



# Rechtsanwaltskanzlei Galanda & Oberkofler

Rechtsanwalt  
Mag. Johann Galanda  
Verteidiger in Strafsachen

Rechtsanwältin  
Dr. Anja Oberkofler  
Verteidigerin in Strafsachen

1120 Wien, Arndtstraße 87/12  
Tel: 01 810 06 77 Fax: 01 810 06 78  
gorecht@aon.at www.gorecht.at

An den  
Verfassungsgerichtshof  
Judenplatz 11  
1010 Wien

Gebühren entrichtet

Einschreiben

**Antragsteller:** Univ. Prof. Dr. Alexander Van der Bellen, Mag. Johann Maier  
und KollegInnen  
Abgeordnete zum Nationalrat  
(Verzeichnis der einschreitenden Abgeordneten beigelegt)

vertreten durch: Galanda & Oberkofler Rechtsanwaltskanzlei  
1120 Wien, Arndtstr. 87/12  
ADVM-Code S103342  
Tel.: 01/8100677, Fax: 01/810 06 78  
Volksbank Wien AG Kto. 41226666018, BLZ 43000

Vollmacht gem. § 30 Abs 2 ZPO erteilt

**Vertretungsbefugte Behörde:** Bundesregierung  
(zu Händen des Bundeskanzlers)  
Ballhausplatz 2  
1014 Wien

wegen: Telekommunikationsgesetz 2003  
Verfassungswidrigkeit der §§ 73 Abs 1, Abs 3 und 74 Abs 1 und Abs  
3 TKG 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003

## **ANTRAG GEM. ART 140 B-VG**

2 - fach  
1 HS  
1 EinschreiterInnenverzeichnis (2-fach)  
1 Überweisungsbestätigung  
1 Beilagenverzeichnis (2-fach)  
26 Beilagen

## **I. Antragslegitimation**

Die AntragstellerInnen verkörpern mehr als ein Drittel der Mitglieder des Nationalrates und sind daher gemäß Art 140 B-VG iVm § 62 Abs 2 VfGG berechtigt, die Aufhebung von Bundesgesetzen wegen Verfassungswidrigkeit zu beantragen.

## **II. Anfechtungsgegenstand**

Gegenständlicher Antrag richtet sich gegen die Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes 2003, BGBl. I Nr. 70/2003.

Konkret angefochten wird § 73 Abs 1, § 73 Abs 3, § 74 Abs 1 und § 74 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 (im folgenden TKG 2003 abgekürzt) idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 70/2003.

Diese Bestimmungen verstoßen einerseits gegen den in Art 7 B-VG verankerten Gleichheitsgrundsatz und gegen Art 8 EMRK, andererseits gegen Art 6 EMRK und das Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG. Unter Punkt IX finden sich die Aufhebungsanträge.

## **III. Darstellung der Rechts- und Sachlage**

### **A. Darstellung der Rechtslage**

#### **1. Errichtung und Betrieb von Funkanlagen nach dem TKG 2003**

##### *a) Allgemeines*

Im 9. Abschnitt des TKG 2003 werden u.a. die Errichtung und der Betrieb von Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen normiert. Unter „Funkanlage“ versteht § 3 Zif. 6 TKG 2003 ein Erzeugnis oder einen wesentlichen Bauteil davon, der in dem für terrestrische/satellitengestützte Funkkommunikation zugewiesenen Spektrum durch Ausstrahlung und/oder Empfang von Funkwellen kommunizieren kann; als Funkanlagen gelten auch elektrische Einrichtungen, deren Zweck es ist, mittels Funkwellen Funkkommunikation zu verhindern.

Mobilfunk erfolgt „über ein terrestrisches Telefonnetz, basierend auf einem dichten Netz von Basisstationen“ (vgl. Zanger/Schöll, Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup>, Rz 109 zu § 3). Eine Basisstation für

Mobilfunknetze stellt daher nach der Begriffsbestimmung des § 3 Zif. 6 TKG 2003 bzw. nach der gleich lautenden Definition des § 2 Zif. 3 FTEG eine Funkanlage dar. Die Bewilligung von Mobilfunkanlagen („Handymasten“) unterliegt somit den Vorschriften der §§ 73 und 74 TKG 2003.

Funkanlagen müssen nach § 73 Abs 1 TKG 2003 in ihrem Aufbau und ihrer Funktionsweise den anerkannten Regeln der Technik und den nach den internationalen Vorschriften zu fordernden Voraussetzungen entsprechen, wobei der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen sowie der ungestörte Betrieb anderer Funkanlagen gewährleistet sein muss (vgl. § 73 Abs 2 TKG 2003).

*b) Bewilligung von Funkanlagen und Telekommunikationseinrichtungen*

Die Errichtung und der Betrieb einer Funkanlage ist gemäß § 74 Abs 1 TKG 2003 grundsätzlich nur mit einer Bewilligung zulässig. Mit dieser Bestimmung wird eine Bewilligungspflicht für die Errichtung und den Betrieb von Funkanlagen statuiert, wenn kein Grund für eine Ablehnung vorliegt (vgl. hierzu VfSlg 5240). Gemäß § 2 Abs 3 TKG 2003, welches Sondergewerberecht beinhaltet, findet die Gewerbeordnung 1994 (im folgenden GewO 1994 abgekürzt) auf das Anbieten von Kommunikationsdiensten und das Betreiben von Kommunikationsnetzen keine Anwendung, sodass die Errichtung und der Betrieb einer Funkanlage nicht den gewerberechtlichen Bestimmungen über die Errichtung und den Betrieb einer Betriebsanlage nach §§ 74 ff und §§ 359 ff GewO 1994 unterliegen.

*c) Verordnungsermächtigung nach § 73 Abs 3 TKG 2003*

Der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie ist durch § 73 Abs 3 TKG 2003 gesetzlich ermächtigt, dem jeweiligen Stand der Technik entsprechend die näheren Bestimmungen und technischen Voraussetzungen für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen festzusetzen. Auf Grundlage dieser Ermächtigung sollen die technischen Inhalte der einschlägigen EG-Richtlinien durch Verordnung in das österreichische Recht umgesetzt werden (vgl. Zanger/Schöll, Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup>, Rz 22 zu § 3).

*d) Verordnungsermächtigung nach § 74 Abs 3 TKG 2003*

§ 74 Abs 3 TKG 2003 sieht für den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie weiters die Möglichkeit vor, die Errichtung und den Betrieb von Funkanlagen auch allgemein für bestimmte Gerätetypen oder Gerätearten mit Verordnung für generell bewilligt zu erklären, soweit dies mit dem Interesse an einem ordnungsgemäßen und störungsfreien Fernmeldeverkehr vereinbar ist. Auf Grundlage dieser Verordnungsermächtigung hat der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie eine Verordnung erlassen, mit der eine generelle Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb von in der Anlage zur gegenständlichen Verordnung näher bezeichneten Funkanlagen erteilt wird

(vgl. BGBl II 542/2003).

Ein individuelles Bewilligungsverfahren für die von der aufgrund der Verordnungsermächtigung nach § 74 Abs 3 TKG erlassenen Verordnung umfassten Mobilfunkanlagen ist daher im TKG 2003 nicht vorgesehen.

## 2. Die relevanten gesetzlichen Bestimmungen des TKG 2003 für die Errichtung und den Betrieb von Funkanlagen

### Ausnahmen vom Anwendungsbereich

§ 2. (1) Dieses Bundesgesetz gilt nicht für Kommunikationseinrichtungen (wie insbesondere Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen), die ausschließlich für Zwecke der Landesverteidigung errichtet und betrieben werden. Die Frequenznutzung ist jedoch mit dem Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie einvernehmlich festzusetzen.

(2) Dieses Bundesgesetz gilt nicht für Kommunikationseinrichtungen (wie insbesondere Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen), die ausschließlich für Zwecke der Fernmeldebehörden errichtet und betrieben werden.

(3) Auf das Anbieten von Kommunikationsdiensten und das Betreiben von Kommunikationsnetzen findet die Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994, keine Anwendung.

(4) Die Zuständigkeiten des Kartellgerichtes, des Bundeskartellanwaltes sowie der Bundeswettbewerbsbehörde bleiben unberührt.

### Technische Anforderungen

§ 73. (1) Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen müssen in ihrem Aufbau und ihrer Funktionsweise den anerkannten Regeln der Technik und den nach den internationalen Vorschriften zu fordernden Voraussetzungen entsprechen.

(2) Bei der Errichtung und dem Betrieb von Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen müssen der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen sowie der ungestörte Betrieb anderer Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen gewährleistet sein. Bei der Gestaltung von Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen ist unter Beachtung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit auch auf die Erfordernisse des Umweltschutzes, insbesondere auch im Hinblick auf eine fachgerechte Entsorgung, Bedacht zu nehmen.

(3) Durch Verordnung kann der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie dem jeweiligen Stand der Technik entsprechend die näheren Bestimmungen und technischen Voraussetzungen für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen festsetzen, insbesondere für

1. die Typenzulassung von Funkanlagen und
2. den Betrieb von Funkanlagen auf fremden Schiffen, Luftfahrzeugen und anderen Verkehrsmitteln, die sich im österreichischen Hoheitsgebiet aufhalten.

### Errichtung und Betrieb von Funkanlagen

§ 74. (1) Die Errichtung und der Betrieb einer Funkanlage ist grundsätzlich nur mit einer Bewilligung zulässig. Die Bewilligung ist zu erteilen, wenn kein Grund für eine Ablehnung vorliegt.

(2) Die Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb einer elektrischen Einrichtung, die gemäß § 3 Z 6 letzter Satz als Funkanlage gilt, ist ausschließlich Sicherheitsbehörden zu erteilen.

(3) Soweit dies mit dem Interesse an einem ordnungsgemäßen und störungsfreien Fernmeldeverkehr vereinbar ist, kann der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie die Errichtung und den Betrieb von Funkanlagen auch allgemein für bestimmte Gerätearten oder Gerätetypen mit Verordnung für generell bewilligt erklären.

## **B. Darstellung der Sachlage**

### 1. Vorbemerkungen

Den unter den Punkten IV – VII dargelegten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die §§ 73 Abs 1, Abs 3 und 74 Abs 1 und Abs 3 TKG 2003 sind die nachfolgenden wissenschaftlichen Erläuterungen zum gesundheitlichen Gefährdungspotential von Mobilfunkanlagen vorzuschicken und wird auf diese in den einzelnen Punkten des gegenständlichen Antrages zurückgegriffen bzw. bilden diese einen integrierenden Bestandteil derselbigen:

Eine Vielzahl wissenschaftlicher Arbeiten seit den 1930er-Jahren beinhaltet Belege oder Indizien für gesundheitliche Beeinträchtigungen im Zusammenhang mit Funkanlagen und hochfrequenter elektromagnetischer Strahlung im Allgemeinen. Zusätzlich ist aufgrund einer Reihe von Einzelstudien sowie mehrerer epidemiologischer Studien aus den letzten Jahren auch im speziellen Bezug auf Funkanlagen wie Mobilfunk-Basisstationen (Handymasten) wissenschaftlich als belegt anzunehmen, dass diese unmittelbare (negative) Auswirkungen auf die Gesundheit und/oder das Wohlbefinden von unmittelbar in der Umgebung derartiger Handymasten lebenden Menschen haben. Schließlich ist auch das Fehlen eines Standortprüfungsverfahrens im Hinblick auf expositionsminimierende Verortung im jeweiligen Einzelfall in einzelnen wissenschaftlichen Arbeiten angesprochen.

### 2. Belege zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen im Zusammenhang mit Funkanlagen und hochfrequenter elektromagnetischer Strahlung im Allgemeinen

Athermische, biologische und gesundheitsstörende Wirkungen von elektromagnetischen Feldern und elektromagnetischer Strahlung sind (zurückgehend auf Schliephake 1932 – "Mikrowellensyndrom") seit mehreren Jahrzehnten wissenschaftlich belegt. Entsprechende Ergebnisse liegen unter anderem auch aus Polen und der ehemaligen Tschechoslowakei sowie aus den USA seit den Sechzigerjahren vor.

In den Vierzigerjahren wurden nichtthermische Effekte hochfrequenter elektromagnetischer Strahlung anhand von Linsentrübungssymptomen bei radarexponierten Personen bereits wissenschaftlich diskutiert. Auch Chromosomenbrüche durch gepulste Mikrowellenstrahlung im Frequenzbereich, der heute im Mobilfunk verwendet wird, wurden bereits 1959 erstmals wissenschaftlich dokumentiert.

Die generellen Gesundheitswirkungen von elektromagnetischen Feldern und elektromagnetischer Strahlung sind darüber hinaus u.a. in der sowjetischen bzw. russischen, ukrainischen etc. Fachwelt mit etwa 1500 Arbeiten allein zwischen 1960 und 1996, darunter zahlreiche Langzeituntersuchungen, seit langem bekannt und gut untersucht und umfassen demzufolge u.a. Neurasthenie, Arterielle Hypotonie, Bradykardie und Tachykardie, EEG-Veränderungen, Schilddrüsen-Überfunktion, Potenzstörungen, Schlafstörungen, Verdauungsstörungen, wobei als subjektive Beschwerden häufig Erschöpfung, Mattigkeit, Konzentrationsschwäche, Kopfschmerzen, Schwindelgefühl, Schweißausbrüche, spontane Erregbarkeit und Herzschmerzen angeführt werden; die Symptome begannen meist mit dem dritten Einwirkungsjahr, nach 10 bis 15 Jahren waren 50% der Personen erkrankt; entsprechende Ergebnisse zeigten sich übrigens auch in Tierversuchen zur Wirkung der Hochfrequenzstrahlung. Die entsprechenden Arbeiten wurden erst in den letzten Jahren im "Westen" zusammenfassend recherchiert und bekannt gemacht (dazu und zum Gesamtkomplex vgl. Hecht/Balzer 1997, Hecht 2006).

Ein Zusammenhang zwischen elektromagnetischer Hochfrequenzstrahlung und Krebsfall- und Chromosomschadenshäufungen wurde auch bei den Erkrankungs- und Todesfällen von Angehörigen der Botschaft der USA in Moskau nach der gegen Abhöraktivitäten gerichteten Mikrowellenbestrahlung des Botschaftsgebäudes 1962-1979 belegt (u.a. Brodeur 1980, zit. in Hecht 2006). Chromosomenschäden durch elektromagnetische Strahlung wurden in einer Vielzahl anderer Studien festgestellt.

Zusammenhänge wurden auch zwischen einer mit 24,4 Hz gepulsten Frühwarnradaranlage (154-162 MHz) in Lettland und verlangsamter Reaktionsgeschwindigkeit, verringerter Gedächtniskapazität und Aufmerksamkeit bei 9-18 jährigen Kindern und Jugendlichen beobachtet (Kolodynski/Kolodynska 1996, zit. in Hutter et al 2002; Oberfelda 2005).

Hingewiesen wird auch auf die Untersuchungen beim Schweizer Kurzwellensender Schwarzenburg (Altpeter et al 2000, Abelin et al 2005, Altpeter et al 2006), die Zusammenhänge zwischen der gemessenen Feldstärke und Störungen des Schlafes und des Melatoninzyklus zeigten.

3. Belege zu unmittelbaren (negativen) Auswirkungen auf Gesundheit und/oder Wohlbefinden durch Funkanlagen wie Mobilfunk-Basisstationen (Handymasten) aus Einzelstudien

Nach Wirkungsbereichen gruppiert sind im einzelnen - pars pro toto - folgende Wirkungsbereiche und dazu jeweils einige Belege für nachteilige Auswirkungen auf Gesundheit und/oder Wohlbefinden anzuführen:

*a) Einfluss auf die Informationsverarbeitung im Gehirn*

Veränderungen der Hirnströme bei Exposition gegenüber elektromagnetischer Strahlung werden seit langem intensiv diskutiert, so etwa anhand einer Arbeit von Lebrecht von Klitzing, die nach 15- bis 20-minütiger Einwirkung einer mit 217 Hz gepulsten hochfrequenten Strahlung (wie beim Mobilfunkstandard GSM verwendet) veränderte Hirnströme (gemessen als Elektroenzephalogramm/EEG) von Menschen feststellte, die 24 Stunden und länger, nachdem die Strahlung bereits ausgeschaltet war, nachweisbar blieben. Dabei wurde mit Feldern sehr geringer Energiedichte im Bereich von 10 mW/m<sup>2</sup> gearbeitet; bei ungepulsten Feldern gab es keine Effekte. Ähnliche Ergebnisse hat eine ForscherInnengruppe der Universität Zürich veröffentlicht. Bei Personen, die vor oder während des Schlafes elektromagnetischen Feldern wie beim Mobilfunk ausgesetzt waren, zeigten im Schlaf starke Veränderungen der Hirnströme im gleichen Ausmaß, als ob sie ein Schlafmittel geschluckt hätten (vgl. Huber et al 2000).

Im Rahmen einer EEG-Studie in Salzburg zeigte sich bei nach Selbstdefinition mobilfunkempfindlichen Personen bei Exposition im Bereich der derzeit in Österreich empfohlenen Grenzwerte durchwegs deutliche Veränderung der EEGs sowie zusätzlich bei über 90% der Personen nach drei Expositionsdurchgängen Symptome wie Bienenkorbsurren im Kopf/Ohrgeräusche/Kopfschmerzen, Herzklopfen/Herzbeklemmung/Unbehagen, Benommenheit/Niedergeschlagenheit, Atemnot, Nervosität/Unruhe (Oberfeld 2005b).

*b) Einfluss auf Schlafverhalten und Schlafarchitektur*

Im Rahmen einer Studie zum Einfluss von gepulsten Mikrowellen auf den menschlichen Schlaf (Mann/Röschke 1996, zit. in Kundi 2000) wurden gesunde junge männliche Versuchspersonen nachts einer Strahlung der Frequenz 900 MHz, mit 217 Hz gepulst, ausgesetzt. Zwei Effekte wurden beobachtet, einerseits eine hypnotische Wirkung, nämlich eine Verkürzung der Einschlafzeit um ca. 22%, andererseits eine Verkürzung des REM (Rapid-Eye-Movement) - Schlafes um ca. 18,5%. Der REM-Schlaf ist eine für die Erholung besonders wichtige Traumphase.

Bei einer weiteren Studie (Wagner et al 1998, zit. in Kundi 2000) wurden im Wesentlichen dieselben Effekte gefunden, allerdings waren die Unterschiede zwischen den Personen größer.

Die niederländische TNO-Studie (Zwamborn et al 2003, doppelblind und randomisiert) belegt statistisch hochsignifikant deutliche Belastungswirkungen u.a. bei einer Signalfrequenz und Signalstärke, die dem üblichen Nachtzustand von UMTS-Basisstationen (keine Gespräche, daher nur Steuerkanäle der Basisstation aktiv) und einem Abstand von etwa 125m vom Handymast entspricht.

*c) Tinnitus etc. im Zusammenhang mit Schwingeinwirkungen und Mikrovibrationen ("Infraschall")*

Funkanlagen können dauerhafte Körperschallimmissionen im niederfrequenten Bereich ("Mikrovibrationen") verursachen. Mikrovibrationen können beispielsweise zu Fehlfunktionen und Fehlreflexen des Nervensystems mit der Folge u.a. von Durchblutungs-Fehlsteuerung von Organen führen. Mikroschwingungen können durch das Zurücktreten äußerer maskierender Klänge hörbar werden, die entsprechenden Beschwerden gehen mit Spannungskopfschmerz, vegetativen Störungen (Herz-Kreislauf, Verdauung), Ein- und Durchschlafstörungen sowie Tinnitus-artigen Hoch- und Tieftongeräuschen einher (Mosgöller 2002).

Untersuchungen wurden zu einem diesbezüglichen, gerichtsanhängigen Beispielfall (Verfahren des Landesgerichtes Eisenstadt zu GZ: 27 Cg 255/05a Dr. Reinhold Jandrisovits gegen T-Mobile Austria GmbH, mobilkom austria AG 6 Co KG, mobilkom austria AG und tele.ring Telekom Service GmbH ) im Burgenland (Müllendorf) durchgeführt: Ein gerichtlich beeideter Sachverständiger nahm Messungen unter stufenweiser Abschaltung einer Mobilfunkanlage vor, diese belegen Zusammenhänge zwischen Mobilfunkanlagen und Infraschallimmissionen, welche die Grenzwerte für zulässige Exposition nach ÖNORM S-9010 und ISO-Norm 2631 (bewertete Schwingungsstärke) überschreiten.

4. Belege zu unmittelbaren (negativen) Auswirkungen auf Gesundheit und/oder Wohlbefinden durch Funkanlagen wie Mobilfunk-Basisstationen (Handymasten) aus epidemiologischen Studien

*a) Allgemeines*

Epidemiologische Arbeiten sowie experimentelle Kurzzeitexpositionen liegen erst aus den letzten Jahren vor. Sie haben jedoch Belege zur Frage des Zusammenhangs zwischen Mobilfunkbasisstationen und direkten Gesundheitseffekten erbracht:

Zur Frage des Zusammenhangs zwischen Mobilfunkexposition und verschiedenen Symptomen liegen epidemiologische Untersuchungen aus Frankreich (Santini/Santini 2001, Santini et al 2002, 2003),



Österreich (Hutter et al 2002, 2006) und Spanien (Navarro et al 2003, Oberfeld et al 2004) vor. Diese Arbeiten zeigen übereinstimmend eine signifikante Beziehung zwischen selbstberichteten Beschwerden wie etwa häufigere Müdigkeit, Schwindelgefühl, Depressionen, Kopfschmerzen, Konzentrationsprobleme und Schlafstörungen unter Alltagsbedingungen und der Intensität der hochfrequenten Strahlung von Mobilfunksendeanlagen. Die methodischen Zugänge waren jeweils verschieden, die Ergebnisse ergänzen sich jedoch gut und geben ein plausibles und stimmiges Expositions-Wirkungs-Bild bei GSM-Expositionen im Schlafbereich von 10 bis 100  $\mu\text{W}/\text{m}^2$  und höher.

#### *b) Santini-Studie/Frankreich*

Ein Fragebogen zu 16 unspezifischen Krankheitssymptomen wurde an 530 Personen in Frankreich versendet, die sich auf einen Aufruf zur Teilnahme hin gemeldet hatten (Santini/Santini 2001; Santini et al 2002, 2003). Santini verwendete bei dieser Untersuchung die Selbstselektion. Dabei kann angenommen werden, dass sich eher Personen meldeten, die Beschwerden durch Mobilfunksendeanlagen vermuten. Dies hat den Nachteil, dass eine Übertragung auf die Gesamtbevölkerung quantitativ nicht möglich ist. Es schafft jedoch den Vorteil, dass Effekte eher entdeckt werden können.

Es zeigte sich eine Zunahme von unspezifischen Symptomen mit abnehmender selbst eingeschätzter Distanz zu Mobilfunksendern. Bei der Symptomklasse „sehr häufig“ fand sich eine signifikante Zunahme etwa für die Symptome Müdigkeit, Reizbarkeit, Kopfschmerzen, Schlafstörungen, depressive Tendenzen, Konzentrationsschwierigkeiten, Gedächtnisverlust und Schwindel gegenüber der Referenzgruppe (> 300 m Distanz).

Die Zunahme der Beschwerdebhäufigkeit in der Entfernungsklasse 50-100 m deckt sich mit dem ebenfalls häufig in diesem Entfernungsbereich auftretenden Feldstärkemaximum in städtischen Bereichen. Damit konnte gezeigt werden, dass die Beschwerden eine physikalische Ursache, nämlich die elektromagnetische Strahlung der Anlage, haben.

#### *c) Hutter/Kundi-Studie/Österreich*

In einer Querschnittstudie wurden in Österreich (Kärnten und Wien) mehrere hundert Personen untersucht, die länger als ein Jahr in der Nähe einer Mobilfunkbasisstation lebten (Hutter et al 2002, 2006; bei der jüngsten Veröffentlichung handelt es sich um die erste weltweit zu den Gesundheitswirkungen von Mobilfunk-Basisstationen, die in einer hochrangigen Fachzeitschrift der Umweltmedizin publiziert wurde).

Dabei wurden subjektive Symptome und Beschwerden, Schlafqualität und Merkfähigkeit abgefragt bzw. getestet. Die Exposition der Studienteilnehmer wurde hinsichtlich Mobilfunk sowie Rundfunk- und Fernsehsendern frequenzselektiv im Schlafzimmer gemessen. Das Expositions-Maximum für eine

einzelne GSM-Frequenz betrug  $1400 \mu\text{W}/\text{m}^2$  ( $1,4 \text{ mW}/\text{m}^2$ ).

Auch unter Berücksichtigung verschiedener Störgrößen zeigt sich bei in der Nähe von Mobilfunk-Basisstationen lebenden Menschen in Wien und Kärnten eine mit der Leistungsflussdichte von Mobilfunk-Basisstationen einhergehende, signifikante Zunahme mehrerer Symptome, darunter Kopfschmerzen, Konzentrationsschwierigkeiten und Herz-Kreislauf-Symptomen. Vieles spricht dafür, dass es sich um einen kausalen Zusammenhang handelt. Auch bei Erschöpfungszuständen und Schlafbeeinträchtigung zeigt sich eine Abhängigkeit von der Exposition.

Die Symptome traten dabei bereits bei Expositionswerten deutlich unter den immer wieder als "Vorsorgewert" geforderten  $1 \text{ mW}/\text{m}^2$  (und damit sehr weit unter den derzeit auf Normungsebene empfohlenen Grenzwerten) auf. Auch erfolgte die Auswahl der Studienteilnehmer repräsentativ und es erfolgte keine Selektion im Hinblick auf eine besonders empfindliche Gruppe. Das bedeutet, dass die gefundenen Effekte repräsentativ für die Gesamtbevölkerung sind und so stark sind, dass sie bereits innerhalb weniger Jahre sichtbar werden.

Die Studienautoren ziehen aus den Ergebnissen u.a. auch den Schluss, dass als Vorsorgemaßnahme Basisstationen in expositionsminimierender Weise verortet werden sollten (siehe dazu gesondert unten).

#### *d) Studien Spanien/La Nora*

In einer Querschnittstudie in La Nora, Murcia, Spanien wurden Anwohner im Umfeld zweier GSM Basisstationen untersucht (Navarro et al 2003). Die Rekrutierung der Teilnehmer erfolgte über Selbstselektion. Dazu wurden in der Apotheke und beim Friseur Fragebögen aufgelegt. Der verwendete Fragebogen war mit dem von Santini (siehe oben) ident und es wurden Symptome passend zum "Mikrowellensyndrom" erhoben. Die Leistungsflussdichte wurde breitbandig (400 MHz- 3000 MHz) über dem Bett gemessen. Die Spektrumanalyse ergab die Dominanz zweier GSM 900/1800 MHz Basisstationen.

Eine Aufteilung der Exponierten in eine Gruppe mit einer Entfernung von  $>250 \text{ m}$  (mittlere Exposition  $100 \mu\text{W}/\text{m}^2$ ) und eine Gruppe mit einer Entfernung  $<250 \text{ m}$  Distanz (mittlere Exposition  $1.100 \mu\text{W}/\text{m}^2$ ) zur Basisstation zeigte für 9 Symptome eine signifikant höheren Score in der Gruppe mit der höheren Feldstärke.

Die angeführte Querschnittstudie von Navarro et al. wurde in der Folge mittels eines logistischen Regressionsmodells auf individueller Ebene reanalysiert (Oberfeld et al 2004). Es fanden sich signifikante Beziehungen zwischen den gemessenen Feldstärken und 13 Symptomen in einer Expositions-Wirkungsbeziehung.

Die von den Studienteilnehmern geschätzte Entfernung zwischen Wohnung und Mobilfunksender wurde als Maß für mögliche Befürchtungen ins Modell aufgenommen und änderte das statistische Modell kaum.

Auch diese Daten sind quantitativ nicht auf die Gesamtbevölkerung übertragbar, sehr wohl sind die Ergebnisse auf eine nicht näher quantifizierbare Gruppe innerhalb der Bevölkerung übertragbar, die unabhängig von möglichen Befürchtungen erhebliche Störungen des Wohlbefindens und der Gesundheit bedingt durch die Einstrahlung von Mobilfunksendeanlagen erleidet.

Wichtig ist die Feststellung, dass sich bereits in der mittleren Expositionsstufe bei 6-128  $\mu\text{W}/\text{m}^2$  signifikant erhöhte Risikoschätzer zeigten. Expositionen dieser Größenordnung sind zwischenzeitlich in Siedlungsbereichen immer häufiger anzutreffen.

*e) TNO-Studie zu GSM und UMTS*

Seit September 2003 liegt die von den drei niederländischen Ministerien für Gesundheit, Umwelt und Wirtschaft beauftragte Untersuchung des TNO Physics and Electronics Laboratory zu UMTS und GSM vor (Zwamborn et al 2003). Im Doppel-Blind-Ansatz wurden Teilnehmer zweier unterschiedlicher Personengruppen einzeln in einer geschirmten Expositionsstube gegenüber hochfrequenter Strahlung exponiert, die von zwei Basisstationsantennen in einer Entfernung von drei Metern abgestrahlt wurde. Die Exposition der Probanden betrug bei allen verwendeten Signalen 1 V/m als Spitzenwert, entsprechend 2,65  $\text{mW}/\text{m}^2$  (2650  $\mu\text{W}/\text{m}^2$ ). Dies entspricht der Exposition im Hauptstrahl einer typischen Mobilfunk-Sektorantenne in einer Entfernung von etwa 125 m (10 W Antennen-Eingangleistung, isotroper Antennengewinn 17 dBi). Von den drei unterschiedlichen Signalen (GSM 900 MHz, GSM 1800 MHz, UMTS 2100 MHz) wurden pro Proband nur jeweils zwei Signale verwendet, sowie jeweils eine Placebophase ohne Feld. Die Abfolge der einzelnen Phasen war den untersuchten Personen und den unmittelbar mit dem Experiment befassten Studienbetreuern nicht bekannt (Doppelblinddesign). Die Einwirkzeit des Feldes betrug jeweils 15 Minuten, mit einer anschließenden Pause von 30 Minuten. Vor der Durchführung der Tests erfolgte eine Trainingsphase unter Anleitung und ohne Exposition. Es wurden zwei Gruppen zu je 36 Personen untersucht. Die Gruppe A umfasste Personen, die sich bei einer Umweltschutzorganisation wegen gesundheitlicher Probleme durch Mobilfunksendeanlagen gemeldet hatten. In die Gruppe B wurden Personen aufgenommen, die keine Beschwerden gegenüber Mobilfunksendeanlagen hatten. Als Endpunkte der Untersuchung wurden vier computergestützte Tests (Reaktionszeit, Gedächtnisvergleich, selektive visuelle Aufmerksamkeit und Doppelaufgabe) sowie die Erhebung des Wohlbefindens mittels Fragebogen (23 Fragen) herangezogen.

Im Hinblick auf die Auswirkungen bei den kognitiven Leistungen wurden statistisch signifikante Veränderungen beobachtet, aber ohne klares Muster betreffend Expositionsart (GSM, UMTS), kognitive Teilfunktionen und Gruppenzugehörigkeit.

Die Ergebnisse des Fragebogens zum Wohlbefinden zeigten hingegen ein klares Bild. Beim Summenscore über alle Fragen zeigte sich bei der Exposition gegenüber dem UMTS-Signal bei beiden

Gruppen eine signifikante Zunahme der Beschwerden. Bei der Gruppe B erhöhte sich der Summenscore von 2,44 (Placebo) auf 3,08 (UMTS). Bei der Gruppe A erhöhte sich der Summenscore von 7,47 (Placebo) auf 10,75 (UMTS). Bei den 23 Einzelfragen zum Wohlbefinden zeigte sich bei der Gruppe A auf der Ebene der einzelnen Fragen bei acht Fragen gegenüber der Placebo-Phase eine signifikante Verstärkung des Beschwerdegrades:

Q 1 „Schwindel“

Q 3 „Nervosität“

Q 8 „Brustschmerzen oder Atemwegsbeschwerden oder Gefühl nicht genug Luft zu haben“

Q 16 „Körperteile fühlen sich taub oder kribbelnd an“

Q 18 „Teile des Körpers fühlen sich schwach an“

Q 19 „sich nicht konzentrieren können“

Q 21 „leicht zerstreut sein“

Q 23 „wenig Aufmerksamkeit für etwas haben“

Bemerkenswert an der Untersuchung ist der deutliche Unterschied der Symptomausprägung zwischen der Gruppe A (Beschwerden bei GSM-Sendern) und der Gruppe B (keine Beschwerden bei GSM-Sendern) sowohl beim Training bzw. in der Placebosituation als auch speziell die deutliche Reaktion bei der Feldexposition. Dies ist ein Beleg für die Existenz elektrosensibler Personen.

Von hoher Bedeutung ist die deutliche Reaktion der Probanden der Gruppe A auf das verwendete UMTS-FDD Signal (W-CDMA) bei einer nur 15-minütigen Einwirkung. Diese Signalform wird im derzeit im Ausbau befindlichen UMTS-Netz eingesetzt. Die in der TNO-Studie verwendete und mittels Signalgenerator erzeugte UMTS-Signalform stellt den Fall dar, dass nur die vier dominierenden Steuerkanäle aktiv sind und kein Nutzkanal. Dieser Fall tritt an einer realen UMTS-Basisstation dann auf, wenn kein Verkehr (Gespräche o.ä.) über die Station abgewickelt wird und nur die permanent sendenden Steuerkanäle aktiv sind. Dies dürfte überwiegend zur Nachtzeit der Fall sein.

Zur TNO-Studie liegt seit 2006 eine so genannte Replikationsstudie (in Wirklichkeit: Nachfolgestudie) aus der Schweiz vor (Regel et al 2006), die die Ergebnisse der TNO-Studie nicht bestätigt und daher von den AutorInnen sowie Mobilfunkbetreibern als Falsifikation der TNO-Studie bezeichnet wurde. Ein Detail-Vergleich der beiden Arbeiten belegt jedoch, dass sowohl Versuchsanordnung als auch Strahlungscharakteristik bei der Schweizer Arbeit in mehreren Punkten grob unterschiedlich zur TNO-Studie waren, weshalb deren Ergebnisse nach wie vor aufrecht sind.

*f) Müllendorf-Faktensammlung*

Es handelt sich hier um keine Studie, sondern um eine sehr aussagekräftige Beobachtungssammlung (vgl. Moser/Mirfakhrai 2005). Der Gemeindearzt von Müllendorf im Burgenland berichtete darüber auch auf wissenschaftlichen Konferenzen (zB beim Bamberger Mobilfunksymposium im Januar 2005). Die Gemeinde Müllendorf hat etwa 1200 Einwohner, die fast alle Patienten des Gemeindearztes sind. In den Jahren 2000 und 2001 wurden drei Mobilfunkmasten aufgestellt, Entfernung zum Ortszentrum ca. 1 km, die nächsten Häuser stehen etwa 200 m entfernt. Seit 2002 häufen sich bei GemeindebürgerInnen die Beschwerden bzw. Diagnosen zu Schlafstörungen, Ruhelosigkeit, Erschöpfungszustände, Wortfindungsschwäche, Blutdruckproblemen (auch bei vielen jungen Leuten), Hörsturz. Es besteht kein unmittelbar erkennbarer Zusammenhang von Erkrankungen mit der Nähe zum Sender.

Ab dem Zeitpunkt der Errichtung der Mobilfunkanlagen war eine massive Zunahme bei Tinnitus (Verfünffachung), Hörsturz/rascher Hörverlust (Versechsfachung), Schlafstörungen (Verdreifachung), Karzinomen (Vervierfachung/Neuerkrankungen) zu verzeichnen. Dr. Reinhold Jandrisovits brachte aus diesem Grund beim Landesgericht Eisenstadt, anhängig zu GZ: 27 Cg 255/05a gegen T-Mobile Austria GmbH, mobilkom austria AG 6 Co KG, mobilkom austria AG und tele.ring Telekom Service GmbH eine Klage auf Schadenersatz, Unterlassung und Feststellung ein.

Zur Frage eines speziellen Zusammenhangs zwischen dem Einfluss von Mobilfunkbasisstationen und Krebs liegen darüber hinaus aktuell folgende Belege vor:

*g) Naila-Studie*

Die Naila-Studie (Eger et al 2004) aus Deutschland beruht auf der Auswertung von PatientInnenunterlagen von 967 Bewohnern der oberfränkischen Stadt Naila (8500 Einwohner) aus den Jahren 1994 bis 2004.

Dabei ergab sich im Nahbereich von GSM-Mobilfunkanlagen (0-400 m) gegenüber dem Fernbereich (>400 m) nach 5 Jahren Exposition statistisch signifikant eine Zunahme der Malignom-Inzidenz (Risiko, an bösartigen Tumoren zu erkranken) auf das mehr als Dreifache, sowie ein um 8,5 Jahre jüngeres Erkrankungsalter. Auffällig war insbesondere das Mammakarzinom, das als mögliches Markerkarzinom für elektromagnetische Wellen angesprochen wird.

Obwohl zu der Studie wegen des relativ geringen Aufwands, der bei der ehrenamtlichen Erstellung durch die Ärzte möglich ist, einige Einwände vorgebracht werden können (z.B. keine Berücksichtigung von DECT-Schnurlostelefonen und WLAN, Schätzung statt Messung der Exposition), dürften dadurch die Ergebnisse eher unter- als überschätzt sein und die Kernaussage jedenfalls kaum zu bestreiten sein. Der

Kernbefund der möglicherweise deutlich erhöhten Krebsrate wird auch in einer sehr kritischen Stellungnahme des Deutschen Bundesamts für Strahlenschutz nicht bestritten.

*h) Netanya-Studie*

Verglichen wurde eine Gruppe von etwa 600 Personen (Gruppe A), die seit 3 bis 7 Jahren in der Nähe einer Mobilfunkstation leben, mit einer Vergleichsgruppe von etwa 1200 Personen (Gruppe B). Die Krebshäufigkeit der Frauen der Gruppe A war signifikant (etwa vierfach) höher als die der Gruppe B (Wolf/Wolf 2004).

5. Hinweise zur Frage eines fehlenden Standortprüfungsverfahrens zur Expositionsminimierung im jeweiligen Einzelfall der Anlagenerrichtung

Zu dieser Frage liegt – ungeachtet der Tatsache, dass in der insbesondere ausländischen Literatur immer wieder über den Abbau von Funkanlagen wegen ungeeigneter Verortung und dadurch bedingten vermuteten oder belegten Gesundheitswirkungen berichtet wird – im österreichischen Konnex bisher nur vereinzelt Literatur vor.

Hutter et al (2006; zu den Inhalten siehe oben) ziehen aus den Ergebnissen ihrer Untersuchungen in Wien und Kärnten u.a. auch den Schluß, dass als Vorsorgemaßnahme Basisstationen in einer Weise verortet werden sollten, die die Exposition von Nachbarn gegenüber elektromagnetischer Strahlung minimiert.

Dass es sich um konkrete Bedenken handelt, wird im Zusammenhang mit dem bereits gerichtsanhängigen "Fall Müllendorf" (siehe oben) deutlich, bei dem wiederholt auch die ungeeignete Verortung/Situierung von Handymasten bzw. das Fehlen entsprechender die standortspezifischen Bedingungen aufnehmenden Verfahren und Rechte thematisiert wurde. Im konkreten Fall wurde einer der örtlichen Handymasten an der tiefsten Stelle des in Hanglänge befindlichen Ortes verortet, zudem in unmittelbarer Bahnnähe – was mangels eisenbahnrechtlicher Bewilligung auch Thema von Verwaltungsverfahren wurde - und mit Montage auf einer Silo-Anlage eines Gewerbebetriebs, was nach Ansicht von Gutachtern möglicherweise mit den Beeinträchtigungen von Gesundheit und Wohlbefinden im Umfeld zu tun hatte.

Die Genehmigung und Prüfung der jeweiligen Verortung wurden auch vom Obersten Sanitätsrat der Republik Österreich in Resolutionen seit dem Jahr 2000 wiederholt gefordert, ebenso Regelungen zur Anwendung des "Minimierungsprinzips".

In der aktuellen Ausgabe seiner Empfehlungen vom Dezember 2005 (OSR 2005) formuliert der OSR dazu:

"Die Industrie wird aufgefordert, (...) beim Aufstellen von Sendemasten dafür Sorge zu tragen, dass niemand als passiver Konsument durch zu große Nähe zum Sender einer zu hohen Belastung durch elektromagnetische Felder ausgesetzt wird. Das bedingt, dass die Verortung von der zuständigen Behörde nach klaren Richtlinien genehmigt und geprüft werden muss. Aus all diesen Gründen (...) ist aber anzustreben, dass der Richtwert mindestens um den Faktor 100 unter dem Grenzwert angelegt wird und unter diesem Gesichtspunkt die Anlagen zu rechtfertigen und prüfen sind. Darüber hinaus sollen gesetzliche Maßnahmen gesetzt werden, dass

a) es bei verschiedenen Systemen (auch unter Berücksichtigung von Fernseh-, Rundfunksendern etc) über alle relevanten Frequenzen durch die Kumulierung der Felder (Leistungsdichten) unterschiedlicher Emittenten nicht zu einem Überschreiten der Grenzwerte kommt und

b) die Betreiber durch gesetzliche Bestimmungen auch unterhalb der Grenzwerte noch zu einer Minimierung der Belastung durch elektromagnetische Felder angehalten werden."

## 6. Zusammenfassung

Zusammenfassend zu den Punkten II. B) 1 bis 5 des Antrages nach Art 140 B-VG ist daher festzuhalten, dass Mobilfunkanlagen die Gesundheit und das Wohlbefinden jener in ihrer Nachbarschaft lebenden Menschen konkret gefährden (bzw. ist zumindest von einer abstrakten Gefährdung auszugehen) und ist diese Gefährdung auch wissenschaftlich belegbar bzw. zumindest indiziert.

## **IV. Verfassungswidrigkeit der § 74 Abs 1, § 74 Abs 3 und § 73 Abs 3 TKG 2003 wegen Verstoßes gegen Art 7 B-VG**

### 1. Gleichheitsgrundsatz

Ein Gesetz entspricht dann nicht dem Gleichheitsgrundsatz, wenn die in Betracht kommende Regelung sachlich nicht gerechtfertigt ist. Jede unsachliche Unterscheidung ist unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes verfassungswidrig (VfSlg 11.013/1986). Nach der einschlägigen Rechtsprechung des VfGH vermag dabei nicht jeder Unterschied im Tatsächlichen jede rechtliche Differenzierung zu

rechtfertigen. Vielmehr muss die Ungleichheit eine in Bezug auf die rechtliche Regelung wesentliche sein (VfSlg 5397/1966, 11.190/196 uva). Der Gleichheitsgrundsatz bindet somit den Gesetzgeber und legt ihm die Verpflichtung auf, an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen. Wesentliche Unterschiede im Tatsachenbereich müssen zu entsprechend unterschiedlichen Regelungen führen. Unterschiedliche Regelungen, die nicht in entsprechenden Unterschieden im Tatsächlichen ihre Grundlage haben, sind gleichheitswidrig, weil sachlich nicht gerechtfertigt. Die Sachlichkeit einer Norm im Sinne einer sachlich gerechtfertigten Differenzierung hängt von ihrem objektiven Gehalt ab.

Ein Gesetz entspricht daher dann nicht dem Gleichheitssatz, wenn die in Betracht kommende Regelung sachlich nicht gerechtfertigt ist. Jede unsachliche Unterscheidung ist, unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes, verfassungswidrig. Eine sachliche Differenzierung liegt nur vor, wenn sie innerhalb der Regelung einer bestimmten Materie vorgenommen wird. Regelungen, die Differenzierungen innerhalb eines und desselben Rechtsinstitutes enthalten, welche nicht aus entsprechenden Unterschieden im Tatsachenbereich gerechtfertigt werden können, verstoßen gegen das Gleichheitsgebot. Wird nunmehr der Gleichheitssatz auf den antragsgegenständlichen Sachverhalt angewendet, so zeigt sich folgendes:

*a) Sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung zwischen den der Gewerbeordnung unterliegenden Betriebsanlagen und den dem Telekommunikationsgesetz unterliegenden Funkanlagen*

§ 74 Abs 1 TKG 2003 verstößt, wie nun aufgezeigt wird, gegen den Gleichheitsgrundsatz, und zwar insbesondere, indem Gleiches insofern ungleich behandelt wird, als von der Gewerbeordnung umfasste Betriebsanlagen einem anderen Genehmigungsregime unterliegen als vom Telekommunikationsgesetz umfasste Funkanlagen. An dieser Stelle ist festzuhalten, dass die Errichtung und der Betrieb von Funkanlagen – sofern nicht die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 3 TKG 2003 normiert wäre – in das Regelungsregime der Gewerbeordnung für Betriebsanlagen fallen würden.

(1) Regelungsregime des Betriebsanlagenrechtes

Das Betriebsanlagenrecht als Bestandteil der Gewerbeordnung definiert eine Betriebsanlage in § 74 Abs 1 GewO 1994 als eine örtlich gebundene Einrichtung, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist. Grundsätzlich benötigt ein Unternehmer keine betriebsanlagenrechtliche Genehmigung für das Erbauen, Einrichten oder Betreiben einer Betriebsanlage, solange von dieser überhaupt keine Gefährdung oder Beeinträchtigung für ihn, seine Nachbarn oder die Umwelt ausgeht. Ist die Betriebsanlage wegen ihrer Betriebsweise, wegen verwendeter Maschinen und Geräte oder sonst geeignet, die in der Gewerbeordnung aufgezählten Schutzinteressen (§ 74 Abs 2 GewO 1994) zu berühren, muss die Errichtung bzw. die Betriebsaufnahme durch die Behörde bewilligt werden.



Es kommt daher im Anwendungsbereich der Gewerbeordnung darauf an, dass die Betriebsanlage abstrakt geeignet sein muss, eine Beeinträchtigung der Schutzinteressen der GewO 1994 auszulösen. Nach § 74 Abs 2 GewO 1994 ist daher jede Betriebsanlage genehmigungspflichtig, wenn sie geeignet ist, das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der vom Arbeitnehmerschutz ausgenommenen mittätigen Familienangehörigen, der Nachbarn oder der Kunden, das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden, die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen oder bestimmte öffentliche Interessen zu beeinträchtigen.

Die Eignung, Gefährdungen oder Belästigungen herbeizuführen, erfordert dabei nicht, dass solche tatsächlich eintreten. Ist damit zu rechnen, dass von der geplanten Anlage keine konkreten Gefahren ausgehen („Anlagen mit geringem Gefährdungspotential“), obwohl eine abstrakte Gefährdung nicht ausgeschlossen werden kann, findet ein vereinfachtes Verfahren Anwendung (§ 359b Gewo 1994). In diesem Verfahren kommt den Nachbarn – im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren – zwar keine Parteistellung (bzw. ist die Parteistellung auf die Frage beschränkt, ob die Voraussetzungen des vereinfachten Verfahrens vorliegen; vgl. VfSlg 16.537/2002), jedoch ein Anhörungsrecht zu.

## (2) Regelungsregime des TKG 2003

Im Unterschied zum Betriebsanlagenrecht statuiert §§ 73 ff TKG 2003 kein spezielles Genehmigungsverfahren, in welchem den Nachbarn Parteistellung oder zumindest ein Anhörungsrecht zukommt, sondern eine Bewilligungspflicht, wenn die in den auf Grundlage der zu § 73 Abs 3 und § 74 Abs 3 TKG 2003 erlassenen Verordnungen normierten Voraussetzungen vorliegen.

Aufgrund aktueller Studien (siehe Punkt III B des gegenständlichen Antrages) ist jedoch als wissenschaftlich erwiesen anzunehmen, dass Funkanlagen wie Handymasten unmittelbare (negative) Auswirkungen auf die Gesundheit der unmittelbar in der Umgebung derartiger Handymasten lebenden Menschen haben. Diese Gesundheitsgefährdung kann sowohl aus der Mobilfunkanlage per se resultieren, als auch aus der konkreten Aufstellung der Mobilfunkanlage, welche zu einer Summierung der Gesundheitsrisiken führen kann (siehe Punkt III B des gegenständlichen Antrages).

Zu letzterer ist auf die bereits unter Punkt III B 4 f getätigten Ausführungen des Antrages zu verweisen, wonach im Verfahren „Müllendorf“ durch entsprechende Gutachten dargelegt wurde, dass die Standortwahl und das Zusammenwirken mehrerer benachbarter Mobilfunkanlagen zu schweren Gesundheitsschädigungen der im Umkreis wohnenden Menschen führt. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang auch auf ein vom Bezirksgericht Eisenstadt im Verfahren 7 U 217/04p in Auftrag gegebenes Sachverständigengutachten zu verweisen, in welchem der Sachverständige nicht nur darauf hinweist, dass „die Strahlungseinwirkung der Mobilfunksender physikalische Merkmale aufweist, die nach

aktuellem biophysikalischem Wissenstand als Ursache biologischer Schäden zu betrachten sind“, sondern auch, dass die Strahlungswirkung „durch ungünstige Lageverhältnisse der Sender zueinander im bewohnten Ortsgebiet sowie durch die Abstrahlrichtungen verschärft wird“ (ergänzendes Gutachten Mag. Dr. Walter Medinger vom 24.06.2006 zu 7 U 217/04p des Bezirksgerichtes Eisenstadt ). In einem umweltmedizinischen Gutachten des Landes Salzburg gelangt der Amtssachverständige ebenfalls zum Ergebnis, dass „ein hinreichender Nachweis für einen kausalen Zusammenhang zwischen dem bei der Familie ... aufgetretenen Beschwerdebild, dominiert durch Druck in den Ohren, Tinnitus, Kopfschmerzen, plötzliche Unruhe etc. und der messtechnisch als hochfrequente Welle am Ort der Einwirkung dokumentierten Auslastung der Mobilfunksendeanlagen“, sodass empfohlen wird, „die im Umfeld des Siedlungsgebietes der Gemeinde Müllendorf befindlichen Mobilfunksendeanlagen vollständig für sechs Monate außer Betrieb zu setzen“ (Gutachten des Landes Salzburg vom 28.09.2005).

Es ist daher von einer konkreten (bzw. zumindest abstrakten) Gefährdung von Menschen, die in unmittelbarer Umgebung von Handymasten leben, auszugehen.

Im gegenständlichen Fall sind daher folgende zwei Sachverhalte miteinander zu vergleichen:

- a) Betriebsanlagen, von denen entweder eine abstrakte oder eine konkrete Gefährdung oder Beeinträchtigung ausgeht, sind einem (vereinfachten) Bewilligungsverfahren unterworfen, welches gewisse Mitspracherechte (Mindestrechte) der Nachbarn (Parteirechte oder Anhörungsrechte) bei Gefährdung von Schutzinteressen vorsieht
- b) Funkanlagen, von denen entweder eine abstrakte oder (wie bei Handymasten) eine konkrete Gefährdung oder Beeinträchtigung ausgeht, sind einem Bewilligungsverfahren unterworfen, welches keinerlei Mitspracherechte (Mindestrechte) der Nachbarn (Parteirechte oder Anhörungsrechte) bei der Gefährdung von Schutzinteressen vorsieht

Eine stichhaltige Begründung oder Anhaltspunkte für eine sachliche Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung der beiden Fallgruppen sind nicht erkennbar. Es erhellen sich wie im nachfolgenden aufgezeigt wird, keine sachlichen Gründe, die eine Unterscheidung zwischen den von der Gewerbeordnung geregelten Betriebsanlagen und den vom Telekommunikationsgesetz geregelten Funkanlagen rechtfertigen würden:

### (3) Ergebnis

Sowohl von den von der GewO 1994 geregelten Betriebsanlagen als auch von den im TKG 2003 geregelten Funkanlagen, insbesondere von Mobilfunkanlagen, geht eine konkrete Gefährdung für das Leben und die Gesundheit von Menschen aus, die maßgeblich auch von der Wahl des Standortes der

Mobilfunkanlagen und das Zusammenwirken mehrerer Mobilfunkanlagen in unmittelbarer Umgebung beeinflusst wird.

Auch der Gesetzgeber geht grundsätzlich von der potentiellen Möglichkeit einer Gefährdung von Leben und Gesundheit durch die Errichtung und den Betrieb von Funkanlagen aus, da ansonsten der Schutz dieser Rechtsgüter nicht explizit in die Bestimmungen des § 73 Abs 2 TKG 2003 aufgenommen worden wäre. Jedoch – und dies ist der wesentliche Unterschied zwischen der Errichtung und dem Betrieb von Betriebsanlagen und Funkanlagen – wird bei der Bewilligung von Funkanlagen eine von der Bewilligung von Betriebsanlagen verschiedene Rechtsfolgenregelung vorgenommen, indem bei ersterer Partei-/oder Anhörungsrechte der Nachbarn nicht gewährleistet sind. Dies ist aber angesichts der zumindest abstrakten Gefahr, die von Mobilfunkanlagen ausgeht, sachlich nicht gerechtfertigt.

*b) Fehlende Parteistellung*

Den AntragstellerInnen ist zwar bekannt, dass keine Verfassungsnorm besteht, die Parteirechte in einem Verfahren überhaupt oder in einem bestimmten Umfang garantieren würde. So vertritt der Verfassungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung (vgl. VfSlg 15.274/1998 mit zahlreichen weiteren Hinweisen) die Auffassung, dass grundsätzlich keine Verfassungsnorm besteht, die Parteirechte in einem Verfahren überhaupt oder in einem bestimmten Umfang garantiert. Den Umfang der Parteirechte in einem Verwaltungsverfahren bestimmt der einfache Gesetzgeber. Das die Parteirechte bestimmende Gesetz kann allerdings etwa aus dem Grunde mangelnder Determinierung oder wegen Verstoßes gegen das Gleichheitsgebot verfassungswidrig sein. So erfordert das aus dem Gleichheitssatz abzuleitende Sachlichkeitsgebot in aller Regel bei Zuerkennung subjektiver Rechte die Zuerkennung von Parteirechten (vgl. Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>6</sup>, Rz 775). Die Abgrenzung der Personen, denen in einem bestimmten Verfahren Parteistellung zukommt, hat nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes nach sachlichen, aus Unterschieden im Tatsächlichen ableitbaren Kriterien zu erfolgen (vgl. VfSlg 8328/1978). Der Gesetzgeber ist zwar von Verfassungswegen nicht gehalten, jedermann, der durch Immissionen beeinträchtigt sein könnte, Parteistellung einzuräumen. Beschränkt der Gesetzgeber - wie im vorliegenden Fall - die Parteistellung jedoch lediglich auf jene Personen, die um eine Bewilligung ansuchen, so ist diese Beschränkung unsachlich (argumentum e contrario VfSlg 12465), zumal das Betriebsanlagenrecht der GewO 1994 die Zuerkennung von Parteirechten kennt. Gleiches muss auch für die auf Grundlage der Bestimmung des § 74 Abs 3 TKG 2003 erfasste Verordnung gelten, da auch hier keine Parteistellung bzw. Anhörungsrechte der Nachbarn vorgesehen ist. Die zivilrechtliche Bestimmung des § 364 ABGB ist nicht geeignet, die Gleichheitswidrigkeit zu beseitigen, da dem betroffenen Nachbarn in diesem Verfahren die volle Beweispflicht dafür trifft, dass die Einwirkungen elektromagnetischer Strahlen über das gewöhnliche Maß hinausgehen und die ortsübliche Nutzung seines Grundstücks

wesentlich beeinträchtigen. Insbesondere kommt es auch beim Verfahren nach § 364 ABGB im Wesentlichen lediglich zu einer ex post Betrachtung der Beeinträchtigungen und ist gerade bei der Summierung von Mobilfunkanlagen in näherer Umgebung ein Unterlassungsanspruch wohl zu verneinen.

Die angefochtenen Bestimmungen der § 74 Abs 1, Abs 3 und § 73 Abs 3 TKG 2003 verstoßen somit gegen den Gleichheitsgrundsatz.

**V. Unvereinbarkeit der § 74 Abs 1, § 74 Abs 3 und § 73 Abs 3 TKG 2003 mit Art 8 EMRK**

Gemäß Art 8 Abs 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens. Die Rechtsprechung des EGMR hat des Weiteren unter den Schutzbereich des Art 8 Abs 1 EMRK Gesichtspunkte aus dem Bereich des Umweltschutzes gefasst (vg. hierzu die Rechtsprechungsnachweise in: Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, Rz 13 zu § 22). Die Belastung der Gesundheit und der Lebensqualität von BürgerInnen durch starke Umweltverschmutzungen oder durch Fluglärm werden als Beeinträchtigungen des Rechts auf Privatleben qualifiziert und unter Art 8 Abs 1 EMRK subsumiert.

Somit ist auch der Immissionsschutz in zweifacher Hinsicht vom Schutzbereich des Art 8 Abs 1 EMRK erfasst: „Wegen des Schutzes der physischen Integrität sind gesundheitsgefährdende Immissionen von technischen Anlagen als Eingriffe in Art 8 Abs 1 EMRK zu werten, wegen des Schutzes auch der Wohnungsnutzung sind Immissionen darüber hinaus auch dann als Eingriffe in den durch Art 8 EMRK gewährleisteten Schutz der Wohnung zu werten, wenn sie innerhalb der Schwelle der Gesundheitsgefährdung liegen, aber – jedenfalls über ein im Normalfall zu tolerierendes Maß hinausgehende – Beeinträchtigungen der Wohnungsnutzung darstellen.“ (vgl. Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1996, S. 287).

Die Errichtung und der Betrieb von Funkanlagen (und deren Bewilligung) fallen jedenfalls in den Schutzbereich des Art 8 EMRK, da nach der Rechtsprechung des EGMR eine Umweltbeeinträchtigung durch eine gewerbliche Anlage das Wohlbefinden beeinträchtigen und den Genuss des Wohnens so behindern kann, dass das Privat- und Familienleben beeinträchtigt wird (EGMR, Fall López Ostra, ÖJZ 1995/347). Dieser umfassende Schutzbereich des Art 8 EMRK spiegelt sich auch in der jüngsten Rechtsprechung des EGMR zu Art 8 EMRK wider. In seiner (inhaltlich aus anderen Gründen abweisenden) Zulässigkeitsentscheidung vom 17.01.2006 (EGMR, Fall Luginbühl, Bsw. Nr. 42.756/02) hat der EGMR unter Bezugnahme auf Mobilfunkanlagen festgehalten, dass „Eingriffe in das Recht auf

Achtung der Wohnung auch durch immaterielle Beeinträchtigungen wie etwa Lärm, Emissionen, Geruch etc. erfolgen und schwerwiegende Einwirkungen eine Person durchaus am Genuss ihrer Wohnung hindern können“ und „dass die direkte Einwirkung und die befürchtete Zunahme gesundheitsschädlicher Emissionen durch Mobilfunkantennen einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens darstellen und daher ausreichen, um Art 8 EMRK für anwendbar zu erklären.“

An dieser Stelle ist daher zunächst festzuhalten, dass eine schwere Umweltbeeinträchtigung das Wohlbefinden von Personen beeinträchtigen und sie in einer Weise am Genuss des Wohnens hindern kann, dass ihr Privat- und Familienleben beeinträchtigt ist, auch wenn ihre Gesundheit nicht (!) ernstlich gefährdet ist. Es muss ein ausgewogener Interessensausgleich hergestellt werden zwischen dem Interesse am wirtschaftlichen Wohl der Stadt und dem wirksamen Genuss des Rechts der Bf auf Achtung ihrer Wohnung und ihres Privat- und Familienlebens“ (vgl. EGMR, Fall López, ÖJZ 1995/347).

Wenn daher wie antragsgegenständlich bestimmte sogar konkret bestehende Umwelt- und Gesundheitsbeeinträchtigungen (siehe Punkt III B des Antrages) wissenschaftlich belegbar sind, so sind diese vom Schutz des Art 8 EMRK erfasst und reicht es dann folglich aus, dass die Beeinträchtigungen einen einzelnen treffen, da sein Grundrechtsschutz nicht von der allfälligen Betroffenheit anderer abhängen kann (so Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1996, S. 288). Aus der Entscheidung im Fall López wird deutlich – so etwa Holoubek (Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1996, S. 293) –, dass eine Verletzung auch in einer unzureichenden Berücksichtigung von Nachbarschutzinteressen in der generellen Rechtslage gelegen sein kann: „Näher konkretisieren lassen sich aus der bisherigen Rechtsprechung damit die aus Art 8 Abs 1 EMRK folgenden grundrechtlichen Schutzwirkungen zugunsten des Einzelnen vor Immissionen nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht“ (Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1996, S. 293).

Gerade diese Konkretisierung fehlt der Bestimmung des § 74 Abs 1 TKG 2003 bzw. der Bestimmung des § 74 Abs 3 TKG 2003 sowie des § 73 Abs 3 TKG 2003, indem den Nachbarn in verfahrensrechtlicher Hinsicht weder Anhörungs- noch Parteirechte eingeräumt werden. Der normative Gehalt des Art 8 EMRK liegt in einer Gestaltung der einfachgesetzlichen Rechtslage in der Gestalt, dass die einschlägigen Verfahren – wie etwa die in der Gewerbeordnung für Betriebsanlagen vorgesehenen – so gestaltet werden, dass die Grundrechtsposition des Einzelnen auch tatsächlich berücksichtigt werden.

Die zivilrechtliche Bestimmung des § 364 ABGB ist nicht geeignet, den Schutz des Privat- und Familienlebens zu gewährleisten, da dem betroffenen Nachbarn in diesem Verfahren die volle Beweispflicht dafür trifft, dass die Einwirkungen elektromagnetischer Strahlen über das gewöhnliche Maß

hinausgehen und die ortsübliche Nutzung seines Grundstücks wesentlich beeinträchtigen. Insbesondere kommt es auch beim Verfahren nach § 364 ABGB im Wesentlichen zu einer ex post Betrachtung der Beeinträchtigungen und ist gerade bei der Summierung von Mobilfunkanlagen in näherer Umgebung ein Unterlassungsanspruch wohl zu verneinen.

Bei den von (Mobil-)Funkanlagen ausgehenden elektromagnetischen Strahlungen handelt es sich geradezu um einen klassischen Fall des Nachbarschutzrechtes, in denen eine entsprechende subjektiv-rechtliche Berechtigung dieser Nachbarn grundrechtlich geboten ist.

Im Fehlen einer derartigen subjektiv-rechtlichen Berechtigung der Nachbarn von (Mobil-)Funkanlagen ist ein Eingriff in Art 8 Abs 1 EMRK zu erblicken, da die der Behörde in § 73 Abs 2 TKG 2003 auferlegte Pflicht zur Wahrung des Schutzes der Gesundheit und des Lebens keine sachadäquate Berücksichtigung der unmittelbar in ihrer grundrechtlichen Sphäre betroffenen Nachbarn gewährleistet.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art 8 Abs 2 EMRK erscheint die Nicht-Einräumung einer Parteistellung (bzw. von Anhörungsrechten) von Nachbarn im Zuge des Verfahrens zur Errichtung und den Betrieb von (Mobil-)Funkanlagen nicht verhältnismäßig, da das Interesse an der Aufrechterhaltung eines funktionierenden Mobilfunknetzes (Schutzgut des „wirtschaftlichen Wohls“) nicht den gänzlichen Ausschluss von Partei- bzw. Anhörungsrechten der im unmittelbaren Umkreis von (Mobil-)Funkanlagen lebenden Nachbarn rechtfertigen kann. Ein faires Gleichgewicht zwischen den widerstreitenden Interessen des einzelnen Nachbarn einer Mobilfunkanlage und den Mobilfunkbetreibern bzw. der Gesellschaft auf ein funktionierendes Mobilfunknetz wurde mangels der Gewährung einer Parteistellung für betroffene Nachbarn nicht hergestellt.

Aus diesen Gründen verstoßen § 73 Abs 3, § 74 Abs 1 und Abs 3 TKG 2003 auch gegen Art 8 EMRK.

## **VI. Verstoß des § 74 Abs 1, § 74 Abs 3 und § 73 Abs 3 TKG 2003 gegen Art 6 EMRK**

Gemäß Art 6 EMRK hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen zu entscheiden hat.

Der Begriff der civil rights wird vom EGMR autonom und unabhängig von der innerstaatlichen Zuordnung zu einer bestimmten Rechtsmaterie ausgelegt und umfasst auch gewisse Ansprüche gegen den Staat,

die nach der kontinentaleuropäischen Tradition dem öffentlichen Recht zugerechnet werden (vgl. Berka, Die Grundrechte, 1999, Rz 795).

Art 6 EMRK findet stets dann Anwendung, wenn der Gegenstand eine vermögenswerte Angelegenheit betrifft und wenn sich die Verletzung auf eine behauptete Verletzung von Rechten gründet, die in gleicher Weise vermögenswert sind. Im Lichte der Judikatur des EGMR sind daher zahlreiche Entscheidungen, die nach österreichischem Recht von Verwaltungsbehörden getroffen werden (z.B. Betriebsanlagenbewilligungen, Bauverfahren etc.) Entscheidungen über civil rights. Somit fallen auch Entscheidungen über öffentlich-rechtliche Einwendungen von Nachbarn (vgl. Ortenberg, ÖJZ 1995, 225) unter den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK.

Nichts anderes kann aber im Lichte dieser Judikatur für Verfahren zur Bewilligungen zum Betrieb und zur Errichtung von (Mobil-)Funkanlagen gelten, die – wie bereits zuvor dargestellt – lediglich Sondergewerberecht sind.

Auch das Verfahren zum Betrieb und zur Errichtung von (Mobil-)Funkanlagen ist unmittelbar dem Art 6 EMRK zu unterstellen und zwar auch soweit, als es die Rechte der Nachbarn betrifft, die durch die Errichtung und den Betrieb in ihren vermögenswerten Rechten (Recht auf Schutz der Wohnung vor Immissionen; vgl. Punkt III B des gegenständlichen Antrages) beeinträchtigt werden [vgl. Karl, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2004, Rz 133 zu Art 6 EMRK (argumentum e contrario)]. Die zivilrechtliche Bestimmung des § 364 ABGB ist nicht geeignet, die aufgezeigte Verfassungswidrigkeit nach Art 6 EMRK zu beseitigen, da dem betroffenen Nachbarn in diesem Verfahren die volle Beweispflicht dafür trifft, dass die Einwirkungen elektromagnetischer Strahlen über das gewöhnliche Maß hinausgehen und die ortsübliche Nutzung seines Grundstücks wesentlich beeinträchtigen. Insbesondere kommt es auch beim Verfahren nach § 364 ABGB im Wesentlichen zu einer ex post Betrachtung der Beeinträchtigungen und ist gerade bei der Summierung von Mobilfunkanlagen in näherer Umgebung ein Unterlassungsanspruch wohl zu verneinen.

Im Verfahren über die Errichtung und den Betrieb einer (Mobil-)Funkanlage nach den §§ 73 Abs 3 und § 74 Abs 1 und Abs 3 TKG 2003 kommt jedoch den Nachbarn keinerlei Parteistellung zu, obwohl eine Entscheidung über civil rights vorliegt. Auch aus diesem Grund liegt eine Verletzung des Art 6 EMRK durch die angefochtenen Normen des § 74 Abs 1, § 74 Abs 3 und des § 73 Abs 3 TKG 2003 vor.

**VII. Verfassungswidrigkeit des § 73 Abs 1 (letzter Halbsatz) sowie des § 73 Abs 3 TKG wegen Verstoßes gegen Art 18 B-VG**

1. Legalitätsprinzip

Gemäß Art 18 B-VG darf die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden (Legalitätsprinzip). Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs haben Gesetze daher das verwaltungsbehördliche Verhalten in einem solchen Maße zu determinieren, dass die Übereinstimmung der Verwaltungsakte mit den Gesetzen überprüft werden kann (vgl. Prinzip der inhaltlichen Bestimmtheit von Gesetzen; VfSlg 4037, 4139, 7879, 8209 u.v.a.). Art 18 Abs 1 B-VG verlangt somit eine ausreichende inhaltliche Bestimmung der Gesetze (VfSlg 4035, 4036).

Gemäß Art 18 Abs 2 B-VG kann jede Verwaltungsbehörde auf Grund der Gesetze innerhalb ihres Wirkungsbereiches Verordnungen erlassen. Die Bestimmung des Art 18 Abs 2 B-VG schließt ein gesetzesänderndes, gesetzesergänzendes bzw. ein selbständiges Ordnungsrecht aus. Verordnungen dürfen nur zur Durchführung der Gesetze erlassen werden. Damit ein Gesetz der Durchführung durch eine Verordnung zugänglich ist, muss es inhaltlich ausreichend bestimmt sein, das heißt, es müssen aus ihm allein alle wesentlichen Merkmale der beabsichtigten Regelung ersehen werden (Prinzip der Vorausbestimmung des Verordnungsinhaltes durch das Gesetz im Gegensatz zum Prinzip der formalgesetzlichen Delegation; vgl. etwa VfSlg 176, 2223, 2664, 3935, 7945). In der Möglichkeit einer Überprüfung der inhaltlichen Gesetzmäßigkeit der im Verordnungsweg getroffenen Regelung ist das entscheidende Kriterium dafür zu erblicken, dass die maßgebende gesetzliche Bestimmung nicht bloß eine formalgesetzliche Delegation, sondern eine hinreichende materiellrechtliche Determinierung der auf sie zu gründenden Verordnung bildet (VfSlg 1932, 3774, 3994, 4072). Die Grenze zwischen einer noch hinreichenden materiellrechtlichen Determinierung und einer formalgesetzlichen Delegation ist zuweilen nicht leicht zu bestimmen. Entscheidungskriterium ist hier stets die Frage, ob die im Verordnungsweg getroffene Regelung auf ihre inhaltliche Gesetzmäßigkeit überprüft werden kann (VfSlg 2294, 4072 u.a.).

Dabei sind in Ermittlung des Inhaltes des Gesetzes alle zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden auszuschöpfen. Nur wenn sich nach Heranziehung aller Interpretationsmethoden immer noch nicht beurteilen lässt, was im konkreten Fall rechtens ist, verletzt die Norm die in Art 18 B-VG normierten rechtsstaatlichen Erfordernisse (vgl. etwa VfSlg 8395).



2. Unvereinbarkeit des Begriffes „internationale Vorschriften“ in § 73 Abs 1 3. Halbsatz TKG 2003 mit Art 18 Abs 1 und Abs 2 B-VG

Der Verfassungsgerichtshof erachtet in ständiger Rechtsprechung dynamische Verweisungen auf Normen einer anderen Rechtsetzungsautorität als verfassungswidrig, dynamische Verweisungen auf Normen derselben Rechtsetzungsautorität werden jedoch als grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig angesehen; dies freilich unter der Voraussetzung, dass in der verweisenden Norm das Verweisungsobjekt ausreichend bestimmt festgelegt ist (vgl. VfSlg 12.947/1991, 14.606/1996 und die dort angeführte Vorjudikatur) und die verwiesene Norm in einem den österreichischen Gesetzblättern vergleichbaren Publikationsorgan kundgemacht und dabei auf die Fundstelle hingewiesen wurde (vgl. VfSlg 12.293/1990). Der VfGH sieht es jedoch als zulässig an, wenn der Gesetzgeber seine Regelungen an die Regelung einer fremden Rechtsetzungsautorität anknüpft, da dies keine Verweisung sei (VfSlg12.384).

Demnach widerspricht eine globale Verweisung auf die Normen einer anderen Rechtsetzungsautorität ohne genaue Bezeichnung der verwiesenen Norm ebenso dem Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG wie so genannte dynamischen Verweisungen, bei denen die fremde Rechtsetzungsautorität allein den Inhalt der verweisenden Rechtsordnung verändern kann (VfSlg 16.999).

In der Norm des § 73 Abs 1 TKG 2003 über die technischen Anforderungen von Funkanlagen verweist der Gesetzgeber pauschal auf „internationale Vorschriften“, denen Funkanlagen in ihrem Aufbau und ihrer Funktionsweise entsprechen müssen. Damit ist (sind) aber die Norm(en), auf welche in § 73 Abs 1 3. Halbsatz verwiesen wird, nicht ausreichend bestimmt, wird doch daraus in keiner Weise ersichtlich, welche internationalen Vorschriften der Gesetzgeber hier im Auge hat. Vielmehr bedient sich der Gesetzgeber in § 73 Abs 1 TKG 2003 einer Rechtstechnik, bei der er nicht den vollständigen Inhalt der Regelung, die zu vollziehen ist, sprachlich zum Ausdruck bringt, sondern Akte einer (bzw. mehrerer) anderer Rechtsetzungsautorität(en) in die von ihm getroffene Regelung inkorporiert. So wird etwa in den einschlägigen Kommentaren festgehalten, dass „als internationale Vorschriften insbesondere harmonisierte Normen, die im Amtsblatt der EU veröffentlicht worden sind wie ITU Recommendations, CEPT Decisions and Recommendations, ETSI Standards, CEN-CENELEC Standards in Betracht kommen“ [vgl. Stratil (Hrsg.), TKG, 2004, § 73].

Die Bestimmung des § 73 Abs 1 3. Halbsatz TKG 2003 ist wegen der oben ausgeführten Bedenken verfassungswidrig, da sie gegen Art 18 Abs 1 und Abs 2 B-VG verstößt, weil sie eine im Sinne der oben

angeführten Rechtsprechung unzulässige globale Verweisung auf die Normen anderer Rechtssetzungsautoritäten enthält.

3. Unvereinbarkeit der Verordnungsermächtigung gem. § 73 Abs 3 TKG 2003 mit Art 18 Abs 1 und 2 B-VG

*a) Mangelnde Bestimmtheit der verwendeten Rechtsbegriffe*

Wie oben unter Punkt III. A 1 c dargestellt, ist der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie durch § 73 Abs 3 TKG 2003 gesetzlich ermächtigt, dem jeweiligen Stand der Technik entsprechend die näheren Bestimmungen und technischen Voraussetzungen für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen festzusetzen.

An keiner Stelle legt das Gesetz jedoch fest, welche konkreten Voraussetzungen Funkanlagen erfüllen müssen. Lediglich aus Abs 2 leg cit ist ableitbar, dass der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen gewährleistet sein muss. § 73 Abs 3 TKG 2003 enthält jedoch keinerlei spezifische Anhaltspunkte für die Beurteilung der Voraussetzungen von Funkanlagen, die dann zu einer Bewilligung der Funkanlagen führen.

Der Gesetzgeber bedient sich bei der Festlegung der Voraussetzungen lediglich des unbestimmten Gesetzesbegriffes des „Standes der Technik“.

*b) Unbestimmter Rechtsbegriff des Standes der Technik*

Beim Ausdruck "Stand der Technik" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, mit dem aus normativ-juristischer Sicht ein außerrechtlicher Sachverhalt angesprochen wird. Der Bedeutungsinhalt derartiger Technik Klauseln hängt von ihrer jeweiligen gesetzlichen Definition und ihrem jeweiligen fachlichen Umfeld ab (vgl. hierzu ua. Scholz, Technik und Recht, in: Wilke [Hrsg.], Festschrift zum 125-jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, [1984] 691 [707 f]; B. Davy, Grundrechtsgefährdung und Technik. Zum verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz vor atypischen Grundrechtsverletzungen, ZfV 1985, 133 ff; ders., Legalität durch Sachverstand? Zur Bestimmbarkeit von Technik-Klauseln im österreichischen Verwaltungsrecht, ZfV 1982, 345 ff; Krejci, Die Bedeutung der Regeln der Technik im Bauvertragsrecht, in: Rechberger ua. [Hrsg.], Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag. Verfassungsrecht - Privatrecht, [1986] 435 ff;).

Der Begriff "Stand der Technik" ist zwar grundsätzlich ein der Auslegung zugänglicher Begriff, der sich im jeweiligen Zusammenhang objektiv ermitteln lässt (vgl. VfSlg 7052/1973). In der angefochtenen

Norm des § 73 Abs 3 TKG 2003 wird der Begriff „Stand der Technik“ jedoch nicht in einen konkreten Bezug gesetzt, sondern lediglich gefordert, dass dem jeweiligen Stand der Technik die nähere Bestimmungen und technischen Voraussetzungen für Funkanlagen durch Verordnung zu regeln sind. Aus der dem Abs 3 unmittelbar vorangehenden Bestimmung des Abs 2 (§ 73 Abs 2 TKG 2003: „Bei der Errichtung und dem Betrieb ... müssen der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen sowie der ungestörte Betrieb anderer Funkanlagen ... gewährleistet sein ...“) leuchtet zwar die Absicht des Gesetzgebers – Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen – hervor, doch wird diese im Hinblick auf die zu erlassende Verordnung nicht hinreichend determiniert. Dies wird besonders deutlich, zieht man die betriebsanlagenrechtliche Bestimmung des § 359b GewO 1994 als Vergleichsmaßstab heran.

Im Unterschied zu § 359b GewO 1994, welcher bereits Gegenstand einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung war (VfSlg 14.512), wird in § 73 Abs 3 TKG 2003 auf die Ausführung der Funkanlagen, insbesondere deren Beschaffenheit und Wirkungsweise, nicht Bezug genommen. Der Gesetzgeber hat bei der Bestimmung des § 73 Abs 3 TKG 2003 dem Verordnungsgeber keinerlei Anhaltspunkte etwa für die Beurteilung der zulässigen Grenzwerte für elektromagnetische Wellen, welche von Funkanlagen (insbesondere von Mobilfunkanlagen) ausgehen, vorgegeben. Es findet sich keinerlei Konkretisierung der unbestimmten Begriffe der „Bestimmungen“ und „Voraussetzungen“. So bleibt etwa fraglich, ob die „näheren Bestimmungen und Voraussetzungen“ auch Gefährdungen aufgrund der konkreten Aufstellung einer Funkanlage regeln sollen bzw. inwieweit von diesen Voraussetzungen auch Gefährdungen, die sich aufgrund der Summation der Strahlungen mehrerer Funkanlagen in einem bestimmten Umkreis ergeben können, erfasst sind. Mit dem Abstellen auf den Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen sowie des ungestörten Betriebes anderer Funkanlagen und Telekommunikationseinrichtungen wird die Entscheidung des Verordnungsgebers jedenfalls nicht hinreichend determiniert.

§ 73 Abs 3 TKG 2003 verstößt daher wegen dieser Unbestimmtheit gegen Art 18 Abs 1 und Abs 2 B-VG, weswegen seine Aufhebung wegen Verfassungswidrigkeit beantragt wird.

### **VIII. Untrennbarer Zusammenhang zwischen § 2 Abs 3 TKG 2003 und den angefochtenen Bestimmungen der §§ 74 Abs 1 und Abs 3, 73 Abs 1 und Abs 3 TKG 2003**

Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH müssen die Grenzen der Aufhebung einer in Prüfung stehenden Gesetzesbestimmung so gezogen werden, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden

Gesetzesstelle in einem untrennbaren Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfasst werden (vgl. VfSlg 6674). Diese Judikatur beruht auf dem Grundgedanken, dass ein Gesetzesprüfungsverfahren dazu führen soll, die geltend gemachte Verfassungswidrigkeit – wenn sie tatsächlich vorläge – zu beseitigen, dass aber der nach der Aufhebung verbleibende Teil des Gesetzes möglichst nicht mehr verändert werden soll, als zur Bereinigung der Rechtslage unbedingt notwendig ist, dass also keine oder möglichst wenige Regelungen aufgehoben werden sollen, gegen die sich die vorgebrachten Bedenken nicht richten.

Zwischen den angefochtenen Bestimmungen der §§ 74 Abs 1 und Abs 3, 73 Abs 1 und Abs 3 TKG 2003 und dem § 2 Abs 3 TKG 2003, nach welchem auf das Anbieten von Kommunikationsdiensten und das Betreiben von Kommunikationsnetzen die Gewerbeordnung 1994, BGB Nr 194/1994 keine Anwendung findet, besteht nach Auffassung der AntragstellerInnen ein derartiger untrennbarer Zusammenhang. Diese Bestimmung unterstützt die Verfassungswidrigkeit der eigentlichen Kernbestimmungen zu den technischen Anforderungen an Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen sowie zur Errichtung und zum Betrieb von Funkanlagen.

Im Hinblick darauf, dass ein Normenprüfungsverfahren dazu führen soll, eine festgestellte Rechtswidrigkeit zu beseitigen, muss der Anfechtungsumfang daher auch die Bestimmung des § 2 Abs 3 TKG 2003 umfassen, da ansonsten die beantragte Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen der §§ 73 Abs 1 und Abs 3 sowie § 74 Abs 1 und Abs 3 TKG 2003 dazu führen würde, dass entgegen der offenkundigen Intention des Gesetzgebers kein wie immer geartetes Bewilligungsverfahren für die Errichtung und den Betrieb für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen normiert wäre und die aufgezeigte Verfassungswidrigkeit der angefochtenen bzw. aufgehobenen Bestimmungen (mangels Vorliegens jeglichen Bewilligungsverfahrens ) fortbestehen würde. Lediglich aus Gründen der prozessualen Vorsicht wird eventualiter die Aufhebung der §§ 74 Abs 1, Abs 3 und § 73 Abs 3 TKG 2003 ohne gleichzeitigem Antrag auf Aufhebung des § 2 Abs 3 TKG 2003 gestellt.

## **IX. Anträge**

Die unter Punkt II angeführten Bestimmungen sind daher nach Auffassung der AntragstellerInnen aus den in den Punkten III – VIII dargelegten Gründen verfassungswidrig. Die einschreitenden Abgeordneten stellen daher den

**ANTRAG,**

**1.** § 74 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 und § 2 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 jeweils zur Gänze, aus den in den Punkten IV und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 7 B-VG, *in eventu* aus den in den Punkten V und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 8 EMRK, *in eventu* aus den in den Punkten VI und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 6 EMRK

***in eventu***

§ 74 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 zur Gänze und den Ausdruck „das Anbieten von Kommunikationsdiensten und“ in § 2 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003, aus den in den Punkten IV und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 7 B-VG, *in eventu* aus den in den Punkten V und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 8 EMRK, *in eventu* aus den in den Punkten VI und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 6 EMRK

***in eventu***

§ 74 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 zur Gänze und den Ausdruck „und das Betreiben von Kommunikationsnetzen“ in § 2 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003, aus den in den Punkten IV und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 7 B-VG, *in eventu* aus den in den Punkten V und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 8 EMRK, *in eventu* aus den in den Punkten VI und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 6 EMRK

***in eventu***

§ 74 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 zur Gänze, aus den in Punkt IV dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 7 B-VG, *in eventu* aus den in Punkt V dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 8 EMRK, *in eventu* aus den in Punkt VI dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 6 EMRK

**2.** § 74 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 und § 2 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 jeweils zur Gänze, aus den in den Punkten IV und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 7 B-VG, *in eventu* aus den in den Punkten V und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 8 EMRK, *in eventu* aus den in den Punkten VI und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 6 EMRK

***in eventu***

§ 74 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 zur Gänze und den Ausdruck „das Anbieten von Kommunikationsdiensten und“ in § 2 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003, aus den in den Punkten IV und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 7 B-VG, *in eventu* aus den in den Punkten V und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 8 EMRK, *in eventu* aus den in den Punkten VI und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 6 EMRK

***in eventu***

§ 74 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 zur Gänze und den Ausdruck „und das Betreiben von Kommunikationsnetzen“ in § 2 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003, aus den in den Punkten IV und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 7 B-VG, *in eventu* aus den in den Punkten V und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 8 EMRK, *in eventu* aus den in den Punkten VI und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 6 EMRK

***in eventu***

§ 74 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 zur Gänze, aus den in Punkt IV dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 7 B-VG, *in eventu* aus den in Punkt V dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 8 EMRK, *in eventu* aus den in Punkt VI dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 6 EMRK

**3.** § 73 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 und § 2 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 jeweils zur Gänze, aus den in den Punkten IV und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 7 B-VG, *in eventu* aus den in den Punkten V und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 8 EMRK, *in eventu* aus den in den Punkten VI und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 6 EMRK

***in eventu***

§ 73 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 zur Gänze und den Ausdruck „das Anbieten von Kommunikationsdiensten und“ in § 2 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003, aus den in den Punkten IV und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 7 B-VG, *in eventu* aus den in den Punkten V und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 8 EMRK, *in eventu* aus den in den Punkten VI und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 6 EMRK

***in eventu***

§ 73 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 zur Gänze und den Ausdruck „und das Betreiben von Kommunikationsnetzen“ in § 2 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003, aus den in den Punkten IV und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 7 B-VG, *in eventu* aus den in den Punkten V und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 8 EMRK, *in eventu* aus den in den Punkten VI und VIII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 6 EMRK

***in eventu***

§ 73 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 zur Gänze, aus den in Punkt IV dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 7 B-VG, *in eventu* aus den in Punkt V dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 8 EMRK, *in eventu* aus den in Punkt VI dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 6 EMRK, *in eventu* aus den in Punkt VII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 18 Abs 1 und Abs 2 B-VG

4. den Ausdruck „*und den nach den internationalen Vorschriften zu fordernden Voraussetzungen*“ in § 73 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr. 70/2003 aus den in Punkt VII dargestellten Bedenken wegen des Verstoßes gegen Art 18 Abs 1 und Abs 2 B-VG

als verfassungswidrig aufzuheben.

Unter Verweis auf die unter den Punkten III - VIII angeführten Ausführungen wird daher an den Verfassungsgerichtshof in formeller Hinsicht gestellt die

**Anregung,**

gemäß Art 140 Abs 5 B-VG für das Außerkrafttreten der aufgehobenen Gesetzesbestimmungen eine Frist zu setzen, und

gemäß Art 140 Abs 6 B-VG auszusprechen, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Wirksamkeit treten, da durch ein Wiederinkrafttreten dieser die verfassungswidrige Rechtslage nicht beseitigt wird.

Wien, am 27.10.2006

Univ. Prof. Dr. Alexander van der Bellen  
Mag. Johann Maier