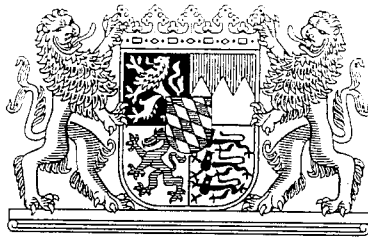


25 B 05.1340
W 4 K 05.186



Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

- Klägerin -

bevollmächtigt:

gegen

- Beklagte -

bevollmächtigt:

beigeladen:

beteiligt:

Landesrechtsanwaltschaft Bayern als Vertreter des öffentlichen Interesses,

wegen

Beseitigungsanordnung/Mobilfunk;

hier: Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Würzburg vom 5. April 2005,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 25. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Schechinger,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Petz,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Krieger

aufgrund mündlicher Verhandlung vom 30. Juli 2007

am **9. August 2007**

folgendes

Urteil:

- I. Das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Würzburg vom 5. April 2005 wird abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.
- II. Die Klägerin trägt die Verfahrenskosten in beiden Rechtszügen. Die Beigeladene trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
- 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 die Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Gegenstand des Rechtsstreit ist eine Beseitigungsanordnung für eine genehmigungsfrei geänderte Mobilfunkanlage auf dem Dach eines Anwesens im Geltungsbereich einer Gestaltungssatzung (Altstadt).
- 2 Auf dem Dach des Anwesens Fl.Nr. 1234 der Gemarkung Kitzingen () in der Altstadt der Beklagten, einem ehemaligen Brauereigebäude, befinden sich etwa seit dem Jahre 2000 zwei Mobilfunk-Antennenträger der Klägerin, an denen ursprünglich je drei, insgesamt also sechs GSM-Sendeantennen montiert waren. Mit Schreiben vom 1. Juni 2004 informierte die T-Mobile Deutschland GmbH die Beklagten, dass der Umbau der Mobilfunk-Sendeanlage weitgehend abgeschlossen sei. Die Anlage arbeite weiterhin mit sechs Sendantennen, nunmehr allerdings mit drei für GSM- und drei für UMTS-Technik. Es sei geplant, die Anlage im Juli 2004 in Betrieb zu nehmen. Die von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post festgelegten Sicherheitsabstände seien eingehalten. Bauherrin des Umbaus war die Klägerin.
- 3 Der Mobilfunk-Standort liegt im Geltungsbereich der "Satzung über die äußere Gestaltung baulicher Anlagen im Altstadtbereich" der Beklagten (am 29.1.1998 als Satzung beschlossen, am 15.3.1998 in Kraft getreten). § 17 der Satzung enthielt unter der Überschrift "Parabolantennen" ursprünglich folgende Regelung:
 - 4 „Parabolantennen sind grundsätzlich ohne Werbung und bis zu einem Durchmesser von 80 cm für Sammelanlagen und max. 65 cm für Einzelanlagen so anzubringen, dass sie vom öffentlichen Raum aus nicht einsehbar sind.
 - 5 Die Farbe der Parabolantennen ist der Farbe des Anbringungsorts (Dach, Fassade u.ä.) anzupassen. Sammelparabolantennen werden empfohlen."
- 6 Mit der am 11. Dezember 2003 beschlossenen 1. Änderungssatzung (in Kraft getreten am 18.12.2003) fügte die Beklagte der Satzungsbestimmung unter Änderung der Überschrift ("Antennenanlagen") und Fassung des bisherigen Textes als Absatz 1 folgenden Absatz 2 hinzu:
 - 7 „(2) Mobilfunkanlagen — auch in Rohren verdeckt — sind nicht erlaubt, soweit sie über den Dachfirst hinausragen und von öffentlicher Verkehrsfläche einsichtig sind. Sonstige Anlagen an nicht einsehbaren Dachflächen dürfen den First nicht überragen."

- 8 Mit Bescheid vom 4. November 2004 ordnete die Beklagte gegenüber der Klägerin nach vorheriger Anhörung an, "die auf dem Dach das Anwesens (...) angebrachte Mobilfunkanlage, bestehend aus zwei Antennenträgern mit insgesamt sechs Sender-Antennen, binnen eines Monats ab Unanfechtbarkeit dieses Bescheides zu beseitigen (Nr. 1), und verpflichtete die seinerzeitige Eigentümerin des Anwesens, die mittlerweile aufgelöste KG, deren Vermögen die Beigeladene verwaltet, die Beseitigung der Anlagen zu dulden (Nr. 2). Zu beiden Anordnungen ergingen Zwangsgeldandrohungen (Nrn. 3 und 4). Die Mobilfunkanlagen, so die Begründung des Bescheides, verstießen gegen Art. 17 Abs. 2 der Gestaltungssatzung. Die Herstellung rechtmäßiger Zustände im Wege einer nachträglichen Befreiung von der Vorschrift sei nicht möglich, weil keiner der Befreiungstatbestände des § 20 der Satzung gegeben sei. Weder Gründe des Allgemeinwohls noch städtebauliche Gründe erforderten ein Abweichen von den Bestimmungen der Satzung. Eine unbillige Härte sei ebenfalls nicht gegeben, da es der Klägerin ohne Weiteres möglich sei, die Antennenanlage auch satzungsgemäß im Altstadtbereich unterzubringen. Im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens habe sich die Beklagte veranlasst gesehen, der Gestaltungssatzung Geltung zu verschaffen, weil mit einer Duldung ein Bezugsfall geschaffen würde, auf den sich andere berufen könnten mit der Folge, dass das Ziel der Gestaltungssatzung niemals erreicht werden könnte. Die Bedenken der Klägerin gegen die Rechtswirksamkeit des § 17 Abs. 2 seien unbegründet. Mobilfunkanlagen würden durch die Satzung nicht verboten. Dem jeweiligen Bauherrn werde lediglich aufgegeben, bestimmte Gestaltungsmaßstäbe zu beachten. Auch auf Bestandsschutz könne sich die Klägerin nicht berufen. Nach § 2 der Satzung seien deren Vorschriften auch bei Änderung von Anlagen zu beachten.
- 9 Im Widerspruchsverfahren wies die Regierung von Unterfranken die Klägerin darauf hin, dass gegen die Rechtswirksamkeit der Gestaltungssatzung der Beklagten keine Bedenken bestünden, verzichtete aber auf eine Widerspruchsentscheidung.
- 10 Mit Urteil vom 5. April 2005 hob das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid der Beklagten vom 4. November 2004 auf. Die genehmigungsfreie Änderung der Mobilfunkanlage stehe nicht im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Die Anlage sei in dem als Kern- oder Mischgebiet einzustufenden Altstadtbereich allgemein zulässig. Eine verunstaltende Wirkung rufe die Anlage offenkundig

noch nicht hervor, zumal mit der flächendeckenden Verbreitung der Mobilfunknetze auch in optischer Hinsicht eine Gewöhnung an solche Anlagen eingetreten sei. § 17 Abs. 2 der Gestaltungssatzung stehe der Änderung ebenfalls nicht entgegen, weil diese Vorschrift unwirksam sei. Nach § 17 Abs. 2 Satz 1 seien Mobilfunkanlagen zwar nur dann nicht erlaubt, soweit sie über den Dachfirst hinausragen und von öffentlicher Verkehrsfläche einsichtig sind. Gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 dürften jedoch sonstige Anlagen an nicht einsehbaren Dachflächen den First nicht überragen. Die Vertreter der Beklagten hätten in der mündlichen Verhandlung die Auffassung vertreten, dass sich diese Bestimmung auf die Fälle beziehe, denen die Voraussetzungen des Satzes 1 nicht entgegenstehen. Dies bedeute, dass Mobilfunkanlagen auch an von öffentlicher Verkehrsfläche nicht einsehbaren Standorten nicht erlaubt seien, wenn sie den First überragen. § 17 Abs. 2 führe damit zwar nicht vom Wortlaut her, aber in seiner Folge zu einem faktischen Verbot von Mobilfunkanlagen im Geltungsbereich der Satzung, weil nach einer Stellungnahme der T-Mobile Deutschland GmbH vom 20. Dezember 2004 Mobilfunkantennen im Regelfall den Dachfirst überragen müssten, um eine ungestörte Ausbreitung der Funkwellen zu garantieren. Die Vorgeschichte der Satzungsänderung spreche dafür, dass die Beklagte Mobilfunkantennen im Altstadtgebiet nicht wegen ihrer optischen Wirkung, sondern wegen befürchteter Gesundheitsgefahren habe ausschließen wollen. In der Sitzung des Stadtrats der Beklagten vom 6. November 2003 habe nämlich ein Stadtratsmitglied beantragt zu überprüfen, inwieweit über die Gestaltungssatzung Einfluss auf das Thema Mobilfunk ausgeübt werden könne. Nur mit dieser Zielsetzung sei es zu erklären, dass auch in Rohren verdeckte Mobilfunkanlagen nicht erlaubt seien. § 17 Abs. 2 der Gestaltungssatzung sei deshalb als "Etikettenschwindel" nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt. Es verstoße auch gegen den Gleichheitssatz, dass Funkantennen von Privatleuten und normale Fernsehantennen uneingeschränkt zulässig seien, obwohl letztere auch unter Dach angebracht werden könnten und nicht von deutlich geringerer Wirkung auf das Ortsbild seien als die streitgegenständlichen Antennenträger.

- 11 Mit der vom Senat zugelassenen Berufung wendet sich die Beklagte gegen die Aufhebung des Bescheides. Sie beantragt,
- 12 die Klage unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils abzuweisen.
- 13 Schon der bloße Wortlaut des § 17 Abs. 2 Satz 1 der Gestaltungssatzung zeige,

dass Mobilfunkanlagen nur dann unzulässig seien, wenn sie über den Dachfirst hinausragen und von öffentlicher Verkehrsfläche einsehbar sind. Nicht von öffentlicher Verkehrsfläche einsehbare Anlagen seien zulässig, auch wenn sie den Dachfirst überragen. § 17 Abs. 2 Satz 2 gelte für sonstige Anlagen, sei also für Mobilfunkanlagen nicht einschlägig, wie sich auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergebe. § 17 Abs. 2 Satz 1 enthalte deshalb kein faktisches Verbot von Mobilfunkanlagen im Altstadtbereich. Auch die Stellungnahme der T-Mobile Deutschland GmbH vom 20. Dezember 2004 basiere insoweit auf einem juristisch falschen Ausgangspunkt; sie lasse im Übrigen auch jegliche Prüfung von Alternativstandorten vermissen. Die Dachlandschaft im Geltungsbereich der Satzung sei auch schutzwürdig, wie den Erwägungen zum Denkmal- und Ensembleschutz in der für die Satzungsänderung maßgeblichen Sitzung des Stadtrats der Beklagten zu entnehmen sei. Auch § 4 der Gestaltungssatzung stelle klar, dass es der Beklagten um den "einheitlichen, aus der Geschichte überlieferten Gesamteindruck der Dachlandschaft" gehe. Zu Unrecht bemühe das Verwaltungsgericht den allgemeinen Gleichheitssatz. Ein sachlicher Unterschied zwischen Fernsehantennen und Mobilfunkanlagen resultiere bereits aus den von Mobilfunkanlagen ausgelösten Gesundheitsgefahren. Mobilfunkanlagen unterschieden sich im Übrigen auch optisch von den sonst üblichen und allgemein zulässigen Empfangsantennen.

14 Die Klägerin beantragt,

15 die Berufung zurückzuweisen.

16 Die Auslegung des Verwaltungsgerichts, wonach Mobilfunkanlagen, die den Dachfirst überragen, nach § 17 Abs. 2 der Gestaltungssatzung generell unzulässig sind, sei rechtlich nicht zu beanstanden, zumal diese Auslegung in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht von den Vertretern der Beklagten dezidiert so vertreten worden sei. Unklar bleibe, inwieweit im Altstadtbereich der Beklagten überhaupt ein schützenswertes Ortsbild vorliege. Jedenfalls werde mit § 17 Abs. 2 der Gestaltungssatzung nicht der Schutz dieses Ortsbildes verfolgt. Einziges Ziel der Beklagten sei, Mobilfunkanlagen im Geltungsbereich der Satzung gänzlich zu verhindern, wie in der Sitzungsvorlage zur Satzungsänderung vom 8. Dezember 2003 (richtig: 9.12.2003) und der sonstigen Entstehungsgeschichte zum Ausdruck komme. § 17 Abs. 2 der Gestaltungssatzung verstoße auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, weil Fernsehantennen von den Restriktionen nicht erfasst seien, obwohl

diese häufig in großer Zahl anzutreffen und optisch nicht von geringerer Wirkung auf das Ortsbild als Mobilfunkantennen seien. Die Ungleichbehandlung könne auch nicht durch die Erwägung gerechtfertigt werden, dass der vorhandene "Antennenwald" aller Wahrscheinlichkeit nach bereits vor dem Inkrafttreten der Satzungsänderung entstanden sei, denn vor dem Inkrafttreten hätten sich im Altstadtbereich auch bereits Mobilfunkantennen befunden. Die Gestaltungssatzung leide auch unter Abwägungsmängeln. Insoweit sei klägerseits nachvollziehbar und überzeugend dargelegt worden, dass Mobilfunkantennen aus funktechnischen Gegebenheiten regelmäßig den Dachfirst überragen müssten. § 17 Abs. 2 bewirke deshalb ein - unzulässiges - vollständiges Verbot von Mobilfunkanlagen im Geltungsbereich der Gestaltungssatzung. Eine verdeckte Anbringung - etwa in Kaminen - verhindere die erforderliche Sendeleistung. Da die Gestaltungssatzung auch eine Verrohrung oder Einhausung ausschließe, sei faktisch die Errichtung von Mobilfunkanlagen im Geltungsbereich der Satzung nicht mehr möglich.

- 17 Die Landesadvokatur als Vertreter des öffentlichen Interesses stellt keinen Antrag, befürwortet allerdings den Antrag der Klägerin. Zwar sei eine Einbeziehung von Mobilfunkanlagen in den Regelungsbereich des § 17 Abs. 2 Satz 2 vom Normgeber ersichtlich nicht gewollt, weil Satz 1 ansonsten keinen Anwendungsbereich hätte, der - in strengerer Form - nicht auch von Satz 2 erfasst würde, und damit überflüssig wäre. Gleichwohl sei die Entscheidung des Verwaltungsgerichts richtig. Eine hinreichende ortsgestalterische Motivation, die abwägungsfehlerfrei und ohne Verstoß gegen den bundesrechtlichen Versorgungsauftrag der Mobilfunkbetreiber eine Beschränkung der Zulässigkeit von Antennenanlagen rechtfertige, sei hier zumindest zweifelhaft. Aus der Beschlussvorlage lasse sich nur entnehmen, dass im Altstadtbereich Ensembleschutz nur für den Marktplatzbereich sowie Schutz verschiedener Einzeldenkmäler bestehe. In der Sache gehe es der Beklagten wohl um die von Mobilfunkanlagen ausgehenden möglichen Gesundheitsgefahren; hierfür biete der in der Beschlussvorlage nicht zitierte Art. 91 Abs. 1 Nr. 5 (gemeint ist wohl: Art. 91 Abs. 2 Nr. 5 BayBO) keine Handhabe.
- 18 Die mit Beiladungsbeschluss vom 16. Februar 2007 zum Verfahren Beigeladene stellt keinen Antrag.
- 19 Zur Feststellung der örtlichen Verhältnisse hat der Senat am 17. April 2007 Beweis erhoben durch Einnahme eines Augenscheins. Am 30. Juli 2007 hat der Senat

mündlich verhandelt. Auf die jeweiligen Niederschriften wird Bezug genommen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakten sowie auf die beigezogenen Behördenakten verwiesen. Beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren die Bauakte der Beklagten (ohne Az.) und die Widerspruchsakte der Regierung von Unterfranken (Nr. 4160.14-10/04).

Entscheidungsgründe:

- 20 Die zulässige Berufung (§ 124 Abs. 1, § 124 a Abs. 5 und 6 VwGO) ist begründet. Das Verwaltungsgericht hat den angefochtenen Bescheid der Beklagten vom 4. November 2004 zu Unrecht aufgehoben (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).
- 21 1. Die Beseitigungsanordnung (Nr. 1 des Bescheides) ist rechtmäßig. Die Beseitigung der umgebauten Mobilfunk-Sendeanlage der Klägerin konnte auf der Grundlage von Art. 82 Satz 1 BayBO angeordnet werden. Auf dieser Rechtsgrundlage kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung von Anlagen anordnen, wenn diese im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert werden und nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Diese Voraussetzungen lagen hier vor.
- 22 a) Die Mobilfunk-Sendeanlage der Klägerin wurde im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften geändert. Die Änderung war gemäß Art. 62, 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a BayBO genehmigungsfrei, aber materiell rechtswidrig, weil sie zu § 17 Abs. 2 Satz 1 der Gestaltungssatzung der Beklagten im Widerspruch steht.
- 23 Die in § 17 Abs. 2 Satz 1 der Satzung geregelten besonderen Anforderungen an Mobilfunkanlagen waren beim Umbau der Mobilfunkanlage der Klägerin beachtlich. Nach § 2 Satz 1 der Gestaltungssatzung sind bauliche Anlagen mit Rücksicht auf die besonderen gestalterischen Belange des Altstadtbereichs anzuordnen, zu errichten, zu ändern und instand zu halten, nach § 2 Satz 2 der Satzung sind sie "nach Maßgabe der folgenden Vorschriften zu gestalten". Der von der Klägerin eingewandte Gesichtspunkt des Bestandsschutzes verfängt schon deshalb nicht, weil der Umbau der Mobilfunkanlage erst im Jahre 2004 stattfand, während die Satzungsänderung, mit der § 17 Abs. 2 in die Gestaltungssatzung eingefügt wurde, bereits am 18. Dezember 2003 in Kraft trat. Daraus, dass die Mobilfunkanlage vor dem Umbau

möglicherweise materiell legal war, kann die Klägerin ebenfalls nichts zu ihren Gunsten herleiten, weil - wie dargestellt - auch Änderungen baulicher Anlagen ein an § 17 Abs. 2 Satz 1 zu messendes Vorhaben sind.

- 24 Die umgebaute Mobilfunkanlage der Klägerin steht in Widerspruch zu den in § 17 Abs. 2 Satz 1 geregelten besonderen Anforderungen. Hiernach sind Mobilfunkanlagen nicht erlaubt, soweit sie über den Dachfirst hinausragen und von öffentlicher Verkehrsfläche "einsichtig" (gemeint ist: einsehbar) sind. Die beiden Mobilfunk-Antennenträger der Klägerin erfüllen beide Voraussetzungen. Sie sind - wie der gerichtliche Augenschein ergeben hat - von Standorten in der Herrnstraße aus deutlich zu erkennen und treten erst recht von weiter entfernt liegenden Standorten, etwa vom Eingang Leidenhof aus betrachtet, auffällig in Erscheinung, wenngleich sich der Blick hier nur aus bestimmten Perspektiven öffnet. Dass die Mobilfunkanlage auch den Dachfirst des Gebäudes überragt, ist zwischen den Beteiligten unstreitig.
- 25 b) Ein Widerspruch zu § 17 Abs. 2 Satz 1 der Gestaltungssatzung entfällt auch nicht deshalb, weil die Vorschrift - wie das Verwaltungsgericht meint - unwirksam wäre. Gegen die Rechtsgültigkeit der Vorschrift bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Satzungsbestimmung genügt dem Verfassungsgrundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und verstößt auch sonst nicht gegen höherrangiges Recht.
- 26 aa) Sie findet in Art. 91 Abs. 1 Nr. 1 BayBO eine tragfähige Rechtsgrundlage. Hiernach können die Gemeinden durch Satzung örtliche Bauvorschriften "über besondere Anforderungen an die äußere Gestaltung baulicher Anlagen zur Erhaltung und Gestaltung von Ortsbildern" erlassen. § 17 Abs. 2 der Gestaltungssatzung hält sich im Rahmen dieser gesetzlichen Ermächtigung.
- 27 (1) Das gilt zum einen, was den nach der Ermächtigung zulässigen Zweck, nämlich die "Erhaltung und Gestaltung von Ortsbildern" betrifft. Diese zulässige Zielrichtung wird verlassen, wenn die Ortsvorschrift primär andere Zwecke verfolgt. Die Einschätzung, dass dies bei § 17 Abs. 2 der Fall wäre, weil die Satzungsbestimmung - wie das Verwaltungsgericht meint - Mobilfunkantennen im Altstadtgebiet nicht wegen ihrer optischen Wirkung verhindern, sondern in Wahrheit wegen befürchteter Gesundheitsgefahren ausschließen habe wollen, teilt der Senat nicht.

- 28 Allerdings liefert die „Vorgeschichte der Satzungsänderung“, auf die auch das Verwaltungsgericht abstellt, tatsächlich Hinweise darauf, dass es in der Vorstellung der an der Satzungsänderung beteiligten Akteure zumindest auch darum gegangen sein mag, Mobilfunkanlagen im Altstadtbereich nur noch unter erschwerten Bedingungen zuzulassen. In diese Richtung weist einerseits der in der Sitzung des Stadtrats der Beklagten vom 6. November 2003 unter dem Tagesordnungspunkt 4 "Mobilfunk in Kitzingen - Ergebnisse 'Runder Tisch'/Weiteres Vorgehen" gestellte Antrag eines Stadtratsmitglieds auf Überprüfung der Gestaltungssatzung, inwieweit hierüber Einfluss auf das Thema Mobilfunk ausgeübt werden könne. Dieser Antrag ist vom Stadtrat der Beklagten offensichtlich auch aufgegriffen worden, wie sich aus dem Sachbericht der Sitzungsvorlage vom 9. Dezember 2003 (Bl. 50 der VGH-Akte) ergibt. Dass die Satzungsänderung im Kontext einer kommunalpolitischen Diskussion über mögliche Gesundheitsgefährdungen der Bevölkerung durch Mobilfunkanlagen stand, kommt schließlich auch in der nur ein Vierteljahr nach der Satzungsänderung beschlossenen "Resolution" vom 11. März 2004 zum Ausdruck, mit der der Stadtrat der Beklagten mit Rücksicht auf mögliche Gesundheitsgefahren und weil er der Auffassung war, dass im Stadtgebiet bereits eine flächendeckende Versorgung mit Mobilfunk sichergestellt sei, ankündigte, künftig alle Anträge von Mobilfunkbetreibern auf Erweiterung des Mobilfunknetzes abzulehnen, und auch die Bürger aufforderte, Grundstücke und Gebäude für Mobilfunkanlagen nicht mehr zur Verfügung zu stellen.
- 29 Andererseits werden im Sachbericht der Sitzungsvorlage vom 9. Dezember 2003 auch denkmalschutzrechtliche Aspekte angesprochen, die auf eine gestalterische Zwecksetzung hindeuten. Welche Zielvorstellungen nach den subjektiven Motiven der am Satzungserlass beteiligten Personen letztlich im Vordergrund standen, ob ihnen etwa eine im Grundsatz gestalterisch motivierte örtliche Bauvorschrift "gerade recht kam", um damit auch Mobilfunkanlagen zu steuern, oder ob sogar reine Verhinderungsabsichten den nach Art. 91 Abs. 1 Nr. 1 BayBO zulässigen gestalterischen Zweck völlig verdrängten, ist letztlich nicht aufklärbar, kann aber auch dahingestellt bleiben. Denn die Satzungsbestimmung dient jedenfalls nach ihrem objektiven Regelungsgehalt eindeutig gestalterischen Zwecken.
- 30 Schon die Voraussetzung, an die § 17 Abs. 2 Satz 1 die Höhenbegrenzung für Mobilfunkanlagen im Altstadtbereich anknüpft, lässt an der gestalterischen Zweckrichtung der Satzungsbestimmung wenig Zweifel aufkommen. Die Höhenbegrenzung wird

nämlich davon abhängig gemacht, dass Mobilfunkanlagen von öffentlichen Verkehrsflächen aus sichtbar ("einsichtig") sind. Angesichts dieses Kriteriums wären gesundheitliche Zielsetzungen nicht besonders plausibel, weil mögliche gesundheitsschädliche Wirkungen von Mobilfunkanlagen weniger davon abhängen, ob die Anlagen vom öffentlichen Straßenraum aus sichtbar sind, als vielmehr von der elektromagnetischen Feldstärke der Sendeanlage (vgl. auch die Kriterien der 26. BImSchV), die trotz der quasi-optischen Wellenausbreitung der Mobilfunkwellen mit der optischen Sichtbarkeit der Sendeanlage nicht unmittelbar korreliert (vgl. Stellungnahme der T-Mobile Deutschland GmbH vom 20.12.2004). Umgekehrt ist das Kriterium der Einsehbarkeit ein starkes Indiz für gestalterische Zwecksetzungen, weil sich Gestaltungsvorschriften darauf beziehen, wie bauliche Anlagen auf den Betrachter "wirken" (vgl. z.B. auch Art. 11 Abs. 1 BayBO), was wiederum voraussetzt, dass sie für den Betrachter sichtbar sind. Dementsprechend ist das Kriterium der Einsehbarkeit auch in viele andere Bestimmungen der Gestaltungssatzung der Beklagten eingeflossen, so etwa in § 4 "Dachlandschaft", § 5 "Dachaufbauten", § 7 "Farbe", § 10 "Türen und Außentüren" und § 15 "Wintergärten", die unzweifelhaft nicht mit gesundheitlichen Zielsetzungen im Zusammenhang stehen.

- 31 Außerdem wäre ein im Interesse des Gesundheitsschutzes auf Verhinderung von Mobilfunkanlagen ausgerichteter Zweck mit den von der Satzungsbestimmung bewirkten Rechtsfolgen nicht in Einklang zu bringen. Eine am objektivierten Willen des Satzungsgebers ausgerichtete Auslegung des § 17 Abs. 2 ergibt, dass Mobilfunkanlagen im Altstadtbereich - entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts - weder rechtlich noch faktisch ausgeschlossen sind. Im Gegenteil wird die Satzungsbestimmung, die fachlichen Einschätzungen der Klägerin als tragfähig unterstellt, tendenziell eher zu einer Zunahme von Mobilfunkanlagen im Altstadtbereich und zu einer Intensivierung der Strahlenbelastung führen, gesundheitlichen Zielsetzungen also eher zuwiderlaufen.
- 32 Nach § 17 Abs. 2 Satz 1 der Gestaltungssatzung sind Mobilfunkanlagen im Altstadtbereich nicht erlaubt, soweit sie kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllen, nämlich "über den Dachfirst hinausragen und von öffentlicher Verkehrsfläche aus einsichtig (sichtbar) sind". Für ein kumulatives Verständnis dieser Voraussetzungen spricht insbesondere der Wortlaut des § 17 Abs. 2 Satz 1, weil alternative Voraussetzungen im juristischen Sprachgebrauch für gewöhnlich nicht - wie hier - mit "und", sondern mit "oder" ausgedrückt werden. Auch systematische Erwägungen sprechen gegen

alternativ geregelte Voraussetzungen. Denn Mobilfunkanlagen, die immer dann unzulässig sind, wenn sie entweder über den Dachfirst hinausragen oder von öffentlicher Verkehrsfläche einsehbar sind, wären nur zulässig, wenn sie nicht über den Dachfirst hinausragen und vom öffentlichen Raum aus nicht einsehbar sind, hinsichtlich ihrer Situierung also exakt unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Parabolantennen zulässig sind. In diesem Fall hätte eine schlichte Bezugnahme auf die Regelung für Parabolantennen genügt; eine eigenständige, auch sprachlich abweichende Regelung für Mobilfunkantennen wäre dann nicht plausibel. Schließlich zeigt auch ein systematischer Vergleich mit § 17 Abs. 2 Satz 2, dass die in § 17 Abs. 2 Satz 1 geregelten Voraussetzungen für die Unzulässigkeit von Mobilfunkanlagen nur kumulativ gemeint sein können mit der Folge, dass Mobilfunkanlagen an nicht einsehbaren Dachflächen den Dachfirst überragen dürfen. Anders wäre nämlich nicht zu erklären, warum § 17 Abs. 2 Satz 2 eine eigenständige Regelung für "sonstige Anlagen" trifft, die "an nicht einsehbaren Dachflächen ... den First nicht überragen" dürfen. All diese Gründe legen nahe, dass die Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 Satz 1 für die Rechtsfolge "nicht erlaubt" kumulativ vorliegen müssen. Hieraus folgt, dass Mobilfunkanlagen, die den Dachfirst nicht überragen, in der Altstadt der Beklagten uneingeschränkt zulässig sind. Im Übrigen sind auch Mobilfunkanlagen, die den Dachfirst überragen, nicht generell ausgeschlossen; sie sind vielmehr zulässig, wenn sie von öffentlichen Verkehrsflächen aus nicht einsehbar sind. Das hat auch das Verwaltungsgericht so gesehen.

- 33 Unzutreffend ist allerdings die weitere Argumentation des Verwaltungsgerichts, dass sich die Unzulässigkeit nicht einsehbarer Mobilfunkanlagen, die den Dachfirst überragen, aus § 17 Abs. 2 Satz 2 der Gestaltungssatzung ergebe, auch wenn der in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht als Vertreter für die Beklagte allein auftretende Techniker diese Meinung ebenfalls vertreten haben mag. Bereits der Wortlaut und die innere Systematik des Absatzes 2 legen nahe, dass der in Satz 2 verwendete Begriff der „sonstigen Anlagen“ dem in Satz 1 verwendeten Begriff der "Mobilfunkanlagen" gegenübersteht und deshalb nur solche "Antennenanlagen" erfasst, die keine Mobilfunkanlagen sind. Außerdem weist die Landesanwaltschaft zu Recht darauf hin, dass die Regelung andernfalls zu unsinnigen Ergebnissen führen würde, weil Mobilfunkanlagen, die von öffentlichen Verkehrsflächen aus nicht einsehbar sind, nach Satz 1 - unter Zugrundelegung des hier vertretenen kumulativen Verständnisses - den Dachfirst überragen dürfen, nach Satz 2 aber nicht, die in Satz 1 angelegte Differenzierung zwischen einsehbaren und nicht einsehbaren

Mobilfunkanlagen also ihren Sinn verlöre. Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass eine Einbeziehung von Mobilfunkanlagen in die Regelung des § 17 Abs. 2 Satz 2 auch im Falle eines alternativen Verständnisses der Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 Satz 1 zu unsinnigen Ergebnissen führen würde, weil Satz 2 in diesem Fall die Rechtsfolgenanordnung des Satzes 1 für Mobilfunkanlagen lediglich wiederholen würde.

- 34 Unter Zugrundelegung des objektivierten Willens des Satzungsgebers sinnvoll ist also allein die Auslegung, dass die in § 17 Abs. 2 Satz 1 geregelten Zulässigkeitsvoraussetzungen für Mobilfunkanlagen kumulativ zu verstehen sind und Satz 2 auf Mobilfunkanlagen keine Anwendung findet. Freilich ist anzumerken, dass die Regelung auch bei dieser Auslegung nicht in jeder Hinsicht gelungen ist. Bedenken ergeben sich insbesondere hinsichtlich Satz 2. Insoweit lässt die Beklagte selbst einräumen, dass die gestalterische Absicht hier zweifelhaft sein kann, weil Anlagen geregelt werden, die gar nicht sichtbar sind. In gestalterischer Hinsicht problematisch erscheint auch die Konsequenz dieser Vorschrift, dass nämlich Anlagen auf nicht einsehbaren Dachflächen den First nicht überragen dürfen, während für Anlagen an einsehbaren Dachflächen kein entsprechendes Verbot ausgesprochen wird. Diese Bedenken lassen aber jedenfalls die Wirksamkeit der für Mobilfunkanlagen einschlägigen Regelung in § 17 Abs. 2 Satz 1 unberührt, weil diese Regelung auch für sich genommen sinnvoll ist und nach dem mutmaßlichen Willen des Satzungsgebers unabhängig von der Wirksamkeit des Satzes 2 gelten soll.
- 35 Mit dieser Auslegung des § 17 Abs. 2 erledigt sich auch die weitere Argumentation des Verwaltungsgerichts, dass Mobilfunkanlagen im Geltungsbereich der Gestaltungssatzung, wenn auch nicht rechtlich, so aber doch jedenfalls faktisch ausgeschlossen seien. Das Verwaltungsgericht stützt sich insoweit auf die Stellungnahme der T-Mobile Deutschland GmbH vom 20. Dezember 2004, der zufolge mit Mobilfunkantennen, die unterhalb des Dachfirsts montiert sind, eine über den unmittelbaren Nahbereich hinausgehende Funkversorgung nicht realisierbar wäre, sofern das betreffende Gebäude nicht deutlich höher ist als die umgebende Bebauung. Auf der Grundlage dieser Stellungnahme - deren fachliche Belastbarkeit unterstellt - wäre eine angemessene Versorgung mit Mobilfunk-Dienstleistungen im Altstadtbereich der Beklagten in der Tat zumindest erschwert, falls die Auslegung des Verwaltungsgerichts zuträfe und Mobilfunkanlagen, die den Dachfirst überragen, nach § 17 Abs. 2 Satz 1 oder 2 der Gestaltungssatzung generell unzulässig wären. Letzteres ist aber -

wie gezeigt - gerade nicht der Fall. Mobilfunkanlagen dürfen den Dachfirst vielmehr überall dort überragen, wo sie von öffentlicher Verkehrsfläche aus nicht eingesehen werden können. Der in der Berufungsverhandlung vorgetragene Einwand der Klägerin, dass diese Möglichkeit praktisch nicht real werde, weil Einsehbarkeit von öffentlichen Verkehrsflächen so gut wie immer gegeben sei, überzeugt nicht. Mobilfunkantennen, die den Dachfirst überragen dürfen, sind etwa auf rückwärtigen Dachflächen oder in Innenhöfen denkbar, erscheinen also jedenfalls nicht ausgeschlossen, auch wenn sie - wie von der Klägerin beim Augenschein geltend gemacht - für den Mobilfunkempfang auf der Straße nicht die gleiche technische Wirkung haben mögen wie sichtbare Anlagen.

- 36 Uneingeschränkt zulässig sind außerdem Mobilfunkanlagen, die den Dachfirst nicht überragen, und zwar auch dann, wenn sie von öffentlicher Verkehrsfläche einsehbar sind. Insoweit ist noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass die Stellungnahme der T-Mobile Deutschland GmbH vom 20. Dezember 2004 solche Mobilfunkanlagen für geeignet hält, eine ausreichende Versorgung zu gewährleisten, sofern der gewählte Standort die umgebenden Gebäude deutlich überragt. Auch diese Variante erscheint angesichts einer historisch gewachsenen Altstadt mit teilweise sehr unterschiedlichen Gebäuden und Gebäudehöhen nicht unrealistisch. Im Übrigen ist auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, Mobilfunkanlagen so anzubringen, dass sie die Straßenfluchten von den Dachflächen stirnseitig gelegener Gebäude aus versorgen können; auch in diesem Fall dürfte eine ausreichende Versorgung mit Mobilfunk-Dienstleistungen gewährleistet sein, auch wenn die Mobilfunk-Sendeanlage den Dachfirst nicht überschreitet. All diese Möglichkeiten sprechen dafür, Mobilfunkanlagen im Altstadtbereich satzungskonform und trotzdem funktionsgerecht unterbringen zu können. Dies hatten die Vertreter der Klägerin in der Berufungsverhandlung zwar zunächst bestritten und einen entsprechender Beweisantrag modifiziert, ihre Position unter Verzicht auf den Beweisantrag aber letztlich dahin abgeschwächt, dass eine ausreichende Versorgung unter der Voraussetzung des § 17 Abs. 2 zwar möglich sei, aber durch eine entsprechend größere Zahl von Antennen erkauf werden müsse, und dass es angesichts einzuhaltender Sicherheitsabstände außerdem schwieriger sei, entsprechende Standorte zu finden.
- 37 Alles zusammengenommen steht für den Senat deshalb fest, dass die in § 17 Abs. 2 Satz 1 der Gestaltungssatzung geregelten Anforderungen an Mobilfunkanlagen im Ergebnis keine Versorgungsdefizite im Altstadtbereich der Beklagten bewirken, son-

dern allenfalls eine größere Anzahl von Antennen mit stärkeren Emissionen zur Folge haben werden. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht plausibel, dass der objektivierte Normzweck abweichend von dem nach Art. 91 Abs. 1 Nr. 1 BayBO zulässigen Regelungszweck darin bestehen soll, Mobilfunkanlagen im Altstadtbereich primär wegen möglicher Gesundheitsgefahren auszuschließen oder deren Zulassung zumindest zu erschweren.

- 38 Ein Indiz für eine von der Ermächtigungsnorm abweichende Zwecksetzung ergibt sich schließlich auch nicht daraus, dass § 17 Abs. 2 Satz 1 auch solche Mobilfunkanlagen verbietet, die "in Rohren verdeckt" sind. Denn auch eingehauste Mobilfunkanlagen können gestalterische Probleme aufwerfen, wenn sie vom öffentlichen Straßenraum aus einsehbar sind.
- 39 Ein "Etikettenschwindel", von dem das Verwaltungsgericht ausgeht, ist also nicht feststellbar. § 17 Abs. 2 Satz 1 der Gestaltungssatzung dient nach dem objektivierten Willen des Satzungsgebers vielmehr der "Erhaltung und Gestaltung von Ortsbildern". Zweck des § 17 Abs. 2 Satz 1 ist es sicherzustellen, dass Gebäude im sichtbaren Bereich nicht durch Mobilfunk-Antennenanlagen überragt werden. Diese Zwecksetzung deckt sich mit den Regelungen in § 17 Abs. 1 für Parabolantennen und - von den beschriebenen Inkonsistenzen abgesehen - auch in § 17 Abs. 2 Satz 2 für "sonstige" Antennenanlagen, soweit jene bestimmen, dass diese den Dachfirst unabhängig vom Kriterium der Einsehbarkeit nicht überragen dürfen. Insgesamt verfolgt § 17 der Gestaltungssatzung damit das Ziel eines nach oben durch die Dachfirste abgeschlossenen Stadtbildes. Diese Zwecksetzung ist gerade in einem historisch gewachsenen, in seinen überlieferten Strukturen auch heute noch erkennbaren Altstadtbereich besonders plausibel, weil eine von - neuzeitlichen - Antennenanlagen gestörte Dachsilhouette dem historischen Bild abträglich wäre. Der in § 17 für Antennenanlagen verfolgte Zweck korrespondiert auch mit der in § 4 Satz 1 der Gestaltungssatzung generell für die Dachlandschaft formulierten Zwecksetzung, den einheitlichen, aus der Geschichte überlieferten Gesamteindruck der Dachlandschaft in Form und Farbton zu erhalten. Dass dieser Zweck sich im Rahmen der nach Art. 91 Abs. 1 Nr. 1 BayBO zulässigen "Erhaltung und Gestaltung von Ortsbildern" hält, begegnet keinen Zweifeln.
- 40 Ob neben diesem legitimen gestalterischen Zweck auch noch andere gestalterische Zwecksetzungen in Betracht gekommen wären, etwa der Zweck, die sichtbaren

Dachflächen im Altstadtbereich generell von Mobilfunkanlagen freizuhalten, wie in § 17 Abs. 1 der Gestaltungssatzung hinsichtlich Parabolantennen normiert, ist keine Rechtsfrage, sondern obliegt allein der gestalterischen Beurteilung und politischen Verantwortung der Beklagten. Erst recht ist hier nicht darüber zu entscheiden, ob derartige Zwecksetzungen angesichts des Interesses der Mobilfunkbetreiber an einer flächendeckenden Versorgung mit dem Instrument einer Gestaltungssatzung durchsetzbar und insbesondere verhältnismäßig wäre.

- 41 (2) Im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung hält sich auch der Regelungsinhalt des § 17 Abs. 2 Satz 1 der Gestaltungssatzung. Art. 91 Abs. 1 Nr. 1 BayBO ermächtigt zur Regelung besonderer Anforderungen an die äußere Gestaltung baulicher Anlagen. Die Gemeinden sind hiernach nicht auf die Abwehr verunstaltender Anlagen beschränkt; ihnen ist vielmehr über die allgemeinen Anforderungen an die Baugestaltung nach Art. 11 BayBO hinaus die Möglichkeit einer sog. positiven Gestaltungspflege eröffnet. Zum Regelungsinstrumentarium, das den Gemeinden hierdurch an die Hand gegeben ist, gehören auch Gestaltungsanforderungen an Antennen (vgl. Koch/Molodovsky/Famers, a.a.O., Erl. 2.1.8. zu Art. 91, m.w.N.). Ob Mobilfunkantennen in diesem Rahmen unter Umständen auch ganz ausgeschlossen werden könnten, ist strittig (dafür Decker in Simon/Busse, a.a.O., RdNr. 395 zu Art. 11 und RdNr. 136 zu Art. 91; dagegen Eisenreich/Weiß in Jäde/Dirnberger/Weiß, Die neue Bayerische Bauordnung, RdNr. 34 zu Art. 91; offen gelassen bei Koch/Molodovsky/Famers, a.a.O.; jeweils m.w.N.); Übereinstimmung besteht aber im Grundsatz darin, dass Mobilfunkanlagen aus gestalterischen Gründen nur in eingeschränktem Umfang zugelassen werden können, sofern dies mit der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) vereinbar ist (zu diesen Einschränkungen Kukk, BauR 2003, 1505/1507 f.). Erst recht begegnet es mit Blick auf die Ermächtigungsgrundlage keinen rechtlichen Bedenken, Mobilfunkanlagen ab einer bestimmten Höhe und Auffälligkeit auszuschließen oder - wie hier - im sichtbaren Bereich auf die Höhe des Dachfirsts zu beschränken.
- 42 bb) Die in § 17 Abs. 2 Satz 1 der Gestaltungssatzung geregelte Anforderung, dass Mobilfunkanlagen, die von öffentlichen Verkehrswegen aus einsehbar sind, den Dachfirst nicht überragen dürfen, verstößt auch nicht gegen das Übermaßverbot, das bei der Ausgestaltung von Inhalt und Schranken des Eigentums (Art. 14 Abs. 1

Satz 2 GG) zu beachten ist. Die Anforderung ist zur Zweckerreichung geeignet und erforderlich und steht zur Schwere des Eingriffs auch nicht außer Verhältnis.

- 43 Die in § 17 Abs. 2 Satz 1 getroffene Regelung, wonach Mobilfunkanlagen im sichtbaren Bereich den Dachfirst nicht überragen dürfen, unterstützt das Ziel eines nach oben durch die Dachfirste abgeschlossenen Stadtbildes und ist damit auch im Sinne des Übermaßverbots geeignet. Die Geeignetheit wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Begrenzung auf die Dachfirsthöhe entsprechend dem Vortrag der Klägerin möglicherweise durch eine größere Anzahl von Sendeanlagen erkaufte werden muss. Denn den Gemeinden kommt im Rahmen der generellen Zweckvorgabe des Art. 91 Abs. 1 Nr. 1 BayBO ein beträchtlicher Spielraum zu, die gestalterischen Zwecksetzungen für die verschiedenen Teile des Gemeindegebiets zu konkretisieren und auszugestalten. Unter Berücksichtigung dieses Spielraums ist es auch im Lichte des Übermaßverbots nicht zu beanstanden, dass § 17 Abs. 2 Satz 1 einer beschränkten Höhenentwicklung gestalterisch den Vorrang einräumt.
- 44 Die Höhenbegrenzung ist auch nicht unverhältnismäßig. Wie ausgeführt, ist eine angemessene Versorgung der Altstadt der Beklagten mit Mobilfunk-Dienstleistungen auch durch satzungskonforme Sendeanlagen gewährleistet. Nachteile für Mobilfunkanbieter ergeben sich allenfalls daraus, dass unter Umständen mehr Sendeanlagen installiert werden müssen und geeignete Standorte schwieriger zu finden sind. Konkreter Vortrag der Klägerin zur Größenordnung dieser möglichen Nachteile, insbesondere zu einem möglichen finanziellen Mehraufwand, fehlt. Es lässt sich aber bereits bei überschlägiger Abschätzung beurteilen, dass sich etwaige diesbezügliche Nachteile in etwa in dem Rahmen bewegen werden, der auch durch andere, nicht auf Mobilfunkanlagen bezogene gestalterische Beschränkungen der Eigentümerbefugnisse im Geltungsbereich der Gestaltungssatzung vorgezeichnet ist. Eine weitere Sachverhaltsaufklärung war insoweit entbehrlich.
- 45 Mittel und Zweck stehen auch nicht dadurch außer Verhältnis, dass das historische Ortsbild in der Altstadt der Beklagten - wie die Klägerin vortragen lässt und der Augenschein bestätigt hat - bereits jetzt durch Fernseh- und Parabolantennen, aber auch durch Mobilfunkantennen und ähnliche Dachaufbauten vorbelastet ist, die alleamt wenig geeignet sind, den Altstadtcharakter angemessen zu betonen mit der Folge, dass derzeit nur eingeschränkt von einer besonders schützenswerten Dachlandschaft die Rede sein kann. Denn der Zweck örtlicher Baugestaltungsvorschriften

nach Art. 91 Abs. 1 Nr. 1 BayBO erschöpft sich nicht darin, Ortsbilder im jeweiligen Status quo zu erhalten. Gestaltungsvorschriften können vielmehr auch dafür eingesetzt werden, Ortsbilder aktiv zu gestalten und in diesem Rahmen auch historisch wertvolle, aber durch die tatsächliche Entwicklung in Mitleidenschaft gezogene, suboptimale Ortsbilder im Sinne einer aktiven Gestaltungspolitik wieder auf ihren ursprünglichen, gestalterisch wertvollen Zustand zurückzuführen.

- 46 Verhältnismäßig ist schließlich auch der Ausschluss verdeckter Mobilfunkantennen. Dass es ein legitimes ortsgestalterisches Regelungsziel sein kann, neben ortsbildbeeinträchtigenden „Antennenwäldern“ auch „Kaminwälder“ als Folge der Einhausung von Mobilfunkantennen zu verhindern, wurde bereits dargelegt.
- 47 cc) § 17 Abs. 2 Satz 1 der Gestaltungssatzung verstößt auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG.
- 48 Zu Unrecht geht die Beklagte allerdings davon aus, dass ein sachlicher, die Ungleichbehandlung von Fernsehantennen und Mobilfunkanlagen rechtfertigender Unterschied bereits wegen der von Mobilfunkanlagen ausgehenden Gesundheitsgefahren gegeben sei. Mögliche Gesundheitsgefahren, die vom Betrieb einer Mobilfunkanlage ausgehen können, haben nämlich außer Betracht zu bleiben, solange - wie hier (siehe Standortbescheidung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post vom 24.6.2004) - die Mindestabstände der 26. BImSchV eingehalten sind; neue gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse, die eine von der 26. BImSchV abweichende Risikobewertung rechtfertigen könnten, liegen derzeit nicht vor (BVerfG vom 22.8.2002 DVBl 2002, 614/615; vom 8.12.2004 NVwZ-RR 2005, 227; zuletzt vom 24.1.2007 NVwZ 2007, 805).
- 49 Gleichwohl ist die unterschiedliche Handhabung von Mobilfunkantennen und Fernsehantennen aus ortsgestalterischer Perspektive gerechtfertigt. Ein sachlicher Differenzierungsgrund ergibt sich insbesondere aus der unterschiedlichen Regelungsbedürftigkeit der Phänomene. Während Fernsehantennen angesichts mittlerweile bestehender Empfangsmöglichkeiten über Kabel und Satellit ein insgesamt abklingendes Phänomen sind, entwickelt sich der Mobilfunk derzeit stark progressiv und in einer kaum absehbaren Weise, zumal angesichts der im Aufbau befindlichen UMTS-Netze (zutreffend Kukk, a.a.O.). Bereits dieser Unterschied in der Intensität des Regelungsbedürfnisses rechtfertigt eine unterschiedliche gestalterische Behandlung

beider Phänomene, so dass alle weiteren von den Beteiligten erörterten Unterschiede - Unterschiede im vorhandenen Bestand, Unterschiede in der Art der Nutzung, optische Unterschiede - dahingestellt bleiben können.

- 50 Entsprechende Unterschiede bestehen zwischen Mobilfunkantennen und Satellitenanlagen nicht. Konsequenterweise schränkt § 17 Abs. 1 der Gestaltungssatzung auch die Verwendung von Parabolantennen aus ortsgestalterischen Gründen ein.
- 51 c) Rechtmäßige Zustände können auch nicht auf andere Weise hergestellt werden.
- 52 Eine Beseitigungsanordnung nach Art. 82 Satz 1 BayBO setzt tatbestandlich weiter voraus, dass der Widerspruch der geänderten Mobilfunkanlage der Klägerin zu § 17 Abs. 2 Satz 1 der Gestaltungssatzung nicht auf andere Weise beseitigt werden kann. Insoweit war auch zu prüfen, ob die rechtswidrige Anlage durch Abweichungen oder Befreiungen legalisiert werden kann (vgl. Koch/Molodovsky/Famers, a.a.O., Erl. 3.3. zu Art. 82). Diese Möglichkeit hatte die Beklagte bereits bei Erlass des Ablehnungsbescheids und noch einmal nach Aufforderung durch die Regierung im Widerspruchsverfahren abgelehnt und hierbei die Auffassung vertreten, dass eine Befreiung schon deshalb nicht in Betracht komme, weil keiner der Befreiungstatbestände des § 20 der Gestaltungssatzung einschlägig sei. Diese Auffassung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere ist nachvollziehbar, dass Gründe des Gemeinwohls die Befreiung nicht erfordern. Zwar ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine flächendeckende angemessene und ausreichende Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im öffentlichen Interesse steht (vgl. zuletzt etwa BayVGH vom 9.8.2007 Az. 25 B 05.1337 zum Befreiungsgrund gemäß § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB). Dieses öffentliche Interesse erfordert aber nicht die Befreiung, weil die Versorgung mit Mobilfunk-Dienstleistungen im Altstadtbereich der Beklagten - wie ausgeführt - auch unter Einhaltung der gestalterischen Vorgaben des § 17 Abs. 2 Satz 1 der Gestaltungssatzung sichergestellt ist. Gestützt auf diese Erwägung scheiden auch die übrigen Befreiungsgründe des § 20 der Gestaltungssatzung aus. Für eine Abweichung nach Art. 70 Abs. 1, 2 BayBO fehlt es an einer hierfür erforderlichen atypischen Fallkonstellation (vgl. Koch/Molodovsky/Famers, a.a.O., Erl. 4.3.3 zu Art. 70).
- 53 d) Da somit die tatbestandlichen Voraussetzungen gemäß Art. 82 Satz 1 BayBO insgesamt erfüllt waren, konnte die Beklagte über die Anordnung der Beseitigung nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden. Hierbei ließ sich die Beklagte von der

Erwägung leiten, dass die Beseitigungsanordnung erforderlich sei, um Bezugsfälle zu vermeiden und der Gestaltungssatzung Geltung zu verschaffen. Diese Erwägung ist rechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden (§ 114 Satz 1 VwGO). Die angefochtene Beseitigungsanordnung erweist sich damit insgesamt als rechtmäßig.

- 54 2. Auch im Übrigen hat das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid der Beklagten zu Unrecht aufgehoben. Dass die Zwangsgeldandrohung zur Durchsetzung der Beseitigungsanordnung (Nr. 3 des Bescheides) auch für sich genommen rechtswidrig wäre, wurde schon nicht geltend gemacht. Soweit auch die Regelungen des Bescheides gegenüber der Bürgerbräu Kitzingen Siegfried Heinrich Rockstroh KG in Frage stehen (Nr. 2: Duldungsanordnung; Nr. 4: Zwangsgeldandrohung hinsichtlich der Duldungsanordnung), fehlt es bereits an einer subjektiven Rechtsverletzung der Klägerin (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).
- 55 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1, § 162 Abs. 3 VwGO. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 132 Abs. 2 VwGO.

Rechtsmittelbelehrung

- 56 Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.
- 57 Vor dem Bundesverwaltungsgericht muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hoch-

schulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Das gilt auch für die Einlegung der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision. Abweichend davon können sich juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst, Gebietskörperschaften auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt der zuständigen Aufsichtsbehörde oder des jeweiligen kommunalen Spitzenverbandes des Landes, dem sie als Mitglied zugehören, vertreten lassen.

58 Dr. Schechinger Petz Krieger

59 **Beschluss:**

60 Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 5.000 Euro festgesetzt (§ 52 Abs. 2, § 47 GKG).

61 Dr. Schechinger Petz Krieger