

Anforderungen des Baurechts in Bezug auf den Ausbau der 5G-Mobilfunkinfrastruktur

Der Aufbau einer funktionierenden 5G-Infrastruktur bedingt die Neuerrichtung zusätzlicher Mobilfunkstandorte und den Ausbau der vorhandenen Infrastruktur (Makrostandorte). Zusätzlich bedarf es der Neuerrichtung zahlreicher Small Cells inkl. Systemtechnik (Mikrostandorte), die der Verdichtung des Netzes in Ballungsgebieten dienen und die voraussichtlich vermehrt im öffentlichen Verkehrsraum, sowie in/an Straßenmöbeln installiert werden.

Kapitel I: Bauordnungsrecht

Vorbemerkung:

Die Bauordnungen der Länder unterscheiden sich voneinander. Selbst bei Vorliegen wortgleicher bauordnungsrechtlicher Regelungen in den Ländern, kann sich die Auslegung und somit der Inhalt von Land zu Land erheblich unterscheiden. Dies ist einerseits durch die Behördenpraxis und andererseits durch die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte in den verschiedenen Bundesländern bedingt.

1. Anwendungsbereich der Bauordnungen

Die Bauordnungen gelten für bauliche Anlagen und Bauprodukte, sowie für andere Anlagen und Einrichtungen, an die nach der jeweiligen Bauordnung bzw. aufgrund von Vorschriften auf Grund der jeweiligen Bauordnung Anforderungen gestellt werden. (s. beispielhaft Art. 1 BayBO).

Bauliche Anlagen sind in der Regel definiert als mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Als bauliche Anlagen gelten in der Regel Anlagen, die nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt sind, überwiegend ortsfest benutzt zu werden.

In den Anwendungsbereich aller Bauordnungen fallen somit eindeutig Makrostandorte. Dasselbe dürfte auch für alle Arten von Mikrostandorten anzunehmen sein, da diese Antennenanlagen dafür bestimmt sind, ortsfest installiert und benutzt zu werden.

2. Verfahrensfreiheit oder Genehmigungsbedürftigkeit

2.1. Überblick über die bestehende Rechtslage

In allen Ländern kann eine neue Antennenanlage bauordnungsrechtlich verfahrensfrei errichtet oder eine bestehende Antennenanlage verfahrensfrei geändert werden, **wenn die „Höhe“ der Antennentragkonstruktion/-en (Funkmast/Antennenträger) bis zu 10 m** beträgt und die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, insbesondere handelt es sich um folgende Voraussetzungen:

- **In allen Ländern** ist ein **maximaler Brutto-Rauminhalt für die Systemtechnik** weitere Voraussetzung für die Verfahrensfreiheit (z.B. in Bayern 10 m³).
- **In einigen Ländern** ist darüber hinaus auch ein **maximaler Durchmesser für Parabolantennen** (Richtfunkantennen) einzuhalten (z.B. in Hessen 1,2 m).
- **In einigen Ländern** ist zusätzlich eine **Beteiligung der Gemeinde** Voraussetzung für die Baugenehmigungsfreiheit (z.B. Hessen und Baden-Württemberg).

- **In allen Ländern** ist die mit der Errichtung einer Antennenanlage in/an/auf einem Gebäude bzw. einer anderen baulichen Anlage verbundene **Änderung der Nutzung oder der äußeren Gestalt der bestehenden baulichen Anlage verfahrensfrei** gestellt.

Makro- und Mikrostandorte sind unter o.g. Voraussetzungen baugenehmigungsfrei. Mikrostandorte werden die o.g. Voraussetzungen in Bezug auf die geregelten Maximalmaße der Anlagenbestandteile regelmäßig erfüllen. Bemerkenswert ist, dass in den Ländern, in denen eine kommunale Beteiligung Voraussetzung für die Genehmigungsfreiheit ist, auch für Mikrostandorte eine kommunale Beteiligung durchgeführt werden müsste. In Hessen könnte ein Mikrostandort mit Versorgungseinheit sogar baugenehmigungspflichtig werden, wenn die Gemeinde die Durchführung eines Baugenehmigungsverfahrens verlangt.

Die bauordnungsrechtliche Verfahrensfreiheit einer Antennenanlage entbindet im Übrigen nicht von der Verpflichtung zur Einhaltung der Anforderungen, die durch öffentlich-rechtliche Vorschriften an die Antennenanlage gestellt werden und entbindet nicht von der Durchführung von Verfahren aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften.

2.2 Verbesserungspotentiale zur Beschleunigung des 5G-Ausbaus und Sicherung der 5G-Versorgung

Erweiterung und Klarstellung der Verfahrensfreistellungstatbestände:

- **Anhebung der genehmigungsfreien Höhe von 10 m:**
 - **Mit Bezug auf die Vorschläge für Rahmenbedingungen für den raschen 5G-Ausbau im Zuge des Digital-Gipfels 2017 wird angeregt, die verfahrensfreie Höhe zu erweitern. Dies könnte z.B. so geschehen, dass für freistehende Maste im Außenbereich eine größere Höhe (z.B. 20 m) als für Antennenträger auf Gebäuden im Innenbereich (z.B. 15 m) vorgesehen wird.**
- **Klarstellung der Bemessungsgrundlage für die genehmigungsfreie Höhe:**

In den meisten Bauordnungen ist die Bemessungsgrundlage für die 10 m nicht klar geregelt, was für Rechtsunklarheit sorgt.

 - **Es wird angeregt, in allen Bauordnungen entsprechend bayerischem Vorbild eine Klarstellung vorzunehmen und eine genehmigungsfreie „freie Höhe“ (d.h. gemessen ab Dachaustritt) von x m vorzusehen.**
- **Klarstellung zur Verfahrensfreiheit der nachträglichen Anbringung von Antennenanlagen an baugenehmigungspflichtigen und genehmigten Funkstationen/Funkmasten:**
 - **Es wird angeregt, in allen Bauordnungen klarzustellen, dass die nachträgliche Anbringung von Antennenanlagen bzw. der Austausch von Antennenanlagen an baugenehmigungspflichtigen und bereits genehmigten Antennenträgern /Funkmasten baugenehmigungsfrei ist.**
- **Konsolidierung der Regelungen zur kommunalen Beteiligung**

In manchen Ländern ist eine kommunale Beteiligung/Entscheidung Voraussetzung für die baurechtliche Genehmigungsfreiheit.

➤ **Vor dem Hintergrund, dass die Kommunen aufgrund verschiedener Rechtsvorschriften und Verträge vor Errichtung einer Mobilfunkanlage beteiligt werden müssen, wird angeregt, das Entfallen der Beteiligung an der einen oder anderen Stelle zu erwägen, um Doppelbefassungen und Aufwand zu vermeiden (weitere Beteiligungsregelungen s. insbesondere § 7a 26. BImSchV und Beteiligung aufgrund freiwilliger Vereinbarungen der Mobilfunkbetreiber mit den kommunalen Spitzenverbänden.).**

- **Aufnahme einer Verfahrensfreistellung für nur vorübergehend aufgestellte mobile Maste, die aufgrund einer Standdauer von mehr als 3 Monaten nicht der Definition des (baugenehmigungsfreien) fliegenden Bauwerks entsprechen.**

Um ein lückenloses 5G-Netz aufrechtzuerhalten ist es erforderlich Mobilfunkstandorte, die plötzlich und unplanmäßig entfallen, schnell ersetzen zu können, bis ein endgültiger Ersatzstandort in Betrieb genommen werden kann.

➤ **Es wird angeregt, in den Bauordnungen eine Verfahrensfreistellung für mobile Maste mit einer Standdauer von bis zu 2 Jahren (ggf. mit Verlängerungsmöglichkeit) vorzusehen.**

3. Verfahrensvorschriften

Die Bauordnungen beinhalten Verfahrensvorschriften für die Durchführung von Baugenehmigungsverfahren, sowie für die Erteilung von Abweichungen von den Anforderungen der Bauordnung und für die Erteilung von Ausnahmen und Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplanes/städtebaulichen Satzung/ BauNVO (s. hierzu Kapitel II Bauplanungsrecht)

Wie oben bereits ausgeführt wurde, entbindet die Baugenehmigungsfreiheit nicht von der Durchführung von Verfahren aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften. Häufig müssen daher auch für baugenehmigungsfreie Funkstationen Verfahren zur Beantragung isolierter Ausnahmen und Befreiungen oder Abweichungen von bauordnungsrechtlichen Vorschriften durchgeführt werden. In dem Zusammenhang ist es für einen zügigen 5G-Ausbau essentiell, dass diese Verfahren schlank und beschleunigt durchgeführt werden.

Verbesserungspotential zur Beschleunigung des 5G-Ausbaus

- **Aufnahme von Verbescheidungsfristen**

➤ **Es wird angeregt, in allen Bauordnungen Verbescheidungsfristen nach dem Vorbild des aktuellen Referentenentwurfs zur LBO NRW zu regeln.**

4. Bauordnungsrechtliche Abstandsflächen zu Grundstücksgrenzen und anderen baulichen Anlagen

4.1 Überblick über die bestehende Rechtslage:

Die Abstandsflächenvorschriften dienen der Sicherstellung der ausreichenden Belüftung, Belichtung und Besonnung der Baugrundstücke, sowie der Wahrung eines Sozialabstandes zum Nachbarn.

Die Abstandsflächenvorschriften der Länder sind unterschiedlich gestaltet.

Mobilfunkinfrastruktur kann grundsätzlich in allen Ländern abstandsflächenrelevant sein, wenn von dieser „Wirkungen wie von einem Gebäude“ ausgehen. In den Ländern werden für die Ermittlung der gebäudegleichen Wirkung jedoch unterschiedlich Maßstäbe angelegt. Grund hierfür ist die unterschiedliche Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte.

Relevanz haben die Abstandsflächenvorschriften für den 5G-Ausbau im Wesentlichen nur für die Errichtung freistehender Funkmaste inklusive zugehöriger gebäudegleicher Systemtechnikcontainer, somit v.a. für die Versorgung der ländlichen Bereiche.

Die Regelungen zur Tiefe der Abstandsflächen variieren in den Ländern ebenfalls stark. In der Regel ist eine Staffelung der Tiefe nach Gebietsart vorgesehen. Es sind in den verschiedenen Gebietsart Abstandsflächentiefen von 0,2 H bis 1 H (i.d.R. mindestens jedoch 3 m) vertreten. Gerade im Außenbereich sind die Abstandsflächentiefen teils recht hoch (bis zu 1 H), obwohl im Außenbereich die geringsten Probleme in Bezug auf Belichtung, Belüftung, Besonnung der Grundstücke und Wahrung eines Sozialabstandes zur Nachbarbebauung bestehen.

4.2 Verbesserungspotentiale zur Beschleunigung des 5G-Ausbaus:

- **Regelungen zur Verringerung der Abstandsflächentiefen, insbesondere Verringerung im Außenbereich auf 0,4 H und in Gewerbe- und Industriegebieten auf 0,2 H (s. z.B. Referentenentwurf LBO NRW). Zusätzlich oder alternativ: Aufnahme von Vorschriften, die eine Errichtung von Mobilfunkanlagen in den Abstandsflächen zulassen.**
- **Aufnahme einer Regelung, dass runde Maste mit einem Durchmesser bis max. 1,5 m und eckige Maste mit einer Schenkellänge von max. 1,5 m im Außenbereich unter Einhaltung eines Mindestabstandes von 3 m an die Grundstücksgrenze gebaut werden dürfen.**

Kapitel II Bauplanungsrecht:

1. Innenbereich

Mobilfunkantennen werden dann, wenn sie optisch im Stadt- und Landschaftsbild wahrnehmbar sind, als Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB eingestuft. Damit unterfallen sie den bauplanungsrechtlichen Vorgaben zur Zulässigkeit von Vorhaben in den einzelnen Baugebieten nach § 1 Abs. 2 BauNVO. Als nicht-störende gewerbliche Anlagen sind sie daher nur ausnahmsweise zulässig in WA-Gebieten und im Wege der Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB in WR-Gebieten. Über § 14 Abs. 2 S.2 BauNVO 1990 können diese Vorhaben auch in WR-Gebieten ausnahmsweise zugelassen werden, sofern der Bebauungsplan unter Geltung der vorbezeichneten Norm erlassen wurde. In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass die Baugenehmigungsbehörden die Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung für diese Plangebiete unter Hinweis auf entgegenstehende Ermessenserwägungen verweigern.

§ 14 Abs. 1 BauNVO ist auf Makrostandorte, deren Versorgungsbereich in der Regel über ein einzelnes Baugebiet hinaus geht, nicht anwendbar, so dass sich eine generelle Zulässigkeit solcher Vorhaben in allen Baugebieten aus dieser Norm nicht herleiten lässt.

Zur Vermeidung von Verzögerungen im Rahmen des Rollouts wären daher folgende Änderungen und Anpassungen wünschenswert:

- **Aufnahme von fernmeldetechnischen Einrichtungen in den Katalog der generell in allen Baugebieten zulässigen Nebenanlagen**
- **Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften in den Bundesländern zur einheitlichen und den Ausbau fördernden Verwaltungsentscheidungen bei Beantragung von isolierten Abweichungen von Art und Maß der Nutzung für Mobilfunkantennen,**
- **Definition von Kriterien, ab wann Mikro- und Makrostandorte keine Vorhaben im Sinne von § 29 BauGB sind.**

2. Außenbereich

Ein weiteres Problemfeld ist die Zulassung von Mobilfunkanlagen im Außenbereich. Nach ständiger Rechtsprechung sind solche Vorhaben privilegiert im Außenbereich zulässig nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB, wenn diese den sog. spezifischen Standortbezug aufweisen. Ein solcher ist anzunehmen, wenn die Anlage aufgrund ihrer Versorgungsaufgabe auf einen Standort im Außenbereich angewiesen ist. Eine quadratmetergenaue Zuordnung ist dabei nicht erforderlich. Auszuschließen muss jedoch werden können, dass der gesamte Außenbereich als Standort für die Anlage geeignet wäre. Es gilt darüber hinaus der Grundsatz der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs, so dass vor der Zulassung des Vorhabens geprüft werden muss, ob ein weniger belastender Standort im Innenbereich ebenso geeignet wäre. Nach der Rechtsprechung muss in der Regel eine sog. Absagen-Dokumentation zusammen mit dem Genehmigungsantrag vorgelegt werden. In dieser Dokumentation muss dargelegt werden, welche Innenbereichsstandorte geprüft und aus welchen Gründen diese abgelehnt wurden.

Schließlich muss an dem Außenbereichsstandort die Erschließung der Anlage gesichert sein. Dies bedingt das Vorhandensein einer hinreichenden Zuwegung (ggf. temporär) sowie einen Energieanschluss.

Die Probleme bei der Zulassung von Außenbereichsvorhaben ergeben sich aus den vorgenannten Erwägungen. Der Standortbezug wird unter Hinweis auf technisch geeignete Innenbereichsstandorte oder der Gemeinde/den Anwohnern liebsamere, da weiter entfernte Außenbereichsstandorte verneint. Häufig wird eingewandt, der Betreiber habe sich nicht hinreichend bemüht, einen Innenbereichsstandort zu finden. Und nicht selten gibt es Probleme bei der Erschließung der Mobilfunkanlage im Außenbereich, Gemeinden oder Anwohner verweigern die Zuwegung, der örtliche Energieversorger weigert sich, seiner Pflicht zum Anschluss der Anlage an das Energienetz nachzukommen.

Zur Vermeidung von Verzögerungen im Rahmen des Rollouts wären daher folgende Änderungen und Anpassungen wünschenswert:

- **Aufgabe des Erfordernisses des Standortbezugs bzw. der Vorlage der Absagen-Dokumentation**
- **Keine Verpflichtung mehr des Betreibers, Standorte im Innenbereich zu prüfen, wenn die Versorgungsaufgabe besser vom Außenbereich erfolgen kann – dies belegt der Betreiber durch entsprechende Versorgungsplots**
- **Betreiber erhält ein generelles Wegerecht über gemeindliche oder private Zufahrtswege für die Anbindung der Mobilfunkanlage im Außenbereich im Anwendungsbereich des TKG**
- **Vereinfachung der Regelungen zum Energieanschluss (z.B. Klarstellung hinsichtlich Anschlusspflicht im Anwendungsbereich des EnWG/ der EAV)**

Kapitel III: Baunebengesetze und sonstige Rechtsbereiche:

1. Denkmalschutz/ Gestaltungs- und Erhaltungssatzungen

Die Anbringung von Mobilfunkantennen oder die Errichtung von Mobilfunkstandorten an oder auf Denkmälern oder nach Gestaltungssatzung geschützten Gebäudeensembles können genehmigungspflichtig sein, soweit eine Beeinträchtigung des Erscheinungsbildes zu befürchten ist. Ebenso ist denkbar, dass die Errichtung von Gehäusen für die Systemtechnik in deren engerer Umgebung genehmigungspflichtig ist. Im Regelfall wird man von einer Genehmigungspflicht auszugehen haben.

Zur Vermeidung von Verzögerungen im Rahmen des Rollouts wäre hilfreich:

- **Erstellung von bundesweit online geführten Denkmallisten**
- **Konstitutive Denkmaleintragung**
- **Regelung von Verbescheidungsfristen zur Verfahrensbeschleunigung**

2. Besonderes Städtebaurecht (Sanierungs/Entwicklungsgebiete)

Vorhaben i.S. des § 29 BauGB sind in Sanierungs- und Entwicklungsgebieten genehmigungspflichtig. Da es sich um keine Maßnahmen handelt, die Auswirkungen auf Sanierungs- und Entwicklungsziele haben, ist eine Genehmigung jedoch grundsätzlich zu erteilen.

Zur Vermeidung von Verzögerungen im Rahmen des Rollouts wären daher folgende Änderungen und Anpassungen wünschenswert:

- **Regelung von Verbescheidungsfristen zur Verfahrensbeschleunigung**

3. Sondernutzung von öffentlichen Straßen

Grundsätzlich erfolgt die Errichtung von Makrostandorten auf Privatgrundstücken und nicht im Verkehrsraum. Zukünftig könnte es erforderlich werden, dass Masten geringer Höhe (vergleichbar mit Laternen), sowie Mikrostandorte im öffentlichen Straßenraum errichtet werden müssen. Hierbei gilt, dass jede Nutzung einer Straße, die über den sog. Gemeingebrauch hinausgeht, nach den Straßen- und Wegegesetzen der Länder erlaubnis- und gebührenpflichtig wäre. Ein Gemeingebrauch liegt in diesen Fällen nicht vor, da die Straße nicht überwiegend für Zwecke des Verkehrs genutzt wird. Gemeinden können durch Satzung jedoch bestimmte Sondernutzungen in den Ortsdurchfahrten und in den Gemeindestraßen von der Erlaubnispflicht befreien und die Ausübung regeln. Soweit die Gemeinde nicht Träger der Straßenbaulast ist, bedarf die Satzung der Zustimmung der oberen Straßenbaubehörde. Nicht zweifelsfrei geklärt ist das Verhältnis von §§ 68 ff TKG zu den straßenrechtlichen Vorschriften der Länder, insbesondere die Frage, ob § 68 TKG aufgrund der Neufassung der Begriffsbestimmungen in § 3 Ziff. 26 TKG einen Anspruch auf kostenlose Errichtung jeder Art von Mobilfunkanlagen im öffentlichen Verkehrsraum gibt und inwieweit diese Vorschriften straßenrechtliche Genehmigungen entbehrlich machen.

Zur Vermeidung von Verzögerungen im Rahmen des Rollouts wären daher folgende Änderungen und Anpassungen wünschenswert:

- **Erlass von Verwaltungsvorschriften zu §§ 3 Ziff. 26 und 68 ff TKG zur Klarstellung, dass Mobilfunkanlagen jeder Art in den Anwendungsbereich von § 68 TKG fallen, dass diese Vorschrift straßenrechtlichen Vorschriften vorgeht und somit Genehmigungsverfahren wegen Sondernutzung nicht durchzuführen sind.**

- **Alternativ: Erstellung einer Mustersatzung als Beispiel für eine Gemeindefassung, mit der die erlaubnis- und gebührenfreie Nutzung des öffentlichen Straßenraums für 5G-Nutzungen geregelt werden kann**