Rechtsanwälte

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

Rosenheimer Straße 2/1
83512 Wasserburg/Inn
www.kanzlei.de

Mobilfunkanlagen – Rechte der Nachbarn und Kommunen*

Thesenpapier zum Vortrag für den ISES e.V., Freiburg i. Brsg. am 25.3.2009

Von Dr. Wolf R. Herkner, Rechtsanwalt in Wasserburg a. Inn

A. Einleitung

Mobilfunkanlage: Einheit aus Mast, Antennen, Verkabelung und Technikschrank (vgl. Hess. Mobilfunkerlass v. 31.1.2003). Nicht „genehmigungsbedürftig" i.S.v. § 4 BImSchG i.V.m. 4. BImSchV. Es gelten vielmehr §§ 22, 23 BImSchG; aufgrund § 23 wurde von der Bundesregierung am 16.12.1996 die 26. BImSchV erlassen. Standortbescheinigung: BEMFV v. 20.8.2002. Gewerbliche Nutzung (u.a. OVG Lüneburg v. 6.12.2004, s.u.). Bauliche Anlage und Vorhaben i.S.d. § 29 BauGB; „gebäudegleiche Wirkung" i.S.d. jeweiligen Landesbauordnung (Abstandsflächenrecht) einzelfallabhängig.

Bei EMF-Immissionen stellt sich die zentrale Frage, ob Abwehr- und Planungsrechte auch bei Unterschreitung der Grenzwerte bestehen. Das „Risiko" Mobilfunk ist nicht „sozialadäquat": siehe unten BayVGH vom 2.8.2007 (Grundsatzentscheidung zur „Vorsorgepolitik" in der Bauleitplanung des Mobilfunks); Cour d'appel de Versailles (Berufungsgericht, Vorinstanz Nanterre) vom 4.2.2009, Az. 08/08775 (dort: Verpflichtung zur Demontage). Gefahren und Schäden sind also zwar (noch) nicht bewiesen (s. auch EGMR v. 3.7.2007, NVwZ 2008, 1215 m. abl. Anm. Budzinski, NVwZ 2009, 160 ff.; Beschl. des OVG Münster v. 9.1.2009 – 13 A 2023/08), aber doch längst keine bloße Hypothese mehr (entgegen Nichtannahmebeschluss des BVerfG v. 28.2.2002, NJW 2002, 1638 – ergangen zur Anspruchskonstellation „Bürger gegen Staat" auf Grenzwertverschärfung). Das sog. Deutsche Mobilfunk-Forschungsprogramm zeigte sich i.E. unsicher bei Daueremission von EMF (Juni 2008). Die Studien sind „beunruhigend" (VG Gießen vom 19.2.2009, s.u.) und liegt m.a.W. eine „begründete Besorgnis" vor (vgl. § 19b Abs. 2 S. 2 WHG). Ergo: „handgreifliche Anhaltspunkte" für unzureichenden Personenschutz jedenfalls bei langfristiger Exposition (vgl. Sellner/Reidt/Ohms, Immissionsschutzrecht, 3. Aufl. 2006, Rn. 1/163). Solchermaßen konkrete Anhaltspunkte begründen einen „hinreichenden Verdacht" (vgl. § 3 Abs. 4 S. 1 BBodSchG). Folge: „Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen" (§ 3 Abs. 1 BImSchG) und somit sogar eine Schutzpflicht auch zugunsten Dritter auslösen gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 und § 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG. Mindestens aber: Vorsorge (Beschränkung auf ein Mindestmaß „ALARA"); diese ist „Gesetzeszweck" (s. § 1 Abs. 1 BImSchG). Denn: Mängel der 26. BImSchV (im Hochfrequenzbereich ohne Vorsorgeaspekt, BGH vom 13.2.2004, NJW 2004, 1317; zudem keine Einbeziehung athermischer Effekte (VGH Mannheim vom 2.3.2004, NuR 2005, 37 – streitig; a.A. BGH a.a.O. mit Unterstellung, thermisch bedingte Reaktionen würden bei geringeren Feldstärken eintreten als *nachgewiesene* athermische). Zwar soll nach BVerwG die Vorsorge im Allgemeininteresse liegen und somit nicht

* Unter selbigem Titel erschienen ist das Buch des Verfassers beim Rhombos-Verlag Berlin, 3. Aufl. 2008, ISBN 978-3-938807-28-6.

gerade dem einzelnen betroffenen Anwohner dienen (h.M., s. nur Beschluss v. 9.4.2008 – 7 B 2/08; a.A. dagegen Huber, Koch, Kutscheidt, Rossnagel und Trute, sämtlich zit. nach Jarass, BImSchG, 7. Aufl. 2007, § 5 Rn. 121; Jarass selbst, Rn. 123: „rechtspolitisch unbefriedigend"). Nach h.M. sollen die Begrifflichkeiten des BImSchG, allen voran die „schädlichen Umwelteinwirkungen", jene im Baurecht „konkretisieren" (BVerwGE 52, 122, 126 = NJW 1978, 62). Beachtlich werden können und müssen Vorsorgeerwägungen daher zum einen bei der Rücksichtnahme (Nachbarrecht) und zum anderen v.a. in der Bauleitplanung, wo jeweils eine Interessenabwägung vorzunehmen ist.

B. Nachbarn

I. Innenbereich

Gebietserhaltungsanspruch: Generell nachbarschützend sind die Festsetzungen in B-Plänen über die Art der baulichen Nutzung, ohne dass es auf die Zumutbarkeit der plangebietswidrigen Nutzung für den Nachbarn ankäme (BVerwG vom 2.2.2000, Az. 4 B 87/99). Liegt das Vorhaben außerhalb des Plangebiets, greift der Anspruch nicht und kommt es somit auf die konkrete Beeinträchtigung an (BVerwG vom 9.4.2008, a.a.O.).

1. Allg. Wohngebiet

OVG Münster 10. Senat vom 25.2.2003, NVwZ-RR 2003, 639 ff.:

Störung i.S.d. § 4 Abs. 3 BauNVO bejahend: „gebietswidrig laut wie die Erzeugung von Geräu–schen".

2. Reines Wohngebiet

a) OVG Lüneburg v. 6.12.2004 (BauR 2005, 975 ff.)

U.a.: für eine „erdrückende Wirkung" müsse den Nachbargrundstücken „die Luft zum Atmen ge–nommen" sein; Qualifikation als Nebenanlage, § 14 Abs. 2 BauNVO.

b) OVG Münster 7. Senat vom 6.5.2005 (BauR 2005, 1425)

Erhobener Zeigefinger: Den Betreibern ist kein „Freibrief" zum Mastaufsetzen erteilt. Schlagwort des „Antennenwaldes".

c) OVG Münster 10. Senat vom 17.12.2008 in vier Urteilen, u.a. Az. 10 A 3001/07 (rechtswidrig erteilte Befreiungen):

> *Zwei Mobilfunkmasten mit den zugehörigen Funkanlagen auf dem Dach eines Gebäudes ha–ben in einem reinen Wohngebiet regelmäßig in Relation zu ihrer Umgebung ein beachtliches Gewicht und entfalten eine "Signalwirkung" im Hinblick auf den Gebietscharakter. Sie sind aufgrund ihrer Abmessungen und des gewählten Standorts typischerweise deutlich wahr–nehmbar und führen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung regelmäßig dazu, dass sie das Gebäude und die umliegenden Grundstücke im Sinne einer gewerblichen Überformung der umliegenden Wohnbebauung dominieren können. Eine solche städtebauliche Situation mit einer Mischnutzung von Wohnen und Gewerbe ist jedoch mit der planerischen Konzeption eines reinen Wohngebietes nicht zu vereinbaren.*

3. Mischgebiet

Bsp.: VGH Kassel vom 11.3.2009, Az. 3 A 1639/08.Z

II. Außenbereich

1. Standortbezug (§ 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB)

Vorhaben muss mit dem konkreten Standort „stehen und fallen“ (BVerwG v. 16.6.1994, BRS 56 Nr. 72 = BVerwGE 96, 95, 100); zu verneinen, wenn (Grund-) Versorgung bereits lückenlos und es allenfalls um „Optimierung“ geht und/oder ebenso geeignete (und schonendere) Alternativen verfügbar sind (vgl. VG Würzburg v. 30.4.2007 – W 5 K 06.1061). Obwohl sich beim Privileg die Weichen für die Gewichtung öffentlicher und nachbarlicher Belange stellen, soll die Frage dem OVG Lüneburg zufolge (Beschluss v. 14.1.2009, Az. 1LA 50/07) „im Rahmen des Nachbarstreits ohne Relevanz“ sein; ebenso VG Gießen, sogl. unter 2.

2. Rücksichtnahmegebot

Zumutbarkeitsschwelle für Anwohnerschaft kann schon deshalb nicht durch 26. BImSchV gezogen sein, weil diese ggü. ihrer Ermächtigungsgrundlage Defizite hat (s.o. Pkt. A und Kniep, ZMR 2003, 173 f.; abzul. OVG Saarland vom 17.10.2006, Az. 2 W 19/06 und – nicht rkr. – VG Gießen vom 19.2.2009, Az. 1 K 1040/08.GI).

C. Bauaufsicht

Gewissenhafte Einzelfallprüfung abzuverlangen (Art. 20 Abs. 3 GG – Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – und Untersuchungsgrundsatz, § 24 Abs. 1, 2 VwVfG). Zu Konzepten s.u. D III 2 a).

D. Bauleitplanung

Einen „öffentlichen Versorgungsauftrag“ für den Netzausbau gibt es nicht (kein Universaldienst i.S.d. TKG, folglich auch Art. 87 f GG nicht einschlägig: BayVGH vom 18.3.2003, BauR 2003, 1701). Aber auch aus einem solchen Auftrag würde kein Anspruch der Betreiber erwachsen, beliebig Masten zu setzen (7. Senat des OVG Münster v. 6.5.2005, s.o.; BayVGH v. 9.8.2007, Az. 25 B 05.1339, BauR 2008, 1109 ff.). Die Planungshoheit des Art. 28 Abs. 2 GG erlaubt, die Ansiedlung lenkend in den „Wildwuchs“ einzugreifen.

I. Innenbereich

1. Satzung

a)

Zwar ist auch der Erlass sog. örtlicher Bauvorschriften möglich, bspw. mit Höhenbegrenzungen, jedoch nur zur *Ortsgestaltung* (z.B. Art. 81 Abs. 1 Nr. 1 BayBO), nicht zum Immissionsschutz.

b)

Sanierungssatzung: Genehmigungserfordernis der Gemeinde (§ 144 Abs. 1 BauGB).

c)

VG Köln v. 9.10.2007, Az. 2 K 3789/06 (Dorfgebiet) zu einer *Erhaltungssatzung*: Die Genehmigung darf satzungsgemäß versagt werden, „wenn die städtebauliche Gestalt des Gebietes durch die bauliche Anlage beeinträchtigt wird (§ 172 Abs. 3 S. 2 BauGB)“. Dazu die Kammer, vom OVG sodann bestätigt:

Die Mobilfunkantenne der Klägerin ist in dieser Umgebung ein anachronistischer Fremdkörper, der durch seine schiere Größe und Höhe seine Umgebung „erschlägt".

2. Festsetzungen im B-Plan

Insbesondere: § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i.V.m. § 1 Abs. 6 Nr. 1, Abs. 9 BauNVO ggf. analog i.V.m. § 14 Abs. 2 BauNVO. Sicherungsmittel: §§ 14, 15 BauGB.

a) Vorsorge

BayVGH vom 2.8.2007, Az. 1 BV 05.2105 (BRS 71 Nr. 12) und 1 BV 06.464 (BRS 71 Nr. 11 = BauR 2008, 627 ff.), bestätigt vom BVerwG in Beschlüssen vom 28.2.2008. Leitsätze (nicht amtlich):

> *Die Gemeinde kann im Rahmen ihrer Planungsbefugnisse die Standorte für Mobilfunkanlagen mit dem Ziel festlegen, für besonders schutzbedürftige Teile ihres Gebietes einen über die Anforderungen der 26. BImSchV hinausgehenden Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch elektromagnetische Felder zu erreichen.*
> *Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass ein Standortkonzept für die Aufstellung von Mobil–funkanlagen, das eine möglichst geringe Belastung der Bevölkerung durch Mobilfunkim–missionen vor allem in Wohngebieten bei gleichzeitiger Sicherstellung einer möglichst effi–zienten, flächendeckenden Versorgung des Stadtgebiets mit Mobilfunkleistungen gewähr–leisten will, mit den Mitteln der Feinsteuerung [siehe § 1 Abs. 6-9 BauNVO] städtebaulich realisiert werden kann.*

OVG Münster, Beschluss vom 26.9.2008, Az. 10 A 2599/07:

> *Soweit dies nach § 1 Abs. 3 BauGB städtebaulich gerechtfertigt ist und die weiteren Anfor–derungen an eine Bauleitplanung beachtet werden, darf eine Gemeinde Bauleitplanung auch zum Zweck eines über die immissionsschutzrechtlichen Erheblichkeitsschwellen hinausgehen–den, vorbeugenden Gesundheits- und Umweltschutzes betreiben.*

Statthafte Zielsetzung also: „geringstmögliche" Immission; „Salzburger Milliwatt" von 1998 als Ori–entierungswert (Stufe unterhalb „Richtwert" etwa nach TA-Lärm); Ausweisung (aufgrund besonderer Einrichtungen) sensibler Gebiete; geeignete und verfügbare Alternativen versus „Negativplanung". Dazu eingehend: Herkner, BauR 2006, 1399 ff. und BauR 2008, 624 ff.; Budzinski, NuR 2008, 535 ff.

b) „optische Unruhe" und „gewerbliche Fremdkörper": BayVGH vom 9.8.2007, Az. 25 B 05.3055 (BRS 71 Nr. 76 = UPR 2008, 270 ff.), bestätigend BVerwG am 29.7.2008, Az. 4 B 11/08 (BauR 2009, 78 f.)

Wohngebiet „kompromisslos rein" durch Ausschluss der in § 3 Abs. 3 BauNVO vorgesehen Ausnah–men.

II. Außenbereich

Konzentrationsflächen (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) ggf. per sachlichem Teilflächennutzungsplan (§ 5 Abs. 2b BauGB). Erleichterte Versagung des Einvernehmens, § 36 BauGB.

III. Standortkonzept

1. Aufhänger im BauGB: § 1 Abs. 6 Nr. 11

2. Anwendungsfelder

a) Es ist möglich, sich bei § 31 Abs. 2 BauGB „ermessenskonkretisierend“ auf ein Konzept zu stützen, vgl. OVG Koblenz vom 7.8.2003 – 1 A 10196/03 – und OVG Münster vom 26.9.2008 (s.o.); anders wohl bei Ausnahmen nach Abs. 1 und Baugenehmigungen.

b) „Runder Tisch“

Einvernehmliche Standortlösungen sind durchaus möglich; die Kommune sollte dafür aber Leitlinien aufgestellt haben. Ein schlechtes Licht auf die „freiwillige Selbstverpflichtung“ von 2001 (Bundesregierung: „sinnvolles Politikinstrument“) wirft das VG Arnsberg im Urteil v. 8.4.2008 zum Az. 4 K 3873/06 (nicht rechtskr.): Eine Gemeinde handelt „objektiv nicht vernünftig“, wenn sie auf Verhandlungen mit den Betreibern vertraut.

c) Basis der Bauleitplanung

Städtebauliche Rechtfertigung nach § 1 Abs. 3 BauGB; Abwägung § 1 Abs. 7 BauGB.