

PROTOKOLL DES REGIERUNGSRATS

Sitzung vom 21. Dezember 2022

Versand: 23. Dezember 2022

Regierungsratsbeschluss Nr. 2022-001679

A._____, Q._____; Beschwerde vom 20. Mai 2022 gegen den Gemeinderat R._____ betreffend Rechtsverzögerung/Rechtsverweigerung im Baubewilligungsverfahren zum Umbau einer bestehenden Mobilfunkanlage auf Parzelle aaa; Gutheissung

Sachverhalt

A.

Ende März 2020 reichte die A. (nachfolgend: Gesuchstellerin) beim Gemeinderat R. (nachfolgend: Gemeinderat) ein Baugesuch ein für den Umbau der bestehenden Mobilfunkanlage auf Parzelle aaa. Die Abteilung für Baubewilligungen (AfB) des Departements Bau, Verkehr und Umwelt (BVU) erteilte dem Baugesuch gestützt auf eine Stellungnahme der Abteilung für Umwelt (AfU) BVU vom 6. Mai 2020 am 13. Mai 2020 unter Auflagen die kantonale Zustimmung. Vom 24. April bis 25. Mai 2020 lag das Baugesuch öffentlich auf. Es gingen acht auf einer Mustervorlage beruhende und daher weitgehend inhaltsgleiche Sammeleinwendungen ein. Die Gesuchstellerin nahm am 24. Juni 2020 zu den Einwendungen Stellung. Am 4. September 2020 übermittelte die Gemeinde R. der AfB BVU die Einwendungen zur Stellungnahme. Die AfU BVU nahm am 21. Oktober 2020 zu den Einwendungen Stellung. Die AfB BVU stellte diese Stellungnahme dem Gemeinderat mit Schreiben vom 4. November 2020 zu. Am 11. Januar 2021 erkundigt sich die Gesuchstellerin beim Gemeinderat nach dem Stand des Verfahrens. Dieser stellte der Gesuchstellerin am 24. Februar 2021 die Durchführung einer Einwendungsverhandlung in Aussicht und wies auf die pandemiebedingten Restriktionen hin. Am 27. Mai 2021 fand die angekündigte Einwendungsverhandlung statt. Mit Schreiben vom 24. August 2021 stellte der Gemeinderat der AfU BVU verschiedene Fragen. Am 28. März 2022 erkundigte sich die Gesuchstellerin beim Gemeinderat erneut nach dem Stand des Verfahrens. Erst auf nochmalige Nachfrage der Gesuchstellerin am 19. April 2022 wies der Gemeinderat auf die ausstehenden Antworten der AfU BVU hin. Gleichentags beantragte die Gesuchstellerin sinngemäss, auf das Abwarten der Antwort der AfU zu verzichten. Da sich der Gemeinderat dazu nicht mehr vernehmen liess, verlangte die Gesuchstellerin am 11. Mai 2022 einen anfechtbaren Entscheid. Mit E-Mail vom 18. Mai 2022 teilte die Gemeindeverwaltung der Gesuchstellerin mit, dass die kommunale Planungskommission dem Gemeinderat empfehlen werde, die laufenden Baugesuche betreffend Mobilfunk zu sistieren.

B.

Mit Schreiben vom 20. Mai 2022 reichte die Gesuchstellerin, handelnd durch ihren Konzernrechtsdienst, beim Regierungsrat eine Rechtsverzögerungs-/Rechtsverweigerungsbeschwerde ein und stellte folgenden Antrag:

Es sei die Gemeinde R. anzuweisen, unverzüglich über das Baugesuch Nr. 202027 Umbau einer bestehenden Mobilfunkanlage, R., zu entscheiden, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Auf die Begründung wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

(...)

Erwägungen

1.

1.1

Rechtsverzögerung ist eine besondere Form formeller Rechtsverweigerung (BGE 119 Ia 237 E. 2 Seite 238). Sie ist gegeben, wenn die zuständige Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde sich zwar bereit zeigt, einen von Gesetzes wegen zu treffenden Entscheid zu fällen, diesen aber nicht binnen der Frist erlässt, welche nach der Natur der Sache und nach der Gesamtheit der übrigen Umstände als angemessen erscheint (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV; BGE 131 V 407 E. 1.1 Seite 409, BGE130 I 312 E. 5.1 Seite 331, BGE 103 V 190 E. 3c Seite 194). Eine Rechtsverweigerung liegt vor, wenn die Behörde sich weigert, den Entscheid zu fällen.

Für Rechtsuchende ist es unerheblich, auf welche Gründe die Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung zurückzuführen ist; entscheidend ist ausschliesslich, dass die Behörde nicht oder nicht fristgerecht handelt. Welches die zeitlichen Grenzen sind, bei deren Überschreiten eine Rechtsverzögerung im Verwaltungsverfahren anzunehmen ist, wird durch die Baugesetzgebung entgegen der Bestimmung von § 5 Abs. 1 des Gesetzes über Raumentwicklung und Bauwesen (Baugesetz, BauG) vom 19. Januar 1993, wonach der Grosse Rat durch Dekret Behandlungsfristen festzulegen hat, nicht geregelt. Ob eine Rechtsverzögerung vorliegt, lässt sich nur anhand konkreter objektiver Gegebenheiten des Einzelfalls feststellen, wobei die Schwierigkeit und der Umfang der abzuklärenden Fragen ins Gewicht fallen und der Verfahrensstand, das Verhalten der Beteiligten sowie auch die Bedeutung der Angelegenheit für den Rechtssuchenden mitzuberücksichtigen sind (BGE 130 I 32 E. 5.2 Seite 332, 125 V 188 E. 2a Seite 191 mit Hinweisen, Urteil des Bundesgerichts 8C_210/2013 vom 10. Juli 2013 E. 2.2). Eine vollständige, objektiv nicht begründbare Untätigkeit während neun beziehungsweise zwölf Monaten erfüllt dabei praxisgemäss den Tatbestand der Rechtsverzögerung. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass ein Fall pro Instanz im Sinne einer Normgrösse kaum mehr als drei bis vier Monate nach Abschluss des Schriftenwechsels ruhen dürfe (MERKER MICHAEL, Rechtsmittel, Klare und Normenkontrollverfahren nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG) vom 4. Dezember 2007 – Kommentar zu den §§ 38–72 VRPG, Zürich 1998, N. 47 zu § 53, Seite 447). Diese vier Monate entsprechen auch der durch den Regierungsrat für die kantonale Verwaltung festgelegten Normalfrist für erstinstanzliche Verfahren.

1.2

Angesichts der im Sachverhalt geschilderten, über zwei Jahre dauernden Verfahrensgeschichte kann festgestellt werden, dass es einige übermässig lang dauernde Phasen von behördlicher Untätigkeit sowohl von Seiten des Gemeinderats beziehungsweise der Gemeindeverwaltung als auch von Seiten der AfU BVU gab. So ist zum Beispiel nicht nachvollziehbar, weshalb der Gemeinderat rund vier Monate (von Mai bis September) wartete, bis er die eingegangenen Einwendungen dem BVU zur Stellungnahme zustellte. Angesichts der klaren Vorgabe in § 56 Abs. 1 Satz 2 der Bauverordnung (BauV) vom 25. Mai 2011 ist es zudem erstaunlich, dass der Gemeinderat die Einwendungen erst auf Empfehlung eines Mitarbeiters des Kantons der AfB BVU zur Stellungnahme zustellte. Nicht zu beanstanden ist die Verzögerung, die aufgrund der behördlichen Massnahmen pandemiebedingt auftrat, und die Durchführung der Einwendungsverhandlung erst Ende Mai 2021. Nicht erklärbar ist es, warum der Gemeinderat im Nachgang zur Einwendungsverhandlung fast drei Monate Zeit benötigte, um sein Frageschreiben an die AfU BVU zu verfassen. Auch nicht erklärbar ist, weshalb der Gemeinderat sich nicht bei der AfU BVU nach dem Verbleib ihrer Antworten erkundigte, als diese im März beziehungsweise April 2022 schon mehrere Monate überfällig waren. Auf die Beurteilung der Untätigkeit der AfU BVU betreffend das gemeinderätliche Frageschreiben vom 24. August 2021 braucht

nicht näher eingegangen werden. Von einer beförderlichen Verfahrensbehandlung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV kann jedenfalls nicht gesprochen werden.

1.3

1.3.1

Ob diese längeren oder auch die kleineren Verzögerungen insgesamt als klare Rechtsverzögerung bezeichnet werden muss, kann vorliegend aber offenbleiben. Wie nachfolgend zu zeigen ist, hat der Gemeinderat auch eine Rechtsverweigerung begangen, indem er der Gesuchstellerin die Sistierung des Verfahrens in Aussicht stellte.

Sistierung bedeutet die vorläufige Einstellung (Ruhenlassen) eines hängigen Verwaltungs- oder Rechtsmittelverfahrens. Sie ist im VRPG nicht ausdrücklich geregelt, was indessen nicht bedeutet, dass sie von vornherein unzulässig wäre. Solche prozessleitenden Anordnungen kommen in der Praxis häufig vor und bedürfen keiner besonderen Rechtsgrundlage (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1999, Seite 145). Das Verfahren darf indessen nur aus hinreichenden und zweckmässigen Gründen ausgesetzt werden. Für eine Sistierung können vor allem verfahrensökonomische Gründe sprechen. Sie kann sich namentlich dann aufdrängen, wenn der Entscheid vom Ergebnis eines anderen hängigen Verfahrens abhängt. Eine Verfahrenssistierung kommt auch aus andern Gründen infrage, wenn sich zum Beispiel die Verfahrensbeteiligten in aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen befinden, soweit eine Einigung zeitlich absehbar ist und die Betroffenen mit der Sistierung einverstanden sind. Gegen eine Sistierung lässt sich regelmässig die damit verbundene Verlängerung der Verfahrensdauer anführen, die privaten oder öffentlichen Interessen zuwiderlaufen kann (vgl. AGVE 1999, Seite 145 f. mit Hinweisen). Eine Sistierung darf dem Beschleunigungsgebot nicht entgegenstehen (vgl. WIEDERKEHR, RENÉ; PLÜSS, KASPAR, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2020, Rz. 3217).

1.3.2

Im vorliegenden Fall begründete der Gemeinderat beziehungsweise die von ihm verantwortete Gemeindeverwaltung die Sistierung zum einen mit den ausstehenden Antworten der AfU BVU und zum anderen mit der Empfehlung der Planungskommission, die laufenden Baugesuche zu sistieren, um die Arbeiten einer Arbeitsgruppe abzuwarten, welche einerseits offene technische Fragen und mögliche Alternativen der Kapazitätsabdeckung von Mobilfunk mit Fachleuten abklären und andererseits mit anderen Gemeinden Kontakt aufnehmen will.

Bei diesen für die Sistierung des Verfahrens vorgebrachten Gründen geht es zum einen um Vollzugsfragen betreffend die Anwendung der Bestimmungen der bundesrätlichen Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) vom 23. Dezember 1999. Für diese Vollzugsfragen ist aber nicht der Gemeinderat, sondern das BVU zuständig (§ 31 Abs. 1 und 2 lit. f Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über den Schutz von Umwelt und Gewässern [EG Umweltrecht, EG UWR] vom 4. September 2007). Es wäre allenfalls am BVU gewesen, sein Teilverfahren zu sistieren, wenn es Zweifel an der Anwendbarkeit der NISV gehabt hätte. Das BVU hat sein Teilverfahren aber abgeschlossen und am 13. Mai 2020 seine Zustimmung erteilt. Der für Fragen der NISV nicht zuständige Gemeinderat hat diese Zustimmung des zuständigen BVU im erstinstanzlichen Baugesuchverfahren ohne Weiteres zu akzeptieren und als solchen mit seinem Endentscheid über das Baugesuch den Parteien zu eröffnen, auch wenn er mit dessen Inhalt nicht einverstanden ist. Es ist ihm oder den Einwendenden dann freigestellt, die erteilte umweltschutzrechtliche Zustimmung des BVU vor Regierungsrat mit Beschwerde anzufechten (vgl. zur Gemeindebeschwerde: Art. 57 Bundesgesetz über den Umweltschutz [Umweltschutzgesetz, USG] vom 7. Oktober 1983). Dabei wäre dann zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der kantonalen Zustimmung zu Recht bejaht worden sind. Für eine Sistierung des bereits abgeschlossenen Teilverfahrens des BVU durch den Gemeinderat gibt es aus Gründen der Zuständigkeit somit keinen Raum. Der Gemeinderat hat die NISV nicht anzuwenden und kann deshalb deren Anwendung nicht wegen fehlender Antworten auf weitere

Frage aussetzen (vgl. RRB Nr. 2020-000989 vom 19. August 2020, E. 2.2). Das Gleiche gilt für eine kommunale Planungskommission, die sich allenfalls generell-abstrakt mit raumplanerischen Möglichkeiten beim Mobilfunk auseinandersetzen kann. Es ist denn auch nicht einsichtig, was die Abklärungen der Planungskommission mit dem Entscheid über das vorliegende Baugesuch zu tun haben sollen. Der Gemeinderat hatte mit einer Verfahrensdauer von bereits über zwei Jahren ausreichend Zeit, die notwendigen Entscheidungsgrundlagen zu beschaffen. Ein anderes hängiges Verfahren wurde nicht geltend gemacht.

Ein angekündigter Sistierungsbeschluss des Gemeinderats ist deshalb nicht gerechtfertigt und stellt eine Rechtsverweigerung dar. Der Gemeinderat ist anzuweisen, das in seinem ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich liegende Baugesuchsverfahren fortzusetzen. Dies führt zur Gutheissung der vorliegenden Beschwerde.

2.

Trotz entsprechender Aufforderung des instruierenden regierungsrätlichen Rechtsdiensts lehnte es der anwaltlich vertretene Gemeinderat ab, sein Verfahren fortzusetzen. Er begründet dies damit, dass er aufgrund des Beschwerdeverfahrens nicht die Verfahrensleitung habe.

Mit der Fortsetzung des Baubewilligungsverfahrens durch den Gemeinderat vor Abschluss des Rechtsmittelverfahrens hätte praxisgemäss die Möglichkeit bestanden, das vorliegende Beschwerdeverfahren infolge Gegenstandslosigkeit von der Kontrolle abzuschreiben. Eine derartige Gegenstandslosigkeit ist eine der rechtlich zulässigen Möglichkeiten, ein Verfahren betreffend Rechtsverzögerung- beziehungsweise Rechtsverweigerung zu beenden (vgl. WIEDERKEHR, RENÉ; PLÜSS, KASPAR, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2020, Rz 141 f.). Daraus ergibt sich aus dem Umkehrschluss, dass der vom Gemeinderat angerufene Grundsatz der Rechtshängigkeit, wonach eine erstinstanzliche Behörde im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich nicht mehr über den Verfahrensgegenstand, das heisst über den angefochtenen Entscheid, verfügen darf, in Verfahren betreffend Rechtsverweigerung beziehungsweise Rechtsverzögerung nicht eine derartige Wirkung zeitigt, dass mit der Rechtshängigkeit der Beschwerde auch die Verfahrenshoheit vom Gemeinderat zum Regierungsrat wechselt. Der Gemeinderat hat vorliegend noch gar keinen Entscheid gefällt, der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein könnte. Beschwerdegegenstand ist das behördliche Untätig- oder das übermässig verzögerte Tätigsein und nicht der Entscheid beziehungsweise das diesem vorausgehende Verfahren. Aus diesem Grund ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Behörde, gegen die sich der Verzögerungsvorwurf richtet, während der gesamten Dauer des Rechtsverzögerungsbeschwerdeverfahrens dazu befugt, den Endentscheid zu fällen. Der Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde kommt keine Devolutivwirkung zu. Sie ist gerade darauf ausgelegt, die Vorinstanz zu veranlassen, über die bei ihr eingereichten Anträge zu befinden (Urteil des Bundesgerichts 1C_81/2009 vom 26. Mai 2009, E. 2.2.3).

Angesichts dieser Rechtsprechung erscheint die Weigerung des Gemeinderats, das Verfahren auch nach Vorliegen der Antworten auf sein Frageschreiben an die AfU BVU fortzusetzen, mutwillig. Auch der Umstand, dass der Gemeinderat erstmals im Verfahren vor dem Regierungsrat von unvollständigen Gesuchsunterlagen betreffend Standortevaluation spricht, legt den Verdacht nahe, dass der Gemeinderat einen Entscheid über das Baubewilligungsverfahren hinauszögern will. Um weitere Verzögerungen zu verhindern, scheint es daher gerechtfertigt, gestützt auf § 46 Abs. 1 VRPG einer Beschwerde gegen den vorliegenden Entscheid vorsorglich die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

Dies hindert den Gemeinderat nicht daran, sich auch noch zum Thema der Standortevaluation ein Bild zu verschaffen. Im Kanton Aargau besteht ein öffentliches Interesse an einer laufenden Standortoptimierung. Der Gemeinderat hat dabei aber zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um einen bestehenden, möglicherweise bereits schon einmal evaluierten Antennenstandort handelt, der auf jeden Fall nicht gleichbehandelt werden darf wie ein neuer Antennenstandort. Die Verweigerung der Baubewilligung am beantragten Standort würde zudem nur dann als zulässig erscheinen, wenn der Gemeinderat in Zusammenarbeit mit der Gesuchstellerin einen besser geeigneten Alternativ-

standort im Sinne von § 26 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Bundesgesetzgebung über den Schutz von Umwelt und Gewässern (EG Umweltrecht, EG UWR) vom 4. September 2007 nachweisen könnte. Bei gleichwertigen Standorten hätte der von der Beschwerdeführerin gewählte Standort den Vorrang. Der Gemeinderat trägt die Verantwortung, die Standortevaluation zusammen mit der Gesuchstellerin durchzuführen (vgl. zum Ganzen: AGVE 2012; E. 4.2.2 und 4.2.3).

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der Gemeinderat wird angewiesen, das Baubewilligungsverfahren fortzusetzen.

Gemäss § 31 Abs. 2 VRPG werden im Beschwerdeverfahren die Verfahrenskosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt, wobei den Behörden Verfahrenskosten nur auferlegt werden, wenn sie schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden haben, was mit den festgestellten behördlichen Verzögerungen und Verweigerungen der Fall ist. Da auch die AfU BVU erheblich zu den Verzögerungen beigetragen hat, ist gerechtfertigt, die Hälfte der Verfahrenskosten dem Gemeinderat aufzuerlegen und den Rest auf die Staatskasse zu nehmen.

Da die obsiegende Beschwerdeführerin durch den eigenen Rechtsdienst handelte, sind ihr keine anrechenbaren Parteikosten entstanden (§ 29 VPRG). Ein Ersatz von Parteikosten fällt daher ausser Betracht (§ 31 Abs. 2 VRPG).

Beschluss

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Gemeinderat R. angewiesen, das Baubewilligungsverfahren ohne weitere, nicht gerechtfertigte Verzögerungen fortzusetzen.

2.

Einer Beschwerde gegen Ziffer 1 wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

3.

Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 2'000.– sowie der Kanzleigebühr und den Auslagen von Fr. 266.50, gesamthaft Fr. 2'266.50, sind zur Hälfte, das heisst mit Fr. 1'133.25, vom Gemeinderat R. zu bezahlen. Der Rest ist auf die Staatskasse zu nehmen.

Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– wird der A., Q., zurückerstattet.

4.

Eine Parteientschädigung wird nicht ausgerichtet.