

Mobilfunkanlagen – ein rechtlicher Überblick*

Rechtsanwalt Dr. Wolf R. Herkner, Lindlar

A. Grundlagen

Welcher rechtliche Rahmen für Mobilfunkanlagen besteht und welche Möglichkeiten betroffenen Anwohnern und Kommunen eröffnet sind, soll in dieser Einführung aufgezeigt werden. Ausführlich: www.kanzlei-herkner.de/service/juri/mobilfunk.htm und in Vorbereitung: *Herkner*, Mobilfunkanlagen – Rechte der Nachbarn und Kommunen, Berlin 2006.

I. Der sog. Versorgungsauftrag

Das Mobilfunknetz wird immer dichter. Auf den GSM-Standard folgt UMTS. Lizenzen haben erworben: DeTeMobil Deutsche Telekom MobilNet GmbH; E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG; Mannesmann Mobilfunk GmbH; MobilCom Multimedia GmbH; Quam Group 3G UMTS GmbH; VIAG Interkom GmbH & Co. Netzbetreiber in Deutschland sind die Telekom-Tochter T-Mobile (D1), Vodafone (D2), E-Plus (E+) und O2 (E2), wobei die O 2 (Germany) GmbH & Co. OHG im Mai 2002 aus der VIAG Interkom hervorgegangen ist. Bundesweit waren schon Anfang 2005 für UMTS 33.400 Basisstationen an 22.900 Standorten errichtet. Mit dieser Zahl, so die Bundesregierung in ihrer Antwort auf eine Kleine Anfrage am 29.4.2005, war die lizenzvertragliche Auflage zur Versorgung von 50 % der Bevölkerung bis 31.12.2005, auf die sich die Betreiber zur Rechtfertigung des forcierten Ausbaus stützen, frühzeitig erfüllt. Darüber ist man nun sogar längst hinaus, und doch sollen rund 15.000 weitere Standorte hinzukommen (teils spricht man auch von bis zu 60.000), obwohl der Lizenzgeber (RegTP/BNetzA, s. II) selbst diesen Versorgungsgrad nicht auf die Fläche der BRD, sondern eben auf eine gewisse Prozentzahl der Bevölkerung bezieht, so daß die Versorgung immer unter 100 % betragen und es deshalb in Deutschland weiter „weiße Flecken auf der Landkarte“ geben wird, dies ist in Kauf zu nehmen. Anmerkung: Jede Basisstation versorgt ein begrenztes Gebiet, die sog. Funkzelle, deren Durchmesser von unter 100 m in Innenstädten bis zu mehreren km auf dem Land beträgt. Die Betreiber streben eine möglichst „nutzernahe Versorgung“ an, daher bleiben auch Wohngebiete nicht verschont. Danach, ob und ggf. wie die örtliche Bevölkerung „versorgt“ werden will, fragen die Betreiber nicht. Umfragen wie in Attendorn vom Oktober 2005 zeigen aber, daß der Bedarf deutlich überschätzt wird. Dabei ist aber ohnehin die „Versorgungspflicht“ aus dem Lizenzvertrag in Anführungszeichen zu setzen, weil den Betreibern damit weder eine öffentliche Aufgabe noch die Wahrnehmung öffentlicher Belange übertragen wurde (BayVGH v. 18.3.2003).

Dennoch beruft man sich auf Betreiberseite immer noch auf einen sogar verfassungsrechtlichen Versorgungsauftrag. Für die Telekommunikation gilt Art. 87 f GG. Nach dessen Abs. 1 hat der Bund, ggf. durch private Anbieter (Abs. 2 S. 1), im Bereich der Telekommunikation „flächendeckend angemessene und ausreichende

* Skriptum zum Vortrag des Verf. auf der Veranstaltung der BI Mobilfunk Lindlar am 9.5.2006. Es gibt die Meinung des Verf. wieder und ist urheberrechtlich geschützt.

Dienstleistungen“ zu erbringen. Es wird allgemein, besonders auf Betreiberseite, davon ausgegangen, daß Art. 87 f GG auch den Mobilfunk erfasse. Hiergegen spricht aber, daß der digitale Mobilfunk noch nicht einmal im Katalog der Universaldienstleistungen enthalten ist (§ 1 der Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung v. 30.1.1997 = § 78 des TKG in der Fassung v. 22.6.2004). Aus diesem Grunde sieht der BayVGH einen Netzbetreiber auch nicht als am Bebauungsplanverfahren zu beteiligenden Träger öffentlicher Belange i.S.v. § 4 Abs. 1 S. 1 BauGB. Die „flächendeckend angemessene und ausreichende“ Telekommunikationsversorgung erfolgt durch das Festnetz, Mobilfunk ist etwas anderes, von ihm war auch in der Begründung des Gesetzesentwurfs v. 14.4.1994 keine Rede, seine Verbreitung beruht nicht auf einem öffentlichen Versorgungsauftrag.

Selbst wenn man – allenfalls für GSM – die Einschlägigkeit des Art. 87 f GG unterstellen will: Nur eine Grundversorgung ist zu leisten, so der Gesetzgeber selbst (vorgen. BT-Drs. v. 14.4.1994). Das GSM-Netz ist längst (fast) lückenlos dicht, so werben die Betreiber selbst auf ihren Webseiten. Mit UMTS erfolgt aber vor allem Datentransfer. In Fachkreisen werden die Betreiber deshalb schon ermahnt, sich darauf zu besinnen, daß die Kommunikation deren Geschäft ist (*Foggin*). Mahnend auch das OVG Münster (7. Senat) in einem Beschluß v. 6.5.2005: Den Betreibern ist „kein Freibrief“ erteilt, ... die konkrete Konzeption und Ausgestaltung ihres Netzes ... ausschließlich an einer Optimierung funktechnischer und betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte auszurichten“.

II. Zuständige Körperschaften

Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) in Bonn war aus dem Bundesministerium für Post und Telekommunikation (BMPT) und dem Bundesamt für Post und Telekommunikation (BAPT) hervorgegangen, ist eine im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWt), zuvor Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA), selbständige Bundesoberbehörde, die seit 13.7.2005 in „Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen“ (BNetzA) umbenannt ist. Sie erteilt die Standortbescheinigungen, dazu unten III 2.

Strahlenschutzkommission (SSK): Sie trat am 17./18.10.1974 zusammen. Seit dem 6.6.1986 berät sie nach Änderung der Zuständigkeit das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit. Bundesumweltminister *Trittin* hat am 22.12.1998 die SSK in der Zusammensetzung von 1998 aufgelöst, im Bundesanzeiger v. 9.1.1999 wurde dann eine neue Satzung veröffentlicht. Am 11.3.1999 wurden die neuen Mitglieder der Reaktor-Sicherheitskommission (RSK) und der SSK benannt. Am 6.5.1999 fand die konstituierende Sitzung der neubesetzten SSK statt.

Das Bundesamt für Strahlenschutz (BfS) ist eine organisatorisch selbstständige wissenschaftlich-technische Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesumweltministeriums. Gegründet wurde das BfS am 1.11.1989 mit dem Ziel, Kompetenzen auf den Gebieten Strahlenschutz, kerntechnische Sicherheit, Transport und Verwahrung von Kernbrennstoffen sowie Endlagerung radioaktiver Abfälle zu bündeln (Gesetz über die Errichtung eines Bundesamtes für Strahlenschutz v. 9.10.1989).

Baurechtliche Genehmigungen: Untere Bauaufsichtsbehörde – in kreisangehörigen Gemeinden also der Landrat.

Gemeinde selbst: Einvernehmen (C II 3) und vor allem Bauleitplanung (C V).

III. Spezielle gesetzliche und untergesetzliche Regelungen

Für die Errichtung und den Betrieb von Mobilfunkbasisstationen gelten einige besondere gesetzliche Bestimmungen, im übrigen muß man dem Thema mit den allgemeinen, vor allem baurechtlichen Vorschriften beikommen.

1. 26. BImSchV

Die 26. Durchführungsverordnung (BImSchV) hat die Bundesregierung der 13. Wahlperiode erlassen aufgrund § 23 Abs. 1 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) und steht in Kraft seit dem 1.1.1997.

a) Grenzwerte und ihr Zustandekommen

Mobilfunk setzt Elektromagnetismus frei, dessen Intensität man zumeist mit der sog. Leistungsflußdichte angibt (Watt pro Quadratmeter = W/m^2). Die Werte, je nach Frequenz (in MHz): bei 900 (GSM) = D-Netz 4.650 Milliwatt pro Quadratmeter (mW/m^2), bei 1.800 (GSM) = E-Netz 9.000 mW/m^2 und bei 2.000 (UMTS) 10.000 mW/m^2 . Unterhalb dessen sollen keine gesundheitlichen Gefahren bestehen, so u.a. die SSK. Gestützt sind diese Werte weitestgehend auf den Empfehlungen der sog. Internationalen Strahlenschutzkommission für nichtionisierende Strahlung (ICNIRP), eines eingetragenen Vereins mit Sitz in Oberschleißheim bei München, der die Arbeit des sog. Komitees für nichtionisierende Strahlen der Internationalen Strahlenschutzvereinigung (IRPA/INIRC) seit 1992 fortsetzte. Bei der ICNIRP soll es sich um ein „anerkanntes unabhängiges internationales Fachgremium“ handeln (Antwort der Bundesregierung v. 10.04.2001 auf eine Kleine Anfrage von Abgeordneten und der Fraktion der PDS). Sie „bezieht die Legitimation zur wissenschaftlichen Bewertung der gesundheitlichen Wirkungen nichtionisierender Strahlen zur Begrenzung der Exposition allein aus der Fachkompetenz der Mitglieder“ (Antwort der Bundesregierung v. 18.12.2001 auf eine Kleine Anfrage u.a. der PDS-Fraktion v. 27.11.2001). Mit ihren Empfehlungen bestätigt sie die Einschätzung verschiedener nationaler Kommissionen, die nun ihrerseits wieder bestätigend auf die ICNIRP verweisen können. Diese Gegenseitigkeit ist nicht weiter verwunderlich, da sich in den verschiedenen „Kommissionen“ weitgehend die gleichen Wissenschaftler treffen. So nahm 1996 *J. H. Bernhardt* vom BfS, in dessen Institut für Strahlenhygiene sich auch das Sekretariat befindet, den Vorsitz ein und wechselte der Gründungsvorsitzende *M. H. Repacholi* in die Leitung des EMF-Programms der Weltgesundheitsorganisation (WHO). Das Kürzel EMF steht für „elektromagnetische Felder“.

Die ICNIRP-Richtlinien für die Begrenzung der Exposition durch statische sowie zeitlich veränderliche elektrische, magnetische und elektromagnetische Felder enthalten auch Grenzwerte für diejenigen Frequenzbereiche, die in der 26. BImSchV noch nicht abgedeckt sind. Die SSK will sich davon überzeugt haben, daß diese Grenzwertempfehlungen den aktuellen Kenntnisstand der Risikobewertung bei einer Exposition durch elektrische, magnetische und elektromagnetische Felder (bis 300 GHz) berücksichtigen. Sie empfiehlt daher, das von der ICNIRP vorgeschlagene Grenzwertkonzept für die Risikobewertung *aller* in unserer Umgebung vorkommenden Expositionsquellen anzuwenden (158. Sitzung am 17./18.12.1998, publiziert 1999).

Einen Besuch wert ist die private Homepage www.ralf-woelfle.de/elektrosmog/. Aufbereitete wissenschaftliche Berichte bietet die RWTH Aachen unter der Adresse www.emf-portal.de.

b) Kritik: fehlende Vorsorge

Die Werte der Verordnung wurden, so die Kritik, an technischen Modellen entwickelt, beurteilen nur den Energieeintrag, nicht die Charakteristik der Quelle und berücksichtigen ausschließlich gut reproduzierbar nachgewiesene Spontaneffekte (solche innerhalb von 6 Minuten) der magnetischen Wechselfelder, und zwar nur körpererwärmende, nicht auch athermische, biochemisch-neurologische. Denn der Grenzwertfestsetzung liegt die Energieabsorption als Bezugsgröße zugrunde, die als spezifische Absorptionsrate (SAR) in Watt pro Kilogramm Körpermasse angegeben wird (Gesetzesbegründung, BR-Drs. v. 22.5.1996). Dieser SAR-Wert soll maßgeblich sein, obwohl er – wie sogar in der Begründung zugestanden wird – „in der Praxis am Menschen nicht gemessen werden“ kann. *L. von Klitzing*, Umweltphysiker, bemüht hier in seinen Vorträgen immer gerne den universalgelehrten *Goethe*: „... und das ist eben das größte Unheil der neuern Physik, daß man die Experimente gleichsam vom Menschen abgesondert hat und bloß in dem, was künstliche Instrumente zeigen, die Natur erkennen ... will“ (Maximen und Reflektionen zur Naturwissenschaft).

Siehe VG Hamburg, nicht rechtskräftiger Beschluß v. 1.7.2003: Zweifel an der ausreichenden Eignung der Grenzwerte für den Gesundheitsschutz „im Vordringen“.

Der BGH und grds. alle mit dem Problem befaßten Gerichte führen dagegen einen Nichtannahmebeschluß des BVerfG v. 28.2.2002, ohne sich mit diesem auseinanderzusetzen. Durch dieses stereotype Zitieren entsteht eine „ständige Rechtsprechung“. Das BVerfG hatte einen weiten Spielraum des Ordnungsgebers und – *derzeit* – eine bloß „hypothetische Gefährdung“ gesehen. So auch ein weiterer Beschluß v. 8.12.2004.

Der Staat muß aber Vorsorge leisten, Art. 20 a GG. Eine Vorsorgepflicht dient nicht dem Schutz vor konkret bzw. belegbar schädlichen Umwelteinwirkungen, sondern beugt dem Entstehen derselben generell vor. Für einen Vorsorge-Faktor bspw. VGH Kassel am 30.12.1994, nach Inkrafttreten der Verordnung aufgegeben (Beschluß v. 29.7. 1999). Vorsorge wird aber auch in dem Ermächtigungsgesetz gefordert (§ 23 Abs. 1 BImSchG; vgl. allg. 1 Abs. 1 BImSchG und für genehmigungspflichtige Anlagen § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG). In der Verordnung findet sie sich aber für den Hochfrequenzbereich (Mobilfunk) nicht wieder.

Anders die Hauptempfehlung des federführenden Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit. Diese hatte gelautet:

„In § 4 ist nach der Überschrift folgender Absatz 1 einzufügen: Bei der Errichtung oder wesentlichen Änderung von Hochfrequenzanlagen in der Nähe von Wohnungen, Krankenhäusern, Schulen, Kindergärten, Kinderhorten, Spielplätzen oder ähnlichen Einrichtungen sollen zum Zwecke der Vorsorge über § 2 hinaus weitergehende Maßnahmen zur Verminderung der elektrischen und magnetischen Feldstärke getroffen werden.“

Dem widersprach der Wirtschaftsausschuß ausdrücklich. Ihm zufolge entbehrt die o.g. Empfehlung „jeder wissenschaftlichen Grundlage“ und führe überdies „zu erheblichen Rechtsunsicherheiten“.

Vorsorge hat also bei der Ableitung der Grenzwerte keine Rolle gespielt: Das bestätigte die Bundesregierung in der Antwort v. 4.1.2002 auf eine Große Anfrage einiger Angeordneter und der Fraktion der CDU/CSU sowie am 13.2.2004 der BGH in zwei Entscheidungen. Man kann also vertreten, daß die Verordnung wegen Verletzung des Untermaßverbots, Art. 80 Abs. 1 GG, nichtig ist (so *Kniep*).

Wann ist nun aber Vorsorge zu treffen? Eine Literaturstimme (*Köck*): Wenn „ein Risikowissen als vorsorgebedürftiges Besorgnispotential“ und damit „schutzpflichtauslösend“ zu bewerten ist. Wann soll das wiederum der Fall sein?

(1) Exkurs AtomG: Kalkar-Entscheidung des BVerfG

Vor dem Mobilfunk wurde die Gesundheits- und Umweltschutzvorsorge insbes. bei der Atom- und Windenergie thematisiert. In der Kalkar-Entscheidung zum AtomG v. 8.8.1978 führte das BVerfG allgemeingültig aus:

„Will der Gesetzgeber die Möglichkeit künftiger Schäden durch die Errichtung oder den Betrieb einer Anlage oder durch ein technisches Verfahren abschätzen, ist er weitgehend auf Schlüsse aus der Beobachtung vergangener tatsächlicher Geschehnisse auf die relative Häufigkeit des Eintritts und den gleichartigen Verlauf gleichartiger Geschehnisse in der Zukunft angewiesen; fehlt eine hinreichende Erfahrungsgrundlage hierfür, muß er sich auf Schlüsse aus simulierten Verläufen beschränken. Erfahrungswissen dieser Art, selbst wenn es sich zur Form des naturwissenschaftlichen Gesetzes verdichtet hat, ist, solange menschliche Erfahrung nicht abgeschlossen ist, immer nur Annäherungswissen, das nicht volle Gewißheit vermittelt, sondern durch jede neue Erfahrung korrigierbar ist und sich insofern immer nur auf dem neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums befindet. Vom Gesetzgeber im Hinblick auf seine Schutzpflicht eine Regelung zu fordern, die mit absoluter Sicherheit Grundrechtsgefährdungen ausschließt, die aus der Zulassung technischer Anlagen und ihrem Betrieb möglicherweise entstehen können, hieße die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens verkennen und würde weithin jede staatliche Zulassung der Nutzung von Technik verbannen. Für die Gestaltung der Sozialordnung muß es insoweit bei Abschätzungen anhand praktischer Vernunft bewenden. Was die Schäden an Leben, Gesundheit und Sachgütern anbetrifft, so hat der Gesetzgeber durch die in § 1 Nr. 2 und in § 7 Abs. 2 AtomG niedergelegten Grundsätze der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge einen Maßstab aufgerichtet, der Genehmigungen nur dann zuläßt, wenn es nach dem Stand von Wissenschaft und Technik praktisch ausgeschlossen erscheint, daß solche Schadensereignisse eintreten werden. Ungewißheiten jenseits dieser Schwelle praktischer Vernunft haben ihre Ursache in den Grenzen des menschlichen Erkenntnisvermögens; sie sind unentrinnbar und insofern als sozial-adäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen.“

(2) Folgerungen für den Mobilfunk

Anmerkung: Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG darf die Genehmigung von ortsfesten Anlagen zur Erzeugung, Bearbeitung, Verarbeitung oder zur Spaltung von Kernbrennstoffen usw. errichtet, betrieben oder sonst innehat oder die Anlage oder ihren Betrieb wesentlich verändert, nur erteilt werden, wenn „die nach dem Stand von Wissen-

schaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage getroffen ist“. Es besteht also eine klare Regelung des Vorsorgeprinzips. Ähnlich ja der – erfolglose – Umweltausschuß zum Mobilfunk (s.o.). Das übergeordnete BImSchG verlangt Vorsorge, die untergesetzliche Ausführungsverordnung kommt dem nicht nach. Schon deshalb darf man nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß Schädigungen durch Mobilfunk „praktisch ausgeschlossen“ sind. Zur pathogenen Wirkung wurden zahlreiche Studien vorgelegt: u.a. INTERPHONE; Naila; REFLEX; TNO. Die Bundesregierung teilt zwar mit, kontinuierlich zu prüfen, ob die Schutzziele der Verordnung in Anbetracht der neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse tatsächlich erreicht werden. Zur niederländischen TNO heißt es aber, die Schlußfolgerung, UMTS-Befeldung führe zu einer Verschlechterung des Wohlbefindens, sei derzeit „nicht nachvollziehbar“ (BT-Drs. v. 29.4.2005). Auch das BfS fordert Wiederholungsstudien. Die TNO-Wiederholung in der Schweiz ist bereits seit ca. September 2005 abgeschlossen, wird aber noch zum Zweck der Publikation überarbeitet. Die SSK sieht in allen Studien abwertend nur „Hinweise“. Diese sollen für eine Vorsorge nicht reichen. Vorsorgemaßnahmen dürfen nicht „ins Blaue hinein“ erfolgen, „Restrisiken“ nicht „zu vernachlässigen“, die Gefahr darf nicht bloß „rein hypothetisch“ sein. Man wird also einen Anfangsverdacht fordern, diesen aber auch genügen lassen können (vgl. BayVGH v. 8.7.1997). Der Begriff stammt eigentlich aus dem Strafprozeßrecht: Es muß nach den kriminalistischen Erfahrungen als möglich erscheinen, daß eine verfolgbare Straftat vorliegt; er muß schon in konkreten Tatsachen bestehen, wobei auch entfernte Indizien reichen, nicht aber bloße Vermutungen. Ebenso läßt sich der polizeiliche Begriff des Gefahrenverdachts verwenden. Man kommt m.E. nicht umhin, davon auszugehen, daß diese Schwelle überschritten ist, und zwar aus folgenden Gründen: Da die Betreiber ihre Anlagen im Zuge des Netzausbaus auch kleinräumig nahezu flächendeckend einrichten wollen, ist möglicherweise die Gesundheit eines beträchtlichen Teils der Bevölkerung betroffen. Der Präsident des BfS, König, betonte auch mehrfach, daß Handlungsbedarf im Sinne der Vorsorge besteht. Wenn die Gerichte nicht nur für die Gefahrenabwehr, sondern auch für Maßnahmen zur Risikovorsorge den Beweis auch eines Ursachenzusammenhangs von Strahlung für Erkrankungen fordern, geht das zu weit und ist zu streng. Denn die diskutierten Krankheiten sind individuell und – von der Schlafstörung bis zum Krebs – nicht monokausal. Daher ist auch sinnwidrig, athermischen Effekten jede Relevanz für das „biologische System Mensch“ abzusprechen, solange man hierfür nicht ein entsprechendes Wirkungsmodell liefert.

Zur Medizin, sehr kritisch: *H.-Ch.Scheiner/A. Scheiner*, „Mobilfunk, die verkaufte Gesundheit“, Peiting 2006.

Wie kann oder muß man Vorsorge dann treffen? Es ist auf absehbare Zeit eher nicht damit zu rechnen, daß die Grenzwerte verschärft werden, auch wenn sie die EU-Kommission dieses Jahr auf den Prüfstand stellen sollte. Angesichts des möglicherweise befangenen machenden Versteigerungserlöses und auch der finanziellen Zuschüsse der „Lobby“ zur Mobilfunkforschung (immerhin 50 % = 8,5 Millionen Euro für den Zeitraum von 2002 bis 2005) darf man eine kritische Grundhaltung ggü. dem bundespolitischen Einsatz für den Gesundheitsschutz vor elektromagnetischer Strahlung einnehmen. Die „Selbstverpflichtungen“ leisten auch keinen verlässlichen Beitrag zur Vorsorge (s.u. 4). Gerade dies bestärkt die Kommunen in ihrer Befugnis, ja Pflicht, Immissionsminimierung durch Bauleitplanung zu betreiben (C V).

c) Vorsorgewerte

Hinweis vorweg: seriöse Meßgutachten stellen die Ergebnisse in Grenz- und Vorsorgewerten gegenüber.

Das sog. Salzburger Modell der Landessanitätsdirektion von 1998 verlangt, daß der summierte Immissionswert aller Mobilfunkanlagen erzeugten elektromagnetischen Felder unter Zugrundelegung der tatsächlichen Leistung der Anlage an der Außenseite des nächstgelegenen Wohnhauses 1 mW/m² Leistungsflußdichte nicht übersteigen dürfe. Im Februar 2002 wurde aufgrund von "empirischen Erkenntnissen der letzten Jahre" eine erneute Senkung vorgeschlagen, nämlich für Innenräume auf einen Wert von 1 µW = Mikrowatt/m² und im Freien ein Höchstwert von 10 µW/m².

Schon im Jahr 2000 hat das ECOLOG-Institut, eine gGmbH mit Sitz in Hannover – im Auftrag von „T-Mobil“ – den weltweiten Forschungsstand in einer Literaturstudie analysiert und eine maximale Leistungsflußdichte von 10 mW/m² empfohlen (www.ecolog-institut.de und dort Technik & Umwelt, Unterrubrik Mobilfunk & Gesundheit). Der Auftraggeber nahm prompt von einer Veröffentlichung Abstand, dies übernahm ECOLOG dann selbst. Die Referenzliste weist auch (oder gerade) nach o.g. Studie reichlich Prominenz aus: Zu seinen Projektförderern zählt das Institut u.a. das BfS, zu den Auftraggebern u.a. das Landesumweltministerium NRW. Seine Ratschläge dürfen m.E. also nicht minder ernst genommen werden als die des ICNIRP e.V.

In der Schweiz sind die rechtlichen Rahmenbedingungen zum Aufbau und Betrieb von Mobilfunkanlagen durch die "Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung" (NISV) v. 23.12.1999 sowie kantonal- bzw. gemeindespezifische baurechtliche Vorschriften gegeben. Die Grenzwerte dieser Verordnung entsprechen den ICNIRP-Richtlinien, jedoch wurden für sog. "Orte mit empfindlicher Nutzung" reduzierte Anlagengrenzwerte eingeführt, welche dadurch einen Vorsorgecharakter aufweisen, so 4 V/m elektr. Feldstärke bei GSM 900, was einer Leistungsflußdichte von ca. 42 mW/m² entspricht. Die deutschen Grenzwerte liegen also um den Faktor 100 darüber.

2. BEMFV

Aufgrund der §§ 12 und 16 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzes über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen (FTEG) v. 31.1.2001 erließ die Bundesregierung am 20.8.2002 die Verordnung über das Nachweisverfahren zur Begrenzung elektromagnetischer Felder (BEMFV): Standortbescheinigung, kurz: STOB (§ 4), ihre Erteilung (§ 5), Widerruf und Erlöschen (§ 7 Abs. 1: Widerruf bei Änderung der Grenzwerte; Abs. 2: Erlöschen bei Ausdehnen des Sicherheitsabstands, Nr. 1 bei geänderten techn. Parametern und Nr. 2 bei Änderung des Umfelds des Standorts). Zuständig ist die BNetzA. Die Bescheinigung ist ein Verwaltungsakt, also anfechtbar (Bundesbehörde, daher Gegner BRD). Ratsam ist Akteneinsicht und Prüfung durch einen anerkannten Physiker, denn in der Tat zeigt die Praxis „eine merkwürdige Nachlässigkeit bei der Ausstellung“ (*Kukk*). Das Akteneinsichtsrecht, und zwar grds. auch Fertigung von Kopien, begründen § 29 VwVfG und § 4 Abs. 1 des Umweltinformationsgesetzes (UIG).

Es wird seit 2002 eine Standortdatenbank geführt, die zunächst nur für die Kommunen, seit dem 23.1.2004 auch für jedermann online einsehbar ist: www.bundesnetz

agentur.de. Diese Datenbank beinhaltet nur die in Betrieb befindlichen und mit einer Bescheinigung versehenen Standorte sowie außerdem Meßorte der sog. EMF-Meßreihen der Landesumweltministerien. „Hinweise zur Durchführung“ der 26. BImSchV hat der Länderausschuß für Immissionsschutz, LAI, im März 2004 vorgelegt, siehe www.lai-immissionsschutz.de (Mitglieder sind die für den Immissionsschutz zuständigen Behörden der Länder und das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit).

3. Mobilfunk-Erlasse

Der „Baurechtliche Beurteilung von Mobilfunkanlagen“ überschriebene Runderlaß v. 10.10.2002 des früheren Landesministeriums für Städtebau NRW (seit dem Regierungswechsel 2005 ist die u.a. für den Mobilfunk zuständige Abteilung im neu gebildeten Ministerium für Bauen und Verkehr eingegliedert) enthielt Vorgaben für die Genehmigungsbehörden, wurde aber im März 2005 zusammen mit dem zweiten Erlaß v. 11.4.2003 ersatzlos aufgehoben, weil man schlicht keinen Bedarf mehr sah (anders bspw. in Hessen, wo ein aus zwei Teilen bestehender Erlaß von 2003 fortbesteht).

4. Sog. Selbstverpflichtungen

- „Vereinbarung über den Informationsaustausch und die Beteiligung der Kommunen beim Ausbau der Mobilfunknetze“ zwischen den kommunalen Spitzenverbänden und den 6 UMTS-Lizenznehmern v. 5.7.2001 mit Stand v. 9.7.2001, auch sog. Verbändevereinbarung, nebst „Hinweisen und Informationen“ v. 6.6.2003;
- „Maßnahmen zur Verbesserung von Sicherheit und Verbraucher-, Umwelt- und Gesundheitsschutz, Information und vertrauensbildende Maßnahmen beim Ausbau der Mobilfunknetze“ v. 5.12.2001, kurz sog. Selbstverpflichtung;
- „Effektiver Netzausbau unter Beachtung von Vorsorge, Transparenz und Kooperation“ v. 17.7.2003, sog. Mobilfunkvereinbarung NRW.

In diesen Dokumenten ist von Kooperation, Partizipation und Transparenz die Rede. Solche „Selbstverpflichtungen“ sind aber „normersetzend“. Die Bezeichnung als „Verpflichtung“ und „Vereinbarung“ ist daher irreführend. Es werden keine durchsetzbaren Rechte der Bürger und Gemeinden begründet. Im o.g. Mobilfunkerlaß v. 10.10.2002 hieß es immerhin einmal, bei der Vermeidung einer Ortsbildbeeinträchtigung: „vgl. die Vereinbarung ... vom 5. Juli 2001“.

Die Betreiber dagegen sehen Pflichten der Gemeinden, insbes. wenn es darum geht, daß diesen eine „Frist“ von 8 Wochen zur Stellungnahme und Erörterung der Baumaßnahme gegeben wird, nach deren Ablauf man von Desinteresse an einer Beteiligung ausgehen könne. Innerhalb von nur 8 Wochen ist es aber nicht möglich, selbst Begutachtungen vorzunehmen, die Beschlußfassungen in Ausschüssen, Rat und/oder Verwaltung brauchen weit länger. Bis bspw. ein Arbeitskreis eingerichtet ist, steht der Mast schon längst.

Sehr aufschlußreich ist die Lektüre der sog. Jahresgutachten, die gemäß der o.g. „Selbstverpflichtung“ erstellt werden (sog. Monitoring). Im Gutachten für 2005, das im April 2006 erschien, heißt es, diese 8-Wochen-Frist habe sich in der Praxis bewährt

– Frage: für wen? Grund: sie sei in „unkritischen Fällen ausreichend“. Nur wann ist ein Fall im Mobilfunkbereich „unkritisch“?

Auftraggeber der Gutachten ist das „Informationszentrum Mobilfunk e.V.“ (IZMF). Es handelt sich um eine „Brancheninitiative“, 2001 in Berlin gegr. von den deutschen Mobilfunknetzbetreibern. Das gilt es auch zu beachten, wenn man das aus 6 Heften bestehende „Infopaket“ des IZMF liest, das man über das Internet beziehen kann. Nicht zu verwechseln ist das IZMF übrigens mit der Gegenbewegung „IZGMF“ (das „G“ steht für „gegen“). Federführend bei den Begutachtungen ist das Deutsche Institut für Urbanistik (Difu). Wer ist dieser Auftragnehmer des IZMF? Darf vermutet werden, daß hier gilt, nicht die Hand dessen zu „beißen“, der einen „füttert“ (anders ECOLOG, s.o.)? Auf seiner Homepage stellt sich das Difu vor: Es „wurde 1973 auf Initiative der deutschen Städte gegründet, um Kommunalverwaltungen durch wissenschaftlich fundierte Forschung und Fortbildung die Lösung ihrer kommunalen Aufgaben zu erleichtern und darüber hinaus längerfristige Perspektiven und Handlungsmöglichkeiten für die städtische Entwicklung aufzuzeigen. Das Institut untersucht Fragestellungen der Kommunalpolitik, erforscht interdisziplinär Grundprobleme der Kommunen und erarbeitet methodische Grundlagen und Konzepte für die kommunale Planungs- und Verwaltungspraxis. In seinen Arbeitsschwerpunkten unterstützt es einzelne Städte auch bei der Lösung aktueller Probleme, soweit es sich um exemplarische Problemstellungen handelt. Als Gemeinschaftseinrichtung von rund 120 Zuwendern (hauptsächlich Städten sowie Kommunalverbänden und Planungsgemeinschaften) orientiert das Difu seine Arbeit gezielt am Bedarf der Städte und bietet ihnen ein breites Spektrum von Leistungen an“. Zum Kreis der Zuwender zählt auch die Stadt Köln. Rechtsträger des Difu ist der Verein für Kommunalwissenschaften e.V., Berlin.

Nun zeigen aber gerade diese Gutachten (GA) das Scheitern der Selbstverpflichtungen auf, man muß sie nur lesen, und zwar über die einleitenden Teile hinaus:

Für das GA 2004 war wie schon 2002 eine standardisierte Befragung von (nur) 200 Kommunen erfolgt, 2005 beschränkte man sich auf die Vertiefung von Einzelfragen. Im Vorwort: Die Zusammenarbeit zw. Betreibern und Kommunen funktioniere in den meisten Feldern immer besser. Es würden, so in der Kurzfassung, allenfalls „Optimierungspotentiale“ bestehen. „Keine Zunahme bei Konflikten um Mobilfunk“ vermeldet die gemeinsame Pressemitteilung der Bundesministerien für Umwelt und Wirtschaft v. 12.4.2006. Dies bedeutet aber eben auch: keine Abnahme. Konflikte werden auch weiterhin besonders in kleineren Gemeinden (5.000 bis 20.000 Einw.) erwartet. Gründe: höhere Sensibilität ggü. Mobilfunk in der Bevölkerung, auch verursacht durch den UMTS-Ausbau; Probleme beim Vorschlag und bei der Bewertung von Alternativstandorten; teilweise eingeschränkte Verfügbarkeit von geeigneten Standorten aus Sicht der Kommune und der Betreiber. Wie kann man also trotzdem eine positive Bilanz ziehen? Die Kunst liegt darin, bei negativen Antworten künftig anders zu fragen: Für das Jahr 2004 wurde ein „insgesamt positives Bild der Umfrage – vor allem im Vergleich mit der Erhebung 2002“ gezeichnet. Entscheidend ist aber, wie gefragt wurde. 2002 hatte man sich noch explizit danach erkundigt, ob die Kommunen „ausreichend“ über Pläne zum Bau neuer Sendeanlagen durch die Betreiber informiert worden seien (29,9 % „immer“ und 38,8 % „häufig“); 2004 wurde dann nur noch gefragt, ob man sie [überhaupt] „informiert“ habe (50,0 % „immer“ und 46,8 % „häufig“ sind daher bescheidene Werte). 2005 fragte man gar nicht erst. So werden echte Vergleichswerte verhindert. Dabei sind die Einschätzungsunterschiede

zwischen Kommunen und Betreibern erheblich. Daß die Informationspolitik der Betreiber „immer“ hilfreich sei, meinten nicht einmal 20 % der Kommunen, dagegen knapp 80 % der Betreiber. 2004 erhielten nur 15,8 % der kleinen Kommunen eine Information über den bevorstehenden Sendebeginn. Diese Frage wurde 2005 nicht wiederholt, sondern nur die Teilfrage, ob die Information – wenn denn eine solche gegeben wurde – „rechtzeitig“ erfolgt sei. 2004 sagten 46 % der Kommunen und 62 % der Betreiber, die kommunalen Alternativvorschläge würden selten bis nie akzeptiert. Das Bild soll sich 2005 bestätigt haben, heißt es, Zahlen werden nicht geboten, auch keine Grafik. 2005 äußerten aber nur 26 % der Kommunen, die Ablehnungsgründe seien immer verständlich. Verwunderlich also das Fazit, daß nur „hin und wieder“ Verbesserungsbedarf bestünde. Diese Verharmlosung der Probleme ist einzig dazu angetan, gesetzgeberische Aktivität zu unterbinden. Bezeichnend die Pressemitteilung des IZMF v. 12.4.2006: „Freiwillige Selbstverpflichtungen nehmen einen wichtigen Platz in einer verantwortungsvollen Handlungsstrategie der Wirtschaft ein. Was über Selbstverpflichtungen geregelt werden kann, erfordert kein weiteres Ausufern des Gesetzes- und Ordnungsrahmens“. Hier muß man stutzen: Ein solches „Ausufern“ haben die Betreiber wahrlich nicht zu befürchten, wo es doch schon an der gebotenen Vorsorgeregulierung fehlt (s. 1 b)). Der jetzige Umweltminister *Gabriel* sah sich dagegen in der Pressemitteilung v. 12.4.2006 immerhin zu der Mahnung veranlaßt, es *bleibe* Aufgabe der Betreiber, den Dialog mit den Kommunen und den betroffenen Bürgerinnen und Bürgern zu „intensivieren“ und für einen aktiven und kontinuierlichen Informationsaustausch vor Ort Sorge zu tragen.

Wichtig: Die Gemeinde muß ihren Willen, an der Standortfindung mitzuwirken, deutlich zeigen. In Lindlar ist dies – unter Beteiligung der Bürgerinitiative (BI) – geschehen durch die sog. „Leitlinien zur Realisierung einer abgestimmten Standortplanung und Mobilfunknetzentwicklung innerhalb des Gebietes der Gemeinde Lindlar“ vom Oktober 2005 (abrufbar über die Homepage www.lindlar.de, leider etwas versteckt):

Präambel:

Bei der Errichtung von Mobilfunksendeanlagen soll die Minimierung der Strahlenbelastung im Rahmen der technischen Möglichkeiten unter Berücksichtigung einer hinreichenden Mobilfunkversorgungsqualität im Vordergrund stehen (...)

Leitlinien:

- *Die flächendeckende Mobilfunkversorgung des Gemeindegebietes soll auf eine hinreichende Versorgungsqualität oberirdischer Bereiche beschränkt werden. Zur Minimierung der Strahlenbelastung wird seitens der Gemeinde Lindlar auf eine qualitativ hochwertige Mobilfunkversorgung von unterirdischen Räumen, wie Tiefgaragen und Keller sowie von Häusern mit metallischen Fassaden verzichtet.*
- *Es sollen möglichst Standorte gewählt werden, die das jeweilige Versorgungsgebiet von außen und von oben herab versorgen.*
- *Innerstädtisch soll die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkmasten durch mehrere Netzbetreiber zur Vermeidung einer konzentrierten Strahlenbelastung möglichst unterbleiben.*

- *Veränderungen an bestehenden Sendeanlagen (wie die Erhöhung der Sendeleistung, Veränderungen der Sektoren) sind mit der Gemeinde abzustimmen.*
- *Bei der Planung und Errichtung neuer Mobilfunkstandorte ist darauf hinzuwirken, daß sich die Anlagen städtebaulich und landschaftlich integrieren und daß der jeweils neueste Stand der Technik bezüglich strahlungsarmer Mobilfunktechniken zur Anwendung kommt.*
- *Die Netzbetreiber sollen die Gemeinde möglichst frühzeitig über geplante Netzerweiterungen oder Ausbaumaßnahmen informieren, bevor Verträge für Standorte unterschrieben werden. Im Gegenzug ist sie bei der Standortsuche behilflich.*
- *Zur Durchsetzung der Schutzziele wird die Verwaltung u. a. einen Appell über die örtliche Presse sowie die Homepage der Gemeinde Lindlar an die Bevölkerung richten, worin darum gebeten wird, daß die Bürger die Verwaltung vor Unterzeichnung von Miet- und Kaufverträgen mit den Netzbetreibern informieren.*
- *Die Gemeinde Lindlar stellt den Netzbetreibern in Aussicht, daß sie ihr Einvernehmen gem. § 36 BauGB zur Aufstellung baurechtlich genehmigungsfähiger Mobilfunksendeanlagen erteilt und die Standortverwirklichung unterstützt, wenn diese Leitlinien eingehalten werden.*

Dieses Tätigwerden in Lindlar wird auch in dem Zwischenbericht von 2005 zu einem Forschungsvorhaben der DIALOGIK gGmbH in Stuttgart, Auftraggeber der Bundesminister für Umwelt, positiv hervorgehoben. Solche Leitlinien sind freilich ebensowenig verbindlich wie die Selbstverpflichtungen oder auch ein kommunales Mobilfunkkonzept. Abseits „runder Tische“ lassen sich ihre Ziele nur durch Bauleitplanung erreichen (C V).

B. Zivilrecht

Grundstückseigentümer und Mieter können sich zivilrechtlich zur Wehr setzen.

I. § 1004 BGB

Nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Eigentümer die Beseitigung, nach S. 2 die Unterlassung von Beeinträchtigungen verlangen.

1. Zuführung unwägbarer Stoffe (§ 906 Abs. 1 BGB)

Ausgeschlossen ist der Anspruch, wenn eine Duldungspflicht besteht (§ 1004 Abs. 2 BGB). Der Eigentümer eines Grundstücks kann Einwirkungen, die von einem anderen Grundstück ausgehen, insoweit nicht verbieten, als nur eine unwesentliche Beeinträchtigung vorliegt. § 906 Abs. 1 S. 2 BGB bestimmt: Eine unwesentliche Beeinträchtigung liegt in der Regel vor, wenn die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegten Grenz- oder Richtwerte von den nach diesen Vorschriften ermittelten und bewerteten Einwirkungen nicht überschritten werden. Also wird die Unwesentlichkeit durch die Einhaltung der Grenzwerte – hier der 26. BImSchV – indiziert. Es handelt sich aber um keine Umkehr der Beweislast zum Nachteil der Nachbarn eines

Bauvorhabens (BGH v. 13.2.2004). Man muß also nicht den Vollbeweis der Schädlichkeit trotz beachteter gesetzlicher Werte führen, sondern deren Indizwirkung erschüttern. Wie das gelingen kann, ist also die – noch nicht beantwortete – Frage. Schon finden sich Äußerungen wie die der Bundesregierung, es bestehe keine Pflicht zur Beweisaufnahme, wenn die Mobilfunkanlage die gesetzlichen Werte einhält (BT-Drs. v. 29.4.2005). Da verwundert es nicht, daß das OLG München (Beschluß v. 6.2.2006) einem unbestritten gesundheitlich in Mitleidenschaft Gezogenen schon verwehrte, überhaupt in die Beweisaufnahme einzutreten, indem es ihm aufbürdete, so vorzutragen, daß „die Forschungen abgeschlossen“ sind und „alle international verfügbaren Befunde“ berücksichtigt werden und das Gericht hierdurch zu der Einschätzung gelangt, diese Ergebnisse seien ggü. den Prämissen der geltenden Verordnung „überlegen“. Diese Hürde wird ein Kläger nie nehmen können. Daher ist hiergegen wegen Verletzung rechtlichen Gehörs nun eine weitere Verfassungsbeschwerde anhängig.

2. Gebrauchsregelung (§ 15 Abs. 3 WEG)

Jeder Wohnungseigentümer kann einen Gebrauch der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile und des gemeinschaftlichen Eigentums verlangen, der dem Gesetz, den Vereinbarungen und Beschlüssen und, soweit sich die Regelung hieraus nicht ergibt, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht (§ 15 Abs. 3 WEG). Der BGH erkannte in einem Beschluß v. 30.3.2006 auf einen Unterlassungsanspruch gegen eine andere Wohnungseigentümerin, die der vorhandenen noch weitere Mobilfunkanlagen hinzufügen wollte: „Während der Berechtigte bei Errichtung mehrerer Anlagen höhere Mieteinnahmen von den Mobilfunkbetreibern erzielen wird, kann dies bei den Wohnungen der anderen Eigentümer zu einem gravierenden Wertverlust führen.“

II. § 823 BGB

Schadenersatz (§ 823 Abs. 1, 2 BGB) kommt etwa für einen Wertverlust in Betracht. Daß ein solcher auch unabhängig von eingehaltenen Grenzwerten eintreten kann, ist mit o.g. Beschluß des BGH erstmals höchstrichterlich anerkannt worden. Für den Wertverlust, der nach einer Maklerstudie bis zu 50 % betragen kann, ist Art. 14 Abs. 1 GG einschlägig bzw. kann es sich um einen sog. enteignungsgleichen Eingriff handeln.

Schmerzensgeld (§ 253 Abs. 2 BGB) setzt nach derzeitiger Rechtsprechung voraus, daß eine Erkrankung nachgewiesen wird und diese auf hochfrequente Mobilfunkstrahlung zurückgeführt werden kann. Ein gerichtliches Vorgehen hat insoweit momentan wohl keine hinreichende Erfolgsaussicht.

III. Mietrecht

Bewohner eines mit einer Basisstation versehenen Hauses oder auch die Anwohner können mietrechtliche Einwendungen erheben: Unterlassung zwecks vertragsgemäßen Gebrauchs, § 535 Abs. 1 S. 2 BGB und Minderung. Nach § 536 Abs. 1 BGB ist der Mieter, wenn die Mietsache einen Mangel hat, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, von der Entrichtung der Miete befreit bzw. hat bei Minderung der Gebrauchstauglichkeit nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Äußere Einwirkungen wie sog. Elektromog stellen grundsätzlich einen Sachmangel nur dar, wenn die Grenzwerte der 26. BImSchV überschritten werden,

denn die Standortbescheinigung garantiere formell, daß der übliche Standard der Technik gewahrt ist (so u.a. LG Berlin v. 29.10.2002). Richtigerweise ist bei Beeinträchtigung oder konkreter Gefährdung des Mieters *trotz* gewahrter Verordnung das Objekt *ebenfalls* mangelbehaftet, wobei freilich eine bloße Empfindlichkeit oder Angst noch nicht genügen soll (vgl. BGH v. 15.3.2006: „begründete Besorgnis einer Gesundheitsgefahr“; weitergehend AG München v. 27.3.1998: nachvollziehbare Furcht reicht). Konkreter LG Kempten (Urteil v. 14.1.2004): Ein Mangel einer Mietwohnung kann grds. auch damit begründet werden, daß eine nach Beginn des Mietverhältnisses errichtete Sendefunkanlage die im Bereich der Mietwohnung (oder auch des dazugehörenden Gartens) ohnehin vorhandene Strahlenbelastung erheblich erhöht habe. Eine mathematisch wesentliche Steigerung soll aber nicht entscheidend sein. Die Erhöhung müsse vielmehr 1) in Bereiche steigen, die sich dem Grenzwert annähern oder 2) wenigstens einen wesentlichen Prozentsatz des Grenzwerts ausmachen oder 3) in eine Höhe steigen, die andere unter medizinischen Gesichtspunkten als bedenklich diskutierte Werte erreicht. Das sei nicht der Fall, wenn selbst bei Vollauslastung (Maximalimmission) die Strahlenbelastung in den Wohnungen durchschnittlich nur 100stel des Grenzwerts und im Garten lediglich knapp 1/16 des Grenzwerts betrage. Hier sei ein Mangel „nicht ernstlich in Erwägung“ zu ziehen. Man kann also sagen, daß das Gericht hier nach eigenem Ermessen, aber ohne tatsächliche Anhaltspunkte, Vorsorgewerte aufstellt. Dem Mieter muß aber unbenommen sein, eine Beeinträchtigung oder konkrete Gefährdung darzulegen und insbes. durch Sachverständigengutachten unter Beweis zu stellen. Werden bekannte Vorsorgewerte (Bsp. Salzburg) überschritten, so spricht das dafür, daß der tatsächlich gemessene Wert zumindest im Sinne der 3. Alternative des LG Kempten „in eine Höhe steigt, die unter medizinischen Gesichtspunkten als bedenklich diskutierte Werte erreicht“.

C. Öffentliches Recht

I. Baugenehmigung

In der neuen Fassung des § 65 Abs. 1 Nr. 18 BauO NRW sind „... sonstige Antennen und Sendeanlagen einschließlich der Masten mit einer Höhe bis zu 10,0 m ...“ genehmigungsfrei gestellt. Für völlige Genehmigungsfreiheit hatte sich vergeblich der Städte- und Gemeindebund NRW eingesetzt: besondere Verfahrenserfordernisse seien „nicht nötig und nicht sinnvoll“ (Schnellbrief v. 27.11.2002). Dort trat man dann für eine Höhenbemessung ab Dachhaut ein. Abzustellen ist aber auch bei gebäudegestützten Mobilfunkanlagen auf deren Eigenhöhe. Dementsprechend entschloß sich dann auch das Ministerium für Städtebau NRW (Rundschreiben an die Bauaufsichtsbehörden v. 11.5. und 15.6.2004) zu Recht:

„Der Wortlaut der Regelung stellt auf das Maß der Anlage von ihrem Fußpunkt bis zu ihrer Spitze ab, unabhängig davon, auf welchem Dach die Anlage errichtet wird bzw. an welcher Stelle sie aus der Dachhaut tritt. Damit wird berücksichtigt, daß die Höhenbegrenzung dieser genehmigungsfreien Anlagen [bis zu 10,0 Metern] nicht nur aus städtebaurechtlichen Gründen sondern auch aus statisch-konstruktiven Erwägungen erfolgt ist.“

II. Bauplanungsrecht

Bei Mobilfunkanlagen handelt es sich um Vorhaben im Sinne von § 29 BauGB. Sie bedeuten eine gewerbliche Nutzung.

1. Gebietscharakter, Ausnahmen und Befreiungen

a) Bebauungsplan (§ 30 Abs. 1 BauGB)

Mobilfunkanlagen im besonderen Wohngebiet (§ 4a Abs. 2 Nr. 3 BauNVO), Dorfgebiet (§ 5 Abs. 2 Nr. 6 BauNVO), Mischgebiet (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO), Kerngebiet (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO), Gewerbegebiet (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO) und Industriegebiet (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO) sind allgemein zulässig.

In Kleinsiedlungsgebieten (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 BauNVO) und allgemeinen Wohngebieten (§ 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO) sind die Anlagen dagegen nur als Ausnahme zulässig und dürfen daher nicht „stören“.

Im reinen Wohngebiet (§ 3 BauNVO) ist eine Mobilfunkanlage nur unter der Voraussetzung einer Befreiung gemäß § 31 Abs. 2 BauGB genehmigungsfähig. Hier sind die Aussichten für ein nachbarliches Vorgehen am besten. Dazu der sog. Mobilfunkerlaß des früheren Landesministeriums für Städtebau NRW von 2002: Der Betreiber muß nachweisen, „daß der vorgesehene Standort eine optimale Versorgung des betroffenen Gebietes sicherstellt“. OVG Münster, 7. Senat, v. 6.5.2005: kein „Antennenwald“; 10. Senat v. selben Tag: Anlage darf nicht die nähere Umgebung prägen, also optisch dominant sein.

b) Unbeplanter Innenbereich

(1) § 34 Abs. 1 BauGB

Hier sind Mobilfunkanlagen zulässig, wenn sie sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücke, die überbaut werden sollen, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen und die Erschließung gesichert ist.

(2) § 34 Abs. 2 BauGB

Entspricht die Eigenart der näheren Umgebung einem der Baugebiete der BauNVO, richtet sich die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens nach seiner Art nach §§ 2 ff. BauNVO (s. a)).

c) Außenbereich (§ 35 BauGB)

Mobilfunkanlagen sind im Außenbereich privilegiert. Wichtig: Ortsgebundenheit, d.h. spezifischer Standortbezug. Eine Versorgung „von außen“ bietet sich ggü. einer Massierung von Masten im Innenbereich oft an. Oft übersehen wird hier die Möglichkeit, Ansiedlungsdruck zu schaffen: Soweit im Flächennutzungsplan hierfür durch Darstellungen eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist und andere Standorte ausgeschlossen wurden, sind die Anlagen nur innerhalb der Ausweisungen zulässig (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB).

2. Nebenanlagen

Gerichte nutzen die Qualifikation als Nebenanlagen, § 14 Abs. 2 BauNVO, als Aufangtatbestand, wenn eine Ausnahme/Befreiung nach BauGB nicht vorliegt oder rechtsfehlerhaft ist. Es besteht eine klare Tendenz zur Nebenanlage: so auch OVG Münster in zwei Beschlüssen v. 6.5.2005.

3. Einvernehmen (§ 36 BauGB)

Stützt sich die Gemeinde auf Gründe, die sich aus §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergeben, so ist ihr versagtes Einvernehmen ein legales Instrument, Genehmigungen vorerst aufzuhalten. Allerdings besteht kein Ermessen der Gemeinde. Die Bauaufsicht ist an die Versagung gebunden, dies hat das BVerwG schon am 19.11.1965 so entschieden, doch kann die Kommunalaufsicht die Ersetzung verfügen (§ 36 Abs. 2 S. 3 BauGB i.V.m. §§ 120 Abs. 2, 123 Abs. 2 GO NRW). Dann ist der Weg frei für die Erteilung der Ausnahme- und/oder Baugenehmigung, sofern nicht die Gemeinde klageweise gegen die sofort vollziehbare Ersetzung vorgeht, weil die Versagung des Einvernehmens eben nicht rechtswidrig war.

III. Bauordnungsrecht: Abstandsflächen

§ 6 Abs. 10 BauO NRW: i.d.R. keine gebäudegleiche Wirkung, so durchweg die Rechtsprechung (anders: Mobilfunksendemast von 2,5x2,5 m Grundriß am Erdboden und einer Höhe von 40 m, OVG Münster v. 10.2.1999).

IV. Nachbarrechte

Wichtig: Informationsbeschaffung durch Akteneinsicht (s.o. A III 2).

Anfechtung einer erteilten Genehmigung: Widerspruch innerhalb eines Monats seit Bekanntgabe (BVerwG: zuverlässige Kenntniserlangung), dann Klage zum Verwaltungsgericht. Eilverfahren: §§ 80a, 80 Abs. 5 VwGO (Bsp. OVG Münster v. 25.3.2003). Ebenso: Anspruch auf Einschreiten der Behörde durch Stilllegung, § 123 Abs. 1 VwGO (Bsp. OVG Münster v. 9.1.2004) sowie sog. Verpflichtungsklage, § 113 Abs. 5 VwGO.

Stets ist Voraussetzung, daß man glaubhaft machen kann, in eigenen Rechten verletzt zu sein (sog. drittschützende Normen). Daß ein solcher Anspruch schon bei formeller Illegalität bestehen kann, bestätigte der 10. Senat des OVG Münster am 29.4.2002. Nachbarrechtsverletzend ist eine Überschreitung der gesetzlichen Grenzwerte, allerdings ist dies, soweit ersichtlich, noch in keinem gerichtlich entschiedenen Fall so gewesen. Zentral daher: Rücksichtnahmegebot der Wahrung des Gebietscharakters (vgl. nur BVerwG v. 25.2.1977).

Anspruchsgegner ist die Untere Bauaufsichtsbehörde, d.h. hier der Landrat (A II), der Betreiber wird im Verfahren notwendig beigeladen.

Erfolge aber sind die Ausnahme. Grund: Die 26. BImSchV schütze ausreichend, was im Einzelfall die Standortbescheinigung belege; einzelne Masten seien „filigran“. Hoffnung machte OVG Münster (10. Senat), im Beschluß v. 25.2.2003: „erdrückende Wirkung“ und „laut wie Erzeugung von Geräuschen“; anders sah dies der 7. Senat dann am 9.1.2004.

V. Bauleitplanung

Was also ist zu tun, wenn Nachbarbegehren grds. nicht hinreichende Erfolgsaussichten haben? Wenn den Nachbarn in den Prozessen „aus der Ferne“ insbes. immer wieder vorgehalten wird, daß das Ortsbild nicht beeinträchtigt werde, sollte sich die Gemeinde als Trägerin der Planungshoheit zu Wort melden. Denn auch die städte-

bauliche Planung ist, weil wesentlicher Bestandteil des Selbstverwaltungsrechts, in den Verfassungen garantiert (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW). Die Vorbereitung und Leitung der baulichen und sonstigen Nutzung der Grundstücke in den Gemeinden (vgl. § 1 Abs. 1 BauGB) wird sogar als „Rechtfertigung für die eigenständige demokratische Willensbildung in Städten und Gemeinden“ angesehen (*Bork*). Die Kommunen haben in einer Situation umfangreicher Ansiedlungsbegehren einen i.S.v. § 1 Abs. 3 BauGB akuten Anlaß, planerisch tätig zu werden (vgl. BVerwG v. 16.6.1994). Hier ist also „absolute Wachsamkeit der Kommunalverantwortlichen“ zu fordern (*Dahlen*). Leider sind die Kommunen aber zu zurückhaltend.

Die Devise sollte lauten: Standortzuweisung im Außenbereich, sensible Innenbereiche dagegen möglichst freihalten. Wie läuft eine Planung ab? Kurz: Konzept, Aufstellungsbeschluß und Veränderungssperre (§ 14 BauGB) und ggf. zur Überbrückung eine Zurückstellung von Baugesuchen (§ 15 BauGB), schließlich Satzungsbeschluß über den Bebauungsplan. Es geht hier darum, Druck auf die Betreiber auszuüben, sensible Innenbereiche freizuhalten und statt dessen „von außen“ möglichst unter gemeinsamer Nutzung weniger Standorte das Gebiet ausreichend, nicht notwendig optimal zu versorgen.

1. Einige Entscheidungen

a) Traditionell städtebauliche Festsetzung in einer B-Plan-Änderung

Möglich wäre eine strikt traditionell städtebauliche Festsetzung, wie bspw.: „Unzulässig sind bauliche Anlagen, Nebenanlagen und Einrichtungen im Sinne des § 14 BauNVO, die von außen erkennbar technische Anlagen sind. Dies gilt insbesondere für Funk- und Sendeanlagen (Antennenanlagen) einschließlich der Masten“. Die Normenkontrollklage eines Amateurfunkers gegen diese Bebauungsplanänderung wies der BayVGh mit Urteil v. 17.12.2003 ab.

b) Vorsorgender Immissionsschutz

Auch die immissionsschutzrechtliche Prävention ist zulässiges städtebauliches Ziel. Dies hat das BVerwG mehrfach entschieden, nicht nur für Windenergieanlagen (Urteil v. 17.12.2002). Wenn die 26. BImSchV eine Lücke läßt, die der Gesetzgeber nicht schließt, macht sie dies der Gemeinde zur Planungspflicht (zutr. *Krist*). Siehe nur § 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB: Wahrung gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse.

So ging eine Gemeinde vor, die nach § 36 BauGB ihr Einvernehmen zum Bauantrag eines Betreibers verweigert hatte, ein Planungsbüro einschaltete, das sich bei der Standortauswahl auf vom Betreiber vorgelegte Versorgungsplots stützte und, im Prozeß beigeladen, vortrug, mit der Zuweisung von einigen funktechnisch geeigneten und verfügbaren Standorten einen „ungebremsten Antennenwildwuchs“ im Gemeindegebiet verhindern zu wollen. Der Konflikt zwischen dem erkannten Bedürfnis nach Ausbau der Mobilfunknetze und dem städtebaulichen Anliegen, das besondere Landschafts-, Natur- und Ortsbild zu schützen, sollte bewältigt werden. Von Vorsorgewerten war hier keine Rede, und doch reklamierte die Gemeinde für sich u.a. auch „Belange des vorsorgenden Immissionsschutzes“ berücksichtigen zu dürfen – mit Erfolg, das Gericht sah hier auch keine unzulässige sog. Verhinderungs- oder Negativplanung (VG München, Urteil v. 22.4.2004 – noch nicht rechtskräftig).

Anders – zu Unrecht – das VG München in Urteilen v. 14.7.2005 und 19.1.2006: Anmerkungen des *Verf.* erscheinen in der Zeitschrift „BauR“ voraussichtlich September 2006.

2. Konzept: „integrierte kommunale Mobilfunkplanung“

Die Planung sollte auf einem Gesamtkonzept basieren, wie es etwa in Attendorn oder Gräfelfing erarbeitet wurde. Zum einen begegnet man den Betreibern bei Anfragen gleich auf Augenhöhe und muß diesen nicht mit Einzelgutachten gleichsam hinterherlaufen. Wichtig: Der Gemeinde kann der Gegenbeweis gelingen, daß Versorgungslücken gar nicht geschlossen werden, weil 1) der Empfang schon jetzt ausreichend ist oder 2) evtl. Lücken trotz Anlage bestehen bleiben. In dem o.g. Runderlaß v. 10.10.2002 hieß es u.a., daß zu prüfen ist, „ob der Netzbetreiber zur Schließung von Versorgungslücken auf einen Standort im Kleinsiedlungs- bzw. allgemeinen Wohngebiet angewiesen ist“. Zum anderen werden in dem Konzept funktechnisch geeignete und verfügbare Alternativen festgelegt, die in der Bauleitplanung verbindlich gemacht werden können.

VI. Ortsgestaltungssatzungen (§ 86 Abs. 1 Nr. 1 BauO NRW)

Diese Ermächtigung bezieht sich aber nur auf das „Wie“, nicht das „Ob“ der Anlagen. Eine Beschränkung hinsichtlich Zahl, Größe und Anbringungsart kommt aber in Betracht.

D. Exkurs: Steuerrecht

Was die Kosten für private Abschirmungsmaßnahmen wie z.B. besondere Verglasung und Anstrich anbetrifft, so wird vertreten, daß diese entweder als außergewöhnliche Belastungen gem. § 33 EStG oder im Rahmen von Erhaltungsaufwendungen bzw. ggf. als Anschaffungskosten steuerlich sofort abzugsfähig seien. Dagegen aber das FG Baden-Württemberg in Karlsruhe, Beschluß v. 14.4.2005: Zwar könnten Aufwendungen zur Beseitigung einer konkreten Gesundheitsgefährdung als außergewöhnliche Belastung zu berücksichtigen sein, die konkrete Gesundheitsgefährdung müsse dann aber durch ein amtliches technisches Gutachten und zusätzlich durch ein amtsärztliches Zeugnis belegt werden. Eine Wertminderung der Immobilie kann zu einer Herabsetzung der Grundsteuer führen, vgl. §§ 82, 88 Abs. 2 BewG.

E. Fazit

I. Einige Hinweise an potentielle Standortvermieter

Bei potentiellen Vermietern von Liegenschaften an Netzbetreiber könnte angesichts der für letztere noch überwiegend günstigen Rechtsprechung und besonders der Beweislastproblematik der falsche Eindruck entstehen, sich eine ungefährdete Einnahmequelle zu verschaffen. Zum einen wird der Mietzins durch die erwähnten Wertebüßen oft zumindest aufgewogen werden. Schon die optische Beeinträchtigung des Gebäudes oder der Wohnumgebung durch die Anlage kann die Vermietungschancen verringern und die nach § 558 Abs. 2 BGB für die Miethöhe maßgebende „Lage“ einer Wohnung abwerten. Diesen finanziellen Aspekten tritt der soziale hinzu, denn das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis, eine Ausprägung von Treu und Glauben (§ 242 BGB), dem die Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme entspringt, wird teils

extrem belastet. Vor allem aber ergeben sich erhebliche rechtliche Schwierigkeiten. Prinzipiell ist und bleibt der Vermieter der Örtlichkeit vertraglich gebunden, selbst wenn er sich vom Betreiber nicht hinreichend aufgeklärt oder durch Zusicherung der Ungefährlichkeit bzw. Risikolosigkeit gar arglistig getäuscht fühlen sollte (LG München I v. 27.3.2002: Abweisung der Klage einer Kommune auf Räumung und Herausgabe der Rathausdachfläche). Die Kündigungsmöglichkeiten (für die Betreiber zum Ende des Vertragsjahrs, für den Vermieter jedoch erstmalig nach 10 bis 20 Jahren) sind zudem asymmetrisch. Der Grundstückseigentümer wird benachteiligt, aber, so die überw. Rechtsprechung, nicht sittenwidrig „geknebelt“. Doch kann für seine Mieter oder auch für die Minderungen ausgesetzten Vermieter des Umfelds im Einzelfall auch bei Wahrung der 26. BImSchV eine nachweisliche Beeinträchtigung des Wohlbefindens rechtlich relevant sein (s. B III). Wenn sich künftig auf einer weiter gesicherten wissenschaftlichen Basis zeigt, daß die Verordnung allgemein unzureichend schützt oder im konkreten Einzelfall ein Schaden verursacht wird bzw. droht, stellen sich auch haftungsrechtliche Fragen. Denn wer schuldhaft – Fahrlässigkeit genügt – und widerrechtlich die Gesundheit eines anderen verletzt, hat Schadenersatz sowie Schmerzensgeld zu leisten (vgl. B II). Von diesen Haftungsrisiken werden die Vermieter von den Betreibern regelmäßig nicht freigestellt. Nicht zuletzt ist außerdem bei Vertragsschluß die technische Geeignetheit oft noch fraglich. Hier räumen sich die Betreiber ein außerordentliches Kündigungsrecht ein. Da die Betreiber ihr Privileg behaupten, die Eignung des Standorts eigenständig zu bewerten und dieser Begriff dehnbar ist, kann ein Vermieter jedenfalls bis zum Abschluß der Bauarbeiten nie sicher sein, ob ihm der Vertrag nicht aufgekündigt wird. Offen ist auch das baurechtliche Schicksal der Anlage, ihre Zulässigkeit also, und damit auch der Bestand des Kontrakts, wenn die Betreiber wie immer noch allzu oft als erstes den Standort akquirieren und der Genehmigungsbehörde die erforderlichen Anträge noch gar nicht vorliegen oder die Bescheidung derselben noch aussteht.

II. Schlußwort

Nichts als Polemik ist der Vorhalt, daß Mobilfunkgegner in „Unkenntnis der technischen Zusammenhänge“ wider die wissenschaftlichen Grundlagen nur aus „Angst und Zorn“ handeln würden (*Martens/Appelbaum*) und die „Sorgen legitim“, aber „in erster Linie das Ergebnis fehlender Informationen“ seien (IZMF). Den Initiativen kommt die verantwortungsvolle Aufgabe zu, über den Mobilfunk im allgemeinen und die konkreten Standorte im besonderen öffentlich aufzuklären, wo diese Arbeit von mancher Kommune, vor allem aber den Betreibern gemieden wird und deren Bauprojekte wie „Nacht- und Nebelaktionen“ anmuten.

Das Vorsorgeprinzip wird verkannt. Schon jetzt gebieten die „Hinweise“ entweder eine Absenkung der Grenzwerte oder zumindest bauleitplanerisches Tätigwerden. Zudem kann sich mit jeder neuen Studie das Blatt von „Besorgnis“ zu bewiesener „Gefährdung“ wenden. Wie es das BVerfG so schön formulierte: Unser Erfahrungswissen bewegt sich nur auf dem neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums (A III 1 b)). Oder mit den Worten des Biologen und Begründers der Umweltforschung *J. von Uexküll*: „Die Wissenschaft von heute ist der Irrtum von morgen“. Deshalb: Vorsicht!

Was „Selbstverpflichtungen“ anbetrifft, so sind Gemeinden gehalten, Probleme dem jew. kommunalen Spitzenverband anzuzeigen, kleine Gemeinden also dem Städte- und Gemeindebund.

Jeder unmittelbar Betroffene sollte im Einzelfall die Aussichten eines Vorgehens gegen die Anlage rechtlich prüfen lassen, wobei es Nachbarklagen grds. schwer haben.

Dagegen bietet vor allem die Bauleitplanung (C V) oft nicht erkannte Möglichkeiten. Betroffenen ist anzuraten: Informationen einholen und auf Planungsmaßnahmen drängen, sonst droht alsbald – wie es das BVerwG am 17.12.2002 zu Windkraftanlagen ausdrückte – die „Verspargelung“ von Ortsbild und Landschaft.