

Einschreiben

Kantonsgericht 4. Abteilung
Obergrundstrasse 46
Postfach 3569
6002 Luzern

Fallnummer 7H 14 279 (Mobilfunkanlage Stutz)

**Replik auf die Vernehmlassungen des Gemeinderates Horw und der
Beschwerdegegnerin**

Sehr geehrter Herr Präsident,
Sehr geehrte Damen und Herren Kantonsrichter

Am 30. Dezember 2014, eingegangen am 31. Dezember 2014, haben Sie uns Gelegenheit zur Replik auf die erwähnten Vernehmlassungen zu unserer Kantonsgerichtsbeschwerde gegeben. Wir präzisieren unsere Begehren gerne fristgerecht wie folgt:

Anträge:

1. Der Entscheid des Gemeinderates Horw vom 14. August sei aufzuheben.
2. Der Leitentscheid der Dienststelle Raum und Wirtschaft (rawi) vom 10. Juni 2014 sei an diese Amtsstelle zur Neuurteilung zurückzuweisen.
3. Die dem Leitentscheid des rawi zugrundeliegende Entscheidung der Dienststelle Landwirtschaft und Wald (lawa) sei den Parteien zugänglich zu machen.
4. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens seien der Gemeinde Horw anzulasten.

Begründung:

1. Formelles

Da die Beschwerdegegnerin unsere Beschwerdelegitimation infrage stellt, verweisen wir darauf, dass der Verein Pro Halbinsel Horw (PHH) seit Jahrzehnten zur ideellen Verbandsbeschwerde legitimiert ist, weil er nach Statuten und ständiger Praxis seit 1973 sowohl in Baurechtsfragen wie in Fragen des Orts- und Landschaftsschutzes im Bereich der Gemeinde Horw Einsprachen erhebt und Beschwerden führt.

Unsere Legitimation stützt sich insbesondere auf das kantonale Planungs- und Baugesetz, § 207, Bst. d sowie das Gesetz über Natur- und Landschaftsschutz, § 48 Bst. d. Die PHH widmet sich seit weit mehr als den dort geforderten fünf Jahren statutengemäss den Interessen des Umwelt-, Natur und Heimatschutzes im Kanton Luzern. Dieser Umstand ist den Behörden bekannt.

Beweismittel:

- Statuten PHH, **Beilage**
- Webseite: <http://www.prohalbinselhorw.ch/>

2. Verfahrensmängel

a) Verfahrensfehler des Gemeinderates Horw

Der Gemeinderat Horw hat in seinem Baubewilligungsentscheid vom 14. August 2014 in Ziffer 2.8 die Frage der Eingliederung selbständig beurteilt, ohne mit einem Wort darauf hinzuweisen, dass er sich dabei auf den Entscheid des rawi vom 10. Juni 2014 stütze. Er hat dadurch den Eindruck erweckt, er entscheide allein und ohne Rücksprache über alle Fragen der Raumplanung und des Natur- und Landschaftsschutzes. Damit hätte er jedoch seine Kompetenzen überschritten.

Den Leitentscheid des rawi vom 10. Juni 2014, der diesen Sachverhalt klärt, hat der Gemeinderat lediglich dem Planverfasser und der Bauherrschaft zugestellt, den Einsprechern jedoch nicht (Entscheid vom 14. 8. 2014, S. 24). In seiner Vernehmlassung z. h. der Beschwerdeführer Bernhard Alpstätig und Weitere vom 18. Dezember 2014 – kennzeichnenderweise nicht in jener zu unserem Verfahren, in welchem dies ein für den Gemeinderat belastendes Element dargestellt hätte – räumt der Gemeinderat ein, dass er den Leitentscheid des rawi erst mit dieser Stellungnahme zu den Akten gebe. Er will damit eine allfällige Verletzung des Gehörsanspruchs „geheilt“ haben und den Beschwerdeführern die Möglichkeit verschaffen, sich im Verlauf des Verfahrens noch speziell zum Leitentscheid zu äussern.

Damit gibt der Gemeinderat seinen Verfahrensfehler zu und legitimiert die Beschwerdeführer zu neuen, allenfalls von der Beschwerde abweichenden Stellungnahmen zu Fragen, die der Leitentscheid des rawi zu beantworten hat. Die Parteien dürfen damit auch im aktuellen Verfahrensstadium dazu neue Argumente vorbringen. Wir tun dies, indem wir den Vorwurf der Eigenmächtigkeit des Gemeinderates in der Kompetenzfrage zurückziehen und dafür den Vorwurf in materiellen Fragen ergänzen. Wir halten aber fest, dass der Gemeinderat durch seinen Verfahrensfehler begründeten Anlass zu unserer Verfahrensrüge gegeben hat. Wir kommen darauf im Kostenpunkt zurück.

b) Verfahrensfehler des rawi

Das rawi handelt in diesem Verfahren als Leitbehörde nach §§ 60 und 61 PBV. Insbesondere kommuniziert es gegenüber dem Gemeinderat und den Parteien auch die Stellungnahme des lawa in

Fragen des Naturschutzes und des Waldrechts. In seinem Leitentscheid vom 10. Juni 2014 (Teil Baugesuch IBZ) verschweigt das rawi jedoch jegliche Haltung des lawa zur Frage der Einhaltung des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG). Der gleiche Verfahrensvorwurf gilt für den gleichentags bekanntgegebenen kantonalen Einheitsentscheid zum Waldabstand. Entweder hat das lawa damit seine Aufgabe nicht wahrgenommen oder das rawi hat die Stellungnahme des lawa nicht weitergeleitet. Jedenfalls fehlt die kantonale Stellungnahme zur Einhaltung des NHG im vorliegenden Verfahren. Für uns als Beschwerdeführer folgt daraus eine formell mangelhafte Entscheidung der kantonalen Fachstellen insgesamt. Materiell werden wir dazu unter Ziffer 3 eingehen.

3. Materielles

a) Rechtsverletzungen durch den Gemeinderat

Im Baubewilligungsverfahren ist der Gemeinderat Entscheidungsinstanz, auch wenn es sich wie im vorliegenden Fall um die Erfüllung einer Bundesaufgabe im Sinne von Art. 2 NHG handelt (so auch der Entscheid des Gemeinderates vom 14. August 2014, S. 18). Damit obliegt es dem Gemeinderat, bei der Abwägung der einschlägigen öffentlichen Interessen die schützenswerten Güter des NHG zu wahren. Diese Pflicht hat der Gemeinderat in krasser Weise verletzt. Wir haben darauf bereits in unserer Beschwerde (S. 3, Abs. 6) hingewiesen, müssen dies aber im Lichte des Leitentscheides des rawi vom 10. Juni hier noch vertiefen.

Die öffentlichen Interessen behandelt der Gemeinderat unter Ziffer 2.7 auf S. 17 seiner Baubewilligung wie folgt:

„Öffentliche Interessen stehen der projektierten Mobilfunkanlage nicht entgegen. Im Gegenteil: An Mobilfunkanlagen besteht ein öffentliches Interesse (Wittwer, a.a.O., S. 44 f.).“

Die öffentlichen Interessen des NHG werden mit keinem Wort erwähnt, geschweige denn gegenüber den Interessen am Mobilfunk abgewogen. Wir bestreiten nicht, dass der Mobilfunk heute als öffentliches Interesse anerkannt ist. Wir bestreiten jedoch, dass es im öffentlichen Recht zulässig sei, ein einziges solches Interesse heraus zu pflücken und zum Leitprinzip einer Entscheidung zu machen. Sachlich begründet ist immer nur ein Entscheid, der die widerstreitenden öffentlichen Interessen, die sich in einem konkreten Fall gegenüber stehen, angemessen gegen einander abwägt.

Im vorliegenden Fall gilt es, Art. 3 und 6 NHG anzuwenden: Art. 3 Abs. 1 verpflichtet auch die Kantone bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe dazu, das Landschaftsbild zu schonen und, „wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt“, ungeschmälert zu erhalten. Bewilligungen sind zu diesem Zwecke nur unter Bedingungen und Auflagen zu erteilen oder aber zu verweigern. Art. 6 verschärft diese Pflicht für Objekte in einem Bundesinventar, wie es das BLN Objekt Nr. 1606 Vierwaldstättersee darstellt. Er verlangt grundsätzlich deren „ungeschmälerte Erhaltung“:

„² Ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung im Sinne der Inventare darf bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen“.

Der Gemeinderat hat in völliger Verkehrung der Rechtslage nicht einmal in Erwägung gezogen, ob der Schutzzweck des Inventars dem Interesse am Mobilfunk entgegenstehen könnte. Noch weniger hat er eine Abwägung der konfligierenden öffentlichen Interessen vorgenommen. Er hat damit klares Recht verletzt. Er kann sich dafür nicht auf die Rechtmässigkeit der bestehenden kleinen Antenne berufen. Denn bekanntlich ist das Grössere nicht im Kleineren enthalten, sondern umgekehrt: Der Gemeinderat müsste darlegen, ab welchen Ausmassen eine Ersatzanlage - unter dem Gesichtspunkt des NHG - eine erhebliche Veränderung gegenüber der bereits bewilligten Anlage darstellt und gestützt auf diese

Kriterien begründen, warum der geplante Neubau keine solche erhebliche Veränderung bedeutet. Das NHG wird von ihm aber völlig übergangen.

Faktisch ist davon auszugehen, dass der Neubau weit störender wirken wird, als es das Höhenverhältnis von 40 zu bisher 30 Meter vermuten lässt: Der neue Mast wird wegen seines grösseren Mastdurchmessers und der zahlreichen zusätzlichen Richtstrahlspiegel in seinem Erscheinungsbild deutlich massiger wirken und damit das Landschaftsbild massiv stärker beeinträchtigen als die bestehende Anlage. Da der neue Mast zudem weiter weg vom Waldrand zu stehen kommt und damit auf der Geländekuppe frei sichtbar sein wird, wird die Beeinträchtigung des BLN-Objektes gegenüber der heutigen ein viel grösseres Gewicht aufweisen. Dies erfordert eine qualitative Neubeurteilung.

Dass das rawi die Einholung eines Gutachtens der ENHK abgelehnt hat, entbindet den Gemeinderat keineswegs von der hier verlangten Güterabwägung. Im Gegenteil schiebt das rawi damit die ganze Verantwortung für diese Abwägung auf die Entscheidungsbehörde ab (deshalb weist das rawi den Gemeinderat ja auch auf die Möglichkeit hin, sich durch Beizug privater Gutachter von dieser Verantwortung etwas zu entlasten). Der Gemeinderat verkürzt seine Begründung in diesem Punkt jedoch in unzulässiger Weise. Er stützt seinen Entscheid auf S.18 einerseits darauf, dass das rawi den Neubau nicht als erheblich genug erachtet, um ein Gutachten der ENHK zu verlangen, andererseits darauf, dass der kleinere Altbau rechtmässig war. Zwischen diesen beiden formalen Endpunkten der Argumentation liegt jedoch der ganze Bereich der hier geforderten materiellen Auseinandersetzung mit dem Ausmass der zusätzlichen Beeinträchtigung der Ziele des NHG durch den Neubau. Der Verzicht auf eine Expertise entbindet die Entscheidungsinstanz nicht von der Pflicht, anstelle des Gutachters die erforderliche Abwägung der öffentlichen Interessen selbst wahrzunehmen. Das Fehlen dieser Abwägung macht die erteilte Bewilligung bundesrechtswidrig. Sie ist daher aufzuheben.

b) Willkürliche Ermessensunterschreitung durch das rawi

Das rawi (allenfalls auch das lawa) hat seinen Prüfungsauftrag in willkürlicher Weise verletzt.

Das rawi hat am 10. Juni zwei Entscheide getroffen: einerseits den Entscheid „Baugesuch IBZ“, in welchem es als Leitbehörde die Beurteilung des ganzen Bauvorhabens durch alle kantonalen Fachstellen zusammenfasst, andererseits den Entscheid über die Bewilligung eines Unterabstands zum Wald nach kantonalem Waldgesetz. Uns interessiert im Folgenden insbesondere der mangelhafte Umgang mit dem NHG.

Keiner der beiden Entscheide befasst sich mit der Frage, ob der Neubau eine erhebliche Beeinträchtigung des BLN-Objekts 1606 Vierwaldstättersee darstelle. Umweltschutz, nichtionisierende Strahlen, Wald und Feuerpolizei kommen zum Zug, das NHG und der Landschaftsschutz (insbesondere das nationale Schutzobjekt) hingegen nicht. Dieser Fragenkomplex hätte offensichtlich in den Zuständigkeitsbereich des lawa gehört. Infolge der Leitverantwortung des rawi trifft der Vorwurf in diesem Fall jedoch das rawi. Dieses macht einzig zwei widersprüchliche Aussagen zum Thema:

„Im weiteren **tangiert** die bereits bestehende Anlage das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler“ (27. 1. 2014).

„Der Vierwaldstättersee sowie der südlich verlaufende eingedeckte Haslihornbach werden durch das Bauvorhaben **nicht tangiert**“ (10. 6. 2014).

Für keine der beiden gegenteiligen Behauptungen findet sich eine Begründung. Überhaupt werden die Eingliederungsfrage und die Frage nach dem Naturschutz gar nicht behandelt. Das rawi sagt bloss, es erachte „die Frage der Zonenkonformität als weitaus wichtiger als die der Eingliederung“ (27. 1.

2014). Dabei übersieht es, dass die beiden Fragen kumulativ beantwortet werden müssen. Die einzige Aussage, die allenfalls als Begründung für die Abweisung des Gesuchs um Antrag auf ein ENHK-Gutachten gewertet werden könnte, ist jene, wonach bei technischen Anlagen eine Eingliederungsoptimierung generell schwierig umzusetzen sei (27. 1. 2014, S. 1). Mit solchen Schwierigkeiten liesse sich freilich alles rechtfertigen. Insbesondere fehlt hier eine Auseinandersetzung mit der Alternative, anstelle einer übergrossen Antenne mehrere kleinere Antennen an mehreren Standorten vorzusehen, die sich viel besser in bereits überbautes oder bewaldetes Gebiet eingliedern liessen – und zudem eine geringere Strahlenbelastung mit sich bringen würden. Wenn das stillschweigend abgelehnt wird, liegt die Vermutung nahe, dass dem heutigen Projekt die unausgesprochene Absicht zugrunde liege, das gegenüberliegende Seeufer – auf Luzerner Stadtboden – abzudecken, was mit kleineren Antennen von Horw aus nicht möglich wäre. Solche unausgesprochenen Ziele wären aber keine schützenswerten Hintergründe.

Wenn die kantonale Fachstelle, welche die Übereinstimmung des Vorhabens mit dem NHG zu beurteilen hat, dazu keine Erwägungen vornimmt, begeht sie eine Ermessensunterschreitung durch Nichtausübung ihrer Kompetenz und verfällt damit in Willkür. Das Projekt ist daher an die kantonalen Fachstellen zurückzuweisen mit der Auflage, die öffentlichen Interessen des NHG in ihre Beurteilung einzubeziehen und den Entscheid, auf ein Gutachten der ENHK zu verzichten, in Wiedererwägung zu ziehen. Dabei sind die Argumente, die oben gegen den Entscheid des Gemeinderates angeführt worden sind, sinngemäss zu berücksichtigen.

4. Kostentragung

Wird die vorliegende Beschwerde gutgeheissen, beantragen wir, dem Gemeinderat die Verfahrenskosten aufzuerlegen und uns eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.

Auch für den Fall, dass die Beschwerde in der Sache abgewiesen werden sollte, beantragen wir, die Verfahrenskosten und die Kosten der Gegenpartei der Gemeinde Horw anzulasten, da der Gemeinderat Horw durch seine Verfahrensfehler – in der Entscheidbegründung und in der verspäteten Herausgabe der Entscheide des rawi vom 10. Juni 2014 – das Beschwerdeverfahren verursacht hat (vgl. vorne Ziff 2 a).

Mit vorzüglicher Hochachtung

Horw, den 24. Januar 2015

Namens des Vereins Pro Halbinsel Horw

Der Präsident

Der Vizepräsident

Dr. René Gächter

Prof. em. Dr. iur. Philippe Mastronardi

Dreifach

Beilage:

Statuten vom 21. Mai 1973, Fassung vom 15. März 2007