

17. Dezember 2007

**Baugesuch der Sunrise Communications AG
für eine Mobilfunkantennenanlage auf
Grundstück Nr. 985, Stutzring 2, St. Niklausen**

Josef Wehrmüller, lic. iur.
Rechtsanwalt und Notar

Pilatusstrasse 39
CH-6003 Luzern
Telefon 041 240 90 10
Fax 041 240 15 55
wehrmueller@kwmm.ch

**Bemerkungen und Hinweise aus rechtlicher Sicht
zum Urteil V 07 58 des Verwaltungsgerichts vom
3. Dezember 2007**

Inhalt:

1. Das Urteil
2. Rechtsmittel
 - 2.1 Qualifikation als Zwischenentscheid
 - 2.2 Rechtsmittelfrist
 - 2.3 Chancen
3. Rasch zu treffende Massnahmen
 - 3.1 Gutachter Dr. Benjamin Wittwer
 - 3.2 Orientierung der Öffentlichkeit
 - 3.3 Sunrise Communications AG
4. Weitere Hinweise
 - 4.1 Einsprecher
 - 4.2 Parkanlage Stutzring 2
 - 4.3 Bestehende Planungszone
 - 4.4 „Mobilfunkspezifische Planungszone“

Urs Mattmann, lic. iur.
Rechtsanwalt und Notar
Pilatusstrasse 39
CH-6003 Luzern

Beat Mühlebach, lic. iur.
Rechtsanwalt und Notar
Pilatusstrasse 39
CH-6003 Luzern

1. Das Urteil

Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde der Sunrise Communications AG gutgeheissen, soweit darauf eingetreten worden ist. Der Entscheid des Gemeinderates Horw vom 1. Februar 2007 ist aufgehoben und die Sache zur beförderlichen Beurteilung des Baugesuches an die Vorinstanz zurückgewiesen worden.

Die Gemeinde Horw hat die amtlichen Kosten von pauschal Fr. 2'000.00 zu tragen und der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.00 auszurichten.

Zusammenfassungen der Erwägungen (E.):

E.1 Verfahrensfragen

Hier werden Fragen der Zuständigkeit, der Legitimation, der Überprüfungsbezugnis (inkl. Ermessen) und der massgebenden rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse beantwortet.

E.2 Zulässigkeit der vorfrageweisen Überprüfung der Planungszone

Es wird festgestellt, dass sich der Bauabschlag einzig auf die vom Gemeinderat erlassene Planungszone abstützt. Diese ist direkt anfechtbar [nach dem noch ausstehenden Entscheid des Gemeinderates über die Einsprachen gegen die Planungszone]. Die Planungszone kann jedoch bereits im vorliegenden Fall gerichtlich geprüft werden, da sie in sachlicher und zeitlicher Hinsicht zu erheblichen Beschränkungen von Eigentums- und Nutzungsrechten führt.

E.3 Konkrete Prüfung der Planungszone

a) Allgemeines zur Planungszone

Ausführungen allgemeiner Art zum Zweck und zur Wirkung einer Planungszone.

b) Inhalt der Planungszone in Horw

Der Inhalt der Planungszone, der gleich lautet wie die Initiative, wird zitiert.

c) Bundesgerichtsurteil Wil

Hier wird die E. 4.2 des Bundesgerichtsurteils Wil zitiert (Urteil 1C_94/2007 vom 3. September 2007, publiziert im Internet und in: BGE 133 II 353 S. 359 f.). Die Wiler Planungszone ist mit derjenigen in Horw vergleichbar (Höhenvorschriften für Dachaufbauten und Anlagen). Das Bundesgericht führt im Wesentlichen aus:

- Ein weitgehendes Verbot von Mobilfunkantennen ist mit der Fernmeldegesetzgebung des Bundes nicht vereinbar.
- Sollen Mobilfunkantennen einschränkenden Planungsvorschriften unterstellt werden, so hat dies grundsätzlich explizit zu geschehen. Dabei ist auf die Zielsetzungen der Fernmeldegesetzgebung angemessen Rücksicht zu nehmen. Den mobilfunktechnischen Fragestellungen ist in spezifischer Weise Rechnung zu tragen.
- Die Wiler Vorschriften erfüllen diese Anforderungen an die Regelung vom Mobilfunkantennen nicht, weshalb sie die Planung und Errichtung von Mobilfunkantennen nicht erfassen und auch nicht einzuschränken vermögen.

d) In Horw wie in Wil

In Horw verhält es sich gleich wie Wil.

e) Konsequenzen

Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an den Gemeinderat zurückzuweisen. Hervorzuheben sind zwei Bemerkungen des Verwaltungsgerichts:

- Der Gemeinderat hat das Verfahren zügig voranzutreiben. Aufgrund des spezifischen Standortes der streitbetroffenen Anlage und der grossen Zahl der zu behandelnden Einsprachen sind konkrete zeitliche Vorgaben für die Behandlung nicht angezeigt.
- Es ist nicht im Verfahren vor Verwaltungsgericht zu entscheiden, ob eine Sistierung allenfalls im Hinblick auf die Umsetzung einer bundesrechtskonformen Antennenstrategie Sinn machen würde, sofern wenigstens die Sunrise ihrerseits Hand dazu bietet.

E.4 Rechtsverweigerung / Rechtsverzögerung

Es besteht kein aktuelles Rechtsschutzinteresse mehr an der Behandlung der Rügen betreffend Rechtsverzögerung und Rechtsverweigerung.

E.5 Gebühren der Gemeinde

Auch über die von der Gemeinde verlangten Gebühren von Fr. 14'285.00, wobei von der Gemeinde eine Reduktion um Fr. 3'405.00 beantragt wurde, ist mit der Aufhebung des Entscheides nicht mehr zu befinden.

Das Verwaltungsgericht macht - aus verfahrensökonomischen Gründen - Hinweise für die Gebührenerhebung, die zu gegebener Zeit zu beachten sind.

E.6 Kosten des Gerichtsverfahrens

Die erkannte Unzulässigkeit der Planungszone stellt keine offenbare Rechtsverletzung dar, angesichts der in dieser Hinsicht bestehenden Rechtsunsicherheit, die durch höchstrichterliche Rechtsprechung erst seit kurzem allmählich behoben wird.

Jedoch bezeichnet das Gericht die Verzögerung der Behandlung des Baugesuches aus Rücksicht auf demokratische und parlamentarische Instrumente, denen rechtliche Vorwirkung gerade nicht zukommt, als Rechtsverzögerung. Deshalb die Gemeinde amtliche Kosten von Fr. 2'000.00 und eine (reduzierte) Parteientschädigung von Fr. 4'000.00 zu bezahlen.

2. Rechtsmittel

Gemäss Rechtsmittelbelehrung kann gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts innert 30 Tagen nach den Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden.

2.1 Qualifikation als Zwischenentscheid

Beim Urteil des Verwaltungsgerichts handelt es sich um einen Rückweisungsentscheid. Dieser schliesst das Verfahren nicht ab und ist somit nach der Regelung des Bundesgerichtsgesetzes kein Endentscheid, sondern ein Zwischenentscheid (BGE 133 V 477 E. 4.2 S. 481).

Mit dem Rückweisungsentscheid des Verwaltungsgerichts wird eine materielle Grundsatzfrage entschieden betreffend (Nicht-) Wirkung der Planungszone bezüglich Mobilfunkanlagen. Der Beurteilungsspielraum des Gemeinderates wird dadurch wesentlich eingeschränkt. Das führt dazu, dass der Gemeinderat Horw den Zwischenentscheid gestützt auf Art. 93 Abs. 1 BGG grundsätzlich anfechten kann.

2.2 Rechtsmittelfrist

Eine allfällige Beschwerde ist innert 30 Tagen seit Eröffnung einzureichen (Art. 100 Abs. 1 BGG). Gemäss Stempel der Gemeindkanzlei Horw ist das Urteil des Verwaltungsgerichts offenbar am 10. Dezember 2007 eingegangen. Eine 30-tägige Frist würde somit am 9. Januar 2008 ablaufen.

Nun ist zu beachten, dass gesetzlich bestimmte Fristen über die Weihnachtszeit ruhen, und zwar vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 Abs. 1 BGG). Eine Beschwerde wäre somit spätestens am **25. Januar 2008** der Post zu übergeben.

Damit ausreichend Zeit für die Bearbeitung einer allfälligen Beschwerde besteht, müsste der Gemeinderat zweckmässigerweise bis Mitte Januar 2008 entschieden haben, ob Beschwerde geführt werden soll oder nicht.

2.3 Chancen

Hält das Bundesgericht an seiner Rechtssprechung gemäss Urteil Wil (BGE 133 I 353) fest, dann sind die Chancen für den Erfolg einer allfälligen Beschwerde als gering einzustufen.

3. Rasch zutreffende Massnahmen

Aus meiner Sicht schlage ich folgende Massnahmen vor, die rasch zu treffen wären:

3.1 Gutachter Dr. Benjamin Wittwer

Aufgrund des Gutachtens über Lösungsmöglichkeiten für Antennenstandorte in Horw ist Dr. Benjamin Wittwer auch über die örtlichen Verhältnisse in Horw orientiert. Mit seinem Fachwissen kann er kompetent und wohl auch rasch eine Stellungnahme zum Urteil des Verwaltungsgerichts und eine Beurteilung über die Chancen einer allfälligen Beschwerde abgeben.

Vorschlag: Herrn Dr. Benjamin Wittwer werden das Urteil des Verwaltungsgerichts und ein Exemplar meiner vorliegenden Arbeit zugestellt mit der Bitte, um

- eine kurze Stellungnahme zum Urteil;
- die Chancenbeurteilung einer allfälligen Beschwerde.

3.2 Orientierung der Öffentlichkeit

Für den Kanton Luzern liegt ein Grundsatzurteil vor. Es besteht deshalb wohl ein weit über Horw hinausreichendes Interesse daran, dass die Öffentlichkeit rasch darüber orientiert wird. Es würde mich auch nicht überraschen, wenn das Verwaltungsgericht das Urteil vorerst im Internet und sodann in der Urteilssammlung LGVE publizieren wird.

Wohl auch in der Gemeinde Horw selber besteht ein hohes Interesse an diesem Urteil. Zu denken ist hier an die seinerzeitigen Einsprecher, denen das Urteil nicht zugestellt worden ist, an das Initiativkomitee und an den Einwohnerrat, der den Gemeinderat mit der Ausarbeitung eines Gegenvorschlages zur Initiative beauftragt hat.

Angesichts des hohen Bekanntheitsgrades des Bauvorhabens und der grossen Anzahl Einsprachen spricht nichts dagegen, das Urteil mit dem ganzen Wortlaut im Internet zu publizieren. Private Interessen werden m.E. dadurch nicht verletzt.

Vorschlag: Der Gemeinderat orientiert

- die Mitglieder des Einwohnerrates,
- das Initiativekomitee und
- die Medien

über das Urteil mit einer Information. Dabei wird darauf hingewiesen, dass im Internet Einsicht in das ganze Urteil genommen werden kann, und dass der Gemeinderat prüft, ob eine Beschwerde an das Bundesgericht erhoben werden soll oder nicht.

3.3 Sunrise Communications AG

In der E. 3e (S. 6 f.) des Urteils hält das Verwaltungsgericht fest, es habe nicht über die Frage zu befinden, ob aufgrund der Planungszone lediglich eine Sistierung des Baugesuches zulässig gewesen wäre. Es führt im weitem aus: „Endlich ist auch nicht im vorliegenden Verfahren zu entscheiden, ob eine Sistierung allenfalls im Hinblick auf die Umsetzung einer bundesrechtskonformen raumplanerischen Antennenstrategie Sinn machen würde, sofern wenigstens die Beschwerdeführerin ihrerseits Hand dazu bietet.“

Möglicherweise will das Verwaltungsgericht damit eine Option aufzeigen, das Baubewilligungsverfahren im Einvernehmen mit der Sunrise zu sistieren. Das ist mindestens zu prüfen. Es könnte sein, dass ein entsprechendes Einverständnis der Sunrise ein Element bei der Prüfung eines Weiterzuges bilden kann. Dementsprechend müsste die Antwort der Sunrise bis zum 10. Januar 2008 eingetroffen sein.

Vorschlag: Der Gemeinderat prüft eine Anfrage an die Sunrise, ob diese mit einer Sistierung des Baubewilligungsverfahrens einverstanden ist; dies ohne Präjudiz für den Entscheid über einen allfälligen Weiterzug. - Die genaue Formulierung der Anfrage wäre noch zu überlegen.

4. Weitere Hinweise

4.1 Einsprecher

Offensichtlich hat das Verwaltungsgericht die 681 Einsprecher nicht in das Verfahren mit-
einbezogen. Ihnen ist denn auch das Urteil nicht zugestellt worden. Ob das richtig war, dar-
über ist hier nicht zu entscheiden.

4.2 Parkanlage Stutzring 2

In lit. A des Sachverhalts erwähnt das Verwaltungsgericht, dass die Bauparzelle als kom-
munale Parkanlage inventarisiert sei. Weiter befasst sich das Verwaltungsgericht damit
nicht, das offenbar auch deshalb, weil im aufgehobenen Gemeinderatsentscheid diese An-
lage nicht angesprochen worden ist.

In meiner Arbeit vom 23. Oktober 2006 bin ich davon ausgegangen, dass die Parkanlage im
Rahmen der Verordnung vom 13. September 2001 über Naturschutzzonen und zum Schutz
der Aussichtspunkte, Naturobjekte und Parkanlagen (Horwer Rechtssammlung Nr. 610) ge-
schützt sei. Die Anlage gehört zur Schutzkategorie II.

Dieser Frage und den damit verbundenen Konsequenzen wäre dann näher nachzugehen,
wenn der Gemeinderat erneut über das Baugesuch zu entscheiden hätte.

4.3 Bestehende Planungszone

Wird das Urteil des Verwaltungsgerichts nicht weiter gezogen, dann hat der Gemeinderat
zu gegebener Zeit über die bestehende Planungszone bzw. über die dagegen eingereich-
ten Einsprachen zu entscheiden. Dazu zwei erste Anhaltspunkte:

- Die Planungszone betrifft, gemäss Urteil Wil und gemäss Verwaltungsgerichtsurteil,
Mobilfunkantennen nicht. Damit sind die Einsprachen der Mobilfunkbetreiber „hinfällig“.

- Es ist zu prüfen, ob die Vorschrift für die übrigen Dachaufbauten und Anlagen aufrecht erhalten werden soll oder nicht.

4.4 „Mobilfunkspezifische Planungszone“

In der E. 3e (S. 6) hält das Verwaltungsgericht fest, dass die strittige Massnahme (Planungszone) keinem der vom Bundesgericht aufgezeigten Wege entspreche. Im Wiler Urteil hat das Bundesgericht festgestellt, dass die der umstrittenen Planungszone „zu Grunde liegenden Planungsmassnahmen“ der neuen Bestimmungen des Baureglementes keine spezifischen Vorschriften zu Mobilfunkantennen enthalten (Urteil Wil E. 4.2). Offen ist für mich die Frage, ob eine „mobilfunkspezifische Planungszone“ erlassen werden kann, wenn in einer Gemeinde - wie das zur Zeit in Horw der Fall ist - eine den bundesgerichtlichen Anforderungen gerecht werdende spezifische Planung in Angriff genommen wird. Dies ist meines Wissens bis jetzt nicht geklärt. Wohl nicht zulässig wäre es aber, wenn auch eine solche Planungszone wiederum einem weitgehenden Verbot gleichkommen würde. Es müssten wohl erste Ergebnisse der „mobilfunkspezifischen Planung“ vorliegen; gestützt darauf könnte, vielleicht etwas weiter gespannt, die Planungszone erlassen werden. - Beim Ganzen ist die bisher rigide Haltung des Regierungsrates zu beachten.