

Gemeindeverwaltung Horw	
E	- 3. Jan. 2008

Dr. iur. Benjamin Wittwer

Stellungnahme zum Urteil des Verwaltungsgerichts vom
3. Dezember 2007 (V 07 58) i.S. Sunrise

Chancenbeurteilung einer Beschwerde

Zulässigkeit einer mobilfunkspezifischen Planungszone?

Rechtsgutachten zuhanden der Gemeinde Horw, Baudepartement

Zürich, 28. Dezember 2007

Benjamin Wittwer
Huttensteig 12
8006 Zürich

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

Zusammenfassung

Das Urteil des Verwaltungsgerichts vermag inhaltlich nicht in allen Punkten zu überzeugen. Insbesondere ist fraglich, ob die Planungszone vorfrageweise ("akzessorisch") auf ihre Rechtswirksamkeit überprüft werden darf. Allerdings könnte einer Anwendung der Planungszone ein anderer Grund entgegenstehen, nämlich dass das Baugesuch der Sunrise lange vor deren Festsetzung eingereicht wurde.

Im Ergebnis hat das Verwaltungsgericht den Bauabschlag zu Recht nicht geschützt: Auch eine einzelfallweise Anwendung der Planungszone vermag einen Bauabschlag nicht zu rechtfertigen. Die Planungszone untergräbt die Ziele der Fernmeldegesetzgebung in unzulässiger Weise, weshalb gestützt darauf die Errichtung von Mobilfunkanlagen nicht verboten werden kann.

Die Chancen einer Beschwerde ans Bundesgericht sind als äusserst gering einzustufen, zumal das Bundesgericht jüngst in einem ähnlich gelagerten Fall zu entscheiden hatte und keine Änderung der Rechtsprechung zu erwarten ist.

Eine "mobilfunkspezifische Planungszone" ist im Prinzip zulässig, unter Beachtung der sich aus dem Fernmelderecht ergebenden Schranken. Eine solche Planungszone macht allerdings nur dann Sinn, wenn die Gemeinde Horw insbesondere eine Negativplanung ins Auge fassen würde.

Inhalt

Literatur, Gesetze	4
Literatur	4
Gesetze.....	4
I. Ausgangslage	5
1. Sachverhalt	5
2. Auftrag.....	5
II. Kurzanalyse Urteil des Verwaltungsgerichts	6
1. Akzessorische Überprüfung der Planungszone (Erw. 2).....	6
2. Konkrete Überprüfung der Planungszone: Zulässigkeit des Bauabschlags (Erw. 3d und 3e)	6
3. Verfahrensfragen, Konsequenzen, Gebühren, Kosten.....	7
III. Stellungnahme zum Urteil und Chancen einer Beschwerde	7
1. Welche Fragen prüft das Bundesgericht?.....	7
2. Beschwerdelegitimation der Gemeinde Horw.....	7
3. Anwendbarkeit der Planungszone?	8
a) Unzulässigkeit der akzessorischen Überprüfung der Planungszone	8
b) Trotzdem: Nicht-Anwendbarkeit der Planungszone?.....	9
4. Unzulässigkeit des Bauabschlags gestützt auf die Planungszone	9
5. Kostenrisiko.....	10
6. Prozesschancen.....	11
IV. Zulässigkeit einer mobilfunkspezifischen Planungszone?	11
1. Zweck einer Planungszone	11
2. Zulässigkeit einer Planungszone	12
3. Rahmenbedingungen für eine mobilfunkspezifische Planungszone	12
4. Fazit	12

Literatur, Gesetze

Literatur

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

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

ALEXANDER RUCH, Kommentar RPG, Zürich 1999

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

Gesetze

Erlasse Bund:

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

Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110)

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

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 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)

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

I. Ausgangslage

1. Sachverhalt

- Baugesuch vom 2. Dezember 2005 der TDC Switzerland AG (heute Sunrise Communications AG, im Folgenden "Sunrise") für eine Mobilfunkanlage mit 30 m hohem Mast in St. Niklausen, Stutzring 2
- 681 Einsprachen
- Stellungnahme rawi vom 3. März 2006: Anlagegrenzwerte eingehalten
- Initiative vom 8. Juni 2006 "zum Schutz von Mensch und Wohnraum vor Grossantennen" fordert Ergänzung des Bau- und Zonenreglements:

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.

- Öffentliche Auflage des Initiativtexts als Planungszone vom 3. Januar bis 1. Februar 2007
- Abweisung des Baugesuchs durch den Gemeinderat am 1. Februar 2007 gestützt auf die Planungszone
- Beschwerde gegen die Planungszone nach erfolgloser Einigungsverhandlung (Beschwerde von allen drei grossen Betreibern)
- Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Gemeinderatsentscheid zum Baugesuch (Sunrise); dieses Urteil liegt nun vor (V 07 58)

2. Auftrag

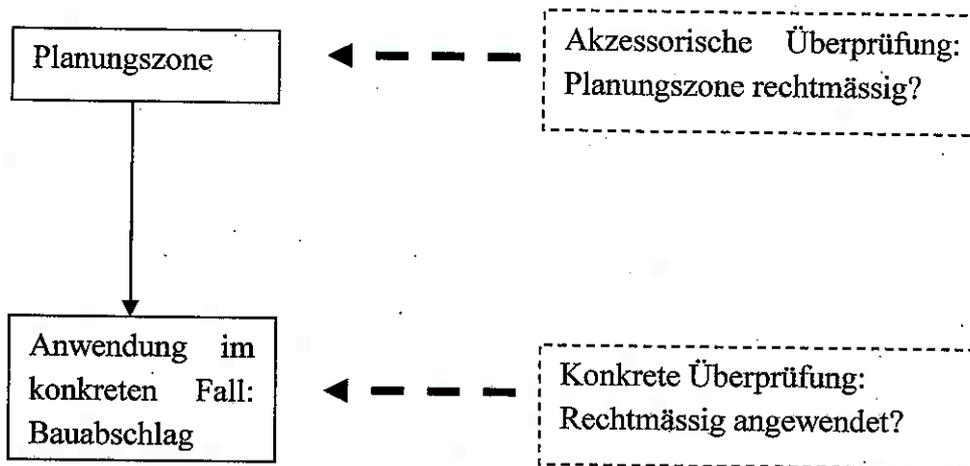
Vor diesem Hintergrund erteilte der Gemeinderat Horw, Baudepartement, mit Schreiben vom 19. Dezember 2007 und E-Mail vom 20. Dezember 2007 folgenden Auftrag (Kurzbericht bis 8. Januar 2008 per Post oder Mail):

- Stellungnahme zum Urteil des Verwaltungsgerichts (V 07 58)
- Chancenbeurteilung einer allfälligen Beschwerde
- Zusatzfrage: Besteht die Möglichkeit, anstelle der heutigen Planungszone eine neue mobilfunkspezifische Planungszone zu errichten?

II. Kurzanalyse Urteil des Verwaltungsgerichts

1. Akzessorische Überprüfung der Planungszone (Erw. 2)

Das Verwaltungsgericht stellt sich auf den Standpunkt, die Planungszone könne für die Frage, ob der Bauabschlag zulässig sei, akzessorisch (vorfrageweise) auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft werden.



Ein klares Fazit zieht das Verwaltungsgericht allerdings nicht, ob nun die Planungszone überhaupt anwendbar ist oder nicht (akzessorische Überprüfung). Vielmehr geht es direkt zur Frage über, ob die Planungszone den Bauabschlag zu rechtfertigen vermag (konkrete Überprüfung):

2. Konkrete Überprüfung der Planungszone: Zulässigkeit des Bauabschlags (Erw. 3d und 3e)

Weil die Planungszone einem weitgehenden Mobilfunkanlagen-Verbot gleichkommt, vermag sie nach Auffassung des Verwaltungsgerichts den strittigen Bauabschlag nicht zu tragen.

Zur Begründung verweist das Verwaltungsgericht auf das vergleichbare Bundesgerichtsurteil Wil (vgl. Erw. 3c). In Horw sei es nicht anders als in Wil, weil die Planungszone auf die Verhinderung von Mobilfunkanlagen abziele. Daran ändere sich auch nichts, dass freistehende Anlagen mit einer maximalen Höhe von 8,5 m sowie Aufbauten und Anlagen auf Attikageschossen von höchstens 2 m zulässig seien, und dass die Möglichkeit von Ausnahmegewilligungen vorgesehen sei. Die Planungszone entspreche keine der vom Bundesgericht aufgezeigten

Wege. *Anmerkung: Damit sind die aufgezeigten Lösungsmöglichkeiten gemäss Gutachten vom 16. November 2007 angesprochen.*

3. Verfahrensfragen, Konsequenzen, Gebühren, Kosten

Verweis auf die Bemerkungen zu diesem Urteil von Herrn lic. iur. Josef Wehrmüller, Rechtsanwalt, vom 17. Dezember 2007.

III. Stellungnahme zum Urteil und Chancen einer Beschwerde

1. Welche Fragen prüft das Bundesgericht?

Streitgegenstand: Der Bauabschlag stützt sich ausschliesslich auf die Planungszone. Allfällige weitere Gründe für einen Bauabschlag können im Verfahren vor Bundesgericht nicht geltend gemacht werden (etwa ästhetische Gründe etc.).

Sachverhalt: Massgebend für das Bundesgericht ist der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt.

Anfechtungsobjekt ist das Urteil des Verwaltungsgerichts.

Das Bundesgericht wird sich folgende Frage stellen (Kognition): Ist das Urteil der Vorinstanz mit einem *Rechtsfehler* behaftet (die unrichtige Handhabung des Ermessens überprüft das Bundesgericht nicht) und wurde dadurch die Gemeindeautonomie verletzt, indem das Verwaltungsgericht

- die Planungszone für das konkrete Baugesuch als nicht anwendbar erachtet
- die Planungszone als ungenügend erachtet, den Bauabschlag zu rechtfertigen.

Eine erfolgreiche Beschwerde hätte *zwei Hürden* zu nehmen: Erstens müsste die Planungszone überhaupt Anwendung finden und zweitens (kumulativ, "selbst wenn") müsste die Planungszone einen Bauabschlag rechtfertigen.

2. Beschwerdelegitimation der Gemeinde Horw

Durch den Entscheid des Verwaltungsgerichts ist die Gemeindeautonomie tangiert. Die Gemeinde Horw kann die Verletzung ihrer Autonomie rügen, womit sie zur Beschwerde legitimiert ist (Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG).

3. Anwendbarkeit der Planungszone?

a) Unzulässigkeit der akzessorischen Überprüfung der Planungszone

Wird ein Bauabschlag, welcher sich auf eine Planungszone stützt, angefochten, kann nur unter bestimmten Voraussetzungen die Rechtmässigkeit der Planungszone akzessorisch in Frage gestellt werden. Es müssen hierfür die gleichen Voraussetzungen erfüllt sein wie bei der akzessorischen Überprüfung von Nutzungsplänen¹. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die akzessorische Überprüfung eines Nutzungsplanes im Zusammenhang mit einem späteren Anwendungsakt, insbesondere im Baubewilligungsverfahren, nur möglich, wenn sich der Betroffene bei Planerlass noch nicht über die ihm auferlegten Beschränkungen Rechenschaft geben konnte und er somit im damaligen Zeitpunkt keine Möglichkeit hatte, seine Interessen zu wahren oder wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse seit Planerlass grundlegend verändert haben.

Diese Voraussetzungen liegen hier - übertragen auf die Planungszonenfestsetzung - nicht vor. Aus dem Erlass der Planungszone geht hervor, dass im gesamten Siedlungsgebiet von Horw ein weitgehendes Verbot von Mobilfunkanlagen erreicht werden sollte. Die Beschwerdeführerin hat sich auch mit Einsprache beim Gemeinderat gegen die Festlegung der Planungszone zur Wehr gesetzt und gegen den ablehnenden Entscheid Beschwerde erhoben. Der Umstand, dass eine diesbezügliche Beschwerde noch nicht rechtskräftig ist, führt nicht dazu, dass das Bundesgericht die Planungszonenfestsetzung akzessorisch auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen hätte².

Das Verwaltungsgericht hat dennoch eine akzessorische Überprüfung der Planungszone vorgenommen und die Planungszone als unzulässig erachtet. Dies entspricht nicht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, weshalb bezüglich dieses Punktes eine Beschwerde Erfolgchancen hätte. Dies allein bringt aber nichts, wenn nicht auch die folgenden Punkte zugunsten der Gemeinde Horw entschieden würden.

Die Nicht-Anwendung der Planungszone gestützt auf eine akzessorische Überprüfung wäre aber gar nicht notwendig gewesen, da für das umstrittene Baugesuch die Planungszone aus einem anderen Grund nicht anwendbar wäre (dies hat das Verwaltungsgericht nicht geprüft):

¹ RUCH, Kommentar RPG, Art. 27 Rz. 44.

² Urteil des Bundesgerichts vom 22. April 2004 (1P.539/2003), E. 1.2.

b) Trotzdem: Nicht-Anwendbarkeit der Planungszone?

Die zur Bestimmung der Planungszone massgebenden Pläne und Vorschriften werden mit ihrer öffentlichen Auflage wirksam (§ 85 Abs. 1 PBG). Die Planungszone wurde erst nach Einreichung des Baugesuches erlassen. Es fragt sich, ob sie auch für das Bauvorhaben von Sunrise wirksam ist, *zumal das Baugesuch bereits am 2. Dezember 2005 eingegangen ist.*

Für die Beantwortung dieser Frage ist es notwendig, die privaten Interessen des Bauherrn an der Baurealisierung und die öffentlichen Interessen an der Planänderung gegeneinander abzuwägen³. Da die geltende Bauordnung durch die Planungszone zu einem weitgehenden Mobilfunkanlagen-Verbot führen würde, wäre der auf das neue Recht abgestützte Grundrechtseingriff als schwer zu werten. Dazu kommt das Interesse an der Rechtssicherheit: Die eingetretene Verzögerung der Behandlung des Baugesuchs steht der Anwendung der zwischenzeitlich festgesetzten Planungszone entgegen⁴. Auch wenn der Bauwillige keinen Anspruch darauf hat, dass seine baulichen Nutzungsmöglichkeiten dauernd bestehen⁵, muss er doch bei der Ausarbeitung eines Bauprojekts auf geltende und auf voraussehbare künftige planungsrechtliche Vorschriften abstellen können.

Auf der anderen Seite ist das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der neuen Planungszone geringer, weil eine Beschwerde dagegen gute Erfolgschancen hat und für Mobilfunkanlagen nicht wirksam werden dürfte (vgl. zu den Gründen das Gutachten B. Wittwer vom 16. November 2007). Die Planungszone ist somit für das Baugesuch wohl nicht wirksam.

Es ist m.E. eher nicht anzunehmen, dass das Bundesgericht die Interessen in umgekehrter Weise gewichten würde und die Planungszone somit für anwendbar halten würde, jedoch auch nicht auszuschliessen.

4. Unzulässigkeit des Bauabschlags gestützt auf die Planungszone

Da die Planungszone nicht anwendbar ist, darf gestützt darauf auch kein Bauabschlag erfolgen.

³ BGE 118 Ia 510; vgl. HALLER/KARLEN, Rz. 808 ff., insbesondere 816.

⁴ Vgl. BGE 110 Ib 336.

⁵ Vgl. BGE 114 Ia 33, E. 6; 107 Ia 36, E. 3a.

Selbst wenn die Planungszone anwendbar wäre, vermag diese keinen Bauabschlag zu rechtfertigen. In einem ähnlich gelagerten Fall (Wil) hat das Bundesgericht jüngst klar festgehalten, dass Regelungen, welche die Anforderungen an die baupolizeiliche Regelung von Mobilfunkanlagen nicht erfüllen, die Planung und Errichtung von Mobilfunkanlagen nicht erfassen und auch nicht einzuschränken vermögen⁶.

Die Planungszone setzt fest: "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."

Es stellt sich die Frage, ob die Planungszone den Anforderungen an die baupolizeiliche Regelung von Mobilfunkanlagen genügt. *Dies ist klarerweise nicht der Fall.* Wäre die Vorschrift auf Mobilfunkanlagen anwendbar, so käme sie einem weitgehenden Verbot von Mobilfunkanlagen im gesamten Siedlungsgebiet gleich. Das wäre mit der Fernmeldegesetzgebung des Bundes unvereinbar, welche unter anderem eine zuverlässige und erschwingliche Grundversorgung mit Fernmeldediensten gewährleisten soll (Art. 1 Abs. 2 lit. a FMG). Die Situation ist vergleichbar mit dem Bundesgerichtsurteil Wil⁷. Auch die Überlegungen des Verwaltungsgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen (Erwägung 3d). Die Meinung des Gutachters deckt sich insofern⁸. Im Übrigen weist die Entstehungsgeschichte der Planungszone darauf hin, dass diese umweltrechtlich motiviert ist. Wegen der abschliessenden bundesrechtlichen Regelung im USG und der NISV im Bereich Mobilfunkstrahlung könnte die Planungszone der Errichtung von Mobilfunkanlagen nicht entgegenstehen⁹.

5. Kostenrisiko

Nebst eigenen Kosten und eigenen anwaltlichen Kosten sind mit Gerichtskosten im Bereich von Fr. 2'000 und einer Parteientschädigung von Fr. 2'000 bis 4'000 zu rechnen.

⁶ Urteil vom 3. September 2007 (1C.94/2007), Wil, E. 4.2.

⁷ Vgl. Urteil vom 3. September 2007 (1C.94/2007), Wil, E. 4.2.

⁸ Zu den Rahmenbedingungen von baupolizeirechtlichen Regelungen siehe das Gutachten von B. Wittwer vom 16. November 2007; ferner WALKER, S. 131 ff.

⁹ Vgl. WITTWER, S. 58.

6. Prozesschancen

Äusserst gering ("null bis drei Prozent").

Es ist zwar nicht auszuschliessen, dass die Planungszone zum vornherein nicht anwendbar ist. Eine konkrete Anwendung der Planungszone vermag jedoch nicht einen Bauabschlag für die Mobilfunkanlage zu bewirken. Die Rechtsprechung zu einer derartigen Planungszone ist klar und jüngst ergangen¹⁰, so dass eine Änderung der Rechtsprechung kaum denkbar ist.

IV. Zulässigkeit einer mobilfunkspezifischen Planungszone?

1. Zweck einer Planungszone

Die in Art. 27 RPG und §§ 81 ff. PBG vorgesehene Planungszone bezweckt die Sicherung der Entscheidungsfreiheit der Planungsbehörden, indem sie Vorhaben einstweilen untersagt, welche beabsichtigte neue planerische Festlegungen negativ beeinflussen.

Künftigen Planfestsetzungen wird auf diese Weise eine sogenannte negative Vorwirkung zuerkannt, indem Bauten nur noch bewilligt werden, wenn sie die vorgesehene planerische Neuordnung nicht beeinträchtigen. Diese Regelung dient der Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Auftrags der Raumplanung (Art. 75 BV) und kann sich daher auf ein bedeutendes öffentliches Interesse stützen.

Die Plansicherungsmassnahmen bewirken jedoch zugleich Eigentumsbeschränkungen, die nur bei Wahrung der Verhältnismässigkeit zulässig sind¹¹. Im Blick darauf wird die zeitliche Dauer der negativen Vorwirkung in § 83 PBG auf zwei Jahre (mit Verlängerungsmöglichkeit um ein Jahr) beschränkt, innert welcher der Nutzungsplan öffentlich aufgelegt werden muss. Eine Planungszone kann nur Anwendung finden, wenn der Inhalt der künftigen planerischen Festsetzung hinreichend konkretisiert ist und (selbstverständlich) rechtmässig ist.

¹⁰ Urteil vom 3. September 2007 (1C.94/2007), Wil.

¹¹ BGE 103 Ia 482, E. 8b; 100 Ia 151 f., E. 2b; 93 I 340 E. 4; vgl. auch BGE 109 Ib 22, E. 4a.

2. Zulässigkeit einer Planungszone

Die Planungszone ist das Instrument, um beabsichtigte planerische Festlegungen zu schützen. Somit ist erforderlich, dass überhaupt eine Planung beabsichtigt wird: Dies wäre der Fall, wenn die Gemeinde Horw insbesondere eine Negativplanung von Mobilfunkanlagen beabsichtigt.

Das Instrument der Planungszone darf nicht dazu eingesetzt werden, unliebsame Bauvorhaben zu verhindern, ohne dass eine entsprechende Planung konkret ins Auge gefasst wird.

3. Rahmenbedingungen für eine mobilfunkspezifische Planungszone

Sollen Mobilfunkanlagen einschränkenden Planungsvorschriften unterstellt werden, so hat dies explizit zu geschehen¹².

Dabei ist auf die Zielsetzung der Fernmeldegesetzgebung angemessen Rücksicht zu nehmen. Die Planung, Errichtung und Ausgestaltung von Mobilfunkanlagen ist mit zahlreichen technischen Fragestellungen verbunden, denen bei der Festlegung von für sie bestimmten Planungsmassnahmen in spezifischer Weise Rechnung zu tragen ist. Eine Planungszone wie vorliegend verletzt diese Vorgaben klar, auch wenn explizit auf Mobilfunkanlagen Bezug genommen würde.

Zu den verschiedenen planerischen Möglichkeiten sowie deren Ausgestaltung sei auf das Gutachten B. Wittwer vom 16. November 2007 verwiesen. Eine Planungszone hätte sich an diese Grundsätze zu halten.

4. Fazit

Die Festsetzung einer Planungszone macht nur dann Sinn und ist nur dann zulässig, wenn sie im Hinblick auf eine Änderung der Nutzungsordnung (Änderung BZR) geschieht. Dies wäre dann der Fall, wenn die Gemeinde Horw eine Negativplanung für Mobilfunkanlagen beabsichtigt, nicht jedoch, wenn eine Standortsteuerung mit dem Instrument "Übereinkunft mit den Betreibern" erfolgt.

Eine entsprechende Planungszone müsste explizit Mobilfunkanlagen erfassen. Dabei sind die Schranken des Bundesfernmelderechts zu beachten im Sinne des im Gutachten B. Wittwer vom 16. November 2007 Aufgezeigten.

¹² Urteil vom 3. September 2007 (1C.94/2007), Wil, E. 4.2.