

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 15 CS 05.3346
Sachgebiets-Nr. 520

Rechtsquellen:

BauGB § 35 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Satz 1 Nr. 5, § 36
BayBO Art. 74 Abs. 1
VwGO § 80a

Hauptpunkte:

Mobilfunkmast
Verbesserung der Netzabdeckung ("Dienen")
Standortwahl
Ermessen der Bauaufsichtsbehörde bei der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens

Leitsätze:

1. Zur planungsrechtlichen Zulässigkeit eines Mobilfunkmasts im Außenbereich
2. Das Ermessen der Bauaufsichtsbehörde bei der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens dient regelmäßig nicht auch der Würdigung gemeindlicher Interessen.

veröffentlicht in:

Rechtskräftig:

Beschluss des 15. Senats vom 13. Februar 2006

(VG Regensburg, Entscheidung vom 30. November 2005, Az.: RN 6 S 05.1558)

15 CS 05.3346
RN 6 S 05.1558

*Großes
Staatswappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Verwaltungsstreitsache

***** ** **

***** ** ** *****

***** ** ** ***** ,

- Antragstellerin -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte ***** * *****

***** ** *****

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch:

Landesanwaltschaft Bayern,

***** ** *****

- Antragsgegner -

beigeladen:

***** ***** * *****

***** ** *****

***** ** *****

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte *** ***** ** ***** ** *****

***** ***** ***** ,

wegen

Baugenehmigung (Mobilfunkantenne)

(Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO);

hier: Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts Regensburg vom 30. November 2005,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 15. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Happ,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Wünschmann,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Herrmann

ohne mündliche Verhandlung am **13. Februar 2006**
folgenden

Beschluss:

- I. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu tragen.
- III. Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 3.750 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1. Der antragstellenden Gemeinde, deren Einvernehmen im Baugenehmigungsbescheid vom 22. Juni 2005 durch das Landratsamt Passau ersetzt worden ist, geht es darum, dass die der Beigeladenen erteilte Baugenehmigung außer Vollzug gesetzt wird. Sie hält die planungsrechtlichen Voraussetzungen für das im Außenbereich geplante Vorhaben nicht für gegeben. Gegenstand der Baugenehmigung ist die Errichtung eines 33 m hohen Stahlgittermastes zur Montage von Mobilfunkantennen mit zugehöriger Systemtechnik auf dem Grundstück FINr. 554, Gemarkung Neuburg a.Inn.

Das Verwaltungsgericht hat das vorläufige Rechtsschutzbegehren mit Beschluss vom 30. November 2005 abgelehnt. Der Senat macht sich die tatsächlichen Feststellungen dieses Beschlusses zu eigen und nimmt auf dessen Nummer I Bezug (§ 130 b Satz 1 VwGO analog).

2. Die Antragstellerin hat am 16. Dezember 2005 Beschwerde eingelegt und lässt im Wesentlichen vortragen:

Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts sei das Vorhaben nicht nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB privilegiert, weil auch bei großzügiger Prüfung die Anforderungen an eine besondere Ortsgebundenheit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht vorlägen. Der für die Telekommunikationsversorgung vorgesehene Bereich sei weitgehend durch das Netz der Beigeladenen abgedeckt und der geplante Standort führe allenfalls zu einer unwesentlichen Verbesserung der Versorgung. Die von der Beigeladenen erstellten und vom Verwaltungsgericht zugrunde gelegten computertechnischen Darstellungen hält die Antragstellerin hinsichtlich ihres Zustandekommens für fragwürdig. Sie rügt, weitere angebotene Alternativstandorte seien hinsichtlich ihrer Eignung nicht untersucht worden, insbesondere die Standorte in Wernstein, in Schardenberg und an der B 388 (St 2110) auf der Höhe Neuhaus. Weiterhin beanstandet die Antragstellerin die vorläufige Auffassung des Verwaltungsgerichts, die nach Art. 6 a Abs. 2 Satz 1 BayNatSchG erforderliche Interessenabwägung sei fehlerfrei vorgenommen worden. Berücksichtige man die allenfalls sehr geringe Verbesserung der Versorgungssituation an der Staatsstraße 2110, so könne dieser geringe Nutzen die weit reichende Beeinträchtigung durch einen nicht ausgleichbaren Eingriff in Natur und Landschaft nicht aufwiegen. Dem Vorhaben stünden im Übrigen öffentliche Belange im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegen im Hinblick auf die im Flächennutzungsplan der Antragstellerin ausgewiesene Konzentrationsfläche an anderer Stelle. Die damit gegebene Regelvermutung habe die Beigeladene nicht widerlegt. Das Landratsamt habe bei der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens sein Ermessen nicht ausgeübt; eine Nachholung sei nur im Sinne einer Ergänzung möglich, nicht aber im Sinne einer erstmaligen Ausübung von Ermessen. Nach allem seien die Erfolgsaussichten im Widerspruchsverfahren durchaus beachtlich. Auch wenn man diese als offen ansehen wolle, müsse die Abwägungsentscheidung zugunsten der Antragstellerin ausgehen.

Die Antragstellerin beantragt:

Unter Aufhebung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Regensburg vom 30. November 2005 wird die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 27. Juli 2005 gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 22. Juni 2005 und einer nachfolgenden Klage angeordnet.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er vertritt die Auffassung, das Vorhaben sei privilegiert, weil es den vom Bundesverwaltungsgericht für Anlagen der öffentlichen Versorgung geforderten spezifischen Standortbezug ausweise. Nur durch den verfahrensgegenständlichen Standort könne eine bessere Abdeckung des betreffenden Gebietes erreicht werden. Nicht die Anzahl der möglichen Benutzer sei entscheidend, sondern das Ziel der flächendeckenden Benutzung (Art. 87 f GG). Die von der Antragstellerin erwähnte Darstellung im Flächennutzungsplan an anderer Stelle sei keine positive Standortzuweisung im Sinn des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Dargestellt werde lediglich ein Richtfunkmast für die Deutsche Bundespost. Der Standort sei offensichtlich lediglich als vorhanden übernommen worden und gebe nicht die Absicht wieder, Mobilfunkanlagen an anderer Stelle auszuschließen.

Die Beigeladene verteidigt den verwaltungsgerichtlichen Beschluss. Sie führt aus, der Sinn eines mobilen Netzes liege gerade darin, dass es von jedem beliebigen Standpunkt aus verfügbar sei. Es sei nicht entscheidend, wie viel in dem jeweiligen Bereich telefoniert werde. Im Bereich Neuburg selbst sowie auf der B 388 (St 2110) und in den umliegenden Gemeinden bestehe eine Versorgungslücke. Die zum Beleg vorgelegte Computersimulation weiche von der von der Antragstellerin bereits überreichten Netzabdeckungskarte (Anlage Ast 9) ab, weil im Internet nur im groben Maßstab die Netzabdeckung dargestellt werden solle, während der Computersimulation eine Detailplanung auf Basis der exakten örtlichen Gegebenheiten zugrunde liege. Die Darstellung im Internet unterscheide auch nicht zwischen Indoor- und Outdoor-Versorgung. In den hellen Bereichen der Computersimulation (Anlage BE 2) sei ein störungsfreies Telefonieren nicht möglich, jedenfalls bestehe eine

relativ hohe Wahrscheinlichkeit, dass es zu Störungen komme. Das Vorhaben sei angesichts der Masthöhe und der topographischen Lage geeignet, einen verhältnismäßig großen Teil der Versorgungslücke in der hier zu beurteilenden Region zu schließen, denn neben dem bebauten Gebiet in Neuburg selbst würden auch Teile von Fürstdobl, Steinhügel, Kopfsberg und Vornbach sowie die B 388 (St 2110) mitversorgt. Die von der Antragstellerin genannten Alternativen könnten nicht zur Schließung der Versorgungslücke beitragen. Ein Ausweichen auf die Standorte in Österreich (Schardenberg und Wernstein) hätte zur Folge, dass auch österreichisches Territorium mit dem Netz der Beigeladenen versorgt werden würde. Das sei weder Aufgabe noch Zielsetzung der Beigeladenen. Sie habe den Auftrag, das Bundesgebiet flächendeckend zu versorgen, sei aber weder verpflichtet noch berechtigt, ihr Mobilfunknetz auf fremdes Territorium auszudehnen. Ein Standort in Österreich würde zu äußerst unerwünschten Nebeneffekten führen; der dortige Bereich würde zwangsläufig durch das Netz der Beigeladenen mitversorgt werden. Deshalb bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass sich ein Handy automatisch in das E-Netz der Beigeladenen einwählen würde, wenn z.B. aus Schardenberg telefoniert würde. Dies hätte zur Folge, dass ein Nutzer mit einem österreichischen Handyvertrag sein Telefongespräch über das Netz der Klägerin führen würde. Ein angeblich nationales Gespräch wäre also auf einmal ein internationales Gespräch und würde ein Vielfaches dessen kosten, was der betreffende Nutzer eigentlich kalkulieren durfte. Für den Aufbau ihres Netzes in Österreich habe die Beigeladene auch keine Lizenz. Der Standort Neuhaus a.Inn sei nicht geeignet, da zwischen diesem und Neuburg a.Inn ein Berg liege, durch den die Ausbreitung der elektromagnetischen Felder verhindert würde. Zum Beleg verweist die Beigeladene auf die Computersimulation für den Standort Vornbach. Würde man noch weiter nach Süden ausweichen, zu dem von der Antragstellerin vorgeschlagenen Standort, wäre die Situation noch schlechter. Die Einwände der Antragstellerin, es sei nicht erkennbar, ob die Beigeladene bei ihren Computersimulationen Faktoren wie die Topographie und die Erdkrümmung berücksichtigt habe, würden nur "ins Blaue hinein" getätigt und durch nichts zementiert. Die Beigeladene verweist in diesem Zusammenhang auf die Kosten des Bauvorhabens und auf ihr wirtschaftliches Interesse, die einer Auswahl überflüssiger Standorte entgegenstünden. Die Antragstellerin könne sich nur auf eine Verletzung der ihr zustehenden Planungshoheit berufen, die Belange des Naturschutzes hätten aber keinen drittschützenden Charakter und stünden ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit. Zudem berufe sie sich nicht auf die Belange des Naturschutzes allgemein, sondern auf eine Verletzung des in Art. 6 a

BayNatSchG vorgeschriebenen Abwägungsgebotes. Dieses Abwägungsgebot habe aber keinen drittschützenden Charakter. Die Beigeladene unterstützt die Auffassung des Verwaltungsgerichts betreffend den Schutz des Landschaftsbildes. Sie meint darüber hinaus, auch im Falle einer Verunstaltung des Landschaftsbildes würde sich die Privilegierung des Vorhabens gegenüber den öffentlichen Belangen durchsetzen. Bei der im Flächennutzungsplan an der Anschlussstelle Passau-Süd ausgewiesenen Fläche handele es sich nicht um eine Konzentrationsfläche für Mobilfunkanlagen. Selbst im gegenteiligen Fall handele es sich um ein Negativkonzept, das bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Vorhabens nicht berücksichtigt werden dürfe, weil bei der Festlegung eine Auseinandersetzung mit den Bedürfnissen des Mobilfunks nicht stattgefunden habe. Das gemeindliche Einvernehmen sei fehlerfrei ersetzt worden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bestehe im Falle der gebundenen Verwaltung kein Ermessensspielraum für die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens. Selbst wenn man zugunsten der Antragstellerin unterstelle, dass die Erfolgsaussichten des Widerspruchsverfahrens als offen zu beurteilen seien, überwiege das Vollzugsinteresse. Die Beigeladene äußert sich in diesem Zusammenhang zu bereits getätigten Investitionen, deren Nutzung im Falle der Außervollzugsetzung für längere Zeit ausbleibe.

3. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge sowie auf die beigezogenen Akten des Antragsgegners Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Auch auf der Grundlage der Darlegungen zur Begründung der Beschwerde (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) ergibt sich, dass der Widerspruch der Antragstellerin gegen die Baugenehmigung vom 22. Juni 2005 voraussichtlich ohne Erfolg bleiben wird.

1. Die Antragstellerin geht davon aus, dass das Vorhaben allenfalls zu einer unwesentlichen Verbesserung der Telekommunikationsversorgung führen wird. Sie stützt sich dabei auf die Netzabdeckungskarte, die die Beigeladene in ihrer Internetpräsentation veröffentlicht, und schließt hieraus, es gehe um die Versorgung von wenigen hundert Metern Streckenabschnitt der Staatsstraße 2110. Die Angaben und Unterlagen der Beigeladenen im Gerichtsverfahren interpretiert sie dahin, dass durch

das Vorhaben die Versorgung dieses kleinen Bereiches nur unwesentlich verbessert werde. Da der geplante Mobilfunkmast deshalb der Telekommunikationsversorgung nicht "diene" im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB, fehle es bereits an einer Privilegierung des Vorhabens.

Jedenfalls nach cursorischer Prüfung spricht vieles für die Annahme, dass das Vorhaben der öffentlichen Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen "dient". Im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vom 3.11.1972 BVerwGE 41, 138) entspricht es allgemeiner Auffassung, dass "Dienen" mehr verlangt als bloße Förderlichkeit, aber weniger als Unentbehrlichkeit. Das vorausgesetzt könnte sich in diesem Zusammenhang die Frage stellen, ob eine jegliche Verbesserung der Versorgungswahrscheinlichkeit die Privilegierung begründet. Andererseits soll das Merkmal des Dienens nach seiner eigentlichen Zielrichtung aber (nur) Vorhaben verhindern, die lediglich vordergründig den Privilegierungstatbestand erfüllen, in Wahrheit aber zu anderen Zwecken bestimmt sind (vgl. BVerwG vom 16.6.1994 BVerwGE 96, 95/100). Letzteres ist bei dem streitigen Vorhaben offensichtlich auszuschließen.

Die Antragstellerin rügt, Alternativstandorte seien nicht ausreichend überprüft worden. Mit diesem Einwand kann das Vorhaben, soweit es den planungsrechtlichen Vorgaben des § 35 BauGB entspricht, nicht in Frage gestellt werden. Die Wahl des Standortes ist keine Frage des Dienens (BVerwG vom 19.6.1991 NVwZ-RR 1992, 401; vom 16.6.1994 a.a.O.). Der Standort hat lediglich indizielle Bedeutung für die Frage, ob das Vorhaben in Wahrheit zu anderen Zwecken bestimmt ist.

2. Die Antragstellerin hält die im Rahmen des § 35 Abs. 3 BauGB mit dem öffentlichen Belang des Naturschutzes vorgenommene Abwägung für fehlerhaft, da eine unwesentliche Versorgungsverbesserung den nicht ausgleichbaren Eingriff in Natur und Landschaft (Art. 6a BayNatSchG) nicht aufwiegen könne.

Durch das Vorhaben sollen nicht nur wenige hundert Meter Straßenlänge, sondern Teile der Gemeinde Neuburg a. Inn großflächig und die durchlaufende Staatsstraße auf einer Länge von etwa 5 km versorgt werden. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat die Beigeladene präzisierend mitgeteilt, die einbezogene Teilstrecke der Staatsstraße beginne im Nordwesten an der Kreuzung Richtung Neukirchen a. Inn und ende im Süden zwischen Kopfsberg und Vornbach (Beiakt 1 Bl. 47). Sie

hat hier eine kartographische Darstellung der Ist-Versorgung vorgelegt, die in dem genannten Gebiet eine Versorgungswahrscheinlichkeit von weniger als 75 % erkennen lässt (Anlage BE 1 zum Schriftsatz vom 24.11.2005). Zwar können sich Bedenken daraus ergeben, dass das in einem offenkundigen Widerspruch zur Internetpräsentation der Beigeladenen steht, die den fraglichen Bereich schon derzeit weitgehend unter die Kategorie "Spitzenqualität" einstuft. Insbesondere im Hinblick auf die Entfernung zum nächstgelegenen Versorgungsmast Passau-Süd ist aber jedenfalls für das Verfahren auf vorläufigen Rechtsschutz hinreichend plausibel, dass die angestrebte Verbesserung der Netzabdeckung nicht nur marginal, sondern deutlich sein wird und die Internetpräsentation der Beigeladenen die Realität unzutreffend wiedergibt. Die Zweifel der Antragstellerin an den Computersimulationen, die die Beigeladene zur Darstellungen der Ist-Versorgung und der Vorhabenswirkung verwendet, sind nicht ausreichend substantiiert. Zwar sind diese Darstellungen von Parametern abhängig, die die Beigeladene festlegt und die jedenfalls im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht eingehend überprüft werden können. Die Antragstellerin wirft insoweit jedoch nur Fragen auf, ohne über die Internetpräsentation hinaus Anhaltspunkte für ihre Auffassung zu liefern, der angestrebte Versorgungsbereich sei bereits gut versorgt bzw. das Vorhaben werde nur zu einer unwesentlichen Versorgungsverbesserung führen.

Die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) sind demgegenüber nach Lage der Akten nur von geringem Gewicht. Auf die Stellungnahme der unteren Naturschutzbehörde vom 18. April 2005 wird Bezug genommen. Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hat nichts erbracht, was diese Stellungnahme in Zweifel ziehen würde.

3. Der Annahme der Antragstellerin, die Darstellung einer Richtfunkanlage im Flächennutzungsplan stehe als Standortzuweisung im Sinn des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegen, steht zunächst die Andersartigkeit des Vorhabens entgegen. Im Übrigen hat die Antragstellerin auch nicht plausibel gemacht, dass die Richtfunkanlage mit dem Ziel dargestellt ist, Antennenmasten auf diesen Standort zu konzentrieren und im übrigen Außenbereich auszuschließen (vgl. VGH vom 19.4.2004 BayVBI 2005, 63).

4. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin führt es auch nicht zur Rechtswidrigkeit der Einvernehmensersetzung und damit der Baugenehmigung, dass die Bauauf-

sichtsbehörde keine Ermessenserwägungen angestellt hat. Zwar "kann" die Behörde nach Art. 74 Abs. 1 BayBO ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde ersetzen. Mit dieser Wendung wird der Bauaufsichtsbehörde jedoch kein Ermessensspielraum eingeräumt, der im Grundsatz auch im Interesse der Gemeinde auszuüben wäre. Die Vorschrift dient der Verfahrenskonzentration und verhindert, dass neben dem Baugenehmigungsverfahren ein weiteres Verfahren (kommunalaufsichtliches Verfahren zur Ersetzung des Einvernehmens) erforderlich wird, wenn eine Gemeinde rechtswidrig ihr Einvernehmen nach § 36 BauGB nicht erteilt hat (vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, RdNr. 40 zu § 36). Das in Art. 74 Abs. 1 BayBO eingeräumte Ermessen räumt der Baugenehmigungsbehörde bei der Frage der Ersetzung des Einvernehmens einen gewissen Freiraum ein, ob sie im Falle rechtswidrigen Verhaltens einer Gemeinde einschreitet oder nicht (im Ergebnis ebenso OVG Lüneburg vom 12.9.2003 NVwZ-RR 2004, 91 ff.; OVG RhPf vom 23.9.1998 NVwZ-RR 2000, 85 ff.). Wie beim Opportunitätsgrundsatz im Allgemeinen besteht dieser Freiraum aber nicht vorrangig im Interesse des Betroffenen (hier: der Gemeinde); die Ausübung des Ermessens setzt daher regelmäßig keine Auseinandersetzung mit kommunalen Belangen voraus (vgl. auch Jäde, Gemeinde und Baugesuch, 2. Auflage 2000, Fußnote 200 bei RdNr. 147). Soweit man insoweit in der Rücknahme der Aufsichtsdichte eine Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung sehen wollte (vgl. LT-Drs. 13/8037), ist das bloßer Rechtsreflex. Ob die Gemeinde unter bestimmten Voraussetzungen - etwa rechtlich besonders schwierig zu beurteilende Vorhaben oder willkürliche Handhabung des Ermessens - einen Ermessens Fehlgebrauch rügen kann, bedarf nach der konkreten Sachlage keiner Klärung.

5. Nach der Sachlage, wie sie sich im Verfahren auf vorläufigen Rechtsschutz darstellt, und deren cursorischer rechtlicher Würdigung wird der Widerspruch der Antragstellerin voraussichtlich erfolglos bleiben. Besonders gewichtige Interessen der Antragstellerin, die gleichwohl eine Aussetzung des Vollzugs erfordern würden, haben sich nicht ergeben. Nach der Art des Vorhabens besteht auch nicht die Gefahr, dass vollendete Tatsachen geschaffen werden, die sich nicht mehr rückgängig machen lassen, sollte sich im weiteren Verfahren ergeben, dass die Baugenehmigung rechtswidrig ist.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO, die Streitwertfestsetzung auf § 47 Abs. 1 Satz 1, § 53 Abs. 3 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Happ

Wünschmann

Herrmann