

Kommunale Gestaltungsspielräume im Rahmen des 5G-Ausbaus

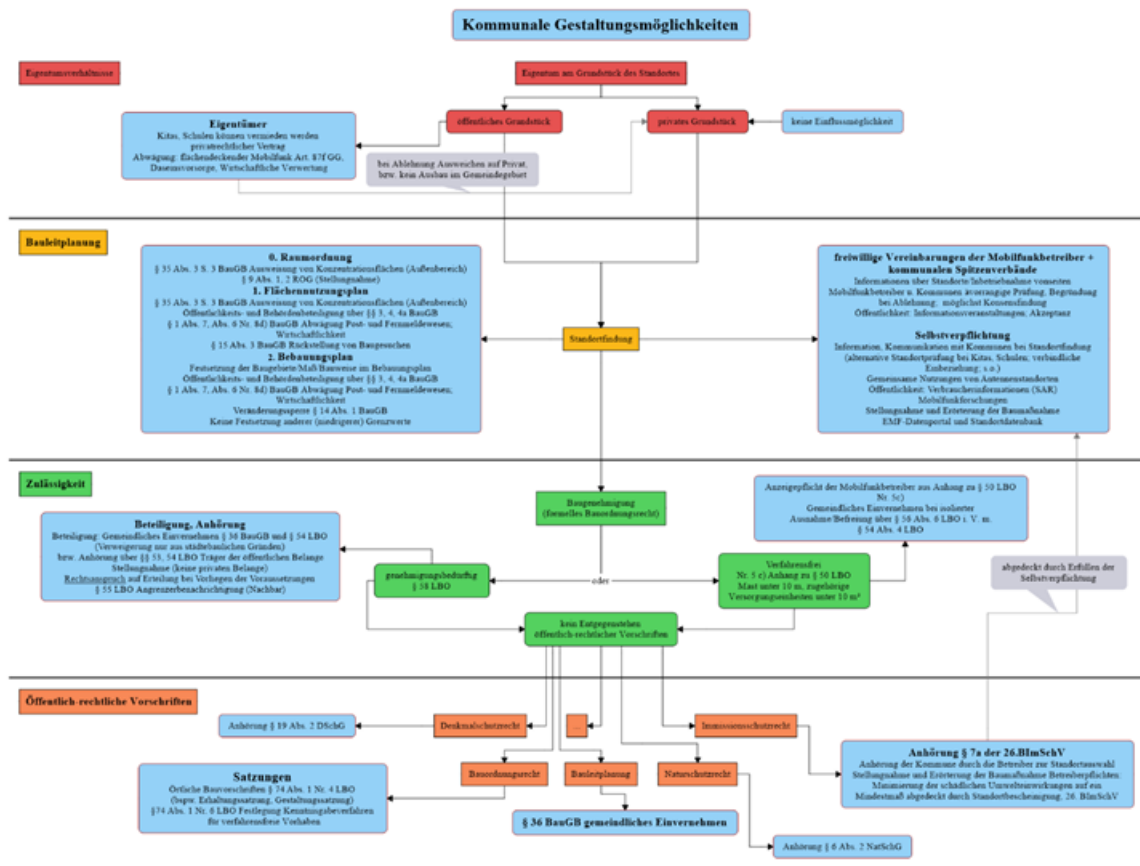
Corinna Nitsch, Rechtsanwältin Maria-Lena Weiss Mag. rer. publ. und Professor Dr. Michael Frey Mag. rer. publ.*

Mit dem Mobilfunkstandard 5G geht die digitale Transformation von Gesellschaft und Wirtschaft in eine neue Runde. Regionen, in denen 5G zügig und flächendeckend eingeführt wird, werden auch die Nase vorn haben, was die Entwicklung und Implementierung neuer, fortschrittlicher Anwendungen anbelangt. Zum Gelingen dieser Herkulesaufgabe tragen neben Bund und Ländern auch die kommunalen Gebietskörperschaften bei. Diese wirken an der Standortsuche für Mobilfunkanlagen mit und sind unmittelbar an den Genehmigungsverfahren zur Errichtung neuer Sendemasten vor Ort beteiligt. Gemeinden können durch die Schaffung mobilfunkfreundlicher Rahmenbedingungen einerseits zentrale Akteure beim dynamischen Ausbau des 5G-Standards sein. Andererseits – dies zeigt ein Blick auf den Ausbau des Mobilfunks der vorangegangenen Generationen – sind die Verantwortungsträger in den Städten und Gemeinden mit Ängsten der Bürgerschaft um die gesundheitlichen Auswirkungen der Mobilfunkstrahlung sowie gegen optische Beeinträchtigungen durch Antennenanlagen konfrontiert. Dieser Beitrag befasst sich mit den Gestaltungsmöglichkeiten von Kommunen im Zusammenhang mit dem Ausbau des neuen Mobilfunkstandards 5G.

I. Kommunale Gestaltungsmöglichkeiten

Veränderungen, die mit der Umrüstung auf die 5. Mobilfunkgeneration¹ einhergehen, treffen zuallererst die kommunalen Gebietskörperschaften. Den Kommunen kommt im Prozess die Aufgabe zu, aktiv bei der Standortsuche für neue Mobilfunkanlagen mitzuwirken und vor Ort deren Realisierung zu unterstützen.

Bei der Errichtung von Mobilfunkanlagen bestehen verschiedene Möglichkeiten kommunaler Einflussnahme. Diese unterscheiden sich nach Grad und Gewicht der Einflussnahme deutlich und reichen von umfassenden Gestaltungsoptionen bis hin zu bloßen Anhörungsrechten im Genehmigungsverfahren. Von Art und Umfang der kommunalen Einflussnahme hängt sodann auch ab, ob und wie die Bürgerschaft am Planungs- und Genehmigungsprozess beteiligt werden kann. Im Folgenden werden die unterschiedlichen kommunalen Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt.



1. Bereitstellung öffentlicher Grundstücke und Liegenschaften zur Errichtung von Mobilfunkanlagen

Zahlreiche Unwägbarkeiten – beispielsweise fehlende Gestattungsbereitschaft, unterschiedliche Preisvorstellungen, fehlende Akzeptanz oder entgegenstehendes Bau-, Denkmalschutz- oder Umweltrecht – führen zu langwierigen Verfahren bei der Erschließung neuer Standorte für Mobilfunknetze.² Mit der Bereitstellung öffentlicher Grundstücke und Liegenschaften sowohl für die Errichtung und Betrieb von Makro-Stationen, als auch von Small Cells³ eröffnet sich Gemeinden die Möglichkeit, aktiv auf die räumliche Belegenheit der Stationen Einfluss zu nehmen. Sie können auf ihrem kommunalen Grundstück beispielsweise selbst einen Mobilfunkmast errichten und diesen einem oder mehreren Telekommunikationsunternehmen (TKU) zur Nutzung überlassen. Auch die Vermietung kommunaler Grundstücke an TKU ist denkbar.

Ebenso empfiehlt es sich, bei der Errichtung von Small Cells kommunale Standorte wie beispielsweise Stadtmöbel (mit) zu nutzen.⁴

Die Überlassung geeigneter Flächen dient neben dem kommunalen Beitrag zur Mobilfunkversorgung auch der Einnahmenerzielung durch Gestattungsentgelte. TKU erhalten durch das Angebot geeigneter Standortgrundstücke einen Anreiz,

Nitsch/Weiss/Frey: Kommunale Gestaltungsspielräume im Rahmen des 5G-Ausbaus (NVwZ 2020, 1642)

1644

die Mobilfunkversorgung gerade in dieser Gemeinde auszubauen. Bietet die öffentliche Hand keine Grundstücke an, wird das TKU entweder auf ein privates Grundstück ausweichen – in diesem Fall beschränken sich die Einflussmöglichkeiten auf die Bauleitplanung bzw. das Baugenehmigungsverfahren –, oder es nimmt gar Abstand vom Ausbau der Mobilfunkversorgung.

2. Bauleitplanung

Im Rahmen der von Art. 28 GG geschützten Planungshoheit verwirklicht die Gemeinde ihre städtebaulichen Ziele. Die Standortplanung für Anlagen des Mobilfunks – idealerweise auf der Grundlage eines kommunalen Mobilfunkkonzeptes⁵ – birgt neben der Zurverfügungstellung öffentlicher Grundstücke ein beträchtliches Steuerungspotenzial.

Eine planerische Steuerung kommt sowohl im Flächennutzungsplan, als auch im Bebauungsplan in Betracht. Die Gemeinde kann in den Bauleitplänen nach § 5 II Nr. 4 BauGB Flächen für Mobilfunkanlagen zuweisen.⁶ Dabei unterscheiden sich die Steuerungsmöglichkeiten im Außen- und im Innenbereich voneinander (dazu unter Kap. II. 2 b, c).

a) Allgemeine Anforderungen an die Bauleitplanung

Gemeinden unterliegen bei ihren Planungen den rechtlichen Bindungen aus § 1 BauGB, insbesondere dem Erforderlichkeitsgrundsatz nach § 1 III BauGB, dem Anpassungsgebot nach § 1 IV BauGB sowie dem Abwägungsgebot nach § 1 VII BauGB.⁷ Ferner darf die Bauleitplanung nicht in Konflikt zu höherrangigem Recht treten.

aa) Kein Verstoß gegen höherrangiges Recht

Bei planerischen Festsetzungen, die trotz Einhaltung der Grenzwerte der 26. BImSchV zum Ausschluss von Mobilfunkanlagen führen, stellt sich die Frage ihrer Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht – konkret mit immissionsschutzrechtlichen Normen. Gemeinden müssen bei der Zulassung von Mobilfunkvorhaben die Grenzwerte der 26. BImSchV nicht voll ausschöpfen, sondern sie haben das Recht auf eigene Vorsorgeplanung,⁸ also darauf, „eigenständig gebietsbezogen das Maß des Hinnehmbaren zu steuern“.⁹ Soweit die 26. BImSchV für Hochfrequenzanlagen keine Vorsorgeregeln getroffen hat, ist es der Gemeinde unbenommen, eigenständig Risikovorsorge zu betreiben und diese als Belang iSd § 1 VI Nr. 1 und 7 BauGB in der Bauleitplanung zu berücksichtigen.

bb) Erforderlichkeit

Für die Aufstellung von Bauleitplänen sind die Erfordernisse der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung entscheidend.¹⁰ Die Gemeinde verfügt grundsätzlich über große planerische Freiheit. Selbst wenn die Verhinderung von Mobilfunkanlagen wesentliche Motivation der Gemeinde sein sollte, führt dies nicht zwangsläufig zu einem Verstoß gegen § 1 III BauGB.¹¹

cc) Abwägungsgebot

Herzstück der kommunalen Bauleitplanung ist, iSv § 1 VII BauGB die öffentlichen und privaten Belange an der Nutzung von Grund und Boden in Einklang zu bringen.¹² Beim Mobilfunkausbau sind dies insbesondere die Belange gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse (§ 1 VI Nr. 1 BauGB), des Umweltschutzes (§ 1 VI Nr. 7 BauGB), sowie des Post- und Fernmeldewesens¹³ (§ 1 VI Nr. 8 d BauGB). Generell besteht ein großes öffentliches Interesse an einer möglichst effizienten, flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Dienstleistungen des Mobilfunks.¹⁴ Sofern dieses Erfordernis entsprechende Berücksichtigung findet, ist es gleichwohl legitim, dass auch die Bauleitplanung für eine möglichst geringe Belastung der Bevölkerung durch Mobilfunkimmissionen Sorge trägt.¹⁵

b) Planerische Steuerung im Außenbereich

Durch die Ausweisung von Vorrang- bzw. Konzentrationsflächen im Flächennutzungsplan können Gemeinden die Errichtung von Mobilfunkanlagen planerisch steuern. Mobilfunkanlagen sind

privilegierte Vorhaben iSd § 35 I Nr. 3 BauGB.¹⁶ Erfolgt eine positive Ausweisung von Flächen für Mobilfunkanlagen, stehen nach § 35 III 3 BauGB einer Errichtung an anderer Stelle idR öffentliche Belange entgegen.¹⁷ Die Gemeinde kann in diesem Fall ihr Einvernehmen nach § 36 I 1 BauGB versagen. Gemeinden haben eine ausreichende Anzahl an Flächen auszuweisen; sie sind jedoch nicht verpflichtet, alle in Betracht kommenden Standortflächen als solche auszuweisen.¹⁸ Der kommunale Planungs- und Gestaltungsspielraum findet seine Grenze in einer unzulässigen Verhinderungsplanung sowie bei der Ausweisung bloßer „Alibiflächen“, die für die Errichtung einer Mobilfunkanlage objektiv ungeeignet sind.¹⁹

Zur Sicherung ihrer Planung kann die Gemeinde ein entsprechendes Baugesuch zeitlich begrenzt iSd § 15 BauGB zurückstellen lassen, oder eine Veränderungssperre iSd § 14 BauGB erlassen.²⁰

c) Planerische Steuerung im Innenbereich

Der 5G-Ausbau wird – mit Ausnahme des Ausbaus von 5G-Antennen entlang von Verkehrswegen – zunächst im Innenbereich voranschreiten. Konzentrationsflächen iSd § 35 III 3 BauGB sind hier nicht möglich. Die Standortplanung für Mobilfunkanlagen bedarf im Innenbereich vielmehr der städtebaulichen Rechtfertigung.²¹

Die planerische (Fein-)Steuerung von Mobilfunkanlagen erfolgt über die Festsetzungen im Bebauungsplan nach § 9 BauGB.²² Ein Bauvorhaben, das den Festsetzungen widerspricht, ist unzulässig.²³ Beschränken sich die Festsetzungen allerdings auf eine reine Negativplanung, kann dies nur ausnahmsweise auf der Grundlage einer sachgerechten städtebaulichen Gesamtkonzeption zulässig sein.²⁴

Nitsch/Weiss/Frey: Kommunale Gestaltungsspielräume im Rahmen des 5G-Ausbaus(NVwZ 2020, 1642)

1645

Im reinen Wohngebiet sind Mobilfunkanlagen als gewerbliche Hauptanlagen unzulässig, § 3 BauNVO. In allgemeinen Wohngebieten nach § 4 BauNVO können Mobilfunkanlagen auf der Grundlage von §§ 1 I Nr. 1, IX, 4 III Nr. 2 BauNVO ausgeschlossen werden. In allen anderen Baugebietstypen können Mobilfunkanlagen als gewerbliche Anlagen nicht generell ausgeschlossen werden.

Da Mobilfunkanlagen sowohl gewerbliche Haupt-, als auch (untergeordnete bzw. fernmeldetechnische) Nebenanlagen iSd § 14 I, II 2 BauGB sein können (hierzu unter II. 3. aa/bb/cc), muss in allgemeinen und reinen Wohngebieten explizit festgesetzt werden, dass Mobilfunkanlagen nicht Bestandteil des Bebauungsplans werden.²⁵ Nach überwiegender Auffassung ist § 1 VI BauNVO auch auf Nebenanlagen iSd § 14 BauNVO anwendbar.²⁶

d) Weitere kommunale Gestaltungsmöglichkeiten durch örtliche Bauvorschriften

Die Zulässigkeit von Mobilfunkantennen kann nach § 74 I Nr. 1 und 4 LBO durch örtliche Bauvorschriften beschränkt oder ausgeschlossen werden, beispielsweise in Form von Gestaltungssatzungen zur Erhaltung und Gestaltung gebietsspezifischer Ortsbilder. Der Erlass einer Gestaltungssatzung ist allerdings nur möglich, wenn gestalterische, geschichtliche, künstlerische oder städtebauliche Aspekte mit der Satzung verfolgt werden,²⁷ nicht jedoch zur Gesundheitsvorsorge. Ebenso wenig ist es möglich, in einer Gestaltungssatzung infrage kommende Mobilfunkstandorte generell auszuschließen.²⁸

3. Kommunale Einflussnahme- und Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen des Genehmigungsverfahrens

Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.²⁹ Mobilfunkanlagen sind nicht genehmigungsbedürftige Anlagen iSd § 22 I BImSchG.³⁰ Die immissionsschutzrechtlichen Vorschriften sind daher im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens zu prüfen. Ferner sind im baurechtlichen Genehmigungsverfahren (dazu gleich unter a) je nach örtlicher Belegenheit der Mobilfunkanlage zahlreiche weitere öffentlich-rechtliche Vorschriften zu prüfen (hierzu unter b).

a) Baurechtliches Genehmigungsverfahren

Mobilfunkanlagen sind bauliche Anlagen iSd § 29 I BauGB. Bodenrechtliche Relevanz besitzen jedenfalls unstreitig solche Basismobilfunkanlagen, die optisch im Stadtbild³¹ wahrnehmbar sind. Ab einer Höhe von zehn m ist dies unstreitig der Fall.³² Ebenfalls wird vereinzelt eine Untergrenze zwischen zwei und drei m angeführt, deren Unterschreiten zum Verlust der bodenrechtlichen Relevanz führen soll.³³ Erreichen Anlagen eine Höhe zwischen drei und zehn m kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an.³⁴ Die zahlreichen Small Cells, die im Zuge des 5G-Ausbaus zur Verstärkung der Sendeleistung auf Gebäuden, Stadtmöbeln etc. angebracht werden, würden demnach mangels bodenrechtlicher Relevanz nicht unter § 29 BauGB fallen. Vor dem Hintergrund eines beschleunigten 5G-Ausbaus mag es sicherlich sinnvoll sein, wenn nicht jede Mikroanlage planungsrechtlich relevant nach §§ 30 ff. BauGB wäre. Doch sind gerade die Belange gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse, des Umweltschutzes und der gemeindlichen Risikovorsorge insgesamt auch im Falle der Anbringung von Small Cells berührt. Daher erscheint es zweifelhaft, die bodenrechtliche Relevanz allein aufgrund der Höhe einer Mobilfunkanlage abzusprechen.

Soweit Mobilfunksendeanlagen Anlagen iSv § 29 BauGB sind, unterfallen sie den für das jeweilige Baugebiet geltenden materiellen Zulassungsanforderungen der §§ 30 ff. BauGB.

aa) Bereich mit qualifiziertem/vorhabenbezogenen Bebauungsplan iSd § 30 I, II BauGB

Für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Mobilfunkanlage ist entscheidend, ob sie als Hauptanlage, untergeordnete Nebenanlage iSd § 14 I BauNVO oder fernmeldetechnische Nebenanlage iSd § 14 II BauNVO zu qualifizieren ist.³⁵ An die Einordnung knüpfen sich unterschiedliche Zulassungstatbestände: Ist die Mobilfunkanlage als Hauptanlage zu qualifizieren, so richtet sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach dem jeweiligen Baugebiet (vgl. § 1 II und III BauNVO iVm §§ 2–11 BauNVO). Die Zulässigkeit von Nebenanlagen richtet sich entweder nach § 14 I BauNVO im Falle einer untergeordneten Nebenanlage, oder nach § 14 II BauNVO im Falle einer fernmeldetechnischen Nebenanlage.³⁶ In Rechtsprechung und Literatur war umstritten, in welchem Verhältnis die Anlagentypen Hauptanlage – untergeordnete Nebenanlage – fernmeldetechnische Nebenanlage zueinanderstehen. Konkret ging es dabei neben begrifflichen Unschärfen³⁷ insbesondere um die Frage, ob eine Mobilfunkanlage zugleich Haupt- und Nebenanlage sein kann. In der Rechtsprechung ist inzwischen geklärt, dass eine Mobilfunkanlage zugleich fernmeldetechnische Nebenanlagen iSd § 14 II 2 BauNVO, als auch gewerbliche Hauptanlage und damit Zulassungsobjekt der §§ 2–11 BauNVO sein kann.³⁸

(1) gewerbliche Hauptanlage iSd §§ 2–11 BauNVO

Mobilfunkanlagen als Bestandteil eines gewerblich betriebenen Mobilfunknetzes sind gewerbliche Hauptanlagen.³⁹

Eine Mobilfunkanlage stellt einen nicht (wesentlich) störenden gewerblichen⁴⁰ Betrieb iSd § 2 III Nr. 4 und § 4 III Nr. 2 BauNVO dar, wenn die Grenzwerte der 26. BImSchV eingehalten werden.⁴¹ Die Einhaltung der Grenzwerte wird im Rahmen der Erteilung der Standortbescheinigung durch die

BNetzA überprüft. Somit können Mobilfunkanlagen als Hauptanlagen in Kleinsiedlungsgebieten (§ 2 BauNVO) und Allgemeinen Wohngebieten (§ 4 BauNVO) ausnahmsweise gem. § 2 III Nr. 4 bzw. § 4 III Nr. 2 BauNVO zugelassen werden. In reinen Wohngebieten (§ 3 BauNVO) ist eine aus-

Nitsch/Weiss/Frey: Kommunale Gestaltungsspielräume im Rahmen des 5G-Ausbaus(NVwZ 2020, 1642)

1646

nahmsweise Zulassung als Hauptanlage nach der BauNVO nicht vorgesehen, sondern allenfalls im Wege der Befreiung nach § 31 II BauGB möglich.⁴² In den weiteren Gebietstypen nach §§ 4 a bis 11 BauNVO sind Mobilfunkanlagen als Hauptanlagen zulässig.⁴³

(2) untergeordnete Nebenanlage iSv § 14 I BauNVO

Nebenanlagen sind nach § 14 I BauNVO zulässig, wenn sie dem Nutzungszweck entweder der in dem Baugebiet belegenen Grundstücke, oder des Baugebiets selbst dienen.⁴⁴ Nebenanlagen sind also im Bestand von einer Hauptanlage abhängig und dienen dieser.⁴⁵ Allerdings muss die Nebenanlage auch einen eigenen „ausgelagerten“⁴⁶ Nutzen haben. Mit anderen Worten muss die Nebenanlage nicht nur Bestandteil einer Anlage, sondern zugleich auch selbstständige Anlage sein können.

Die Frage, ob sich die Zulässigkeit einer Mobilfunkanlage auch aus § 14 I BauNVO ergeben kann, hat sich im Zusammenhang mit Mobilfunkanlagen des 3G und 4G-Standards in der Praxis bislang nicht gestellt, da die Nutzung der Mobilfunkanlage regelmäßig über die Grenzen eines Baugebiets hinausging. Bei der 5. Mobilfunkgeneration spricht vieles für eine eigenständige Bedeutung von § 14 I BauNVO, denn die hohen Frequenzen führen dazu, dass das Mobilfunknetz kleinzelliger wird. Gerade Small Cells dienen eher der Nutzung einzelner Grundstücke, als dass ihnen eine Nutzungsfunktion über ein Baugebiet hinaus zukommt.⁴⁷

(3) fernmeldetechnische Nebenanlage iSv § 14 II 2 BauNVO

§ 14 II 2 BauNVO unterscheidet sich von seinem Abs. 1 im Wesentlichen durch zwei Dinge: erstens hinsichtlich des Bezugspunktes der Nebenanlage – dieser knüpft nicht an ein bestimmtes Grundstück oder an das Baugebiet als Ganzes an – und zum anderen wegen der nur ausnahmsweisen Zulässigkeit der Errichtung. Die Vorschrift entstand aus dem Bedürfnis heraus, einen Zulässigkeitstatbestand neben Anlagen der Energie-/Wärme- und Wasserversorgung auch für fernmeldetechnische Nebenanlagen zu schaffen, die der Versorgung dienen und eine über das einzelne Baugebiet hinausgehende Funktion erfüllen.⁴⁸

Eine Mobilfunkanlage ist eine fernmeldetechnische Nebenanlage, „wenn sie bezogen auf das gesamte infrastrukturelle Versorgungsnetz eine untergeordnete Funktion hat“.⁴⁹ Ihre Errichtung kann im Wege der Erteilung einer Ausnahme nach §§ 14 II BauNVO,⁵⁰ 1 III 2 BauNVO iVm § 31 I BauGB zulässig sein.

Da wie unter (3) dargestellt § 14 I BauNVO für die Errichtung von Small Cells eine eigenständige Bedeutung bekommen könnte, erscheint es sachgerecht, § 14 II 2 BauNVO als *lex specialis* zu verstehen, der § 14 I BauNVO verdrängt.

(4) Ausnahme und Befreiung nach § 31 BauGB

In Kleinsiedlungsgebieten und allgemeinen Wohngebieten sind Mobilfunkanlagen nur ausnahmsweise zulässig.⁵¹

Die Erteilung einer Ausnahme nach § 31 I BauGB steht im Ermessen der Gemeinde, die das allgemeine Interesse an einer flächendeckenden Mobilfunkversorgung in ihre Ermessenserwägung einzubeziehen hat.⁵²

Unzulässig sind Mobilfunkanlagen in reinen Wohngebieten nach § 3 BauNVO. Eine Errichtung ist nur im Wege der Befreiung nach § 31 II BauGB möglich, sofern die Grundzüge der Planung nicht berührt werden, die Abweichung unter Abwägung der nachbarlichen Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist und einer der in Nr. 1–3 genannten Befreiungsgründe vorliegt.⁵³

Mobilfunkanlagen können aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit iSd § 31 I Nr. 1 BauGB erforderlich sein, wenn sie der Schließung von Versorgungslücken dienen, also va dann, wenn ein konkreter Standort benötigt wird.⁵⁴

bb) unbeplanter Innenbereich nach § 34 BauGB

Im unbeplanten Innenbereich nach § 34 I BauGB gilt in Bezug auf die Art der baulichen Nutzung dasselbe wie im beplanten Innenbereich. Im Einzelfall muss geprüft werden, ob sich die Anlage nach dem Maß der baulichen Nutzung einfügt. Die Wahrung gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse kann durch die Standortbescheinigung der BNA nachgewiesen werden.⁵⁵ Eine Beeinträchtigung des Ortsbilds ist lediglich an städtebaulichen,⁵⁶ nicht aber an ästhetischen Aspekten zu messen und kommt allenfalls bei einem außergewöhnlich prägenden Ortsbild in Betracht.⁵⁷

cc) Außenbereich nach § 35 BauGB

Im Außenbereich dürfen Mobilfunkanlagen als privilegierten Vorhaben iSd § 35 I Nr. 3 BauGB keine öffentlichen Belange entgegenstehen. Bei Vorliegen einer Standortbescheinigung ist davon auszugehen, dass die Mobilfunkanlage keine schädliche Umwelteinwirkungen iSd § 35 III Nr. 3 BauGB iVm § 3 I BImSchG hervorruft.⁵⁸

Teilweise werden Mobilfunkanlagen unter den Begriff des ortsgebundenen gewerblichen Betriebs (ebenfalls § 35 I Nr. 3 BauGB) gefasst. Eine Anlage ist ortsgebunden, wenn ihre Realisierung mit dem konkreten Standort steht und fällt.⁵⁹ Mobilfunkanlagen sind in aller Regel ortsgebunden, da aufgrund der Wabenstruktur und der durchzuführenden Standortuntersuchungen ein potenzieller Standort nur schwerlich

Nitsch/Weiss/Frey: Kommunale Gestaltungsspielräume im Rahmen des 5G-Ausbaus(NVwZ 2020, 1642)

1647

verschoben werden kann, wenn eine flächendeckende Versorgung gewährleistet sein soll.⁶⁰

Alternativstandorte, die aus Naturschutzgründen vorzugswürdig sind, oder im Innenbereich liegen, sind im Sinne bestmöglicher Schonung⁶¹ des Außenbereichs dem eigentlichen Standort vorzuziehen.⁶² Der Bauherr muss sich jedoch nicht auf unzumutbare oder unrealistische Alternativen verweisen lassen.⁶³

Nach § 35 V BauBG ist beim Mobilfunkausbau der Außenbereich zu schonen. Mobilfunkanlagen sind flächensparend zu errichten und die Bodenversiegelung ist gering zu halten. Zur größtmöglichen Schonung des Außenbereiches ist eine Verpflichtungserklärung zum Rückbau zu verlangen, § 35 V 2 BauGB.

b) weitere öffentlich-rechtliche Einflussnahmemöglichkeiten

Als entgegenstehende öffentlich-rechtliche Belange sind neben dem Baurecht auch das Immissionschutz-, Naturschutz- und Denkmalschutzrecht zu prüfen. Auch hier sind kommunale Einflussnahmemöglichkeiten vorgesehen.

Ein explizites Anhörungsrecht zugunsten der Gemeinde ist allerdings nur in § 7 a der 26. BImSchV verankert. Die Vorschrift bindet zudem nur den Betreiber der Mobilfunkanlage und nicht die Genehmigungsbehörde.⁶⁴ Die Gemeinde hat im Rahmen des baurechtlichen Verfahrens gleichwohl

das Recht, Belange aus anderen öffentlich-rechtlichen Rechtsgebieten vorzubringen.⁶⁵ Sie darf sich aber nicht zum Sachwalter privater Belange machen.⁶⁶

aa) Immissionsschutzrechtliche Anhörung nach § 7 a der 26. BImSchV

Von Mobilfunksendeanlagen dürfen keine schädliche Umwelteinwirkungen, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, ausgehen; unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen sind auf ein Mindestmaß zu beschränken, § 22 BImSchG. Die diesbezüglichen Anforderungen sind in der auf Grundlage von § 23 I BImSchG erlassenen 26. BImSchV konkretisiert.

§ 5 der 26. BImSchV stützt sich zur Berechnung der Grenzwerte, die das *BVerfG* als ausreichend erachtet,⁶⁷ auf die Festlegungen der DIN EN 50413. Werden die Grenzwerte eingehalten, stellt die *BNetzA* eine Standortbescheinigung aus, § 5 II BEMFV.⁶⁸ Diese deckt die Aspekte der immissionsschutzrechtlichen Prüfung im Baugenehmigungsverfahren ab.

Für eine Small Cell-Anlage wird keine Standortbescheinigung benötigt, da sie grundsätzlich mit einer geringeren EIRP als 10 Watt sendet;⁶⁹ nach § 11 II 1 BEMFV iVm § 7 I der 26. BImSchV muss deren Inbetriebnahme/Außerbetriebnahme jedoch innerhalb von vier Wochen gegenüber der *BNetzA* angezeigt werden. Informations- und Anhörungsrechte der Kommune bestehen nach § 7 a der 26. BImSchV. Der Gemeinde ist durch frühzeitige Information die Möglichkeit zu geben, an der Auswahl möglicher Alternativstandorte mitzuwirken. Der Betreiber hat die Standortvorschläge der Kommune zu prüfen und bei deren Eignung bevorzugt zu verwirklichen. Eine abweichende Entscheidung ist der Kommune gegenüber schriftlich zu begründen.⁷⁰

In der Praxis korrespondiert diese gesetzliche Anforderung mit den entsprechenden Selbstverpflichtungen der Mobilfunkbetreiber.⁷¹

bb) Naturschutzrecht

Da die Errichtung von Sendemasten grundsätzlich einen erheblichen, uU nach § 15 BNatSchG unvermeidbaren,⁷² Eingriff in Natur und Landschaft darstellt,⁷³ kommen naturschutzrechtliche Aspekte der §§ 14 ff. BNatSchG vor allem bei der Errichtung von Sendemasten im Außenbereich oder in festgesetzten Schutzgebieten zum Tragen.

§§ 14–17 BNatSchG finden im Innenbereich keine Anwendung, § 18 II 1 BNatSchG. Im Geltungsbereich von Bebauungsplänen werden naturschutzrechtliche Aspekte bereits im Aufstellungsverfahren berücksichtigt. Bei verfahrensfreien Vorhaben verlangt § 17 III BNatSchG gleichwohl die Genehmigung der zuständigen Naturschutzbehörde. Liegen die Voraussetzungen des § 15 BNatSchG vor, besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung. Für die Genehmigung von Mobilfunkanlagen ist dies ohne Bedeutung, da verfahrensfreie Vorhaben aufgrund der Höhenbeschränkung zum einen kaum im Außenbereich zu finden sein werden und zum anderen die naturschutzrechtlichen Belange bei der Aufstellung des Bebauungsplans bereits berücksichtigt worden sind.

Die Vorgaben des allgemeinen Artenschutzes (§§ 39 ff. BNatSchG) können durch Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung gewahrt werden.⁷⁴ Vögel und Fledermäuse können Mobilfunkmasten als Hindernisse erkennen und ihnen ausweichen.⁷⁵

cc) Denkmalschutzrecht

Bei der Errichtung einer Mobilfunkanlage an, in oder auf denkmalgeschützten Gebäuden oder Ensembles sind die landesrechtlichen Regelungen des Denkmalschutzrechts als öffentlich-rechtliche Vorschriften zu beachten.⁷⁶

Liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Erscheinungsbildes vor, ist die Genehmigung sowohl gem. § 8 DenkmSchG bzw. §§ 12, 15 DenkmSchG grundsätzlich zu versagen; bei unwesentlichen Beeinträchtigungen besteht regelmäßig ein Rechtsanspruch auf Genehmigung. Eine erhebliche Beeinträchtigung ist grundsätzlich anzunehmen, wenn der Gesamteindruck des Kulturdenkmals empfindlich gestört wird, der Gegensatz deutlich wahrnehmbar ist und vom Betrachter als belastend empfunden wird. Im Falle der Unterschutzstellung aus künstlerischen Gründen liegt die Erheblichkeitsschwelle wegen der besonderen Bedeutung des äußeren Erscheinungsbildes höher als bei einer Unterschutzstellung aus wissenschaftlichen oder heimatgeschichtlichen Gründen.⁷⁷

dd) weitere öffentlich-rechtliche Vorschriften

Nach § 22 I StrG und § 9 I FStrG sind Hochbauten in gewissen Abständen⁷⁸ zu Straßen untersagt, während § 22 II, 3 StrG oder § 9 II FStrG die Errichtung von Hochbauten bis zu einer bestimmten Entfernung⁷⁹ von der Zustimmung der jeweils zuständigen Behörde abhängig machen. Ausnahmen sind im Einzelfall nach § 22 I 2 StrG bzw. § 9 VIII FStrG möglich. Das *BVerwG* lehnt eine generelle Ausnahmeregelung für Mobilfunkanlagen im Hinblick auf den Versorgungsauftrag des TKUs jedoch ab.⁸⁰

II. Fazit

Bei der Planung, Genehmigung und Errichtung von Mobilfunkanlagen bestehen in jedem Verfahrensstadium kommunale Einflussnahmemöglichkeiten. Der Gestaltungsspielraum ist dabei umso größer, je aktiver und je früher sich die Gemeinde in den Prozess einbringt.

Ein kommunales Mobilfunkkonzept – eventuell auch unter Beteiligung der Bürgerschaft – erleichtert die Standortsuche und schafft Akzeptanz. Mit Hilfe eines solchen Mobilfunkkonzepts können konfliktträchtige Standorte bestmöglich vermieden, gleichzeitig aber auch der flächendeckenden Mobilfunkversorgung Rechnung getragen werden.

Die Zurverfügungstellung öffentlicher Flächen setzt positive Anreize für den Mobilfunkausbau vor Ort. Im Rahmen der Bauleitplanung ist ein Mobilfunkkonzept als städtebaulicher Belang iSd § 1 VI Nr. 11 BauGB bei Beurteilungsspielräumen und Ermessensentscheidungen wie beispielsweise der Erteilung einer Befreiung oder Ausnahme nach § 31 BauGB oder im Rahmen des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB zu berücksichtigen.

Im Rahmen der Bauleitplanung dürfen Gemeinden zwar keine niedrigeren als die in der 26. BImSchVO festgelegten Grenzwerte festsetzen; es ist ihnen jedoch unbenommen, auch Gesundheitsvorsorge als städtebauliches Ziel zu betreiben.

Schließlich können Kommunen mit örtlichen Bauvorschriften wie einer Gestaltungssatzung punktuell gestalterische Vorgaben machen.

Genehmigungsrechtliche Möglichkeiten finden sich nur im Rahmen der Verfahrensbeteiligung (bspw. § 36 BauGB). Erteilt die Gemeinde das Einvernehmen nicht, handelt sie rechtswidrig. Die Bauaufsichtsbehörde kann das Einvernehmen ersetzen.

* Der Autor *Frey* ist Professor für öffentliches Recht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung Kehl, die Autorin *Weiss* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin dort, die Autorin *Nitsch* studentische Hilfskraft. Der vorliegende Text entstand im Rahmen des Forschungsprojekts „5G im Ländlichen Raum/Digitaler L@ndkreis Tuttlingen“ des Förderprogramms „Digitale Zukunftskommune@bw“.

- 1 5G ist der Nachfolger der 4. Mobilfunkgeneration [4G/LTE] und zeichnet sich insbesondere durch hohe Übertragungsgeschwindigkeiten bis zu 10 Gbit/s aus. Aufgrund von Latenzzeiten im Millisekundenbereich ist 5G eine der grundlegenden Technologien des Internets der Dinge und entscheidende Voraussetzung für das autonome Fahren, Anwendungen der virtuellen und erweiterten Realität, oder der digitalen Medizin.
- 2 Mobilfunkstrategie der Bundesregierung v. 18.11.2019, 20.
- 3 Kleine Funkstationen, die der Verdichtung dienen. Mit einem Versorgungsradius von ca. 150 m werden sie die künftige 5G-Infrastruktur prägen.
- 4 Mobilfunkstrategie der Bundesregierung v. 18.11.2019, 20.
- 5 *VGH München*, BauR 2014, 1115 = BeckRS 2014, 50170.
- 6 *Grundeis*, Mobilfunkanlagen. Ein Beitrag zur rechtlichen Zulässigkeit und Steuerung der Errichtung ortsfester Mobilfunkanlagen unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Baurechts, 2005, 358.
- 7 BeckOK BauGB/*Dirnberger* in *Spannowsky/Uechtritz*, 48. Aufl. 2020, Vorb. § 1 BauGB.
- 8 *BVerwG*, NVwZ 2002, 1114.
- 9 *BVerwG*, NVwZ 2002, 1114.
- 10 *BVerwG*, NJW 1971, 1626; DÖV 1972, 822; NVwZ 1999, 1338; NVwZ 2004, 220; *BVerwGE* 146, 137 = NVwZ 2013, 1157.
- 11 *Herkner*, BauR 2006, 1399 (1407); *VGH München*, BauR 2003, 1701 (1702).
- 12 *Muckel/Ogorek* (Hrsg.), Öffentliches Baurecht, 2. Aufl. 2014, § 5 Rn. 1.
- 13 *VG München*, Urt. v. 5.2.2015 – M 1 K 14.3335, BeckRS 2015, 100034 Rn. 30; *Jäde/Dirnberger* (Hrsg.), Kommentar zum Baugesetzbuch und zur Baunutzungsverordnung, 9. Aufl. 2018, § 1 Rn. 75; *Niederstetter*, Mobilfunkanlagen im System des Bauplanungsrechts, 2005, 109.
- 14 *VGH München*, Urt. v. 2.8.2007 – 1 BV 06/464, BeckRS 2008, 34381 Rn. 26.
- 15 *VGH München*, Urt. v. 2.8.2007 – 1 BV 06/464, BeckRS 2008, 34381 Rn. 26.
- 16 *Mitschang/Reidt* in *Battis/Krautzberger/Löhr*, Baugesetzbuch, 14. Aufl. 2019, § 35 Rn. 29.
- 17 *Niederstetter*, Mobilfunkanlagen im System des Bauplanungsrechts, 108; *Grundeis*, Mobilfunkanlagen. Ein Beitrag zur rechtlichen Zulässigkeit und Steuerung der Errichtung ortsfester Mobilfunkanlagen unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Baurechts, 271; *Maiß*, Mobilfunkanlagen als Problem des Baurechts, 2008, 185; *Derpa/Frey/Hager/Jenssen/Rettenmeyer*, Windenergie erfolgreich gestalten. Ein Leitfaden mit Handlungsempfehlungen und Praxishinweisen, 2019, 98.
- 18 *Krautzberger*, § 35 Rn. 77.
- 19 *Herkner*, BauR 2006, 1399 (1406).
- 20 *Frey*, DÖV 2014, 547 (555).
- 21 *BVerwGE* 144, 82 = NVwZ 2013, 304.
- 22 *Herkner*, BauR 2006, 1399 (1408).
- 23 BeckOK BauGB/*Spannowsky*, Vorb. zu § 9.
- 24 BeckOK BauGB/*Spannowsky*, § 9 Rn. 78.
- 25 *Herkner*, BauR 2006, 1399 (1408).
- 26 *Herkner*, BauR 2006, 1399 (1408).
- 27 Bspw. Höhenbeschränkungen für bauliche Anlagen gem. § 74 I Nr. 1 oder Nr. 4 LBO, Beschränkungen hinsichtlich Anbringungszahl und -art.
- 28 So auch: *Maiß*, Mobilfunkanlagen als Problem des Baurechts, 2008, 317.
- 29 Vgl. § 58 I LBO BW.
- 30 *Jarass* in *Jarass* (Hrsg.), BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 22 Rn. 9; *VGH Kassel*, NVwZ 2000, 694.

- 31 *BVerwGE* 91, 234 = NVwZ 1993, 983.
- 32 *VGH Mannheim*, BauR 1990, 703.
- 33 *Martens/Appelbaum*, NZM 2002, 642 (646); *Seebauer*, BayVBI 2007, 357 (358).
- 34 *VG Gießen*, Urt. v. 8.9.2003 – 1 E 1173/03, BeckRS 2003, 25391; *VG Bayreuth*, Urt. v. 5.7.2001 – B 2 S 01.367, BeckRS 2001, 19918.
- 35 *Stock in König/Roeser/Stock* (Hrsg.), BauNVO 2019, § 14 Rn. 43; *Schmehl/Ludewig*, Jura 2011, 669 (670).
- 36 *Stock in König/Roeser/Stock* (Hrsg.), BauNVO 2019, § 14 Rn. 25; *Niederstetter*, Mobilfunkanlagen im System des Bauplanungsrechts, 54.
- 37 *Tysper*, BauR 2008, 614 (615).
- 38 *BVerwGE* 144, 82 = NVwZ 2013, 304 = BauR 2013, 191, zuvor *VGH München*, DVBI 2011, 299 = BeckRS 2011, 45919.
- 39 *Stock in König/Roeser/Stock* (Hrsg.), BauNVO 2019, § 14 Rn. 24 a ff.; *Gehrken/Kahle/Mechel*, ZUR 2006, 72 (75).
- 40 Zum Gewerbebegriff im Sinne des BauNVO: *Pützenbacher in Bönker/Bischopink*, BauNVO, 2. Aufl. 2018, § 8 Rn. 52.
- 41 *Schmehl/Ludewig*, Jura 2011, 669 (673); *Niederstetter*, Mobilfunkanlagen im System des Bauplanungsrechts, 69.
- 42 Zu den Anforderungen an eine Befreiung nach § 31 II BauGB vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 24.9.2009 – 4 B 29/09, BeckRS 2009, 39915, wonach neben der Erfüllung der Nr. 1–3 auch die Grundzüge der Planung nicht berührt werden dürfen.
- 43 *Niederstetter*, Mobilfunkanlagen im System des Bauplanungsrechts, 70; *Schmehl/Ludewig*, Jura 2011, 669 (672 f.).
- 44 *Stock in König/Roeser/Stock* (Hrsg.), BauNVO 2019, § 14 Rn. 1.
- 45 *Stock in König/Roeser/Stock* (Hrsg.), BauNVO 2019, § 14 Rn. 3.
- 46 *BVerwG*, NVwZ-RR 1999, 426; *Stock*, § 14 Rn. 3.
- 47 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2012, 579; das *BVerwG* verneinte die Eigenschaft als untergeordnete Nebenanlage, deutete jedoch an, dass die zutreffende Unterordnung zu einem Baugebiet eine andere Entscheidung rechtfertigen könne.
- 48 BR-Drs. 354/89.
- 49 *BVerwG*, NVwZ 2012, 579.
- 50 So zB *VG Koblenz*, Urt. v. 1.3.2011 – 1 K 1099/10, BeckRS 2011, 49011.
- 51 § 2 III Nr. 4 BauNVO bzw. § 4 III Nr. 2 BauNVO iVm § 31 I BauGB, § 14 II 2 BauNVO.
- 52 *Ziegler in Brügelmann*, Baugesetzbuch, 112. Lfg. 2019, § 14 Rn. 145 ff.; so auch *Niederstetter*, Mobilfunkanlagen im System des Bauplanungsrechts, 97; dazu auch: *VG München*, Urt. v. 12.7.2017 – M 9 K 16.2882, BeckRS 2017, 122127.
- 53 Hierzu auch: *BVerwG*, Beschl. v. 24.9.2009 – 4 B 29/09, BeckRS 2009, 39915.
- 54 *Niederstetter*, Mobilfunkanlagen im System des Bauplanungsrechts, 98 ff.; *OVG Koblenz*, Urt. v. 7.8.2003 – 1 A 10196/03, BeckRS 2012, 59813.
- 55 *Grundeis*, Mobilfunkanlagen. Ein Beitrag zur rechtlichen Zulässigkeit und Steuerung der Errichtung ortsfester Mobilfunkanlagen unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Baurechts, 244 f.; *VG Bayreuth*, Beschl. v. 5.7.2001 – B 2 S 01.367, BeckRS 2001, 19918 Rn. 21.
- 56 *Mitschang/Reidt in Battis/Krautzberger/Löhr*, Baugesetzbuch, § 34 Rn. 40.
- 57 *VGH Mannheim*, Urt. v. 19.7.2010 – 8 S 77/09, BeckRS 2010, 50893.
- 58 *Niederstetter*, Mobilfunkanlagen im System des Bauplanungsrechts, 108; *Grundeis*, Mobilfunkanlagen. Ein Beitrag zur rechtlichen Zulässigkeit und Steuerung der Errichtung ortsfester

- Mobilfunkanlagen unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Baurechts, 262; *VGH München*, Beschl. v. 26.5.2014 – 2 ZB 12.231 Rn. 6 ff.
- 59 *BVerwG*, NJW 1975, 550; *VG Sigmaringen*, Urt. v. 25.4.2001 – 7 K 1173/00, BeckRS 2004, 24553 Rn. 27.
- 60 *Niederstetter*, Mobilfunkanlagen im System des Bauplanungsrechts, 105; *Grundeis*, Mobilfunkanlagen. Ein Beitrag zur rechtlichen Zulässigkeit und Steuerung der Errichtung ortsfester Mobilfunkanlagen unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Baurechts, 256; *Martens/Appelbaum*, NZM 2002, 642 (648).
- 61 Siehe auch: *BVerwG*, NVwZ-RR 1992, 401.
- 62 *Niederstetter*, Mobilfunkanlagen im System des Bauplanungsrechts, 105; *VGH München*, Beschl. v. 26.5.2014 – 2 ZB 12.231; *VG Sigmaringen*, Urt. v. 25.4.2001 – 7 K 1173/00, BeckRS 2004, 24553 Rn. 26; *BVerwGE* 147, 37 = NVwZ 2013, 1288; aA: *VGH Mannheim*, Urt. v. 17.2.2012 – 8 S 1796/10, BeckRS 2012, 48233 Rn. 33; *BVerwG*, Urt. v. 20.6.2013 – 4 C 2/12, MMR 2014, 141 (142).
- 63 *Grundeis*, Mobilfunkanlagen. Ein Beitrag zur rechtlichen Zulässigkeit und Steuerung der Errichtung ortsfester Mobilfunkanlagen unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Baurechts, 257.
- 64 *Röckinghausen* in *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, 91. EL 2019, § 7 a 26. BImSchVO.
- 65 *BVerwGE* 137, 247 = NVwZ 2011, 61; aA *VGH München*, Beschl. v. 19.7.2010 – 9 CE 10.983, BeckRS 2011, 46522; vgl. auch den Überblick bei *Dippel*, NVwZ 2011, 769 (771 f.).
- 66 So bereits *BVerwG*, Urt. v. 6.12.1967 – 4 C 94/66.
- 67 *BVerfG*, NJW 2002, 1638 = NVwZ 2002, 1103 Ls.
- 68 Verordnung über das Nachweisverfahren zur Begrenzung elektromagnetischer Felder v. 20.8.2002, BGBl. I 2002, 3366.
- 69 Äquivalente isotrope Strahlungsleistung; vgl. auch: Telekom: Mobilfunk und Gesundheit. Fakten und Informationen zu Technik, Forschung und Sicherheit, abrufbar unter <https://www.telekom.com/resource/blob/485028/50130a900a034f84e57b1189fa6920d4/dl-fakten-mobilfunk-und-gesundheit-data.pdf>, 16, 11.2.2020.
- 70 Vgl. hierzu bereits Hinweise zur Durchführung der Verordnung über elektromagnetische Felder mit Beschl. d. 54. Amtschefkonferenz id Fassung d. Beschl. d. 128. Sitzung der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz am 17. und 18.9.2014 in Landshut, S. 40 ff., abrufbar unter https://www.lai-immissionsschutz.de/documents/ack_1503575775.pdf, 1.7.2020.
- 71 Ähnlich Deutsches Institut für Urbanistik: Gutachten 2017 zur Umsetzung der Zusagen der Selbstverpflichtung der Mobilfunkbetreiber. <https://difu.de/publikationen/2018/gutachten-2017-zur-umsetzung-der-zusagen-der.html>, Juli 2018, 5 (10).2.2020.
- 72 *Grundeis*, Mobilfunkanlagen. Ein Beitrag zur rechtlichen Zulässigkeit und Steuerung der Errichtung ortsfester Mobilfunkanlagen unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Baurechts, 412.
- 73 *Schink*, NuR 2017, 585 (589).
- 74 *VGH Mannheim*, Urt. v. 19.7.2010 – 8 S 77/09, BeckRS 2010, 50893.
- 75 *VGH Mannheim*, Urt. v. 19.7.2010 – 8 S 77/09, BeckRS 2010, 50893; *VG Sigmaringen*, Urt. v. 9.6.2011 – 6 K 1664/10, BeckRS 2011, 52601.
- 76 Der Text orientiert sich an den baden-württembergischen Vorschriften, vgl. insbes. §§ 8 I Nr. 2, 15 I Nr. 2, § 19 II DenkmSchG.
- 77 *VG Stuttgart*, Urt. v. 2.12.2009 – 13 K 136/09, BeckRS 2010, 46035.
- 78 Bis zu 40 m bei Bundesautobahnen, bis zu 20 m bei Bundesstraßen, bis zu 20 m bei Landesstraßen außerhalb der Ortsdurchfahrungen, bis zu 15 m bei Kreisstraßen und bis zu 5 m bei Radschnellverbindungen.
- 79 Bis zu 100 m bei Bundesautobahnen, bis zu 40 m bei Bundesstraßen außerhalb der Ortsdurchfahrungen, bis zu 40 m bei Landesstraßen, bis zu 30 m bei Kreisstraßen und bis zu 10 m bei Radschnellverbindungen.

80 *BVerwG*, NVwZ-RR 2001, 713.