

# **Mobilfunkanlagen – Gerichtliche Entscheidungen aus kommunaler Sicht\***

*Rechtsanwalt Dr. Wolf R. Herkner, Lindlar/Wasserburg a. Inn*

## **Inhalt**

---

### **A. Einleitung**

### **B. Grundlagen**

- I. Öffentlicher Versorgungsauftrag
  1. BayVGH vom 18.3.2003
  2. OVG Münster vom 8.10.2003 und 6.5.2005
- II. Gefahrenabwehr und Risikovorsorge
  1. VGH Kassel
  2. BVerfG vom 17.2.1997, 28.2.2002 und 8.12.2004

### **C. Nachbarrechte**

### **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. Einvernehmen**

### **F. Bauleitplanung**

- I. BayVG München
  1. Urteil vom 22.4.2004
  2. Urteile vom 14.7.2005 und 19.1.2006
- II. BayVGH vom 17.12.2003

---

\* Aktualisierte, etwas gekürzte Fassung des die Meinungen des *Verf.* wiedergebenden Vortrags auf dem Seminar „Mobilfunk – Das können Kommunen tun!“ in Attendorn am 5.7.2006. Stand: 1.10.2008. Der Tagungsband des Veranstalters mit allen Beiträgen kann bezogen werden bei [umweltphysik@t-online.de](mailto:umweltphysik@t-online.de). Vom *Verf.* inzwischen in 3. Aufl. erschienen: „Mobilfunkanlagen. Rechte der Nachbarn und Kommunen“ (Rhombos-Verlag, Berlin 2008).

## A. Einleitung

Weit verbreitet ist die Annahme, den Mobilfunknetzbetreibern ggü. ohnmächtig zu sein und Bauanträge bzw. Ausnahmen und Befreiungen gleichsam abnicken, das gemeindliche Einvernehmen erteilen und sich jeder restriktiven Planungsbemühung wegen voraussehbarer Nichtigerklärung vor den Verwaltungsgerichten enthalten zu müssen. Von „einer „explosiven Mischung aus Angst, Zorn ... sowie Unkenntnis der technischen Zusammenhänge“<sup>1</sup> seitens der Bürger und „Hilflosigkeit“<sup>2</sup> der Kommunen ist, z.T. polemisch, die Rede. In der Tat vermittelt die ganz überwiegende Rechtsprechung zu der Thematik den Eindruck, jedes Tätigwerden sei sinnlos. Es verhält sich hier nicht anders als in den schon fast zahllosen Nachbarrechtssachen. Wie kaum in einem anderen Rechtsgebiet zeigt sich aber, daß einige wenige Entscheidungen ohne nähere Auseinandersetzung mit ihnen stereotyp als Präjudiz zitiert werden, wodurch sich eine „ständige Rechtsprechung“ bildet. Auch wenn der Tenor einer Entscheidung aus Sicht der betroffenen Anwohner und/oder Kommune negativ ausfällt, lohnt stets eine Lektüre der vollständigen Begründung, denn hier offenbaren sich oftmals einerseits Argumentationsschwächen und andererseits auch Fehler im Vorgehen der Mobilfunkgegnerschaft bzw. beklagten Bauaufsicht und planenden Kommune, damit Ansatzpunkte für ein künftig erfolgreicherer Vorgehen. Deshalb soll nachfolgend eine Handvoll sehr bedeutsamer gerichtlicher Entscheidungen einer Analyse unterzogen werden, um aufzuzeigen, daß doch Wege zu einer regulativen, möglichst umweltschonenden Standortfindung gangbar sind.

## B. Grundlagen

Voranzustellen sind also die beiden Hauptargumente der Betreiberseite: Es bestehe zum Allgemeinwohl ein öffentlicher Auftrag, eine flächendeckende Versorgung mit Mobilfunk zu gewährleisten (I) und die 26. BImSchV verhindere jedwede Maßnahme gegen solche Anlagen, wenn die Grenzwerte gewahrt sind (II).

### I. 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 erreicht<sup>3</sup>. Stellt man also auf die Verträge ab, vermögen diese schon deshalb keine

---

<sup>1</sup> *Martens/Appelbaum*, NZM 2002, 642 f.

<sup>2</sup> *Kukk*, BauR 2003, 1505.

<sup>3</sup> BT-Drs. 15/5415, S. 7.

Grundlage für eine weitergehende Ausbaupflicht zu liefern. Mit UMTS soll GSM nur „ergänzt“ werden<sup>4</sup>. 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 (und nicht besagte Sonderdienste) deren Geschäft ist<sup>5</sup>. 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 Staatspflicht<sup>6</sup>. 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 Nachfragen<sup>7</sup>. 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 überschätzt<sup>8</sup>. So scheint E-Plus einzulenken: Man will sich nun auf „Kerndienste mit etablierter Nachfrage“ konzentrieren<sup>9</sup>. Um eine Grundversorgung handelt es sich also offensichtlich nicht. Was auch zu beachten ist: Art. 87 f GG verbietet eine „Rosinenpickerei“<sup>10</sup>. Eine Pflicht zur flächendeckenden Versorgung mit besonderen Telekommunikationsdiensten wäre also geradezu „innovationshemmend“<sup>11</sup>. 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 18.3.2003<sup>12</sup>

„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 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 Auf-

<sup>4</sup> Wie vor.

<sup>5</sup> *Foggin*, Mobilfunk-Mythen und mobile Datenübertragung, in: Glotz/Bertschi/Locke (Hrsg.), Dau-  
menkultur. Das Mobiltelefon in der Gesellschaft, 2006, S. 297 (305).

<sup>6</sup> Vgl. BT-Drs. 12/7269, S. 5

<sup>7</sup> *Lerche*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 45. Liefg. Aug. 2005, Art. 87 f Rn. 77.

<sup>8</sup> Vgl. nur die UMTS-Umfrage in Attendorn v. Oktober 2005: [www.attendorn.de](http://www.attendorn.de) mit Nachweisen.

<sup>9</sup> Financial Times Deutschland v. 7.6.2006.

<sup>10</sup> *Lerche*, a.a.O., Rn. 76.

<sup>11</sup> *Lerche*, a.a.O., Rn. 76, 79; *Freund*, NVwZ 2003, 408 (410 f.).

<sup>12</sup> Az. 15 N 98.2262, BauR 2003, 1701 ff.

gaben übertragen sind<sup>13</sup>. 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 auf<sup>14</sup>. 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 Stimmen<sup>15</sup>. Mit weiteren Argumenten der VGH jew. am 9.8.2007 – 25 B 05.1339 – (kein „striker Stand-ortbezug“) und – 25 B 05.3055 – (keine der Rohstoffsicherungsklausel des BBergG vergleichbare Vorrangstellung)<sup>15a</sup>. Folgerichtig handelt es sich beim Mobilfunk wohl auch nicht um einen öffentlichen Belang i.S.v. § 1 Abs. 6 Nr. 8 d BauGB<sup>16</sup>.

## 2. OVG Münster vom 8.10.2003 und 6.5.2005

„Optimal“, wie betreiberseitig postuliert, müssen Mobilfunkstandorte nicht sein. Betreiberinteressen dürfen deshalb zwar nicht außer acht gelassen werden. Sie sind aber, weil rein, jedenfalls prädominant privatwirtschaftlich, im Konfliktfall eher durch andere, und zwar insbes. öffentliche Belange „überstimmbar“. Daß sich selbst aus Art. 87 f GG kein Anspruch ableiten ließe, ohne Berücksichtigung anderer, ebenfalls

<sup>13</sup> Vgl. *Gaentzsch*, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow, Berliner Kommentar zum BauGB, 3. Aufl. 2005, Losebl. Stand 6. Liefg., § 4 Rn. 3.

<sup>14</sup> BGBl. I S. 1190 ff.

<sup>15</sup> *Jäde*, in: Jäde/Dimberger/Weiß, BauGB/BauNVO, 5. Aufl. 2007, § 4 BauGB Rn. 3.

<sup>15a</sup> BauR 2008, 1108 (1113) bzw. BayVBl. 2008, 307 (310),

<sup>16</sup> 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.

bedeutsamer (oder gar bedeutsamerer) Belange an jedem mehr oder minder sinnvollen Ort eine Mobilfunkanlage errichten zu dürfen, „ist selbstverständlich“<sup>17</sup>.

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“<sup>18</sup>.

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<sup>19</sup>.

Anmerkung: Die Strategie der Betreiber geht aber regelmäßig gar nicht dahin, solche Funklöcher an i.d.R. entlegenen Orten zu stopfen, im Gegenteil strebt man eine *Inhouse*-Versorgung an, also die Ersetzung des Festnetzes. Daher muß man, auch wenn man dem OVG im Grunde folgt, im Einzelfall bei Nachweis fortbestehender Funklöcher einen öffentlichen Auftrag (sogar für GSM) ablehnen.

Siehe die Stellungnahme des Städte- und Gemeindebundes NRW v. 4.9.2006, abrufbar über die o.g. Internetseite (Fn. 8):

„In Anlehnung an die Rechtsprechung des OVG NRW [o.g. Beschluß v. 8.10.2003] gehen auch wir davon aus, daß ein möglicher Versorgungsauftrag jedenfalls nicht den Ausbau des UMTS-Netzes umfaßt ... Von einem Versorgungsauftrag kann danach allenfalls die Versorgung mit der Möglichkeit der Kommunikation durch Nutzung des Mobilfunks umfaßt sein. Die mit dem UMTS-System einhergehenden Möglichkeiten der schnelleren und umfangreicheren Datenübertragung gehen über die Bedürfnisse der schlichten Kommunikation weit hinaus und dürften damit vom Grundversorgungsauftrag nicht mehr erfaßt sein.“

Zu GSM will sich der Verband also nicht festlegen, diese Technik ist aber bei erlahmendem weiteren Ausbau ohnehin nicht (mehr) Streitgegenstand. Um einen „Universaldienst“ handelt es sich auch dabei nicht. Jedenfalls fehlt es für UMTS an einem Verfassungs- oder auch nur einfachen öffentlichen Auftrag.

<sup>17</sup> So OVG Münster v. 8.10.2003, BauR 2004, 649 (651) = NVwZ-RR 2004, 404.

<sup>18</sup> OVG Münster – 7 B 2752/04 – v. 6.5.2005, BauR 2005, 1425 (1428) = ZfBR 2005, 474 = NWVBl. 2006, 26.

<sup>19</sup> BauR 2004, 649 (653); vgl. OVG Koblenz v. 2.3.2001 – 11 A 11232/98.

## II. Gefahrenabwehr und Risikoversorge

Im Zentrum aller Debatten steht die Frage: Besteht auch unterhalb der in der 26. BImSchV festgelegten Grenzwerte eine „Gefahr“? Eine Gefahr wird seit dem Preußischen OVG so definiert, daß bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit, nicht notwendig Gewißheit, Schädigungen zu erwarten sind<sup>20</sup>. Unterhalb dieser Schwelle ist Vorsorge zu treffen, dies aber nur bei Verdachtsmomenten, wenn also ein Gefahrenpotential nicht auszuschließen ist. Ggü. der eigenwilligen Trias „wissenschaftlicher Hinweis – Verdacht – Nachweis“ der Strahlenschutzkommission (SSK)<sup>21</sup> verdienen die anerkannten juristischen Kategorien (an Intensität abnehmend) „Schaden – Gefahr – Anfangsverdacht/ Gefahrenverdacht“ den Vorzug.

### 1. VGH Kassel

Das Gericht hatte unter Maßgabe der DIN-VDE 0848, Teil 2 (1991), Vorgängerin der 26. BImSchV, noch einen Vorsorgefaktor angesetzt<sup>22</sup>. Dies wurde in einem Beschluß v. 29.7.1999 dann aufgegeben<sup>23</sup>.

### 2. BVerfG vom 17.2.1997, 28.2.2002, 8.12.2004 und 24.1.2007

Der o.g. Entscheidung des BVerfG v. 17.2.1997 folgten Nichtannahmebeschlüsse v. 28.2.2002<sup>24</sup>, 8.12.2004<sup>25</sup> und 24.1.2007<sup>25a</sup> 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 Schutz-

<sup>20</sup> Vgl. zum Gefahrenbegriff im Bau-, Polizei- und Ordnungsrecht mit Nachweisen statt aller *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 220.

<sup>21</sup> Vgl. Referat *Sommer*: „Kommunale Mobilfunkkonzepte: Handlungsspielräume und Umsetzungsmöglichkeiten“.

<sup>22</sup> Entscheidungen v. 30.12.1994, NVwZ 1995, 1010 und v. 17.8.1995, NVwZ 1997, 89.

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

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> NVwZ-RR 2005, 227 ff. = DWW 2005, 27.

<sup>25a</sup> BauR 2007, 1368 ff. = NVwZ 2007, 805.

maßnahmen 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 zurückbleiben<sup>26</sup>. 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 ...“

Anmerkungen: Das BVerfG hat nicht ausgesprochen, daß die Verordnung für hochfrequente Strahlung auch Aspekte der Vorsorge erfasse und/oder diesen keinen (weiteren) Raum gebe. Vorsorge dient nicht der Beseitigung eingetretener Schäden oder der Abwehr konkreter Gefahren, also dem Schutz vor nachweislich schädlichen Umwelteinwirkungen, sondern beugt dem Entstehen derselben generell vor<sup>27</sup>. Hinzunehmen wären nur „Restrisiken“<sup>28</sup>, also Ungewißheiten jenseits der Schwelle praktischer Vernunft, unentrinnbare sozialadäquate Lasten, die von allen Bürgern zu tragen sind<sup>29</sup>. Vorsorge ist dagegen zu treffen, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte eine Schadensmöglichkeit zu vermuten ist, ein Kausalitätsnachweis aber (noch) nicht geführt werden kann, also bei zumindest potentiellen, nicht voll nachweisbaren Risiken<sup>30</sup>, die einen „Anfangs- oder Gefahrenverdacht“<sup>31</sup> begründen. Ein solches „vorsorgebedürftiges Besorgnispotential“ hat auch der Mobilfunk<sup>32</sup>, vor allem, weil sich die Gesetz gewordenen Werte ausschließlich auf spontane Effekte der Erwärmung des Körpergewebes beziehen, nicht auch athermische, durch Langzeitexposition bedingte<sup>33</sup>. Darüber, daß einige meßbare physiologische Reaktionen auf elektromagnetische Wellen bereits nachgewiesen wurden, besteht ein „relativer Konsens“ und im übrigen, besonders Auswirkungen ohne Temperaturerhöhung betreffend, noch „keine Klarheit“<sup>34</sup>. Daher ist „kontinuierlich“ zu hinterfragen, ob das

<sup>26</sup> Vgl. u.a. BVerfG v. 14.1.1981, BVerfGE 56, 54 (81) = NJW 1981, 1655.

<sup>27</sup> BT-Drs. 7/1513, S. 2; BVerwG v. 17.2.1984, BVerwGE 69, 37 (42 f.).

<sup>28</sup> BayVGh v. 8.7.1997, NVwZ 1998, 419 (421); OVG Lüneburg v. 19.1.2001, BauR 2001, 1250 (1251); ferner BGH v. 15.3.2006 – VIII ZR 74/05 –, NJW-RR 2006, 879 (880).

<sup>29</sup> Vgl. BVerfG v. 8.8.1978, BVerfGE 49, 89 (143).

<sup>30</sup> „Risikovorsorge“ – vgl. BVerfG v. 8.8.1978, wie vor; KOM (2000) 1 endg., S. 15 mit Nachweisen.

<sup>31</sup> Vgl. BVerwG v. 19.12.1985, BVerwGE 72, 300 (315 f.); zum Mobilfunk (i.E. verneinend) BayVGh v. 8.7.1997, NVwZ 1998, 419 (420 f.) und VG Bremen v. 17.2. 2004 – 1 V 501/02.

<sup>32</sup> Köck, ZUR 2002, 349 (350); zust. VG Hamburg v. 1.7.2003 – 4 VG 4640/2002 (nicht rechtskr.).

<sup>33</sup> Vgl. OVG Lüneburg v. 19.1.2001 (Fn. 28); VGh Mannheim v. 2.3.2004, VBIBW 2004, 262; Kutscheidt, NJW 1997, 2481 (2483). Dazu v. Klitzing im Beitrag „Welchen Wert haben Grenzwerte beim Mobilfunk?“.

<sup>34</sup> Arbeitsbericht Nr. 82 des Büros für Technikfolgenabschätzung beim Deutschen Bundestag v. November 2002 – <http://www.tab.fzk.de>.

Immissionsschutzziel angesichts aktueller Erkenntnisse noch erreicht wird<sup>35</sup>. So wurde 2002 unter der Federführung des Bundesamts für Strahlenschutz (BfS) im Geschäftsbereich des Bundesumweltministeriums das „Deutsche Mobilfunk-Forschungsprogramm“ aufgelegt<sup>36</sup>, weil die u.a. von der Strahlenschutzkommission sog. „Hinweise“<sup>37</sup> auf biologische, teils auch pathologische Wirkungen bei ggü. den Grenzwerten vergleichsweise schwachen Strahlungsintensitäten, wie man reihum betont, „sehr ernst zu nehmen“ sind. Wenn aber Gesundheitsvorsorge geboten ist, darf sich diese nicht in weiterer Forschung erschöpfen. Deshalb wurde mit dem Salzburger Modell von 1998 ein Versuch zur Prophylaxe unternommen<sup>38</sup>. Im Ermächtigungsgesetz der 26. BImSchV ist das Vorsorgeprinzip von wesentlicher Bedeutung: §§ 22, 23 Abs. 1 BImSchG; vgl. allgemein § 1 Abs. 1 BImSchG („vorzubeugen“), durch den Vorsorge zum Gesetzeszweck wird<sup>39</sup>, und für genehmigungspflichtige Anlagen § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG; auch ist die Vorsorge ein Teilprinzip der Art. 20 a GG, 174 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 EGV. Die Verordnung selbst normiert „Zwecke der Vorsorge“ aber nur für Niederfrequenzanlagen, § 4. Damit enthält sie für den Mobilfunk – hochfrequente elektromagnetische Felder – keine solchen Anforderungen<sup>40</sup>. Der Einwand, daß die 26. BImSchV wegen Verstoßes gegen das verfassungsrechtliche Untermaßverbot, s. Art. 2 Abs. 2 und auch Art. 80 Abs. 1 GG, nichtig sei<sup>41</sup>, ist also durchaus beachtlich<sup>42</sup>.

### C. Nachbarrechte

Wichtig ist auch, daß die Kommune im Blick behält, welche Rechte die betroffenen Nachbarn einer Mobilfunkbasisstation geltend machen können. Hervorzuheben ist hier ein Beschluß des OVG Münster (10. Senat) vom 25.2.2003: Der Antrag eines Anwohners auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines gegen die Bau-

---

<sup>35</sup> BT-Drs. 15/5291, S. 21.

<sup>36</sup> Dazu BT-Drs. 15/4604.

<sup>37</sup> Am 4.7.2001 verabschiedete Empfehlung „Grenzwerte und Vorsorgemaßnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor elektromagnetischen Feldern“, S. 7, 11 ff.; vgl. auch BT-Drs. 14/7958, S. 6 ff.

<sup>38</sup> „Vorläufiger Beurteilungswert“ der zuständigen Landessanitätsdirektion (<http://www.salzburg.gv.at>) von 1 Milliwatt (mW) pro qm Leistungsflußdichte im Freien, als „freiwillige Vereinbarung“ auch in Kraft gesetzt; 2002 folgte die Empfehlung zur Absenkung, in Innenräumen auf nur 1 Mikrowatt (µW).

<sup>39</sup> Jarass, BImSchG, 7. Aufl. 2007, § 1 Rn. 7.

<sup>40</sup> BR-Drs. 393/96, S. 15, 22. Vgl. Stellungnahme des Wirtschaftsausschusses, BR-Drs. 393/1/96, S. 5, gegen die des federführenden Umweltausschusses, S. 3 f. Siehe auch BT-Drs. 14/7958, S. 18; BGH v. 13.2.2004, NJW 2004, 1317 (1318) = JZ 1080 m. Anm. Röthel = NVwZ 2004, 1019 = ZMR 2004, 415 m. Anm. Schläger = BauR 2005, 74.

<sup>41</sup> Kniep, ZMR 2003, 169 (173 f.).

<sup>42</sup> Herkner, BauR 2006, 1399 (1402).

genehmigung erhobenen Widerspruchs (§§ 80 a Abs. 1, 80 Abs. 5 VwGO) war vom VG abgelehnt worden; die dagegen gerichtete Beschwerde hatte zum Teil Erfolg<sup>43</sup>:

„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 Gemeinde<sup>44</sup> ... § 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...“<sup>45</sup>

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 berücksichtigen<sup>46</sup>. 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

<sup>43</sup> Az. 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).

<sup>44</sup> Vgl. BVerwG v. 3.12.1992, BVerwGE 91, 234 ff. = BRS 54 Nr. 126 = DÖV 1993, 620 = NVwZ 1993, 983.

<sup>45</sup> 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, 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.

<sup>46</sup> Vgl. BVerwG v. 9.10.1990, BRS 50 Nr. 58 = NVwZ 1991, 267.

Erscheinung gebietswidrig ‚laut‘ wie die Erzeugung von Geräuschen sein.<sup>47</sup>“

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. Der 7. Senat<sup>48</sup>:

„Dies bedeutet, wie der Senat klarstellend anmerkt, allerdings nicht, daß den Betreibern der Mobilfunknetze damit gleichsam ein Freibrief erteilt worden ist, die konkrete Konzeption und Ausgestaltung ihres Netzes, ... ausschließlich an einer Optimierung funktechnischer und betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte auszurichten. Dies gilt auch im Hinblick auf eine evtl. Koordination bei der Ausgestaltung mehrerer unabhängig voneinander betriebener Netze unterschiedlicher Betreiber, namentlich wenn bei einer unkoordinierten (isolierten) Ausgestaltung der jeweiligen Netze in bestimmten Bereichen die Gefahr besteht, daß diese gleichsam mit einem ‚Antennenwald‘ überzogen werden.“

Auch ohne solche Massierung kann eine Ausnahme ausscheiden. So der 10. Senat<sup>49</sup>:

„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 Gewerbenutzung verschiebt, kann der Gebietscharakter auch unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Grundentscheidung in § 14 Abs. 2 S. 2 BauNVO verändert werden<sup>50</sup> ... 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

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> Oben Fn. 18.

<sup>49</sup> Az. 10 B 2622/04, u.a. in BauR 2005, 1284 = NVwZ-RR 2005, 608 = ZfBR 2005, 478.

<sup>50</sup> 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.

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 Abwehranspruch<sup>51</sup>.

## **D. Bauaufsicht (Baugenehmigung, Ausnahme und Befreiung)**

Daß in allgemeinen (§ 4 BauNVO) und reinen Wohngebieten (§ 3 BauNVO) die nachbarrechtlichen Erfolgsaussichten vergleichsweise die besten sind, liegt auf der Hand. Gleichwohl haben sich auch hier schon Basisstationen etabliert, siehe nur OVG Münster (10. Senat) im o.g. Beschluß v. 6.5.2005. Dies verlangt nach einer gewissenhaften Prüfung kommunaler Planungsmöglichkeiten.

### **I. VG Frankfurt vom 3.3.2005 (zum allgemeinen Wohngebiet)**

Mit Urteil v. 3.3.2005 wies das VG Frankfurt die Klage eines Betreibers ab, mit der die Aufhebung des Ablehnungsbescheids in Gestalt des Widerspruchsbescheids und Verpflichtung zur Erteilung der beantragten Baugenehmigung (hilfsweise Aufhebung und Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts) und hilfsweise die Verpflichtung der beklagten Stadt H., die beantragte Befreiung für die Errichtung einer Mobilfunkstation auf der Liegenschaft J.-Straße zu erteilen<sup>52</sup>. 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. 9.7.1978<sup>53</sup>:

„Gründe des Wohls der Allgemeinheit erfordern eine Befreiung nicht erst dann, wenn den Belangen der Allgemeinheit auf keine andere Weise als durch die Befreiung entsprochen werden könnte, sondern nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift schon dann, wenn es zur Wahrnehmung des jeweiligen öffentlichen Interesses vernünftigerweise geboten ist, mit Hilfe der Befreiung das Vorhaben an der vorgesehenen Stelle zu verwirklichen. Der Begriff der Erfor-

<sup>51</sup> Urteil v. 25.4.2005 – 10 A 2861/04; Beschluß v. 25.2.2003 (Fn. 50); 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.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> Az. 4 C 54.75, NJW 1979, 939 f. Ferner VG Mainz, Urteil v. 20.7.2005 – 7 K 234/05.MZ.

derlichkeit ist damit weniger streng als vom Berufungsgericht angenommen: Die Befreiung muß nicht schlechterdings das einzig denkbare Mittel für die Verwirklichung des jeweiligen öffentlichen Interesses sein; dessen Erfüllung muß also nicht – anders ausgedrückt – mit der Erteilung der Befreiung stehen oder fallen. Auch dann, wenn andere – auch weniger naheliegende – Möglichkeiten zur Erfüllung des Interesses zur Verfügung stehen, kann eine Befreiung zur Wahrnehmung des öffentlichen Interesses in dem vorstehend erläuterten Sinne vernünftigerweise geboten sein. 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 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. 19.9.2002<sup>54</sup>.

In dem schon erwähnten, vom OVG Koblenz mit Urteil vom 7.8.2003 entschiedenen Fall hatte ein Betreiber auf Erteilung einer Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB geklagt<sup>55</sup>. 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. BlmschV ja den Schutz definiert, wirft dies ein denkbar schlechtes Licht auf die verweigerte Befreiung, dies 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.

<sup>54</sup> BVerwGE 117, 50 ff. = BauR 2003, 488 = JuS 2003, 929 m. Anm. *Selmer* = NVwZ 2003, 478 = UPR 2003, 146 = ZfBR 2003, 260.

<sup>55</sup> 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).

## E. Einvernehmen

Das Einvernehmen darf nur versagt werden aus Gründen derjenigen Vorschrift, nach welcher sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Anlage beurteilt (§ 36 Abs. 2 S. 1 BauGB). Nicht möglich soll also sein, sich auf vorsorgenden Gesundheitsschutz zu berufen<sup>56</sup>.

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 werden<sup>57</sup>. Für die Mitglieder einer kommunalen Vertretungskörperschaft gelten keine herabgesetzten Sorgfaltsanforderungen, aber eben auch keine erhöhten<sup>58</sup>.

## F. Bauleitplanung

Es wurde nun schon einiges zum für den Mobilfunk zentralen Komplex der Bauleitplanung<sup>59</sup> gesagt und vorgegeben.

Die Planungshoheit ist die von der Selbstverwaltungsgarantie erfaßte Befugnis, voraussehbare Entwicklungen längerfristig zu steuern, insbesondere für das eigene Gebiet die Bodennutzung festzulegen<sup>60</sup>.

Zwar ist beim Mobilfunk auch hier die Rechtsprechung äußerst restriktiv, wobei dies oft aber auch schlicht an Fehlern in der kommunalen Planung lag. Vor allem aber gilt doch: „Planung ist die Ersetzung des Zufalls durch den Irrtum. Dem Zufall sind wir aber schutzlos ausgeliefert, während wir als Planende immerhin die Möglichkeit haben, vom größeren zum kleineren Irrtum fortschreiten“<sup>61</sup>. Aus begangenen Irrtümern ist zu lernen, um diese künftig zu vermeiden. Die Bauleitplanung ist das er-

<sup>56</sup> Vgl. *Wagner*, Mobilfunkanlagen im Baurecht, Vortrag zum 423. Kurs des Instituts für Städtebau Berlin v. 1. -5.10.2001, zit. nach *Wahlfels*, NVwZ 2003, 656.

<sup>57</sup> Siehe nur *Palandt-Sprau*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 839 Rn. 53.

<sup>58</sup> BGH v. 14.6.1984, BauR 1984, 498 (499) = NVwZ 1986, 504 und v. 26.1.1989, BGHZ 106, 323 (330) = DVBl. 1989, 504.

<sup>59</sup> Instruktiv: *Krist*, BauR 2000, 1130 ff.; ferner *Busse*, BayGTz 2000, 209 ff.

<sup>60</sup> Vgl. BVerfG v. 7.10.1980, BVerfGE 56, 298 (310, 317 f.); BVerwG v. 16.12.1988, BVerwGE 81, 95 (106).

<sup>61</sup> Aus: *Nef*, Sprüche und Widersprüche zur Planung, Zürich 1975.

folgversprechendste Instrument zur Einflußnahme der Gemeinde auf Ansiedlungsbegehren der Mobilfunkbetreiber.

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“<sup>62</sup>. Auch den Mobilfunk kann die Gemeinde in geordnete Bahnen lenken.

Der Grundgedanke lautet: Standortzuweisung im Außenbereich, sensible (Innen-) Bereiche dagegen freihalten<sup>63</sup>. 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 erscheinen<sup>64</sup>.

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. In einer WEG-Sache (Unterlassungsanspruch nach § 15 WEG, § 1004 Abs. 1 BGB) so einprägsam wie richtungweisend ein Beschluß des BGH v. 30.3.2006<sup>65</sup>:

„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 führen“<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> Vgl. den Vortrag von *Hilleke/Linn*, „Kommunale Mobilfunkkonzepte am Beispiel der Stadt Attendorn“.

<sup>64</sup> BVerwG v. 17.12.2002, a.a.O. (Fn. 62).

<sup>65</sup> Az. V ZB 17/06, abgedruckt in NZM 2006, 465 f.

<sup>66</sup> Vgl. *Kniep*, WuM 2002, 598 (600); *Bobka*, RDM-Informationsdienst für Sachverständige 2003, 10 (16). Siehe auch OLG Karlsruhe, Urteil v. 12.7.2006 - 1 U 20/06 – zum Miteigentum.

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

## I. BayVG München

Die Bayerische Justiz hatte sich schon mehrfach mit Mobilfunkproblematiken, besonders der Wirksamkeit von Veränderungssperren zu befassen. Dazu wie folgt. Relevanz haben diese Entscheidungen, weil sie, v.a. mit dem BauGB, Bundesrecht zum Gegenstand haben, entsprechend bundesweit.

### 1. 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 aus<sup>67</sup>:

„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 sind<sup>68</sup>. 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).

---

<sup>67</sup> Az. M 11 K 03.2059.

<sup>68</sup> Vgl. BVerwG v. 21.12.1993, UPR 1994, 152.

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 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 Standortbezug 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.“

Die Entscheidung wurde zwar nicht rechtskräftig, doch verhielt sich das Berufungs-urteil des VGH vom 29.11.2006 nicht mehr zur Veränderungssperre, so daß es insoweit durchaus bei den zutr. Feststellungen des VG blieb.

## 2. Urteile vom 14.7.2005 und 19.1.2006

In zwei weiteren Urteilen v. 14.7.2005<sup>69</sup> und 19.1.2006<sup>70</sup> 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 nicht<sup>71</sup>. Der Kommune bleibt jedoch sehr wohl eine vorsorgende Mobilfunkplanung möglich, wie der BayVGH dann in der Berufung in seinen Urteilen vom 2.8.2007 klargestellt hat<sup>71a</sup>.

<sup>69</sup> Az. M 11 K 04.2923.

<sup>70</sup> Az. M 11 K 05.1236.

<sup>71</sup> Zur Kritik an diesen Entscheidungen siehe *Herkner*, BauR 2006, 1399 ff. Der Vorsorgeaspekt in der Bauleitplanung wird auch in der Literatur regelmäßig übersehen oder vernachlässigt, etwa von *Allgaier*, AuR 2006, 196 ff. und *Wehr*, BayVBl. 2006, 453 ff.

<sup>71a</sup> Dazu *Herkner*, BauR 2008, 624 ff. Zustimmend das OVG Münster mit Beschl. v. 26.9.2008 – 10 A 2599/07.

## II. BayVGH vom 17.12.2003

Vorrangig ist immer eher traditionell städtebaulich zu argumentieren, der vorsorgende Immissionsschutz tritt also nur hinzu.

Siehe etwa ein Urteil des BayVGH v. 17.12.2003<sup>72</sup>: 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 m<sup>3</sup> zulässig. Sie sind innerhalb der Baugrenzen im 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 worden<sup>73</sup>. 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 ...“<sup>74</sup>

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.

<sup>72</sup> BayVBl. 2004, 726 = UPR 2004, 392 = ZfBR 2004, 694.

<sup>73</sup> Allerdings ist § 14 Abs. 1 S. 3 BauNVO nach h.M. auf Abs. 2 – auch nicht entsprechend – anwendbar: *Stock*, in: *König/Roeser/Stock*, 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.

<sup>74</sup> Vgl. BVerwG v. 24.1.1995, NVwZ-RR 1995, 311 = DÖV 1995, 822 = NuR 1996, 31.

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“)<sup>75</sup> und das OVG Münster („laut“ und „erdrückende Wirkung“<sup>76</sup>; „Antennenwald“ und optische Dominanz<sup>77</sup>) 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. Zur „optischen Unruhe“ und „Fremdkörperwirkung“, deshalb „kompromißlos rein“ planbaren Wohngebieten s. auch BayVGH – 25. Senat – vom 9.8.2007<sup>77a</sup>.

Der VGH am 17.12.2003 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 mitzubestimmen“<sup>78</sup>. 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.“

---

<sup>75</sup> Beschluß v. 1.7.2003 – 4 VG 4640/2002 (nicht rechtskr.).

<sup>76</sup> 10. Senat, Beschluß v. 25.2.2003 (Fn. 50).

<sup>77</sup> 7. Senat, Beschluß v. 6.5.2005 (Fn. 18).

<sup>77a</sup> BayVBl. 2008, 307 ff. Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision wies das BVerwG am 28.4.2008 zurück – 4 B 16.08.

<sup>78</sup> Vgl. auch BVerwG v. 23.8.1991, NVwZ 1992, 475 f.