

Zur Abwehr von Mobilfunkanlagen: Nachbarrechte und kommunale Handhabe*

Rechtsanwalt Dr. Wolf R. Herkner, Lindlar

Inhalt

A. Einleitung

B. Grundlagen

- I. Besondere Körperschaften
- II. 26. BImSchV und BEMFV
- III. Erlasse
- IV. Sog. Selbstverpflichtungen
- V. Öffentlicher Versorgungsauftrag (Lizenzen; Art. 87 f GG)
 1. BayVGH vom 18.3.2003
 2. OVG Münster vom 8.10.2003 und 6.5.2005
- VI. Gefahrenabwehr und Risikovorsorge
 1. VGH Kassel
 2. BVerfG vom 17.2.1997, 28.2.2002, 8.12.2004 und 24.1.2007

C. Nachbarrechte

- I. Zivilrecht (u.a. Wertminderung)
- II. Öffentliches Recht (insbes.: Abstandsflächen; Gebietserhaltung; Rücksichtnahme)

D. Bauaufsicht (Baugenehmigung, Ausnahme und Befreiung)

- I. VG Frankfurt vom 3.3.2005 (zum allgemeinen Wohngebiet)
- II. OVG Koblenz vom 7.8.2003 (zur Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB)

E. Zwischenergebnis: kommunale Verantwortung

F. Einvernehmen, § 36 BauGB

G. Planerische Mittel

- I. Raumordnung
- II. Bauleitplanung in Selbstverwaltung, Art. 28 Abs. 2 GG
 1. Außenbereich: insbes. VG Würzburg vom 20.12.2006
 2. Innenbereich: § 9 Abs. 1 BauGB
 - a) Zur Vorsorge: VG München vom 14.7.2005 und 19.1.2006
 - b) Zum „klassischen“ Städtebau: BayVGH vom 17.12.2003
 3. Sicherung

H. Fazit

* Skriptum zum Vortrag des *Verfassers* auf dem Seminar „Mobilfunkanlagen: Rechte und Möglichkeiten der Bürger und Kommunen“ in München am 27.10.2007, online verfügbar bei dem Veranstalter www.tollwood.de/umwelt/mobilfunk. Urheberrechtlich geschützt; kommerzielle Nutzung nur auf Anfrage.

A. Einleitung¹

Die auch für den Mobilfunk zuständige Regulierungsbehörde, die Bundesnetzagentur in Bonn (BNetzA) mit ihren diversen Außenstellen, führt eine EMF-Datenbank. Diese verzeichnet mit Stand von März 2007 bereits rd. 62.000 Standorte mit rd. 128.000 Mobilfunkanlagen (Basisstationen).

Der Netzausbau ist und bleibt ein Reizthema. Protestierenden Anwohnern hält man mitunter eine „explosive Mischung aus Angst, Zorn ... sowie Unkenntnis der technischen Zusammenhänge“ vor², den Kommunen „Hilflosigkeit“³. Aber ist wirklich jedes Tätigwerden sinnlos, jeder Versuch der Einflußnahme auf die Standortfindung untauglich? Das ist klar zu verneinen, und zwar aus zwei Gründen: Erstens zeigt sich wie kaum in einem anderen Rechtsgebiet, daß einige wenige Entscheidungen ohne nähere Auseinandersetzung mit ihnen stereotyp als Präjudiz zitiert werden und die Argumentationsschwächen somit angreifbar bleiben. Zweitens kommt es stets auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an: Wenn z.B. eine planende Gemeinde einen Prozeß verliert, weil diese die Geeignetheit der ausgewiesenen Alternativstandorte nicht frühzeitig hat neutral begutachten lassen, heißt das nicht, es sei entschieden worden, Gemeinden dürften überhaupt keine Mobilfunkplanung betreiben.

Daher sollen hier die Chancen und – zugegeben engen – Grenzen der Einflußnahme aufgezeigt werden. Kurz zum Aufbau: Rechtliche Grundlagen mit einschlägigen Bestimmungen und Schlüsselbegriffen (B); Nachbarrechte (C); cursorisch: Steuerungsmöglichkeiten durch Bauaufsicht (D) und anschl. Zwischenergebnis (E); letztlich dann Mittel der Einflußnahme durch die betroffenen Gebietskörperschaften, d.h. Einvernehmen (F) und Planung (G); am Ende soll ein Fazit gezogen werden (H).

B. Grundlagen

I. Besondere Körperschaften

Die schon erwähnte BNetzA ist eine im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi) selbständige Bundesoberbehörde. Sie erteilt die Standortbescheinigungen, dazu unten.

Strahlenschutzkommission (SSK): Sie trat im Oktober 1974 zusammen. Seit Juni 1986 berät sie nach Änderung der Zuständigkeit das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit.

Das Bundesamt für Strahlenschutz (BfS) ist eine organisatorisch selbständige wissenschaftlich-technische Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesumweltministeriums und wurde im November 1989 gegründet.

¹ Juristische Fachbücher sind im Verhältnis zur öffentlichen Bedeutung des Themas immer noch Mangelware. Mobilfunkfreundlich sind die Dissertationen von A. *Dietrich* (München) und C. *Niederstetter* (Berlin), objektiver und fundierter O. *Grundeis* (Kiel), alle 2005. In 2. Auflage erschienen ist vom Verfasser der Titel „Mobilfunkanlagen. Rechte der Nachbarn und Kommunen“, Rhombos-Verlag Berlin: siehe www.rhombos.de/shop/a/show/article/?277.

² *Martens/Appelbaum*, NZM 2002, 642 f.

³ *Kukk*, BauR 2003, 1505.

Nur der Vollständigkeit halber: Der Informationszentrum Mobilfunk e.V. (IZMF) ist weder Körperschaft noch sonst unabhängige Instanz, sondern eine Brancheninitiative der Netzbetreiber. Es gibt diverse Broschüren und auch die Jahresgutachten zu den Selbstverpflichtungen heraus (sog. Monitoring) und veranstaltet Seminare u.a. für Kommunalvertreter und Ärzte.

II. 26. BImSchV und BEMFV

Die 26. Durchführungsverordnung (BImSchV) hat die Bundesregierung der 13. Wahlperiode erlassen aufgrund § 23 Abs. 1 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) und steht in Kraft seit dem 1.1.1997.

Darauf, daß Mobilfunk den sog. Elektromagnetismus einsetzt und auch auf die (unzulänglichen) Grenzwerte soll hier nicht näher eingegangen werden⁴. Nur einige Anmerkungen: Gestützt sind diese Werte weitestgehend auf den Empfehlungen der sog. Internationalen Strahlenschutzkommission für nichtionisierende Strahlung e.V. (ICNIRP). Kritik: Die Grenzwerte verzichten auf Vorsorge und lassen athermische Effekte außer acht, dazu gleich etwas mehr. In einem – allerdings nicht rechtskräftig gewordenen – Beschluß vom 1.7.2003 meinte das VG Hamburg zutr., daß Zweifel an der ausreichenden Eignung der Grenzwerte für den Gesundheitsschutz „im Vordringen“ sind. Zur pathogenen Wirkung⁵ wurden zahlreiche Studien vorgelegt: siehe u.a. ETH; INTERPHONE; Naila; REFLEX; TNO; jüngst: *Friedman* u.a. im *Biochem. Journal* (2007) 405. Wo es nicht zu Spontaneffekten kommt, sind Dauerbestrahlungswirkungen damit nicht ausgeschlossen. Die Bundesregierung teilt zwar mit, kontinuierlich zu prüfen, ob die Schutzziele der Verordnung in Anbetracht der neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse tatsächlich erreicht werden. Sie bezieht sich v.a. auf das Ende 2007 auslaufende Deutsche Mobilfunk-Forschungsprogramm: www.emf-forschungsprogramm.de. Gemeinhin, auch seitens BfS und SSK, sieht man „Hinweise“ auf eine Gesundheitsgefährdung unterhalb der Grenzwerte. Vieldiskutiert sind sog. Vorsorgewerte (Bsp.: Salzburger Modell), dazu im Kontext der Bauleitplanung. „Hinweise zur Durchführung“ der 26. BImSchV hat der Länderausschuß für Immissionsschutz (LAI) im März 2004 vorgelegt, www.lai-immissionsschutz.de.

Aufgrund der §§ 12 und 16 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzes über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen (FTEG) v. 31.1.2001 erließ die Bundesregierung am 20.8.2002 die Verordnung über das Nachweisverfahren zur Begrenzung elektromagnetischer Felder (BEMFV). Geregelt wird dort die Standortbescheinigung (STOB), ihre Erteilung, Widerruf und Erlöschen. Die Bescheinigung ist ein Verwaltungsakt, also anfechtbar. Die Praxis zeigt „eine merkwürdige Nachlässigkeit bei der Ausstellung“ (*Kukk*). Nur: Wer prüft das? Hier ist neben der BNetzA das jew. Staatliche Umweltamt zu nennen. Einer Baubehörde muß schon eine Anzeige vorliegen, um Ermittlungspflichten auszulösen. Bürger sollten (gem. Umweltinformations- und Informationsfreiheitsgesetz, UIG und IFG) Akteneinsicht nehmen, Kopien fertigen und diese gutachterlich auswerten lassen. Frage: Dürfen die Baubehörde und

⁴ Einen Besuch wert ist die explizit private und sich neutral gebende Homepage www.ralf-woelfle.de/elektrosmog/. Aufbereitete wissenschaftliche Berichte bietet die RWTH Aachen unter der Adresse www.emf-portal.de.

⁵ Zur Medizin, sehr kritisch: *H.-Ch.Scheiner/A. Scheiner*, „Mobilfunk, die verkaufte Gesundheit“, Peiting 2006. Von einem „Freilandversuch am Menschen“ sprechen *Grasberger/Kotteder*, München 2003.

BNetzA ein solches Gesuch unter Berufung auf das Geschäftsgeheimnis der Betreiber ablehnen? Die Betreiber teilten der BNetzA im Oktober 2006 mit, daß technische Daten von mehr als drei Standorten nicht „allgemein veröffentlicht“ werden dürften. Eine Akteneinsicht eines Betroffenen ist aber doch etwas anderes als eine allg. Veröffentlichung. Es zählt auch nicht primär das Wettbewerbsinteresse der Betreiber, sondern gelten UIG und IFG.

III. Erlasse

Der „Baurechtliche Beurteilung von Mobilfunkanlagen“ überschriebene Runderlaß v. 10.10.2002 des früheren Landesministeriums für Städtebau NRW enthielt Vorgaben für die Genehmigungsbehörden, wurde aber im März 2005 zusammen mit dem zweiten Erlaß v. 11.4.2003 ersatzlos aufgehoben, weil man schlicht keinen Bedarf mehr sah (anders bspw. in Hessen, wo ein aus zwei Teilen bestehender Erlaß von 2003 fortbesteht). Niedersachsen: Im Zuständigkeitsbereich des Umweltministeriums steht kein Erlaß in Kraft und ist auch keine Vereinbarung (sogl. IV.) getroffen worden.

IV. Sog. Selbstverpflichtungen

- „Vereinbarung über den Informationsaustausch und die Beteiligung der Kommunen beim Ausbau der Mobilfunknetze“ zwischen den kommunalen Spitzenverbänden und den 6 UMTS-Lizenznehmern v. 5.7.2001 mit Stand v. 9.7.2001, auch sog. Verbändevereinbarung, nebst „Hinweisen und Informationen“ v. 6.6.2003;
- „Maßnahmen zur Verbesserung von Sicherheit und Verbraucher-, Umwelt- und Gesundheitsschutz, Information und vertrauensbildende Maßnahmen beim Ausbau der Mobilfunknetze“ v. 5.12.2001, kurz sog. Selbstverpflichtung;
- „Effektiver Netzausbau unter Beachtung von Vorsorge, Transparenz und Kooperation“ v. 17.7.2003, sog. Mobilfunkvereinbarung NRW.

In diesen Dokumenten ist von Kooperation, Partizipation und Transparenz die Rede, die Jahresgutachten (für 2006 löste die „ENVIZERT GmbH“ das „Deutsche Institut für Urbanistik“ ab) bilanzieren „insgesamt positiv“, die Zahlen sprechen aber eine andere Sprache. Darauf haben die Bündnis-Grünen im Bundestag mittels kleiner Anfrage an die Bundesregierung jüngst hingewiesen, aber nur eine dem ausweichende Antwort erhalten (BT-Drs. 16/6133).

Solche „Selbstverpflichtungen“ sind „normersetzend“. Diese Bezeichnung als „Verpflichtung“ und „Vereinbarung“ ist daher irreführend. Es werden keine durchsetzbaren Rechte der Bürger und Gemeinden begründet, aber – wichtig – auch keine Pflichten. So gibt es auch keine „Frist“ von 8 Wochen zur Stellungnahme und Erörterung der Baumaßnahme. Innerhalb von nur 8 Wochen ist es ohnehin nicht möglich, selbst Begutachtungen vorzunehmen, die Beschlußfassungen in Ausschüssen, Rat und/oder Verwaltung brauchen weit länger. Bis bspw. ein Arbeitskreis eingerichtet ist, wurde die Basisstation schon längst. Der Wille, an der Standortfindung mitzuwirken, ist frühzeitig und deutlich zu zeigen, andernfalls man übergangen wird. Mildes Mittel und Vorstufe zur Bauleitplanung (s.u.) sind „Leitlinien zur Realisierung einer abgestimmten Standortplanung und Mobilfunknetzentwicklung“ (so z.B. in Lindlar) oder ein Gesamtkonzept (bspw. www.attendorn.de/mobilfunkattendorn/konzept/). Es gilt, selbst zu definieren, was die Gemeinde als ausreichende Grundversorgung mit Mo-

bilfunk versteht (Bsp.: Verzicht auf indoor-Empfang in UMTS-Netzen; Ziel eines outdoor-Maximalwerts bspw. von 1 mW/qm Leistungsflußdichte).

V. Öffentlicher Versorgungsauftrag

Das GSM-Netz ist, wenn man die Graphiken auf den Internetseiten der Betreiber zugrundelegt, längst fast lückenlos dicht. Für die Ersteigerung der UMTS-Lizenzen waren zus. rd. 100 Mrd. DM aufzubringen, daher wird der Ausbau forciert. In den Lizenzurkunden heißt es, die Betreiber hätten bis 31.12.2005 eine Versorgung von 50 % der Bevölkerung zu gewährleisten. Dies hatte man schon Anfang 2005 erreicht⁶. Stellt man also auf die Verträge ab, vermögen diese schon deshalb keine Grundlage für eine weitergehende Ausbaupflicht zu liefern. Mit UMTS soll GSM nur „ergänzt“ werden⁷. Ermöglicht werden soll schneller Datentransfer wie Musik-Download oder TV-Empfang. In Fachkreisen sieht man sich daher schon veranlaßt, die Betreiber zu ermahnen, daß die Kommunikation deren Geschäft ist, und nicht besagte Sonderdienste⁸. Können sich die Betreiber also dennoch insbes. auf Art. 87 f GG stützen? Diese Verfassungsnorm macht dem Bund, ggf. über private Anbieter, eine „Grundversorgung“ mit Telekommunikation zur Staatspflicht⁹. Diese zu garantierende Grundversorgung ist zwar insofern „dynamisch“, als sie auch neue oder zusätzliche Dienstleistungen in sich aufnimmt, die zukünftig für die breite Masse der Bevölkerung selbstverständlich und damit unabdingbar werden; aber dies bezieht sich nun einmal nicht auf spezielle Dienste für nur spezielle Nachfragen¹⁰. Die Betreiber sind bestrebt, UMTS zu verbreiten, es muß aber von vornherein ein entspr. Bedarf bestehen. Zu fragen ist nach der Unabdingbarkeit dieser Dienste. Umfragen belegen: Der Bedarf wird betreiberseitig überschätzt¹¹. So scheint E-Plus einzulenken: Man will sich nun auf „Kerndienste mit etablierter Nachfrage“ konzentrieren¹². Man spaltet den Netzbetrieb sogar ab, etwa E-Plus auf Alcatel. Um eine Grundversorgung handelt es sich also offensichtlich nicht. Was auch zu beachten ist: Art. 87 f GG verbietet eine „Rosinenpickerei“¹³. Eine Pflicht zur flächendeckenden Versorgung mit besonderen Telekommunikationsdiensten wäre also geradezu „innovationshemmend“¹⁴. Trotz allem wird in der Rechtsprechung ohne weiteres Art. 87 f GG als maßgeblich unterstellt. Wo man ausnahmsweise eine Prüfung vornimmt, läuft diese aber auf eine reine oder dominant privatwirtschaftliche Interessenlage bei den Betreiberfirmen hinaus:

1. BayVGH vom 18.3.2003¹⁵

„Der von der Antragstellerin erhobene formelle Einwand, sie sei nicht als Trägerin öffentlicher Belange am Bebauungsplanverfahren beteiligt worden, begründet keinen beachtlichen Verfahrensmangel ... Unabhängig davon war die Antragstellerin bereits

⁶ BT-Drs. 15/5415, S. 7.

⁷ Wie vor.

⁸ *Foggin*, Mobilfunk-Mythen und mobile Datenübertragung, in: Glotz/Bertschi/Locke (Hrsg.), Dauerkultur. Das Mobiltelefon in der Gesellschaft, 2006, S. 297 (305).

⁹ Vgl. BT-Drs. 12/7269, S. 5

¹⁰ *Lerche*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 45. Liefg. Aug. 2005, Art. 87 f Rn. 77.

¹¹ Vgl. nur die UMTS-Umfrage in Attendorn v. Oktober 2005: siehe mit Nachw. www.attendorn.de/mobilfunkattendorn/umts/

¹² Financial Times Deutschland v. 7.6.2006.

¹³ *Lerche*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 76.

¹⁴ *Lerche*, a.a.O., Rn. 76, 79; *Freund*, NVwZ 2003, 408 (410 f.).

¹⁵ Az. 15 N 98.2262, BauR 2003, 1701 ff.

während des im Laufe des Jahres 1995 durchgeführten Bebauungsplanverfahrens nicht als Trägerin öffentlicher Belange i.S.v. § 4 Abs. 1 S. 1 BauGB 1986 anzusehen. Solche können zwar auch natürliche oder juristische Personen des Privatrechts sein. Voraussetzung ist aber, daß ihnen durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes öffentliche Aufgaben übertragen sind. Das war, soweit die Antragstellerin als Betreiberin des Mobilfunknetzes von dem Bebauungsplan berührt wird, auch im Hinblick auf den ... Lizenzvertrag ... nicht der Fall ... Der Lizenzvertrag begründet keine Verpflichtung, die gegenständlichen Telekommunikationsdienstleistungen zu erbringen, sondern verleiht nur das Recht hierzu ... Gegen die Übertragung der vom Lizenzvertrag erfaßten Telekommunikationsdienstleistungen als Pflichtaufgabe spricht weiterhin, daß es sich hierbei nicht um Leistungen einer flächendeckenden Grundversorgung handelte, die angemessen und ausreichend zu gewährleisten gewesen wären (vgl. nunmehr Art. 87 f Abs. 1 GG). Das folgt daraus, daß selbst in der Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung (TUDLV) v. 30.1.1997 der digitale Mobilfunk – trotz einer seit dem Abschluß des Lizenzvertrags fortgeschrittenen Verbreitung – nicht in den Katalog der Universaldienstleistungen enthalten ist (§ 1 TUDLV). Der Mobilfunk gehört damit nicht zum Mindestangebot an öffentlichen Telekommunikationsdienstleistungen, zu denen alle Nutzer unabhängig von ihrem Wohnort und Geschäftsort zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben müssen...“

Anmerkung: Die TUDLV ging im TKG in der Fassung v. 22.6.2004 auf¹⁶. In der Sache hat sich aber nichts geändert, siehe den Universaldienste-Katalog in § 78 TKG. Auch in der Literatur finden sich einige dem BayVGH beipflichtende Stimmen¹⁷. Folgerichtig handelt es sich beim Mobilfunk auch nicht um einen öffentlichen Belang i.S.v. § 1 Abs. 6 Nr. 8 d BauGB¹⁸.

2. OVG Münster vom 8.10.2003 und 6.5.2005

Daß sich selbst aus Art. 87 f GG kein Anspruch ableiten ließe, ohne Berücksichtigung anderer, ebenfalls bedeutsamer (oder gar bedeutsamerer) Belange an jedem mehr oder minder sinnvollen Ort eine Mobilfunkanlage errichten zu dürfen, „ist selbstverständlich“¹⁹. Das Gericht sieht zwar einen öffentlichen „Mobilfunkversorgungsauftrag“, begründet dies aber damit, daß die Möglichkeit, auch ohne einen nicht immer erreichbaren Festnetzanschluß Polizei und Notdienste zu erreichen, von beachtlichem Gewicht sei.

Der 7. Senat: Den Betreibern ist kein „Freibrief erteilt..., die konkrete Konzeption und Ausgestaltung ihres Netzes ... ausschließlich an einer Optimierung funktechnischer und betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte auszurichten“, auch und vor allem nicht, „wenn bei einer unkoordinierten (isolierten) Ausgestaltung der jeweiligen [konkurrierenden] Netze in bestimmten Bereichen die Gefahr besteht, daß diese gleichsam mit einem ‚Antennenwald‘ überzogen werden“²⁰.

¹⁶ BGBl. I S. 1190 ff.

¹⁷ Jäde, in: Jäde/Dirberger/Weiß, BauGB/BauNVO, 4. Aufl. 2005, § 4 BauGB Rn. 3.

¹⁸ Denn auch für § 1 Abs. 6 Nr. 8 d BauGB sollen sich die Belange im wesentlichen aus dem TKG ergeben: Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Losebl. Stand 79. Liefg. Jan. 2006, § 1 Rn. 164. Das TKG sieht den Mobilfunk, wie ausgeführt, nicht als „Universaldienst“ (s. § 78 TKG), für den allein eine Versorgung i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG, Art. 87 f Abs. 1 GG sicherzustellen wäre.

¹⁹ So OVG Münster v. 8.10.2003, BauR 2004, 649 (651) = NVwZ-RR 2004, 404.

²⁰ OVG Münster – 7 B 2752/04 – v. 6.5.2005, BauR 2005, 1425 (1428) = ZfBR 2005, 474 = NWVBl. 2006, 26.

VI. Gefahrenabwehr und Risikoversorge

Im Zentrum aller Debatten stehen die Fragen: Besteht auch unterhalb der in der 26. BImSchV festgelegten Grenzwerte eine „Gefahr“? Ist nicht jedenfalls Vorsorge zu betreiben? Eine Gefahr wird seit dem Preußischen OVG so definiert, daß bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit, nicht notwendig Gewißheit, Schädigungen zu erwarten sind²¹. Unterhalb dieser Schwelle ist Vorsorge zu treffen, dies aber nur bei Verdachtsmomenten, wenn also ein Gefahrenpotential nicht auszuschließen ist.

1. VGH Kassel

Das Gericht hatte unter Maßgabe der DIN-VDE 0848, Teil 2 (1991), Vorgängerin der 26. BImSchV, noch einen Vorsorgefaktor angesetzt²². Dies wurde in einem Beschluß v. 29.7.1999 dann aufgegeben²³.

2. BVerfG vom 17.2.1997, 28.2.2002, 8.12.2004 und 24.1.2007

Einer Entscheidung des BVerfG v. 17.2.1997 (Trafostation) folgten Nichtannahmebeschlüsse v. 28.2.2002²⁴, 8.12.2004²⁵ und 24.1.2007²⁶ nach. Die Kernaussage im besonders oft genannten Beschluß v. 28.2.2002:

„Keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet die Auffassung des OVG, der Verordnungsgeber sei im Blick auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht verpflichtet, die geltenden Grenzwerte zum Schutz vor Immissionen zu verschärfen, über deren gesundheitsschädliche Wirkungen keine verlässlichen wissenschaftlichen Erkenntnisse vorliegen. Dem Verordnungsgeber kommt bei der Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zu, der auch Raum läßt, konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen. Die verfassungsrechtliche Schutzpflicht gebietet nicht, alle nur denkbaren Schutzmaßnahmen zu treffen. Deren Verletzung kann vielmehr nur festgestellt werden, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben²⁷. Ausgehend hiervon besteht entgegen der Auffassung des Bf. keine Pflicht des Staates zur Vorsorge gegen rein hypothetische Gefährdungen. Die geltenden Grenzwerte könnten nur dann verfassungsrechtlich beanstandet werden, wenn erkennbar ist, daß sie die menschliche Gesundheit völlig unzureichend schützen. Davon kann so lange keine Rede sein, als sich die Eignung und Erforderlichkeit geringerer Grenzwerte mangels verlässlicher wissenschaftlicher Erkenntnisse noch gar nicht abschätzen läßt ...“

²¹ Vgl. zum Gefahrenbegriff im Bau-, Polizei- und Ordnungsrecht mit Nachweisen statt aller *Drews/Wackel/Vogell/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 220.

²² Entscheidungen v. 30.12.1994, NVwZ 1995, 1010 und v. 17.8.1995, NVwZ 1997, 89.

²³ BauR 2000, 1162 (1165 f.) = DÖV 2000, 335 = NuR 2000, 517 = NVwZ 2000, 694.

²⁴ Az. 1 BvR 1676/01, abgedruckt u.a. in BauR 2002, 1222 = BRS 65 Nr. 178 = NJW 2002, 1638 = NZM 2002, 496. Vorgehend OVG Koblenz v. 20.8.2001, WuM 2001, 561.

²⁵ NVwZ-RR 2005, 227 ff. = DWW 2005, 27.

²⁶ Az. 1 BvR 382/05.

²⁷ Vgl. u.a. BVerfG v. 14.1.1981, BVerfGE 56, 54 (81) = NJW 1981, 1655.

Anmerkung: Das BVerfG hat nicht ausgesprochen, daß die Verordnung für hochfrequente Strahlung auch Aspekte der Vorsorge erfasse und/oder diesen keinen (weiteren) Raum gebe. Entgegen dem BImSchG klammert die ausführende Verordnung die Vorsorge aus. Der Einwand, daß die 26. BImSchV wegen Verstoßes gegen das verfassungsrechtliche Untermaßverbot und Art. 80 Abs. 1 GG, nichtig sei²⁸, ist m.E. also durchaus beachtlich.

C. Nachbarrechte

Welche Rechte stehen nun den betroffenen Nachbarn einer Mobilfunkbasisstation zu? Diese Frage sollten auch Kommunen im Blick behalten (siehe E).

I. Zivilrecht (v.a. Wertminderung)

Zu erwähnen ist vorab zum Mietrecht, daß schon Rspr. erging, die auf anlagenbedingte Mietzinsminderung erkannte²⁹. Der BGH stellt darauf ab, ob eine „begründetes Besorgnis“ besteht³⁰. Dies griff auch das AG Hamburg-Harburg in einem beachtlichen und m.E. überzeugenden Urteil v. 08.01.2007 auf (das nicht rechtskräftig wurde)^{30a}:

Die Errichtung mehrerer Mobilfunkantennen auf dem Dach eines Mietshauses begründet dann einen Mangel der Mietsache, wenn in der unmittelbar unter dem Dach liegenden Wohnung objektive Einwirkungen hierdurch feststellbar sind (hier: Gesamtleistungsflußdichte aller Sender von 26,75 mw/qm); in diesem Fall spielt es keine Rolle, ob die Grenzwerte der 26. BImSchV eingehalten worden sind oder nicht.

Da naturwissenschaftlich – insbesondere hinsichtlich der sog. athermischen Effekte – nicht geklärt ist, ob bei einer Unterschreitung der in der 26. BImSchV genannten Grenzwerte eine konkrete Gesundheitsgefährdung besteht oder nicht und der 26. BImSchV der sog. Vorsorgegedanke nicht zugrundeliegt, kann sich aus dem Restrisiko ein Mangel der Mietsache ergeben. Alleine die „begründete Furcht“ des Mieters vor einer Gesundheitsgefährdung genügt dagegen zur Begründung eines Mangels der Mietsache nicht.

Anmerkung: Ebenso *Eisenschmid* im führenden Großkommentar des Mietrechts von Schmidt-Futterer, 9. Aufl. 2007, § 536 Rn. 90. Der Begriff „Restrisiko“ ist freilich nicht ganz treffend, man sollte von einem veritablen „Risiko“ sprechen, weil Restrisiken wie hypothetische Gefahren grds. zu vernachlässigen sind.

Zu §§ 1004 Abs. 1, 906 Abs. 1 BGB (Unterlassung, Beseitigung) der BGH: Der Betroffene muß Indizien erschüttern, nicht den Vollbeweis einer Schädigung führen³¹.

Eine Gesundheitsgefährdung ist hinreichend vorgetragen und muß dem durch Beweisaufnahme (Sachverständigengutachten) nachgegangen werden, wenn der Klä-

²⁸ *Kniep*, ZMR 2003, 169 (173 f.).

²⁹ Dies wird ausgelassen in Focus 43/2007 (Titelblatt: „Die neue Macht der Mieter“), dort S. 85 („unheimliche Antennen“ mit Fehlzitat BGH v. 13.2.2004 [siehe Fn. 31]). Nachw. beim Verfasser, Mobilfunkanlagen (Fn. 1), S. 143 f.

³⁰ BGH vom 15.3.2006 – VIII ZR 74/05 –, NJW-RR 2006, 879 (880).

^{30a} Az. 644 C 334/05 (erscheint in WuM 11/2007); Berufungsinstanz LG Hamburg, dortiges Az. 307 S 15/07. Eine Anmerkung des Verfassers ist ebenfalls vorgesehen für die Zeitschrift WuM.

³¹ Urt. vom 13.2.2004 – V ZR 217/03 –, NJW 2004, 1317 (1318 f.).

ger entweder wissenschaftlich begründete Zweifel an der Richtigkeit der in der 26. BImSchV festgelegten Grenzwerte darlegt oder im einzelnen ausführt, daß ein fundierter Verdacht einer Gesundheitsgefährdung durch EMF unterhalb dieser Werte erhoben werden kann^{31a}.

Wichtig folgende Trendwende: In einer WEG-Sache (Unterlassungsanspruch nach § 15 WEG, § 1004 Abs. 1 BGB) so einprägsam wie richtungweisend ein Beschluß des BGH v. 30.3.2006³²:

„Während der Berechtigte bei Errichtung mehrerer Anlagen höhere Mieteinnahmen von den Mobilfunkbetreibern erzielen wird, kann dies bei den Wohnungen der anderen Eigentümer zu einem gravierenden Wertverlust führen³³“.

Hier wird also Art. 14 Abs. 1 GG relevant, ungeachtet der Einhaltung der Grenzwerte – auch dieser Aspekt darf gemeindeseits im Rahmen bauleitplanerischer Maßnahmen nicht unberücksichtigt bleiben.

Noch ein Hinweis: Stets ist, sofern zugänglich, der Gestattungs-/Mietvertrag über den Anlagenstandort zu überprüfen, v.a., weil eine Laufzeit von über 12 Jahren (teils finden sich sogar Klauseln mit 20-30 Jahren) jedenfalls ggü. Verbrauchern sittenwidrig ist und die kurze gesetzliche Kündigungsfrist (siehe § 580a BGB) an deren Stelle tritt.

II. Öffentliches Recht (insbes. Abstandsflächen; Gebietserhaltung; Rücksichtnahme)

Der Nachbar kann nur eine Verletzung eigener Rechte geltend machen (vgl. §§ 42 Abs. 2, 113 VwGO), dies beschränkt ihn sehr. Die Verwaltungsrichter lehnen es fast durchweg ab, die 26. BImSchV auf den Prüfstand zu stellen. Immer wieder hört und liest man, ein Instanzgericht könne – bei allem Verständnis für die Sorgen der beschwerten Partei – keine politischen und gesetzgeberischen Entscheidungen etwa pro Salzburger Vorsorgewert treffen. Dennoch gibt es (andere) Ansätze:

Zur Verletzung von Abstandsflächenrecht nach der LandesBauO siehe VG Hannover v. 27.9.2005 – 4 A 1148/05: Einheit von Gebäude und Anlage. Beachte die Definition der Basisstation: Antennenträger (Mast) + einzelne Antennen + Verkabelungen + Versorgungseinheiten (Technikschränke).

Hervorzuheben ist ein Beschluß des OVG Münster (10. Senat) vom 25.2.2003: Der Antrag eines Anwohners auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines gegen die Baugenehmigung erhobenen Widerspruchs (§§ 80 a Abs. 1, 80 Abs. 5 VwGO) war vom VG abgelehnt worden; die dagegen gerichtete Beschwerde hatte zum Teil Erfolg³⁴:

^{31a} Vgl. LG Hamburg, Urte. v. 26.1.2006 – 307 S 130/05 – und AG Duisburg, Urte. v. 12.9.2007 – 71 C 14/06.

³² Az. V ZB 17/06, abgedruckt in NZM 2006, 465 f. Hierzu mit weiteren Nachw. der *Verfasser* in GuG 2007, 193 ff.

³³ Vgl. *Kniep*, WuM 2002, 598 (600); *Bobka*, RDM-Informationdienst für Sachverständige 2003, 10 (16).

³⁴ Az. 10 B 2417/02, u.a. in BauR 2003, 1011 = NWVBl. 2003, 382 = ZfBR 2003, 377.

„Daß das Vorhaben an den Vorschriften der §§ 30 bis 37 BauGB zu messen ist, folgt aus § 29 Abs. 1 BauGB ... Die Mobilfunksendeanlage hat planungsrechtliche Relevanz, weil sie Belange berührt, die im Hinblick auf die Planungsanlässe des § 1 Abs. 3 BauGB und die Maßstäbe des § 1 Abs. 5 [jetzt: Abs. 6 i.d.F. des EAG Bau 2004] bei der Städteplanung zu berücksichtigen sind. Zu diesen Belangen zählt nämlich auch das Ortsbild der Gemeinde³⁵ ... § 34 Abs. 2 BauGB besitzt grds. nachbarschützende Qualität. Der Nachbar hat auf die Bewahrung der Gebietsart einen Schutzanspruch, der über das Rücksichtnahmegebot [§ 15 Abs. 1 BauNVO] hinausgeht. ... Ob die genehmigte Mobilfunksendeanlage im Wege der Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB entweder in Verbindung mit § 14 Abs. 2 S. 2 BauNVO oder i.V.m. § 34 Abs. 2 BauGB und § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO zugelassen werden kann, wirft rechtlich schwierige Fragen auf, die sich im vorliegenden Verfahren nicht abschließend klären lassen...“³⁶

Und weiter, zur Eigenschaft als (nicht) störender Gewerbebetrieb i.S.v. § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO:

„Bei der Beantwortung der Frage ... sind alle mit der Zulassung des Betriebs nach dessen Gegenstand, Struktur und Arbeitsweise typischerweise verbundenen Auswirkungen auf die nähere Umgebung zu berücksichtigen³⁷. Dabei ist nicht nur auf Immissionen im Sinne des BImSchG abzustellen, sondern etwa auch auf optische Auswirkungen des Vorhabens. Auch diese können den Gebietscharakter eines Wohngebiets, nämlich die dort zu gewährleistende Wohnruhe stören. Ein Vorhaben kann durchaus auch durch seine optische Erscheinung gebietswidrig ‚laut‘ wie die Erzeugung von Geräuschen sein.“³⁸

Bemerkenswert zwei schon angesprochene Beschlüsse des OVG vom 6.5.2005: Der 7. wie der 10. Senat erkennen auf Nebenanlagen i.S.v. § 14 Abs. 2 BauNVO. Zum versagten „Freibrief“ s.o. der 7. Senat. Auch ohne Massierung von Antennen kann eine Ausnahme ausscheiden. So der 10. Senat³⁹:

„Wo etwa die geplante Anlage für sich genommen oder zusammen mit vorhandenen weiteren gleichartigen Anlagen im Verhältnis zur vorhandenen Bausubstanz, Bauhöhe und Baugestaltung in der näheren Umgebung eine prägende Wirkung entfaltet, die den Regelfall der Wohnnutzung hin zu einer gemischten Wohn- und Gewer-

³⁵ Vgl. BVerwG v. 3.12.1992, BVerwGE 91, 234 ff. = BRS 54 Nr. 126 = DÖV 1993, 620 = NVwZ 1993, 983.

³⁶ Ein Fall des § 14 Abs. 1 BauNVO kommt regelmäßig nicht in Betracht, weil der Funktionszusammenhang mit der Zweckbestimmung der einzelnen Baugebiete fehlt. Vgl. BVerwG v. 1.11.1999, BauR 2000, 703 f. Für § 14 Abs. 2 BauNVO u.a. OVG Lüneburg v. 6.12.2004, ZfBR 2005, 281 (283) und OVG Münster v. 6.5.2005 (Fn. 20), BauR 2005, 1425 (1426 f.); a.A. noch VGH Mannheim v. 26.10.1998, BauR 2000, 712 (714) und VGH Kassel v. 29.7.1999, BauR 2000, 1162 (1163). Zugleich Haupt- und Nebenanlage: Stock, in: König/Roeser/Stock, BauNVO, 2. Aufl. 2003, § 14 Rn. 35.

³⁷ Vgl. BVerwG v. 9.10.1990, BRS 50 Nr. 58 = NVwZ 1991, 267.

³⁸ Vgl. OVG Münster v. 24.6.1987, BRS 47 Nr. 50 = NVwZ 1987, 1093. Dies sei von VG Gießen v. 8.7.2002, NVwZ-RR 2003, 196, nicht hinreichend beachtet worden. Anders der 7. Senat des OVG Münster in zwei Beschlüssen v. 9.1.2004 (Rechtssache 7 B 2482/03, NVwZ-RR 2004, 481 = BauR 2004, 792 = ZfBR 2004, 469; vom Abdruck der gleichlautenden Entscheidung im Parallelverfahren 7 B 2483/03 wurde abgesehen): nachbarrechtliche Unbeachtlichkeit etwaiger „erdrückender Wirkung“, weil „störend“ ausschließlich den städtebaulichen Begriff „Art der baulichen Nutzung“ näher kennzeichne.

³⁹ Az. 10 B 2622/04, u.a. in BauR 2005, 1284 = NVwZ-RR 2005, 608 = ZfBR 2005, 478.

benutzung verschiebt, kann der Gebietscharakter auch unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Grundentscheidung in § 14 Abs. 2 S. 2 BauNVO verändert werden⁴⁰ ... Betroffene Nachbarn können sich gegen Nebenanlagen im Sinne des § 14 BauNVO jedenfalls insoweit wehren, als gesundheitliche Beeinträchtigungen etwa durch eine Unterschreitung der in der Standortbescheinigung festgelegten Mindestabstände zu befürchten sind oder insoweit sich die Nebenanlagen – wie hier – auf die Bewahrung des Gebietscharakters auswirken können, bspw. durch eine sich aus der Relation zur vorhandenen baulichen Umgebung ergebende optische Dominanz. Die Vorschrift gewährt ihnen ein auf die Art der baulichen Nutzung bezogenes Abwehrrecht; wenn die Anlage zur einer Veränderung des Gebietscharakters führt, besteht ein von individuellen Störungen unabhängiger nachbarlicher Abwehranspruch⁴¹.

D. Bauaufsicht (Baugenehmigung, Ausnahme und Befreiung)

Ein Wort zur Baugenehmigungspflicht: Sofern die LandesBauO auf die Höhe (bis 10 m frei) abstellt, so mißt sich diese ab Fuß des Masten und nicht etwa ab Dachaustritt desselben – so richtig die Position des zuständigen Bauministeriums NRW (anders in Bayern). Und: Selbst wenn keine Baugenehmigungspflicht besteht, so ist doch bspw. über eine isolierte Ausnahme zu entscheiden, § 31 Abs. 1 BauGB. „Verfahrensfrei“ ist eine Mobilfunkanlage also auch hier keinesfalls.

Es versteht sich, daß Bauordnungsrecht (insbes. Abstandsflächenrecht) sowie auch der Denkmalschutz eine bauaufsichtliche Genehmigung verwehren können. Dazu, was darüber hinaus möglich ist, die folgenden interessanten Entscheidungen:

I. VG Frankfurt vom 3.3.2005 (zum allgemeinen Wohngebiet)

Mit Urteil v. 3.3.2005 wies das VG Frankfurt die Klage eines Betreibers ab⁴². In den Gründen wird ausgeführt, daß eine Übertragung der Argumentation des OVG Koblenz (sogl. II.) ausscheide.

II. OVG Koblenz vom 7.8.2003 (zur Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB)

Fraglich ist v.a., wann Gründe des Allgemeinwohls eine Befreiung erfordern, § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB. Dazu vorweg BVerwG v. 9.7.1978⁴³: „Daß die Befreiung dem Gemeinwohl nur irgendwie nützlich oder dienlich ist, reicht allerdings nicht aus.“ Anmerkung: Da man ein öffentliches Interesse am Mobilfunk durchaus in Abrede stellen

⁴⁰ Vgl. Beschluß v. 25.2.2003 – 10 B 2417/02 –, u.a. in BauR 2003, 1011 = NWVBl. 2003, 382 = ZfBR 2003, 377. Diese Entscheidung war Anlaß eines hilfreichen Runderlasses des seinerzeitigen Ministeriums für Städtebau NRW v. 11.4.2003, der später dann aber ersatzlos aufgeh. wurde (MBI. NRW 2005, 435). Ferner *Reidt*, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, 7. Aufl. 2004, Rn. 1262.

⁴¹ Urteil v. 25.4.2005 – 10 A 2861/04; Beschluß v. 25.2.2003 (Fn. 40); VGH Kassel v. 6.12.2004 – 9 UE 2582/03 –, ZfBR 2005, 278 (280). Abweichend OVG Lüneburg v. 6.12.2004 – 1 ME 256/04 –, ZfBR 2005, 281.

⁴² Az. 4 E 3806/03. Die Beklagte hatte zuvor angeordnet, daß die Mobilfunkanlage innerhalb eines Monats nach Bestandskraft des Bescheides zu entfernen sei und die Ersatzvornahme (§ 74 HessVwVG) angedroht. Auch die hiergegen gerichtete Klage wurde am 3.3.2005 abgewiesen (Az. 4 E 1919/03). Erst nach Erlaß der Beseitigungsverfügung hatte die Klägerin die nachträgliche Baugenehmigung beantragt.

⁴³ Az. 4 C 54.75, NJW 1979, 939 f. Ferner VG Mainz, Urteil v. 20.7.2005 – 7 K 234/05.MZ.

kann, ist dies entspr. auch im Rahmen der (Ermessens-) Entscheidung nach § 31 Abs. 2 BauGB zu berücksichtigen.

Die Absicht der Gemeinde, einen bestehenden Bebauungsplan zu ändern, kann die Versagung einer Befreiung im Rahmen der Ermessensausübung rechtfertigen. Kann ein den planerischen Vorstellungen der Gemeinde widersprechendes Vorhaben nur im Wege einer Befreiung zugelassen werden, so bedarf es zu seiner Verhinderung keiner Veränderungssperre oder Zurückstellung, wenn die Befreiung rechtmäßig versagt wird. So das BVerwG in einem Urteil v. 19.9.2002⁴⁴.

In dem vom OVG Koblenz mit Urteil vom 7.8.2003 entschiedenen Fall hatte ein Betreiber auf Erteilung einer Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB geklagt⁴⁵. Anmerkungen: Im Grundsatz wird anerkannt, daß ermessenskonkretisierend ein Konzept auch bei einer Befreiung entwickelt und herangezogen werden kann. Die Wahrung gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse (§ 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB) ist als städtebaulicher Belang auch im Kontext Mobilfunk anzusehen. Von einem „Konzept“ konnte aber keine Rede sein. Vielmehr handelte es sich nur um ein paar Loseblätter, diese wurden auch erst in der Berufungsverhandlung präsentiert, in erster Instanz war von nichts dergleichen auch nur die Rede. Wenn dann noch die Kommune selbst sich im Rahmen der Bauleitplanung jede Kompetenz abspricht, Vorsorge zu betreiben, weil die 26. BImSchV ja den Schutz definiert, wirft dies ein denkbar schlechtes Licht auf die verweigerte Befreiung. Diese Ablehnung erscheint als bloßes Politikum, das es dem Gericht leicht machte, die Klage zuzusprechen. Es ist äußerster Wert darauf zu legen, ein von Planungsbüro und Sachverständigen betreutes belastbares Konzept zu erstellen, das die Gebietsbesonderheiten auswertet und bei Ausschlüssen ausreichend Alternativstandorte positiv zuweist, die auch privatrechtlich verfügbar sind.

Mit vorgeh. OVG-Urteil setzt sich das VG Düsseldorf in seinen Urteilen v. 23.7.2007 (u.a. 9 K 6258/06) nicht auseinander: Ein Konzept könne zwar der Verhandlungsführung mit den Betreibern dienen, nicht aber als bauaufsichtliche Entscheidungsgrundlage.

E. Zwischenergebnis: kommunale Verantwortung

Kritik ist zu üben an kritikloser Rspr. im Nachbarrecht der Mobilfunkanlagen. Die – auch gemäß BfS und SSK ernst zu nehmenden – Sorgen der Bürger werden als Politikum verstanden, mit dem sich die Justiz nicht befaßt. Daher wächst auch der Druck auf die Kommunen: Im Vergleich zur Nachbarklage ist nämlich derzeit „sichererer Weg“ zur Immissionsminimierung, die Standortwahl zu lenken, bevor vollendete Tatsachen geschaffen sind.

F. Einvernehmen

Das Einvernehmen darf nur versagt werden aus Gründen derjenigen Vorschrift, nach welcher sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Anlage beurteilt (§ 36 Abs. 2

⁴⁴ BVerwGE 117, 50 ff. = BauR 2003, 488 = JuS 2003, 929 m. Anm. *Selmer* = NVwZ 2003, 478 = UPR 2003, 146 = ZfBR 2003, 260.

⁴⁵ Az. 1 A 10196/03.OVG. Die Leitsätze sind abgedruckt in ZfBR 2004, 184. Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision hat das BVerwG mit Beschluß v. 5.2.2004 zurückgewiesen – Az. 4 B 110.03 (BauR 2004, 1124).

S. 1 BauGB). Nicht möglich soll also sein, sich (nur) auf vorsorgenden Gesundheitsschutz zu berufen⁴⁶.

Aufgeworfen wird damit die Frage, inwieweit die Gemeinderatsmitglieder haften. Es gilt im Amtshaftungsrecht (§ 839 BGB, Art. 34 GG) folgender Grundsatz: Keine Vorwerfbarkeit, wenn der Beamte bei der Auslegung zweifelhafter Gesetzesbestimmungen zu einer zwar unrichtigen, aber nach gewissenhaften tatsächlichen und rechtlichen Prüfung der zu Gebote stehenden Hilfsmittel auf vernünftige Überlegungen gestützten Stellungnahme kommt, besonders wenn die Bestimmung neu und die Zweifelsfragen noch ungeklärt sind; war danach die Gesetzesanwendung rechtlich vertretbar, kann dem Beamten die spätere Mißbilligung seiner Auffassung nicht rückschauend als Verschulden angelastet werden⁴⁷. Für die Mitglieder einer kommunalen Vertretungskörperschaft gelten keine herabgesetzten Sorgfaltsanforderungen, aber eben auch keine erhöhten⁴⁸.

G. Planerische Mittel

I. Raumordnung

Ist ein Raumordnungsverfahren (§ 15 ROG i.V.m. Landesrecht, etwa § 23a LPIG NRW oder § 13 LPIG Nds.) erforderlich? Die Notwendigkeit würde zunächst ein „raumbedeutsames Vorhaben“ i.S.d. § 3 Nr. 6 ROG voraussetzen. Bejahend: Mobilfunk-Erlaß Mecklenburg-Vorpommern vom 19.12.2003 und für Anlagen ab 20 m Höhe die „teilweise in der Verwaltungspraxis vertretene Auffassung“⁴⁹. Zweite Voraussetzung: Landesrecht knüpft entweder an die gem. § 17 Abs. 2 ROG erlassene ROV an oder verlangt zudem eine „überörtliche Bedeutung“ des Vorhabens.

Ziele der Raumordnung nach § 3 Nr. 2 ROG sind erstens für die Zulässigkeit einer Mobilfunkanlage im Außenbereich maßgeblich, § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB (a.A. *Dietrich*) und zweitens für die gemeindliche Bauleitplanung (unten II) wegen des Anpassungsgebots bedeutsam, § 1 Abs. 4 BauGB. Siehe dazu bspw. das nach Art. 13 BayLPIG erstellte Landesentwicklungsprogramm, das in Ziff. 2.1.1 fordert: „Der Ausbau der Mobilfunknetze soll umwelt- und sozialverträglich erfolgen.“ Daß „die Belastung von Menschen durch elektromagnetische Felder möglichst gering gehalten wird“, worauf „bei der Standortplanung Bedacht genommen werden“ sollte, hält das Nds. Landes-Raumordnungsprogramm 1994 (geänd. durch VO v. 19.3.1998) fest, vgl. LT-Drs. 14/3673.

II. Bauleitplanung in Selbstverwaltung, Art. 28 Abs. 2 GG

Es wurde nun schon einiges zum für den Mobilfunk zentralen Komplex der Bauleitplanung⁵⁰ gesagt und vorgegeben. Die Planungshoheit ist die von der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG erfaßte Befugnis, voraussehbare Entwicklungen längerfristig zu steuern, insbesondere für das eigene Gebiet die Bodennut-

⁴⁶ Vgl. *Wagner*, Mobilfunkanlagen im Baurecht, Vortrag zum 423. Kurs des Instituts für Städtebau Berlin vom 1.-5.10.2001, zit. nach *Wahlfels*, NVwZ 2003, 656.

⁴⁷ Siehe nur *Palandt-Sprau*, BGB, 66. Aufl. 2007, § 839 Rn. 53.

⁴⁸ BGH v. 14.6.1984, BauR 1984, 498 (499) = NVwZ 1986, 504 und v. 26.1.1989, BGHZ 106, 323 (330) = DVBl. 1989, 504.

⁴⁹ So, ohne nähere Angaben, *Dietrich* (Fn. 1), S. 261.

⁵⁰ Instrukтив: *Krist*, BauR 2000, 1130 ff.; ferner *Busse*, BayGTz 2000, 209 ff. Siehe auch *Verfasser*, BauR 2006, 1399 ff. (zitiert u.a. vom OVG Saarlouis, Beschl. v. 17.10.2006 – 2 W 19/06 –).

zung festzulegen⁵¹. Eine Bauleitplanung ist das erfolgversprechendste Instrument zur Einflußnahme der Gemeinde auf Ansiedlungsbegehren der Mobilfunkbetreiber⁵².

Der Grundgedanke lautet: Standortzuweisung im Außenbereich vornehmen, sensible (Innen-) Bereiche dagegen freihalten⁵³. Rasches Handeln ist geboten: sachverständiges Gesamtkonzept (sog. integrierte kommunale Mobilfunkplanung), Aufstellungsbeschluß und Sicherung nach §§ 14, 15 BauGB.

Entscheidend erscheint mit BVerwG v. 17.12.2002 folgendes: Ein Konzept darf keinen prohibitiven Charakter haben und darauf angelegt sein, aus Gründen, die dem Städtebaurecht fremd sind, Mobilfunkanlagen von möglichst weiten Teilen des Gemeindegebiets von vorneherein fernzuhalten. Die Annahme, die Kommune habe sich von übertriebenen Vorsorgeerwägungen leiten lassen, muß als ausgeschlossen oder allenfalls fernliegende Möglichkeit erscheinen⁵⁴.

In die Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB sind die Leitlinien des Abs. 6 einzustellen, städtebauliche Belange also, wie im Mobilfunkbereich besonders die Wahrung gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse (Nr. 1) und Belange des Umweltschutzes (Nr. 7 c und e). Auch private Belange sind zu berücksichtigen. Als solche kann man die Interessen der Betreiberfirmen qualifizieren. Nicht minder bedeutsam sind aber die Interessen der Anwohnerschaft.

1. Außenbereich: insbes. VG Würzburg vom 20.12.2006

Analog zu Windkraftträdern ist es auch für Mobilfunkanlagen grds. möglich, Konzentrationsflächen auszuweisen, § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Das ist sogar im Grundsatz unstrittig. Trotzdem wird gerade dieses Mittel bislang kaum genutzt. Daß man hiermit aber Erfolg haben kann, zeigt die Entscheidung des VG Würzburg vom 20.12.2006 – W 5 K 06.966: Dort wurde die Klage eines Betreibers per Gerichtsbescheid abgewiesen, da die Kommune berechtigterweise das Baugesuch nach § 15 Abs. 3 BauGB zurückgestellt hatte. Daß eine Sendeanlage des Mobilfunks mit dem Naturschutz unvereinbar sein kann, zeigt VG Neustadt a.d. Weinstraße, Urteil vom 21.9.2006 – 4 K 181/06.NW.

2. Innenbereich: § 9 Abs. 1 BauGB

Für Innenbereiche steht § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i.V.m. § 1 Abs. 4-9 BauNVO zur Verfügung (so auch die Bundesregierung in der schon erwähnten BT-Drs. 16/6133). Auch für Nebenanlagen gem. § 14 Abs. 2 BauNVO gilt § 1 Abs. 6 BauNVO, so daß diese – oder auch nur Mobilfunkanlagen – vom Geltungsbereich des B-Plans ausgenommen werden können, wenn dies städtebaulich erforderlich ist. Nicht zu vergessen: (erst recht) möglich sind Höhenbegrenzungen durch eine Ortsgestaltungssatzung.

⁵¹ Vgl. BVerfG v. 7.10.1980, BVerfGE 56, 298 (310, 317 f.); BVerwG v. 16.12.1988, BVerwGE 81, 95 (106).

⁵² Siehe auch das Rechtsgutachten *F. Sommer* von 2002, www.gruene-fraktion-bayern.de.

⁵³ Vgl. den Vortrag von *Hilleke/Linn*, „Kommunale Mobilfunkkonzepte am Beispiel der Stadt Atten-dorn“, Tagungsband vom Juli 2006 erhältlich bei umweltphysik@t-online.de.

⁵⁴ BVerwG v. 17.12.2002, sogl. Fn. 55.

a) Zur Vorsorge: VG München vom 14.7.2005 und 19.1.2006

Der Vorsorgegedanke spielt eine Rolle, verorten läßt er sich städtebaulich in § 1 Abs. 5, Abs. 6 Nr. 1 sowie Nr. 7 c und e BauGB. Die Gemeinde ist nicht gehalten, von ihren planerischen Befugnissen keinen anderen Gebrauch zu machen, „als Nutzungen bis an die Grenze dessen zu ermöglichen, was anhand der Maßstäbe des Immissionsschutzrechts gerade noch zulässig ist, ohne als schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des § 3 Abs. 1 BImSchG qualifiziert werden zu können“. Es ist „ihr vielmehr bereits im Vorfeld der Abwehr schädlicher Umwelteinwirkungen gestattet, durch ihre Bauleitplanung eigenständig gebietsbezogen das Maß des Hinnehmbaren zu steuern“⁵⁵. Auch den Mobilfunk kann die Gemeinde in geordnete Bahnen lenken.

In zwei Urteilen des VG München v. 14.7.2005⁵⁶ und 19.1.2006⁵⁷ wird auf OVG Koblenz v. 7.8.2003 als Präjudiz verwiesen. Der Gemeinde sei eine „eigene Vorsorgepolitik“ verwehrt. Das VG geht von der Prämisse aus, mit der 26. BImSchV liege, so wörtlich, eine „ausreichende, aber auch abschließende gesetzliche Regelung zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung“ vor. Eine „darüber hinausgehende Pflicht des Staates zur Vorsorge“ bestehe nicht⁵⁸. Aber: Erstens ist die VO mangels Vorsorge nicht abschließend, zweitens würde eine fehlende staatliche Vorsorgepflicht noch kein planerisches Vorsorgeverbot für die Kommunen bedeuten. Die Berufungen sind anhängig gewesen beim BayVGH, sie wurden jüngst zurückgewiesen (Urteile liegen noch nicht im Volltext vor, *Verfasser* wird sie in der Zeitschrift BauR zeitnah kommentieren).

b) Zum „klassischen“ Städtebau: BayVGH vom 17.12.2003

Lehre: Vorrangig ist immer eher traditionell städtebaulich und nicht gezielt allein gegen Mobilfunk zu argumentieren. Der vorsorgende Immissionsschutz tritt also nur hinzu.

Das bestätigt ein Urteil des BayVGH v. 17.12.2003⁵⁹: Der Eigentümer eines im Geltungsbereich des angefochtenen Änderungsbebauungsplans gelegenen Grundstücks, ein Amateurfunker (u.a. Stahlgittermast von 7,5 m Höhe), hat hier nach § 47 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 VwGO beantragt, die Satzung zur Änderung der Satzung über den Bebauungsplan für nichtig zu erklären. Dieser Antrag wurde als unbegründet abgelehnt. Der Bebauungsplan war in seiner ursprünglichen Fassung im Juli 1990 in Kraft getreten und wurde dann durch folgende Einfügungen zuletzt durch Anfang 1997 gefaßten Beschluß geändert:

„Als Nebenanlagen sind nur Gartengerätehäuschen und Holzlegen mit einem umbauten Raum bis 40 m³ zulässig. Sie sind innerhalb der Baugrenzen im

⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 28.2.2002, BauR 2002, 1348 (1353) und v. 17.12.2002, BVerwGE 117, 287 (301) = BauR 2003, 828 (834); vgl. auch schon das Urteil v. 14.4.1989, NVwZ 1990, 257.

⁵⁶ Az. M 11 K 04.2923.

⁵⁷ Az. M 11 K 05.1236.

⁵⁸ Zur Kritik an diesen Entscheidungen siehe *Verf.* (Fn. 50) sowie *Numberger/Thum*, BayVBl. 2007, 353 (355). Der Vorsorgeaspekt in der Bauleitplanung wird auch in der Literatur regelmäßig übersehen oder vernachlässigt, etwa von *Wehr*, BayVBl. 2006, 453 ff. Richtig dagegen u.a. *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, Stand v. Mai 2007, § 50 BImSchG Rn. 8, 10.

⁵⁹ BayVBl. 2004, 726 = UPR 2004, 392 = ZfBR 2004, 694.

räumlichen Zusammenhang mit den Garagen und in gleicher Baugestaltung zu errichten.

Unzulässig sind bauliche Anlagen, Nebenanlagen und Einrichtungen im Sinne des § 14 BauNVO, die von außen erkennbar technische Anlagen sind. Dies gilt insbesondere für Funk- und Sendeanlagen (Antennenanlagen) einschließlich der Masten.“

Zu einer solchen Festsetzung zur Zulässigkeit und Einschränkung von Nebenanlagen sieht das Gericht die antragsgegnerische Kommune nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ermächtigt; von § 14 Abs. 1 S. 3 BauNVO sei ohne Rechtsfehler Gebrauch gemacht worden⁶⁰. Auch sei der Ausdruck „von außen erkennbar technische Anlagen“ hinreichend bestimmt:

„Auch ein Bebauungsplan kann Normen abstrakter Art enthalten, die typischerweise erst nach einer Auslegung auf den Einzelfall angewendet werden können ...“⁶¹

Ebenso wenig bestehe eine Unverhältnismäßigkeit:

„Nach der Planungskonzeption der Antragsgegnerin soll damit ein homogenes, ästhetisch anspruchsvolles Erscheinungsbild einer ruhigen Wohnsiedlung abgesichert werden. Zur Erreichung dieser städtebaulich gemäß § 1 Abs. 5 S. 2, Abs. 6 Nr. 4 BauGB grundsätzlich zulässigen Zielsetzung ist die vorgenommene Einschränkung von Nebenanlagen geeignet. Mit der Wahl einer einheitlichen Formensprache und der Reduzierung der Vielfalt möglicher Baukörper wendet die Antragsgegnerin hier ein traditionelles Gestaltungsmittel an. Es liegt auf der Hand, daß mit einer Vermehrung von Arten und Gestaltungsformen der Nebenanlagen eine gewisse optische Unruhe in das Baugebiet hineingetragen wird. Die Antragsgegnerin konnte somit nach ihrer Planungskonzeption die angegriffene Regelung als erforderlich im Sinne von § 1 Abs. 3 BauGB ansehen.“

Es ist hier also, in allgemeinerer Form, das erfolgreich bauplanerisch durchgesetzt worden, was etwa das VG Hamburg („psychologische Belastung“)⁶² und das OVG Münster („laut“ und „erdrückende Wirkung“⁶³; „Antennenwald“ und optische Dominanz⁶⁴) für den Mobilfunk angemahnt haben. Optik ist eine subjektive Wahrnehmung, ebenso – nach gängiger Rechtsprechung – durch Immissionen unterhalb der Grenzwerte ausgelöster Streß. Im Ergebnis steht Unruhe, die jedenfalls in Wohngebieten zu vermeiden eine legitime städtebauliche Zielsetzung ist.

Der BayVGH weiter: „Auch hat die Antragsgegnerin mit Recht darauf verwiesen, daß die Festsetzungen eines Bebauungsplans dazu dienen, im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG Inhalt und Schranken des Grundstückseigentums innerhalb des Baugebiets

⁶⁰ Allerdings ist § 14 Abs. 1 S. 3 BauNVO nach h.M. auf Abs. 2 – auch nicht entsprechend – anwendbar: *Stock*, in: König/Roeser/Stock (Fn. 36), Rn. 73; *Fickert/Fieseler*, BauNVO, 10. Aufl. 2002, § 14 Rn. 11.4. Statt dessen kann aber jedenfalls mit § 14 Abs. 2 i.V.m. § 1 Abs. 6 BauNVO operiert werden.

⁶¹ Vgl. BVerwG v. 24.1.1995, NVwZ-RR 1995, 311 = DÖV 1995, 822 = NuR 1996, 31. Anmerkung: Es gibt – auch in München (siehe <http://umweltinstitut.org/elektrosmog/mobilfunk-info/verstecktemobilfunkantennen-411.html>) – bspw. in Kaminatrappen verborgen gehaltene Anlagen, die dann gemäß Wortlaut des B-Plans im Falle des BayVGH nicht vom Ausschluß erfaßt wären.

⁶² Beschluß v. 1.7.2003 – 4 VG 4640/2002 (nicht rechtskr.).

⁶³ 10. Senat, Beschluß v. 25.2.2003 (Fn. 40).

⁶⁴ 7. Senat, Beschluß v. 6.5.2005 (Fn. 20).

mitzubestimmen'⁶⁵. Wenn sie bei dieser Abwägung den Interessen der Nachbarn an der Abwehr von Störungen für ein harmonisches Ortsbild den Vorrang einräumt, hält sie sich innerhalb der Grenzen des ihr eingeräumten Planungsermessens.“

3. Sicherung

Im Innenbereich kann auf Bauanfragen mit einem Aufstellungsbeschluß und Veränderungssperre nach § 14 BauGB reagiert werden (nach BVerwG übrigens auch, wenn zuvor das Einvernehmen erteilt worden ist). § 15 BauGB ermöglicht die Zurückstellung von Baugesuchen auch im Außenbereich (Abs. 3). Das Münchener Verwaltungsgericht hatte sich schon mehrfach mit Mobilfunkproblematiken, besonders der Wirksamkeit von Veränderungssperren zu befassen, so mit Urteil vom 22.4.2004:

Die Klage auf Erteilung der Baugenehmigung wurde abgewiesen. Beigeladen war die Gemeinde, die das Einvernehmen verweigert hatte, einen Aufstellungsbeschluß faßte und eine Veränderungssperre erließ. Das Gericht führt aus⁶⁶:

„Daher muß die Planung im Zeitpunkt des Erlasses der Veränderungssperre einen Stand erreicht haben, der ein Mindestmaß dessen erkennen läßt, was Inhalt des künftigen Bebauungsplans sein soll. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt. Der Aufstellungsbeschluß verweist auf die Absicht, ... der Öffentlichkeit zugänglich zu machen und in eine öffentliche Grünfläche ... zu ändern; gleichzeitig wird Bezug genommen auf den in der Gemeinderatssitzung vom ... erfolgten Auftrag an das Planungsbüro ... mit der Flächennutzungsplanänderung für die Standortdarstellung für Mobilfunkantennen. Damit wird das städtebauliche Anliegen der Bewältigung eines möglichen Konflikts zwischen Landschafts-, Natur- und Ortsbildbelangen einerseits und der Ausweisung von Mobilfunkstandorten andererseits hinreichend deutlich. Eine Veränderungssperre kann allerdings auch dann nicht erforderlich und damit nichtig sein, wenn sich das aus dem Aufstellungsbeschluß ersichtliche Planungsziel im Wege planerischer Festsetzung nicht erreichen läßt, wenn der beabsichtigte Bauleitplan einer positiven Planungskonzeption entbehrt und der Förderung von Zielen dient, für deren Verwirklichung die Planungsinstrumente des BauGB nicht bestimmt sind, oder wenn rechtliche Mängel schlechterdings nicht behebbar sind⁶⁷. Dabei ist jedoch zu beachten, daß die Veränderungssperre kein detailliertes und abgewogenes Planungskonzept voraussetzt und sich die Rechtmäßigkeit der Bebauungsplanung erst nach und aufgrund des Satzungsbeschlusses abschließend beurteilen läßt, so daß nur evidente, nicht behebbare Mängel bei der Bebauungsplanung die Nichtigkeit der Veränderungssperre zur Folge haben. Auch insoweit begegnet die Veränderungssperre jedoch keinen rechtlichen Bedenken. Insbesondere handelt es sich nicht um eine evidente Negativplanung...“ (wird ausgeführt).

Die Kammer wies ergänzend darauf hin, daß der Klägerin der Anspruch selbst dann nicht zustünde, wenn die Veränderungssperre unwirksam bzw. wegen Anrechnung einer faktischen Zurückstellung abgelaufen wäre. Das Gericht führt im folgenden dazu aus, daß ein Vorhaben einem Flächennutzungsplan widerspricht, der ausdrücklich

⁶⁵ Vgl. auch BVerwG v. 23.8.1991, NVwZ 1992, 475 f.

⁶⁶ Az. M 11 K 03.2059.

⁶⁷ Vgl. BVerwG v. 21.12.1993, UPR 1994, 152.

an anderer Stelle Positivzuweisungen für Mobilfunkstandorte vorsieht (§ 35 Abs. 3 Nr. 1 BauGB):

„Zwar ist das Vorhaben grundsätzlich nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB privilegiert, da es sich um ein Vorhaben zur öffentlichen Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistung handelt. Der hierfür erforderliche spezifische Standortbezug⁶⁸ dürfte ebenfalls zu bejahen sein. Andererseits finden sich im Gemeindegebiet weitere Standorte, die einen für die Privilegierung erforderlichen spezifischen Bezug aufweisen, so daß vom Vorliegen von Alternativstandorten auszugehen ist. Dem streitgegenständlichen Vorhaben dürften daher auch aus diesem Gesichtspunkt an dem konkreten Standort öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB entgegenstehen, da das Gebot der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs und damit einhergehend der Schutz der natürlichen Eigenart der Landschaft, ihres Erholungswertes und des Orts- und Landschaftsbildes sich auch ggü. privilegierten Vorhaben durchzusetzen vermag ... Auch an weniger markanten Landschaftsstandorten ließe sich eine solche Versorgung gewährleisten, selbst wenn diese Standorte weniger optimal sein sollten als der vorgesehene.“

Der BayVGH hob das Urteil am 29.11.2006 auf und die Nichtzulassungsbeschwerde wies das BVerwG zurück. Die Veränderungssperre war da aber ohnehin schon außer Kraft getreten und gar nicht mehr Prüfungsgegenstand. Entscheidungsgrund in den höheren Instanzen war: Die Gemeinde konnte keine frühzeitige objektive Begutachtung der Standorte nachweisen, hierauf ist folglich unbedingt zu achten.

H. Fazit

Oberstes Gebot ist, die Besorgnisse und Beschwerden der Bürger in Sachen Mobilfunk wirklich ernst zu nehmen und keinesfalls damit abzutun, da könne man eh nichts machen. In der Kommunalverwaltung sollte es einen Ansprechpartner für Mobilfunkfragen geben. Leitlinien, Konzept und schließlich – wenn die städtebaulichen Belange dafür gewichtig genug sind – auch planerische Maßnahmen für spezielle sensible Bereiche v.a. des Wohnens sind in sachverständige Hände zu geben. Ein Aufruf an die Bevölkerung, sich bei Akquisition der Betreiber vor Vertragsunterschrift erst an die Gemeinde zu wenden, ist überaus sinnvoll und effektiv, um in einen Dialog eintreten zu können, bevor „der Mast steht“. Durch solchen kompetenten Druck verbessert man die Aussicht auf eine ggf. auch einvernehmliche, jedenfalls möglichst umfeldverträgliche Standortfindung.

⁶⁸ Anmerkung: Die Kriterien dieser Ortsgebundenheit dürften m.E. auch für den Mobilfunk durch das BVerwG vorgegeben sein, die Versorgung muß mit dem konkreten Standort „stehen und fallen“; der BayVGH weicht dies auf und damit vom BVerwG ab, s. dazu *Verfasser*, Mobilfunkanlagen (Fn. 1), S. 47 f.