

Bohl & Coll.

Rechtsanwälte

Informationsveranstaltung Mobilfunk

Gemeinde Geiselbach

am 22.03.2006

Referent:

Rechtsanwalt Jörg R. Naumann

Bohl & Coll.
Rechtsanwälte
Franz-Ludwig-Straße 9
97072 Würzburg
Telefon: 09 31 / 7 96 45-0
Telefax: 09 31 / 7 96 45-99
Internet: www.ra-bohl.de

Rechtsanwalt Jörg R. Naumann

Rechtliche Anforderungen an Mobilfunksendeanlagen aus Sicht der Gemeinden und der Anwohner*

Mobilfunksendeanlagen stoßen in der Bevölkerung immer wieder auf breite Ablehnung, weil mit Ihnen die Sorge vor Gesundheitsgefahren verbunden ist. Gleichzeitig hat sich die sog. „Handys“ innerhalb weniger Jahre zum festen Bestandteil der gesellschaftlichen Kommunikation entwickelt und werden von allen Teilen der Gesellschaft genutzt. Gemeinden stehen in der Aufgabe, diese widerstreitenden Interessen auszugleichen. Der nachfolgende Beitrag will die hierfür bestehenden Rahmenbedingungen skizzieren.

A. Behördliche Zulassungsverfahren

I. Standortbescheinigung nach Telekommunikationsrecht

Bis zum 07.04.2001 war nach § 6 Telekommunikationszulassungsverordnung¹ für die Errichtung und den Betrieb einer Mobilfunksendeanlage eine Standortbescheinigung erforderlich. Diese wurde auf Antrag des Mobilfunksendeanlagenbetreibers durch die örtlich zuständige Außenstelle der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) erteilt. Dieser Anlagenzulassung unterlagen jedoch nur Mobilfunksendeanlagen mit einer Sendeleistung von 10 Watt oder mehr. In der Standortbescheinigung wurden in erster Linie funktechnische Anforderungen geprüft. Eine unmittelbare Anwendung der 26. BImSchV war gesetzlich nicht geregelt. Es entsprach jedoch behördlicher Praxis, die Einhaltung der dort zum Schutz der Nachbarschaft geregelten Immissionsgrenzwerte nach § 2 der 26. BImSchV mit zu prüfen. In der Praxis bereitete dies keine Schwierigkeiten, weil Anforderungen an Mobilfunkanlagen bereits aus funktechnischer Sicht ausreichten, um in der Regel gleichzeitig auch die Einhaltung der Anforderungen der 26. BImSchV zu gewährleisten.

Mit Außerkrafttreten der Telekommunikationszulassungsverordnung fehlte in der Zeit vom 08.04.2001 bis zum 27.08.2002 ein gesetzlich geregeltes behördliches Zulassungsverfahren für Mobilfunksendeanlagen. In der Übergangszeit wurde insoweit auf die Amtsblattverfügung 306/97 des Bundesministeriums für Post und Telekommunikation zurückgegriffen. Diese galt fort, regelte aber nur technische Grenzwertanforderungen für ortsfeste Sendean-

* Der Verfasser ist als Rechtsanwalt in der Kanzlei *Bohl & Coll.* in Würzburg tätig (www.ra-bohl.de)

¹ BGBl. I, 2117

lagen aller Art. Die Rechtsprechung² hat klargestellt, daß es sich bei der Amtsblattverfügung 306/97 nur um eine allgemeine Verwaltungsvorschrift (ggf. im Sinne einer normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift) handelt, ihr also keine unmittelbare Rechtsverbindlichkeit zukommt. Das frühere Standortzulassungsverfahren wurde im übrigen von den Behörden in dem genannten Zeitraum ohne ausreichende förmliche Rechtsgrundlage faktisch fortgeführt. Dies geschah im Wesentlichen im Vorgriff auf die bereits in Vorbereitung befindliche neuen Rechtsgrundlagen.

Zum 28.08.2002 trat die Verordnung über das Nachweisverfahren zur Begrenzung elektromagnetischer Felder (BEMFV) in Kraft³, die die Standortbescheinigung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BEMFV als Anlagenzulassungsverfahren neu regelte. Die Entstehungsgeschichte⁴ der Verordnung macht klar, daß neben rein funktechnischen Fragen nunmehr die Standortbescheinigung zugleich auch der Prüfung der immissionsschutzrechtlichen Anforderungen aus dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes dienen soll. Die Standortbescheinigung wird auf Antrag des Mobilfunkbetreibers durch die örtlich zuständige Außenstelle der RegTP erteilt. Diese ist erforderlich für Mobilfunksendeanlagen mit einer äquivalenten isotropen Strahlungsleistung (EIRP) von 10 Watt und mehr.

§ 3 BEMFV stellt nunmehr als Genehmigungsvoraussetzung klar, daß

- die Grenzwerte⁵ der 26. BImSchV durch die Mobilfunksendeanlage einzuhalten sind und
- soweit das Immissionsschutzrecht keine Regelungen trifft im übrigen die Referenzwerte der Tabelle 2 des Anhangs III der Empfehlung 1999/519/EG des Rates vom 12.07.1999 einzuhalten sind.

Klarzustellen ist, daß die Standortbescheinigung nur die technischen und immissionsschutzrechtlichen Anforderungen an Standort und Betrieb der Anlage regelt. Dabei werden – dies ist besonders hervorzuheben – die Immissionen als Summe aller ortsfesten Funkanlagen beurteilt (§ 3 Satz 2 BEMFV) werden. Nicht Gegenstand des Genehmigungsverfahrens über die Standortbescheinigung ist jedoch die Frage, ob die Mobilfunksendeanlage baurechtlich zulässig ist. Aus diesem Grunde gewährt die Standortbescheinigung auch keine Baufreigabe.

² VG Köln, Urt. v. 05.05.2002 – 25 K 10571/98

³ BGBl. I, 3366

⁴ Die Begründung der MEMFV ist zu finden unter der URL: www.agz-ev.de/recht/gesetze/pdf/bemfv-begruendung.pdf

⁵ Die Grundlagen der Grenzwerte ergeben sich u.a. aus dem Informationsblatt des Bundesamtes für Strahlenschutz (BfS) unter dem Titel: „Strahlenthemen – Mobilfunk und Sendetürme“, einsehbar auf der Homepage des BfS unter der URL: www.bfs.de

II. Baugenehmigungspflicht

Im Freistaat Bayern bestehen aufgrund vergleichsweise präziser Regelungen kaum Zweifel an der bauordnungsrechtlichen Einordnung von Mobilfunksendeanlagen. Im Grundsatz gilt, daß Mobilfunksendeanlagen als bauliche Anlagen im Sinne des Art. 2 Abs. 1 BayBO grundsätzlich genehmigungspflichtig nach Art. 62 BayBO sind.

Praktisch besonders wichtig sind jedoch die Ausnahmen von der Genehmigungspflicht gemäß Art. 63 Abs. 1 Ziff. 4 lit. a BayBO. Dieser lautet:

*Keiner Genehmigung bedürfen die Errichtung und Änderung
[...]*

4. folgender Masten, Antennen und ähnlicher baulicher Anlagen:

- a) Antennen einschließlich der Masten bis zu einer Höhe von 10 m und zugehöriger Versorgungseinheiten mit einem Rauminhalt bis zu 10 m³ sowie, soweit sie auf oder an einer bestehenden baulichen Anlage errichtet werden, die damit verbundene Änderung der Nutzung oder äußeren Gestalt der Anlage,*
- b) [...]*

Danach besteht keine Baugenehmigungspflicht für Antennen mit einer Masthöhe bis 10 m gemessen am Sockelfuß⁶. Für die Berechnung der Masthöhe spielt die Höhe eines gegebenenfalls darunter liegenden Gebäudes somit keine Rolle⁷. Weiterhin wird ein Mobilfunksendemast auch nicht dadurch (als gewerbliche Anlage) genehmigungspflichtig, daß er auf einer nicht gewerblichen Anlage (z.B. einem Wohnhaus) errichtet wird. Gleiches gilt für die mit einer Errichtung eines Sendemastes ggf. einhergehenden Änderungen der äußeren Gestalt eines Gebäudes.

Vielfach wird jedoch übersehen, daß aus der Genehmigungsfreiheit nach Art. 63 Abs. 1 Ziff. 4 lit. a BayBO nicht abgeleitet werden kann, daß damit keine weiteren baurechtlichen Anforderungen für Mobilfunksendeanlagen bestünden. Art. 63 Abs. 6 BayBO stellt klar, daß auch ohne Baugenehmigungsverfahren sämtliche auf die Anlage anwendbaren materiellen Vorschriften vollständig einzuhalten sind. Dazu zählen u.a. auch der Schutz des Landschaftsbildes aus Naturschutzrecht und der Denkmalschutz⁸.

⁶ VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 27.07.1990 3 S 2655/89; in den meisten Bundesländern besteht für die Errichtung von Mobilfunksendeanlagen Genehmigungsfreiheit, soweit die Höhe von 10 Metern nicht überschritten wird; die landesrechtlichen Regelungen finden sich überblicksartig auf der Homepage des BMWI unter folgender URL: <http://www.bmwi.de/Redaktion/Mobilfunk/Redaktion/Recht/Anlagen/regelungen-der-landesbauordnungen,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

⁷ VGH Mannheim, Urt. v. 26.10.1998 – 8 S1848/98; Hoppenberg/Memmers/Martens, NVwZ 1997, 12,15

⁸ Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 29, Rn. 26; Kuchler, DVBl. 1989, 973 ff.

Umgekehrt ist jedoch klarzustellen, daß sich die Genehmigungspflichtigkeit von Mobilfunkantennen ergibt, die die Höhe von 10,0 m überschreiten.

III. Isolierte Abweichungen und Befreiungen

Soweit eine nach Art. 63 Abs. 1 Ziff. 4 lit. a BayBO genehmigungsfreie Mobilfunksendeanlage gegen baurechtliche Vorschriften verstößt, kommt im Einzelfall die isolierte Erteilung von Abweichungen und Befreiungen in Betracht. (vgl. Art. 70 BayBO, § 31 Abs. 2 BauGB). Diese sind stets unter Berücksichtigung der nachbarlichen Interessen zu prüfen und lösen damit ggf. auch Abwehransprüche für Nachbarn aus⁹. Gleiches gilt hinsichtlich des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 i.V. mit § 31 Abs. 2 BauGB).

B. Probleme des Zulassungsverfahrens

Umstritten ist, welche Bindungswirkung der Standortbescheinigung im Verhältnis zur Baugenehmigung bzw. einer isolierten Abweichung oder Befreiung zukommt. Soweit es um die Beurteilung der schädlichen Umwelteinwirkungen nach Maßgabe der 26. BImSchV geht, überschneiden sich die Standortbescheinigung und die Baugenehmigung inhaltlich.

In Parallele zum Verhältnis der Gaststättengenehmigung zur Baugenehmigung wird man eine Bindungswirkung in dem Sinne vertreten können, daß die tatsächliche und rechtliche Bewertung der früheren Genehmigung auch die spätere Genehmigung erfaßt (sog. Feststellungswirkung bzw. Tatbestandswirkung von Verwaltungsakten). Es wird insoweit aber auch die Gegenansicht vertreten, wonach die spätere Genehmigung die sich überschneidenden Sach- und Rechtsfragen nochmals eigenständig zu würdigen habe, es also zu einer unabhängigen Überprüfung komme¹⁰. Dies würde die Gefahr widersprechender Bewertungen implizieren. Die Rechtsfrage der Bindungswirkung ist aber nur von eingeschränkter Bedeutung, weil die Mehrzahl der Mobilfunksendeanlagen keiner eigenen Baugenehmigung bedürfen (s.o.).

Aufgrund der bislang fehlenden öffentlichen Akzeptanz der Mobilfunksendeanlagen wird es auch als Mangel empfunden, daß weder das Verfahren der Standortbescheinigung noch das Baugenehmigungsverfahren eine allgemeine Öffentlichkeitsbeteiligung zur öffentlichen Rechtfertigung des Vorhabens kennen. Es ist rechtlich durchaus bemerkenswert, daß eine flächendeckende Infrastruktureinrichtung wie die Mobilfunknetze trotz der in der Diskussion

⁹ Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, Kommentar, Art. 70, Rn. 35

stehenden Gefahren dieser Technik allein der privaten Planung und Initiative überlassen bleiben.

C. Abwehrrechte der Anwohner

I. Abwehrrechte aus Immissionsschutzrecht

Unstreitig vermitteln die Immissionsgrenzwerte nach § 2 der 26. BImSchV Nachbarschutz. Da die Werte – im Vergleich zu Regelungen z.B. in der Schweiz – sehr hoch sind, ist es bislang so gut wie keinem Anwohner gelungen, unter Berufung auf die Immissionsgrenzwerte der 26. BImSchV den Betrieb einer Mobilfunksendeanlage zu unterbinden.

Die Immissionsgrenzwerte der 26. BImSchV unterliegen unverändert heftiger Kritik insbesondere der zahlreichen Bürgerinitiativen, die sich gegen den Ausbau des Mobilfunknetzes gebildet haben. Hierzu ist in der gebotenen Kürze anzumerken:

Die geltenden Immissionsgrenzwerte der 26. BImSchV sind im Schwerpunkt an thermischen Wirkungen ausgerichtet. Diese sind teilweise erforscht und im Grundsatz unumstritten. Ob mit diesen – bei Einhaltung der technischen Mindestabstände sehr schwachen – thermischen Wirkungen gesundheitliche Langzeitgefahren verbunden sind, ist umstritten. Forschungen, die dieses in überwiegend anerkannter Form bestätigen, gibt es bislang nicht.

Ob es darüber hinaus auch athermische Wirkungen des Mobilfunkbetriebes gibt, ist umstritten. Dies gilt erst recht in Bezug auf die Frage, ob solche athermischen Wirkungen dann auch zu einer Gesundheitsgefährdung führen können. Jedenfalls hat sich die wissenschaftliche Diskussion um athermische Wirkungen des Mobilfunkbetriebs noch nicht in einer solchen Weise verdichtet, daß dies die Gültigkeit der 26. BImSchV in Frage stellen könnte.

Die aktuelle Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit¹¹ kommt deshalb zu dem eindeutigen Schluß, daß Mobilfunksendeanlagen, die den Immissionsschutzvorgaben der 26. BImSchV genügen, keine Gefährdung der Gesundheit für die Anwohner darstellen und

¹⁰ vgl. hierzu VGH München, Beschl. v. 13.03.2001 – 26 ZS 00.699

¹¹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.01.2001 – 1 O 2761/00, NVwZ 2001, 456; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluß vom 13.03.2003 – 7 B 1717/02 – (rechtskräftig); Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl., § 31, Rn. 85; vgl. auch BayVGh, Beschl. v. 31.01.2002 – 14 ZS 00.3418 – BauR 2002, 439 f., vgl. hierzu auch BVerfG, Beschl. v. 28.02.2002 – 1 BvR 1676/01; OVG Koblenz, Beschl. v. 20.08.2002 – 1 A 10382/01 -

deshalb nicht aus Gründen des Gesundheitsschutzes verhindert werden können. Soweit man aus der laufenden fachwissenschaftlichen Diskussion insbesondere um die athermischen Wirkungen der elektromagnetischen Strahlung eine Handlungspflicht des Staates im Sinne des Vorsorgegebotes ableiten will, vermittelt dies nach ständiger Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit keinen Nachbarschutz. Von daher ist die Frage, ob der Staat bereits ausreichend dem Vorsorgegebot nachgekommen ist, rechtlich von nur geringer Bedeutung.

Auch wurde zwischenzeitlich von den obersten Bundesgerichten die Auffassung vertreten, daß die in der 26.BimSchV geregelten Grenzwerte ausreichen, um den Schutz der Bevölkerung in ausreichendem Maß zu gewährleisten. Eine beim *Bundesverfassungsgericht* eingereichte Verfassungsbeschwerde¹² wurde nicht zur Entscheidung angenommen. Den das Gericht vertrat die Rechtsansicht, daß kein Anlaß bestehe, die bestehenden Grenzwerte zu verschärfen, da keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Schädlichkeit der Immissionen vorlägen. Auch der *Bundesgerichtshof*¹³ hat sich im Jahr 2004 in zwei Entscheidungen im Zusammenhang mit dem bestehenden Immissionsschutz ähnlich ablehnend geäußert.

II. Abwehrrechte aus Baurecht

Soweit eine Mobilfunksendeanlage besondere örtliche Gestaltungsanforderungen verletzt, folgt daraus in der Regel für die Anwohner keine Abwehrmöglichkeit, weil Gestaltungsanforderungen regelmäßig nicht drittschützend sind¹⁴.

Drittschutz vermitteln zwar grundsätzlich die Abstandsflächenvorschriften des Art. 6 BayBO¹⁵. Diese sind aber wegen Art. 6 Abs. 9 BayBO i.d.R. nicht zu beachten. Die bayerische Rechtsprechung geht von gebäudegleichen Wirkungen grundsätzlich erst ab einem Mastdurchmesser von 2 m aus¹⁶.

Soweit eine Mobilfunksendeanlage mit Festsetzungen eines Bebauungsplanes unvereinbar ist, kann sich im Einzelfall daraus eine Abwehrposition der übrigen Eigentümer im Plangebiet ergeben. Die Rechtsprechung hat den Gedanken der Gegenseitigkeit bei der Einhal-

¹² BVerfG, Beschluß vom 28.02.2002 - 1 BvR 1676/01

¹³ BGH, Urt. v. 13.02.2004 – V ZR 217/03 und V ZR 218/03; vgl. dazu später beim privaten Immissionsschutz

¹⁴ Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, Kommentar, Art. 91, Rn. 366

¹⁵ VGH München – 2 B 94.2682, BayVwBl. 1999, 246

¹⁶ vgl. hierzu VGH München, Beschl. v. 15.12.1992 – 14 CS 92.3208

tung der Festsetzungen eines Bebauungsplanes entwickelt, welcher ggf. auch für diese Fallkonstellation greifen könnte.

III. Abwehrrechte aus Zivilrecht

Für die Anwohner kommen grundsätzlich auch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche aus § 1004 BGB in Betracht. Diese können wegen § 906 Abs. 1 BGB jedoch bei richtiger Rechtsanwendung nicht weiter gehen als die öffentlich-rechtlichen Abwehransprüche¹⁷. Somit kann auch aus zivilrechtlicher Sicht mit dem Argument des Gesundheitsschutzes üblicherweise eine Mobilfunksendeanlage nicht verhindert werden¹⁸.

Dennoch hatten Anwohner auf dem Zivilrechtsweg vereinzelt gegen Mobilfunksendeanlagen Erfolg¹⁹. Dies beruht aber vor allem auf der Tatsache, daß manche Zivilgerichte eine gewisse „Abneigung“ gegenüber öffentlich-rechtlichen Bewertungen besitzen bzw. auch in immissionsschutzrechtlichen Bewertungen zu von Regelwerken abweichenden „individuellen“ Bewertungen neigen. Der *Bundesgerichtshof* hat zum Immissionsschutz auf Grundlage der 26. BImSchV wiederholt entsprechende Zivilklagen abgewiesen²⁰.

D. Abwehrrechte der Gemeinden

I. Abwehrrechte aus Immissionsschutzrecht

Das Immissionsschutzrecht, soweit dies dem Gesundheitsschutz dient, vermittelt für die Gemeinden grundsätzlich keine Rechtsposition. Die Gemeinden können den Gesundheitsschutz nicht für ihre Bürger geltend machen, da dies dem Grundsatz des streng subjektiven Rechtsschutzes (vgl. § 42 Abs. 2 VwGO und § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) mißachten würde.

¹⁷ vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.12.2001 – 14 U 208/01

¹⁸ LG München II, NJW-RR 1997, 465; BVerfG, NJW 1997, 2509 = NVwZ 1997, 990 L = UPR 1997, 186; s. auch: Noow, Abwehr- und Schadenersatzansprüche gegenüber Beeinträchtigungen durch Elektrosmog, 2000

¹⁹ AG Freiburg, Urt. v. 20.12.2000 – 4 C 717/00

²⁰ BGH, Urt. v. 13.02.2004 – V ZR 217/03 und V ZR 218/03

II. Abwehrrechte aus Bauordnungsrecht

Das Bauordnungsrecht im Allgemeinen verschafft den Gemeinden keine eigene Rechtsposition. Auch soweit die Gemeinden selbst Bauaufsichtsbehörden sind (z.B. kreisfreie Städte und große Kreisstädte), gehört der Vollzug des Bauordnungsrechts nur dem übertragenen Wirkungskreis an.

Ein Bezug zum Selbstverwaltungsrecht besteht jedoch im Geltungsbereich von örtlichen Gestaltungssatzungen nach Art. 91 BayBO. Soweit eine Mobilfunksendeanlage gegen Anforderungen einer örtlichen Gestaltungssatzung verstößt, kommt deshalb der betroffenen Gemeinde auch eine Abwehrposition zu.

Örtliche Gestaltungssatzungen bieten dabei Ansatzpunkte, auf Art und Standort von Mobilfunksendeanlagen Einfluß zu nehmen. So kann eine örtliche Gestaltungssatzung folgende Regelungen enthalten:

- Vorgaben für die Gestaltung des Ortsbildes und der Ortsgestaltung nach Art. 91 Abs. 1 Ziff. 1 BayBO.
- Vorgaben zum Schutz vor physikalischen Einwirkungen nach Art. 91 Abs. 1 Ziff. 5 i.V.m. Art. 14 BayBO.

III. Abwehrrechte aus Bauplanungsrecht

Auch wenn dies stets im Einzelfall festzustellen ist, handelt es sich bei Mobilfunksendeanlagen nach h. M. in aller Regel um bauliche Anlagen nach § 29 Abs. 1 BauGB²¹. Sie müssen daher die Anforderungen des Bauplanungsrechts einhalten. Dies ist für den Rechtsschutz der Gemeinden von besonderer Bedeutung, weil das Bauplanungsrecht dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 11 Abs. 2 BV unterfällt. Ein Verstoß gegen das Bauplanungsrecht führt deshalb in der Regel auch zu einer Rechtsverletzung der Gemeinden, die diese notfalls im Verwaltungsrechtsweg geltend machen kann.

Im Wesentlichen kommen folgende von einer Gemeinde selbst einklagbare Rechtsverstöße durch Mobilfunksendeanlagen in Betracht:

²¹ VG München, NVwZ 2001, 461; VGH Kassel, NVwZ 2000, 694/695; vgl. auch BVerwG, NVwZ 2000, 680

- **Verstoß gegen Festsetzungen eines Bebauungsplans**

Soweit in einem Bebauungsplan zulässig (dazu unten) Festsetzungen enthalten sind, die auf den Standort von Mobilfunksendeanlagen Einfluß nehmen, kann die Gemeinde auf die Einhaltung der Festsetzungen bestehen. Die Möglichkeit der Befreiung im Einzelfall nach § 31 Abs. 2 BauGB setzt das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 Abs. 1 BauGB voraus und steht zudem im behördlichen Ermessen. Im übrigen kommt eine Befreiung von den „Grundzügen“²² der Planung generell nicht in Betracht²³.

- **Verstoß gegen die Vorgaben der Baunutzungsverordnung**

Soweit die Baunutzungsverordnung anwendbar ist, d.h. im Geltungsbereich von Bebauungsplänen und im einheitlich bebauten unbeplanten Innenbereich (vgl. § 34 Abs. 2 BauGB), kann die Gemeinde auch hier die Einhaltung des Bauplanungsrechts verlangen. Bedeutsam sind insoweit vor allem die Gebietskategorien Reines Wohngebiet (§ 3 BauNVO) und Allgemeines Wohngebiet (§ 4 BauNVO). Als gewerbliche einzuordnende Anlage (so die h.M.) sind Mobilfunksendeanlagen in reinen Wohngebieten generell unzulässig und in allgemeinen Wohngebieten nach § 4 Abs. 3 BauGB ausnahmsweise zulässig. Über § 14 BauNVO als Nebenanlage ist die Zulässigkeit auch in diesen Gebieten nicht zu begründen, wenn man mit der Rechtsprechung davon ausgeht, daß die Mobilfunksendeanlagen als Teil eines weiträumigen Netzes nicht nur eine rein örtliche Versorgungsfunktion besitzen. Die Gemeinden haben aber über § 1 Abs. 5 BauNVO die Möglichkeit, in allen Gebietsarten weitere Einschränkungen festzusetzen.

- **Fehlende Standortrechtfertigung im Außenbereich**

Mobilfunksendeanlagen sind nach § 35 Abs. 1 Ziff. 3 BauGB als privilegierte Anlagen im Außenbereich grundsätzlich zulässig. Dieser Privilegierungstatbestand erfährt nach der Rechtsprechung jedoch dadurch eine Einschränkung, daß gleichwohl eine gesonderte Standortrechtfertigung zu erbringen ist²⁴. Der Mobilfunkbetreiber darf seine Anlagen also nicht willkürlich im Außenbereich plazieren, vielmehr muß er darlegen, daß dies einem relevanten Versorgungs- und Netzschlußbedürfnis entspringt. Nach einem aktuellen Beschluß des *Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes*²⁵ reicht jedoch bereits eine geringfügige Verbesserung der Telekommunikationsversorgung aus, um eine Privilegierung im Außenbereich zu begründen.

²² Zur Begrifflichkeit: vgl. BVerwG, ZfBR 2001, 131;

²³ Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 31, Rz. 29

²⁴ BVerwG, Urteil v. 16.06.1994 – 4 C 20.93 – DVwBl. 1994, 1141; VGH Mannheim, BauR 1998, 313

E. Einflußnahme der Gemeinden

Die Gemeinden können vielfältig auf die Standortentscheidungen von Mobilfunksendeanlagen Einfluß nehmen. Dies ist jedoch weitgehend unbekannt und wird praktisch von den Gemeinden auch nicht oder nur sehr zurückhaltend genutzt.

I. Gemeindliches Einvernehmen nach § 36 Abs. 1 BauGB

So besitzt die Gemeinde durch das Erfordernis des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 BauGB in folgenden konkreten Baugenehmigungsverfahren eine Mitwirkungsmöglichkeit:

- Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplanes nach § 31 Abs. 2 BauGB,
- Errichtung einer Mobilfunksendeanlage im unbeplanten Innenbereich nach § 34 BauGB oder
- Errichtung einer Mobilfunksendeanlage im Außenbereich nach § 35 BauGB.

Das gemeindliche Einvernehmen kann jedoch nicht willkürlich verweigert werden, sondern nur dann, wenn auch ein Verstoß gegen die maßgeblichen bauplanungsrechtlichen Vorschriften besteht. Von daher kann eine grundsätzlich rechtskonforme Mobilfunksendeanlage durch Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nicht verhindert werden. Die Gemeinde macht sich ggf. dem Betreiber gegenüber schadensersatzpflichtig²⁶.

II. Festsetzungen in Bebauungsplänen

Bislang von Gemeinden kaum genutztes Instrument zur Beeinflussung von Standortentscheidungen für Mobilfunksendeanlagen sind Festsetzungen in Bebauungsplänen. Von daher verwundert es nicht, daß es zu dieser Frage bislang auch kaum einschlägige Rechtsprechung gibt. Nach den allgemeinen bauplanungsrechtlichen Grundsätzen sind aber keine Gründe ersichtlich, die diese Handlungsmöglichkeit der Gemeinde in Zweifel ziehen könnten.

So darf eine Gemeinde aus das Motiv des „vorbeugenden Immissionsschutzes“ zur Rechtfertigung des konkreten Inhalts eines Bebauungsplanes heranziehen. Durch geschickte Bauleitplanung muß es zulässig sein, eine über die Immissionsgrenzwerte der

²⁵ BayVGH, Beschl. v. 13.02.2006 – 15 CS 3346/05

²⁶ BGH, BRS 35 Nr. 149; BauR 1992, 595

26. BImSchV hinausgehende Verminderung der Immissionsbelastung an elektromagnetischer Strahlung zu erreichen.

Grenze der bauplanerischen Gestaltungsfreiheit ist jedoch die Einhaltung der Ziele der Raumordnung und Landesplanung. So haben aufgrund des Landesentwicklungsprogramms Bayern die Kommunen das Ziel der „flächendeckenden Versorgung“ mit Mobilfunkdienstleistungen zu beachten.

Welche Festsetzungsmöglichkeiten für die Gemeinden durch Bebauungsplan konkret bestehen, ist umstritten bzw. noch rechtlich ungeklärt. Auf jeden Fall unzulässig ist eine reine „Negativplanung“ die sich in der Nichtzulassung von Mobilfunksendeanlagen erschöpft.²⁷ Städteplanung muß vielmehr immer ein positives planerisches Ziel enthalten.

Folgende Festsetzung in Bebauungsplänen können zumindest auf den Standort Mobilfunksendeanlagen Einfluß nehmen:

- Festsetzung von Versorgungsflächen (§ 9 Abs. 1 Ziff. 12 BauGB),
- Festsetzung zu Art und Maß der baulichen Nutzung (§ 9 Abs. 1 Ziff. 1 BauGB i.V. mit § 1 Abs. 5 BauNVO),
- Zulässigkeit von Nebenanlagen (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BauNVO) oder
- Höhenbegrenzungen (§ 16 Abs. 2 BauNVO).

Problematisch erscheinen jedoch immissionsschutzrechtliche Festsetzungen, die sich auf § 9 Abs. 1 Ziff. 24 BauGB stützen und mit dem Schutz vor Gesundheitsgefahren begründet werden. Im Hinblick auf die Bedeutung der 26. BImSchV zur Bestimmung der Schwelle zur Gesundheitsgefährdung dürften derartige Festsetzungen zur Zeit rechtlich zweifelhaft sein.

III. Kooperationsrechtliche Instrumente

1. Vereinbarung vom 09.07.2001 zwischen den kommunalen Spitzenverbänden und den Mobilfunknetzbetreibern

Um den drohenden Konflikt zwischen den Gemeinden einerseits und den Mobilfunkbetreibern andererseits zu entschärfen und zugleich Rechtsunsicherheiten zu überwinden, haben die Mobilfunknetzbetreiber sowie die kommunalen Spitzenverbände auf Bundesebene

²⁷ BVerwG, NVwZ 1991, 875

am 09.07.2001 eine Vereinbarung²⁸ getroffen. In dieser verpflichten sich die Mobilfunknetzbetreiber zur frühzeitigen Information über geplante Standorte für Mobilfunksendeanlagen, damit die Gemeinden Gelegenheit zur Prüfung und Entwicklung von Alternativstandorten erhalten. Soweit solche Alternativstandorte sich als geeignet erweisen, sollen diese dann vorrangig verwirklicht werden.

Dieser Vereinbarung kommt gegenüber den einzelnen Gemeinden jedoch keine rechtliche Verbindlichkeit zu. Erst recht können sie nicht die Rechte der betroffenen Anwohner beschränken.

2. Selbstverpflichtung vom 06.12.2001 der Mobilfunkbetreiber gegenüber der Bundesregierung

Ergänzend zur vorgenannten Vereinbarung vom 09.07.2001 haben die Mobilfunknetzbetreiber am 06.12.2001 gegenüber der Bundesregierung eine Selbstverpflichtungserklärung abgegeben mit folgenden wesentlichen Inhalten:

- Mitarbeit beim Aufbau einer Standortdatenbank durch die Behörden,
- frühzeitige Offenlegung der Netzplanungsabsichten,
- frühzeitige Information von Kommunen und Bürgern,
- gemeinsame Nutzung von Antennenstandorten sowie
- Vermeidung von Standorten an Schulen und Kindergärten.

Der Selbstverpflichtung kommt ebenfalls keinerlei rechtliche Verbindlichkeit zu. Sie erfolgte offenkundig aus dem Motiv, dem Staat keinen Anlaß für eine die Mobilfunkbetreiber einschränkende gesetzliche Regelung zu geben.

3. Mobilfunkpakt II Bayern vom 27.11.2002

Ergänzend und zugleich über die vorgenannten kooperationsrechtlichen Instrumenten hinaus wurde am 27.11.2002 zwischen den Mobilfunknetzbetreibern, den bayerischen kommunalen Spitzenverbänden und dem Bayer. Staatsministerium für Landesentwicklung und Umweltfragen im Rahmen des Umweltpaktes II der Mobilfunkpakt II²⁹ geschlossen. Dieser

²⁸ Die vollständige Textfassung der Vereinbarung ist zu finden unter der URL: www.dstgb.de (dort unter der Rubrik *Mobilfunk*)

²⁹ Im Internet zu finden unter folgender URL: <http://www.stmugv.bayern.de/de/elektrosmog/index.htm>

legt ein wesentlich stärkeres Gewicht auf die Förderung des flächendeckenden Ausbaus der Mobilfunksendeanlagen. Hierzu wird insbesondere vereinbart:

- Die Kommunen müssen auf eine Standortmitteilung eines Mobilfunknetzbetreibers innerhalb von 30 Tagen antworten, da ansonsten davon ausgegangen wird, daß mit dem Standortvorschlag des Mobilfunkbetreibers aus kommunaler Sicht Einverständnis besteht.
- Die Kommune darf nur bis zu drei Alternativstandorte vorschlagen.
- In Städten ab 50.000 Einwohnern wird ein „Runder Tisch“ eingerichtet.
- Kommunen sollen kommunale Liegenschaften für die Errichtung von Mobilfunksendeanlagen bereitstellen.

Auch dem Mobilfunkpakt II kommt selbstverständlich keine rechtliche Verbindlichkeit zu.