Dr. iur. Benjamin Wittwer

Lösungsmöglichkeiten für Antennenstandorte in Horw

Gutachten zuhanden der Gemeinde Horw, Baudepartement

Zürich, 16. November 2007

Benjamin Wittwer
Huttensteig 12
8006 Zürich

Telefon 043 535 88 69
Mobile 078 760 76 29
benjamin.wittwer@freesurf.ch

Zusammenfassung

Der Bund regelt den Immissionsschutz und die vorsorgliche Emissionsbegrenzung der Mobilfunk-Strahlung abschliessend. Weitere umweltrechtliche Regelungen seitens der Kantone oder Gemeinden sind unzulässig.

Innerhalb der Bauzonen sind Mobilfunkanlagen im Prinzip zonenkonform. Baurechtliche Vorschriften reichen in aller Regel nicht, Mobilfunkanlagen zu verbieten. Aus dem Natur- und Heimatschutzrecht kann sich immerhin eine Interessenabwägung ergeben. Den Bewilligungsbehörden sind bei der Beurteilung von Baugesuchen für Mobilfunkanlagen weitgehend die Hände gebunden. Der Gesuchsteller hat einen Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Im Ergebnis führt dies dazu, dass Mobilfunkanlagen im gesamten Siedlungsgebiet bewilligt werden, wenn nur die Grenzwerte der NISV eingehalten sind.

Das bedeutet aber nicht, dass die Gemeinde Horw keine Möglichkeit hätte, auf die Standorte von Mobilfunkanlagen Einfluss zu nehmen. Im Rahmen ihrer bau- und planungsrechtlichen Zuständigkeit ist sie grundsätzlich befugt, Bau- und Zonenvorschriften in Bezug auf Mobilfunkanlagen zu erlassen, soweit ein ortsplanerisches Interesse besteht. Kommunale Vorschriften beziehungsweise Planungen müssen den Interessen an einer guten Mobilfunkversorgung und an einem funktionierenden Wettbewerb zwischen den Mobilfunkanbietern Rechnung tragen.

Als Steuerungsinstrumente kommen grundsätzlich in Betracht:

- Negativplanung
- Positivplanung
- gesetzlich vorgeschriebene Standortevaluation
- Übereinkommen mit den Betreibern

Als besonders vorteilhaft erscheinen eine Negativplanung oder die Standortevaluation.

Inhalt

Zusammenfassung	1
Inhalt	3
Literatur, Gesetze	5
I. Ausgangslage	7
1. Mobilfunk-Initiative; Ausarbeitung Gegenvorschlag.....	7
a) Initiative zum Schutz von Mensch und Wohnraum vor Grossantennen	7
b) Ausarbeitung Gegenvorschlag zur Initiative.....	7
2. Auftrag und Fragestellung	7
3. Vorliegendes Gutachten: Leitlinien für mögliche Lösungen	8
II. Bewilligungsvoraussetzungen für Mobilfunkanlagen	9
1. Fernmelderechtliche Grundlagen	9
2. Umweltschutz	9
3. Natur- und Heimatschutz.....	9
4. Raumplanerische Vorgaben.....	10
a) Kompetenzaufteilung Bund und Kantone	10
b) Fehlende Planungspflicht?	11
c) Keine Zonenkonformität ausserhalb der Bauzonen	11
d) Zonenkonformität innerhalb der Bauzonen.....	13
5. Baurechtliche Voraussetzungen	14
III. Beurteilungsspielraum der Bewilligungsbehörden	15
1. Gegenwärtige Situation	15
2. Handlungsmöglichkeit für die Gemeinde Horw.....	16
IV. Planerischen Lösungen zur Standortsteuerung von Mobilfunkanlagen	17
1. Grundsätzliche Zulässigkeit und Instrumente	17
2. Bundesrechtliche Schranken.....	18
a) Vorrang des Umweltschutzrechts und des Fernmelderechts.....	18
b) Beachtung der Grundrechte.....	19

3.	Kantonalrechtliche Schranken an kommunale Vorschriften.....	20
	a) Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts	20
	b) Recht- und Zweckmässigkeitsprüfung durch den Regierungsrat	20
4.	Voraussetzungen an planerische Lösungen der Gemeinde Horw.....	22
	a) Gesetzliche Grundlage	22
	b) Ortsplanerisches, nicht umweltrechtliches Interesse	23
	c) Kein Verstoß gegen das Fernmelderecht und Umweltschutzrecht; Beachtung der Grundrechte und des Verhältnismässigkeitsprinzips	24
	d) Zweckmässigkeit der Planung	25
5.	Fazit.....	25
V.	Möglichkeiten der Gemeinde Horw zur Steuerung von Mobilfunkanlagen-Standorten	26
1.	Variante "Negativplanung"	26
	a) Ausgangslage	26
	b) Rechtlich zulässiger Rahmen nach Auffassung des Gutachters	26
	c) Vor- und Nachteile	28
	c) Gesellschaftliche Akzeptanz	28
2.	Variante "Positivplanung"	28
3.	Variante "Standortevaluation"	29
	a) Rechtliche Zulässigkeit	29
	b) Konkreter Lösungsvorschlag	29
	c) Vor- und Nachteile	29
	d) Gesellschaftliche Akzeptanz.....	30
4.	Variante "Übereinkommen"	30

Literatur, Gesetze

Literatur

BENJAMIN WITWER, Bewilligung von Mobilfunkanlagen, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Zürich 2006

Weitere:

MARCEL DÖNNI, Konflikte beim Vollzug der NISV im Bereich Mobilfunk: Rechtspraxis und Lösungsansätze für Gemeinden, Diplomarbeit am Institut für Verwaltungs-Management, Zürcher Hochschule Winterthur, 2006 (die Arbeit ist auf dem Internet publiziert: www.luft.zh.ch, Link Elektrosmog)

ALAIN GRIFFEL, Mobilfunkanlagen zwischen Versorgungsauftrag, Raumplanung und Umweltschutz, Umweltrecht in der Praxis (URP) 2003, S. 115 ff.

WALTER HALLER/PETER KARLEN, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Band I, 3. Auflage, Zürich 1999

PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Auflage, Bern 2002

ARNOLD MARTI, Urteilsanmerkung, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 2006, S. 202 ff.

BERNHARD WALDMANN, Der Schutz vor ideellen Immissionen in Wohngebieten – eine kritische Würdigung, Baurecht (BR) 2005, S. 156 ff.

URS WALKER, Die NISV und ihre Ausstrahlung, Schweizerische Baurechtstagung (BRT) 2007, S. 107 ff.

BENJAMIN WITWER, Schonung von Natur- und Heimatschutzobjekten bei der Bewilligung von Mobilfunkanlagen, Jusletter vom 6. März 2006

Gesetze

Erlasse Bund:

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1)

Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.100)

Verordnung über die Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.100.1)

Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451)

Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (Umweltschutzgesetz, USG; SR 841.01)

Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung vom 23. Dezember 1999 (NISV; SR 814.710)

Erlasse Kanton Luzern und Gemeinde Horw:

Planungs- und Baugesetz vom 7. März 1989 (PBG; SRL Nr. 735)

Planungs- und Bauverordnung vom 27. November 2001 (PBV, SRL Nr. 736)

Bau- und Zonenreglement der Gemeinde Horw vom 1. Dezember 1996, Ausgabe 11. September 2006 (BZR; Rechtssammlung Horw Nr. 600) sowie Zonenplan

I. Ausgangslage

1. Mobilfunk-Initiative; Ausarbeitung Gegenvorschlag

a) Initiative zum Schutz von Mensch und Wohnraum vor Grossantennen

Die Initiative vom 8. Juni 2006 verlangt eine Ergänzung des Bau- und Zonenreglements der Gemeinde Horw:

In Bauzonen dürfen Dachaufbauten und Anlagen die zulässige Firsthöhe nicht überschreiten. Auf Attikageschossen sind Dachaufbauten und Anlagen von höchstens 2 m Höhe zulässig. Davon ausgenommen sind technisch notwendige Bauteile. In Bauzonen, die keine Vorschriften über die Gebäude- oder Firsthöhe kennen, dürfen Anlagen die Höhe von 8.50 m, gemessen ab dem gewachsenen Terrain, nicht überschreiten.

Im Januar 2007 legte der Gemeinderat die verlangte Ergänzung öffentlich auf. Die drei grossen Mobilfunkbetreiber erhoben Einsprache.

Der Entscheid des Gemeinderates steht – nach erfolgloser Einspracheverhandlung vom 3. Mai 2007 – noch offen.

b) Ausarbeitung Gegenvorschlag zur Initiative

Im Auftrag des Einwohnerrats erarbeitet der Gemeinderat, Baudepartement, einen Gegenvorschlag zur Initiative.

Ziel des Gemeinderates ist eine konstruktive, für alle Seiten annehmbare Lösung. Die Mobilfunkbetreiber hatten Gelegenheit, ihre technischen und geografischen Anforderungen an Antennenstandorte in Horw einzureichen.

Geplant ist ein Meeting mit Vertretern der Mobilfunkbetreiber, kantonalen Dienststellen, der Gemeinde sowie den Herren lic. iur. Josef Wehrmüller, Rechtsanwalt, und Dr. iur. Benjamin Wittwer. Im Dezember 2007 sollen mit den Initianten Gespräche stattfinden.

2. Auftrag und Fragestellung

Vor diesem Hintergrund erteilte der Gemeinderat Horw, Baudepartement, folgenden Auftrag:

Lösungsmöglichkeiten für die Findung von Antennenstandorten für die Mobilkommunikation mit hoher gesellschaftlicher Akzeptanz unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Anforderungen der Mobilfunknetzbetreiber in Varianten aufzeigen.

Als Grundlage dienen auch die als *vertraulich* zu behandelnden Angaben der Mobilfunkbetreiber sowie die Analyse der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung von Herrn Rechtsanwalt lic. iur. Josef Wehrmüller.

Welche Lösungen realistisch sind, hängt stark von den rechtlichen Möglichkeiten der Gemeinden ab, überhaupt auf die Standortsteuerung von Mobilfunkanlagen Einfluss zu nehmen. Aus dem Auftrag ergeben sich folgende rechtliche Fragen, welche das Gutachten im Folgenden beantwortet (Allgemeines knapp, Spezifisches ausführlicher):

- *Welches sind die rechtlichen Voraussetzungen für die Bewilligung von Mobilfunkanlagen?*
- *Welcher Beurteilungsspielraum besteht bei der Behandlung von Baubewilligungsgesuchen von Mobilfunkanlagen für die Gemeinde Horw gegenwärtig?*
- *Wie und wieweit kann eine Gemeinde im Kanton Luzern rechtlich Einfluss auf die Standorte von Mobilfunkanlagen nehmen?*

3. Vorliegendes Gutachten: Leitlinien für mögliche Lösungen

Das Gutachten zeigt Varianten auf im Sinne von grundsätzlichen Lösungsmöglichkeiten, welche nach Auffassung des Gutachters rechtlich Bestand haben. Dabei handelt es sich um Leitlinien, welche als Grundlage für eine konkrete Lösung dienen können. Es ist darauf hinzuweisen, dass Erfahrungen auf diesem Gebiet kaum vorhanden sind und die Rechtsprechung erst grundsätzliche Möglichkeiten einer Standortplanung angetönt hat, jedoch nicht über eine konkrete Standortplanung auf ganzem Gemeindegebiet zu befinden hatte.

Die konkrete Festlegung von möglichen Sende-Standorten ist Sache der politischen Entscheidungsträger beziehungsweise im Rahmen der Verhandlungen auch der Mobilfunkbetreiber. Dabei kommen prinzipiell vier verschiedene Vorgehensweisen in Betracht:

- *Variante "Negativplanung"*
- *Variante "Positivplanung"*
- *Variante "Standortevaluation"*
- *Variante "Übereinkommen"*

II. Bewilligungsvoraussetzungen für Mobilfunkanlagen

1. Fernmelderechtliche Grundlagen

Das Post- und Fernmeldewesen ist Bundessache (Art. 92 Abs. 1 BV). Die Fernmeldegesetzgebung des Bundes sieht für die Erbringung von Mobilfunkdiensten einen regulierten Wettbewerb vor, basierend auf einem Konzessionssystem.

Die Mobilfunkanbieter sind konzessionsrechtlich verpflichtet, die Bevölkerung mit Mobilfunkdiensten zu versorgen. Insofern ist ein öffentliches Interesse an diesen Dienstleistungen gegeben. Die Konzession begründet jedoch keinen unmittelbaren Anspruch auf Bewilligungserteilung eines konkreten Baugesuchs.

2. Umweltschutz

Gestützt auf das USG hat der Bundesrat die NISV erlassen. Die NISV regelt für Mobilfunkanlagen *abschliessend*:

- den Immissionsschutz (Immissionsgrenzwerte, IGW)
- die vorsorgliche Emissionsbegrenzung (Anlagegrenzwerte, AGW).

Weitere umweltrechtliche Regelungen seitens der Kantone oder Gemeinden sind unzulässig, weil der Bund in diesem Bereich von seiner Kompetenz abschliessend Gebrauch gemacht hat (vgl. Art. 3 BV). Weder dürfen Kantone und Gemeinden strengere IGW oder AGW verlangen, noch dürfen sie weitere umweltrechtliche Massnahmen im Sinne der Vorsorge anordnen wie zum Beispiel die Prüfung von Alternativstandorten innerhalb der Bauzone oder die Abschaltung der Anlage während der Nacht.

Die Prüfung, ob die Strahlengrenzwerte eingehalten sind, erfolgt im Rahmen der baurechtlichen Bewilligung. Sind die Grenzwerte eingehalten und auch die übrigen baurechtlichen Voraussetzungen erfüllt, besteht ein *Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung*¹.

3. Natur- und Heimatschutz

Das NHG verpflichtet Bund und Kantone, bei der Erfüllung von Bundesaufgaben für die Schonung des heimatlichen Landschafts- und Ortsbilds, von geschichtlichen Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmälern

¹ Zum Ganzen WITTWER, S. 53 ff., mit Hinweisen.

zu sorgen. Die Erteilung von Baubewilligungen für Mobilfunkanlagen ist eine Bundesaufgabe, weil es bei der Versorgung mit Mobilfunkdiensten um eine vom Bund konzessionierte Aufgabe handelt².

Bei Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutz-Objekten von regionaler und lokaler Bedeutung, welche die Kantone bezeichnen, besteht mindestens das Schutzniveau des NHG: Eine Mobilfunkanlage kann nicht bewilligt werden, wenn die Interessen am Natur- und Heimatschutz gegenüber den öffentlichen und privaten Interessen an der Errichtung einer Mobilfunkanlage überwiegen. Es gelten der Grundsatz der ungeschmälernten Erhaltung und das Schonungsgebot. Ein noch besserer Schutz erhalten in Bundesinventaren aufgeführte Objekte von nationaler Bedeutung. Besondere Regeln gelten für den Biotopschutz und für Moorlandschaften. Den Bundesinventaren kommt die Bedeutung von Sachplänen des Bundes zu: Sie sind behördenverbindlich, eine eigentümerverbindliche Wirkung kommt ihnen aber nicht zu. Die gesamte Ufervegetation wird unmittelbar durch Art. 21 NHG geschützt³.

Die Kantone beziehungsweise Gemeinden können die Natur- und Heimatschutzmassnahmen mit der Nutzungsplanung umsetzen, indem sie für bestimmte Gebiete oder Objekte Schutzzonen erlassen oder andere raumplanerische Massnahmen vorsehen. Schutzzonen sind im Zonenplan parzellenscharf aufgezeichnet und enthalten grundeigentümerverbindliche Nutzungsvorschriften. Häufig handelt es sich um Bauverbotszonen oder Zonen, in denen nur mit besonderen Auflagen gebaut werden darf. Weitere Schutzmassnahmen sind Schutzinventare, Schutzverordnungen, Schutzvereinbarungen und Enteignung. Aufgrund dieser konkreten Schutzmassnahmen erhalten die Bewilligungsbehörden einen Spielraum bei der Beurteilung von Mobilfunkanlagen-Baugesuchen. Es läuft im konkreten Einzelfall häufig auf eine Interessenabwägung hinaus.

4. Raumplanerische Vorgaben

a) Kompetenzaufteilung Bund und Kantone

Die Raumplanung dient der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes (Art. 75 Abs. 1 BV). Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben müssen Bund und Kantone die Erfordernisse der Raumplanung berücksichtigen (Abs. 3). Der Bund hat lediglich die Grundsatzgesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der

² Vgl. BGE 131 II 545, Bronschhofen; BENJAMIN WITWERT, Schonung von Natur- und Heimatschutzobjekten bei der Bewilligung von Mobilfunkanlagen.

³ WITWERT, S. 110 ff.

zonenkonform. Solche Anlagen können deshalb ausserhalb der Bauzonen regelmässig nur bewilligt werden, wenn sie standortgebunden sind, was in der Regel nicht zutrifft. Zudem stehen ihnen meistens erhebliche Interessen wie zum Beispiel des Landschaftsschutzes entgegen. Ausnahmsweise können Mobilfunkanlagen auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen sein, wenn eine Deckungs- oder Kapazitätslücke aus funktechnischen Gründen mit einem oder mehreren Standorten innerhalb der Bauzonen nicht in genügender Weise beseitigt werden kann oder wenn es bei einem Standort innerhalb der Bauzonen zu einer nicht vertretbaren Störung der in anderen Funkzellen des Netzes verwendeten Frequenzen kommen würde. Nicht ausreichend sind dagegen wirtschaftliche Vorteile des gewählten Standortes oder zivilrechtliche Gründe für die Standortwahl wie zum Beispiel die Weigerung von Eigentümern, einer Mobilfunkanlage auf ihren Grundstücken innerhalb der Bauzonen zuzustimmen⁶.

Im seinem jüngsten Entscheid zu diesem Thema hat das Bundesgericht seine bisher sehr strenge Praxis etwas aufgeweicht und neue Richtlinien für die Bewilligungspraxis erteilt⁷:

Unter besonderen qualifizierten Umständen kann sich allerdings ein Standort ausserhalb der Bauzonen unter Beachtung aller massgebenden Interessen als derart vorteilhaft erweisen, dass er ausnahmsweise in weiteren als den vorne genannten Fällen als standortgebunden im Sinne von Art. 24 lit. a RPG anerkannt werden kann. Im Unterschied zu anderen Bauten und Anlagen (wie Strassen, Parkplätzen, Deponien, Materialgewinnungsanlagen, Sportanlagen usw.) können Mobilfunkantennen ausserhalb der Bauzonen angebracht werden, ohne dafür zwingend neues unüberbautes Nichtbauzonenland in Anspruch zu nehmen. Dies ist der Fall, soweit sie auf bestehende Bauten und Anlagen, wie hier dem bestehenden Antennenmast, montiert werden. Diesem Umstand ist bei der im Rahmen der Standortevaluation vorzunehmenden Interessenabwägung, in welche namentlich Standorte innerhalb aber auch solche ausserhalb der Bauzonen einzubeziehen sind, Rechnung zu tragen. Bei den Standorten ausserhalb der Bauzonen können nach dem Gesagten somit nicht mehr nur solche ausgewählt werden, die für eine angemessene Abdeckung für die Mobiltelefonie aus technischen Gründen unentbehrlich sind. Vielmehr können sich bei der genannten Abwägung auch Standorte ausserhalb der Bauzonen gegenüber solchen innerhalb der Bauzonen als wesentlich geeigneter erweisen, soweit sie auf bestehenden Bauten und Anlagen angebracht werden können. Eine entsprechende auf die speziellen Verhältnisse der Mobilfunktechnik

⁶ Vgl. WITTEW, S. 99 ff. mit kritischen Hinweisen zur strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

⁷ Urteil des Bundesgerichts vom 31. Oktober 2007 (1C.86/2007), Sool, E4, Urteil des Bundesgerichts vom 17. August 2007 (1P.68/2007), Günsberg, E. 4.3.3.

Raumplanung inne, das heisst er kann nur die Planungsziele festlegen und das Instrumentarium der Raumplanung (Nutzungsplanung und Richtplanung) in den Grundzügen bestimmen. *Den Kantonen verbleibt ein relativ grosser Spielraum für eigene Gesetzgebung.*

b) Fehlende Planungspflicht?

Mobilfunkanlagen sind nicht in einem Sachplan des Bundes oder in kantonalen *Richtplänen* – abgesehen von einigen Grundsätzen in wenigen Kantonen – enthalten, obschon der Aufbau der Netze erhebliche Auswirkungen auf den Raum hat und ein hoher Koordinationsbedarf besteht. Eine Planungspflicht (Richtplan und Nutzungsplan) besteht nach Auffassung des Bundesgerichts nicht, auch wenn es als "wünschbar" erachtet wird, die Bewilligungsgrundsätze und weitere Vorgaben, etwa zur Versorgungsqualität, in einem Sach- oder Richtplan zu verankern⁴. In der Literatur ist teilweise umstritten, ob nicht eine Planungspflicht besteht⁵.

Hinzuweisen ist auf das sogenannte Konsensualverfahren im Kanton Basel-Landschaft, welches auch im Kanton Solothurn angestrebt ist. Im Richtplan ist eine Koordinationspflicht für Mobilfunkanlagen auch innerhalb der Bauzonen aufgenommen worden. Der Kanton verpflichtet die Betreiber vorgängig zu einem Baugesuchsverfahren zu einem Dialog mit den Gemeinden (im Sinne der raumplanungsrechtlichen Koordinationspflicht). Im Kanton Luzern fehlen jedoch derartige Regelungen.

c) Keine Zonenkonformität ausserhalb der Bauzonen

Ein Bauvorhaben muss bewilligt werden, wenn es dem *Zweck der Nutzungszone* entspricht und das Land *erschlossen* ist – vorbehalten der *übrigen Bestimmungen* wie zum Beispiel kommunale Bauvorschriften oder die Grenzwerte der NISV (Art. 22 RPG).

Ausserhalb der Bauzonen sind Mobilfunkanlagen *nicht zonenkonform* und erfordern eine Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG. Ein Grundsatz des Raumplanungsrechts ist die Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet. Die Errichtung von Mobilfunkanlagen kommt grundsätzlich nur innerhalb der Bauzonen in Frage. So sind ausserhalb von Bauzonen geplante Mobilfunkanlagen, welche auf die Abdeckung von Grundstücken in den Bauzonen ausgerichtet sind, in der Regel nicht

⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 27. Oktober 2005 (1A.280/2004), E. 3.6, Baden, in ZBl 2006, 207 ff., mit Anmerkungen von ARNOLD MARTI; vgl. zur Problematik auch den Aufsatz von GRIFFEL.

⁵ Vgl. insbesondere den Aufsatz von GRIFFEL.

zugesschnittene Bejahung der Standortgebundenheit ist jedoch an die folgenden, streng zu beachtenden Bedingungen zu knüpfen:

Grundvoraussetzung einer solchen erweiterten Bejahung der Standortgebundenheit ist, dass die Mobilfunkanlage ausserhalb der Bauzonen keine erhebliche Zweckentfremdung von Nichtbauzonenland bewirkt und nicht störend in Erscheinung tritt. Ein positiver Ausgang der genannten Interessenabwägung reduziert sich somit wie erwähnt grundsätzlich auf Örtlichkeiten, an welchen sich bereits zonenkonforme oder zonenwidrige Bauten und Anlagen befinden. Auch wenn sich ein bereits baulich genutzter Standort im Rahmen der Standortabklärung als klarerweise besser geeignet erweist als ein Standort innerhalb der Bauzonen, so darf eine Ausnahmegewilligung für eine Mobilfunkantenne nur bewilligt werden, wenn als zusätzliche Voraussetzung gewährleistet ist, dass dem Vorhaben keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 24 lit. b RPG).

d) Zonenkonformität innerhalb der Bauzonen

Innerhalb der Bauzonen sind Mobilfunkanlagen im Prinzip *zonenkonform*⁸. Die Zonenkonformität von technischen Infrastrukturanlagen wird in aller Regel anerkannt, weil sie zur Sicherstellung der Versorgung mit Wasser und Energie, zur Beleuchtung des Strassenraums, zur Gewährleistung des öffentlichen Verkehrs und der Telekommunikation usw. als notwendiger Bestandteil von Siedlungen gelten. Mobilfunkanlagen sind technische Infrastrukturanlagen. Derartige kleinere Infrastrukturanlagen wie zum Beispiel auch Strassenbeleuchtungen oder kleinere Wasser- und Energieversorgungsanlagen sind im Unterschied zu grösseren Infrastrukturanlagen wie grosse Strassen oder ein Elektrizitätswerk jedenfalls ohne besondere Regelung in allen Bauzonen zonenkonform⁹. Mobilfunkanlagen sind innerhalb der Bauzonen jedenfalls zonenkonform, soweit sie hinsichtlich Standort und Ausgestaltung in einer unmittelbaren funktionellen Beziehung zum Ort stehen, an dem sie errichtet werden sollen, und im Wesentlichen Bauzonenland abdecken. Die Zonenkonformität einer Infrastrukturbauwerke kann unter Umständen auch bejaht werden, wenn sie der Ausstattung der Bauzone als Ganzem und nicht nur speziell dem in Frage stehenden Bauzonenteil dient¹⁰.

⁸ So auch das Luzerner Verwaltungsgericht in LGVE 2001 II Nr. 7, E. 3b.

⁹ WITTWER, S. 94.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 17. August 2007 (1P.68/2007), Günsberg, E. 4.3.1 und 4.3.2.

5. Baurechtliche Voraussetzungen

Baurechtliche Vorschriften setzen den Rahmen für konkrete Gestaltungsmöglichkeiten einer Mobilfunkanlage, können diese aber nicht grundsätzlich verbieten. In der Regel werden Mobilfunkanlagen innerhalb der Bauzonen auf bestehenden Bauten errichtet. Es handelt sich um technische Aufbauten, für welche nicht die Vorschriften betreffend Gebäude- und Firsthöhe gelten. Bei freistehenden Anlagen gelten die allgemeinen Abstandsvorschriften für Bauten nicht¹¹.

Mit baurechtlichen Vorschriften können die Gemeinden Mobilfunkanlagen nicht grundsätzlich verbieten (vgl. § 143 Abs. 2 PBG). Denkbar sind im Einzelfall Verbote zum Schutz von bedeutenden Orts- oder Landschaftsbildern oder örtlich eng begrenzte Vorschriften, welche im Ergebnis ein Mobilfunkanlagen-Verbot bewirken wie zum Beispiel die Einschränkung von Dachaufbauten auf Flachdächern¹².

Vorschriften über störende Betriebe ("Dienstleistungs- oder Gewerbebetriebe" im Sinne von § 45 Abs. 1 lit. b PBG) sind nicht anwendbar, da es sich bei Mobilfunkanlagen eben um keine Betriebe, sondern um Infrastrukturanlagen handelt.

Gestützt auf Ästhetik-Klauseln rechtfertigt sich in der Regel auch kein Bauabschlag für Mobilfunkanlagen. Das Aussehen solcher Anlagen kann zwar störend wirken, ist aber technisch bedingt. Immerhin sind Auflagen zum Farbton möglich und der Mast kann nicht beliebig hoch gebaut werden (abhängig von der Einordnung in die Umgebung und den funktechnischen Notwendigkeiten).

Eine interessante Möglichkeit eröffnet sich aus der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts¹³: Es erscheint als zulässig, baupolizeilich vorzuschreiben, die Erstellung von Mobilfunkanlagen setze auch innerhalb der Bauzonen eine Standortevaluation voraus.

¹¹ Urteil des Bundesgerichts vom 6. September 2006 (1A.57/2006), Root, E. 7.

¹² Urteil des Bundesgerichts vom 23. Mai 2006 (1A.190/2005 und 1P.432/2005), Mendrisio.

¹³ Urteil des Bundesgerichts vom 3. September 2007 (1C.94/2007), Wil, E. 4.2.

III. Beurteilungsspielraum der Bewilligungsbehörden

1. Gegenwärtige Situation

Ohne eine spezifische Nutzungsplanung über Standorte von Mobilfunkanlagen oder eine gesetzliche Grundlage, welche eine Standortevaluation ermöglicht (beziehungsweise entsprechende Vereinbarungen), gilt pointiert formuliert Folgendes:

Den Bewilligungsbehörden sind bei der Beurteilung von Baugesuchen für Mobilfunkanlagen weitgehend die Hände gebunden. Die Vollzugsbehörden dürfen ihre Wertungen nicht an die Stelle des Gesetzgebers setzen, wo sie keinen Spielraum haben. Bei Baubewilligungen handelt es sich um eine sogenannte Polizeierlaubnis, das heisst der Gesuchsteller hat einen *Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung*, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Bauvorschriften inklusive ästhetische Klauseln sind nur beschränkt tauglich, Einfluss auf die Standorte von Mobilfunkanlagen zu nehmen. Allenfalls können im Einzelfall Einschränkungen angeordnet werden wie etwa die maximale Höhe des Masts oder eine unauffällige Farbgebung; die Anlage kann jedoch nicht grundsätzlich verboten werden. Bei Projekten in Natur- und Heimatschutzobjekten können die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes im Sinne der konkreten Schutzmassnahmen in die Interessensabwägung einfließen und in einer einzelfallweisen Beurteilung ist zu entscheiden, ob oder in welchen Dimensionen eine Mobilfunkanlage zulässig ist.

Im Übrigen läuft es darauf hinaus, dass Baugesuche von Mobilfunkanlagen innerhalb der Bauzonen im Prinzip immer zu bewilligen sind, wenn nur die Grenzwerte der NISV eingehalten sind. Die Gesuchsteller müssen keinen Bedürfnisnachweis erbringen, keine Standortevaluation vornehmen beziehungsweise keine Alternativstandorte prüfen, sie müssen ihre Standorte nicht zusammenlegen etc. Für eine Zweckmässigkeitsprüfung, eine allgemeine Interessenabwägung oder Einwände des Gesundheitsschutzes besteht kein Raum. Einen direkten Einfluss auf Standorte von Mobilfunkanlagen hat die Gemeinde durch das (Nicht-)Zurverfügungstellen von Standorten in ihrem Eigentum wie zum Beispiel ein Werkhof oder das Gemeindehaus oder durch freiwillige Absprachen mit den Betreibern. § 48 PBV bietet keine Grundlage, ein Baugesuch wegen fehlender Standortoptimierung abzuweisen¹⁴. Bei Projekten ausserhalb der Bauzone nimmt die kantonale Behörde die

¹⁴ Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern, LGVE 2005 II Nr. 7, E. 6.

Interessenabwägung gemäss Art. 24 RPG vor: Eine RPG-24-Ausnahmebewilligung setzt Standortgebundenheit und das Fehlen überwiegender entgegenstehender Interessen voraus.

Diese Situation wird oft als unbefriedigend empfunden, was auch die oft grosse Zahl von Einsprechern und Beschwerdeführern gegen Mobilfunk-Baugesuche zeigt. Für eine Gemeinde kann daher das Bedürfnis entstehen nach einem besser koordinierten Aufbau der Mobilfunknetze beziehungsweise nach einer Planung auf ihrem Gebiet.

2. Handlungsmöglichkeit für die Gemeinde Horw

Mit dem gegenwärtig zur Verfügung stehenden Instrumentarium kann die Gemeinde Horw rechtlich kaum Einfluss nehmen auf die Standorte von Mobilfunkanlagen auf ihrem Gemeindegebiet. Konkrete Baubewilligungsgesuche für Mobilfunkanlagen müssen mit der geltenden Rechtsordnung in aller Regel bewilligt werden. Eine Verschärfung der kommunalen Bauvorschriften würde dies nur sehr beschränkt ändern können. Auch seitens des Kantons Luzerns ist zumindest in näherer Zukunft keine gesetzliche Lösung beziehungsweise Richtplanänderung in Sicht (wie etwa das Konsensualverfahren im Kanton Basel-Landschaft).

Das bedeutet aber nicht, dass die Gemeinde Horw keine Möglichkeit hätte, auf die Standorte von Mobilfunkanlagen Einfluss zu nehmen. Im Rahmen ihrer bau- und planungsrechtlichen Zuständigkeit ist sie grundsätzlich befugt, Bau- und Zonenvorschriften in Bezug auf Mobilfunkanlagen zu erlassen. Mit einer Verschärfung von Bauvorschriften kann allerdings nur sehr bedingt eine Verbesserung erzielt werden, wie dies auch ein neues Urteil des Bundesgerichts zeigt¹⁵. Der Weg führt über die Ausschöpfung der planerischen Möglichkeiten beziehungsweise über eine Vereinbarung mit den Mobilfunkbetreibern; in Frage kommt auch, eine Standortevaluation baupolizeilich vorzuschreiben.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts vom 3. September 2007 (1C.94/2007), Wil.

IV. Planerischen Lösungen zur Standortsteuerung von Mobilfunkanlagen

1. Grundsätzliche Zulässigkeit und Instrumente

Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 25. Oktober 2005 erstmals angedeutet, dass den Kantonen beziehungsweise Gemeinden ein gewisser Spielraum für planungsrechtliche Vorschriften über die Zulässigkeit von Mobilfunkanlagen besteht¹⁶. Die herrschende Literatur hat diesem Grundsatz zugestimmt und konkretere Aussagen darüber gemacht, unter welchen Voraussetzungen eine Standortsteuerung zulässig ist¹⁷; dies hat das Bundesgericht wiederum aufgenommen und weitere Leitplanken von planerischen Lösungen gesetzt. Das höchste Gericht hat anerkannt, dass der Bau von Mobilfunkanlagen mit raumplanungsrechtlichen Instrumenten insbesondere auch innerhalb der Bauzonen gesteuert werden kann. Voraussetzung für Planungsmassnahmen ist in jedem Fall eine gesetzliche Grundlage im kommunalen oder kantonalen Recht¹⁸. Im Rahmen ihrer bau- und planungsrechtlichen Zuständigkeit ist eine Gemeinde befugt, Bau- und Zonenvorschriften zu erlassen, sofern sie die bundesrechtlichen Schranken, die sich insbesondere aus dem Bundesumwelt- und -fernmelderecht ergeben, beachtet.

Mit planerischen Vorschriften können ganz verschiedene Planungsinteressen (vgl. Art. 1 bis 3 RPG) verfolgt werden. Soweit planungsrechtliche Vorschriften nicht umweltrechtlich, sondern ortsplannerisch motiviert sind, steht ihnen die abschliessende umweltrechtliche Regelung des Bundes nicht entgegen – selbst wenn solche Vorschriften im Ergebnis auch den Schutz Betroffener vor der Strahlung im Vergleich zur NISV verstärken¹⁹. Mit planerischen Massnahmen dürfen unerwünschte ideelle und wirtschaftliche Auswirkungen bekämpft werden. Kantonale und kommunale Vorschriften, welche in der Wohnzone einen Autooccasionsbetrieb verbieten oder nur ein Gewerbe zulassen, das dem täglichen Bedarf der Bewohner dient, sind beispielsweise zulässig²⁰. Damit wird der Charakter eines Wohngebiets

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 27. Oktober 2005 (1A.280/2004), Baden, E. 3.

¹⁷ MARTI, S. 207 ff.; WITTWER, S. 96 ff.

¹⁸ BGE 133 II 64, Zermatt; Urteil des Bundesgerichts vom 17. August 2007 (1P.68/2007), Günsberg; jeweils mit Hinweisen auf WITTWER, S. 96, und MARTI, S. 213.

¹⁹ WALKER, S. 132.

²⁰ BGE 117 Ib 147, Opfikon; BGE 118 Ib 595, Wallisellen.

gewahrt. Weiter ist es etwa zulässig, Betriebe des Sexgewerbes in Wohn- und Kernzonen mit hohem Wohnanteil mit dem Instrument der Nutzungsplanung generell auszuschliessen²¹. Während bezüglich störenden Betrieben diverse Regelungen bestehen, fehlt eine gesetzliche Grundlage zu (störenden) Anlagen.

Erweisen sich Steuerungsmöglichkeiten als im Grundsatz rechtlich möglich, so stellt sich die Frage nach den Instrumenten. Einzelne Kantone wie Basel-Landschaft, Graubünden und Solothurn haben den Umgang mit Mobilfunkanlagen in ihre Richtplanung einbezogen. Im Rahmen der Nutzungsplanung dürfen die Gemeinden gewisse Bedingungen für die Baubewilligung von Mobilfunkanlagen festlegen²². Eine Möglichkeit besteht sowohl für Kantone als auch Gemeinden, mit den Betreibern Vereinbarungen zu treffen.

2. Bundesrechtliche Schranken

a) Vorrang des Umweltschutzrechts und des Fernmelderechts

Das Bundesrecht geniesst gegenüber kantonalen (und kommunalen) Bestimmungen Vorrang (derogatorische Kraft des Bundesrechts, Art. 49 Abs. 1 BV). Im Zusammenhang mit der Bewilligung von Mobilfunkanlagen dürfen die kantonalen Normen neben den raumplanungsrechtlichen insbesondere den umweltrechtlichen und fernmelderechtlichen (Bundes-)Vorschriften nicht zuwiderlaufen. Für den Immissionsschutz und die vorsorgliche Emissionsbegrenzung gilt eine abschliessende bundesrechtliche Regelung und für kantonale Normen besteht kein Raum. Planerische Lösungen dürfen die Ziele der Fernmeldegesetzgebung nicht untergraben²³.

Die in der Fernmeldegesetzgebung konkretisierten öffentlichen Interessen dürfen nicht verletzt werden. Das heisst, kommunale Vorschriften müssen den Interessen an einer *guten Mobilfunkversorgung* und an einem *funktionierenden Wettbewerb* zwischen den Mobilfunkanbietern Rechnung tragen (vgl. Art. 1 FMG).

Werden die Zielsetzungen der Fernmeldegesetzgebung eingehalten, so sind ortsplanerische Bestimmungen, die anderen als umweltrechtlichen Interessen dienen, wie zum Beispiel der Wahrung des Charakters oder der Wohnqualität eines Quartiers, grundsätzlich möglich. In der Regel wird es

²¹ HALLER/KARLEN, N 549 ff., mit weiteren Beispielen.

²² WALKER, S. 132 f.

²³ WITTWER, S. 91 f.

sich dabei um Negativplanungen handeln, das heisst um Zonenvorschriften, die Mobilfunkanlagen in bestimmten Zonen grundsätzlich ausschliessen. Denkbar sind aber auch positive Planungen, die besondere Zonen für Mobilfunkanlagen ausweisen, sofern es sich um Standorte handelt, die sich besonders gut eignen und eine genügende Versorgung durch alle Mobilfunkanbieter ermöglichen. Der Konzentration von Standorten innerhalb des Siedlungsgebiets werden allerdings durch die Anlagegrenzwerte der NISV enge Grenzen gesetzt (vgl. Ziff. 62 Abs. 1 Anhang 1 NISV, wonach alle Mobilfunksendeantennen, die in einem engen räumlichen Zusammenhang stehen, als eine Anlage gelten und gemeinsam den Anlagegrenzwert einhalten müssen)²⁴.

b) Beachtung der Grundrechte

Kantonale und kommunale planerische Vorschriften finden ihre Schranken auch in den Grundrechten. Ein planerisches Verbot von Mobilfunkanlagen tangiert die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sowie die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 3 BV; geschützt sind Empfang und Verbreitung öffentlicher Informationen und die private Kommunikation)²⁵.

Grundrechtseinschränkungen sind gemäss Art. 36 BV zulässig, wenn

- eine gesetzliche Grundlage besteht
- die Beschränkung durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt ist
- die Beschränkung verhältnismässig ist.

Die Errichtung von Mobilfunkanlagen darf nicht beliebig beschränkt werden. Aus den Grundrechten ergibt sich die Notwendigkeit einer Interessenabwägung: Die Anliegen einer planerischen Lösung sind den auf der Informationsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit sowie der Fernmeldegesetzgebung beruhenden öffentlichen Interessen an einer ausreichenden Versorgung mit Mobilfunkdiensten gegenüberzustellen²⁶.

²⁴ BGE 133 II 64, Zermatt, E. 5.3; WITTWER, S. 97 f., MARTI, S. 213.

²⁵ Vgl. BGE 127 I 145, E. 4b.

²⁶ WITTWER, S. 92.

3. *Kantonalrechtliche Schranken an kommunale Vorschriften*

a) Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts

Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts. Die Gemeindeautonomie ist ein verfassungsmässiges Recht; den Gemeinden wird als Grundzellen des demokratischen Staates ein bestimmter, vor Eingriffen der staatlichen Behörden geschützter Bereich der Selbstgesetzgebung und Selbstverwaltung zugestanden. So wird explizit den Gemeinden im Kanton Luzern das Recht eingeräumt, "ihre Angelegenheiten" innerhalb der von Verfassung und Gesetz gezogenen Schranken zu besorgen²⁷. Ausgangspunkt für die Frage, ob und inwieweit eine Gemeinde Autonomie genießt, bildet das dem Gemeinderecht übergeordnete kantonale Recht. Es fragt sich daher, ob das kantonale Planungsrecht den Gemeinden Raum lässt für planerische Lösungen für Mobilfunkanlagen.

b) Recht- und Zweckmässigkeitsprüfung durch den Regierungsrat

Die luzernischen Gemeinden sind nach den §§ 34 bis 36 PBG befugt beziehungsweise verpflichtet, Zonenpläne und Bau- und Zonenreglemente zu erlassen. Sie sind – wie bei analogen Regelungen in anderen Kantonen²⁸ – auf dem Gebiet des Planungs- und Baurechts autonom, namentlich hinsichtlich der Unterteilung ihres Gebietes in Bau-, Landwirtschafts- und andere Zonen. Allerdings ist diese Autonomie durch die Genehmigungspflicht nach Bundesrecht (Art. 26 Abs. 1 RPG) und insbesondere durch die Überprüfungspflicht und die Änderungsbefugnis des Regierungsrates nach kantonalem Recht (§ 20 PBG) beschränkt. Wann eine Gemeinde durch einen Entscheid einer kantonalen Rechtsmittel- oder Genehmigungsinstanz in ihrer Autonomie verletzt ist, hängt vom Umfang der Prüfungsbefugnis der kantonalen Behörden ab. Dem Regierungsrat steht bei der Genehmigung die Kompetenz zu, die Ortsplanungen auf ihre Recht- und Zweckmässigkeit hin zu überprüfen.

Das Luzerner Verwaltungsgericht hat nähere Hinweise gegeben, was unter dieser Überprüfungsbefugnis zu verstehen ist²⁹:

²⁷ BGE 116 Ia 287 mit Hinweis auf § 87 Abs. 1 Satz 1 der Staatsverfassung des Kantons Luzern (KV); Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern vom 8. Mai 2007 (V 05 154), E. 1b.

²⁸ Vgl. BGE 114 Ia 372 E. 2b.

²⁹ Zuletzt Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern vom 8. Mai 2007 (V 05 154), E. 1b.

Angesichts der weit reichenden Prüfungsbefugnis des Regierungsrates kann sich eine Gemeinde nur dann mit Erfolg auf eine Verletzung ihrer Autonomie berufen, sofern sich die Nichtgenehmigung des Zonenplanes oder die Änderung des Bau- und Zonenreglements entweder als rechtswidrig erweist oder wichtige Gründe vorliegen, solches als unzweckmässig hinzustellen (§ 20 Abs. 3 PBG). Der Regierungsrat als Genehmigungsbehörde darf das Ermessen der Gemeinde nicht durch sein eigenes ersetzen³⁰. Vielmehr hat er es – in Übereinstimmung mit der Regel von Art. 2 Abs. 3 RPG – der kommunalen Planungsträgerin zu überlassen, unter mehreren recht- und zweckmässigen Lösungen zu wählen. Andererseits hat der Regierungsrat bei der Zweckmässigkeitskontrolle nicht erst einzuschreiten, wenn eine Lösung der Gemeinde ohne sachliche Gründe getroffen wurde oder unhaltbar ist. Der Regierungsrat hat vielmehr korrigierend einzugreifen, wenn sich der Beschluss der Planungsträgerin auf Grund der überkommunalen Rechtslage als unzweckmässig erweist oder wenn er – mit Blick auf Bundesrecht – den begleitenden Zielen und Grundsätzen der Raumplanung weder entspricht noch hinreichend Rechnung trägt³¹.

Planerische Vorkehren beziehungsweise Einschränkungen für Mobilfunkanlagen sind möglich, soweit der Planungsträger im Rahmen der Erfüllung und Abstimmung raumwirksamer Aufgaben Handlungsspielräume hat. Dies bedeutet, dass die Gemeinden basierend auf einer nachvollziehbaren raumplanerischen oder baupolizeilichen Argumentation grundsätzlich die Möglichkeit haben, auf die Standorte von Mobilfunkanlagen einen gewissen Einfluss zu nehmen, und zwar nicht zuletzt mit Hilfe sachgerechter und zweckmässiger Bau- und Nutzungsvorschriften.

Das Luzerner Verwaltungsgericht erinnert daran, dass die Gemeinden in jedem Fall gehalten sind, die bundesrechtlichen Schranken, insbesondere solche, die sich aus dem Bundesumwelt- und Fernmelderecht ergeben, zu beachten³²:

Eine Gemeinde, welche diese Einschränkungen übergeht, schießt mit einem zu weitgehenden Versuch, Antennenverbote zu verankern, über das Ziel einer sach- und zweckmässigen Raumplanung hinaus und verletzt zudem Bundesrecht. Wird die Gemeinde in einem solchen Fall von der kantonalen Genehmigungsbehörde in die Schranken verwiesen, liegt hierin evidenterweise keine Verletzung ihrer Autonomie. An dieser Stelle ist zu unterstreichen, dass

³⁰ HÄNNI, S. 218 mit Hinweisen.

³¹ BGE 116 Ia 226 f.

³² Zuletzt Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern vom 8. Mai 2007 (V 05 154), E. 3b.

dem Regierungsrat im Rahmen der Genehmigung von Zonenplänen und Bestimmungen in Bau- und Zonenreglementen eine weit reichende Prüfungsbefugnis zukommt. Daher können die Gemeinden im Kanton Luzern nur dann mit Erfolg eine Verletzung ihrer Autonomie geltend machen, wenn sich die Nichtgenehmigung bzw. Anpassung als rechtswidrig erweist oder wichtige Gründe vorliegen, die den regierungsrätlichen Eingriff in die kommunale Planung als unzweckmässig erscheinen lassen (§ 20 Abs. 3 PBG).

Damit anerkennt auch das Luzerner Verwaltungsgericht zu Recht, dass eine Luzerner Gemeinde unter Beachtung bestimmter Schranken *planerische Lösungen zur Standortsteuerung von Mobilfunkanlagen* vornehmen kann. Gleichzeitig weist es darauf hin, dass dem Regierungsrat bei der Genehmigung von Zonenplänen eine weit reichende Prüfungsbefugnis zukommt.

4. Voraussetzungen an planerische Lösungen der Gemeinde Horw

a) Gesetzliche Grundlage

Eine Standortsteuerung von Mobilfunkanlagen setzt als erstes eine gesetzliche Grundlage im kantonalen oder kommunalen Recht voraus. Im Kanton Luzern fehlen auf Stufe Kanton konkrete Vorschriften zu Mobilfunkanlagen in der Richtplanung oder im Raumplanungs- und Baurecht. Die Gemeinde Horw muss ihre eigene Regelung treffen. Ohne entsprechende gesetzliche Regelungen (beziehungsweise entsprechende Übereinkommen) kann im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens jedenfalls innerhalb der Bauzonen keine Standortsteuerung vorgenommen werden, weil diesfalls Mobilfunkanlagen innerhalb des gesamten Siedlungsgebiets grundsätzlich als zonenkonform zu betrachten sind.

Die Planung muss das ganze Gemeindegebiet (jedenfalls das Siedlungsgebiet) umfassen und nicht bloss ein Teilgebiet. Raumplanerische Massnahmen müssen in einem umfassenden Rahmen gestützt auf eine Gesamtschau aller erheblichen Probleme erarbeitet werden. Vorbehalten bleiben isolierte Schutzmassnahmen zu Gunsten bestimmter Schutzobjekte³³. Würden nur einzelne Teile von der Planung umfasst, wäre mit einer Nichtgenehmigung durch den Regierungsrat zu rechnen wegen Unzweckmässigkeit der Planung.

In der Bau- und Zonenordnung könnten bestehende Zonen bestimmt werden, in welchen Mobilfunkanlagen nicht oder nur für die lokale

³³ Vgl. dazu grundlegend Urteil des Bundesgerichts vom 17. August 2007 (1P.68/2007), Günsberg.

Versorgung erlaubt sind. Vorteilhafter erscheint – im Sinne einer Gesamtschau – die Schaffung von den allgemeinen Zonen überlagernden "Spezialzonen", in welchen Mobilfunkanlagen generell nicht zulässig sind (Negativplanung), oder Zuweisung der Standorte in bestimmte Gebiete und Standorte (Positivplanung). Es besteht auch die Möglichkeit, eine Abstufung nach der Funktion der Mobilfunkanlagen vorzunehmen, denn von Bedeutung ist auch, ob die Anlage der Versorgung eines grossräumigen Gebiets oder lediglich eines Quartiers dient. Analog zur Rechtslage von Anlagen ausserhalb der Bauzonen sollte wohl eine Ausnahmeregelung getroffen werden, wonach in Spezialzonen mit grundsätzlichem Mobilfunkanlagen-Verbot Mobilfunkanlagen ausnahmsweise zulässig sind, wenn diese aus funktechnischen Gründen standortgebunden sind und überwiegende Interessen vorhanden sind.

Statt die möglichen Standorte planerisch festzulegen, besteht die Möglichkeit, die Betreiber zusammen mit der Gemeinde zu einer Standortevaluation zu verpflichten³⁴.

b) Ortsplanerisches, nicht umweltrechtliches Interesse

Würde die Planung objektiv als Immissionsschutzmassnahme zu verstehen sein, wäre sie rechtswidrig, was die Nichtgenehmigung zur Folge hätte. Erforderlich ist ein ortsplannerisches Interesse: Mobilfunkanlagen dürfen aus ortsplannerischen Gründen, um den *Charakter eines Quartiers zu wahren*, in bestimmten Zonen nicht errichtet werden.

Die Errichtung einer Mobilfunkanlage ist geeignet, bei einem grossen Teil der Anwohner ein Gefühl des Unbehagens auszulösen und damit die Qualität der Wohngegend zu beeinträchtigen. Dies äussert sich auch dadurch, dass Liegenschaften und Wohnungen schwerer verkäuflich oder vermietbar werden können. Derart negative wirtschaftliche und psychologische Auswirkungen sind planerisch unerwünscht³⁵, auch wenn tatsächlich keine erwiesene gesundheitliche Gefährdung von der Anlage ausgeht. Die psychologischen Auswirkungen werden auch als ideelle Immissionen bezeichnet, welche grundsätzlich neben dem zivilrechtlichen Schutz von Art. 684 ZGB durch planungs- und baurechtliche Vorschriften eingeschränkt werden können³⁶.

Das ortsplannerische Interesse an einem Verbot beziehungsweise Einschränkungen von Mobilfunkanlagen ist unterschiedlich zu gewichten:

³⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 3. September 2007 (1C.94/2007), Wil, E. 4.2.

³⁵ MARTI, S. 213.

³⁶ Vgl. dazu den Aufsatz von WALDMANN, S. 156 ff.

Das Interesse ist etwa in reinen Wohnzonen wesentlich stärker als in Gewerbebezonen oder Industriezonen.

c) Kein Verstoss gegen das Fernmelderecht und Umweltschutzrecht; Beachtung der Grundrechte und des Verhältnismässigkeitsprinzips

Planerische Massnahmen dürfen nicht gegen das Fernmelderecht des Bundes verstossen, und es muss das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet werden. Mobilfunkanlagen gehören grundsätzlich in die Bauzonen. Dabei sind die Anliegen der Anwohner, das heisst die unerwünschten psychologischen Auswirkungen angemessen zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite muss eine *qualitativ gute und erschwingliche Versorgung mit Fernmeldediensten* möglich sein (vgl. Art. 1 FMG), wobei auch die Interessen an einem *funktionierenden Wettbewerb* zu berücksichtigen sind.

Die Mobilfunknetze entwickeln sich, insbesondere die sich im Aufbau befindenden UMTS-Netze. Sie sind dynamisch. Die Anbieter weisen zu Recht darauf hin, dass die Netzstruktur im Wandel ist, beeinflusst durch das Kundenverhalten und technische Entwicklungen. Dem muss bei der Planung von möglichen Standorten angemessen Rechnung getragen werden.

Grundsätzlich in Frage kommen planerische Massnahmen, welche Mobilfunkanlagen

- in bestimmten Zonen verbieten (Negativplanung) oder
- in bestimmte Zonen und Standorte zuweisen (Positivplanung).

Dies hat in einem Rahmen zu geschehen, dass der Netzaufbau ohne ernsthafte Schwierigkeiten auch ohne Inanspruchnahme der entsprechenden Flächen möglich ist. Eine allzu weite flächenmässige Ausdehnung wäre nicht verhältnismässig und würde mit dem Fernmelderecht des Bundes in Konflikt stehen, welches nicht durch kantonale und kommunale Bestimmungen untergraben werden darf. Eine Positivplanung im Sinne der Zulässigkeit von Mobilfunkanlagen lediglich an ausgewählten konkreten Standorten dürfte rechtlich unzulässig sein. Eine allzu enge Eingrenzung der möglichen Standorte ist nicht verhältnismässig und verletzt die fernmelderechtlichen Vorgaben³⁷.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die strengen Anlagegrenzwerte einem Zusammenlegen von Standorten innerhalb der Bauzonen oft entgegenstehen. Die Vorgaben aus dem Bundesumweltrecht sind auf jeden Fall einzuhalten.

³⁷ WITTWER, S. 98 f.

d) Zweckmässigkeit der Planung

Eine Standortsteuerung muss mit planerisch zweckmässigen Massnahmen erfolgen und in raumplanerischer Hinsicht zweckmässig sein. Wichtig dabei ist, eine *Gesamtschau* der ganzen Mobilfunk-Problematik und eine *Interessenabwägung* vorzunehmen. Es kann unter diesem Gesichtspunkt für die Gemeinde Horw angezeigt sein, auch kantonale Natur- und Heimatschutzfachstellen einzubeziehen. Die Planung von Mobilfunkanlagen ist mit zahlreichen technischen Fragestellungen verbunden, denen in spezifischer Weise Rechnung zu tragen ist. Ein Einbezug der Mobilfunkanbieter – wie das die Gemeinde Horw vorsieht – ist deshalb wichtig. Eine Planung erscheint insbesondere dann zweckmässig, wenn sie einen Beitrag zur Optimierung der Standorte, und zwar aus der Sicht aller Beteiligten und Interessen, leisten kann.

5. Fazit

Wie weit eine Gemeinde Einfluss auf mögliche Standorte von Mobilfunkanlagen nehmen darf, ist im Einzelfall zu beurteilen, weil Topographie, Grösse, Siedlungsdichte, verschiedene Zonen und Quartiere, bauliche Entwicklungsgebiete, verschiedene Schutzobjekte, bestehende Mobilfunkversorgung, aber auch Bedürfnisse der Bevölkerung beziehungsweise Marktsituationen sehr unterschiedlich sein können. Auf Vergleiche mit anderen – auch ausserkantonalen – Gemeinden kann nicht abgestellt werden, weil entsprechende Planungen kaum vorgenommen wurden. Horw nimmt in einem gewissen Grad eine Pionierrolle ein.

Es ist eine Lösung anzustreben, welche die rechtlichen Anforderungen an die oben beschriebenen Möglichkeiten nicht überdehnt. Entscheidend wird dabei sein, ob die Ziele der Fernmeldegesetzgebung beziehungsweise die Interessen der Anbieter, eine zuverlässige Versorgung mit Mobilfunkdiensten heute und in Zukunft, genügend einbezogen werden.

V. Möglichkeiten der Gemeinde Horw zur Steuerung von Mobilfunkanlagen-Standorten

1. Variante "Negativplanung"

a) Ausgangslage

Die Gemeinde Horw zeichnet sich aus durch ein grosses Zentrum mit mannigfaltiger Nutzung: eher dichtes Wohnen, öffentliche Zwecke, Gewerbe und Industrie. Besonders attraktive Wohngebiete wie Kastanienbaum befinden sich in der Nähe des Sees. Für die Versorgung mit Mobilfunkdiensten kann folgende Grobeinteilung des Siedlungsgebiets in Horw ("Teilgebiete") vorgenommen werden:

- Zentrum und unmittelbar anschliessendes Siedlungsgebiet
- Breiten/Hinterrüte
- Kastanienbaum
- St. Niklausen und nördliches Siedlungsgebiet am See
- Felmis

Die Betreiber haben zum Teil konkrete Angaben gemacht, in welchen Gebieten von Horw die Planung eine bessere Mobilfunkversorgung verlangt. Diese Angaben sind als vertraulich zu behandeln, da es sich um Geschäftsgeheimnisse handelt. Für eine konkrete Lösung sind die Angaben als Grundlage zu berücksichtigen.

Die konkrete Festlegung der Planung ist eine politische Aufgabe.

b) Rechtlich zulässiger Rahmen nach Auffassung des Gutachters

Vorausgesetzt wird eine *Gesamtschau*, und das gesamte Gemeindegebiet beziehungsweise Siedlungsgebiet muss planerisch erfasst werden:

Für die von der Negativplanung erfassten Gebiete muss ein besonderes ortsplanerisches Interesse bestehen, um sie frei von Mobilfunkanlagen zu halten. In der Industriezone oder in der Zone für Sport- und Freizeitanlagen ist ein solches Interesse kaum gegeben. In der Gewerbe- und Wohnzone, der Wohn- und Geschäftszone und der Zone für öffentliche Zwecke dürfte das ortsplanerische Interesse in der Regel geringer sein als in reinen Wohnzonen, den Landhauszonen, der Kernzone und der Kurzzone. Es geht darum, den Charakter eines Quartiers zu wahren. Rechnung zu tragen ist auch den Anliegen des Natur- und Heimatschutzes. Es ein legitimes Interesse, etwa eine schöne, kaum mit störenden Infrastrukturanlagen belastete Landhauszone oder Schutzzonen von

Mobilfunkanlagen frei zu halten. Eine Negativplanung kommt in erster Linie für solche Quartiere beziehungsweise Zonen in Frage.

Die bundesrechtlichen Schranken sind relativ hoch. Die Planung muss auch zukünftigen Entwicklungen Rechnung tragen können, weshalb flächenmässig keine allzu grossen Einschränkungen möglich sind. Die Betreiber weisen zu Recht darauf hin, dass es für die Planung von einzelnen Standorten eine Flexibilität braucht, um ein optimales Ergebnis des Netzaufbaus erzielen zu können. Ein Standort kann nicht isoliert betrachtet werden, er muss in die Gesamtnetzplanung eingebunden werden.

In quantitativer Hinsicht ist es – mangels Rechtsprechung und weil die Ausgangslage sehr verschieden sein kann – schwierig eine Aussage zu machen. *Im Sinne einer Diskussionsgrundlage* sei es versucht: Wenn die Hälfte der Siedlungsfläche eines Teilgebiets von der Negativplanung erfasst wird, kann dies für eine gute Mobilfunkversorgung äusserst kritisch werden. Wird in der Grössenordnung ein Drittel eines Teilgebiets mit einem Mobilfunkanlagen-Verbot belegt, sollte dies in der Regel zu keiner Untergrabung der fernmelderechtlichen Zielsetzung führen. Besonders geeignete Standorte sollten dabei nicht ausgeschlossen werden.

Die Umsetzung der Negativplanung kann durch Zuweisung von bestehenden Zonen erfolgen oder durch den allgemeinen Zonen überlagernde Spezialzonen. Bei der zweiten Variante kann besser auf die verschiedenen Interessen Rücksicht genommen werden, weil eine feinere Grenzziehung möglich ist.

Rechtlich unzulässig ist es (wegen den fernmelderechtlichen Vorgaben), in einem ganzen Teilgebiet Mobilfunkanlagen auszuschliessen. Das gesamte Teilgebiet Kastanienbaum könnte beispielsweise nicht mit einem Mobilfunkanlagen-Verbot belegt werden.

Das Abstellen auf die lärmrechtlichen *Empfindlichkeitsstufen* ist zu schematisch und nimmt auf die funkspezifischen Bedürfnisse zu wenig Rücksicht.

Aus wettbewerbsrechtlichen Gründen ist zu beachten, dass die verschiedenen Anbieter "gleich lange Spiesse" haben müssen. Wird ein Gebiet von der Negativplanung erfasst und befindet sich bereits ein Standort eines Betreibers darin, bedeutet dies für die Konkurrenten einen Nachteil. Es ist rechtlich grundsätzlich erforderlich, dass alle Anbieter die gleiche Möglichkeit haben, ein Gebiet zu versorgen.

Es ist zulässig, eine Abstufung nach der Funktion der Anlage vorzunehmen, denn von Bedeutung ist auch, ob die Anlage der Versorgung eines grossräumigen Gebiets oder lediglich eines Quartiers dient.

Analog zur Rechtslage von Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen könnte eine Ausnahmebestimmung in das Bau- und Zonenreglement aufgenommen werden, wonach Mobilfunkanlagen in Verbotszonen ausnahmsweise zulässig sind.

c) Vor- und Nachteile

- Gewisse Starrheit
- Akzeptanz der Betreiber: je nach konkreter Ausgestaltung
- Rechtliche Unsicherheit, ob die Planung genehmigt wird
- Politisch brisante Beurteilung, welche Gebiete erfasst werden
- Umfassende Interessenabwägung im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben möglich
- Gewähr, dass die bestimmten Gebiete frei von Mobilfunkanlagen bleiben (Rechtssicherheit)

c) Gesellschaftliche Akzeptanz

Wie hoch die gesellschaftliche Akzeptanz dieser Lösung ist, kommt auf die konkrete Umsetzung an und wessen Wohnungen oder Liegenschaften von der Negativplanung erfasst sind. Ein Gefahrenpotential besteht darin, dass sich gewisse Bevölkerungskreise benachteiligt fühlen könnten.

2. Variante "Positivplanung"

Denkbar sind auch positive Planungen, die besondere Zonen für Mobilfunkanlagen ausweisen.

Diese Standorte müssen sich besonders gut eignen und eine gute Versorgung durch alle Anbieter ermöglichen.

Im Prinzip gelten für die Frage, in welchem Umfang eine Positivplanung möglich ist, die gleichen Überlegungen wie bei der Negativplanung. Eine Positivplanung im Sinne der Zulässigkeit von Mobilfunkanlagen lediglich an konkrete Standorte ist sehr problematisch und dürfte im Ergebnis rechtlich nicht Bestand haben, weil die fernmelderechtliche Zielsetzung wie auch die Grundrechte allzu stark eingeschränkt sein dürften.

Bei einer planerischen Lösung ist aus Sicht des Gutachters einer Negativplanung der Vorzug zu geben.

3. Variante "Standortevaluation"

a) Rechtliche Zulässigkeit

Baupolizeilich kann die Gemeinde Horw in ihrem Bau- und Zonenreglement vorschreiben, die Erstellung von Mobilfunkanlagen setze (auch innerhalb der Bauzonen) eine Standortevaluation voraus. Die Bewilligungsbehörde kann den Baustandort im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung festlegen.

b) Konkreter Lösungsvorschlag

Der Gegenvorschlag zur Initiative könnte lauten:

Änderung Bau- und Zonenreglement der Gemeinde Horw vom 1. Dezember 1996, Ausgabe 11. September 2006

(Änderung vom ...)

D. Bauvorschriften

I. bis XI.

unverändert.

XII. Mobilfunkanlagen

Art. 44a Standortevaluation

1 Das Erstellen einer Mobilfunkanlage setzt eine Standortevaluation voraus.

2 Die Baubewilligungsbehörde legt den Standort einer Mobilfunkanlage im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung fest. Sie beachtet die bundesrechtlichen Einschränkungen.

neu.

XIII. Bestandesgarantie und neue zonenfremde Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen

Nummerierung neu.

Ergänzend wäre es wohl hilfreich für alle Parteien, ein Grundlagenpapier zu erarbeiten und kartographisch festzuhalten, wo besonders vorteilhafte beziehungsweise unvorteilhafte Standorte sind.

c) Vor- und Nachteile

Diese Variante gibt der Gemeinde Horw ein *Steuerungsinstrument* in die Hand und das frühzeitige Zusammenwirken zwischen Betreibern und Gemeinde wird gefördert. Mobilfunkanlagen können und sollen so nicht verhindert werden, aber die Standorte können optimiert werden. Die Bedürfnisse der Gemeinde und der Betreiber können im Einzelfall berücksichtigt werden.

Für die Betreiber hätte diese Variante gegenüber einer Positiv- oder Negativplanung den Vorteil, dass mittel- und langfristigen Entwicklungen (Änderungen der Kundenbedürfnisse, neue Technologien) flexibler Rechnung getragen werden könnte.

Ob dies Lösung zu optimierten Standorten führen wird, hängt stark von der guten Zusammenarbeit von Gemeinde und Betreibern ab.

Für den Bürger gibt es keine Rechtssicherheit, dass ein bestimmtes Gebiet frei von Mobilfunkanlagen bleibt.

d) Gesellschaftliche Akzeptanz

Die gesellschaftliche Akzeptanz dieser Variante wäre nach meiner Einschätzung hoch.

4. Variante "Übereinkommen"

Die Gemeinde Horw könnte (selbstverständlich) von einer Planung oder Gesetzesänderung absehen und mit den einzelnen Betreibern ein Übereinkommen über Mobilfunkanlagen-Standorte treffen.

Inhaltlich könnte sich das Übereinkommen am vorher Gesagten und den Bedürfnissen der Parteien orientieren. Es besteht ein Spielraum für Kompromisse: Die Betreiber könnten an die Qualitätsansprüche und die Abdeckung Kompromiss eingehen und besonders als störend empfundene Standorte vermeiden. Die Bewilligungsbehörde verpflichtet sich, Baubewilligungsverfahren zügig vorantreiben. Die Gemeinde könnte gemeindeeigene Standorte zur Verfügung stellen.