

## **BGE 150 II 489**

Bundesgericht (BGE), 2024-03-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_150\\_II\\_489](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_150_II_489)

FR: ATF 150 II 489

IT: DTF 150 II 489

### **Regeste**

Regeste a Art. 22 Abs. 1 RPG; Baubewilligungspflicht für die Verlegung von Leitungen im Boden. Im Boden ausserhalb der Bauzonen und im Uferbereich eines Flusses verlegte Fernmeldeleitungen sind bewilligungspflichtige Anlagen im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG (E. 2.1-2.6).

Regeste b Art. 35 FMG; Bewilligung der Inanspruchnahme des Bodens im Gemeingebrauch für Fernmeldeleitungen. Allgemeine Grundsätze der Gesetzesauslegung (E. 3.2). Art. 35 FMG ist dahingehend auszulegen, dass er die Bewilligung der Sondernutzung von Boden im Gemeingebrauch für den Bau und den Betrieb von Fernmeldeleitungen und öffentlichen Sprechstellen regelt und zusätzliche Baubewilligungen gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG nicht ausschliesst (E. 3.3-3.9).

Regeste c Art. 35 Abs. 4 FMG; einfaches und rasches Verfahren. Das in Art. 35 Abs. 4 FMG vorgesehene einfache und rasche Verfahren bezieht sich auf die Bewilligung der Sondernutzung von Boden im Gemeingebrauch gemäss Art. 35 Abs. 1 FMG und nicht auf gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG zusätzlich erforderliche Baubewilligungen (E. 4).

Regeste a Art. 22 al. 1 LAT; obligation d'obtenir un permis de construire pour la pose de lignes dans le sol. Les lignes de télécommunication posées dans le sol hors des zones à bâtir et sur les rives d'un cours d'eau sont des installations soumises à une autorisation de construire au sens de l'art. 22 al. 1 LAT (consid. 2.1-2.6).

Regeste b Art. 35 LTC; autorisation d'utiliser un terrain faisant partie du domaine public pour des lignes de télécommunication. Principes généraux d'interprétation de la loi (consid. 3.2). L'art. 35 LTC doit être interprété en ce sens qu'il règle l'autorisation d'utilisation spéciale d'un terrain qui fait partie du domaine public pour la construction et l'exploitation de lignes de télécommunication et de postes téléphoniques payants publics et qu'il n'exclut pas des autorisations de construire supplémentaires conformément à l'art. 22 al. 1 LAT (consid. 3.3-3.9).

Regeste c Art. 35 al. 4 LTC; procédure simple et rapide. La procédure simple et rapide prévue à l'art. 35 al. 4 LTC se rapporte à l'autorisation d'utilisation spéciale d'un terrain qui fait partie du domaine public selon l'art. 35 al. 1 LTC et non aux autorisations de construire supplémentaires requises par l'art. 22 al. 1 LAT (consid. 4).

Regesto a Art. 22 cpv. 1 LPT; obbligo di un'autorizzazione edilizia per la posa di linee nel terreno. Le linee di telecomunicazione posate nel terreno al di fuori delle zone edificabili e presso la riva di un fiume sono impianti soggetti ad autorizzazione edilizia ai sensi dell'art. 22 cpv. 1 LPT (consid. 2.1-2.6).

Regesto b Art. 35 LTC; autorizzazione per l'utilizzo di terreni di aree di uso comune per linee di telecomunicazione. Principi generali d'interpretazione della legge (consid. 3.2). Art.

35 LTC dev'essere interpretato nel senso ch'esso disciplina l'autorizzazione per l'utilizzo speciale di aree d'uso comune per la costruzione e l'esercizio di linee di telecomunicazione e di telefoni pubblici e che non esclude ulteriori autorizzazioni edilizie ai sensi dell'art. 22 cpv. 1 LPT (consid. 3.3-3.9).

Regesto c Art. 35 cpv. 4 LTC; procedura semplice e rapida. La procedura semplice e rapida prevista all'art. 35 cpv. 4 LTC si riferisce all'autorizzazione dell'uso speciale di aree d'uso comune ai sensi dell'art. 35 cpv. 1 LTC, e non alle ulteriori necessarie autorizzazioni edilizie secondo l'art. 22 cpv. 1 LPT (consid. 4).

## **Erwägungen**

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG; SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Bauten und Anlagen im Sinne dieser Regelung sind jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum BGE 150 II 489 S. 492 äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Bauten oder Anlagen sind dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, wenn mit ihrer Realisierung im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn besteht, das Bauprojekt vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen ( BGE 139 II 134 E. 5.2; Urteil 1C\_446/2022 vom 17. August 2023 E. 4; je mit Hinweisen). Ob eine Anlage nennenswerte Einflüsse auf die Umwelt hat, hängt namentlich von der Art und der Empfindlichkeit der Umgebung ab, in der sie verwirklicht werden soll (Urteil 1C\_79/2022 vom 30. September 2022 E. 5.1 mit Hinweisen). Auch Anlagen im Untergrund können erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt haben (vgl. Urteil 1C\_12/2022 vom 23. Januar 2023 E. 7.4 und 8.3). Der bundesrechtliche Begriff der bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen kann von den Kantonen konkretisiert und erweitert, nicht aber enger gefasst werden (Urteil 1C\_12/2022 vom 23. Januar 2023 E. 7.3).

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz erwog, die von der Beschwerdeführerin geplante Leitung käme ausserhalb der Bauzone zu liegen und bedürfe deshalb gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a des Baugesetzes des Kantons Obwalden vom 12. Juni 1994 (BauG/OW; GDB 710.1) einer Baubewilligung des kantonalen Bau- und Raumentwicklungsdepartements. Die Leitung tangiere den Gewässerraum, weshalb für Bauten und Anlagen die Voraussetzungen nach Art. 41c der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201) beachtet werden müssten. Zudem könnte das Projekt im Zonenplan eingetragene und durch die kantonale Naturschutzverordnung geschützte Ufergehölze tangieren. Das Bauprojekt betreffe demnach diverse wesentliche öffentliche Interessen, weshalb die Durchführung eines vereinfachten Baubewilligungsverfahrens gemäss Art. 25 der Verordnung des Kantons Obwalden vom 7. Juli 1994 zum Baugesetz (BauV/OW; GDB 710.11) ausgeschlossen und gemäss Art. 23 Abs. 1 BauV/OW ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen sei.

### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin wendet ein, die von ihr geplante Leitung werde unter einer Strasse angebracht und sei nach der Verlegung weder sicht- noch bemerkbar. Zudem schränke sie den Gebrauch der Strasse nicht ein. Demnach habe die Leitung keine räumlichen Folgen, die ein Interesse an einer vorgängigen Kontrolle und damit eine Baubewilligungspflicht im Sinne von Art. 22 RPG begründen BGE 150 II 489 S. 493 könnten. Ein Grund für die Unterscheidung zwischen Standorten innerhalb und ausserhalb der Bauzonen sei nicht ersichtlich. Zwar unterstelle Art. 25 Abs. 1 lit. h BauV/OW unterirdische Werkleitungen der Baubewilligungspflicht. Diese Regelung gehe jedoch über die Anforderungen gemäss Art. 22 RPG hinaus. Bei der Bewilligung der Verlegung von Leitungen in Gewässern oder im Gewässerraum könnten zum Schutz des Gewässers und der Umwelt Auflagen, z.B. betreffend die Wahl geeigneter Materialien, vorgesehen werden. Dass solche im vorliegenden Fall angezeigt sein könnten, sei jedoch nicht ersichtlich.

### **E. 2.4**

Die Einwohnergemeinde führt in ihrer Vernehmlassung aus, die streitbetroffene Leitung sei unabhängig von Art. 25 Abs. 1 lit. h BauV/OW gemäss Art. 22 RPG bewilligungspflichtig. Ein Interesse an der vorgängigen behördlichen Kontrolle ergebe sich bereits daraus, dass die Leitung ausserhalb der Bauzonen errichtet werden soll und daher gemäss Art. 25 Abs. 2 RPG die zuständige kantonale Behörde zu prüfen habe, ob sie als zonenwidrige Anlage in der Landwirtschaftszone gestützt auf Art. 24 ff. RPG bewilligungsfähig sei. Zudem sollte die Leitung im Gewässerraum der Engelberger Aa errichtet werden, wobei sie im Zonenplan eingetragene Uferhölzer tangieren könnte. Die Leitung bedürfe daher, auch wenn sie unterirdisch verlegt werde, einer vertieften Prüfung der Vereinbarkeit mit den bundesrechtlichen Vorgaben des Gewässerschutzes, die unter Mitwirkung der Fachabteilung des zuständigen kantonalen Departements vorgenommen werden müsse.

### **E. 2.5**

Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Replik namentlich vor, bei der Bewilligung der Inanspruchnahme von Grund und Boden gemäss Art. 35 FMG könnten und sollten die umweltrechtlichen Vorschriften beachtet werden und es seien die entsprechenden kantonalen Departemente bzw. deren Fachstellen beizuziehen.

### **E. 2.6**

Mit diesen Ausführungen geht die Beschwerdeführerin selber davon aus, die von ihr ausserhalb der Bauzonen im Uferbereich der Engelberger Aa geplante Leitung könnte Auswirkungen auf die Umwelt haben, welche bezüglich des Gewässerschutzes von kantonalen Fachstellen beurteilt werden sollten. Damit ist ein öffentliches Interesse an einer vorgängigen Kontrolle gegeben, weshalb die Baubewilligungspflicht gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG unabhängig von Art. 25 Abs. 1 lit. h BauV/OW zu bejahen ist. (...) BGE 150 II 489 S. 494

## **E. 3**

Der Bundesrat regelt die Einzelheiten, namentlich die Koordinationspflicht der Anbieterinnen sowie die Voraussetzungen für die Verlegung von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen.

### **E. 3.1**

Art. 35 FMG sieht unter der Überschrift "Inanspruchnahme von Grund und Boden" folgende Regelung vor: 1 Die Eigentümerinnen und Eigentümer von Boden im Gemeingebrauch (wie Strassen, Fusswege, öffentliche Plätze, Flüsse, Seen sowie Ufer) sind verpflichtet, den Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Benutzung dieses Bodens für Bau und Betrieb von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen zu bewilligen, sofern diese Einrichtungen den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen. 2 Anbieterinnen von Fernmeldediensten nehmen Rücksicht auf den Zweck und die Nutzung des in Anspruch genommenen Grundstücks und tragen die Kosten für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes. Sie sind verpflichtet, ihre Leitungen zu verlegen, wenn von der Grundeigentümerin oder vom Grundeigentümer eine Benützung des Grundstücks beabsichtigt ist, die sich mit der Leitungsführung nicht verträgt.

### **E. 3.2**

Ausgangspunkt der Auslegung einer Norm bildet ihr Wortlaut (sprachlich-grammatikalisches Element). Ist dieser nicht ganz klar und sind gestützt darauf verschiedene Auslegungen möglich, ist unter Berücksichtigung weiterer Auslegungselemente nach der wahren Tragweite der Norm zu suchen. Dabei zu berücksichtigen sind insbesondere der Wille des Gesetzgebers, wie er sich namentlich aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historisches Element), der Zweck der Norm und die durch diese geschützten Interessen (teleologisches Element) und die systematische Stellung der Norm im Gesetz sowie ihr Verhältnis zu anderen Gesetzesvorschriften (systematisches Element). Das Bundesgericht befolgt bei der Auslegung von Gesetzen einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen ( BGE 147 III 475 E. 2.3.3.1; BGE 147 II 25 E. 3.3; BGE 148 III 314 E. 2.2; BGE 149 II 158 E. 5.2.1; je mit weiteren Hinweisen).

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz ging davon aus, alle Auslegungselemente führten zum Ergebnis, dass Art. 35 FMG einzig die Bewilligung der Benutzung des Bodens im Gemeingebrauch regle und damit die BGE 150 II 489 S. 495 allgemeine Baubewilligungspflicht gemäss Art. 22 RPG nicht ausschliesse. Die von der Beschwerdeführerin geplante Fernmeldeleitung bedürfe daher zusätzlich zur Bewilligung gemäss Art. 35 FMG einer Baubewilligung.

### **E. 3.4**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe Art. 35 FMG bundesrechtswidrig ausgelegt. Art. 35 Abs. 1 FMG spreche von der Benutzung des Bodens für den Bau und Betrieb von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen, weshalb der Wortlaut dieses Absatzes nicht nur die Benutzung des Bodens im Gemeingebrauch, sondern auch den Bau und Betrieb von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen abdecke. Die Gesetzesmaterialien zeigten, dass die Bewilligungspflicht gemäss Art. 35 FMG der Koordination von verschiedenen Bauvorhaben auf öffentlichem Grund dienen soll (AB 1997 S 96 ff.). Die Bewilligung sei als Polizeierlaubnis zu qualifizieren, auf welche ein Anspruch bestehe, wenn die Leitung den Gemeingebrauch des Bodens nicht beeinträchtige. Art. 35 FMG befreie die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht von der Einhaltung des materiellen Umweltrechts, weshalb in Nebenbestimmungen der Bewilligung entsprechende Auflagen vorgesehen werden könnten. Ein separates Baubewilligungsverfahren sei weder in Art. 35 FMG noch der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) vorgesehen, die in Art. 75-79

namentlich die Koordination mit anderen Bauvorhaben regle. Art. 35 FMG betreffe einzig Leitungen und öffentliche Sprechstellen der Anbieterinnen von Fernmeldediensten. Der Anwendungsbereich dieser Regelung sei mithin sachlich und persönlich enger als derjenige der allgemeinen Baubewilligungspflicht gemäss Art. 22 RPG. Im Verhältnis zu dieser Regelung stelle Art. 35 FMG eine Sonderregelung (*lex specialis*) dar. Da diese die Bewilligung von Fernmeldeleitungen umfassend regle, lasse sie keinen Raum für weitere Bewilligungen. Art. 35 FMG führe damit zu einer Freistellung von der kantonalen oder kommunalen Baubewilligungshoheit. Die Vorinstanz habe den Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts gemäss Art. 49 BV verletzt, weil sie dies verneint habe.

### **E. 3.5**

Das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) führt in seiner Stellungnahme aus, die Bewilligung nach Art. 35 FMG betreffe nur die Berechtigung, fremden Boden zu benützen. Soweit Art. 22 Abs. 1 RPG eine Baubewilligungspflicht vorsehe, werde diese durch Art. 35 FMG nicht in Frage gestellt. BGE 150 II 489 S. 496 Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) kommt in seiner Vernehmlassung sinngemäss zum Ergebnis, es sei unklar, ob Art. 35 FMG gemäss seiner Entstehungsgeschichte bzw. den Materialien dahingehend auszulegen sei, dass für die streitbetroffene Fernmeldeleitung neben der Bewilligung für die Inanspruchnahme von Grund und Boden (im Gemeindegebrauch) eine Baubewilligung im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG verlangt werden dürfe. Jedenfalls schliesse das Fernmelderecht eine Baubewilligungspflicht im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG - anders als Art. 18a RPG für Solaranlagen - nicht explizit aus.

### **E. 3.6**

Gemäss Art. 664 ZGB stehen die herrenlosen und die öffentlichen Sachen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden (Abs. 1). Das kantonale Recht stellt über die Ausbeutung und den Gemeindegebrauch der öffentlichen Sachen, wie der Strassen und Plätze, Gewässer und Flussbette die erforderlichen Bestimmungen auf (Abs. 3). Die Nutzung von öffentlichen Sachen richtet sich demnach in erster Linie nach kantonalem Recht. Dieses umschreibt insbesondere, in welchem Rahmen und Ausmass öffentliche Sachen im Gemeindegebrauch genutzt werden dürfen und wie namentlich öffentlicher Grund von der Allgemeinheit benützt werden darf. Dabei unterscheiden die kantonalen Rechtsordnungen und die Praxis meist zwischen schlichtem Gemeindegebrauch, gesteigertem Gemeindegebrauch und Sondernutzung (BGE 135 I 302 E. 3.1 mit Hinweisen). Zum schlichten Gemeindegebrauch gehören die Nutzungen öffentlicher Sachen, die gemeinverträglich sind, das heisst von Personen ausgeübt werden können, ohne andere an der entsprechenden Nutzung übermässig zu behindern. Gesteigerter Gemeindegebrauch liegt namentlich vor, wenn eine Nutzung den rechtmässigen Gebrauch durch andere Personen beeinträchtigt (BGE 135 I 302 E. 3.2; vgl. auch Urteil 1C\_463/2020 vom 3. März 2022 E. 4.3 und 4.4). Gesteigerter Gemeindegebrauch bedarf grundsätzlich einer Bewilligung. Diese wird als Bewilligung *sui generis* qualifiziert, weil sie anders als die Polizeierlaubnis nicht nur dem Schutz der Polizeigüter, sondern der Koordination und Prioritätensetzung zwischen verschiedenen Nutzungen der öffentlichen Sachen dient (BGE 126 I 133 E. 4d; vgl. auch BGE 135 I 302 E. 3.2; Urteil 1C\_463/2020 vom 3. März 2022 E. 7.1 mit weiteren Hinweisen). Mit der Verlegung von Leitungen im Grund einer im Gemeindegebrauch stehenden öffentlichen Sache wird ein Teil davon dauerhaft und ausschliesslich genutzt, weshalb eine Sondernutzung als BGE 150 II 489 S. 497 besondere Form des gesteigerten Gemeindegebrauchs vorliegt (MARKUS RÜSSLI, Nutzung öffentlicher Sachen für die

Verlegung von Leitungen, ZBl 102/2001 S. 350 ff., 352 f. und 354 f.; TRÜEB/ZIMMERLI, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBl 112/2011 S. 127). Für Sondernutzungen dürfen die Gemeinwesen, denen die Hoheit über die öffentliche Sache zukommt, Gebühren verlangen (vgl. BGE 105 Ia 91 E. 2; Urteil P.1590/1983 vom 30. März 1984 E. 1a, in: ZBl 87/1986 S. 368 ff.; vgl. betreffend das Aufstellen von Plakaten auf dem öffentlichen Grund: Urteil 1C\_595/2022 vom 10. Juli 2023 E. 8.2 und 8.3).

### **E. 3.7**

Art. 35 Abs. 1 FMG betrifft Bewilligungen, welche Eigentümerinnen und Eigentümer von Boden im Gemeingebrauch Anbieterinnen von Fernmeldediensten für die Benutzung dieses Bodens für Bau und Betrieb von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen erteilen. Aus diesem Wortlaut ist abzuleiten, dass damit Bewilligungen sui generis für den gesteigerten Gemeingebrauch bzw. die Sondernutzung von Boden im Gemeingebrauch gemeint sind. Ob für die in Frage stehenden Bauten und Anlagen zusätzlich zu dieser Bewilligung eine Baubewilligung im Sinne von Art. 22 RPG erforderlich ist, kann dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 FMG und auch den nachfolgenden Absätzen nicht entnommen werden, zumal sich diese auf die Voraussetzungen und Modalitäten der Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs bzw. der Sondernutzung beziehen. Demnach sind weitere Auslegungselemente zu berücksichtigen.

#### **E. 3.7.1**

In historischer Hinsicht ist zu beachten, dass Art. 35 FMG die vormalige Regelung in Art. 5 ff. des Bundesgesetzes vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG; SR 734.0) ersetzte. aArt. 5 EleG ermächtigte den Bund, für den Bau und Betrieb von oberirdischen und unterirdischen Telegrafien und Telefonlinien öffentliche Plätze, Strassen, Fahr- und Fusswege, sowie auch öffentliche Kanäle, Flüsse, Seen und deren Ufer, soweit diese dem öffentlichen Gebrauch dienen, unentgeltlich in Anspruch zu nehmen. Eine entsprechende Befugnis räumte aArt. 6 EleG dem Bund gegenüber privatem Grundeigentum ein, jedoch nur für das Ziehen von Drähten im Luftraum. Gemäss aArt. 7 EleG hatte sich die eidgenössische Verwaltung vor dem Bau der Linien mit den betreffenden Behörden oder Privaten ins Einvernehmen zu setzen und ihren Begehren so weit entgegenzukommen, als die zweckentsprechende Ausführung der Linien es erlaubte (Abs. 1); konnte eine Verständigung über die Art der BGE 150 II 489 S. 498 Ausführung der Linie nicht erzielt werden, hatte der Bundesrat innert der in aArt. 5 und 6 EleG gezogenen Schranken zu entscheiden (Abs. 2; vgl. BGE 97 I 524 E. 4a). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts beinhalteten aArt. 5-7 EleG nicht nur öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, sondern auch eine Befreiung der PTT-Betriebe vom kantonalen und kommunalen Baupolizeirecht ( BGE 97 I 524 E. 4b). Dies bedeutete jedoch keine Befreiung dieser Betriebe von der Gesetzgebung des Bundes ( BGE 103 Ib 247 E. 3 und 4). In der Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz (BB1 1996 III 1405) führte der Bundesrat aus, die bisherige Ordnung in den aArt. 5 ff. EleG habe sich bewährt. Sie habe ihren Zweck, Behinderungen des Netzausbaus durch kantonale und kommunale Partikularitäten zu verhindern, erfüllt. Da der Weiterausbau der Telekommunikationsnetze im Gesamtinteresse weiter vorangehen sollte, werde im neuen FMG (in Art. 35) eine analoge Regelung aufgenommen, welche die bisher zu Gunsten des Bundes bestehende öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung nun allen Inhaberinnen von Fernmeldedienstkonzessionen zukommen lasse. Der Umfang der

Eigentumsbeschränkung werde dabei im bisherigen, insbesondere durch die Praxis des Bundesgerichts abgesteckten Rahmen belassen. Neu werde die Regelung der Einzelheiten dem Bundesrat übertragen. Dieser solle vor allem der nun wichtig werdenden Koordinationspflicht unter den Konzessionärinnen selber, aber auch in Bezug auf die anderen Werke Aufmerksamkeit schenken. Es solle verhindert werden, dass öffentlicher Grund innert relativ kurzer Zeit mehrmals durch verschiedene Konzessionärinnen mit Bauarbeiten belastet wird (BBl 1996 III 1438). Entsprechend schlug der Bundesrat für Art. 35 FMG eine Regelung vor, die Konzessionärinnen von Fernmeldediensten berechnete, für die Erstellung von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen den Boden im Gemeingebrauch, wie Strassen, Fusswege, öffentliche Plätze, Flüsse, Seen sowie Ufer, unentgeltlich und bewilligungsfrei in Anspruch zu nehmen (Abs. 1 lit. a), wobei der Bundesrat die Einzelheiten, namentlich die Koordinationspflicht der Konzessionärinnen, regeln sollte (BBl 1996 III 1496). Dieser Vorschlag wurde vom Parlament abgelehnt und durch den geltenden Art. 35 FMG ersetzt. Die ersten drei Absätze dieses Artikels entsprechen (abgesehen von redaktionellen Anpassungen) einem Antrag von Nationalrat Boris Banga, der in einem vierten Absatz BGE 150 II 489 S. 499 zulassen wollte, dass für die Inanspruchnahme von Grund und Boden im Gemeingebrauch eine Entschädigung verlangt werden darf. Zur Begründung führte er sinngemäss aus, für die Sondernutzung von Grund und Boden im Gemeingebrauch zur Errichtung ober- und unterirdischer Telekommunikationsanlagen seien kantonale bzw. kommunale Bewilligungen nötig, welche insbesondere die Gebühren-, Entschädigungs- und Koordinationspflicht regelten (AB 1996 N 2312 f.). Der Nationalrat stimmte dem Antrag am 11. Dezember 1996 mehrheitlich zu (AB 1996 N 2314). Die vorbereitende Kommission des Ständerats beantragte, diesem Beschluss des Nationalrats bezüglich der Regelung in Art. 35 Abs. 1-3 FMG zu folgen, jedoch Abs. 4 durch die heute geltende Fassung zu ersetzen. Diese sieht zum einen vor, dass für die Inanspruchnahme von Grund und Boden ausser kostendeckenden Gebühren keine Entschädigung verlangt werden darf (AB 1997 S 96 ff.). Damit sollte eine Ungleichbehandlung der neuen Anbieterinnen von Fernmeldediensten gegenüber der vormaligen Telecom PTT bzw. der Swisscom verhindert werden (vgl. Votum Hans Bisig, AB 1997 S 97). Zum anderen sieht Art. 35 Abs. 4 FMG für die Bewilligung ein einfaches und rasches Verfahren vor. Dieses sollte gemäss den Ausführungen des Berichterstatters der Kommission ohne Ausschreibung und Rekursverfahren Platz greifen (Votum Kurt Schüle, AB 1997 S 96). Zwar wurde im Ständerat im Zusammenhang mit Art. 35 Abs. 4 FMG zum Teil von vereinfachten Baubewilligungsverfahren gesprochen (Votum Hans Bisig, AB 1997 S 97; vgl. auch Votum Niklaus Küchler, AB 1997 S 96). Jedoch führte Ständerat Willy Loretan präzisierend aus, gemäss der Meinung der Kommissionmehrheit gehe es bei der Bewilligung, die gemäss Art. 35 Abs. 4 Satz 1 FMG in einem einfachen und raschen Verfahren zu erteilen sei, nicht um eine Baubewilligung, sondern um eine Art Polizeierlaubnis für eine über das übliche Mass hinausgehende Nutzung von Boden im Gemeingebrauch. Dieser Angabe wurde im Ständerat nicht widersprochen (AB 1997 S 98 f.). Nachdem Bundesrat Moritz Leuenberger darauf hingewiesen hatte, dass gegen alle staatlichen Bewilligungen Rekurse erhoben werden könnten, stimmte der Ständerat der geltenden Fassung von Art. 35 FMG am 6. März 1997 zu (AB 1997 S 99). Die Zustimmung des Nationalrats erfolgte am 19. März 1997 (AB 1997 N 377 ff.). Die Entstehungsgeschichte von Art. 35 FMG und die entsprechenden Voten im Parlament bestätigen damit, dass dieser Artikel gemäss seinem Wortlaut die Bewilligung der (Sonder-)Nutzung von Grund BGE 150 II 489 S. 500 und Boden im

Gemeingebrauch für die Verlegung von Telekommunikations- bzw. Fernmeldeleitungen und die Erstellung von öffentlichen Sprechstellen bzw. Telefonkabinen regelt (vgl. Urteil 2A.414/2006 vom 19. März 2008 E. 8.4; vgl. auch E. 6.3). Art. 35 FMG betrifft damit die Beziehung der Eigentümerinnen oder Eigentümer von Boden im Gemeingebrauch zu den Anbieterinnen von Fernmeldediensten (vgl. BGE 131 II 420 E. 3.4, vgl. auch E. 3.3).

### **E. 3.7.2**

In systematischer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass das Bundesrecht namentlich für militärische Bauten und Anlagen und für Eisenbahnanlagen bundesrechtliche Bewilligungsverfahren vorsieht, die kantonale Bewilligungen ausdrücklich ausschliessen (vgl. Art. 126 des Bundesgesetzes vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung [Militärgesetz, MG; SR 510.10] und Art. 18 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 [SR 742. 101]). Art. 35 FMG sieht weder ein bundesrechtliches Bewilligungsverfahren noch einen Ausschluss kantonalen oder kommunalen Baubewilligungen vor, was darauf schliessen lässt, dieser Artikel entziehe Leitungen und öffentliche Sprechstellen der Anbieterinnen von Fernmeldediensten der kantonalen Baubewilligungshoheit nicht, zumal dazu nicht genügt, dass das Post- und Fernmeldewesen gemäss Art. 92 BV Sache des Bundes ist (vgl. BGE 92 I 205 E. 5 und 5a).

### **E. 3.7.3**

Dennoch wird in der Lehre unter Verweisung auf BGE 97 I 524 und die Erläuterungen zum vom Bundesrat vorgeschlagenen Art. 35 FMG in der Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz (BB1 1996 III 1438) zum Teil die Meinung vertreten, Art. 35 FMG schaffe für den Bau von Fernmeldeleitungen und -sprechstellen auch eine Ausnahme von der kantonalen Bewilligungspflicht (JÜRGEN RUF, in: Beraten und Prozessieren in Bausachen, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. IV, 1998, S. 918 Rz. 21.135; PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 7. Aufl. 2022, S. 367; vgl. auch HANS RUDOLF TRÜEB, Der Bau von Fernmeldeanlagen, in: Schweizerische Baurechtstagung 2001, S. 117). Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Zwar beinhaltet gemäss BGE 97 I 524 die Regelung in aArt. 5-7 EleG nicht nur öffentliche Eigentumsbeschränkungen, sondern auch eine Befreiung der PTT-Betriebe vom kantonalen Baupolizeirecht. Diese Befreiung wurde jedoch primär damit begründet, dass aArt. 7 EleG die Entscheidung über die Art der Ausführung der Linien bei fehlender Einigung dem Bundesrat überliess und damit eine bundesrechtliche Entscheidungskompetenz schuf, die kantonale Kompetenzen ausschloss ( BGE 97 I 524 BGE 150 II 489 S. 501 E. 4b). Diese Argumentation kann nicht auf Art. 35 FMG übertragen werden, weil dieser Artikel bezüglich der Fernmeldeleitungen und öffentlichen Sprechstellen keine bundesrechtliche Bewilligungskompetenz vorsieht. In BGE 97 I 524 wurde als weitere Überlegung angeführt, den Interessen der betroffenen Gemeinden am Schutz des Orts- und Landschaftsbildes werde dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass die PTT-Betriebe betreffend die Art und Ausführung der Telefonlinie gemäss aArt. 7 Abs. 1 EleG mit den (kommunalen) Behörden eine einvernehmliche Lösung zu suchen hätten und der Bundesrat bei einem allfälligen Entscheid nach aArt. 7 Abs. 2 EleG auf das landschaftliche Bild, namentlich gemäss Art. 3 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz, Rücksicht zu nehmen hätte. Die weitere Berücksichtigung von kommunalen Baupolizeirechten würde die einheitliche und kostensparende Schaffung eines Telefonnetzes verunmöglichen (E. 4b). Entsprechend wird in der Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz ausgeführt, aArt. 5-7 EleG habe bezweckt, Behinderungen des

Netzausbau durch kantonale und kommunale Partikularitäten zu verhindern (BB1 1996 III 1438). Ob Art. 35 FMG trotz fehlender bundesrechtlicher Entscheidkompetenz die gleiche Zielsetzung verfolgt, kann vorliegend offenbleiben, weil das Bundesgericht bereits in seiner Rechtsprechung zu aArt. 5-7 EleG erkannte, die daraus abgeleitete Befreiung der PTT-Betriebe vom kantonalen Baupolizeirecht bedeute keine Befreiung von der Gesetzgebung des Bundes. Aus dem Elektrizitätsgesetz könne somit nicht der Schluss gezogen werden, die Vorschriften der eidgenössischen Forstpolizeigesetzgebung seien für den Bund bzw. die PTT-Betriebe nicht massgeblich ( BGE 103 Ib 247 E. 3 S. 251).

#### **E. 3.7.4**

Im gleichen Sinne kann der in Art. 35 FMG gewährte Anspruch auf die Bewilligung der Sondernutzung von Boden im Gemeingebrauch zur Verlegung von Fernmeldeleitungen nicht dazu führen, dass für diese Leitungen die bundesrechtlichen raumplanerischen und umweltschutzrechtlichen Regelungen bezüglich der Errichtung von Bauten und Anlagen nicht gelten sollen (vgl. RÜSSLI, a.a.O., S. 362). Zu diesen Regelungen gehört Art. 22 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451), der bei Bauvorhaben, die zu einer Beseitigung der Ufervegetation führen, eine Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde verlangt. Gemäss Art. 25 Abs. 2 RPG entscheidet die zuständige BGE 150 II 489 S. 502 kantonale Behörde bei allen Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen, ob sie zonenkonform sind oder ob für sie eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann. Die damit verlangte kantonale Mitwirkung für bewilligungspflichtige bauliche Massnahmen ausserhalb der Bauzone ist für die Einhaltung des raumplanungsrechtlichen Trennungsprinzips grundlegend (Urteil 1C\_709/2020 vom 24. August 2021 E. 4.2.2 mit Hinweisen). Sie soll die einheitliche und rechtsgleiche Beurteilung von Ausnahmegesuchen durch eine fachlich kompetente, den Gemeinden übergeordnete Behörde sicherstellen ( BGE 128 I 254 E. 3.5 und 3.8.4). Mit dieser Zielsetzung wäre nicht vereinbar, für die Verlegung von Fernmeldeleitungen im Gemeindeboden ausserhalb der Bauzonen die kommunale Bewilligung der Sondernutzung dieses Bodens gemäss Art. 35 FMG genügen zu lassen, zumal darauf ein Anspruch besteht, wenn der Gemeingebrauch des Bodens nicht beeinträchtigt wird. Davon geht auch die Beschwerdeführerin aus, wenn sie in ihrer Replik ausführt, die Bewilligungen im Sinne von Art. 35 FMG müssten mit den umweltrechtlichen Vorschriften des Bundes vereinbar sein, weshalb die entsprechenden kantonalen Departemente bzw. deren Fachabteilungen beizuziehen seien. Somit verlangt das Bundesrecht für die vorliegend ausserhalb der Bauzonen und im Uferbereich der Engelberger Aa geplante Fernmeldeleitung zusätzlich zur von der Gemeinde gemäss Art. 35 FMG zu erteilenden Bewilligung der Sondernutzung kommunalen Bodens weitere kantonale Bewilligungen. Dadurch wird der Zweck von Art. 35 FMG, durch das grundsätzliche Verbot der Gebührenpflicht für die Sondernutzung von Boden zur Verlegung von Fernmeldeleitungen eine Benachteiligung von neuen Anbieterinnen von Fernmeldeleistungen gegenüber den vormaligen PTT-Betrieben bzw. der Swisscom zu verhindern, nicht beeinträchtigt. Gleiches gilt bezüglich des Zwecks, durch Auflagen in der Bewilligung gemäss Art. 35 FMG die Verlegung von Leitungen im öffentlichen Grund zu koordinieren (vgl. Art. 75 FDV ).

#### **E. 3.8**

Demnach durfte die Vorinstanz bundesrechtskonform annehmen, die Erstellung der vorliegend geplanten Fernmeldeleitung setze zusätzlich zur Bewilligung, welche die Gemeinde gemäss Art. 35 FMG für die Sondernutzung ihres Bodens zu erteilen hat,

kantonale Bewilligungen voraus. Damit trifft entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nicht zu, dass die geplante Leitung im Sinne von Art. 34 Abs. 2 BauG/OW nach Bundesrecht der kantonalen Bauhoheit entzogen wurde. BGE 150 II 489 S. 503

#### **E. 4**

Die Bewilligung ist in einem einfachen und raschen Verfahren zu erteilen. Ausser kostendeckenden Gebühren darf eine Entschädigung für die Inanspruchnahme von Grund und Boden, soweit sie den Gemeindegebrauch nicht beeinträchtigt, nicht verlangt werden. Vor Bundesgericht ist strittig, wie diese Regelung auszulegen ist.

##### **E. 4.1**

Die Vorinstanz hielt das vorliegend erforderliche ordentliche Baubewilligungsverfahren für mit der Anforderung an ein einfaches und rasches Verfahren im Sinne von Art. 35 Abs. 4 FMG vereinbar. Zur Begründung führte sie aus, bei einem ordentlichen Baubewilligungsverfahren sei unter Berücksichtigung der zehntägigen öffentlichen Auflage der Baugesuche mit einer Dauer von 5-6 Wochen zu rechnen, sofern keine Einsprachen eingingen. Diese Dauer könne noch als rasch im Sinne von Art. 35 Abs. 4 FMG bezeichnet werden. Die zuständige Behörde könne auch das ordentliche Verfahren verkürzen, indem sie es beförderlich behandle. Im vorliegenden Fall sei das zuständige Departement auch die Koordinationsstelle, was eine Zeitersparnis mit sich bringe. Die mögliche Verzögerung des Verfahrens durch Einsprachen stelle keine Verletzung von Art. 35 Abs. 4 FMG dar, da der Gesetzgeber bewusst nicht auf eine Rechtsschutzmöglichkeit habe verzichten wollen.

##### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, für die Bewilligung gemäss Art. 35 FMG habe das eidgenössische Parlament in Abs. 4 einem Antrag der vorberatenden Kommission des Ständerats folgend ein einfaches und rasches Verfahren verlangt. Das Fernmeldegesetz und auch die Fernmeldeverordnung liessen offen, wie dieses Verfahren auszugestalten sei, weshalb es sich nach kantonalem und kommunalem Recht richte. Vorliegend sei die Regelung in Art. 31 ff. der Strassenverordnung des Kantons Obwalden vom 14. September 1935 (GDB 720.11; nachfolgend: StrV/OW) anwendbar, da auf kommunaler Ebene Verfahrensvorschriften fehlten. Gemäss Art. 31 Abs. 2 StrV/OW genüge für die Anlage von Telefon- und elektrischen Kabeln in öffentlichen Strassen die schriftliche Bewilligung des Strasseneigentümers; die Gesuche seien mit den erforderlichen Plänen vor Inangriffnahme der Arbeiten einzureichen. Das Bewilligungsverfahren sei einfach und rasch im Sinne von Art. 35 Abs. 4 FMG, da es weder eine öffentliche Bekanntmachung noch eine Aussteckung erfordere. Dagegen sei ein ordentliches Baubewilligungsverfahren mit einer Dauer von 5-6 Wochen weder einfach noch rasch, zumal der Kanton Obwalden in Art. 34 Abs. 3 BauG/OW ein vereinfachtes Baubewilligungsverfahren vorsehe. Zwar sei richtig, dass mit der Bewilligung im Sinne von Art. 35 FMG nicht sämtliche Rechtsmittel ausgeschlossen werden sollten. Eine gerichtliche Überprüfung sei jedoch auch bei Bewilligungen in einem vereinfachten Verfahren möglich. Demnach sei ein ordentliches Baubewilligungsverfahren BGE 150 II 489 S. 504 mit Art. 35 Abs. 4 FMG nicht vereinbar. Würde neben der Bewilligung gemäss Art. 35 Abs. 1 FMG, die gemäss Art. 35 Abs. 4 FMG in einem einfachen und raschen Verfahren zu erfolgen habe, auch noch eine Baubewilligung nach Art. 22 RPG verlangt, müssten diese Bewilligungen entsprechend dem in Art. 25a RPG vorgeschriebenen Koordinationsgebot gleichzeitig eröffnet werden. Ein gemäss Art. 25a

RPG koordiniertes Verfahren sei weder einfach noch rasch im Sinne von Art. 35 Abs. 4 FMG, weil es erfahrungsgemäss länger dauere als ordentliche Baubewilligungsverfahren, die nur eine Bewilligung erforderten.

#### **E. 4.3**

Gemäss den vorstehenden Erwägungen setzt die von der Beschwerdeführerin geplante Fernmeldeleitung zusätzlich zur Bewilligung gemäss Art. 35 FMG zumindest eine kantonale Bewilligung voraus. Zur Koordination der entsprechenden Verfahren hat gemäss Art. 25a Abs. 2 lit. b und d RPG eine Behörde für eine gemeinsame öffentliche Auflage aller Gesuchsunterlagen, eine inhaltliche Abstimmung sowie für eine gemeinsame oder gleichzeitige Eröffnung der Verfügungen zu sorgen. Ob ein entsprechend koordiniertes Verfahren als einfach und rasch im Sinne von Art. 35 Abs. 4 FMG qualifiziert werden könnte, braucht nicht entschieden zu werden, weil sich diese verfahrensrechtlichen Anforderungen einzig auf die gemäss Art. 35 Abs. 1 FMG für die Inanspruchnahme von Boden im Gemeingebrauch erforderliche Bewilligung bezieht. Aus Art. 35 Abs. 4 FMG kann daher nicht abgeleitet werden, dass die vorliegend zusätzlich erforderlichen kantonalen Bewilligungen und ihre Koordination gemäss Art. 25a RPG in einem vereinfachten Baubewilligungsverfahren ohne öffentliche Ausschreibung zu erteilen seien. Dies führt nicht zu einer übermässigen Verzögerung des Ausbaus des bestehenden Leitungsnetzes der Anbieterinnen von Fernmeldediensten, zumal im Interesse dieses Ausbaus gemäss dem in Art. 29 Abs. 2 BV gewährten Anspruch auf eine Beurteilung innert angemessener Frist eine zügige Behandlung der entsprechenden Gesuche erwartet werden kann und Verzögerungen durch Rechtsmittelverfahren auch in Bezug auf die Bewilligungen gemäss Art. 35 FMG nicht ausgeschlossen werden können. Damit erweist sich die Rüge der Verletzung von Art. 35 Abs. 4 FMG als unbegründet.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.