



Fall-Nr.:	20-2725
Stelle:	Generalsekretariat Baudepartement
Instanz:	Baudepartement
Publikationsdatum:	26.08.2020
Entscheiddatum:	06.08.2020

BDE 2020 Nr. 62

Art. 2 Abs. 1 Bst. a NISV, Anhang I Ziff. 64 NISV, Art. 136 PBG: Der Schutz gegenüber elektromagnetischen Feldern wird in der Schweiz in der NISV geregelt. Die NISV ist frequenzabhängig, aber technologieneutral verfasst, weshalb Begriffe wie 3G, 4G und 5G nirgends in den gesetzlichen Grundlagen auftauchen (Erw. 2.2). Die Rekurrentin stellt sich auf den Standpunkt, dass die angefochtene Auflage, wonach die erteilte Baubewilligung die 5G-Technologie nicht umfasse und ein Technologiewechsel ein Baubewilligungsverfahren bedinge, unzulässig sei (Erw. 3). Obwohl die strittige Mobilfunkanlage lediglich 4G-typische Frequenzen von 700 bis 2600 MHz abdeckt, ist die Rekurrentin frei, auf diesen Frequenzen dennoch 5G zu verwenden. Jedenfalls liegt es nicht in der Kompetenz der Vorinstanz über die anzuwendende Übertragungstechnologie zu entscheiden (Erw. 3.2). Ob für den allfälligen Austausch der bewilligten Antenne gegen ein vollwertiges 5G-Antennenmodul – also einer adaptiven Antenne mit Frequenzen von 3500 bis 3600 MHz – stets ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden muss, kann offengelassen werden. Denn eine solche Antenne ist nicht Gegenstand des Baugesuchs, weshalb auch nicht über deren Bewilligungspflicht zu befinden ist (Erw. 3.3).

BDE 2020 Nr. 62 finden Sie im angehängten PDF-Dokument



20-2725

Entscheid Nr. 62/2020 vom 6. August 2020

Rekurrentin

A.____ AG

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

gegen

Vorinstanz

Gemeinderat Z.____ (Entscheid vom 10. Februar 2020)

Rekursgegner 1

B.____ und C.____

Rekursgegnerin 2

D.____

Rekursgegnerin 3

E.____

Rekursgegner 4

F.____

Rekursgegner 5

G.____

Grundeigentümerin

H.____ AG

Betreff

Baubewilligung (Neubau Mobilfunkanlage)



Sachverhalt

A.

Die H.____ AG ist Eigentümerin von Grundstück Nr. 001, Grundbuch Z.____, am I.____weg in Z.____. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde Z.____ in der Gewerbe-Industrie-Zone (GI). Es ist mit Industriegebäuden eines metallverarbeitenden Betriebs überbaut.

B.

a) Mit Baugesuch vom 19. Oktober 2017 beantragte die A.____ AG bei der Politischen Gemeinde Z.____ die Baubewilligung für die Erstellung einer 25 m hohen Mobilfunkanlage auf Grundstück Nr. 001.

b) Innert der Auflagefrist vom 28. November 2017 bis 11. Dezember 2017 erhoben B.____ und C.____, D.____, E.____, F.____ und G.____ je Einsprache gegen das Bauvorhaben.

c) Mit Beschluss vom 10. Februar 2020 erteilte der Gemeinderat Z.____ die Baubewilligung unter Bedingungen und Auflagen und wies die Einsprachen ab. Die Baubewilligung enthielt unter anderem die nachfolgende Auflage (Bst. c, zweiter Spiegelstrich):

Eine 5G Technologie ist nicht Bestandteil des Gesuches bzw. dieser Baubewilligung. Sollte bei der Mobilfunkantenne am I.____weg ein Wechsel auf 5G Technologie in Frage kommen, ist ein separates, neues Baugesuch einzureichen. Als dann wird ein neues Baugesuchsverfahren durchgeführt.

C.

Gegen diesen Beschluss erhob die A.____ AG, vertreten durch lic.iur. Lorenzo Marazzotta, Rechtsanwalt, Zürich, mit Schreiben vom 8. April 2020 Rekurs beim Baudepartement. Es werden folgende Anträge gestellt:

1. Die Auflage Mobilfunkantenne gemäss Ziffer c, 2. Spiegelstrich, betreffend 5G Technologie sei aufzuheben;
2. Dem Rekurs sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen;
3. Die Vernehmlassung sei der Rekurrentin zu Stellungnahme bzw. Kenntnisnahme zuzustellen;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Rekursgegnerin.

Zur Begründung wird geltend gemacht, dass die Vorschriften des eidgenössischen Umweltschutzgesetzes (SR 814.01; abgekürzt USG) und der eidgenössischen Verordnung über den Schutz vor nicht ionisierender Strahlung (SR 814.710; abgekürzt NISV) für die Strahlung



insgesamt gelten würden und nicht zwischen den verschiedenen Technologien von Mobilfunk (2G, 3G, 4G, 5G) unterscheiden würden. Die NISV begrenze die Intensität der Strahlung mit Grenzwerten, die sich nach der verwendeten Frequenz unterscheiden würden. Die zurzeit laufende Einführung von 5G erfolge in Frequenzen, wie sie bereits jetzt für den Mobilfunk und für WLAN verwendet würden. Die NISV sei somit technologieneutral und gelte unabhängig davon, ob es sich bei der Mobilfunktechnologie um 3G, 4G oder 5G handle. Dadurch, dass die Vorinstanz die 5G-Technologie von der Baubewilligung ausgenommen hat, habe sie ihre Kompetenzen überschritten. Ferner gebe es für die Auflage, wonach bei einem Ausbau auf die 5G-Technologie ein neues Baugesuch einzureichen sei, keine gesetzliche Grundlage.

D.

a) Mit Vernehmlassung vom 3. Mai 2020 beantragen B.____ und C.____ den Rekurs abzuweisen. Zur Begründung wird geltend gemacht, dass ein Vertreter der Rekurrentin im Rahmen der Einspracheverhandlung vom 2. September 2019 die Einführung von 5G am fraglichen Standort verneint habe. Diese Aussage sei im Protokoll zur Einspracheverhandlung so festgehalten worden. Die Auflage, dass für die 5G-Technologie ein neues Baugesuch einzureichen sei, sei für die Rekursgegner zentral gewesen. Denn die Diskussion um 5G sei in der Schweiz noch nicht abgeschlossen. Es sei durchaus möglich, dass zukünftig weitergehende Einschränkungen für die Bewilligung von 5G-Mobilfunkanlagen gemacht würden. Der Versuch der Rekurrentin, mittels eines Rekurses die Bewilligung der 5G-Technologie erwirken zu wollen, widerspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben.

b) Mit Vernehmlassung vom 7. Mai 2020 beantragt die Vorinstanz den Rekurs abzuweisen. Zur Begründung wird geltend gemacht, dass eine 5G-Mobilfunkanlage nicht Gegenstand des Baugesuchs gewesen sei. Für die Umstellung auf 5G-Technologie sei daher ungeachtet der Auflage ein neues Baugesuch notwendig. Gemäss Art. 136 des Planungs- und Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt PBG) sei das Erstellen, Ändern und Beseitigen von Bauten und Anlagen bewilligungspflichtig. In Absatz 2 der genannten Bestimmung seien die nicht bewilligungspflichtigen Vorhaben aufgeführt. Die Änderung der Mobilfunktechnologie sei nicht genannt, so dass ein solches Vorhaben offensichtlich bewilligungspflichtig sei. Hinzukomme, dass die Rekurrentin anlässlich der Einspracheverhandlung mitgeteilt habe, dass die 5G-Technologie am beantragten Standort momentan kein Thema sei.

c) Mit Amtsbericht vom 16. Juni 2020 führt das Amt für Umwelt (AFU) aus, dass in der Schweiz im Jahr 2012 die Konzessionen für die Mobilfunkfrequenzen 800, 900, 1800, 2100 und 2600 MHz und im Jahr 2019 für die Frequenzen 700, 1400 und 3500 bis 3800 MHz versteigert worden seien. Die Konzessionen seien technologieneutral ausgestaltet, so dass die konzessionierten Betreiber die Technologie zur Erbringung mobiler Fernmeldedienste (2G, 3G, 4G und 5G) frei wählen könnten. Der Frequenzbereich von 3500 bis 3600 MHz sei jedoch aufgrund der grossen Menge verfügbarer Frequenzen essenziell für die



Einführung von 5G in Europa. Deshalb werde auch in der Schweiz 5G überwiegend auf Frequenzen zwischen 3500 bis 3600 MHz betrieben. Das der Baubewilligung zugrundeliegende technologieneutrale Standortdatenblatt vom 18. Oktober 2017 weise Antennen des Typs ATR4518R25v06 der Firma Huawei aus. Diese Antennen seien nicht in der Lage mit Frequenzen zwischen 3500 bis 3600 MHz zu operieren, sie würden lediglich den Frequenzbereich zwischen 700 bis 2600 MHz umfassen. Um 5G-Frequenzen auf dem geplanten Standort in Betrieb nehmen zu können, müssten die Antennen ausgetauscht werden. Für einen solchen Antennenwechsel nach Inbetriebnahme brauche es aber nicht zwingend ein ordentliches Baubewilligungsverfahren. Bei Einhaltung bestimmter Vorgaben gemäss den Schreiben des Bundesamtes für Umwelt (BAFU) vom 28. März 2013 und der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) vom 19. September 2019 könne sowohl die Umverteilung der Sendeleistung zwischen bisher genutzten und neuen Frequenzbändern als auch ein Antennenaustausch mittels Bagatelländerung durchgeführt werden. Die Aussage der Rekurrentin, wonach die 5G-Technologie momentan kein Thema sei, erscheine angesichts des in der Folge erhobenen Rekurses mindestens als problematisch. Das Verhalten erwecke den Eindruck, dass die anwesenden Einsprecher beruhigt und vom Ergreifen eines Rechtsmittels abgehalten werden sollten.

E.

Mit E-Mail vom 10. Juli 2020 zog die Rekurrentin den Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung zurück.

F.

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

Erwägungen

1.

1.1 Die Zuständigkeit des Baudepartementes 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. Die Rekursberechtigung ist gegeben (Art. 45 VRP). Die Rekursgegner 1 bringen jedoch sinngemäss vor, dass der Rekurs treuwidrig erhoben worden sei und auf das Rechtsmittel demnach auch nicht einzutreten sei.

1.2.1 Nach Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung (SR 101) handeln staatliche Organe und Private nach Treu und Glauben. Dieser Grundsatz gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. Für den Bereich des öffentlichen Rechts bedeutet er, dass die



Behörden und Privaten in ihren Rechtsbeziehungen gegenseitig aufeinander Rücksicht zu nehmen haben. Der Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einerseits in der Form des sogenannten Vertrauensschutzes dem Privaten einen Anspruch auf Schutz seines berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden; der Vertrauensschutz will im Sinn der Rechtsstaatsidee den Bürger gegen den Staat schützen. Andererseits verbietet der Grundsatz von Treu und Glauben in der Form des Verbots widersprüchlichen Verhaltens und des Verbots des Rechtsmissbrauchs sowohl den staatlichen Behörden als auch den Privaten, sich in ihren öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich zu verhalten; in dieser Ausgestaltung bindet das Prinzip von Treu und Glauben also nicht nur den Staat, sondern auch die Privaten und ebenso die verschiedenen Gemeinwesen in ihrem Rechtsverkehr untereinander (U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, N 620 ff.; BGE 133 I 239 f.; 121 I 183 f.; GVP 1997 Nr. 75). Widersprüchlich handelt ein Privater, wenn er eine gegebene Zusage oder Einwilligung, die zur Erlangung einer ihn begünstigenden Verfügung geführt hat, später ausdrücklich oder stillschweigend in Abrede stellt. Die Behörden dürfen allerdings nicht in gleichem Mass auf Erklärungen und Verhaltensweisen von Privaten vertrauen wie umgekehrt die Privaten auf behördliches Vertrauen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 717 ff.). Rechtsmissbrauch ist allerdings nicht leichthin anzunehmen, sondern nur, wenn er offensichtlich ist (Urteil des Bundesgerichtes 1P.254/2005 vom 30. August 2005 Erw. 2.5).

1.2.2 Aus dem Protokoll zur Einspracheverhandlung vom 2. September 2019 geht hervor, dass sich der damalige Vertreter der Rekurrentin im Hinblick auf die Anwendung der 5G-Technologie wie folgt geäußert hat:

Zur Frage bezüglich 5G teilt Herr J.____ mit, dass diese Technologie bzw. Ausrichtung am vorgesehenen Standort möglich wäre, jedoch momentan kein Thema sei.

Die gemachte Aussage stellt lediglich eine Information hinsichtlich der beabsichtigten Nutzung dar. Die Aussage kann jedenfalls nicht als freiwilliger Verzicht auf zukünftige 5G-Technologie verstanden werden. Dies umso mehr, als die NISV wie auch die Mobilfunkkonzessionen – worauf im nachfolgenden noch genauer einzugehen ist – technologie-neutral ausgestaltet sind. Entsprechend ist es auch nicht rechtsmissbräuchlich, dass sich die Rekurrentin gegen die einschränkende Auflage zur Wehr setzt. Auf den Rekurs ist somit einzutreten.

2.

Im vorliegenden Rekurs ist insbesondere die Nutzung sowie die allfällige Baubewilligungspflicht der 5G-Mobilfunktechnologie strittig.



2.1 5G ist der Name der fünften Mobilfunkgeneration, die als "New Radio" bezeichnet wird. Die über das Mobilfunknetz übertragene Datenmenge verdoppelt sich jedes Jahr. Mit der Einführung der dritten Mobilfunkgeneration (3G, UMTS) Mitte der 2000er-Jahre und der vierten Generation (4G, LTE) ab 2012 konnte der Bedarf bisher abgedeckt werden. Nun stossen diese Technologien jedoch an ihre Grenzen. Die Einführung von 5G wird für eine deutliche Erhöhung der Datenübertragungskapazitäten sorgen (BAFU, Bundesrat entscheidet über weiteres Vorgehen im Bereich Mobilfunk und 5G – FAQs zum Thema [Frage 8], abrufbar unter www.bafu.admin.ch).

2.2 Der Schutz gegenüber elektromagnetischen Feldern – welche unter anderem von Mobilfunkanlagen ausgehen – wird in der Schweiz in der NISV geregelt. Diese Verordnung stützt sich auf das USG. Die NISV legt dabei die maximal zulässigen Feldstärken für Mobilfunkanlagen fest (Anhang I Ziff. 64 NISV). Die NISV ist frequenzabhängig, aber technologieneutral verfasst, weshalb die Begriffe wie 3G, 4G und 5G nirgends in den gesetzlichen Grundlagen auftauchen. Die Benutzung des Frequenzspektrums ist reglementiert, um Störungen zu verhindern. Daher benötigen die Mobilfunkbetreiber eine entsprechende Konzession. Für das Betreiben von Mobilfunknetzen wurden Konzessionen für die Frequenzen 700, 800, 900, 1400, 1800, 2100, 2600 und 3500 bis 3800 MHz an die Mobilfunkbetreiber versteigert. Die Konzessionen sind ebenfalls technologieneutral ausgestaltet, so dass die konzessionierten Betreiber die Technologie zur Erbringung mobiler Fernmeldedienste (2G, 3G, 4G oder 5G) frei wählen können (Bundesamt für Kommunikation [BAKOM], Faktenblatt 5G, Januar 2020, S. 14, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch). Damit herrscht in der Schweiz Technologieneutralität. Entsprechend muss gemäss dem Rundschreiben des BAFU "Technologieneutrale Angaben im Standortdatenblatt für Mobilfunksendeanlagen und Angaben der Funkdienste in der NIS-Datenbank des BAKOM" seit 2010 (abrufbar unter www.bafu.admin.ch) in der Immissionsprognose (sprich dem Standortdatenblatt) nicht mehr angegeben werden, welche Übertragungstechnologie (2G, 3G, 4G oder 5G) auf einer Anlage genutzt werden soll. Der Betreiber einer Mobilfunkanlage darf also – unter Einhaltung der Strahlungsgrenzwerte – Änderungen und Ergänzungen der Übertragungstechnologie auf seinen Anlagen vornehmen.

2.3 5G ist gegenüber 4G keine ganz neue Technologie. Die Funktechnik bzw. Strahlung der Antennen ist im Bereich der heute verfügbaren Frequenzen mit 4G vergleichbar. Der Unterschied zu den Technologiestandards besteht im Grundsatz lediglich darin, dass die Daten anders verpackt und fokussierter übertragen werden. Daher kann 5G theoretisch auf allen Sendefrequenzen des Mobilfunks ausgestrahlt werden. Ein solcher "reduzierter" Ausbaustand umfasst jedoch nicht alle Eigenschaften der 5G-Spezifikation (BAKOM, Fragen und Antworten zu 5G, Was ist der Unterschied zwischen dem "echten 5G" und "5G-wide"?, abrufbar unter www.bakom.admin.ch). Um die Stärken der 5G-Technologie – höhere Kapazität, Datenrate, kürzere Reaktionszeit und grössere Stabilität – effektiv zu nutzen, wird 5G vor allem



auf den im Jahr 2019 versteigerten Frequenzen von 3500 bis 3600 MHz eingesetzt. Mit 5G ist sodann der Einsatz von sog. adaptiven Antennen vorgesehen. Bisherige Antennen (sog. statische Antennen) verteilen die Sendeleistung gleichmässig über ein bestimmtes Gebiet, ungeachtet der notwendigen Nutzung. Adaptive Antennen senden dagegen einen gebündelten und dynamischen Sendekegel auf die jeweiligen Nutzerinnen und Nutzer. Dadurch wird Energie gespart, weil weniger Streuverluste anfallen und die Strahlung ausserhalb der Sendekegel deutlich tiefer liegt (AFU, Info zu 5G, abrufbar unter www.sg.ch/umwelt-natur/).

2.4 Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass in der Schweiz Technologieneutralität herrscht. Die Strahlungsgrenzwerte sind unabhängig von der jeweiligen Übertragungstechnologie einzuhalten. Damit steht es den Betreibern grundsätzlich frei, die 5G-Technologie auf den verfügbaren Frequenzen einzusetzen. Um das volle Potenzial des 5G-Standards zu nutzen sind – neben anderen technischen Erfordernissen (vgl. Ziff. 3.2, 5G-Gesamtarchitektur in BAKOM, a.a.O.) – aber adaptive Antennen mit Frequenzbereichen von 3500 bis 3600 MHz notwendig.

3.

Die Rekurrentin stellt sich auf den Standpunkt, dass die angefochtene Auflage, wonach die erteilte Baubewilligung die 5G-Technologie nicht umfasse und für einen Technologiewechsel ein Baubewilligungsverfahren bedinge, unzulässig sei.

3.1 Die Vorinstanz bringt dagegen unter Verweis auf Art. 136 PBG vor, dass die Eingabe eines erneuten Baugesuchs auch ohne die strittige Auflage von Gesetzes wegen vorgeschrieben sei. Die Rekursgegner 1 führen aus, dass die Diskussion um 5G in der Schweiz noch nicht abgeschlossen sei und es durchaus möglich sei, dass zukünftig weitergehende Einschränkungen für die Bewilligung von 5G-Mobilfunkantennen gemacht werden könnten. Ergänzend halten die Rekursgegner 1 fest, dass sie davon ausgingen, dass ihnen bei einer Erweiterung auf 5G alle Rechtsmittel zur Verfügung ständen.

3.2 Wie aus dem Amtsbericht des AFU und dem Standortdatenblatt hervorgeht, verfügt die strittige Mobilfunkanlage über Antennenmodule des Typs ATR4518R25v06 des Herstellers Huawei. Diese Antennen umfassen lediglich den Frequenzbereich zwischen 700 bis 2600 MHz. Aufgrund der oben dargelegten Technologieneutralität steht es der Rekurrentin frei, welche Übertragungstechnologie sie auf den genannten Frequenzen verwendet. Obwohl die strittige Mobilfunkanlage lediglich 4G-typische Frequenzen von 700 bis 2600 MHz abdeckt, ist die Rekurrentin frei, auf diesen Frequenzen dennoch 5G zu verwenden. Jedenfalls liegt es nicht in der Kompetenz der Vorinstanz über die anzuwendende Übertragungstechnologie zu entscheiden. Bereits aus diesem Grund erweist sich die Rüge als begründet und ist der Rekurs gutzuheissen.



3.3 Ob für den allfälligen Austausch der bewilligten Antenne gegen ein vollwertiges 5G-Antennenmodul – also einer adaptiven Antenne mit Frequenzen von 3500 bis 3600 MHz – stets ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden muss, kann offengelassen werden. Denn eine solche Antenne ist nicht Gegenstand des Baugesuchs, weshalb auch nicht über deren Bewilligungspflicht zu befinden ist. Der Verweis auf Art. 136 Abs. 2 PBG, wonach der Wechsel von Antennenmodulen stets bewilligungspflichtig ist, geht jedenfalls fehl. Die Aufzählung der nicht bewilligungspflichtigen Vorhaben ist nicht abschliessend, so dass auch andere Bauvorhaben bewilligungsfrei sein können. Sodann beurteilt sich die Änderung von Mobilfunkanlagen – und damit die Baubewilligungspflicht – auch aufgrund der NISV (Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5). Hinzu kommt, dass bei Einhaltung bestimmter Vorgaben gemäss den Schreiben des BAFU vom 25. März 2013 (Vollzug der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung, abrufbar unter www.bafu.admin.ch) und den Empfehlungen der BPUK vom 19. September 2019 (Dialogmodell und Bagatelländerungen, abrufbar unter www.bpuk.ch) sowohl eine Umverteilung zwischen bisher genutzten und neuen Frequenzbändern als auch ein Antennentausch mittels einer Bagatelländerung durchgeführt werden kann. Eine abschliessende Beurteilung der Baubewilligungspflicht ist vor diesem Hintergrund nicht möglich. Jedenfalls liegt es nicht in der Kompetenz der Vorinstanz, die Baubewilligungspflicht einer Anlage zu beurteilen, um deren Bewilligung gar nicht ersucht worden ist. Auch aus diesem Grund erweist sich die Rüge als begründet.

4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die einschränkende Auflage gemäss Bst. C, zweiter Spiegelspruch der Baubewilligung vom 10. Februar 2020 zu Unrecht verfügt worden ist. Der Rekurs erweist sich als begründet und ist im Sinn der Erwägungen gutzuheissen.

5.

5.1 Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. In Verfahren, bei denen sich ähnlich wie im Zivilprozess zwei Private mit entgegengesetzten Interessen am Verfahrensausgang gegenüberstehen, werden in aller Regel diese beiden für die Auferlegung von amtlichen Kosten herangezogen, während dem erstverfügenden Gemeinwesen, selbst wenn es mit seinen Anträgen unterliegt, keine amtlichen Kosten auferlegt werden. Ausschlaggebend hierfür ist, dass die privaten Beteiligten ein persönliches und direktes Interesse am Verfahrensausgang haben, während das Gemeinwesen in diesen Fällen grundsätzlich nur öffentliche Interessen wahrt, nämlich die richtige Anwendung der massgeblichen Vorschriften. Diese Praxis findet insbesondere in Baubewilligungs- und Planungsverfahren Anwendung, wurde vom Verwaltungsgericht aber auch in anderen Fällen bestätigt (R. HIRT, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen/St.Gallen 2004, S. 76).



Die Entscheidgebühr beträgt Fr. 3'000.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend haben die Rekursgegner 1 die amtlichen Kosten unter solidarischer Haftung zu bezahlen (Art. 96^{bis} VRP).

5.2 Der vom Rechtsvertreter der Rekurrentin am 20. April 2020 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird zurückerstattet.

6.

Die Rekurrentin stellt ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

6.1 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). Die oben beschriebene Praxis der Kostenverlegung in Fällen, in denen sich zwei Private gegenüberstehen, kommt auch bei der Verlegung der ausseramtlichen Kosten zu Anwendung (R. HIRT, a.a.O., S. 175).

6.2 Die Rekurrentin obsiegt mit ihren Anträgen. Da das Verfahren zudem in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bot, die den Beizug eines Rechtsvertreters rechtfertigen, besteht grundsätzlich Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98^{bis} VRP). Weil keine Kostennote vorliegt, ist die ausseramtliche Entschädigung in Anwendung von Art. 6 in Verbindung mit Art. 22 der Honorarordnung (sGS 963.75) ermessensweise auf Fr. 2'750.– festzulegen; sie ist von den Rekursgegnern 1 zu gleichen Teilen zu bezahlen.

Weil die zu entschädigende Rekurrentin selber mehrwertsteuerpflichtig ist, kann sie die der Honorarrechnung ihres Anwalts belastete Mehrwertsteuer von ihrer eigenen Steuerschuld abziehen, ohne dass ihr dadurch eine Mehrbelastung entsteht. Daher muss die Mehrwertsteuer bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung nicht zusätzlich berücksichtigt werden (R. HIRT, a.a.O., S. 194).



Entscheid

1.

a) Der Rekurs der A.____ AG wird im Sinn der Erwägungen gutgeheissen.

b) Buchstabe C, zweiter Spielstrich der Baubewilligung vom 10. Februar 2020 wird aufgehoben.

2.

a) B.____ und C.____ bezahlen unter solidarischer Haftung eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.–.

b) Der am 20. April 2020 von der K.____ AG geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird zurückerstattet.

3.

Das Begehren der A.____ AG um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird gutgeheissen. B.____ und C.____ entschädigen die A.____ AG zu gleichen Teilen ausseramtlich mit Fr. 2'750.–.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann
Regierungsrätin