den dreistufigen Instanzenzug zu verkürzen, indem sie durch ein rechtsetzendes Reglement vorsehen, dass Verfügungen und Entscheide ihrer unteren Instanzen direkt an die kantonale Rekursinstanz weitergezogen werden können (Botschaft und Entwurf der Regierung zum V. Nachtrag zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 28. Februar 2006, S. 11, in: ABI 2006, 832). Etliche Gemeinden haben den Rechtsmittelweg gestützt auf diese Bestimmung, die mit dem V. Nachtrag zum VRP eingeführt wurde, verkürzt (Botschaft und Entwurf der Regierung zum VIII. Nachtrag zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 13. Oktober 2015, S. 16, in: ABI 2015, 3432). Art. 40 Abs. 2 VRP ermöglicht daher, die erste Rekursinstanz "auszuschalten" und den direkten Weiterzug an die kantonale Rekursinstanz vorzusehen. Diese Möglichkeit ist aber in zweifacher Hinsicht eingeschränkt: Sie steht ausschliesslich Gemeinden offen – dabei allerdings nicht nur politischen Gemeinden, sondern auch den Spezialgemeinden –, und die Gemeinde hat diesen verkürzten Rechtsmittelweg, in dem sie ihre eigene oberste Verwaltungsbehörde als Rekursinstanz übergehen will, in einem rechtsetzenden, d.h. referendumspflichtigen Reglement (Art. 3 in Verbindung mit Art. 23 Bst. a bzw. Art. 66 Abs. 1 Bst. a des Gemeindegesetzes [sGS 151.2]) ausdrücklich so festzulegen



(H.-R. ARTA, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St.Gallen 2020, Art. 40 N 10, siehe auch S. STAUB, in: Bereuter/Frei/Ritter [Hrsg.], Kommentar zum Planungs- und Baugesetz, Basel 2020, Art. 135 N 8).

2.3 Nach Art. 3 Abs. 2 BauR ist die vom Gemeinderat Z.____ eingesetzte Baukommission die Baubehörde nach Planungs- und Baugesetz sowie die Bewilligungs- und Aufsichtsbehörde gemäss Strassen-gesetzgebung. Sie erfüllt weitere ihr vom Gemeinderat übertragene Aufgaben. Die Politische Gemeinde Z.____ ist somit zweistufig organi-siert; die Baukommission als untere Verwaltungsbehörde und der Ge-meinderat als obere Verwaltungsbehörde. Da die Politische Gemeinde Z.____ von der Möglichkeit nach Art. 40 Abs. 2 VRP keinen Gebrauch gemacht und keine Regelung geschaffen hat, mit der ein direkter Wei-terzug an die kantonale Rekursinstanz möglich wäre, ist über die vor-liegende Rekurs-sache zuerst durch den Gemeinderat Z.____ zu befin-den.

3.

3.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass auf den Rekurs mangels Zuständigkeit des Bau- und Umweltdepartementes nicht einzutreten ist. Die Eingabe vom 19. April 2022 ist samt den im Verfahren einge-reichten und ergangenen Akten gestützt auf Art. 58 Abs. 1 in Verbin-dung mit Art. 11 Abs. 3 VRP an den Gemeinderat Z.____ als zuständige Stelle zur weiteren Bearbeitung zu überweisen.

3.2 Die Replik von MLaw Alexander Fauceglia zu den Vernehm-lasungen vom 24. Juli 2022 samt Beilagen wird an alle ausser dem Ver-fasser zur Kenntnis zugestellt.

4.

4.1 Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Dem Verfahrensausgang entsprechend – das Nichteintreten kommt einer Abweisung gleich – sind die amtlichen Kosten der Rekur-rentin aufzuerlegen. Eine Entscheidegebühr von Fr. 1'000.– ist ange-messen (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Ge-meindeverwaltung, sGS 821.5). Weil der Rekurrentin aus einer fehler-haften Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil erwachsen darf und der Fehler vom Betroffenen nicht ohne Weiteres erkannt werden konnte, ist auf die Erhebung von Kosten zu verzichten (R. VON RAPPARD-HIRT, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St.Gallen 2020, Art. 97 N 8).

4.2 Der von der Rekurrentin am 4. Mai 2022 geleistete Kostenvor-schuss von Fr. 1'800.– wird zurückerstattet.

5.

Rekurrentin und Rekursgegnerin stellen ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.



5.1 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).

5.2 Da die Angelegenheit an den Gemeinderat Z.____ überwiesen wird und dieser über den Rekurs materiell zu befinden hat, obliegt ihm auch die Verlegung der ausseramtlichen Kosten.

Entscheid

1.

a) Auf den Rekurs der A.____GmbH, Z.____, wird im Sinn der Erwägungen nicht eingetreten.

b) Die Eingabe vom 19. April 2022 ist samt den im Verfahren eingereichten und ergangenen Akten an den Gemeinderat Z.____ zur weiteren Bearbeitung zu überweisen.

2.

a) Auf die Erhebung von amtlichen Kosten wird verzichtet.

b) Der am 4. Mai 2022 von der A.____GmbH geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird zurückerstattet.

3.

Über die ausseramtlichen Kosten entscheidet der Gemeinderat Z.____.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann
Regierungsrätin