



# Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt

An den Grossen Rat

**06.5354.02**

BD/P065354  
Basel, 3. Dezember 2008

Regierungsratsbeschluss  
vom 2. Dezember 2008

## **Anzug Jörg Vitelli und Konsorten betreffend Anpassung des Allmendgesetzes 724.100**

Der Grosse Rat hat an seiner Sitzung vom 17. Januar 2007 den nachstehenden Anzug Jörg Vitelli und Konsorten dem Regierungsrat zum Bericht überwiesen:

„In den letzten Jahren wurde die Allmend immer mehr durch technische Einrichtungen oberirdisch in Anspruch genommen. Verteilkästen von Balcab, Swisscom oder der IWB werden immer grösser. Hatten herkömmliche Verteilkästen noch eine Länge von 1.25 m sind neue geplante Modelle 5 m lang, zudem höher und breiter. Diese meist an Plätzen und Kreuzungen platzierten Verteilkästen dominieren und verunstalten immer mehr das Stadtbild. Wenn man bedenkt, dass die Swisscom in nächster Zeit über 100 Stk. 5 m lange Breitbandverteilkästen aufbauen will, ist unschwer vorzustellen wie diese das Stadtbild verunstalten werden. Diese Verteilkästen tragen auch zur optischen Verslumung der Stadt bei, indem diese grossen Flächen zum Sprayen und wilden Plakatieren einladen. Technisch ist es ohne weiteres möglich, solche Anlagen unterirdisch oder in bestehende Gebäude anzuordnen.

Die Unterzeichnenden bitten den Regierungsrat zu prüfen und zu berichten:

- Ob das Allmendgesetz in §8 Leitungen oder an einer anderen geeigneten Stelle wie folgt ergänzt werden kann
- Verteilanlagen für Wasser und Energie sowie zur fernmeldetechnischen, analogen und digitalen Übertragung von Informationen und von Radio- und Fernsehprogrammen sind unterirdisch anzuordnen. Teile dieser Bauten sowie die Zugänge dürfen das Terrain nicht überragen
- Ausnahmen sollen für Kleinverteilungsanlagen bis 0.5 m<sup>3</sup> zulässig sein
- ob dieses Anliegen in das derzeit in Revision begriffene Allmendgesetz aufgenommen werden kann.

Jörg Vitelli, Martin Lüchinger, Esther Weber Lehner, Roland Engeler-Ohnemus, Andreas C. Albrecht, Thomas Baerlocher, Christoph Wydler, Beatrice Alder Finzen, Dominique König-Lüdin, Urs Müller-Walz, Andrea Bollinger, Tino Krattiger, Patrizia Bernasconi, Heidi Mück, Beat Jans, Christine Keller, Eveline Rommersirchen, Hermann Amstad, Stephan Maurer, Brigitte Strondl, Susanna Banderet-Richner, Anita Lachenmeier-Thüring, Talha Ugur Camlibel, Peter Howald, Helen Schai-Zigerlig, Philippe Pierre Macherel, Gisela Traub, Sibylle Benz Hübner, Isabel Koellreuter“

Wir berichten zu diesem Anzug wie folgt:

#### *Bestehende Regelungen bezüglich Stadtbildschutz*

Das Anliegen der Anzugstellerinnen und Anzugsteller, das Stadtbild vor Verunstaltungen durch Verteilerkästen und ähnliche Anlagen zu schützen, wird vom Regierungsrat bzw. vom zuständigen Departement sehr ernst genommen.

Es existieren im baselstädtischen Recht bereits heute weitgehende Regelungen in Bezug auf die Ästhetik und dem damit zusammenhängenden Stadtbildschutz. So sieht § 5 Abs. 2 des Allmendgesetzes vor, dauernde Anlagen und Einrichtungen auf Allmend seien unzulässig, wenn dadurch das Stadt- oder Landschaftsbild verunstaltet wird. Mit dem neuen Bau- und Planungsgesetz wurde im Kanton Basel-Stadt im Jahr 2001 zudem eine positive Ästhetikgeneralklausel eingeführt, welche nicht nur das Bestehende schützt, sondern zudem vorschreibt, dass jede bauliche Veränderung sowohl für die Baute selbst als auch für die bauliche Umgebung zu einer guten Gesamtwirkung beitragen soll. Diese Regelung findet Anwendung auf Privatgrundstücken; die Gestaltung des öffentlichen Grundes und seiner Ausstattung soll demgegenüber sogar erhöhten Ansprüchen genügen.

#### *Versorgungsauftrag und alte Praxis*

Verteilerkästen werden in der Regel im Rahmen eines Versorgungsauftrags aufgestellt. Die IWB sind für die Energie- und Trinkwasserversorgung des Kantons zuständig. Die Versorgung umfasst hierbei nicht nur die Beschaffung von Energie und Trinkwasser, sondern explizit auch den Bau, Betrieb und Unterhalt von Anlagen für Produktion, Speicherung, Transport und Verteilung von Energie und Trinkwasser. Es versteht sich, dass den IWB für die Erfüllung ihres Versorgungsauftrags grundsätzlich auch die Nutzung von öffentlichem Boden zur Verfügung gestellt werden muss.

Ein Anspruch auf die Nutzung des öffentlichen Bodens der Anbieterinnen von Fernmeldediensten und der Veranstalter von Fernseh- und Radioprogrammen ergibt sich direkt aus dem Bundesrecht. So sieht das Fernmeldegesetz vor, der Eigentümer öffentlichen Bodens *müsse* den Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Benutzung dieses Bodens für Bau und Betrieb von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen bewilligen.

Das Recht, zur Erfüllung der Versorgungspflichten öffentlichen Grund in Anspruch zu nehmen, ist demnach logisches Gegenstück zu den Pflichten der Anbieter von Energie oder Fernmeldediensten. Seit 1975 ist zudem allgemein anerkannt, dass alle, die zur Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit öffentliche Sachen zum gesteigerten Gemeingebrauch beanspruchen, sich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können und dass diese einen bedingten Anspruch auf Benutzung des öffentlichen Grundes vermittelt.

Der Anspruch der IWB, der Swisscom und anderer Anbieter ähnlicher Dienstleistungen auf die Inanspruchnahme von öffentlichem Boden gilt aber nicht uneingeschränkt. In der Vergangenheit wurde im Aufstellen von Verteilerkästen der IWB, der Swisscom oder anderer Anbieter ähnlicher Dienstleistungen jedoch ein grosses öffentliches Interesse erkannt; es galt der Grundsatz, dieses öffentliche Interesse überwiege allfällige entgegenstehende Inte-

ressen, beispielsweise den Stadtbildschutz. So sieht denn auch § 5 Abs. 2 des Allmendgesetzes vor, dass dauernde Anlagen und Einrichtungen unabhängig von einer allfälligen Verunstaltung zulässig sind, wenn ein Zweck, der gesetzlich als dem öffentlichen Interesse dienend erklärt worden ist, ohne Schädigung nicht erreichbar ist.

#### *Entwicklungen und neue Praxis*

Auch weiterhin besteht ein grosses öffentliches Interesse daran, dass der Kanton Basel-Stadt mit den entsprechenden Dienstleistungen versorgt wird. Wie die Anzugstellerinnen und Anzugsteller aber richtig erkannt haben, werden in letzter Zeit immer mehr und immer grössere Einrichtungen auf Allmend aufgestellt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob den Interessen der Akteure auf dem Energiemarkt und im Fernmeldewesen, bzw. den damit zusammenhängenden öffentlichen Interessen weiterhin in allen Fällen der Vorrang zu geben ist, oder ob nicht die mit der grösseren Anzahl von Verteilerkästen und deren grösseren Ausmassen zusammenhängende Verunstaltung der Stadt erfordert, dass einem anderen öffentlichen Interesse, nämlich dem Stadtbildschutz, mehr Gewicht beigemessen wird.

Insbesondere anlässlich der Einsprache des Basler Heimatschutzes gegen Breitbandverteilerkästen der Swisscom sah sich das Baudepartement veranlasst, seine Praxis zu überdenken. Dabei wurde erkannt, dass sich die Verteilerkästen in der beantragten Grösse störend auf das Stadtbild auswirken könnten. Als zukünftige Bewilligungspraxis wurde festgelegt, dass für Verteilerkästen, welche die Masse 1.90 m x 0.50 m x 1.30 m überschreiten, grundsätzlich eine unterirdische Erstellung verlangt wird. Beim Festlegen dieser Masse wurde von den früher gebräuchlichen Verteilerkästen ausgegangen, welche bei der Bevölkerung und bei der Verwaltung wenig ablehnende Haltung hervorgerufen haben. Sollte eine unterirdische Erstellung nicht möglich sein, werden Einrichtungen, welche die erwähnten Masse überschreiten, publiziert. Die Publikation ermöglicht allfälligen betroffenen Personen, ihren Gegenargumenten Gehör zu verschaffen und auf die Entscheidung der Bewilligungsbehörde Einfluss zu nehmen. Zudem ist zu beachten, dass in jedem Fall eine verwaltungsinterne Vernehmlassung durchgeführt wird, bei der auch die Stadtbildkommission angehört wird. Eine oberirdische Erstellung ist nur möglich, wenn im Vernehmlassungsverfahren keine verbindlichen negativen Stellungnahmen von den tangierten Behörden oder Ämtern erfolgen.

Die neue Praxis der Allmendverwaltung wurde in der Folge konsequent angewandt. Bereits in Bezug auf die von der Swisscom geplanten und zum Zeitpunkt der Einspracheerhebung des Basler Heimatschutzes noch nicht erstellten Verteilerkästen für den Breitbandausbau konnte mit der neuen Praxis ein Erfolg verbucht werden: Die Swisscom überdachte ihre Netzausbaustrategie und zog die hängigen Gesuche zurück; auf den Bau der im Anzug erwähnten gut 100 neuen Verteilerkästen wurde verzichtet.

### *Verlegung von Bauten und Anlagen in Gebäude*

Die Anzugstellenden weisen auch darauf hin, die zur Diskussion stehenden Anlagen könnten ohne weiteres in bestehenden Gebäuden angeordnet werden.

Der Regierungsrat teilt - mindestens in Bezug auf gewisse Anlagen - diese Meinung. Rechtlich durchsetzen lässt sich eine entsprechende Forderung nicht; es können indes gewisse Anreize geschaffen werden. Diese werden einerseits damit geschaffen, dass in Zukunft grundsätzlich eine unterirdische Erstellung verlangt wird; da mit der unterirdischen Erstellung höhere Erstellungs- und Wartungskosten verbunden sind, darf davon ausgegangen werden, dass einige Gesuchstellerinnen aus eigenem Antrieb versuchen werden, alternative Standorte zu finden. Es wäre indes auch wünschenswert, dass der Kanton selbst Hand zu solchen Lösungen bieten würde, insbesondere wenn eine unterirdische Erstellung nicht möglich ist, eine Anlage aber trotzdem von der Allmend verbannt werden soll. Als die Gesuche um Erstellung der bereits erwähnten Verteilerkästen für den Breitbandausbau hängig waren, suchte das Baudepartement deshalb den Kontakt mit Immobilien Basel-Stadt (IBS). So konnten der Swisscom als Alternativstandorte zur Allmend einige geeignete staatliche Liegenschaften vorgeschlagen werden. Soweit im Einzelfall sinnvoll und angezeigt, werden die zuständigen Stellen auch in Zukunft bestrebt sein, für Anlagen, welche auf Allmend geplant sind und nicht unterirdisch erstellt werden können, alternative Standorte in öffentlichen Liegenschaften vorzuschlagen.

### *Notwendigkeit und Möglichkeit einer gesetzlichen Regelung*

Es stellt sich die Frage, ob es möglich und sinnvoll ist, die neue Praxis im Gesetz festzuschreiben.

Zunächst ist ungewiss, ob eine Bestimmung, wie sie die Anzugstellenden vorschlagen, gesetzeskonform wäre. Gemäss Fernmeldegesetz sind die Eigentümer von Boden im Gemeingebrauch verpflichtet, den Anbietern von Fernmeldediensten die Benutzung dieses Bodens für Bau und Betrieb von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen zu bewilligen. Die neue Praxis des Baudepartements, für grössere Verteilerkästen eine unterirdische Erstellung zu verlangen, wurde unter anderem damit begründet, das Gesetz lege nicht fest, dass oberirdischer Boden zur Verfügung gestellt werden müsse. Ob diese Interpretation des Fernmeldegesetzes von einem Gericht gestützt würde, ist schwer voraussehbar.


Zudem ist nicht möglich, im Voraus festzulegen, welche Gestaltungen zulässig und welche unzulässig sind. Massgebend für die Beurteilung der Zulässigkeit sind vielmehr die jeweiligen örtlichen Verhältnisse, insbesondere die städtebaulichen Strukturen in ihrer Abhängigkeit von der konkreten Umgebung und ihrer geschichtlichen Entwicklung. Aus diesem Grund werden in den Ästhetikvorschriften unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet wie „Verunstaltung“ oder „gute Gesamtwirkung“, welche der anwendenden Behörde einen gewissen Ermessenspielraum belassen. Die Bewilligungsbehörde hat von Fall zu Fall zu entscheiden, ob eine Baute, so wie sie konkret geplant ist, sich störend auf die betroffene Umgebung auswirken würde.

Auch wird nur eine einzelfallweise Betrachtung dem Grundsatz gerecht, dass Verwaltungshandlungen die Verhältnismässigkeit wahren müssen. Die IWB, die Swisscom und andere Anbieter ähnlicher Dienstleistungen können sich bei ihrem Antrag auf Inanspruchnahme der Allmend grundsätzlich auf die verfassungsmässig garantierte Wirtschaftsfreiheit berufen. Diese darf zwar eingeschränkt werden; eine Einschränkung muss aber durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein. In jedem Einzelfall ist deshalb zu prüfen, wie hoch das öffentliche Interesse an einer unterirdischen Erstellung konkret ist und wie einschneidend sich eine unterirdische Erstellung auf das geplante Projekt auswirkt.

### *Antrag*

Dem Anliegen der Anzugstellenden wird mit der verschärften Praxis im Rahmen des gesetzlich Zulässigen vollumfänglich Rechnung getragen. Aus diesem Grund stellen wir Ihnen den Antrag, den Anzug als erledigt abzuschreiben.

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Dr. Guy Morin  
Präsident



Dr. Robert Heuss  
Staatsschreiber