

Abdruck

Nr. W 6 K 98.44



Bayerisches Verwaltungsgericht Würzburg

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache



97456 Ditteibrunn,

- Klägerin -

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Baumann und Kollegen,
Annastr.28, 97072 Würzburg,

gegen

Freistaat Bayern,
vertreten durch das Landratsamt Schweinfurt,
Schrammstr. 1, 97421 Schweinfurt,

- Beklagter -

beigeladen:
Norbert Kühn,
Geißäckerweg 5, 97456 Dittelbrunn,

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Remele und Kollegen ,
Zehntstr. 22, 97421 Schweinfurt,

wegen

Erlaß einer Beseitigungsanordnung
erläßt das Bayer. Verwaltungsgericht Würzburg, 6. Kammer,

durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Lochner,
den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Dümig,
die Richterin Eberth,
den ehrenamtlichen Richter Oestemer,
den ehrenamtlichen Richter Schlör,

**aufgrund mündlicher Verhandlung am 17. November 1998
folgendes**

Urteil:

- I. Die Klage wird abgewiesen.
- II. Die Klägerin hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Aufwendungen des Beigeladenen zu tragen.
- III. Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Kostengläubiger vorher in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

Tatbestand:

I.

Der Beigeladene ist Eigentümer des Grundstückes Fl.Nr. 799/8 der Gemarkung Dittelbrunn. Er betreibt auf diesem Grundstück eine Amateurfunkanlage und errichtete vor der Nordseite seines Wohnhauses im Sommer 1996 zwei Antennenmasten, nämlich einen Stahlgittermast mit einer Höhe von ca. 7,5 m und einen Stahlrohrrmast mit einer Höhe von ca. 5,5 m.

Die Klägerin ist Miteigentümerin des Grundstückes Fl.Nr. 799/2, das dem Grundstück des Beigeladenen auf der anderen Seite des Geißäckerweges nordwestlich schräg gegenüber liegt.

Mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 12. Mai 1997 beantragte die Klägerin beim Landratsamt Schweinfurt, die Beseitigung der Antennenmasten anzuordnen, hilfsweise, die Benutzung der Funkanlage zu untersagen. Die Funkanlage des Beigeladenen widerspreche den Vorschriften des Baurechts und des Immissionsschutzrechts. Sie verstoße insbesondere gegen die Festsetzungen des Bebauungsplanes „Binsig“ und das Rücksichtnahmegebot. Die Anlage rufe schädliche Umwelteinwirkungen durch elektromagnetische Felder hervor und widerspreche damit auch der bauordnungsrechtlichen Vorschrift über den Schutz gegen (u.a. physikalische) Einwirkungen. Die Antennenmasten hielten auch die erforderlichen Abstandsflächen nicht ein. Außerdem sei ihre Standsicherheit nicht gewährleistet.

Das Landratsamt Schweinfurt lehnte den Antrag mit Bescheid vom 13. Juni 1997 ab.

Gegen den am 19. Juni 1997 zugestellten Bescheid erhob die Klägerin am 16. Juli 1997 Widerspruch, den die Regierung von Unterfranken mit Widerspruchsbescheid vom 9. Dezember 1997 zurückwies. Der Erlaß einer Beseitigungsanordnung bzw. Nutzungsuntersagung nach Art. 89 Satz 1 bzw. 2 der Bayer. Bauordnung (BayBO) in der Fassung der Bekanntmachung vom

18. April 1994 (GVBl. S. 251, BayRS 2132-1-I) oder einer Anordnung nach § 24 Satz 1 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Mai 1990 (BGBl. I S. 880) stehe im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Insoweit gälten die Grundsätze der Opportunität und der Verhältnismäßigkeit. Es könne dahinstehen, ob die genehmigungsfreie Anlage Vorschriften des materiellen Rechts widerspreche, denen eine nachbarschützende Wirkung zukomme und die öffentlich-rechtliche Abwehrrechte der Nachbarn überhaupt erst begründen könnten. Selbst wenn die Klägerin einen Abwehranspruch dem Grunde nach haben sollte, hätte dieser nicht ein solches Gewicht, daß er die Behörde zum Einschreiten zwänge. Eine konkrete Gefährdung von wichtigen Rechtsgütern der Klägerin liege nicht vor. Insbesondere gehe von der Funkanlage nach dem gegenwärtigen wissenschaftlichen Erkenntnisstand mit hinreichender Sicherheit keine Gefahr für die Gesundheit der Klägerin aus. Der Widerspruchsbescheid wurde den Klägerbevollmächtigten am 16. Dezember 1997 zugestellt.

II.

Am 15. Januar 1998 hat die Klägerin Klage erhoben. Sie beantragt,

den Bescheid des Landratsamtes Schweinfurt vom 13. Juni 1997 und den Widerspruchsbescheid der Regierung von Unterfranken vom 9. Dezember 1997 aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, die Beseitigung der Antennenmasten auf dem Grundstück Fl.Nr. 799/8 der Gemarkung Dittelbrunn anzuordnen, hilfsweise, den Beklagten zu verpflichten, die Benutzung der Funkanlage auf diesem Grundstück zu untersagen.

hilfsweise,
den Beklagten zu verpflichten, dem Beigeladenen
aufzugeben, seine Funkanlage nur mit einer ma-
ximalen Sendeleistung zu betreiben, die gewähr-
leistet, daß der zur Vermeidung schädlicher Um-
welteinwirkungen erforderliche Sicherheitsabstand
zur Grundstücksgrenze der Klägerin eingehalten
wird.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beigeladene hat ebenfalls beantragt,

die Klage abzuweisen.

In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin vorsorglich beantragt, Be-
weis durch ein Sachverständigengutachten darüber zu erheben, daß der
Beigeladene als Inhaber der Funklizenz der Klasse B (alt) bzw. Klasse 1
(neu) mit der von ihm errichteten Funkanlage in allen für Amateurfunker zu-
gelassenen Frequenzbereichen mit einer maximalen Leistung von bis zu 750
Watt senden kann. Der Beigeladene hat erklärt, daß er tatsächlich mit einer
Leistung von 10 Watt sende.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens
der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten und die beigezogenen Behörden-
akten, insbesondere auf die Begründung des Widerspruchsbescheides vom
9. Dezember 1997, die Klagebegründung vom 13. Mai 1998 und die Klage-
erwidern der Beigeladenenbevollmächtigten vom 27. August 1998 Bezug
genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist mit dem Hauptantrag und dem ersten Hilfsantrag zulässig, aber unbegründet. Der zweite Hilfsantrag ist schon unzulässig, weil die Klägerin den Erlaß eines Verwaltungsaktes mit diesem Inhalt bei der Behörde noch gar nicht beantragt hat.

Die Klägerin hat weder nach § 24 Satz 1 BImSchG noch nach Art. 82 Sätze 1 und 2 der Bayer. Bauordnung in der nunmehr geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 4. August 1997 (GVBl. S. 433, BayRS 2132-1-I) einen Anspruch darauf, daß die Behörde die Beseitigung der Antennenmasten auf dem Grundstück des Beigeladenen anordnet oder dem Beigeladenen die Benutzung seiner Funkanlage untersagt. Die Behörden des Beklagten haben die begehrten Verwaltungsakte im Ergebnis zu Recht abgelehnt (§ 113 Abs. 5 VwGO).

§ 24 Satz 1 BImSchG ist im vorliegenden Fall schon deswegen nicht anwendbar, weil die Amateurfunkanlage des Beigeladenen weder gewerblichen Zwecken dient noch im Rahmen einer wirtschaftlichen Unternehmung Verwendung findet und somit im Hinblick auf schädliche Umwelteinwirkungen durch elektromagnetische Felder nicht den Anforderungen des § 22 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 BImSchG unterliegt (§ 22 Abs. 1 Satz 3 BImSchG).

Nach Art. 82 Satz 1 BayBO kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung von Anlagen anordnen, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert worden sind, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften benutzt, kann nach § 82 Satz 2 BayBO diese Benutzung untersagt werden. Ob eine Anlage oder deren Benutzung im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht, beurteilt sich wegen der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG nach der Rechtslage im Zeitpunkt der Errichtung oder Änderung oder - bei einer Nutzungsänderung - im Zeitpunkt des Nutzungsbeginns. Spätere Rechtsänderungen, die z.B. strengere Anforderungen an die Anlage oder ih-

re Nutzung stellen oder die Errichtung, Änderung oder Nutzung verbieten, bleiben außer Betracht, wenn die Anlage materiell rechtmäßig errichtet oder geändert wurde. Andererseits sind Rechtsänderungen, die dazu führen, daß die Anlage oder ihre Nutzung im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung nicht mehr im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht, zu berücksichtigen. Danach ist die Rechtmäßigkeit einer Anlage oder Nutzung nach altem und neuem Recht zu prüfen und im Ergebnis die für den betroffenen Bauherrn günstigste Regelung maßgeblich. Ein bauaufsichtliches Einschreiten durch Erlaß einer Beseitigungsanordnung oder Nutzungsuntersagung scheidet aus, wenn die Anlage oder ihre Nutzung zu irgendeinem Zeitpunkt ihres Bestehens dem materiellen Baurecht entsprach (vgl. Simon, BayBO 1982, Rd.Nrn. 21 und 29 zu Art. 82).

Im Zeitpunkt der Errichtung der Antennenmasten im Sommer 1996 galten die Bayer. Bauordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. April 1994 (GVBl. S. 251) und das Baugesetzbuch (BauGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Dezember 1986 (BGBl. I S. 2253). Nach Art. 69 Abs. 1 Nr. 25 BayBO 1994 bedurfte die Errichtung von Antennen einschließlich der Masten bis zu einer Höhe von 10 m und damit die Errichtung der umstrittenen Antennenmasten des Beigeladenen keiner bauaufsichtlichen Genehmigung. Die übrigen Teile der Funkanlage sind ohnehin keine baulichen Anlagen im Sinne der Art. 1 Abs. 1 Satz 1 und Art. 2 Abs. 1 BayBO, sondern bewegliche technische Geräte, an die die Bauordnung keine Anforderungen stellt. Nach § 29 Satz 1 BauGB 1986 galten aber die Vorschriften über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben, also auch § 30 BauGB, der die Zulässigkeit von Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes regelt, nur für Vorhaben, die die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt hatten und die einer bauaufsichtlichen Genehmigung, Zustimmung oder Anzeige bedurften. Die Zulässigkeit der Antennenmasten war daher nicht nach § 30 BauGB zu beurteilen.

Zweifelhaft erscheint, ob wegen der Verknüpfung mit dem sachlichen Anwendungsbereich des Baugesetzbuches solche Vorhaben überhaupt dem § 14 Abs. 1 der Baunutzungsverordnung (BauNVO), der die bauplanungs-

rechtliche Zulässigkeit von untergeordneten Nebenanlagen und Einrichtungen regelt, unterfielen (verneint von Bielenberg in Ernst-Zinkahn-Bielenberg, BauGB, Rd.Nr. 2 zu § 14 BauNVO). Aber selbst wenn man der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts folgt, wonach auch bauliche Anlagen, die keiner bauaufsichtlichen Genehmigung, Zustimmung oder Anzeige bedürfen, im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes unzulässig sind, wenn sie durch eine positive Festsetzung ausgeschlossen sind (vgl. BVerwG, B.v. 04.03.1997, NJW 97, 2063 = DÖV 97, 643, zum Ausschluß von Stellplätzen gemäß § 12 Abs. 6 BauNVO), widersprachen die umstrittenen Antennenmasten im Zeitpunkt ihrer Errichtung nicht dem Bauplanungsrecht. Zu diesem Zeitpunkt waren Funk- und Sendeanlagen (Antennenanlagen) einschließlich der Masten noch nicht gemäß § 14 Abs. 1 Satz 3 BauNVO ausgeschlossen. Dies geschah erst mit der am 5. Februar 1998 in Kraft getretenen 3. Änderung des Bebauungsplanes „Binsig“. Auch die Veränderungssperre ist erst nach der Errichtung der Antennenmasten, nämlich am 2. Oktober 1996, wirksam geworden. Bereits am 26. September 1996 hat die Kammer den Antrag der Klägerin auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung zur Verhinderung dieses Vorhabens mit der Begründung abgewiesen, daß die Antennenmasten bereits errichtet sind (Verfahren W 6 E 96.1032).

Der Bebauungsplan „Binsig“ in der Fassung der 2. Änderung vom 14. Juli 1992 enthielt in bezug auf Nebenanlagen keine Festsetzung nach § 14 Abs. 1 Satz 3 BauNVO über deren Ausschluß, sondern nur eine Festsetzung nach § 23 Abs. 5 Satz 1 BauNVO über deren Standort - die beiden Antennenmasten stehen jedoch innerhalb der festgesetzten Baugrenzen - und eine Festsetzung nach § 9 Abs. 4 BauGB, Art. 91 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 der Bayer. Bauordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1982 (GVBl. S. 419) über deren Gestaltung. Hiernach waren Nebenanlagen im räumlichen Zusammenhang mit den Garagen in gleicher Baugestaltung zu errichten. Abgesehen davon, daß gegen die Gültigkeit dieser Festsetzung mangels hinreichender Bestimmtheit ganz erhebliche Bedenken bestehen - auch Einfriedungen, unterirdische Heizöllagerbehälter, Schwimmbecken, Müllboxen sind Nebenanlagen im Sinne des § 14 BauNVO -, dienen Gestal-

tungsvorschriften ausschließlich dem öffentlichen Interesse und räumen Dritten keine Abwehrrechte ein.

Anlagen, die rechtmäßig errichtet worden sind, können auch bestimmungsgemäß benutzt werden. Die Veränderungssperre stand und die neue Festsetzung über den Ausschluß von Funk- und Sendeanlagen (Antennenanlagen) einschließlich der Masten steht nachträglichen Änderungen nicht entgegen, solange diese Änderungen nicht bauaufsichtlich genehmigungspflichtig oder zumindest städtebaulich relevant sind (vgl. hierzu BVerwG, B.v. 04.03.1997, a.a.O.). Städtebaulich relevant ist die Errichtung oder Änderung einer baulichen Anlage oder die Nutzungsänderung nur dann, wenn sie geeignet ist, ein Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen. Mit der „Elektrosensibilität“ von Nachbarn läßt sich die notwendige städtebauliche Bedeutung jedenfalls nicht begründen. Ob die genannte Festsetzung einer Normen- oder Inzidentkontrolle standhalten könnte, mag hier dahinstehen.

Die Einwände der Klägerin zu den Abstandsflächen und der Standsicherheit sind schon deswegen unbeachtlich, weil das Grundstück der Klägerin dem des Beigeladenen nicht unmittelbar benachbart ist.

Abgesehen davon brauchen die beiden Antennenmasten keine Abstandsflächen einzuhalten, weil von ihnen keine Wirkungen wie von Gebäuden ausgehen (Art. 6 Abs. 9 BayBO). Sie beeinträchtigen aufgrund ihrer Beschaffenheit und Ausmaße (filigran wirkender Stahlgittermast und dünner Stahlrohrmast) weder die Belichtung, Besonnung oder Belüftung noch den Brandschutz der Nachbargrundstücke oder der Gebäude auf dem eigenen Grundstück des Bauherrn.

Art. 13 Satz 1 BayBO 1997 (Art. 14 Satz 1 BayBO 1994), wonach jede bauliche Anlage im ganzen, in ihren einzelnen Teilen und für sich allein standsicher sein muß, kommt nur insoweit eine nachbarschützende Funktion zu, als eine bauliche Anlage mangels Standsicherheit einsturzgefährdet ist und von einem etwaigen Einsturz Nachbargrundstücke betroffen sein würden. Im üb-

rigen bestehen im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte für eine mangelnde Standsicherheit der Antennenmasten. Außerdem obliegt die Gewährleistung der Standsicherheit nunmehr selbst bei genehmigungspflichtigen Vorhaben weitgehend der Eigenverantwortung des Bauherrn und der am Bau Beteiligten (vgl. Art. 55, 69 Abs. 4, Art. 73 BayBO 1997) und schließlich rechtfertigt eine mangelnde Standsicherheit von Masten auch nicht die Anordnung ihrer Beseitigung, wenn diesem Mangel auf andere Weise, etwa durch Spanndrähte, abgeholfen werden kann.

Ob die Antennen der Amateurfunkanlage des Beigeladenen durch elektromagnetische Felder die Gesundheit der Bewohner des Grundstückes Fl.Nr. 799/2 gefährden können und damit gegen die Vorschrift des Art. 14 Abs. 1 BayBO 1997 (Art. 15 Abs. 1 BayBO 1994), wonach von baulichen Anlagen keine schädlichen Einwirkungen u.a. physikalischer Art ausgehen dürfen, verstoßen, erscheint zumindest höchst zweifelhaft. Ein Gesundheitsrisiko durch den sog. Elektrosmog wird nach dem gegenwärtigen wissenschaftlichen Erkenntnisstand bei Einhaltung bestimmter Sicherheitsabstände überwiegend verneint. Die Antennenmasten des Beigeladenen sind mindestens 25 m vom Grundstück der Klägerin und über 35 m von deren Wohnhaus entfernt. Der Beigeladene selbst ermittelte aufgrund der Frequenzen und Sendeleistung seiner Funkanlage einen Sicherheitsabstand von 1,47 m. Das Sachgebiet 840 „Fachfragen des Technischen Umweltschutzes“ der Regierung von Unterfranken stellte in seiner Stellungnahme vom 17. November 1997 fest, daß eine rechnerische Abschätzung der elektrischen und magnetischen Feldstärken anhand des Entwurfs der DIN VDI 0848 Teil 2 vom Oktober 1991 keine konkreten Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Nachbarschaft ergeben habe.

Das Gericht braucht diese Problematik nicht weiter aufzuklären. Der Erlaß einer Beseitigungsanordnung oder Nutzungsuntersagung liegt nämlich im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Ein Anspruch auf ein solches baubehördliches Einschreiten besteht nur im Fall der „Ermessensreduzierung auf Null“. Davon kann hier jedoch keine Rede sein. Abgesehen davon, daß noch nicht einmal ein hinreichender Gefahrenverdacht besteht, gilt im Bereich des

Gefahrenabwehrrechts der Grundsatz der Subsidiarität. Es kann nicht Sinn des öffentlichen Baurechts sein, daß der Betroffene, statt einen Unterlassungsanspruch gegen den vermeintlichen Störer geltend zu machen, von den Behörden die Beseitigung des nach seiner Auffassung rechtswidrigen Zustandes verlangen und ihnen so das Prozeßrisiko zuschieben darf. Die Behörden konnten ohne Ermessensfehler von einer weiteren Sachaufklärung und einem bauaufsichtlichen Einschreiten absehen. Wenn die Klägerin aufgrund einer weitverbreiteten Elektrosmoghysterie Gesundheitsgefahren durch die Amateurfunkanlage des Beigeladenen befürchtet, mag sie durch eine Unterlassungsklage vor den Zivilgerichten selbst das Beweislast- und Kostenrisiko tragen.

Schon aus diesem Grund war auch der in der mündlichen Verhandlung vorsorglich gestellte Beweisantrag unbehelflich. Im übrigen ist für die Entscheidung des Gerichts die gegenwärtige Sachlage maßgeblich. Wenn der Beigeladene die Sendeleistung seiner Funkanlage wesentlich erhöhen sollte, wird die Bauaufsichtsbehörde, nachdem nunmehr Funk- und Sendeanlagen durch den Bebauungsplan ausgeschlossen sind und weil sie mangels eigener Verwerfungskompetenz von der Gültigkeit dieser Festsetzung ausgehen muß, zu prüfen haben, ob eine städtebaulich relevante Änderung der Anlage (z.B. bei Installation neuer Antennen) oder Nutzungsänderung vorliegt, die ein bauaufsichtliches Einschreiten, etwa durch eine mit dem zweiten Hilfsantrag begehrte und auf Art. 60 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BayBO 1997 zu stützende Anordnung, nach pflichtgemäßem Ermessen geboten erscheinen läßt.

Eine vorbeugende Anordnung ermöglicht weder diese Vorschrift, noch - im Hinblick auf die materiell-rechtliche Anforderung des Art. 14 Abs. 1 BayBO 1997 - Art 60 Abs. 5 BayBO 1997. Voraussetzung für ein baubehördliches Einschreiten nach diesen Vorschriften ist vielmehr ein aktueller Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften bzw. eine konkrete und erhebliche Gesundheitsgefahr, so daß der zweite Hilfsantrag gegenwärtig auch unbegründet wäre.

Die Klage ist daher in vollem Umfang abzuweisen.