

SO_GERICHTE VWBES.2022.262 vom 7. Dezember 2022

SO Obergericht, 2022-12-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2022.262

FR: SO_GERICHTE VWBES.2022.262 du 7 décembre 2022

IT: SO_GERICHTE VWBES.2022.262 del 7 dicembre 2022

Erwägungen

E. 1

Die Swisscom (Schweiz) AG betreibt auf GB A.____ Nr. [...] in der Kernzone Zentrum der Gemeinde A.____ eine Mobilfunkanlage. Gemäss § 31 Abs. 1 des kommunalen Bau- und Zonenreglements sind in dieser Zone öffentliche Bauten, Geschäfts- und Wohnbauten sowie nicht störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe zulässig. Gebaut werden darf nur nach Gestaltungsplan (§ 44 ff. Planungs- und Baugesetz [PBG; BGS 711.1]). Am

E. 4

Im November 2019 wurde die Anlage auf GB A.____ Nr. [...] dem Vorhaben entsprechend umgerüstet. Am 28. November 2019 verfügte die Baubehörde A.____ einen sofortigen Baustopp. Begründet wurde das Verfügte mit dem Bestehen einer rechtlichen Unsicherheit über die Beurteilung von adaptiven Antennen.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine Verletzung des Rückwirkungsverbots.

E. 4.2

Unterschieden wird gemäss gefestigter Rechtsprechung und Lehre zwischen eigentlicher oder echter und unechter Rückwirkung. Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn ein Gesetz bei der Anwendung neuen Rechts an ein Ereignis anknüpft, das sich vor dessen Inkrafttreten ereignet hat und das im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Norm abgeschlossen ist. Diese echte Rückwirkung ist nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn die Rückwirkung ausdrücklich in einem Gesetz vorgesehen ist oder sich daraus klar ergibt, in einem vernünftigen Rahmen zeitlich limitiert ist, nicht zu stossenden Ungleichheiten führt, einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse dient und wohlerworbene Rechte respektiert. Bei der unechten Rückwirkung wird auf Verhältnisse abgestellt, die zwar unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind, beim Inkrafttreten des neuen Rechts aber noch andauern. Auch diese Rückwirkung gilt nur dann als zulässig, wenn ihr nicht wohlerworbene Rechte entgegenstehen (BGE 138 I 189 E. 3.4; Pierre Tschannen / Ulrich Zimmerli / Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2014, § 24 N 21 ff.; Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich / St. Gallen 2020, Rz. 266 ff.).

E. 4.3

Seit der Einführung von Mobilfunkanlagen wurde die kantonale Baugesetzgebung im Hinblick auf die Voraussetzungen einer Baubewilligungspflicht von (Um-) Bauten und Anlagen nicht geändert (vgl. § 3 Abs. 2 lit. a Kantonale Bauverordnung [KBV, BGS 711.61]). Eine Änderung der Rechtslage liegt somit nicht vor. Eine (echte oder unechte) Rückwirkung steht folglich nicht zur Diskussion.

E. 5

Am 29. November 2019 monierte die Baubehörde A.____ beim Bau- und Justizdepartement (BJD) die Missachtung des verfügten Baustopps auf GB A.____ Nr. [...] durch die Swisscom (Schweiz) AG. Das für die Vollstreckung des Baustopps zuständige Oberamt wurde nicht involviert (vgl. § 83 i.V.m. § 84 Abs. 2 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG, BGS 124.11]).

E. 5.1

Sodann bemängelt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des in Art. 9 Bundesverfassung (BV, SR 101) verankerten Vertrauensschutzes.

5.2.1 Im Einzelnen macht sie geltend, sie betreibe die Mobilfunkanlage auf GB A.____ Nr. [...] seit Jahren. Am 4. Mai 2017 sei letztmals eine ordentliche Baubewilligung erteilt worden. Im Jahr 2019 habe sie eine untergeordnete Anpassung an der Anlage geplant, die den Voraussetzungen einer «Bagatelländerung» entsprochen habe. Aus diesem Grund sei sie am 17. Mai 2019 an das AfU gelangt. Am 20. Mai 2019 habe das AfU die Baubehörde A.____ über die beabsichtigte «Bagatelländerung» informiert und dargelegt, dass für die Anpassung eine öffentliche Auflage nicht nötig sei und die Anforderungen der NISV weiterhin eingehalten würden. In seiner Stellungnahme an die Baubehörde sei das AfU zum Ergebnis gelangt, dass es sich um keine Änderung im Sinne der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung handle. Die Grenzwerte der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV, SR 814.710) würden eingehalten. Die Baukommission A.____ habe in der Folge die Durchführung eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens nicht verlangt, weshalb die Beschwerdeführerin die «Bagatelländerung» in der Folge rechtmässig umgesetzt habe. In der Empfehlung der Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) vom 7. März 2013 werde im Zusammenhang mit den Kriterien für Bagatelländerungen Folgendes festgehalten: «Änderungen im Sinne der NISV von Mobilfunkanlagen führen nicht in jedem Fall zu einer nennenswerten Erhöhung der elektrischen Feldstärke. Um unverhältnismässigen administrativen Aufwand zu vermeiden, wird empfohlen, solche Änderungen unter folgende Kriterien als Bagatelländerung zu behandeln und auf eine (ordentliche) Baubewilligung zu verzichten: 1). An Orten mit empfindlicher Nutzung (OMEN), an denen der Anlagegrenzwert vor der Änderung im massgebenden Betriebszustand bereits mehr als 50 % ausgeschöpft war, nehmen die berechneten elektrischen Feldstärken nicht zu. 2). An den übrigen OMEN liegen die berechneten elektrischen Feldstärken im massgebenden Zustand mindestens 50 % unter dem Anlagegrenzwert und nehmen im Vergleich zur vorherigen Situation um weniger als 0.5V/m zu.»

5.2.2 Diese Kriterien gälten bis heute und zwar unverändert. Vorliegend zeige ein Vergleich der Standortdatenblätter vom 1. Februar 2017 und vom 15. Mai 2019, dass die elektrische Feldstärke an den OMEN im Rahmen der vorliegenden «Bagatelländerung» nicht zugenommen habe. Zusammenfassend betrachtet seien die Kriterien der Empfehlung der BPUK zu «Bagatelländerungen» in umweltrechtlicher Hinsicht vollumfänglich erfüllt. An allen Orten mit empfindlicher Nutzung habe die elektrische Feldstärke im Vergleich zum letztmals im Rahmen einer ordentlichen Baubewilligung sanktionierten Standortdatenblattrevision 1.72 vom 1. Februar 2017 nicht zugenommen. Auch die Vorinstanz bestätige, dass das «Bagatellverfahren» für die Umrüstung der Antennenanlage unter den damals geltenden BPUK-Empfehlungen rechtmässig und die «Bagatelländerung» somit zulässig gewesen sei. Gestützt auf die neuste BPUK-Empfehlung vom 4. März 2022

komme die Vorinstanz jedoch zum Ergebnis, dass für die erfolgte Umrüstung, welche im «Bagatellverfahren» bewilligt worden sei, nachträglich ein ordentliches Baugesuch einzureichen sei. Dies verstosse in grober Weise gegen den Vertrauensschutz.

5.3.1 Zur rückwirkenden Anordnung eines Baugesuchsverfahrens erwog die Vorinstanz zusammenfassend, der Begriff des «Bagatellverfahrens» sei unglücklich gewählt, da er einerseits suggerieren könnte, dass ein eigentliches Bewilligungsverfahren stattfinde und andererseits eine gewisse Verwechslungsgefahr mit den Bauvorhaben von untergeordneter Bedeutung, geregelt in § 8 Abs. 2 KBV, bestehe. Mit diesen habe es aber nichts gemein. Beim «Bagatellverfahren» handle es sich eben gerade nicht um ein Bewilligungsverfahren, bei welchem ■ wie beim ordentlichen Baubewilligungsverfahren ■ eine umfassende Betrachtung des Vorhabens stattfinde, mit der Möglichkeit der Verfahrensteilnahme für sämtliche im Einspracheperimeter befindenden Personen. Vielmehr werde von Seiten der Mobilfunkanbieter dem AfU als kantonale NISV-Fachstelle ein aktualisiertes Standortdatenblatt eingereicht. Die geplante Anpassung werde dann durch das AfU auf die Einhaltung der «Bagatellkriterien» hin geprüft. Seien diese eingehalten, werde dies dem Mobilfunkanbieter und der Baubehörde der Standortgemeinde gemeldet und die Anpassung könne ohne Baubewilligung vorgenommen werden. Vorliegend habe BPUK mit Empfehlung vom 7. März 2013 die Einführung von definierten Kriterien für die Durchführung von «Bagatelländerungen» vorgeschlagen, für welche auf ein ordentliches Baubewilligungsverfahren verzichtet werden könne. Am 19. September 2019 habe die BPUK die Empfehlung vom 7. März 2013 überarbeitet und um gewisse Kriterien für adaptive Antennen erweitert. Am 30. April 2021 habe die BPUK den Kantonen empfohlen, bis zur nächsten Generalversammlung bei adaptiven Antennen das «Bagatellverfahren» nicht mehr anzuwenden. Anlässlich der BPUK-Planerversammlung vom 4. März 2022 seien neue Empfehlungen zur Bewilligung von Mobilfunkanlagen genehmigt und es sei der Wechsel von konventionellen zu adaptiven Antennen als möglicher «Bagatellfall» wieder aufgeführt worden.

5.3.2 Die vorliegende Änderung der Mobilfunkanlage habe das AfU am 20. Mai 2019 unter der damals geltenden BPUK-Empfehlung vom 7. März 2013 als «Bagatelländerung» beurteilt, weshalb von Seiten der Beschwerdeführerin auf ein ordentliches Baubewilligungsverfahren verzichtet worden sei. Dies sei in Anbetracht der damaligen Empfehlung der BPUK nicht zu beanstanden. Anders als andere Kantone kenne der Kanton Solothurn indes keine gesetzliche Grundlage für eine Bewilligung im «Bagatellverfahren». Mit dem «Bagatellverfahren» würden lediglich unwesentliche Änderungen einer Mobilfunkanlage in Anlehnung an die Empfehlung der BPUK als nicht bewilligungspflichtig taxiert, weil diese zufolge ihrer geringen Auswirkungen auf Raum und Umwelt keiner vorgängigen Bewilligung bedürften. Vorliegend sei somit nicht über eine bereits bewilligte Änderung einer Mobilfunkanlage zu befinden, sondern vielmehr zu entscheiden, ob eine als bewilligungsfrei erachtete Änderung nachträglich doch noch einer Überprüfung in einem ordentlichen Verfahren überprüft werden dürfe beziehungsweise bei Nichteinreichung eines Baugesuchs die Wiederherstellung des letztmals bewilligten Zustands verlangt werden könne.

5.3.3 In Anwendung von § 35 Abs. 1bis VRG kämen die heutigen tatbestandlichen und rechtlichen Verhältnisse zur Anwendung. Bei der Änderung der Mobilfunkanlage handle es sich um einen Wechsel von einer konventionellen zu einer adaptiven Antenne. Gemäss Medienmitteilung der BPUK vom 23. September 2021 sollten adaptive Antennen nur noch

in einem ordentlichen Baubewilligungsverfahren genehmigt werden. Das heisse, auch für die Umrüstung von einer konventionellen Antenne zu einer adaptiven Antenne müsse ein ordentliches Baugesuch gestellt werden. Die neuste Empfehlung der BPUK lasse den Kantonen diesbezüglich zwar Spielraum. Der Kanton Solothurn habe davon indes keinen Gebrauch gemacht. Die Bewilligungspflicht des originären Wechsels von konventionellen zu adaptiven Antennen sei unter anderem deshalb sachgerecht, weil adaptive Antennen zu einer Erhöhung der Feldstärken führen könne beziehungsweise bei nachträglicher (bewilligungsfreier) Anwendung des Korrekturfaktors die effektive Strahlenleistung (ERP) kurzzeitig um das zehnfache überschritten werden könne. Dies führe zu einer kurzzeitigen Erhöhung der Strahlenbelastung an den Orten mit empfindlicher Nutzung (OMEN) um höchstens einen Faktor 3.16. Der vorsorgliche Anlagegrenzwert werde lediglich gemittelt über sechs Minuten eingehalten. Diese Änderung gegenüber einer konventionellen Antenne seien ■ auch bei Einhaltung der «Bagatellkriterien» ■ genügend gewichtig, um nach den Grundsätzen von Art. 22 RPG eine Baubewilligungspflicht zu begründen. Nach dem Gesagten könne festgehalten werden, dass die vorgenommene Änderung nicht mehr als bewilligungsfrei erachtet werden könne, der Wechsel von konventionellen zu adaptiven Antennen mithin baubewilligungspflichtig sei.

E. 5.4

Gemäss Art. 22 Abs.1 Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) bedürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Nach bundesgerichtlicher Praxis gelten als Anlagen in diesem Sinne mindestens jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (vgl. BGE 139 II 134 E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts 1C_505/2017 vom 15. Mai 2018 E. 5). Die Baubewilligungspflicht soll es der zuständigen Baubehörde ermöglichen, 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, 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 (Alexander Rey, Mobilfunkanlagen: Verhältnis von Bundesumweltrecht, Raumplanungs- und Baurecht, insbesondere Bauverfahrensrecht, in: URP 2021, S. 153 ff. mit Verweis auf BGE 139 II 134 E. 5.2). Die Baubewilligung hält entsprechend fest, welche gesetzlichen Vorschriften vom konkreten Vorhaben einzuhalten sind. Sie wird erteilt, wenn die Voraussetzungen, die das (Bau-)Recht für das konkrete Projekt vorsieht, erfüllt sind. Es besteht somit ein grundsätzliches Bauverbot, das nur durch eine Bewilligung beseitigt werden kann. Formell ist die Baubewilligung daher Voraussetzung der Rechtmässigkeit einer baulichen Tätigkeit (vgl. Alexander Ruch in: Heinz Aemisegger et al. [Hrsg.], Praxiskommentar RPG, Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich 2020, Art. 22 N 7 f.).

E. 5.5

Als massgebend für die Bewilligungspflicht von Änderungen einer bestehenden Mobilfunkanlage wegen ihren umweltrechtlichen Auswirkungen gilt grundsätzlich der Anwendungsbereich der NISV. Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV definiert den Begriff der

Anlageänderung. Als Änderung der Anlage gilt demnach namentlich die Änderung der Lage der Sendeantennen (lit. a), der Ersatz von Sendeantennen durch solche mit einem anderen Antennendiagramm (lit. b), die Erweiterung mit zusätzlichen Sendeantennen (lit. c), die Erhöhung der effektiven Strahlungsleistung (ERP) über den bewilligten Höchstwert hinaus (lit. d) oder die Änderung von Senderichtungen über den bewilligten Winkelbereich hinaus (lit. e). Derartige Anpassungen der Anlage sind der zuständigen Behörde auf jeden Fall 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 einem (Bau-)Bewilligungsverfahren unterliegen, was indes vom kantonalen Recht im Rahmen von Art. 22 Abs. 1 RPG bestimmt wird. Gemäss Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5bis NISV gilt die Anwendung eines Korrekturfaktors nach Ziffer 63 Abs. 2 bei bestehenden adaptiven Antennen nicht als Änderung einer Anlage. Zum Wechsel von konventionellen auf adaptive Antennen äussert sich der Verordnungsgeber indes nicht.

E. 5.6

Das Amt für Umwelt stütze seine Auffassung vorliegend auf die Empfehlung der Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz vom 7. März 2013. Diese empfahl Folgendes: Änderungen im Sinne der NISV von Mobilfunkanlagen würden nicht in jedem Fall zu einer nennenswerten Erhöhung der elektrischen Feldstärke führen. Um unverhältnismässigen administrativen Aufwand zu vermeiden, werde empfohlen, solche Änderungen unter folgenden Kriterien als Bagatelländerungen zu behandeln und auf eine (ordentliche) Baubewilligung zu verzichten: «1. An Orten mit empfindlicher Nutzung (OMEN), an denen der Anlagegrenzwert vor der Änderung im massgebenden Betriebszustand bereits mehr als 50 % ausgeschöpft war, nehmen die berechneten elektrischen Feldstärken nicht zu. 2. An den übrigen OMEN liegen die berechneten elektrischen Feldstärken im massgebenden Zustand mindestens 50 % unter dem Anlagegrenzwert und nehmen im Vergleich zur vorherigen Situation um weniger als 0,5 V/m zu». Diese Empfehlung ist mittlerweile überholt (vgl. BPUK-Empfehlungen vom Am 19. September 2019, vom 30. April 2021 und vom 4. März 2022).

E. 5.7

Wie bereits unter Ziff. II/E. 4.3 hiervor dargelegt, wurden die einschlägigen Bestimmungen der kantonalen Baugesetzgebung nicht geändert. Von der Einführung eines «Bagatellverfahrens» gemäss der (revidierten) BPUK-Empfehlungen hat der hiesige Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht. Eine Genehmigung in einem solchen Verfahren fällt somit nicht in Betracht.

E. 5.8

Den Vorakten zufolge wurde im November 2019 bei der auf GB A.____ Nr. [...] stehenden Mobilfunkanlage in der Kernzone der Gemeinde A.____ ein Antennenwechsel auf adaptive Antennen vorgenommen und gleichzeitig die Sendeleistung der Frequenzen erhöht, ohne vorgängige Überprüfung in einem Baubewilligungsverfahren. Bei der Umrüstung auf den 5G Standard kommen regelmässig adaptive Antennen zum Einsatz, welche das «Beamforming» ermöglichen. Statt wie bisher ein Mobilfunksignal kreisförmig abzustrahlen, welches dann im Randbereich immer schwächer wird, können die Signale beim Beamforming in der 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 (Rey, a.a.O, S. 173). Vorliegend ist aktenkundig, dass sich nach der streitgegenständlichen Umrüstung unter anderem das Antennendiagramm änderte (vgl. Standortdatenblätter vom 1. Februar 2017 und vom 15. Mai 2019 der Beschwerdeführerin am Standort GB A.____ Nr. [...]). Das Mobilfunksignal wird damit neu teilweise auf zusätzliche Gebiete des bevölkerungsdichten Dorfkerns abgestrahlt; ferner findet eine gewisse Korrektur des bisherigen Diagramms statt. Bereits aus diesem Grund dürfte das Interesse der Öffentlichkeit (und Nachbarn) an einer Kontrolle der räumlichen Folgen der Umrüstung auf adaptive Antennen gewichtig genug sein, um sie dem ordentlichen Bewilligungsverfahren zu unterwerfen (vgl. Ziff. II/E. 5.4 hiervor). Eine solche ist mit der Vorinstanz somit zu bejahen.

E. 5.9

Damit bleibt über die Rüge der Verletzung des Vertrauensschutzes zu befinden. In ihrer Beschwerdeschrift stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, es sei unzulässig, dass die Vorinstanz vor dem Hintergrund der jüngsten BPUK-Empfehlung vom 4. März 2022 für die streitgegenständliche Umrüstung, welche in einem Bagatellverfahren genehmigt worden sei, ein nachträgliches Baugesuch verlange. «Bagatelländerungen» seien vom Kanton jahrelang akzeptiert worden.

E. 5.10

Diesbezüglich ist vorweg festzuhalten, dass im zur Beurteilung unterbreiteten Sachverhalt lediglich eine Umrüstung einer Mobilfunkanlage auf adaptive Antennen beziehungsweise den Standard 5G und die damit zusammenhängenden räumlichen Folgen zur Diskussion steht. Auf weitere Verfahren wird nicht Bezug genommen. Sie sind nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Sodann handelt es sich beim Schreiben des AfU vom 20. Mai 2019 an die Baubehörde A.____ lediglich um eine Empfehlung, in welcher auf einer halben Seite erläutert wird, es könne im Hinblick auf die streitgegenständliche Umrüstung auf eine öffentliche Auflage verzichtet werden. Das Amt für Umwelt verfügt in dieser Hinsicht indes über keinerlei Entscheidkompetenzen. Eine solche obliegt im vorliegenden Fall erstinstanzlich einzig der zuständigen Baubehörde, welche nach Eingang sämtlicher notwendiger Unterlagen ihren Entscheid innerhalb von zwei Monaten der Bauherrin mitzuteilen hat (vgl. § 9 Abs. 1 KBV). Ein entsprechendes Baugesuch ist vorgängig bei der zuständigen Baubehörde einzureichen (vgl. § 2 Abs. 2 i.V.m. 3 Abs. 1 KBV). Wie unter Ziffer II/E. 5.7 hiervor dargelegt, kennt die hiesige Gesetzgebung kein «Bagatellverfahren». Die Beschwerdeführerin hat sich aktenkundig erst nach der Umrüstung und dem unmittelbar darauf verfügten Baustopp an die Baubehörde A.____ gewandt. Der massgebende Sachverhalt war der Baubehörde bis zu diesem Zeitpunkt nicht (vollständig) bekannt. Folglich kann ihr auch nicht vorgehalten werden, sie habe mit ihrem Verhalten den Eindruck geweckt, auf die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens verzichten zu wollen.

E. 5.11

Nach Auffassung der Vorinstanz hat das AfU die fragliche Änderung der Mobilfunkanlage am 20. Mai 2019 zwar unter der damals geltenden BPUK-Empfehlung vom 7. März 2013 als Bagatelländerung beurteilt, was aus Sicht des BJD nicht zu beanstanden sei. Das Departement vertritt indes auch die Auffassung, eine baurechtliche Beurteilung hätte vermutlich bereits damals zu einem anderen Ergebnis geführt (vgl. Ziff. II/E. 5 der

angefochtenen Verfügung). In Anbetracht dessen ist zweifelhaft, ob die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid überhaupt ihre Praxis änderte oder sich diese Frage bis anhin schlicht noch nicht stellte und sie den konkreten Sachverhalt noch nicht zu beurteilen hatte.

E. 5.12

Der Vollständigkeit halber lässt sich dazu Folgendes sagen: Sofern die Vorinstanz ihre als rechtswidrig erkannte Praxis in der angefochtenen Verfügung geändert haben sollte und erklärt, sie wolle an der neuen Praxis festhalten, bestünde nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kein Anspruch auf Behandlung nach der alten Praxis, selbst wenn die neue Praxis erst mit dem beurteilten Fall eingeführt worden wäre (BGE 127 II 113E. 9 S. 121). Dass sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung an die gesetzlichen Grundlagen hält, ist nicht zu beanstanden. Die Praxisänderung ist grundsätzlich überall und sofort anzuwenden und gilt nicht nur für künftige, sondern für alle im Zeitpunkt der Änderung noch hängigen Fälle. Ein Anspruch auf Vertrauensschutz könnte sich namentlich ergeben, wenn die Behörde die Weiterführung der alten Praxis individuell zugesichert oder bei der betroffenen Person anderweitig ein entsprechendes Vertrauen geweckt hätte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_646/2020 vom 28. März 2022 E. 4.3.1). Grundsätzlich kann sich die Beschwerdeführerin der korrekten Rechtsanwendung aber nicht mit dem Argument entziehen, das Recht sei in anderen Fällen gar nicht angewendet worden. Weicht die Behörde jedoch nicht nur in einem oder in einigen Fällen, sondern in ständiger Praxis vom Gesetz ab, und gibt sie zu erkennen, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden werde, so könnte die Beschwerdeführerin, wenn sie die entsprechende Rüge erheben würde, gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BV verlangen, gleichbehandelt, das heisst ebenfalls gesetzeswidrig begünstigt zu werden (BGE 146 I 105 E. 5.2 f.). Nur wenn eine Behörde nicht gewillt ist, eine rechtswidrige Praxis aufzugeben, überwiegt das Interesse an der Gleichbehandlung der Betroffenen gegenüber demjenigen an der Gesetzmässigkeit (BGE 146 I 105 E. 5.2 f.). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

E. 5.13

Sofern es sich um eine Praxisänderung des BJD handeln sollte, beträfe die Anordnung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens die Frage des Anwendungsbereichs einer öffentlichen Eigentumsbeschränkung im Sinne von Art. 36 BV (Bauverbot mit Erlaubnisvorbehalt; vgl. Alexander Ruch, a.a.O., Art. 22 N 8). Die thematisierte Praxisänderung wäre indes nicht ausschlaggebend dafür, ob zu einem früheren Zeitpunkt ohne Einholung einer Baubewilligung erfolgte bauliche Massnahmen rückgängig zu machen wären. Dies hinge vielmehr davon ab, ob die betreffenden Massnahmen im einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren als bewilligungsfähig beurteilt und die Voraussetzungen für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als erfüllt erachtet werden können. Damit bestünde gegen die allfällige Praxisänderung zurück zur Legalität nach der dargelegten Rechtsprechung im vorliegenden Fall von vornherein kein Vertrauensschutz (vgl. Ziff. II./E. 5.12). Die Beschwerde erweise sich in dieser Hinsicht somit als unbegründet.

6. Auch inwiefern die vorinstanzliche Anordnung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzen soll, kann nicht nachvollzogen werden. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist einzig die Umrüstung der Mobilfunkanlage auf GB A. ___ Nr. [...]. Wie unter Ziff. II./E. 5.8 dargelegt, besteht bei der streitgegenständlichen Änderung der Mobilfunkanlage eine Baubewilligungspflicht.

Ausnahmeregelungen liegen nicht vor. Eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips steht damit von vornherein nicht zur Diskussion.

7. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, sie ist abzuweisen.

8. Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei in Anwendung von § 77 VRG i.V.m. Art. 106 Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 2'000.00 festzusetzen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen sind.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Swisscom (Schweiz) AG hat die Kosten des Verfahrens von CHF 2'000.00 zu bezahlen.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Die Gerichtsschreiberin

Trutmann

E. 6

Mit Verfügung vom 27. Mai 2020 verlangte die Baubehörde A.____ von der Swisscom (Schweiz) AG die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf GB A.____ Nr. [...]. Die Swisscom (Schweiz) AG habe am 28. November 2019 eine Umrüstung der fraglichen Anlage von 4G auf adaptive Antennen vorgenommen. Gleichentags sei ein Baustopp verfügt worden. Bisher sei die Swisscom (Schweiz) AG der Aufforderung ein nachträgliches Baugesuch einzureichen nicht nachgekommen. Die kommunale Baubehörde verlange deshalb die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Rückbau von 5G auf 4G).

E. 7

Dagegen setzte sich die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend Beschwerdeführerin genannt) mit Beschwerde vom 8. Juni 2020 beim BJD zur Wehr und verlangte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

E. 8

Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs verfügte das BJD am 5. Juli 2022 das Folgende:

1. Die Beschwerde der Swisscom (Schweiz) AG vom 8. Juni 2020 wird gutgeheissen, soweit die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands betreffend.
2. Die Verfügung der Baukommission A.____ vom 27. Mai 2020 wird aufgehoben.

3. Die Swisscom (Schweiz) AG hat für die vorgenommene Änderung beziehungsweise den derzeitigen Zustand der Mobilfunkanlage auf GB A.____ Nr. [...] innert 60 Tagen ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheides ein ordentliches Baugesuch einzureichen.

4. Der Swisscom (Schweiz) AG wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 1'500.00 zurückerstattet.

5. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.

E. 9

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. Juli 2022 verlangt die Beschwerdeführerin, von nun an vertreten durch Rechtsanwalt Lorenzo Marazzotta, was folgt:

1. Dispositivziffer 3 des Entscheids des Bau- und Justizdepartements vom 5. Juli 2022 sei ersatzlos aufzuheben.

2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

E. 10

Mit Verfügung vom 19. Juli 2022 stellte der Instruktionsrichter fest, dass es sich erübrige, der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, da das strittige Baugesuch erst nach Rechtskraft des vorinstanzlichen Entscheids einzureichen wäre.

E. 11

Das BJD schliesst mit Vernehmlassung vom 16. August 2022 auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

E. 12

Am 29. September 2022 liess sich auch die Baubehörde A.____ vernehmen und sinngemäss die Abweisung der Beschwerde beantragen. Im Übrigen sei der Betrieb der Mobilfunkantenne unverzüglich einzustellen. Die Beschwerdeführerin habe nachträglich ein vollständiges, ordentliches Baugesuch einzureichen.

E. 13

Die Sache ist spruchreif. Für den Parteistandpunkt und die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachfolgend darauf einzugehen

II.

1. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. § 49 Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12). Die Beschwerdeführerin ist als Bauherrin und Betreiberin der Mobilfunkanlage auf GB A.____ Nr. [...] durch die angefochtene Verfügung beschwert und damit zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie auf Verletzung von kantonalem oder Bundesrecht. Die Überschreitung oder der Missbrauch des Ermessens gelten als Rechtsverletzung (vgl. § 67bisAbs. 1 VRG).

3. Die zur Beurteilung unterbreitete Verwaltungsgerichtsbeschwerde richtet sich einzig gegen die Anordnung eines Baugesuchsverfahrens. Die Baubehörde ihrerseits hat auf die Erhebung einer Beschwerde verzichtet. Die einstweilige Einstellung des Betriebs der Mobilfunkanlage ist damit nicht Gegenstand des Verfahrens.

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