

## Abwehransprüche gegen den Betrieb von Mobilfunkanlagen<sup>1</sup>

### 1. Allgemeines

Die Expansion bezüglich der Aufstellung von Mobilfunkbasisstationen in der Bundesrepublik geht durch den Aufbau des UMTS-Netzes unverändert weiter trotz der zahlreichen Einsprüche von Bürgerbewegungen. Zwar hat der BGH mit Urteilen vom 13. 2. 2004<sup>2</sup> u. a. zum Ausdruck gebracht, dass bei Einhaltung der in Gesetzen oder Rechtsverordnungen im Sinne des § 906 Abs. 1 S. 2 BGB festgelegten Grenz- oder Richtwerte eine Indizwirkung dahingehend eintritt, dass eine nur unwesentliche Beeinträchtigung vorliegt, und in diesem Fall die Ansprüche bezüglich des Betriebs einer seit 1999 auf einem Kirchturm errichteten Mobilfunkstation abgelehnt<sup>3</sup>. Das BVerfG hat in einem Nichtannahmebeschluss, auf den weiter unten nochmals näher einzugehen ist, ebenfalls die Auffassung vertreten, dass die Grenzwerte nach der 26. BImSchV nach dem Stand der Wissenschaft und Forschung Gewähr dafür bieten würden, dass durch den Betrieb von Mobilfunkanlagen keine Gesundheitsgefährdungen für Personen zu befürchten seien<sup>4</sup>. Diese Entscheidung wird jedoch überbewertet, zumal es sich hier nur um einen Nichtannahmebeschluss handelt und keineswegs um eine Entscheidung des Plenums oder eines Senats des BVerfG<sup>5</sup>.

Zwar ist es richtig, dass nach unserer Kenntnis die Entscheidungen des BGH nicht innerhalb der Monatsfrist beim BVerfG angegriffen worden sind<sup>6</sup>. Entgegen der Annahme von Dallmer handelt es sich jedoch hier nicht um die ersten Entscheidungen des BGH zur Anwendung der §§ 906, 1004 ff.; bereits früher hatte sich der BGH mit der Problematik beschäftigt und eine Rechtsfortentwicklung abgelehnt. Wegen dieser seinerzeitigen Entscheidung des BGH wurde dann auch Verfassungsbeschwerden beim BVerfG<sup>7</sup> eingelegt, welche ebenfalls negativ verbeschieden wurde. Gegen die negative Entscheidung des BVerfG wurde rechtzeitig beim MRK-Gerichtshof Individualbeschwerden eingereicht. Eine Entscheidung steht hier jedoch noch aus<sup>8</sup>.

### 2.

Wie bereits oben kurz angesprochen, ist die Erweiterung des Mobilfunknetzes in der Bundesrepublik Deutschland weiterhin ungebremst trotz zahlreicher Bürgerproteste<sup>9</sup>.

Nachdem sich das BVerfG in der oben erwähnten Entscheidung in NJW 2002, 1638 ff. = WM 2002, 261 ff. zu der Frage der Anwendung des Art. 20 a GG nicht geäußert hat und bislang zu dieser Problematik auch keinerlei Entscheidungen des höchsten deutschen Gerichts vorliegen, hat sich zwischenzeitlich u. a. der VGH Baden-Württemberg zu der Staatszielbestimmung des Art. 20 a GG geäußert<sup>10</sup>. Nach Ansicht dieses Verwaltungsgerichts ist es u. a. mit der aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgenden Pflicht des Staates zum Schutze der menschlichen Gesundheit vereinbar, dass die Grenzwerte nach § 2 der 26. BImSchV keinen Schutz gegen nicht auszuschließende, derzeit wissenschaftlich aber nicht belegbare Gefährdungen durch sogenannte athermische (biologische) Wirkungen hochfrequenter elektromagnetischer Felder bieten. Dabei vermag auch die Staatszielbestimmung des Art. 20 a GG die Schutzpflicht nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schon deshalb nicht zu einer Vorsorgepflicht gegen solche hypothetischen Gefahren elektromagnetischer Felder verdichten, weil diese nicht über eine Schädigung der natürlichen Lebensgrundlagen, sondern unmittelbar auf den Menschen einwirken. Dieser Rechtsprechung kann jedoch nicht gefolgt werden. Es ist zwar richtig, dass die 26. BImSchV einerseits auf § 23 Abs. 1 S. 1 BImSchG fußt. Jedoch hat der VGH zum Ausdruck gebracht, dass in der Verordnung selbst nur die sogenannten thermischen Wirkungen aufgeführt sind, obgleich die Rechtsgrundlage für die 26. BImSchV auch sehr wohl für die sogenannten athermischen Wirkungen<sup>11</sup> beinhaltet. Es stellt sich somit überhaupt die Frage, ob der Verordnungsgeber von der Verordnungsbefugnis des § 23 ausreichend Gebrauch gemacht hat, wenn er seinerzeit in Ausführung des § 23 BImSchG nur die sogenannten thermischen Wirkungen und nicht

die sogenannten athermischen Wirkungen in der Verordnung niedergelegt hat. Insoweit bedarf es dringend einer Überprüfung durch die Fachgerichte.

Unabhängig davon ist weiter zu prüfen, welche rechtliche Bedeutung die sogenannte Standortbescheinigung der Regulierungsbehörde hat. Nach meiner Ansicht stellt sie einen Verwaltungsakt dar, gegen den der betroffene Nachbar ein Rechtsmittel vor den Verwaltungsbehörden bzw. Verwaltungsgerichten haben muss, zumal sie Außenwirkung hat. Bislang sind zumindest jedoch keine Entscheidungen bekannt, wonach dem betroffenen Bürger die Möglichkeit eröffnet wird, gegen diese Festlegung der Mobilfunkwerte anzugehen.

### 3.

Problematisch ist auch die Meinung, die beispielsweise bei der o. a. Entscheidung des VGH zum Ausdruck kommt, dass die Einschränkungen des Schutzes auf nachweisbare Gesundheitsgefahren gerichtlich nicht beanstandet werden kann.

Es mag zwar sein, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG der Staat mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht verpflichtet ist, Vorsorge gegen rein hypothetische Gesundheitsgefahren zu treffen. Andererseits ist jedoch der Staat sowohl aufgrund Art. 20 a GG als auch nach Art. 74 EGV verpflichtet, Vorsorge zu treffen. Wenn in diesem Zusammenhang unter Bezugnahme auf § 146 Abs. 4 VwGO seitens des VGH die Meinung vertreten wird, dass die notwendige Begründung fehlt, dann übersieht das Gericht die nach § 86 VwGO obliegende Aufklärungspflicht und vor allem den Untersuchungsgrundsatz. Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG i. V. m. dem unberechtigten Übergehen eines Beweisantrages stellt die Versagung rechtlichen Gehörs dar<sup>12</sup> und ist ein Verfahrensfehler, der sogar die Zurückweisung durch das Berufungsgericht und die Revision rechtfertigen könnte.

Zwar ist die Staatszielbestimmung des Art. 20 a GG nur an den Staat bzw. dessen Zuständigkeitsträger, nicht an Private gerichtet. Art. 20 a GG konstituiert<sup>13</sup> jedoch eine bestimmte materielle Wertentscheidung zugunsten des Umweltschutzes, die jedoch – und insoweit ist der bislang noch herrschenden Verfassungskommentierung zu folgen – erst einer aktuellen Umsetzung bzw. einer konkreten Aktualisierung durch den Gesetzgeber bedarf. Daneben wird jedoch die Verantwortung für den Umweltschutz auch an die vollziehende Gewalt und an die Rechtsprechung adressiert, wobei es keiner ausdrücklichen Nachordnung bedarf, sondern insoweit eine Gleichordnung besteht<sup>14</sup>. Da sich Art. 20 a GG unmittelbar am Art. 20 Abs. 3 GG orientiert, ist insoweit das Verhältnis aller drei Staatsgewalten untereinander maßgebend und es besteht keinerlei hierarchische Differenzierung zwischen der legislativen, der exekutiven und judikativen Staatsgewalt. Gerade weil die Anforderungen des Umweltschutzes mit anderen öffentlichen und privaten Belangen konkurrieren, ist eine Gesamtschau von Ökonomie und Ökologie gefragt. Wenn jedoch wie hier in der 26. BImSchV eindeutig Informationsinteressen im Vordergrund stehen und das Grundrecht des einzelnen auf kör-

1) Zur Problematik von Mobilfunkanlagen u. a. Kniep WM 2002, 598 ff. m. w. N., Schuster VBilSW 2003, 171 ff. und Bork BauR 2003, 975 ff.

2) BGH – V ZR 217/03 = WM 2004, 217 und V ZR 218/03.

3) Vgl. hierzu BGH in WM 2004, 217 ff.

4) Vgl. hierzu BVerfG in NJW 2002, 1638 = WM 2002, 261.

5) Dazu Kniep „Problematisches Zusammenwirken beim Grundrechtsschutz zwischen BVerfG und Finanzgerichten“ in ZMR 2003, 169 ff.

6) Dazu Dallmer in DWV 2004, 143 ff.

7) BVerfG – 1 BvR 943/03.

8) MRK-Gerichtshof Nr. 35 320/03.

9) A. M. wohl zu Unrecht Dallmer in DWV 2004, 143 ff. Allein in Frankfurt/M. soll die Zahl der Mobilfunkstandorte von ca. 800 auf über 1300 erhöht werden.

10) VBilSW 2004, 262.

11) Vgl. hierzu Wahlfels in NVwZ 2003, 653 ff.

12) BVerfG NJW 1991, 285 m. w. N.

13) Maunz/Dürig a. a. O. Anm. 48.

14) Anderer Meinung wohl Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 20 a Rdnr. 46.

perliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG belastet wird, ist der gesetzgeberische Entscheidungsspielraum insoweit verengt, dass eine Ausübung der Ökonomie nur im Rahmen der gerichtlichen Nachprüfbarkeit gewährleistet ist. Nachdem jedoch der Gesetzgeber und der Verordnungsgeber bislang davon abgesehen haben, die Grenzwerte zu senken, obgleich die Nachbarstaaten geringere Grenzwerte haben (z. B. Schweiz, Österreich, Italien), ist unseres Erachtens eine besondere Verantwortung der Exekutive und Judikative gegeben. D. h. mit anderen Worten: Die Exekutive und die Judikative sind ebenfalls verantwortliche Adressaten des Schutzauftrages des Art. 20 a GG<sup>15</sup>. Da der Vorrang von Gesetz und Gesetzgeber unseres Erachtens nicht aus Art. 20 a GG entnehmbar ist und wesentlich tangiert ist und die verfassungsrechtliche Verantwortung für den Umweltschutz vom Gesetzgeber in vollem Umfang nicht mehr trotz entsprechender Hinweise der Wissenschaft gegeben ist, sind unseres Erachtens die Exekutive und die Judikative gehalten, entsprechende Wertforderungen zu erheben. Gerade wenn wie hier eine Gesundheitsgefährdung vorliegt und die gesetzgeberische Steuerungsfunktion nicht voll ausgeübt wird, müssen an deren Stelle nicht zuletzt unter Hinweis auf Art. 174 EGV Exekutive und Judikative an diese Stelle treten, zumal bereits in den Materialien aus der 26. BImSchV im Jahre 1996 eine gewisse Anpassungspflicht aufgeführt ist, deren Beantwortung bislang der Verordnungsgeber nicht nachgekommen ist.

Soweit in der Entscheidung des VGH zum Ausdruck kommt, dass nach dem Grundsatz funktionsgerechter Aufgabenverteilung es nicht Sache der Gerichte, sondern des Verordnungsgebers ist, die Schutzzeigenschaft der von ihm festgelegten Grenzwerte nach dem Stand der Forschung zu beurteilen und hierfür geeignete Vorgehensweise zu treffen, ist nach unserer Meinung durch die langjährige Nichtanpassung nunmehr die Judikative selbst gehalten, ggf. durch Vorlage nach Art. 100 GG die Anpassungspflicht zu rügen.

Wenn trotz Vorlage zahlreicher medizinischer Studien<sup>16</sup> die Meinung vertreten wird, dass diese wissenschaftliche Erläuterung nicht dazu geeignet sei, den Zusammenhang zwischen elektromagnetischen Feldern und Gesundheitsbeeinträchtigungen zu führen, dann wird diese Argumentation durch folgendes zumindest in Frage gestellt:

So haben beispielsweise die Betriebsräte eines Mobilfunkunternehmens es nicht mehr erlaubt, dass auf deren Gebäude derartige Mobilfunkstationen errichtet werden. Auch haben bekannte Haftpflichtversicherer es abgelehnt, Mobilfunkunternehmen künftig zu versichern. Hinzu kommt, dass gerade wegen der nicht ausgeschlossenen Kausalkette zwischen Elektromog und Gesundheitsgefährdung die Kommunen aufgrund der Vereinbarung von 2001 ein Mitwirkungsrecht bei der Auswahl von Standorten haben, wo künftig derartige Mobilfunkbasisstationen errichtet werden sollen. Zwar gibt diese Vereinbarung den einzelnen Kommunen keinen Rechtsanspruch darauf, in allen Fällen der Errichtung von Mobilfunkstationen auf privaten Grundstücken beteiligt zu werden. Andererseits dürfte daraus eine Verpflichtung für die eingehende Kommune bestehen, ggf. in sensiblen Bereichen (z. B. Krankenhäuser, Schulen, Kindergärten) durch Festlegung bestimmter Gebiete die Auswirkungen von Mobilfunkanlagen auszuschließen. Wenn der VGH in der oben erwähnten Entscheidung erwähnt, dass ein Hinweis auf die ECOLOG-Studie und die Adlkofer-Studie jeder Substanz entbehrt, dann kommt er auch hier seiner Justizgewährungspflicht nicht nach. Es hätte zum Aufgabenbereich auch in einem summarischen Verfahren gehört, dass wenn schon die Erwähnung nicht genügt, die Antragsteller zur genauen Beweisführung angehalten worden wären, was jedoch nicht geschah.

#### 4.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund des Umweltinformationsgesetzes (UIG) vom 8. 7. 2004 jeder Einwohner (vgl. § 4) Anspruch auf freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, die bei einer Behörde oder bei einer Person vorhanden sind, hat. Dies bedeutet, dass der einzelne Bürger, zumal die entsprechenden lokalen Kommunen über diese Erkenntnisse verfügen, Auskunft darüber verlangen kann, wo im einzelnen auf dem Gemeindegebiet derartige Mobilfunkstationen beabsichtigt oder be-

reits betrieben werden. Zwar können für diese Auskünfte nach § 10 UIG entsprechende Gebühren und Auslagen erhoben werden. Es kann jedoch nicht angehen, dass unter Bezugnahme auf die Vertraulichkeit im Sinne des Wettbewerbs dem einzelnen Bürger diese Information des Standortes vorenthalten wird.

#### 5.

Da in zunehmendem Maße die Mobilfunkanlagen auch in reinen Wohngebieten erbaut werden<sup>17</sup>, stellt sich bei Anwendung der o. a. BGH-Rechtsprechung die Frage, welche Möglichkeiten der Bürger/Nachbar hat. Zunächst ist die Ansicht einzelner Landesbehörden<sup>18</sup> zu beanstanden, wonach bei nachträglichen Änderungen der Landesbauordnung<sup>19</sup> und Verfahrensfreiheit bis 10 m Masthöhe auch für in der Vergangenheit ohne Baugenehmigung errichtete Masten keine Genehmigung mehr eingeholt werden muss. Dies verstößt gegen die Grundsätze eines Rechtsstaates, wenn bei formellen Verstößen gegen den Genehmigungsvorbehalt diese Verstöße nicht verfolgt werden.

Hinzu kommt, dass auch bei Verfahrensfreiheit die Mobilfunkanlagen den materiellen Anforderungen des öffentlichen Rechts entsprechen müssen<sup>20</sup> und insoweit eine Verpflichtung der zuständigen Baubehörde besteht, auf Hinweise der benachbarten Bürger tätig zu werden und die Höhe des Mastes, Größe des Betriebsraumes und dergleichen zu prüfen.

Von besonderer Bedeutung ist die Erkenntnis, dass in zunehmendem Maße die einzelnen Mobilfunkbetreiber jeweils auf den entsprechenden Gebäuden einen eigenen Masten mit entsprechenden Sendeeinrichtungen einrichten wollen, obgleich nach dem Minimierungsgebot ein derartiger Anspruch kaum begründbar ist. Gerade unter Bezugnahme auf Art. 20 GG erfordert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der seinerseits aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, zur Erreichung des Erfolgs den Einsatz des mildesten Mittels. Dazu gehört es meines Erachtens auch, dass nach Möglichkeit auf einem Mobilfunkmasten künftig auch mehrere Betreiber, falls an dieser Stelle zulässig, die entsprechenden Einrichtungen anbringen. Wettbewerbsrechtliche Gründe sind offensichtlich nicht erkennbar.

Eventuell müsste der Nachbar unter Anwendung von § 123 VwGO den Klageweg beschreiten.

Vor allem ist es nach wie vor umstritten, ob die Anbringung zusätzlicher UMTS-Einrichtungen verfahrensfrei ist oder ob dies eine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung darstellt. Meines Erachtens ist dies eine rechtserhebliche Nutzungsänderung und ist ggf. nicht von der Verfahrensfreiheit i. S. d. LBO gedeckt, zumal eine weitere Nutzungsart hinzukommt und die finanziellen Interessen der Mobilfunkbetreiber und nicht Gründe des Wohls der Allgemeinheit im Vordergrund stehen dürften. Nach wie vor ist es den Betreibern von Mobilfunkanlagen nicht gelungen, den Beweis zu erbringen, dass der Betrieb keine Gesundheitsschäden hervorruft. Auch der BGH schließt in den beiden o. a. Entscheidungen derartige Schäden nicht aus. Der Ausschluss von Sachverständigengutachten zur Frage gesundheitlicher Auswirkungen ist rechtsstaatlich nicht vertretbar, vielmehr muss auf die Erkenntnisse des jeweiligen Trichters abgestellt werden.

15) Vgl. Maunz/Dürig, Art. 20 a Anm. 53.

16) Zuletzt Studie Nalla.

17) Vgl. z. B. VG Karlsruhe - 9 K 4683/02.

18) Vgl. Schuster in VBfW 2003, 177 ff.

19) Z. B. LBO Baden-Württemberg (GesBl 2003, 695).

20) So auch Bork, BauR 2003, 974.