

*Art. 16 Abs. 3 BV, Art. 24 Abs. 1 RPG, Art. 13 und Art. 65 USG, Art. 1 FMG, § 59 und § 80 GG, § 20 BO Walchwil – Ist die von der Gemeindeversammlung Walchwil am 10. Dezember 2002 erheblich erklärte Motion betreffend Mobilfunkantennen rechtswidrig?*

*Aus den Erwägungen:*

3. Die Interessengemeinschaft gegen Mobilfunk-Sender in Wohngebieten von Walchwil verlangt in ihrer Eingabe die Festlegung von Bauzonen für Mobilfunkantennen in der Raumplanung von Walchwil sowie die Änderung des Baureglementes, so dass keine Mobilfunkantennen oder andere elektronische Aufbauten erlaubt sind, die optisch das Dorfbild im Charakter stören.

Die Beschwerdeführerin vertritt die Ansicht, dass sowohl der erste als auch der zweite Teil der von der Gemeindeversammlung erheblich erklärten Motion höherrangigem Recht widerspreche.

Gemäss § 80 Abs. 1 Gemeindegesetz (GG; BGS 171.1) kann jeder Stimmberechtigte der Gemeindeversammlung eine Motion über einen in den Aufgabenbereich der Gemeinde fallenden Gegenstand vorlegen. Gemeindeaufgaben können gemäss § 2 GG alle dem Wohl der Gemeinde dienenden Angelegenheiten sein, die nicht ausschliesslich Aufgaben des Bundes oder des Kantons sind. Diese Vorschrift wird in der nicht abschliessenden Aufzählung von § 59 GG konkretisiert. Demnach obliegt der Einwohnergemeinde u.a. die Ortsplanung (§ 59 Abs. 1 Ziff. 8 GG). Sie erlässt ausserdem Bauvorschriften, Zonen- und Bebauungspläne (§ 7 Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998, PBG; BGS 721.11). Der Erlass von Bauzonen fällt damit grundsätzlich in den Aufgabenbereich der Einwohnergemeinde. Die Motion verlangt unter Buchstabe a die Festlegung von Bauzonen für Mobilfunkantennen. Hier stellt sich die Frage, ob auch diese Festlegung in den Aufgabenbereich der Einwohnergemeinde fällt.

Aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit erwächst dem Bürger der Anspruch, nur über solche Materien abzustimmen, welche nicht von vorneherein widerrechtlich sind. Gemäss § 80 Abs. 2 und 3 GG nimmt der Gemeinderat zu einer Motion Stellung und traktandiert sie für die nächste Gemeindeversammlung. Er ordnet die Abstimmung über die Erheblicherklärung an und überprüft vorab die materielle Rechtmässigkeit der Motion auf gemeindlicher Ebene. Der Gemeinderat überprüft dabei, ob die Motion sich an den gesetzlich verankerten Aufgabenrahmen der Gemeinde hält oder nicht (§ 80 Abs. 1 GG). Die Stimmberechtigten sollen ihr Vorschlagsrecht nur ausüben dürfen, soweit sie über entsprechende Begehren auch zum Entscheid berufen sind. Gemeindebehörden können rechtswidrige Motionen ohne Mitwirkung der Gemeindeversammlung zurückweisen (BGE 92 I 360). Motionen sind allerdings dann gültig zu erklären, wenn ihnen ein Sinn beigemessen werden kann, der sie nicht klarerweise als unzulässig erscheinen lässt (BGE 111 Ia 305 f.).

Nach diesen grundsätzlichen Ausführungen ist nachfolgend nun auf die erheblich erklärte Motion einzugehen.

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der Gemeinderat, um der Motion Folge zu leisten, das gesamte Gemeindegebiet in Zonen einteilen müsse. Lediglich in der Ortsbildschutzzone könnten Auflagen gemacht werden, die Antennen zu kaschieren. Auch ein teilweises Antennenverbot wäre aber in dieser Zone bundesrechtswidrig. Für Antennenstandorte ausserhalb der Bauzonen müsse gemäss Bundesrecht die Standortgebundenheit nachgewiesen werden. Es sei nicht Aufgabe der Gemeinde, willkürlich Standorte festzulegen. Der Auftrag der Gemeindeversammlung an den Gemeinderat sei von Gesetzes wegen nicht durchführbar.

Die Motion der Interessengemeinschaft gegen Mobilfunk-Sender in Wohngebieten von Walchwil fordert die Festlegung von Bauzonen für die Mobilfunkantennen in der Raumplanung von Walchwil. Eine Begründung für ihre Forderung hat die Interessengemeinschaft nicht geliefert. Es ist aber vorab davon auszugehen, dass sie – ihrem Namen entsprechend – offenbar erreichen will, dass Mobilfunkanlagen nicht mehr in allen Zonen des Gemeindegebietes von Walchwil, namentlich nicht in Wohngebieten errichtet werden dürfen. Es stellt sich nachfolgend die Frage, ob mit einer solchen Zonierung nicht höherrangiges Recht verletzt wird.

Gemäss Art. 16 Abs. 3 Bundesverfassung vom 19. April 1999 (BV; SR 101) hat jede Person das Recht, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten. Die Informationsfreiheit ist bis anhin in der Lehre und Rechtsprechung als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht des Bürgers anerkannt und mit der Überarbeitung als Grundrecht in die neue Bundesverfassung aufgenommen worden. Bestandteil der Informationsfreiheit ist unter anderem auch die Empfangsfreiheit (BGE 120 Ia 66, E 4a). Unter deren Schutz stehen insbesondere die als Übertragungsmittel dienenden Antennen. Dabei soll es keinen Unterschied machen, um welche Art es sich bei diesen Antennen handelt. Die Informationsfreiheit ist indes nicht unbegrenzt. Sie kann im Spannungsfeld mit der Raumplanung und dem Natur- und Landschaftsschutz stehen, denen ebenfalls Verfassungsrang zukommt. Es ist dabei vor allem Sache der Gesetzgebung, Grundrechte und öffentliche wie private Interessen so abzuwägen, dass namentlich den verfassungsrechtlichen Anliegen in einem ausgewogenen Verhältnis Rechnung getragen wird.

In diesem Spannungsfeld ist die Zulässigkeit der erheblich erklärten Motion zu prüfen.

a) Das Raumplanungsrecht geht von der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet aus (Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 und 3 Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Ausdruck dieses Grundsatzes bildet Art. 24 Abs. 1 RPG. Daraus ergibt sich sinngemäss, dass Bauten

und Anlagen grundsätzlich in den Bauzonen zu errichten sind und dass Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen nur zulässig sind, wenn sie aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit zwingend auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen sind. Ausserdem dürfen einer Baute oder Anlage ausserhalb der Bauzonen keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Mobilfunkantennen sind technische Infrastruktureinrichtungen zur Versorgung der Bevölkerung mit Dienstleistungen der Telekommunikation und stellen als solche, ähnlich wie Strassen und andere Versorgungs- und Entsorgungsanlagen, Siedlungseinrichtungen dar. Wie das Bundesgericht schon mehrfach festgestellt hat, gehören Siedlungsinfrastruktureinrichtungen grundsätzlich ins Siedlungsgebiet, d.h. in die Bauzonen (BGE 118 Ib 500). Wie die Praxis jedoch zeigt, ist nicht ausgeschlossen, dass Mobilfunkanlagen aus objektiven Gründen zwingend auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen sind. Die Bejahung der Standortgebundenheit ausserhalb der Bauzonen bedingt jedoch, dass in jedem Einzelfall das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen geprüft wird.

Der von der Gemeindeversammlung beschlossene Auftrag verlangt vom Gemeinderat die Festlegung von Bauzonen für die Mobilfunkantennen. Das Baugebiet der Gemeinde Walchwil teilt sich auf in Wohnzonen, wenige Wohn- und Gewerbezone, die Kernzone sowie die Zonen des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen. Dem Namen der Interessengemeinschaft folgend muss man davon ausgehen, dass gemäss der Motion innerhalb der Wohngebiete keine Mobilfunkanlagen mehr errichtet werden sollen. Der grösste Teil des Baugebietes in Walchwil ist jedoch dem Wohngebiet zuzurechnen. Darunter fallen namentlich die Wohn-, die Wohn- und Gewerbe- sowie die Kernzone. Gewohnt wird in Walchwil ausserdem auch in der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen. In dieser Zone befindet sich insbesondere das Altersheim. Das bedeutet, dass in allen Bauzonen der Gemeinde Walchwil gewohnt wird. Wollte die Gemeinde Walchwil ein Verbot zur Erstellung von Mobilfunkantennen in den Wohngebieten statuieren, hätte dies zur Folge, dass dieser Anlagentyp ohne Rücksicht auf die in jedem Einzelfall erforderliche Standortgebundenheitsprüfung ins Gebiet ausserhalb der Bauzonen gedrängt würde. Diese Forderung liesse sich aber mit dem raumplanungsrechtlichen Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet nicht vereinbaren. Sie stellte eine Umgehung der Zielsetzung des eidgenössischen Raumplanungsrechtes dar.

Anders wäre höchstens dann zu entscheiden, wenn es sich bei Mobilfunkantennen um Anlagen handeln würde, die wegen ihrer Emissionen aus umweltschutzrechtlichen Gründen innerhalb des Wohngebietes generell als unrealisierbar betrachtet werden müssten. Mobilfunkantennen fallen aber nicht in diese Kategorie. Dies zeigt schon allein die grosse Zahl von bis anhin überall in den Wohngebieten errichteten Mobilfunkanlagen.

Daraus erhellt, dass ein Mobilfunkantennenverbot in den Wohngebieten von Walchwil aus raumplanerischen Gründen unzulässig ist.

b) Ausserdem hat der Bundesrat die Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710) am 23. Dezember 1999 beschlossen und auf 1. Februar 2000 in Kraft gesetzt. Grundsätzliche Diskussionen über die Schädlichkeit dieser Strahlung und die Höhe der Grenzwerte haben damit keinen Platz mehr. Fussend auf der Schädlichkeit und Lästigkeit der nichtionisierenden Strahlung und gestützt auf nationale und internationale Gutachten, auf die Meinung von Fachgremien und auf Stellungnahmen der Vernehmlassungsteilnehmer hat der Bundesrat die Immissionsgrenzwerte festgesetzt. Diese stimmen mit den internationalen Grenzwerten überein. Der Bundesrat hat dabei auch die Wirkungen der Immissionen auf Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit, wie Kinder, Kranke, Betagte und Schwangere beurteilt und von seiner Verordnungskompetenz Gebrauch gemacht (Art. 13 Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983, USG, SR 814.01). Zusätzlich setzte der Bundesrat Anlagegrenzwerte für Orte mit empfindlicher Nutzung fest, wobei diese die Immissionsgrenzwerte noch um das 10fache unterschreiten. Es steht weder einer gemeindlichen Legislative im Planungsverfahren noch dem Gemeinderat im Baubewilligungsverfahren zu, die NISV samt Grenzwerten zu hinterfragen. Nachdem der Bundesrat von seiner Verordnungskompetenz Gebrauch gemacht hat, können weder die Kantone und erst recht nicht die Gemeinden eigene Vorschriften erlassen (BGE 126 II 399; Art. 65 USG). Würde man den Gemeinden zubilligen, Mobilfunkantennen wegen deren zur Zeit noch nicht restlos geklärten Folgen für die menschliche Gesundheit generell aus den Wohngebieten zu verbannen, liefe dies im Ergebnis darauf hinaus, dass in Zukunft jede Gemeinde nach eigenem Gutdünken weitergehende emissionsbegrenzende Massnahmen erlassen dürfte. Dies wäre jedoch gemäss Art. 65 USG unzulässig.

Daraus erhellt, dass ein Mobilfunkantennenverbot in den Wohngebieten auch aus Gründen des Umweltschutzes unzulässig ist.

c) Nicht nur in Bezug auf die Raumplanung und den Umweltschutz, sondern auch im Hinblick auf die eidgenössische Fernmeldegesetzgebung ist die Motion der Interessengemeinschaft gegen Mobilfunk-Sender in Wohngebieten von Walchwil zu prüfen.

Das eidgenössische Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) enthält keine materiellen Vorschriften über den Aufbau der Fernmeldeetze. Es überlässt diesen Bereich der Raumplanungs- und Rechtsanwendungskompetenz der Kantone und Gemeinden. Bezüglich der Ausübung dieser Kompetenzen gilt aber der allgemeine Grundsatz, dass die Raumplanung und die Rechtsanwendung dem Sinn und Geist des Bundesrechts nicht widersprechen oder entgegenwirken dürfen. Das FMG will der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hochstehende sowie kon-

kurrenzfähige Fernmeldedienste anbieten können. (Art. 1 FMG). Deshalb kann nicht von vorneherein festgehalten werden, dass in Walchwil die Dienstleistungen der Mobilfunktechnik auch mit Anlagen ausserhalb des Wohngebietes sichergestellt werden können. Würde dieses Argument als hinreichender Grund anerkannt, stellte dies ein Präjudiz für viele weitere vergleichbare Gemeinden dar. Aus Gründen der Konsequenz und der Rechtsgleichheit müssten diesfalls entsprechende Einschränkungen in anderen Gemeinden ebenfalls hingenommen werden. Bei dieser Ausgangslage liegt es auf der Hand, dass die Forderung nach der Festlegung von Bauzonen für Mobilfunkanlagen bzw. einem Verbot von Mobilfunkanlagen in den Wohngebieten von Walchwil unter der Optik der Zielvorgabe eines qualitativ hochstehenden Fernmeldedienstes dem Sinn und Geist des FMG widerspricht.

Damit steht im Zwischenergebnis fest, dass der Beschluss der Gemeindeversammlung in Bezug auf die Festlegung von Bauzonen für Mobilfunkantennen bundesrechtswidrig ist, soweit sie zu einem Verbot für den Bau von Mobilfunkantennenanlagen in den Wohngebieten führt. Die erheblich erklärte Motion ist in diesem Umfang teilungsgültig. Dies bedeutet gleichzeitig die Gutheissung der Beschwerde in demselben Umfang.

5. Der Gemeindeversammlungsbeschluss verlangt nicht ausdrücklich ein Antennenverbot im Wohngebiet von Walchwil. Aus diesem Grund ist im Folgenden die Motion daraufhin zu prüfen, ob die Festlegung von Bauzonen für Mobilfunkantennen ohne ein Antennenverbot in den Wohngebieten von Walchwil rechtens ist.

Die Gemeinden erlassen u.a. ihre Bauvorschriften und Zonenpläne durch allgemeinverbindliche Beschlüsse (§ 7 Abs. 1 Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998, PBG, BGS 721.11). Darin ordnen sie die zulässige Nutzung des Bodens und unterscheiden vorab Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen (Art. 14 RPG). Die Gemeinden werden damit verpflichtet, die Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet grundeigentümergebunden vorzunehmen. Wie bereits dargelegt, sind Mobilfunkantennen technische Infrastruktureinrichtungen zur Versorgung der Bevölkerung. Deshalb gehören – wie das Bundesgericht schon mehrfach festgestellt hat – Siedlungsinfrastruktureinrichtungen grundsätzlich ins Siedlungsgebiet, d.h. in die Bauzonen, und sind dort, Mobilfunkanlagen sogar in Wohnzonen (vgl. RRB vom 6. Juni 2000 i.S. R.Q. betreffend Baubewilligung, S. 9 f.), zonenkonform. Da die Gemeinde Walchwil mit dem Erlass des Zonenplans diese Trennung bereits vorgenommen hat, ist die Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet vollzogen. Es ist also klar, wo Siedlungsinfrastruktureinrichtungen, namentlich Infrastrukturanlagen zur Versorgung der Bevölkerung mit Dienstleistungen der Telekommunikation im Grundsatz errichtet werden dürfen.

Soweit der Gemeindeversammlungsbeschluss die Festlegung von Bauzonen für Mobilfunkanlagen verlangt, ist sie formell betrachtet gültig. Gleichzeitig kann aber festgestellt werden, dass die Gemeinde Walchwil mit dem

Erlass der Bauvorschriften und des Zonenplans am 26. November 1991 diese Bauzonen schon erlassen hat. Die erheblich erklärte Motion ist in diesem Umfang erfüllt. Der Gemeinderat kann deshalb der Gemeindeversammlung deren Abschreibung beantragen. Die Beschwerde ist in diesem Umfang unbegründet und deshalb abzuweisen.

6. Der Gemeindeversammlungsbeschluss verlangt im Weiteren die Änderung der Bauvorschriften, wonach keine Mobilfunkantenne oder anderen elektronischen Aufbauten erlaubt sein sollen, die optisch das Dorfbild im Charakter stören.

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, dass dieser Auftrag zu restriktiv sei. Der Begriff «elektrische Aufbauten» sei zu weitreichend und würde auch Parabolspiegel und dergleichen verhindern. Dieses Anliegen wolle ebenfalls die Informations- und Empfangsfreiheit beeinträchtigen. Der Einpassung dieser Anlagen nehme sich die Bauordnung bereits an. Eine solche Regelung speziell für Mobilfunkantennen erweise sich deshalb als überflüssig und nicht gesetzeskonform.

Die Bauordnung der Gemeinde Walchwil vom 26. November 1991 (BO Walchwil) äussert sich bereits zur Gestaltung und Einordnung von Bauten und Anlagen. Danach sind sämtliche Bauten und Anlagen in Form, Farbe und Gestaltung so in die landschaftliche und bauliche Umgebung einzuordnen und zu unterhalten, dass eine gute Gesamtwirkung erzielt wird (§ 20 BO Walchwil; ästhetische Generalklausel). Sie unterstellt den Bau von Antennenanlagen der Bewilligungspflicht (§ 24 Abs. 2 BO Walchwil). Strengere Gestaltungs- und Einordnungsvorschriften gelten in der Ortsbildschutzzone (§ 56 BO Walchwil). Daraus erhellt, dass sich die BO Walchwil einlässlich mit der Einordnung von Bauten und Anlagen befasst. Insofern wird den Anliegen der Motion bereits gebührend Rechnung getragen.

Grundsätzlich ist es aber der Gemeinde überlassen, weitergehende Ästhetikvorschriften zu erlassen. Unter diesem Titel könnte jedoch nur die Einpassung von Bauten und Anlagen, vorliegend von Aufbauten – unabhängig von deren Nutzung –, thematisiert werden. Es dürfte also aus Gründen der rechtsgleichen Behandlung nicht darauf ankommen, ob es sich bei diesen Aufbauten um Mobilfunkantennen, andere technische Aufbauten oder Dachaufbauten handelt. Alle Aufbauten auf Bauten und Anlagen, namentlich Antennen, Parabolspiegel, Dachaufbauten und dergleichen müssten aus Gründen der Rechtsgleichheit diesen neuen Gestaltungsvorschriften unterstellt werden. Insbesondere Mobilfunkantennen könnten selbst mit einer spezifischen Gestaltungsvorschrift auch weiterhin gebaut werden. Es ist bereits heute üblich, dass solche Antennen mit Reklamen, Kaminen oder sogar Kirchtürmen kaschiert werden.

Die Anwendung der noch zu erlassenden Gestaltungsvorschrift dürfte aber nicht dazu führen, dass generell gewissen Bau- und Zonenvorschriften

ausser Kraft gesetzt werden. Der Gemeinderat muss bereits heute – ohne eine spezifische Gestaltungsvorschrift für Aufbauten – im Bewilligungsverfahren eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen vornehmen. Dabei hat er den verfassungsrechtlichen Anliegen, namentlich der Informations- und Empfangsfreiheit, in einem ausgewogenen Verhältnis Rechnung zu tragen.

Es zeigt sich also, dass die erheblich erklärte Motion in Bezug auf den Erlass von spezifischen Gestaltungsvorschriften für Aufbauten auf Bauten und Anlagen einer näheren Prüfung standhält. Sie ist in diesem Umfang gültig. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen. Bei der Ausgestaltung der Gestaltungsvorschrift wird jedoch darauf zu achten sein, dass alle Aufbauten – unabhängig von deren Nutzung – rechtsgleich behandelt werden.

7. Da sich nur ein Teil der beiden von der Gemeindeversammlung beehrten Änderungen als rechtswidrig erweist, ist die erheblich erklärte Motion teilungsgültig. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet es einerseits, das Recht auf Motion nicht unnötig oder unangemessen zu beschränken. Andererseits darf die freie Willensäusserung der Initianten nicht beschränkt werden. Es ist unzulässig, ein Begehren zur Abstimmung bzw. zur Umsetzung zuzulassen, das wegen der teilweisen Ungültigerklärung möglicherweise nicht mehr dem Willen der Initianten entspricht. Das kantonale Recht äussert sich nicht zur Frage der Teilungsgültigkeit von erheblich erklärten Motionen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind jedoch die nicht höherrangigem Recht widersprechenden Teile einer Motion grundsätzlich den Stimmberechtigten zu unterbreiten (BGE 114 Ia 274) bzw. sind umzusetzen. Wichtig ist allerdings, dass der gültige Teil der Begehren das wesentliche Anliegen der Gemeindeversammlung beibehält und noch Sinn macht (BGE 124 I 119, 125 I 44, 125 I 232).

Der Gemeindeversammlungsbeschluss ist in Bezug auf die Festlegung von Bauzonen für Mobilfunkantennen bundesrechtswidrig, soweit er ein Verbot für den Bau von Mobilfunkantennenanlagen in den Wohn- oder anderen, bestimmten Bauzonen in sich birgt. Insofern ist die erheblich erklärte Motion ungültig. Der zweite Teil des Begehrens stellt Forderungen, welche durchaus in den gesetzlich vorgesehenen Aufgabenbereich der Gemeinde fallen. Insoweit entspricht der Auftrag Anliegen der Motionäre und ist sinnvoll, obgleich festgestellt werden muss, dass dieses Begehren der Motion bereits in der Bauordnung als sogenannte ästhetische Generalklausel enthalten ist. Gesetzgeberischer Spielraum ist jedoch vorhanden.

Regierungsrat, 1. April 2003