

BGer 1C 41/2023 vom 24. Juli 2023

Bundesgericht, 2023-07-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_41_2023

FR: TF 1C 41/2023 du 24 juillet 2023

IT: TF 1C 41/2023 del 24 luglio 2023

Regeste

Ungültigerklärung der Volksinitiative Kein Mobilfunk auf öffentlichem Grund | Politische Rechte

Erwägungen

E. 1

Gegen den angefochtenen, kantonal letztinstanzlichen Endentscheid des Obergerichts über die Gültigkeit einer kommunalen Initiative ist die Beschwerde gemäss Art. 82 lit. c BGG zulässig. Mit der Stimmrechtsbeschwerde im Sinne dieser Bestimmung kann die Verletzung von politischen Rechten geltend gemacht werden, wozu die Rüge gehört, eine Volksinitiative sei zu Unrecht für ungültig erklärt worden (vgl. BGE 139 I 195 E. 1.3.1; Urteil 1C_267/2016 vom 3. Mai 2017 E. 1.1 [nicht publ. in: BGE 143 I 361]). Die Beschwerdeführenden sind in der Gemeinde Walzenhausen stimmberechtigt und somit zur Beschwerde legitimiert (Art. 89 Abs. 3 BGG). Auf die rechtzeitig erhobene Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten. Bei der Beschwerde in Stimmrechtssachen prüft das Bundesgericht nicht nur die Auslegung von Bundesrecht und von kantonalen verfassungsmässigen Rechten mit voller Kognition, sondern auch diejenige anderer kantonalen Vorschriften, die den Inhalt des Stimm- und Wahlrechts normieren oder damit in engem Zusammenhang stehen (vgl. Art. 95 lit. a, c und d BGG). Das übrige kantonale und allenfalls kommunale Recht prüft das Bundesgericht hingegen im Wesentlichen bloss auf seine Übereinstimmung mit dem übergeordneten Bundes- und Völkerrecht hin. Dabei steht das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV im Vordergrund (Urteil 1C_391/2021 vom 8. Juli 2022 E. 2 mit Hinweis).

E. 2

Art. 34 Abs. 1 BV gewährleistet in allgemeiner Weise die politischen Rechte auf Ebene des Bundes, der Kantone und der Gemeinden.

E. 2.1

Art. 106 der Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995 (KV/AR) regelt das Initiativrecht auf Gemeindeebene: Mit einer Initiative kann der Erlass, die Änderung oder die Aufhebung von Reglementen oder Beschlüssen verlangt werden, die dem obligatorischen oder dem fakultativen Referendum unterliegen (Abs. 1). Die Initiative kann als allgemeine Anregung oder als ausgearbeiteter Entwurf eingereicht werden (Abs. 2). Die Artikel 51 Abs. 1, 52, 54 und 55 KV/AR (betreffend kantonale Initiativen) gelten im übrigen sinngemäss (Abs. 4). Nach Art. 55 Abs. 2 KV/AR ist eine Initiative ganz oder teilweise ungültig, wenn sie dem Grundsatz der Einheit der Materie widerspricht (lit. a), übergeordnetem Recht widerspricht (lit. b) oder undurchführbar ist (lit. c). Dies entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 34 BV , wonach eine kantonale bzw.

kommunale Volksinitiative keine Bestimmungen enthalten darf, die dem übergeordneten Recht widersprechen (BGE 139 I 292 E. 5.4, zitiertes Urteil 1C_391/2021 E. 2.2, je mit Hinweisen). Stellt die zuständige Behörde zutreffend fest, dass eine Vorlage höherrangigem Recht zuwiderläuft, ist es mithin rechtmässig, wenn sie diese Vorlage nicht der Abstimmung unterstellt. Umgekehrt liegt Rechtswidrigkeit vor, wenn eine Initiative trotz Vereinbarkeit mit dem höherrangigen Recht nicht zur Volksabstimmung gebracht wird, sofern kein anderer Ungültigkeitsgrund gegeben ist.

E. 2.2

Für die Beurteilung der materiellen Rechtmässigkeit einer Volksinitiative ist deren Text nach den anerkannten Interpretationsgrundsätzen auszulegen. Von verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten ist jene zu wählen, die einerseits dem Sinn und Zweck der Initiative am besten entspricht und zu einem vernünftigen Ergebnis führt und welche andererseits im Sinne der verfassungskonformen Auslegung mit dem übergeordneten Recht von Bund und Kanton vereinbar erscheint. Kann der Initiative ein Sinn beigemessen werden, der sie nicht klarerweise als unzulässig erscheinen lässt, ist sie nach dem Günstigkeitsprinzip als gültig zu erklären und der Volksabstimmung zu unterstellen. Insbesondere bei einer ausformulierten Initiative kann jedoch der eindeutige Wortsinn nicht durch eine mit dem übergeordneten Recht konforme Interpretation beiseite geschoben werden (BGE 144 I 193 E. 7.3.1, mit Hinweisen). Das durch Auslegung ermittelte Verständnis des Volksbegehrens muss auch mit der grundsätzlichen Stossrichtung der Initiative vereinbar bleiben; dieser darf kein Gehalt beigemessen werden, der dem Grundanliegen der Initianten (so wie dieses von den die Initiative unterzeichnenden Stimmberechtigten verstanden werden durfte) nicht mehr entspricht (BGE 139 I 292 E. 7.2.4 mit Hinweisen).

E. 3

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen Bestimmungen des kantonalen und kommunalen Rechts betreffend Mobilfunkanlagen auf die Zielsetzungen der Fernmeldegesetzgebung des Bundes angemessen Rücksicht nehmen, d.h. sie müssen den Interessen an einer qualitativ guten Mobilfunkversorgung und an einem funktionierenden Wettbewerb zwischen den Mobilfunkanbietern Rechnung tragen (vgl. Art. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG; SR 784.10]) und dürfen die Wahrnehmung des Versorgungsauftrags der Mobilfunkbetreiber gemäss der Fernmeldegesetzgebung nicht vereiteln oder über Gebühr erschweren (BGE 141 II 245 E. 7.1; 133 II 353 E. 4.2). Überdies müssen sie mit dem übrigen Bundesrecht, namentlich dem Umweltschutz- und Raumplanungsrecht vereinbar sein. Unzulässig sind insbesondere bau- oder planungsrechtliche Vorschriften zum Schutz der Bevölkerung vor nichtionisierender Strahlung, da der Immissionsschutz durch das USG und die darauf gestützten Verordnungen, insbesondere die Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710), abschliessend durch den Bund geregelt ist (vgl. BGE 126 II 399 E. 3c; 133 II 64 E. 5.2). Zulässig sind dagegen ortsplanerische Bestimmungen, die anderen als umweltschutzrechtlichen Interessen dienen, wie der Wahrung des Charakters oder der Wohnqualität eines Quartiers (BGE 133 II 321 E. 4.3.4 mit Hinweisen zur Literatur), insbesondere durch die Vermeidung von ideellen Immissionen durch Mobilfunkanlagen (vgl. Urteile 1C_340/2013 vom 4. April 2014 E. 3.2 und 1C_167/2018 vom 8. Januar 2019 E. 2 und 3). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf die Zonenkonformität einer Mobilfunkanlage von einem funktionalen

Zusammenhang zur jeweiligen Zone abhängig gemacht werden (BGE 138 II 173 E. 5.3 und 5.4). Dies darf allerdings nicht dazu führen, dass alle Mobilfunkanlagen, die nicht ausschliesslich der lokalen Versorgung des Baugebiets dienen, sondern auch grössere Teile des Nichtbaugebiets versorgen, ausserhalb der Bauzone errichtet werden müssen, weil dies dem Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet widersprechen würde (BGE 141 II 245 E. 2.4). Als zulässig erachtet wurde auch ein Kaskadenmodell, wonach Mobilfunkantennen prioritär in Arbeitszonen zu erstellen sind, aber bei Bedarf auch Standorte in gemischten Zonen oder sogar in reinen Wohnzonen beansprucht werden können (BGE 138 II 173 E. 6.4-6.6). Eine Negativplanung, d.h. der Ausschluss von Mobilfunkanlagen in bestimmten Gebieten, ist denkbar, sofern sie sich auf eine Gesamtschau stützt und planerisch zweckmässig erscheint (BGE 133 II 321 E. 4.3.4 in fine und E. 4.3.5).

E. 4

Das Obergericht erachtete, wie schon der Gemeinderat und der Regierungsrat, die von der Initiative vorgeschlagene Bestimmung als bundesrechtswidrig. Es ging davon aus, die Initiative habe eine raumplanerische Stossrichtung, könne jedoch nicht mit Argumenten der Raumplanung begründet werden, da sie keinen Bezug auf bestimmte Gebiete oder Zonen nehme, sondern lediglich an die Eigentümerstellung der Gemeinde anknüpfe. Der initiierte Art. 32a Abs. 1 GemO stütze sich auch nicht auf eine Gesamtschau aller erheblichen Probleme und Interessen. Die Beschwerdeführenden legten nicht dar, ob und inwiefern die verbleibenden Teile des Baugebiets für die Mobilfunkversorgung der Gemeinde besonders geeignet seien und allen Mobilfunkbetreibern Platz bieten würden. Insbesondere sei es nicht zulässig, Mobilfunkanlagen, die im Wesentlichen der Versorgung des Siedlungsgebiets dienen, generell und ohne eine konkrete Standortevaluation und Interessenabwägung im Einzelfall, auf Gebiete ausserhalb der Bauzone zu verweisen (Urteil 1C_318/2011 vom 8. November 2011 E. 6). Das Obergericht liess offen, ob die Initiative mit dem Bundesumweltrecht vereinbar sei. Die Aussage der Beschwerdeführenden in einem Zeitungsbericht, wonach die Initiative den Einwohnerinnen und Einwohnern ein immissionsarmes Lebensumfeld, möglichst frei von gesundheitlich nach wie vor unbekanntem Risiken, ermöglichen solle, sowie der geforderte Abstand von 100 m, legten eine immissionsrechtliche Zwecksetzung der Initiative nahe.

E. 5

Die Beschwerdeführenden rügen in erster Linie, das Obergericht habe das Initiativbegehren willkürlich ausgelegt.

E. 5.1

Das Obergericht führte aus, die Initiative verbiete es der Gemeinde, ihre Grundstücke für private Mobilfunkdienste zur Verfügung zu stellen, soweit diese den Abstand von 100 m zur nächsten Wohnbaute oder zu Wohngebieten unterschreiten würden. Somit könnten die besagten Grundstücke nicht mehr für Mobilfunkanlagen beansprucht werden, was einem Verbot von Mobilfunkantennen auf diesen Grundstücken gleichkomme. Dies gehe im Übrigen auch aus dem Titel der Initiative "Kein Mobilfunk auf öffentlichem Grund" hervor. Die Initiative könne nur so verstanden werden, dass neue Mobilfunkantennen auf gemeindeeigenen Grundstücken, welche einen Abstand von weniger als 100 m zur nächsten Wohnbaute oder einer Zone aufwiesen, in der Wohnbauten zulässig sind, vollständig ausgeschlossen werden sollten. Damit werde im Ergebnis ein Verbot von neuen

Mobilfunkantennen auf den besagten Grundstücken beabsichtigt. In der Gemeinde Walzenhausen befänden sich insgesamt 81 Grundstücke im Eigentum der Gemeinde, wobei zahlreiche Grundstücke in Wohngebieten oder innerhalb von 100 m zu Wohnbauten lägen. Damit könnten weite Teile und Flächen der Gemeinde durch die Initiative tangiert werden, weshalb ihr eine raumplanungsrechtliche Stossrichtung zukomme.

E. 5.2

Die Beschwerdeführenden machen dagegen geltend, nach ihrem klaren Wortlaut enthalte die Initiative weder ein Verbot, Mobilfunkantennen zu bewilligen, noch ein Verbot für die Mobilfunkanbieterinnen, Mobilfunkanlagen auf gemeindeeigenen Parzellen zu erstellen und zu betreiben. Sie sehe auch keinerlei neue Vorgaben betreffend Umweltschutz, Raumplanung oder Fernmelderecht vor, die in einem allfälligen Baubewilligungsverfahren zu prüfen wären. Die Initiative enthalte einzig ein Kontrahierungsverbot für die Gemeinde Walzenhausen, d.h. sie schränke deren Verfügungshoheit bezüglich gewisser, genau umschriebener gemeindeeigener Grundstücke ein. Sie greife damit nicht in die Raumplanung ein, da sie nicht mit planerischen Vorgaben die Standorte von Mobilfunkanlagen in der Gemeinde Walzenhausen steuere, sondern einzig die Zurverfügungstellung von gemeindeeigenen Grundstücken verbiete. Sofern die Mobilfunkbetreiberinnen zwingend auf solche Grundstücke angewiesen seien, könnten diese immer noch, über die Geltendmachung des Enteignungsrechts nach Art. 36 FMG, in Anspruch genommen werden.

E. 5.3

Den Beschwerdeführenden ist einzuräumen, dass sich die Initiative einzig an die Einwohnergemeinde und ihre Organe richtet und es diesen untersagt, gewisse Grundstücke für private Mobilfunkdienste zur Verfügung zu stellen. Indessen hat das Obergericht nichts anderes angenommen. Es ging lediglich davon aus, dies komme "im Ergebnis" einem Verbot von Mobilfunkanlagen auf den besagten Gemeindegrundstücken gleich. Es bestritt auch nicht, dass eine Enteignung gemäss Art. 36 Abs. 1 FMG theoretisch möglich sei, erachtete dieses Vorgehen jedoch für die Mobilfunkbetreiberinnen als unzumutbar. Damit besteht Einigkeit über den Inhalt der Initiative; streitig ist vielmehr ihre rechtliche Einordnung und Bewertung: Für die Vorinstanzen kommt das Kontrahierungsverbot der Gemeinde, aufgrund der grossen Anzahl von gemeindeeigenen Grundstücken, einem partiellen Mobilfunkverbot bzw. einer raumplanerischen Negativplanung im Ergebnis gleich, weshalb sie daran die vom Bundesgericht entwickelten Kriterien für raumplanerische Regelungen anlegen, die vorliegend unstreitig nicht erfüllt sind. Die Beschwerdeführenden machen dagegen geltend, es gehe nur um die Nutzung der gemeindeeigenen Grundstücke; diesbezüglich sei die Gemeinde frei, d.h. sie könne die Zurverfügungstellung ihrer Parzellen (auch grundlos) verweigern oder an bestimmte Kriterien knüpfen (hier: 100 m Distanz), gleich wie Private. Dies ist im Folgenden (E. 6) näher zu prüfen.

E. 5.4

Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage bislang nicht geäussert und hatte dazu auch keinen Anlass. Insofern kann aus der Aussage, wonach die Gemeinden im Rahmen ihrer bau- und planungsrechtlichen Zuständigkeiten grundsätzlich befugt seien, Bau- und Zonenvorschriften in Bezug auf Mobilfunksendeanlagen zu erlassen (BGE 141 II 256 E. 7.1; 133 II 321 E. 4.3.4; 133 II 64 E. 5.3; Urteil 1C_318/2011 vom 8. November 2011 E. 2),

nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, dass andere als bau- und raumplanungsrechtliche Regelungen von vornherein unzulässig seien, wie dies die Vorinstanz angenommen hat.

E. 6

Grundstücke im Eigentum einer Gemeinde können zum Finanzvermögen, zum Verwaltungsvermögen oder zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch gehören. Während die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch der Allgemeinheit zur Benutzung offenstehen, dient das Verwaltungsvermögen einem beschränkten Benutzerkreis unmittelbar durch seinen Gebrauchswert für die Besorgung öffentlicher Aufgaben. Das Finanzvermögen dient der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nur mittelbar, durch seinen Vermögenswert oder seine Erträge (BGE 138 I 274 , 284 und zum Ganzen: HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 2020, Rz. 2201 ff.; PIERRE MOOR, Les biens de l'Etat: état des lieux, in: Bellanger/Tanquerel, La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux, 2020, S. 9 ff.). Als Standorte für Mobilfunkantennen eignen sich vor allem die Dächer von gemeindeeigenen Bauten und Anlagen, die (je nach Nutzung) zum Verwaltungs- oder zum Finanzvermögen zählen.

E. 6.1

Soweit Verwaltungsvermögen nicht für den bestimmungsgemässen Gebrauch benötigt wird, kann es im Rahmen einer sog. Randnutzung oder einer ausserordentlichen Nutzung Dritten gegen Entgelt zur Verfügung gestellt werden. Das Bundesgericht anerkennt einen bedingten Anspruch auf eine Rand- oder ausserordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen, wenn die betreffende Tätigkeit für die Ausübung von Freiheitsrechten erforderlich ist und bereits vorgesehen oder üblich ist (vgl. BGE 138 I 274 E. 2.2 und 2.3 mit Hinweisen, betr. Plakatierung an Bahnhofswänden; vgl. auch BGE 144 I 50 E. 6.3 und 6.4 zur Koalitionsfreiheit). Dagegen besteht kein Anspruch auf Schaffung neuer Einrichtungen (BGE 138 I 274 E. 2.2.2 mit Hinweisen). Die Wirtschaftsfreiheit vermittelt praxisgemäss keinen Anspruch auf die Rand- oder Sondernutzung von Verwaltungsvermögen (vgl. BGE 143 I 37 E. 7.2 mit Hinweisen; VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, Usage ordinaire et extraordinaire du patrimoine administratif, in: Bellanger/Tanquerel, La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux, 2020, S. 79). Sie kann indessen wegen Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden angerufen werden (BGE 143 I 37 E. 8.1 mit Hinweisen). Sodann unterliegt das Gemeinwesen den allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts, insbesondere dem Willkürverbot (Art. 9 BV), den Grundsätzen der Gleichbehandlung (Art. 8 BV), der Bindung an das öffentliche Interesse und das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV), sowie der Neutralität und Sachlichkeit (BGE 143 I 37 E. 7, insbes. E. 7.1 und 8; so auch DÉFAGO GAUDIN, a.a.O., S. 79). "Privatautonome Willkür", wie sie Private besitzen, steht dem Gemeinwesen nicht zu (BGE 127 I 84 E. 4c mit Hinweisen). Das Bundesgericht überprüfte daher in BGE 143 I 37 die Verhältnismässigkeit des Verbots der Nutzung von Parkplätzen im Eigentum des Genfer Flughafens für das "Valet-Parken", allerdings - da dieser Grundsatz im Zusammenhang mit kantonalem Recht angerufen wurde - lediglich unter Willkürgesichtspunkten (E. 7.5 S. 46 mit Hinweisen).

E. 6.2

Streitig ist, inwiefern eine derartige Bindung auch bei der Verwaltung von Finanzvermögen besteht. Im Urteil 2C_314/2013 vom 19. März 2014 E. 5.4 (in: ZBl 116/2015 146 und RDAF 2016 I 451) hielt das Bundesgericht fest, die Bindung an die Grundrechte gelte nicht in gleicher Weise für die Verwaltung des Finanzvermögens, jedenfalls sofern dies keine öffentliche Aufgabe i.S.v. Art. 35 Abs. 2 BV darstelle (in casu bejaht für die Verpachtung von Korporationsgut; dagegen verneint im Urteil 1C_379/2014 vom 29. Januar 2015 E. 5.3 für die Vermietung einer Wohnung ohne Mietpreisbindung). In der Literatur sind die Auffassungen geteilt (zum Streitstand vgl. THIERRY TANQUEREL, Patrimoine financier et droits fondamentaux, in: Bellanger/Tanquerel, La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux, 2020, S. 85 ff.). Die Frage braucht nicht vertieft zu werden, weil der streitige Initiativtext auch Grundstücke im Verwaltungsvermögen betrifft und daher jedenfalls die dafür geltenden öffentlich-rechtlichen Schranken (oben E. 6.1) einhalten muss.

E. 6.3

Zur vorliegend streitigen Fragen hat sich, soweit ersichtlich, einzig BENJAMIN WITTEW (Bewilligung von Mobilfunkanlagen, Zürich, 2. Aufl. 2008, S. 114) geäußert. Seines Erachtens widerspricht es den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns gemäss Art. 5 BV sowie dem Willkürverbot (Art. 9 BV), gemeindeeigene Standorte von vornherein für die Mobilfunkversorgung auszuschliessen. Im Einzelfall könne es geradezu geboten sein, einen gemeindeeigenen Standort (z.B. einen Werkhof) zur Verfügung zu stellen, wenn dadurch ein weniger günstiger Standort vermieden werden könne; diesfalls habe die Gemeinde auch die Möglichkeit, privatrechtlich z.B. eine geringere Sendeleistung oder Anlagenhöhe zu vereinbaren als öffentlichrechtlich zulässig wäre. Allerdings geht auch WITTEW davon aus, dass die Gemeinde nicht generell verpflichtet ist, ihre Grundstücke für Mobilfunkanlagen zur Verfügung zu stellen, sondern dies im Einzelfall entscheiden und gegebenenfalls an Bedingungen knüpfen kann, die sie ansonsten (in ihrer Rolle als Baubewilligungsbehörde) nicht durchsetzen könnte.

E. 6.4

In der Tat sieht Art. 35 FMG eine Verpflichtung, öffentliche Grundstücke für Fernmeldedienste zur Verfügung zu stellen, einzig für den Bau und Betrieb von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen auf Boden im Gemeingebrauch (Strassen, Wege, Plätze, etc.) vor. Nach dem klaren Wortlaut der Norm (die erst kürzlich redaktionell angepasst wurde [Ziff. I des BG vom 24. März 2006; AS 2007 921]) und ihrer Ausführungsbestimmung (Art. 76 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 [FDV; SR 784.101.1]) fallen Mobilfunkantennen nicht darunter: Diese sind gerade nicht leitungsgebunden, sondern setzen hochfrequente elektromagnetische Strahlung als Träger für die Übermittlung ein. Auch die in Art. 35 Abs. 4 FMG vorgesehene Kostenlosigkeit der Nutzung des öffentlichen Grundes spricht gegen eine extensive Anwendung der Regelung auf andere Anlagen als Leitungen und öffentliche Sprechstellen. Mobilfunkanlagen fallen vielmehr unter die Fernmeldeanlagen i.S.v. Art. 36 Abs. 1 FMG . Für diese kann im Einzelfall ein Enteignungsrecht erteilt werden, wenn die Erstellung der Fernmeldeanlage im öffentlichen Interesse liegt. Ansonsten sind die Fernmeldeanbieterinnen darauf angewiesen, privatrechtliche Verträge mit Grundstückseigentümern und -eigentümerinnen abzuschliessen. Der Fernmeldemarkt wurde durch das FMG von 1997 vollständig liberalisiert und die Sicherung der Fernmelde-Infrastruktur (mit Ausnahme der Grundversorgung gemäss Art. 16 FMG) dem

Wettbewerb überlassen (vgl. PETER R. FISCHER/OLIVER SIDLER, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band V, Informations- und Kommunikationsrecht, Teil I, 2. Aufl., 2002, Rz. 190; ELIANE SCHLATTER, Grundrechtsgeltung bei wirtschaftlichem Staatshandeln, Diss. Zürich 2008, S. 146 ff. und S. 186). Wie oben (E. 6.1) aufgezeigt, gibt auch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) keinen Anspruch auf die Inanspruchnahme von Bauten und Grundstücken im Verwaltungs- oder Finanzvermögen der Gemeinde. Insofern kann diese jedenfalls im Einzelfall die Zurverfügungstellung eines Grundstücks ablehnen; sie kann, muss dies aber nicht, von einer Standortevaluation abhängig machen.

E. 6.5

Fraglich kann daher allenfalls sein, ob es dem öffentlichen Interesse widerspricht bzw. unverhältnismässig oder gar willkürlich ist, wenn sich die Gemeinde in der Gemeindeordnung verpflichtet, keine Grundstücke für Mobilfunkanlagen zur Verfügung zu stellen, bzw. dies - wie hier - von der Einhaltung eines Mindestabstands abhängig zu machen. Eine solche generell-abstrakte Selbstbindung schliesst eine Standortevaluation und Interessenabwägung im Einzelfall aus und kann dazu führen, dass Mobilfunkantennen auf Privatstandorten errichtet werden, die eine höhere Sendeleistung benötigen, mitten in einem Wohnquartier oder in der Nähe von Schulen und Altersheimen zu liegen kommen (immaterielle Immissionen) oder aus Sicht des Ortsbildschutzes weniger vorteilhaft sind. Allerdings müssen alle Mobilfunkanlagen die gesetzlichen Mindestanforderungen (an Strahlenschutz, Orts- und Denkmalschutz, etc.) einhalten. Sind diese erfüllt, so ist eine Mobilfunkanlage zulässig und bewilligungsfähig; eine Prüfung von Alternativstandorten wird innerhalb der Bauzone nicht verlangt (Urteil 1C_685/2013 vom 6. März 2015 E. 2.1 mit Hinweisen, in: URP, 2015 433). Die Gemeinde ist zwar berechtigt, durch die Zurverfügungstellung von günstig gelegenen Gemeindegrundstücken auf die Standortwahl Einfluss zu nehmen, sie ist dazu aber nicht verpflichtet. Sie kann sich auch auf ihre Rolle als "neutrale" Baubewilligungsbehörde zurückziehen und auf eine aktive Mitgestaltung verzichten. Dies kann sich z.B. in Gemeinden rechtfertigen, in denen der Widerstand gegen Mobilfunkantennen sehr gross ist, um die neutrale Stellung der Gemeinde als Baubewilligungsbehörde zu wahren und zu verhindern, dass diese selbst (als Grundstückseigentümerin) Baugesuche für derartige Projekte unterzeichnet. Insofern verstösst es nicht von vornherein gegen das Gebot des Handelns im öffentlichen Interesse und das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) bzw. das Willkürverbot (Art. 9 BV), auf die Zurverfügungstellung von gemeindlichen Grundstücken zu verzichten, generell oder jedenfalls für (notorisch besonders umstrittene) Projekte in der Nähe von Wohngebieten.

E. 7

Voraussetzung ist allerdings, dass dieses Kontrahierungsverbot die Wahrnehmung des Versorgungsauftrags der Mobilfunkbetreiberinnen gemäss der Fernmeldegesetzgebung nicht vereitelt oder über Gebühr erschwert (vgl. oben, E. 3 mit Hinweisen). Dies ist im Folgenden zu prüfen.

E. 7.1

Die Beschwerdeführenden machen zu Recht geltend, dass die von der Initiative betroffenen Gemeindegrundstücke lediglich einen kleinen Anteil des Gemeindegebiets darstellen und noch genügend Möglichkeiten auf privaten Grundstücken oder Parzellen des Kantons

bestehen. Dies trifft auch innerhalb der Bauzone zu, weshalb nicht gesagt werden kann, dass Mobilfunkanlagen, in Verletzung des Trennungsprinzips, generell auf Standorte ausserhalb der Bauzone ausgelagert werden sollen.

E. 7.2

Soweit die Beschwerdeführenden auf die Hochspannungsmasten der St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG (SAK) verweisen, ist unklar, inwiefern diese innerhalb der Bauzone liegen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann jedoch die Standortgebundenheit ausserhalb der Bauzone gemäss Art. 24 lit. b RPG nicht nur aus funktechnischen Gründen bejaht werden, sondern auch dann, wenn Mobilfunkanlagen auf bestehende Bauten und Anlagen montiert werden, wie namentlich Hochspannungs- und Antennenmasten, die sich im Rahmen einer konkreten Interessenabwägung als wesentlich geeigneter erweisen als mögliche Standorte innerhalb der Bauzone, sofern die Mobilfunkanlage keine erhebliche Zweckentfremdung von Nichtbauzonenland bewirkt, nicht störend in Erscheinung tritt und ihr keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (BGE 133 II 321 E. 4.3.3, 409 E. 4.2; vgl. auch Urteile 1C_345/2008 vom 29. Januar 2009 E. 2.3, 1C_14/2008 vom 25. Februar 2009 E. 4.2, 1C_478/2008 vom 28. August 2009 E. 4.1 und 4.5). Unter diesen Voraussetzungen kommen auch Hochspannungsmasten ausserhalb der Bauzone als Standorte für Fernmeldeanlagen in Betracht.

E. 7.3

In dieser Situation ist kaum vorstellbar, dass ein Fernmeldeunternehmen zwingend auf ein Grundstück der Gemeinde als Standort für eine Fernmeldeanlage angewiesen sein wird. Sollte dieser Fall dennoch einmal auftreten, steht immer noch der Weg über die Enteignung gemäss Art. 36 FMG offen. Dieses Verfahren ist gesetzlich vorgesehen und kommt, mangels gegenteiliger Regelung im FMG, grundsätzlich auch für Grundstücke in Betracht, die einem öffentlichen Zweck dienen (vgl. Art. 7 des Bundesgesetzes über die Enteignung vom 20. Juni 1930 [EntG: SR 111]). Es erscheint - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - auch nicht von vornherein unzumutbar. Aus BGE 138 II 173 E. 8.3 ergibt sich nichts anderes: Das Bundesgericht bezog sich dort nicht auf die Einleitung eines Enteignungsverfahrens für einen einzelnen Standort, sondern auf die Notwendigkeit, Enteignungsverfahren für sämtliche Standorte in der prioritären Arbeitszone einleiten zu müssen, bevor nachrangige Standorte in einer Wohnzone beansprucht werden könnten. Es erachtete dies, wie schon zuvor das Verwaltungsgericht (vgl. E. 6.5 in fine), als unzumutbar. Diese Konstellation ist vorliegend nicht gegeben. Immerhin stellt sich die Frage, ob die Gemeinde in einer solchen Situation berechtigt wäre, auf der vollständigen Durchführung des Enteignungsverfahrens zu beharren, oder ob sie nicht verpflichtet wäre, bei Nachweis der materiellen Voraussetzungen von Art. 36 FMG eine Ausnahme vom Kontrahierungsverbot zu machen. Diese Frage kann jedoch im konkreten Anwendungsfall geprüft werden (sofern ein solcher je eintreten sollte). Im vorliegenden Verfahren ist die von der Initiative vorgeschlagene Regelung abstrakt auf ihre Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht zu prüfen. Der blosser Umstand, dass die angefochtene Norm in einzelnen Fällen gegen übergeordnetes Recht verstossen könnte, führt, wie bei der abstrakten Normenkontrolle (vgl. z.B. BGE 146 I 62 E. 4 mit Hinweisen), noch nicht zur ihrer Aufhebung bzw. Unzulässigkeit.

E. 8

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Dagegen kann das Bundesgericht die kommunale Volksinitiative "Kein Mobilfunk auf öffentlichem Grund" nicht, wie von den Beschwerdeführenden verlangt, für gültig erklären: Die Vorinstanzen hielten schon den ersten, für die Initiative grundlegenden Absatz des Initiativtexts für bundesrechtswidrig und mussten daher nicht mehr prüfen, ob die übrigen Absätze (zum Umgang mit bestehenden Mobilfunkantennen und zur Verpflichtung von "staatsnahen" Betrieben) mit übergeordnetem Recht vereinbar sind. Es ist nicht Sache des Bundesgerichts, diese Prüfung erstmals vorzunehmen, zumal es das kantonale Recht nicht frei prüfen kann. Die Sache ist insoweit an das Obergericht zurückzuweisen, um die noch ausstehende Prüfung selbst vorzunehmen oder die Sache hierfür an eine andere Instanz weiterzuverweisen. Ausgangsgemäss sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG); den Beschwerdeführenden ist eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 BGG).

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