



- Dr. Hermann Brezina
- Dr. Mathias Schmid
- Andreas Röder
- Dr. Matthias Meindl
- Wiebke Stüper
- Dr. Wolf Herkner

Kaltenheimer Straße 2/1
33512 Wasserburg/Inn
www.barm.de

Mobilfunknetzausbau in kommunaler Hand

Von RA Dr. Wolf Herkner, Wasserburg am Inn*

A. Nachbarrechte gegen Immissionen

Zunächst zwei Schwachstellen der „mobilfunkkritischen“ Bewegung, die bereits aufzeigen, warum sich für sie die Kommune stark machen muss. Bleibt nämlich eine Gemeinde untätig, liegt es am jew. Nachbarn, ggf. klageweise vorzugehen – ein überaus schwieriges Unterfangen.

Erstens muss ein Anwohner hierfür „Nachbar“ im Rechtssinne sein (im grundstücksbezogenen Baurecht scheidet z.B. der Mieter aus) und ist dann auch noch von vornherein auf die Geltendmachung sog. „drittschützender“ Rechte beschränkt, die also nicht nur der Allgemeinheit, sondern auch dem Individualinteresse zu dienen bestimmt sind (Schutznormtheorie)¹. Es scheidet nach der – m.E. zu strengen - Rspr. insbes. aus, sich auf das Orts- und Landschaftsbild oder geeignetere bzw. schonendere Standortalternativen zu berufen.

Zweitens, zu den „Immissionen“ elektromagnetischer Felder: Gemeinhin werden die Grenzwerte der 26. BImSchV nicht nur bei Anfechtung einer Standortbescheinigung (Bsp. VG Potsdam, Beschl. vom 6.10.2008, Az. 7 L 427/07), sondern – m.E. zu Unrecht – auch beim baurechtlichen Rücksichtnahmegebot als verbindlich erachtet (siehe z.B. VG Braunschweig, Urteil vom 13.2.2008, Az. 2 A 116/07). Dies, obwohl die VO nicht auch athermische Effekte im Blick hat (richtig u.a. VGH Mannheim vom 2.3.2004, NuR 2005, 37 und BayVGH vom 2.8.2007, s.u.; a.A. bspw. VG Köln vom 30.5.2008 – 11 K 7508/05) und keinen Vorsorgeaspekt beinhaltet (BGH vom 13.2.2004, NJW 2004, 1317).

* Zusammenfassung des Vortrags auf der Informationsveranstaltung „Mobilfunk-Vorsorge im ZV Allgäuer Land“, Alpstizhalle Mark Nesselwang am 19.11.2008. Sie gibt die Meinung des Verfassers wieder und ist urheberrechtlich geschützt. Weitere Informationen auf www.barm.de/rechtsgebiete/mobilfunk.html und im Buch „Mobilfunkanlagen. Rechte der Nachbarn und Kommunen“, Rhombos-Verlag Berlin, 3. Aufl. 2008.

¹ Siehe nur Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 42 Rn. 83.



- Dr. Hermann Brezina
- Dr. Mathias Schmid
- Andreas Röder
- Dr. Matthias Meindl
- Wiebke Stüper
- Dr. Wolf Harkner

Kulzenheimer Straße 2/1
33512 Wasserburg/Inn
www.karm.de

B. Mittel und Wege der Bauleitplanung

Dies rückt die jew. Kommune in den Fokus. Bauaufsichtlich (hier: Landratsamt) ist man eingeschränkt. Es ist zwar möglich, sich bei § 31 Abs. 2 BauGB „ermessenskonkretisierend“ auf ein Konzept zu stützen, vgl. OVG Koblenz vom 7.8.2003 – 1 A 10196/03 (s.u.) – und OVG Münster vom 26.9.2008 (s.u.); anders wohl bei Ausnahmen nach Abs. 1 und Baugenehmigungen. Zwar ist auch der Erlass sog. örtlicher Bauvorschriften möglich, bspw. mit Höhenbegrenzungen, jedoch nur zur Ortsgestaltung (Art. 81 Abs. 1 Nr. 1 BayBO), nicht zum Immissionsschutz. Effektivstes Instrument, von dem noch allzu zaghaft Gebrauch gemacht wird (vgl. auch den lesenswerten Beitrag von RiVG Budzinski, in: NuR 2008, 535 ff.), ist daher die Bauleitplanung. Den Betreibern ist nämlich kein „Freibrief“ zum beliebigen Mastaufsetzen erteilt (so der erhobene Zeigefinger des 7. Senats des OVG Münster am 6.5.2005, BauR 2005, 1425, auch mit dem Schlagwort des „Antennenwaldes“). Nicht sie haben die Planungshoheit inne, sondern die Kommunen (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 Abs. 2 BayVerf).

I. Vorsorge zum Gesundheits- und Umweltschutz

Eine Vorsorgepflicht dient nicht dem Schutz vor konkret bzw. belegbar schädlichen Umwelteinwirkungen, sondern beugt dem Entstehen derselben generell vor².

1. Berufungsurteile des BayVGH vom 2.8.2007

Az. 1 BV 05.2105 und 1 BV 06.464 - bestätigt durch BVerwG, Beschlüsse vom 28.2.2008 (Az. 4 B 17/08 und 4 B 18/08):

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts leidet die gesicherte Planung nicht schon deswegen an einem nicht ausräumbaren Mangel, weil es einer Gemeinde von vorneherein verwehrt ist, Standorte von Mobilfunkanlagen so zu bestimmen, dass Wohngebiete geringer belastet werden als dies nach den Grenzwerten der 26. BImSchV zulässig wäre.

Mit den Vorschriften der 26. BImSchV ist der Verordnungsgeber zwar für die Errichtung und den Betrieb von gewerblichen Hoch- und Niederfrequenzanlagen der aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgenden staatlichen Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit nachgekommen. Da noch keine gesicherten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die den Grenzwerten der §§ 2 und 3 der 26. BImSchV zugrunde liegende Risikoeinschätzung überholt sein

² Jarass, BImSchG, 7. Aufl. 2007, § 5 Rn. 46.

könnte, besteht derzeit keine weitergehende Pflicht des Staates zur Vorsorge (BVerfG vom 24.1.2007, NVwZ 2007, 805; vom 8.12.2004, NVwZ-RR 2005, 227; vom 28.2.2002, NJW 2002, 1638). Durch die Grenzwerte wird die Erheblichkeitsschwelle nicht nur im Rahmen von § 5 und § 22 BImSchG, sondern auch für das Städtebaurecht konkretisiert, weshalb die Gemeinde die Grenzwerte nicht im Wege der Bauleitplanung abschwächen darf. Das hindert die Gemeinde aber nicht, im Rahmen ihrer Planungsbefugnisse die Standorte für Mobilfunkanlagen mit dem Ziel festzulegen, für besonders schutzbedürftige Teile ihres Gebiets einen über die Anforderungen der 26. BImSchV hinausgehenden Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch elektromagnetische Felder zu erreichen (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 der 26. BImSchV). Die Regelungen des Bundes-Immissionsschutzgesetzes beschränken sich nicht auf die Schutzvorschrift des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG und damit auf die Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen im Sinne von § 3 BImSchG. Mit dem immissionsschutzrechtlichen Vorsorgegrundsatz (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG) verfolgt das Gesetz auch das Ziel eines vorbeugenden Umweltschutzes. Da Immissionsschutz- und Bauordnungsrecht in einer Wechselwirkung zueinander stehen, darf auch Bauleitplanung diesem Ziel dienen. Soweit dies nach § 1 Abs. 3 BauGB städtebaulich gerechtfertigt ist (und die weiteren allgemeinen Anforderungen an die Bauleitplanung, insbesondere das Abwägungsgebot, beachtet werden), darf die Gemeinde ihre bauleitplanerischen Mittel auch zum Zweck eines über die immissionsschutzrechtlichen Erheblichkeitsschwellen hinausgehenden, vorbeugenden Gesundheits- und Umweltschutzes (vgl. § 1 Abs. 6 Nrn. 1 und 7 BauGB) einsetzen (BVerwG vom 15.10.2002, BRS 66 Nr. 222; vom 28.2.2002, NVwZ 2002, 1114; vom 14.4.1989, NVwZ 1990, 257; vom 16.12.1988, NVwZ 1989, 664; BayVGh vom 27.12.2001 - 26 N 01. 1327).

Dem steht – bei Anlagen, für die die 26. BImSchV gilt – die (konkurrierende) Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Immissionsschutzrechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG) nicht entgegen (a. A. OVG RhPf vom 7.8.2003, ZfBR 2004, 184 [LS]). Soweit der Bund keine abschließenden Regelungen getroffen hat, sind bei einer Materie der konkurrierenden Gesetzgebung landesrechtliche Regelungen nicht ausgeschlossen (vgl. Art. 72 Abs. 1 GG). Jedenfalls bei Hochfrequenzanlagen (§ 1 Abs. 2 Nr. 1, § 2 der 26. BImSchV), zu denen auch auf baulichen Anlagen fest installierte Antennen für den Betrieb von Mobilfunknetzen zählen (vgl. BR-Drs. 393/96 S. 14), liegt für Einwirkungen durch elektromagnetische Strahlungen keine abschließende Regelung des vorsorgenden Gesundheits- und Umweltschutzes vor (Kutscheidt, Die Verordnung über elektromagnetische Felder, NJW 1997, 2481/2484; Herkner, Mobilfunk in der Bauleitplanung, BauR 2006, 1399/1402; vgl. auch BGH vom 13.2.2004 NJW 2004, 1317);

insbesondere stellt die 26. BImSchV insoweit keine abschließende Regelung dar. Ziel der Verordnung ist es zwar, durch verbindliche Maßstäbe die gebotenen Schutz- und Vorsorgemaßnahmen sicherzustellen. Weitergehende Vorsorgeanforderungen sind damit aber nicht ausgeschlossen (vgl. die Begründung zur 26. BImSchV, BR-Drs. 393/96 S. 11 und S. 24). Dementsprechend stellt § 6 der 26. BImSchV klar, dass weitergehende Anforderungen aufgrund anderer Rechtsvorschriften unberührt bleiben. Hierunter können auch Festsetzungen eines Bebauungsplans fallen.

Festsetzungen des vorbeugenden Immissionsschutzes auf dem Gebiet der Einwirkungen durch elektromagnetische Felder kann auch nicht entgegengehalten werden, dass sie sich mangels realistischer Anhaltspunkte für eine Gesundheitsgefährdung nicht auf die Belange des Gesundheits- und Umweltschutzes (§ 1 Abs. 6 Satz 1 Nrn. 1 und 7 BauGB) stützen, sondern auf objektiv nicht mehr begründbare „Immissionsbefürchtungen“ unterhalb der Schwelle des „vorsorgerelevanten Risikoniveaus“ (vgl. BVerwG vom 10.12.2003, NVwZ 2004, 613; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 5 BImSchG Rn. 146; Herkner, a.a.O., S. 1401). Nach derzeitigem Erkenntnisstand liegen zwar verlässliche wissenschaftliche Aussagen über gesundheits-schädliche Wirkungen elektromagnetischer Felder unterhalb der geltenden Grenzwerte nicht vor. Da solche Wirkungen nicht gänzlich ausgeschlossen werden können (BVerfG vom 24.1.2007, NVwZ 2007, 805; vom 28.2.2002, NJW 2002, 1638; zum Erkenntnisstand vgl. auch BT-Drs. 15/1660 S. 41), gibt es für eine vorsorgende Bauleitplanung auf diesem Gebiet aber sachliche Gründe. Es geht nicht nur um ein von der Allgemeinheit als sozialadäquat hinzunehmendes Risikopotential jenseits der Schwelle der „praktischen Vernunft“ (vgl. BVerfG vom 8.8.1978, BVerfGE 49, 89/143).

Da ein angemessener Interessenausgleich zwischen Emittent und Immissionsbetroffenem im Allgemeinen durch die gesetzlichen Anforderungen gewährleistet ist, bedürfen spezielle, über diese Anforderungen hinausgehende Regelungen des vorbeugenden Immissionsschutzes allerdings eines rechtfertigenden Anlasses (BVerwG vom 28.2.2002, NVwZ 2002, 1114). Für spezielle Anforderungen aufgrund bauleitplanerischer Festsetzungen wird damit jedenfalls nicht mehr verlangt als das Vorliegen besonderer städtebaulicher Gründe (vgl. § 1 Abs. 7 und 9 BauNVO). Es erscheint nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass ein Standortkonzept für die Aufstellung von Mobilfunkanlagen, das, wie die Planung der Beklagten, eine möglichst geringe Belastung der Bevölkerung durch Mobilfunkimmissionen vor allem in Wohngebieten bei gleichzeitiger Sicherstellung einer möglichst effizienten, flächendeckenden Versorgung des



- Dr. Hermann Brezina
- Dr. Mathias Schmid
- Andreas Röder
- Dr. Matthias Meindl
- Wiebke Stüper
- Dr. Wolf Herkner

Kaltenheimer Straße 2/1
32512 Wasserburg/Inn
www.karm.de

Stadtgebiets mit Mobilfunkleistungen gewährleisten will, dieser Anforderung entsprechen und auch in technischer Hinsicht umsetzbar sein kann.

Auf den Punkt gebracht in den beiden Leitsätzen der Redaktion der Fachzeitschrift „BauR“ im Aprilheft 2008 (S. 627):

Die Gemeinde kann im Rahmen ihrer Planungsbefugnisse die Standorte für Mobilfunkanlagen mit dem Ziel festlegen, für besonders schutzbedürftige Teile ihres Gebietes einen über die Anforderungen der 26. BImSchV hinausgehenden Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch elektromagnetische Felder zu erreichen.

Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass ein Standortkonzept für die Aufstellung von Mobilfunkanlagen, das eine möglichst geringe Belastung der Bevölkerung durch Mobilfunkimmissionen vor allem in Wohngebieten bei gleichzeitiger Sicherstellung einer möglichst effizienten, flächendeckenden Versorgung des Stadtgebiets mit Mobilfunkleistungen gewährleisten will, mit den Mitteln der Feinsteuerung [siehe § 1 Abs. 6-9 BauNVO] städtebaulich realisiert werden kann.

Anmerkungen:

Die vorsichtig anmutende Wortwahl „nicht ausgeschlossen“ rührt vom Prüfungsgegenstand her: Es ging noch nicht um eine „fertige“ Planaufstellung oder -änderung, sondern eine im Werden befindliche Planung schützende Veränderungssperre und ist eine solche wirksam, wenn sie nicht ersichtlich von vorneherein mit unbehebaren Mängeln behaftet ist, was vorliegend zutr. verneint wurde. Dass dieses Planungsrecht also prinzipiell und obergerichtlich ausführlich begründet zugebilligt wurde, ist wegweisend.

Eine Gemeinde kann zwar nicht z.B. den „Salzburger Milliwatt“ von 1998 zum kommunalen Grenzwert erklären, diesen Wert aber sehr wohl als Orientierung nutzen, um näher das Ideal zu definieren, was man gemeindlicherseits für noch verträglich und daher erstrebenswert hält. Überschrift und Richtschnur ist die „geringstmögliche Immission“, die auch in keiner bestimmten Relation zum „eigentlichen“ Grenzwert der VO stehen muss. Minimierung zum Zweck der Vorsorge bedeutet, eine Technologie lediglich mit so viel Energie und Emissionen zu betreiben, wie für ihr einwandfreies Funktionieren unumgänglich ist. Es ist sozusagen von der untersten „Betriebsebene“ des möglicherweise

umweltbelastenden Geräts oder Prozesses auszugehen, um damit auch die bei Betroffenen v.a. in dauerhaft bewohnten Gebieten und sensiblen Einrichtungen (Kindergärten etc.) ankommenden Immissionen möglichst gering zu halten (ALARA – „as low as reasonably achievable“). Treffend daher auch der Begriff der „integrierten kommunalen Mobilfunkplanung“, die Versorgung und Vorsorge harmonisiert. Diesen auch der Akzeptanz in der Bevölkerung zuträglichen Kompromiss sollte man als fortschrittlich begreifen, denn er nimmt sowohl Handynutzer als auch Besorgnisse in der Anwohnerschaft ernst. Versorgungstechnisch oder wirtschaftlich „optimal“ müssen Standorte freilich nicht sein, wohl aber funktechnisch geeignet, den jew. Versorgungsbereich für Mobilfunk abzudecken; in der Regel geht es ohnehin „nur“ um eine Kapazitätserweiterung und gar nicht mehr um das Stopfen von Funklöchern.

2. OVG Münster, Beschluss vom 26.9.2008

Az. 10 A 2599/07:

Soweit dies nach § 1 Abs. 3 BauGB städtebaulich gerechtfertigt ist und die weiteren Anforderungen an eine Bauleitplanung beachtet werden, darf eine Gemeinde Bauleitplanung auch zum Zweck eines über die immissionsschutzrechtlichen Erheblichkeitsschwellen hinausgehenden, vorbeugenden Gesundheits- und Umweltschutzes betreiben.

II. „Optische Ruhe“

BayVGH vom 9.8.2007, Az. 25 B 05.3055 (BayVBl. 2008, 307) – bestätigt durch BVerwG, Beschluss vom 28.4.2008 (Az. 4 B 16.08):

Die genannte Grundentscheidung trägt das Ergebnis der Abwägung und den mit dem Bebauungsplan verfolgten Interessenausgleich. Das "kompromisslos rein" geplante Wohngebiet, in dem nicht nur jede Beeinträchtigung der Wohnnutzung durch andere, insbesondere gewerbliche Nutzung konsequent ferngehalten wird, sondern auch eine im Wesentlichen durch Wohngebäude geprägte, nicht durch Nebenanlagen gestörte ruhige und einheitliche Wohnlandschaft festgeschrieben worden ist, ist gewissermaßen der "rote Faden" der Ausweisung. Ein Abweichen von diesem Planungskonzept kann nicht durch Einzelfallregelung im Wege einer Befreiung bewerkstelligt werden, weil es den allgemeinen Geltungsanspruch des Bebauungsplans in Frage stellen würde und deshalb nur vom Plangeber selbst im Wege einer

Änderung des Bebauungsplans legitimiert werden kann (vgl. BVerwG vom 20.11.1989, BayVBl 1990, 313; vom 19.5. 2004 - Az. 4 B 35/04 m.w.N; Roeser, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Rn. 10 zu § 31).

Die Mobilfunk-Sendeanlage der Klägerin berührt diese planerische Grundentscheidung des Bebauungsplans (...)

Demgegenüber liegt auf der Hand, dass die gewerbliche Mobilfunk-Sendeanlage sowohl die planerisch konzipierte Exklusivität der Wohnnutzung als auch die optisch ungestörte, ruhige und einheitliche Wohnlandschaft tangieren würde. Die Anlage der Klägerin und die auf dem Dach desselben Anwesens angebrachte, ähnlich gestaltete weitere Mobilfunkanlage eines anderen Anbieters treten, wie der Senat beim Augenschein feststellen konnte, deutlich aus einer ruhigen, einheitlichen Dachlandschaft hervor (...)

Letztere [Mobilfunkanlagen] sind nach dem Ergebnis des gerichtlichen Augenscheins von verschiedenen Standorten aus als "sehr auffällig" und "deutlich erkennbar" zu qualifizieren, treten also auch "optisch laut" in Erscheinung (ähnlich OVG NRW vom 25.2.2003, NVwZ-RR 2003, 639/640 zum Begriff des nicht störenden Gewerbebetriebs: "gebietswidrig laut"). Eindeutig wahrnehmbar ist auch die gewerbliche Zweckbestimmung der Mobilfunk-Sendeanlagen (...)

Die Mobilfunkanlagen treten damit als "gewerbliche Fremdkörper" in einem kompromisslos auf Wohnnutzung beschränkten, auch in optischer Hinsicht weitestgehend ungestörten, ruhigen und einheitlichen Wohnumfeld negativ in Erscheinung (...)

III. Städtebauliche Rechtfertigung

Ausschluss in „sensiblen“ Innenbereichen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i.V.m. § 1 Abs. 6, Abs. 9 BauNVO ggf. analog i.V.m. § 14 Abs. 2 BauNVO; Konzentrationsflächen im Außenbereich nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB³. Sicherungsmittel: §§ 14, 15 BauGB.

³ Zustimmend etwa Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 10. Aufl. 2007, § 5 Rn. 19.



- Dr. Hermann Brezina
- Dr. Mathias Schmid
- Andreas Röder
- Dr. Matthias Meindl
- Wiebke Stüper
- Dr. Wolf Herkner

Kunzweiler Straße 2/1
32512 Wasserburg/Inn
www.karm.de

Wie u.a. vom 10. Senat in Münster (s.o.) vorgegeben: § 1 Abs. 3 BauGB und – als „Herzstück“ - Abwägung der Belange nach Abs. 7. Betreiber sind rasch mit dem Vorwurf „Negativplanung“ zur Stelle, d.h. St.-Florians-Prinzip. Von zentraler Bedeutung ist hier ein der Immissionsminimierung verpflichtetes, aber auch das städtebauliche Erscheinungsbild berücksichtigendes, ebenso die Versorgung ermöglichendes Mobilfunkkonzept, s.o.

Anmerkung: Über einen „öffentlichen Versorgungsauftrag“ aus Lizenzurkunden oder gar Verfassung (Art. 87 f GG) verfügen die mitunter einen „Zwang zum Netzausbau“ behauptenden Betreiber nicht, schon weil der Mobilfunk kein „Universaldienst“ ist, siehe BayVGH vom 18.3. 2003 (BauR 2003, 1701).

C. Fazit

Die Gemeinden dürfen und sollten durchaus selbstbewusster auftreten, wenn es um die Ansiedlung neuer Basisstationen des Mobilfunks auf ihrem Gebiet geht. Ihnen wurde in neuer Rspr. der Rücken gestärkt, „Antennenwildwuchs“ und „Verspargelung“ planerisch entgegenzutreten.