

# **SG\_PUBLIKATIONEN 20-1025 vom 20. Januar 2020**

SG Gerichte, 2020-01-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publikationen\\_20-1025](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publikationen_20-1025)

FR: SG\_PUBLIKATIONEN 20-1025 du 20 janvier 2020

IT: SG\_PUBLIKATIONEN 20-1025 del 20 gennaio 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Zuständigkeit des Baudepartementes ergibt sich aus Art. 43bis des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP).

### **E. 1.2**

Die Vorinstanz sowie die Rekursgegnerin stellen sich auf den Standpunkt, dass auf den Rekurs nicht eingetreten werden könne, da

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 115/2020), Seite 7/16

das Schreiben der Vorinstanz vom 20. Januar 2020 keine anfechtbare Verfügung darstelle.

#### **E. 1.2.1**

Das VRP versteht unter einer Verfügung eine erstinstanzliche Anordnung (H-R. ARTA, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRP), Zürich/St.Gallen 2020, Art. 43bis N 6). Eine weitergehende Umschreibung des Verfügungsbegriffs fehlt im VRP jedoch. Der Kerngehalt des Begriffs der Verfügung ist indes in der Lehre und der Praxis unbestritten und einheitlich: Die Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (vgl. u.a. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St.Gallen 2020, Rz. 849; CAVELTI/VÖGELI, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St.Gallen 2003, N 536 ff.). Es werden verschiedene Arten von Verfügungen unterschieden. Durch eine rechtsgestaltende (positive) Verfügung werden beispielsweise verbindliche Rechte und Pflichten des Privaten festgesetzt, geändert oder aufgehoben. Unter einer verweigernden (negativen) Verfügung ist wiederum eine Verfügung zu verstehen, mit welcher der Erlass einer rechtsgestaltenden Verfügung abgelehnt wird (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., RZ. 884 ff.).

#### **E. 1.2.2**

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2019 beantragte der Rekurrent beim Gemeinderat den Erlass eines Benützungsverbots sowie eine Fristansetzung für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Mit Schreiben vom 20. Januar 2020 teilte die Vorinstanz mit, dass für die gestellten Anträge nicht der Gemeinderat, sondern sie (die Baukommission) zuständig sei. Weiter führte die Vorinstanz aus, dass es sich vorliegend um einen rechtmässigen Zustand handle, weshalb für die Anordnung eines Nutzungsverbots keine Rechtsgrundlage bestehe.

### **E. 1.2.3**

Gemäss Art. 2 Abs. 2 des geltenden Baureglementes der Politischen Gemeinde Z.\_\_\_\_ ist die Baukommission die Baubehörde im Sinn des Planungs- und Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt PBG). Art. 159 Abs. 1 Bst. b PBG sieht vor, dass ein Benützungsverbot verfügt wird, wenn durch die Errichtung von Bauten und Anlagen ohne Bewilligung oder auf andere Weise ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird. Für den Erlass des vom Rekurrenten beantragten Benützungsverbots ist somit – und unbestrittenermassen – die Vorinstanz zuständig. Mit Schreiben vom 20. Januar 2020 hat die Vorinstanz den Antrag auf Erlass eines Benützungsverbots abgewiesen. Damit hat das Schreiben vom 20. Januar 2020 ohne weiteres den Charakter einer verweigernden (negativen) Verfügung.

### **E. 1.2.4**

Die Verfügung vom 20. Januar 2020 ist jedoch mangelhaft, da sie nicht alle Inhaltselemente gemäss Art. 24 VRP aufweist, insbeson-

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 115/2020), Seite 8/16

dere fehlt es an einer Rechtsmittelbelehrung. Eine Rechtsmittelbelehrung wäre jedoch – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – notwendig gewesen. Beim Entscheid über ein Nutzungsverbot nach Art. 159 Abs. 1 Bst. b PBG handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 18 VRP (vgl. Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2007/II/20). Vorsorgliche Massnahmen sind bei der in der Hauptsache zuständigen Rekursinstanz anfechtbar (Art. 44 Abs. 1 VRP). Der Erlass bzw. die Verweigerung eines Benützungsverbots stellt eine baupolizeiliche Massnahme dar. Diese fällt in den Zuständigkeitsbereich des Baudepartementes (Art. 43bis VRP i.V.m. Art. 25 Abs. 1 Bst. b des Geschäftsreglements der Regierung und der Staatskanzlei [sGS 141.3; abgekürzt GeschR]). Die Vorinstanz hätte somit im Rahmen einer Rechtsmittelbelehrung auf die Rekursmöglichkeit ans Baudepartement hinweisen müssen.

### **E. 1.2.5**

Die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung verändert deren Rechtsnatur jedoch nicht. Dies gilt freilich nicht unbegrenzt. Überschreitet die Fehlerhaftigkeit ein bestimmtes Mass, verliert der Akt seine Rechtswirksamkeit, seine Rechtsverbindlichkeit und folglich auch seinen Rechtscharakter. Eine solche Verfügung gilt als nichtig (M. MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Auflage, Zürich/St.Gallen 2019, Art. 15 N 26). Eine nur mangelhaft eröffnete Verfügung, von deren Inhalt die Betroffenen Kenntnis erlangen, hat nur selten zur Folge, dass sie schlechthin nichtig ist. In der Regel müssen mangelhaft eröffnete Verfügungen deshalb angefochten werden, wenn deren Rechtswirksamkeit verhindert werden soll. Nichtigkeit ist ausnahmsweise anzunehmen, wenn die Verfügung an einem offensichtlichen und besonders schweren Eröffnungsmangel leidet. Nur anfechtbar ist demgegenüber z.B. eine Verfügung, die keine oder eine unzutreffende Rechtsmittelbelehrung enthält (T. TSCHUMI, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRP), Zürich/St.Gallen 2020, Art. 24–26bis N 6; Urteil des Verwaltungsgerichtes B 2013/22 vom 2. Juli 2013 Erw. 2.1 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 1.3**

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass das Schreiben vom 20. Januar 2020 eine verweigernde Verfügung darstellt und diese trotz fehlender Rechtsmittelbelehrung anfechtbar ist. Zu prüfen bleibt, ob der Rekurrent den Rekurs frist- und formgerecht erhoben hat.

### **E. 1.3.1**

Die Rekursschrift hat einen Antrag, eine Begründung und eine Sachverhaltsdarstellung sowie eine Unterschrift zu enthalten. Aus der Rekursschrift hat zumindest der Wille hervorzugehen, dass Rekurs erhoben wird. Es genügt dabei die ausdrückliche oder sinngemässe Erklärung, wonach der Rekurrent sich mit dem vorinstanzlichen Entscheid nicht einverstanden erklärt. Gerade bei Laienbeschwerden (bzw. nicht anwaltlicher Vertretung) wird aufgrund von Treu und Glauben ein grosszügiger Massstab angelegt (S. STAUB/J. GÜNTHARDT, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRP), Zürich/St.Gallen 2020, Art. 48 N 5).

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 115/2020), Seite 9/16

Der Rekurrent hat seine Eingabe vom 29. Januar 2020 zwar als Aufsichtsbeschwerde bezeichnet, jedoch geht aus dieser eindeutig hervor, dass er mit der Verfügung vom 20. Januar 2020 nicht einverstanden ist. Da es sich beim Rekurrenten um einen Laien handelt und er aufgrund der fehlenden bzw. falschen Rechtsmittelbelehrung davon ausgehen durfte, dass die Aufsichtsbeschwerde das richtige Rechtsmittel sei, rechtfertigt es sich ohne Weiteres die Eingabe vom 29. Januar 2020 in einen Rekurs umzudeuten.

### **E. 1.3.2**

Die Rekursfrist im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen beträgt fünf Tage (Art. 47 Abs. 2 VRP). Der Rekurrent reichte den Rekurs 10 Tagen nach Erhalt der verweigernden Verfügung ein, womit er die fünftägige Rekursfrist grundsätzlich verpasst hat. Gemäss Art. 47 Abs. 3 VRP darf dem Betroffenen aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung jedoch kein Nachteil erwachsen. Dieser Vertrauensschutz gilt nicht nur bei einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung, sondern auch, wenn diese fehlt. Der Betroffene darf jedoch nicht einfach zuwarten, wenn er Anlass zur Annahme hat, dass ein Fehler vorliegen könnte. Vielmehr muss der Betroffene die ihm nach den Umständen zumutbaren Vorkehrungen innert nützlicher Frist treffen und eine Verfügung oder einen Entscheid entweder innerhalb der gewöhnlichen Rechtsmittelfrist anfechten oder sich innert nützlicher Frist über das zulässige Rechtsmittel bzw. die korrekte Rechtsmittelfrist bei der Behörde oder einem Rechtsanwalt erkundigen. Wurde eine Eingabe aufgrund der fehlenden oder unrichtigen Rechtsmittelbelehrung verspätet eingereicht, so ist die Eingabe aufgrund Art. 47 Abs. 3 VRP trotz Verspätung als wirksam zu betrachten (U.P. CAVELTI, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRP), Zürich/St.Gallen 2020, Art. 47 N 16). Der Rekurrent hat den Rekurs innert der üblichen Rekursfrist von 14 Tagen (Art. 47 Abs. 1 VRP) eingereicht und damit die gewöhnliche Rechtsmittelfrist gewahrt. Der Rekurrent hat somit nicht in unzulässiger Weise zugewartet, weshalb die Eingabe trotz Verspätung als fristgerecht zu betrachten ist.

### **E. 1.4**

Damit sind auch die Frist- und Formerfordernisse erfüllt. Die Rekursberechtigung (Art. 45 VRP) ist ebenfalls gegeben, da sich das Grundstück des Rekurrenten innerhalb des massgebenden Radius der geplanten Mobilfunkanlage befindet. Auf den Rekurs ist somit

ein- zutreten.

## **E. 2**

Der Rekurrent beantragt die Durchführung eines Augenscheins vor Ort.

### **E. 2.1**

Nach Art. 12 Abs. 1 VRP ermittelt die Behörde oder das von ihr beauftragte Verwaltungsorgan den Sachverhalt und erhebt die Beweise von Amtes wegen durch Befragen von Beteiligten, Auskunftspersonen und Zeugen, durch Beizug von Urkunden, Amtsberichten und Sachverständigen, durch Augenschein sowie auf andere geeignete

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 115/2020), Seite 10/16

weise. Sind zur Wahrung des öffentlichen Interesses keine besonderen Erhebungen nötig, so sind nur die von den Beteiligten angebotenen und die leicht zugänglichen Beweise über erhebliche Tatsachen aufzunehmen (Art. 12 Abs. 2 VRP). Der Augenschein ist die unmittelbare sinnliche Wahrnehmung von Tatsachen durch die entscheidende Instanz. Er dient der unmittelbaren Wahrnehmung von (in der Regel streitigen) Tatsachen und/oder dem besseren Verständnis des Sachverhalts. Ob ein Augenschein durchzuführen ist, liegt im pflichtgemässen Ermessen der urteilenden Instanz. Nur wo sich eine Tatsache nicht anders abklären lässt, wird eine Verpflichtung zur Durchführung eines Augenscheins bejaht. Ergibt sich eine Tatsache dagegen zweifelsfrei aus den Akten, so braucht sie nicht durch einen Augenschein überprüft zu werden. Dies gilt auch für unbestrittene Behauptungen, sofern eine Nachprüfung nicht durch öffentliche Interessen geboten erscheint. Tatsachen aber, vor allem umstrittene, deren umfassende Feststellung und Würdigung eine eigene Wahrnehmung erheischen, sind in Augenschein zu nehmen (CAVELTI/VÖGELI, a.a.O., N 966; B. MÄRKLI, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRP), Zürich/St.Gallen 2020, Art. 12 N 50 ff.).

### **E. 2.2**

Gemäss den aktuellen Betriebsdaten der BAKOM-Datenbank wird die strittige Mobilfunkanlage (SG\_003) mit den alten – bereits bewilligten – Antennen (Hersteller Huawei, Typenbezeichnung ATR4518R) betrieben und sendet dementsprechend auf den 2G-, 3G- und 4G-Frequenzen. Damit ergibt sich der massgebliche Sachverhalt aus den Akten. Bereits aus diesem Grund ist auf einen Augenschein zu verzichten. Hinzu kommt, dass die massgeblichen Tatsachen ohnehin nicht im Rahmen eines Augenscheins ermittelt werden könnten. Weder die verwendeten Frequenzen noch der eingesetzte Mobilfunkstandard lässt sich vor Ort feststellen. Die in etwa 30 m Höhe installierten Antennenmodule lassen sich ebenfalls nicht vom Boden aus identifizieren.

## **E. 3**

Der Rekurrent beantragt den Erlass eines Benützungsverbots, da der Antennenwechsel und die Umverteilung der Sendeleistung mittels Bagatelländerung unzulässig sei.

### **E. 3.1**

Die Behörde kann zur Erhaltung des Zustands oder zur Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen vorsorgliche Massnahmen treffen (Art. 18 Abs. 1 VRP). Vorsorgliche Massnahmen sind dazu bestimmt, einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten oder bedrohte rechtliche Interessen einstweilen

sicherzustellen. Der Hauptzweck des einstweiligen Rechtsschutzes ist seine Sicherungsfunktion im Hinblick auf das Ergebnis des Hauptverfahrens (B. MÄRKLI, a.a.O., Art. 18 N 12; F. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 246; CAVELTI/VÖGELI, a.a.O., N 1107). Unter dem alten BauG wurden Benützungsverbote gestützt auf Art. 18 VRP ausgesprochen. Mit Art. 159 Abs. 1 Bst. b PBG ist das Benützungsverbot neu auch explizit vorgesehen (C. KÄGI,

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 115/2020), Seite 11/16

in: Bereuter/Frei/Ritter [Hrsg.], Kommentar zum Planungs- und Baugesetz des Kantons St.Gallen, Basel 2020, Art. 159 N 2). Gemäss Art. 159 Abs. 1 Bst. b PBG wird ein Benützungsverbot verfügt, wenn durch die Errichtung von Bauten und Anlagen ohne Baubewilligung oder auf andere Weise ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird. Die erste Konstellation knüpft an die formelle Rechtswidrigkeit – also das Bauen ohne vorgängige Einholung einer Baubewilligung oder die Vornahme einer bewilligungspflichtigen Umnutzung ohne Bewilligung – an. Der zweite Anwendungsbereich stellt eine Generalklausel dar und umfasst sämtliche Konstellationen von unrechtmässigen Zuständen gemäss PBG (M. E. LOOSER, in: Ehrenzeller/Engeler [Hrsg.], Handbuch Heimatschutzrecht, Zürich/St.Gallen 2020, § 9 N 5).

### **E. 3.2**

Es ist somit zuerst vorfrageweise zu beurteilen, ob es sich beim Antennenwechsel samt Umverteilung der Sendeleistung gemäss Gesuch vom 7. Juni 2019 um ein baubewilligungspflichtiges Vorhaben handeln könnte. Nur wenn dies zu bejahen ist, muss der Erlass von vorsorglichen Massnahmen näher geprüft werden.

#### **E. 3.2.1**

Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. In Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV wird definiert, welche Anpassungen bei Mobilfunkanlagen als Änderungen im rechtlichen Sinn gelten. Die Bestimmung sieht folgende Fälle vor: Änderung der Lage von Sendeantennen (Bst. a); der Ersatz von Sendeantennen durch solche mit einem anderen Antennendiagramm (Bst. b); die Erweiterung mit zusätzlichen Sendeantennen (Bst. c); die Erhöhung der äquivalenten Strahlungsleistung (ERP) über den bewilligten Höchstwert hinaus (Bst. d) oder die Änderung von Senderichtungen über den bewilligten Winkelbereich hinaus (Bst. e). Das BAFU hat die Änderungsdefinitionen nach Anhang 1 Ziffer 62 Absatz 5 NISV mit Nachtrag vom 28. März 2013 zur Vollzugsempfehlung zur NISV für Mobilfunk- und WLL-Basisstationen präzisiert (abrufbar unter <https://www.bafu.admin.ch>).

Da die Einführung neuer und der Parallelbetrieb unterschiedlicher Mobilfunktechnologien dazu führt, dass bestehende Mobilfunkanlagen laufend angepasst werden müssen, entwickelte die BPUK zudem eine Bewilligungspraxis, die es ermöglicht, Anlageänderungen ohne Baubewilligungsverfahren durchzuführen, wenn es sich um geringfügige Änderungen – sogenannte "Bagatelländerungen" – handelt. Die Empfehlungen zur Bewilligung von Mobilfunkanlagen (Dialogmodell und Bagatelländerungen) datieren ursprünglich vom 7. März 2013 und wurden am 19. September 2019 aktualisiert (abrufbar unter [www.bpuk.ch](http://www.bpuk.ch)). Eine Bagatelländerung liegt gemäss den Empfehlungen (vgl. S. 6) vor, wenn (1) an Orten mit empfindlicher Nutzung (OMEN), an denen der Anlagegrenzwert vor der Änderung im massgebenden Betriebszustand bereits mehr als 50 % ausgeschöpft war, die berechneten elektrischen Feldstärken nicht zunehmen und (2) an

den übrigen OMEN die berechneten elektrischen Feldstärken im mas-gebenden Zustand mindestens 50 % unter dem Anlagegrenzwert liegen und im Vergleich zur vorherigen Situation um weniger als 0,5 V/m

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 115/2020), Seite 12/16

zunehmen. Da in solchen Fällen keine nennenswerte Erhöhung der Feldstärke vorliegt, kann nach den Empfehlungen der BPUK auf die Durchführung eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens verzichtet werden. Weil es sich bei Bagatelländerungen aber dennoch um eine Änderung im Sinn der NISV handelt, muss der Inhaber der Mobilfunkanlage aufgrund von Art. 11 Abs. 1 NISV bei der zuständigen Behörde ein aktualisiertes Standortdatenblatt einreichen.

### **E. 3.2.2**

Eine Qualifikation als nicht baubewilligungspflichtige Bagatelländerung fällt im vorliegenden Fall jedoch von vornherein ausser Betracht, da sich das Vorhaben in der Landwirtschaftszone befindet. Das Bundesgericht hat mit Jahr 2012 entschieden, dass die Erweiterung einer in der Landwirtschaftszone gelegenen Mobilfunkanlage um eine zusätzliche Funktechnologie eine baubewilligungspflichtige Änderung darstellt (Urteil des Bundesgerichtes 1C\_200/2012 vom 17. Dezember 2012 Erw. 3.1). Im Zeitpunkt des wegleitenden Entscheids war die von der BPUK entwickelte Bewilligungspraxis zwar noch nicht bekannt, jedoch herrschte bereits die im Jahr 2010 eingeführte Technologieneutralität der Mobilfunkkonzessionen (gemeinsames Rundschreiben der BAKOM und des BAFU vom 24. September 2010 zu technologieneutralen Angaben im Standortdatenblatt für Mobilfunksendeanlagen und Angaben der Funkdienste in der NIS-Datenbank, abrufbar unter [www.bafu.admin.ch](http://www.bafu.admin.ch)). Entsprechend gehen auch die im Jahr 2019 – vor dem Hintergrund der Einführung des Mobilfunkstandards 5G – aktualisierten Empfehlungen der BPUK weiterhin ausdrücklich davon aus, dass für Anlagen ausserhalb der Bauzone die strengeren Regeln des RPG gelten und bei einer Erweiterung die Standortgebundenheit erneut nachzuweisen sei und auch die Interessenabwägung erneut durchzuführen sei (Empfehlungen der BPUK zur Bewilligung von Mobilfunkanlagen vom 19. September 2019, S. 5; vgl. auch Entscheid 120/2020/36 der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern vom 9. September 2020 Erw. 3). Diese Handhabung entspricht auch der Praxis im Kanton St.Gallen (vgl. Gemeindeaufgaben bei nicht ionisierender Strahlung, abrufbar unter <https://www.sg.ch/umwelt-natur/umwelt/Vollzugshilfsmittel.html>).

### **E. 3.3**

Das geplante Vorhaben unterliegt demnach bereits aufgrund seiner Lage in der Landwirtschaftszone der Baubewilligungspflicht. Entsprechend muss das Vorhaben zuerst im Rahmen eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens beurteilt werden. Die Rüge des Rekurrenten ist somit begründet.

### **E. 4**

Da sich das Vorhaben als baubewilligungspflichtig erweist, ist weiter zu prüfen, ob bis zum Vorliegen der benötigten Baubewilligung vorsorgliche Massnahmen zu erlassen sind.

#### **E. 4.1**

Für den Entscheid über vorsorgliche Massnahmen sind die Interessen des Gesuchstellers sowie die der übrigen Beteiligten und der Öffentlichkeit gegeneinander abzuwägen. In diese Abwägung können

– mit Zurückhaltung – auch die Aussichten des Ausgangs des Verfahrens einbezogen werden, sofern diese eindeutig sind. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu (VerwGE B 2019/160 vom 23. Januar 2020 Erw. 2.1; VerwGE B 2012/171 vom 10. Oktober 2012 Erw. 4.1; MÄRKLI, a.a.O., Art. 18 N 28; CAVELTI/VÖGELI, a.a.O., N 1111). Einstweiliger Rechtsschutz ist in allen Verfahrensarten und in allen Verfahrensstadien und durch alle Instanzen hindurch möglich und gefordert, da jedes Verfahren auch tatsächlich effektiv sein soll. Das VRP konzentriert die Bestimmungen dazu auf der erstmals möglichen Stufe, also für die vorsorglichen Massnahmen auf der Stufe der Verwaltungsbehörden. Es können aber auch die höheren Instanzen gestützt auf Art. 18 VRP ursprüngliche vorsorgliche Massnahmen erlassen (vgl. MÄRKLI, a.a.O., Art. 18 N 3 und N 14). Nach der Praxis ist es insbesondere zulässig, ein Verbot der Nutzung einer formell nicht bewilligten Baute als vorsorgliche Massnahme anzuordnen (vgl. GVP 2009 Nr. 66, bestätigt vom Bundesgericht im Entscheid 1C\_123/2009 vom 17. Juli 2009). Entsprechend sieht auch Art. 159 Abs. 1 Bst. b PBG vor, dass ein Benützungsverbot verfügt wird, wenn durch die Errichtung von Bauten und Anlagen ohne Bewilligung oder auf andere Weise ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird.

#### **E. 4.2**

An der Einhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung besteht grundsätzlich ein gewichtiges öffentliches Interesse (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 1P.708/2006 und 1P.710/2006 vom 13. April 2007 Erw. 5.4 und 5.5.1; VerwGE B 2006/42, B 2006/43, B 2006/44 vom 14. September 2006 Erw. 3.c). Eigenmächtiges Vorgehen und das Schaffen von baurechtswidrigen Zuständen stellen eine Störung der öffentlichen Ordnung dar, die möglichst frühzeitig unterbunden werden soll; ein erhebliches öffentliches Interesse besteht zudem in Bezug auf die grundsätzliche Gleichbehandlung aller Bürger sowie auf die Glaubwürdigkeit der Verwaltung (M. RUOSS FIERZ, Massnahmen gegen illegales Bauen, Zürich 1999, S. 100). Ein vorsorgliches Nutzungsverbot im Besonderen bezweckt die möglichst frühzeitige Unterbindung von formell widerrechtlichen Nutzungen und soll verhindern, dass der sich eigenmächtig über Vorschriften hinwegsetzende Bauherr aus seinem widerrechtlichen Vorgehen Vorteile zieht und besser gestellt wird, als der sich korrekt Verhaltende (RUOSS FIERZ, a.a.O., S. 94). Bei Feststellung der formellen Baurechtswidrigkeit ist der Erlass eines Nutzungsverbots daher grundsätzlich geboten und erforderlich; ein solches rechtfertigt sich umso mehr, wenn feststeht oder zu vermuten ist, dass zusätzlich eine materielle Rechtswidrigkeit vorliegt (RUOSS FIERZ, a.a.O., S. 99).

#### **E. 4.3**

Die Rekursgegnerin hat nach eigenen Angaben die vorgesehene Aufrüstung noch nicht vorgenommen. Die Aussage deckt sich mit den aktuellen Betriebsdaten der BAKOM-Datenbank, wonach die Mobilfunkanlage immer noch mit den im Jahr 2018 bewilligten Antennenmodulen betrieben wird. Damit liegt derzeit (noch) keine formell rechtswidrige Anlage vor, so dass für ein eigentliches Benützungsver-

bot kein Raum besteht. Vorsorgliche Massnahmen sind dennoch erforderlich, da die Rekursgegnerin andernfalls von der Zusicherung der Vorinstanz – die Aufrüstung sei bewilligungsfrei – Gebrauch machen könnte. Private Interessen, welche dem öffentlichen

Interesse an der Einhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung entgegenstehen könnten, macht die Rekursgegnerin nicht geltend. Da die Rekursgegnerin die Aufrüstung noch nicht vorgenommen hat und sie die Mobilfunkanlage mit den im Jahr 2018 bewilligten Antennenmodulen wie bisher weiterbetreiben kann, sind auch keine gefährdeten privaten Interessen ersichtlich. Ein unmittelbarer finanzieller Schaden oder ein sonstiger, ins Gewicht fallender Nachteil, durch das Abwarten der ordentlichen Baubewilligung liegt jedenfalls nicht vor. Es ist daher der Rekursgegnerin bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung zu untersagen, den mit Gesuch vom 7. Juni 2019 bei der Mobilfunkanlage (SG\_003) vorgesehenen Antennenwechsel vorzunehmen.

#### **E. 4.4**

Sollte sich die Rekursgegnerin – wovon nicht auszugehen ist – nicht an die verfügten vorsorglichen Massnahmen halten und den Antennenwechsel ohne rechtskräftige Baubewilligung vornehmen, wird es Sache der Politischen Gemeinde Z.\_\_\_\_ als zuständige Bewilligungsbehörde sein, den vorsorglichen Massnahmen mit strafrechtlichen Massnahmen Nachachtung zu verschaffen. Für diesen Fall ist bereits jetzt die Bestrafung nach Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (SR 311.0; abgekürzt StGB) anzudrohen.

#### **E. 4.5**

Aufgrund dessen, dass dem Antrag auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen stattzugeben ist, erweist sich die rekurrentische Rüge als begründet. In der Folge ist auch der angefochtene Beschluss der Vorinstanz vom 20. Januar 2020 aufzuheben. Da die Rekursgegnerin den Antennenwechsel noch nicht vorgenommen hat, sind dagegen die rekurrentischen Rechtsbegehren gemäss Ziff. 2 (Wiederherstellung rechtmässiger Zustand) und Ziff. 3 (Feststellung Bauen ohne Baubewilligung) von vornherein abzuweisen.

#### **E. 5**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der beabsichtigte Antennenwechsel entgegen der vorinstanzlichen Einschätzung baubewilligungspflichtig ist und es der Rekursgegnerin daher zu untersagen ist, bis zur Erteilung der Baubewilligung den Wechsel vorzunehmen. Der Rekurs erweist sich als begründet und ist im Sinn der Erwägungen gutzuheissen.

#### **E. 6.1**

Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. 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 sind die amtlichen Kosten der Rekursgegnerin zu überbinden.

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 115/2020), Seite 15/16

#### **E. 6.2**

Der vom Rekurrenten am 12. Februar 2020 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ist zurückzuerstatten.

#### **E. 7**

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

#### **E. 7.1**

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 Untertliegen auferlegt (Art. 98bis VRP). Die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272) finden sachgemäss Anwendung (Art. 98ter VRP).

Nicht anwaltlich vertretene Verfahrensbeteiligte haben grundsätzlich mangels eines besonderen Aufwands keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98ter VRP in Verbindung mit Art. 95 Abs. 3 Bst. c ZPO; vgl. dazu und zum Folgenden: VerwGE B 2013/178 vom 12. Februar 2014 Erw. 4.3 ff., zusammengefasst in: Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2014/I/6). Dass ihnen gleichwohl ersatzfähige Kosten für Umtriebe erwachsen, ist ungewöhnlich und bedarf deshalb einer besonderen Begründung. Eine Umtriebsentschädigung erfolgt somit nur ausnahmsweise, insbesondere wenn es sich um eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert handelt, wenn der getätigte Aufwand erheblich ist und zwischen dem betrieblichen Aufwand und dem Ergebnis der Interessenwahrung ein vernünftiges Verhältnis besteht. Nicht anwaltlich vertretenen Personen spricht das Baudepartement lediglich eine Umtriebsentschädigung ohne Bezugnahme auf den Anwalts- oder einen anderen Branchentarif zu, und zwar praxisgemäss in der Höhe von Fr. 300.– bis Fr. 500.– (vgl. auch hierzu VerwGE B 2013/178 vom 12. Februar 2014 Erw. 5, insbesondere Erw. 5.1 mit Hinweisen).

#### **E. 7.2**

Der nicht anwaltlich vertretene Rekurrent obsiegt mit seinen Anträgen, jedoch bringt er keine besondere Begründung für eine Umtriebsentschädigung vor. Sein Begehren ist deshalb abzuweisen.

#### **E. 7.3**

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

Entscheid des Baudepartementes SG (Nr. 115/2020), Seite 16/16

Entscheid 1.

a) Der Rekurs von A.\_\_\_\_ wird im Sinn der Erwägungen teilweise gutgeheissen, im Übrigen abgewiesen.

b) Der Beschluss der Baukommission Z.\_\_\_\_ vom 20. Januar 2020 wird aufgehoben.

c) Als vorsorgliche Massnahme wird folgendes angeordnet:

1. Der B.\_\_\_\_ AG wird bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung (für den Antennenwechsel) untersagt, auf dem Hochspannungsmasten Nr. 002 auf Grundstück Nr. 001 (Grundbuch Z.\_\_\_\_) einen Antennenwechsel und die Umverteilung der Sendeleistung vorzunehmen.

2. Für den Fall der Nichtbefolgung dieser Anordnungen wird die Bestrafung nach Art. 292 StGB angedroht. Art. 292 StGB, mit dem Randtitel "Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen", lautet:

"Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

2.

a) Die B.\_\_\_\_ AG bezahlt eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.–.

b) Der am

**E. 12**

Februar 2020 von A.\_\_\_\_ geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird zurückerstattet.

3.

a) Das Begehren von A.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kos- ten wird abgewiesen.

b) Das Begehren der B.\_\_\_\_ AG um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann Regierungsrätin

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.