

*Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt und dieses in der Folge abgewiesen wurde (oder in Fällen nach Art. 62 Abs. 1 Satz 2 BGG). Im Übrigen aber stellt das Nichteintreten auf eine Beschwerde mangels rechtzeitiger Leistung des Kostenvorschusses regelmässig keinen überspitzten Formalismus dar, sofern die Säumnisfolge – wie hier – rechtsgenüglich angedroht wurde (Urteil des Bundesgerichts 9C\_715/2007).*

## 2274

**Bewilligung einer Mobilfunkantenne** auf dem Flachdach eines bestehenden Gebäudes in einer dreigeschossigen Wohn- und Gewerbezone. Baubewilligung verweigert, weil das Vorhaben (Technikschrank und Mobilfunkantenne) nicht mit den Vorschriften über Dachaufbauten im Baureglement der Gemeinde Herisau (BauR) zu vereinbaren ist.

Identlich mit BauR  
Walzenhausen

Aus den Erwägungen:

2.3 Hinsichtlich der Mobilfunkantenne wird geltend gemacht, diese falle nicht unter die Vorschriften der Gebäudehöhe, da diese nicht als Baute, sondern nur als Anlage zu qualifizieren sei. Dies dürfte nach den einleitend zum Begriff der Baute gemachten Erwägungen zutreffen, wenn es sich um eine Antenne ohne oder nur mit einer bescheidenen Verkleidung handelt. Wie die vorliegend mit einer Verkleidung geplante Antenne zu qualifizieren wäre, kann indessen offen bleiben, wenn sich im Folgenden ergibt, dass die auf einem bestehenden Flachdach geplante Antenne auch als Anlage den Gestaltungsvorschriften für Dachaufbauten unterliegt und dass weder die Antenne noch der Technikschrank diesen Vorschriften zu genügen vermag.

2.4 Bei den Vorinstanzen war noch umstritten, ob die Mobilfunkantenne als Antennenanlage im Sinne von Art. 64 BauR zu qualifizieren sei. Zu dieser kommunalen Vorschrift liess die Baubewilligungskommission zutreffend geltend machen, diese Vorschrift beziehe sich explizit nur auf Radio- und Fernsehantennen, da im BauR in einer Fussnote ausdrücklich auf Art. 53 des (alten) Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG vom 21. Juni

1991) verwiesen werde (dass dieser Art. 53 inzwischen durch Art. 67 des neuen RTVG vom 24. März 2006 ersetzt wurde, ändert nichts, da diese Bestimmung unverändert kantonale Antennenverbote erlaubt). Dieser Verweis auf Art. 53 RTVG lässt aber erkennen, dass Art. 64 BauR nur Radio- und TV-Empfangsantennen für den "Hausgebrauch" erlauben wollte, keinesfalls aber Sendeanlagen mit einem über das Standortgebäude hinaus reichenden Versorgungsauftrag. Für die nachfolgend in Frage stehende Auslegung des Art. 63 BauR ist zumindest bemerkenswert, dass auch den Antennenanlagen nach Art. 64 ein funktioneller Bezug zum als Standort gewählten Gebäude eigen ist.

3. Art. 63 BauR beschränkt unter dem Randtitel "Dachaufbauten und -einschnitte" die Erstellung solcher Bauten zunächst in flächenmässiger Hinsicht (Abs. 1) und lässt bei Kulturobjekten auch weitergehende Beschränkungen zu (Abs. 2). Art. 63 Abs. 4 BauR bestimmt sodann, dass Dachaufbauten wie Treppenhäuser, Liftaufbauten, Kamine, Ventilationszüge usw. mit dem technisch notwendigen Mass über die Dachfläche ragen dürfen. Solche Dachaufbauten müssen indessen den erhöhten Gestaltungsanforderungen gemäss Art. 61 BauR genügen (Abs. 2: ... sind "so in die landschaftliche und bauliche Umgebung einzugliedern, dass eine besonders gute Einpassung in das Orts-, Strassen- und Landschaftsbild erreicht wird.").

3.1 Soweit umstritten ist, ob der Technikschränk und die Mobilfunkantenne als Dachaufbauten im Sinne von Art. 63 BauR zu qualifizieren sind, ist nach dem einleitend Gesagten offenkundig, dass der Technikschränk als Baute über Dach in Erscheinung tritt und deshalb auch als Dachaufbaute zu qualifizieren ist. Obwohl im Titel ausdrücklich nur von Dachaufbauten die Rede ist, ergibt sich aus der nicht abschliessenden Aufzählung in Art. 63 Abs. 4 BauR indessen auch, dass dieser Absatz sich ausdrücklich auch auf Anlagen ohne Bautencharakter bezieht, wenn dort von Kaminen und Ventilationszügen und in Abs. 5 auch von Sonnenkollektoren die Rede ist. Daraus erhellt, dass nebst dem Technikschränk auch die Mobilfunkantenne grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Art. 63 Abs. 4 BauR fällt.

3.2 Umstritten ist sodann, ob die in Art. 63 Abs. 4 BauR nicht abschliessend aufgezählten Dachaufbauten und -anlagen nur zu bewilligen sind, wenn sie dem betreffenden Gebäude dienen, das

heisst, wenn sie dazu auch in einem funktionellen Bezug stehen. Dies ist mit den Vorinstanzen zu bejahen. Dies ergibt sich implizit daraus, dass die in Abs. 4 beispielhaft aufgezählten Dachaufbauten und -anlagen, nämlich Treppenhäuser, Liftaufbauten, Kamine und Ventilationszüge, alle offenkundig nur der hausinternen Erschliessung, Versorgung oder Entsorgung dienen. Es handelt sich wie bei den Antennen in Art. 64 BauR um Infrastrukturbauten und -anlagen, welche bloss dem Hausgebrauch und damit einer eingeschränkten Zweckbestimmung dienen. Gestützt auf Art. 63 Abs. 4 BauR können somit nur Vorhaben für hausinterne Erschliessungs-, Versorgungs- oder Entsorgungszwecke bewilligt werden. Aber selbst Dachaufbauten und -anlagen dieser eingeschränkten Zweckbestimmung dürfen nur mit dem technisch dafür notwendigen Mass über die Dachfläche ragend bewilligt werden. Dachaufbauten und -anlagen, welche für andere, nicht hausinterne Zwecke die Dachfläche überragen, sind demnach über Dach nicht gestattet.

Dass es sich in Art. 63 Abs. 4 BauR nicht um eine abschliessende Aufzählung handelt, lässt zwar, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, auf eine offene Normierung schliessen. Bei dieser Gestaltungsvorschrift kann dies aber nicht bedeuten, dass der Gemeindegesetzgeber damit technischen Entwicklungen jeglicher Art nicht habe prohibitiv vorgreifen wollen. Vielmehr weist die beispielhafte Aufzählung den Weg dahin, dass technisch neue Aufbauten und -anlagen auf einem Dach nur soweit in Kauf zu nehmen sind, als diese ebenfalls der hausinternen Erschliessung, Versorgung oder Entsorgung dienen. Bei der geplanten Mobilfunkantenne handelt es sich um eine weite Teile der Bauzone versorgende Sendeanlage, welche offenkundig nicht allein der Versorgung des als Standort gewählten Gebäudes dient. Weil auch der Technikschränk diesem nicht bloss hausinternen Versorgungszweck dient, steht fest, dass sich das Vorhaben nach Art. 63 Abs. 4 BauR auf dem Dach des betreffenden Gebäudes auch nicht ordentlich bewilligen lässt. Für die hausinterne Erschliessung oder Versorgung dieses Wohn- und Geschäftshauses besteht weder funktionell noch technisch eine Notwendigkeit, eine solche Sendebzw. Mobilfunkantenne mit Technikschränk über deren Dachfläche zu errichten. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob der

Technikschrank und die Mobilfunkantenne den erhöhten Gestaltungsanforderungen in Art. 61 BauR zu genügen vermag.

4. Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin ihren konzessionsrechtlich auferlegten Versorgungsauftrag auch in Anbetracht dieser Auslegung der kommunalen Gestaltungsvorschrift in Art. 63 Abs. 4 BauR noch erfüllen kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfen Bau- und Planungsvorschriften die in der Fernmeldegesetzgebung konkretisierten öffentlichen Interessen nicht verletzen, das heisst, sie müssen den Interessen an einer qualitativ guten Mobilfunkversorgung und an einem funktionierenden Wettbewerb zwischen den Mobilfunkanbietern Rechnung tragen (BGE 133 II 321, 328 f., auch zum folgenden). Werden diese Zielsetzungen der Fernmeldegesetzgebung eingehalten, so sind namentlich ortsplanerische Bestimmungen, die anderen als umweltschutzrechtlichen Interessen dienen, wie z.B. der Wahrung des Charakters eines Quartiers, grundsätzlich möglich. Der auf dem Flachdach eines bestehenden Gebäudes geplanten Mobilfunkantenne und dem Technikschrank steht vorliegend eine Gestaltungsvorschrift entgegen, welche primär durch Motive der Ortsbildgestaltung und im weiteren auch des Ortsbildschutzes begründet erscheint (während die nördliche Hälfte des bestehenden Gebäudes in der kommunalen Ortsbildschutzzone liegt, sollen die Antenne und der Technikschrank auf dem südlichen Gebäudeteil ausserhalb dieser Schutzzone, aber in deren Umgebung, errichtet werden; vgl. dazu auch Art. 44 Abs. 7 BauR). Weil Art. 63 BauR lange vor dem neu entstandenen Bedürfnis nach Erstellung von Mobilfunkantennen erlassen wurde, kann dieser Gestaltungsvorschrift sicher nicht entgegengehalten werden, es handle sich dabei eigentlich um eine bundesrechtlich nicht erlaubte Immissionsschutzmassnahme. Dass ein Technikschrank und Mobilfunkantennen als Folge der vorstehend bestätigten Auslegung des Art. 63 Abs. 4 BauR nicht mehr auf Dächern erstellt werden können, kommt selbst innerhalb der Bauzonen von Herisau nicht einem weitgehenden Verbot solcher Anlagen gleich. Die Beschwerdeführerin anerkennt selber, dass Mobilfunkantennen als freistehende Antennen innerhalb der Bauzonen nach wie vor zulässig sind und dort auch faktisch überall im Bereich bestehender Baulücken oder nur schlecht ausgenutzter Grundstücke möglich bleiben. In Herisau und im Versorgungsbereich der umstrittenen Antenne im Besonderen kommt hinzu, dass das Versorgungsgebiet an teils locker

überbaute Hanglagen angrenzt, so dass eine Versorgung insbesondere auch von diesen Hanglagen aus möglich bleibt. Von diesen Hanglagen aus dürfte die Versorgung über freistehende Antennen sogar mit ähnlich geringen Antennenhöhen möglich sein, wie sie vorliegend auf dem bestehenden Flachdach vorgesehen wurde. Weil die auf Mobilfunkantennen als anwendbar erkannte Bestimmung in Art. 63 Abs. 4 BauR somit keineswegs einem weitgehenden Verbot solcher Anlagen gleichkommt, ist diese mit der Fernmeldegesetzgebung des Bundes zu vereinbaren.

Daran ändert nichts, dass freistehende Antennen gestalterisch nicht überall unproblematisch sein dürften. Denn das allgemein innerhalb der Bauzonen geltende Eingliederungsgebot (Art. 112 Abs. 1 BauG) hat in aller Regel kein Bauverbot zur Folge, sondern bedingt lediglich gestalterische Massnahmen bzw. Auflagen, wie sie die Beschwerdeführerin zur besseren farblichen Einpassung des Vorhabens auch vorliegend vorgesehen hat (farblich an die Umgebung angepasste Antennenverkleidung).

5. Zusammenfassend steht damit fest, dass die Vorinstanzen den Technikschränk und die Mobilfunkantenne zu Recht als mit Art. 63 Abs. 4 BauR nicht vereinbar beurteilt haben. Da das Vorhaben auch nicht gestützt auf die Bestandes- und Erweiterungsgarantie oder die Ausnahmeklausel bewilligt werden kann, wurde dem Vorhaben zu Recht und im Ergebnis auch ohne Verletzung der Fernmeldegesetzgebung die Baubewilligung verweigert. Die Beschwerde ist abzuweisen.

VGer 28.03.2007