

# **Problematisches Zusammenwirken beim Grundrechtsschutz zwischen BVerfG und Fachgerichten**

## **I. Zur Problemstellung [1]**

Seit dem bis dahin in seinen Entscheidungsgründen einmaligen Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 27.09.2000 [2] gibt es eine unaufhaltsame Welle des Protests der Bevölkerung gegen Mobilfunksendeanlagen in der Nähe von Wohngebieten, Kindergärten, Schulen, Krankenhäusern, Alten- und Pflegeheimen, auch im europäischen Ausland (vgl. z. B. in der Schweiz, wo für die Errichtung von Mobilfunksendeanlagen strengere Grenzwerte als in Deutschland gelten. Im März 2002 wurde eine "eidgenössische" Bürgerinitiative gestartet, die ein Moratorium für den Bau jeglicher Mobilfunkantennen verlangt. Im Land Berlin hat vor kurzem der Senat eine Veränderung der Grenzwerte festgelegt.). Betroffene Bürger befürchten in Ansehen der Vielzahl zwischenzeitlich vorliegender Gutachten und Stellungnahmen von Wissenschaftlern, die seit Jahren nicht nur in Deutschland, sondern weltweit die Gefahren der von Mobilfunksendeanlagen ausgehenden Strahlen erforschen, erhebliche Gesundheitsgefährdungen.

Obwohl das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 27.09.2000 durchaus überzeugend und nachvollziehbar erscheint, ist in den nachfolgenden einschlägigen Entscheidungen unserer Fachgerichte (Zivilgerichte, Verwaltungsgerichte) und des Bundesverfassungsgerichts in gleichgelagerten Fällen eine bemerkenswerte Übereinstimmung zugunsten der Mobilfunkbetreiber festzustellen. Wie ist dies zu erklären? Diese Frage ist umso gewichtiger, als hier das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG berührt ist und der Grundrechtsschutz nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorrangig Aufgabe der Fachgerichte ist [3]. Das hiernach geforderte Zusammenwirken der Fachgerichte und des Bundesverfassungsgerichts beim Grundrechtsschutz gegenüber den Gefahren des Mobilfunks ist jedoch gegenwärtig infolge des Beschlusses der 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 28.02.2002 - 1 BvR 1676/2001 - [4], durch welche eine Verfassungsbeschwerde gegen die Berufungsentscheidung eines Oberverwaltungsgerichts nicht zur Entscheidung angenommen worden ist, erheblich gestört. In diesem Beschluss bringt die Kammer zum Ausdruck, der Verordnungsgeber sei nicht verpflichtet, die geltenden Grenzwerte zum Schutz vor Immissionen zu verschärfen, und die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, das Verwaltungsgericht sei nicht verpflichtet gewesen, Sachverständigenbeweis einzuholen, sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Manche Fachgerichte erblicken nun in dieser Kammerentscheidung einen Freibrief, sich der notwendigen Sachverhaltsaufklärung und damit dem gebotenen Grundrechtsschutz zu entziehen [5]. Aber den Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgericht kommt ihrer Natur nach nur eine beschränkte Bedeutung zu (dazu unten II). Der Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats dürfte auch nicht mit der Rechtsprechung der Senate des Bundesverfassungsgerichts (unten III) und den daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen (unten IV) übereinstimmen. Zudem wird in ihm das offenkundige Versagen der Politik und der hieraus erwachsenden Aufgabe der Zivilgerichtsbarkeit völlig ausgeblendet (unten V). Schließlich lässt sich der Beschluss auch nicht mit einem früheren Beschluss einer anderen Kammer desselben Senats in Einklang bringen, in dem den Zivilgerichten die Aufgabe zugewiesen worden ist, zu klären, ob die von Mobilfunkanlagen ausgehenden Strahlungen Besonderheiten aufweisen, die im Rahmen des § 906 Abs. 1 BGB relevant sein könnten (unten VI).

[^ Seitenanfang](#)

## **II. Die beschränkte Bedeutung von Nichtannahmeentscheidungen der Kammern des Bundesverfassungsgerichts**

Die mit drei Verfassungsrichtern besetzten Kammern des Bundesverfassungsgerichts haben im Vorprüfungsverfahren darüber zu entscheiden, ob Verfassungsbeschwerden überhaupt zur Entscheidung angenommen werden (vgl. §§ 15 a, 90 ff. BVerfGG). In jedem Senat sind drei Kammern gebildet. Entscheidungen der Kammern sind aber keine Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Als "Entscheidung des Bundesverfassungsgericht" können nur solche gelten, die von einem der beiden, mit je acht Verfassungsrichtern besetzten Senate des Gerichts stammen. Regelmäßig werden daher auch nur diese in der Amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) veröffentlicht, Kammerentscheidungen hingegen nur im höchst seltenen Ausnahmefall.

An die Auffassungen, welche die Kammern in den Gründen ihrer Vorprüfungsentscheidungen über die Annahme oder Nichtannahme von Verfassungsbeschwerden vertreten, sind die Senate des Bundesverfassungsgerichts in keiner Weise gebunden. Ein Senat, der von einer Ansicht abweicht, die vorher eine seiner Kammern vertreten hat, braucht auf diese Abweichung nicht hinzuweisen und tut es auch nicht. Ein Senat, der von der Auffassung, die vorher eine Kammer des anderen Senats vertreten hat, abweichen will, braucht darum nicht erst das Plenum des Bundesverfassungsgerichts anzurufen.

Die zahlreichen Kammerentscheidungen, mit denen Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen werden, ergehen zumeist ohne Begründung, was z. T. auf erhebliche Kritik stößt ("Rechtsprechung des leeren Blattes"). Wird aber eine Kammerentscheidung einmal ausnahmsweise

begründet, um den Beteiligten gegenüber im einzelnen darzulegen, weshalb die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen worden ist, dann wird eine solche Entscheidung gelegentlich von interessierter Seite an Zeitschriften geschickt, die sie dann unter der Rubrik "Bundesverfassungsgericht" veröffentlichen. Im Jahre 1999 sind beispielsweise von 4766 Nichtannahmeentscheidungen nur 1169 begründet worden und selbst hiervon wurden weniger als 1/5 veröffentlicht [6].

Aus diesen Gründen ist es geboten, zunächst den Blick über die Entscheidung der 3. Kammer des Ersten Senats hinaus auf die Rechtsprechung der Senate des Bundesverfassungsgerichts zu richten.

^ Seitenanfang

### **III. Die Senatsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit**

#### **1.**

Das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) schützt nach ständiger Rechtsprechung der Senate des Bundesverfassungsgerichts den Bürger nicht nur als subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe. Vielmehr folgt darüber hinaus aus seinem objektivrechtlichen Gehalt die Pflicht aller staatlichen Organe - und damit auch der Gerichte - sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 GG zu stellen und sie insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren [7]. Die Schutzpflicht der staatlichen Organe umfasst dabei auch eine auf Grundrechtsgefährdungen bezogene Risikovorsorge [8] und zwar bedürfen höchste Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit der bestmöglichen Gefahr- und Risikovorsorge. Die staatlichen Organe sind in dieser Hinsicht deshalb zur fortlaufenden Überprüfung und gegebenenfalls zum "Nachfassen", zur Anpassung und Nachbesserung der bestehenden Schutzvorkehrungen verpflichtet [9].

Mit der Anerkennung des Vorsorgeprinzips im Umweltschutz befindet sich das Bundesverfassungsgericht im Einklang mit dem politischen Willen der Bundesrepublik (Art. 20 a GG), mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaften (Art. 174 EGV) und mit zahlreichen internationalen Deklarationen und Konventionen. So heißt es in einer im Auftrag des Bundesumweltministeriums erstellten Studie von Dr. Alexandra Langner und Dr. Ulf Jaeckel "Globalisierung und Umwelt", S. 38:

"Das Vorsorgeprinzip wurde erstmals im ersten Umweltprogramm der Bundesregierung im Jahre 1971 als zentrales umweltpolitisches Handlungsprinzip festgelegt. Spätestens seit den 80er Jahren findet das Vorsorgeprinzip zunehmend Eingang in die internationale Umweltpolitik. So wurde es in der von der UN-Generalversammlung beschlossenen Weltcharta für die Natur von 1982 aufgenommen. Des Weiteren ist es im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft von 1992, in der Rio-Deklaration zu Umwelt und Entwicklung von 1992 sowie in der Klimakonvention und der Biodiversitätskonvention enthalten. Bekräftigt wurde die Rolle des Vorsorgeprinzips als breit akzeptierte internationale Norm durch die Schweriner Erklärung der führenden Industriestaaten und Russlands (G-8) im März 1999 sowie durch die Übernahme dieser Erklärung auf dem G8-Gipfel in Köln im Juni 1999. Darüber hinaus ist das Vorsorgeprinzip in dem Ende Januar 2000 verabschiedeten "Biosafety Protokoll" enthalten. Damit hat es als grundlegendes Prinzip Eingang in die internationale Umweltschutzgesetzgebung gefunden.

Das Vorsorgeprinzip setzt im Vorfeld potentieller Umweltgefährdungen ein und bezieht sich auf Maßnahmen der Gefahrenabwehr, der Risikovorsorge und der Zukunftsvorsorge. ... Inwieweit ein Produkt oder Produktionsprozess Risiken für die Umwelt in sich birgt, ist jedoch selten eindeutig zu bestimmen. Deshalb kommt das Vorsorgeprinzip auch ohne eindeutigen wissenschaftlichen Beweis zur Anwendung, wenn eine wesentliche Beeinträchtigung der Lebensverhältnisse droht oder die langfristige Sicherung der Lebensgrundlagen gefährdet ist."

^ Seitenanfang

#### **2.**

Was Risikovorsorge im einzelnen bedeutet, hat das Bundesverwaltungsgericht gerade im Hinblick auf das Strahlenschutzrecht eingehend und überzeugend dargelegt [10]. Danach bedeutet Vorsorge nicht, dass Schutzmaßnahmen erst dort zu beginnen brauchen, wo aus gewissen gegenwärtigen Zuständen nach dem Gesetz der Kausalität gewisse andere Schaden bringende Zustände und Ereignisse erwachsen werden. Vielmehr müssen auch solche Schadensmöglichkeiten in Betracht gezogen werden, die sich nur deshalb nicht ausschließen lassen, weil nach dem derzeitigen Wissensstand bestimmte Ursachenzusammenhänge weder bejaht noch verneint werden können und daher insoweit keine Gefahr, sondern nur ein "Gefahrenverdacht" oder ein "Besorgnispotential" besteht. Vorsorge bedeutet des Weiteren, dass bei der Beurteilung von Schadenswahrscheinlichkeiten nicht allein auf das ingenieurmäßige Erfahrungswissen zurückgegriffen werden darf, sondern Schutzmaßnahmen auch anhand bloß theoretischer Überlegungen und Berechnungen in Betracht gezogen werden müssen, um Risiken aufgrund noch bestehender Unsicherheiten oder Wissenslücken hinreichend zuverlässig auszuschließen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Ausführungen zwar in Auslegung von Vorschriften des Atomgesetzes gemacht, das in dieser Hinsicht deutlicher ist als das Bundesimmissionsschutzgesetz. Aber das alle staatlichen Organe treffende Gebot einer auf Grundrechtsgefährdungen bezogenen Risikovorsorge wurzelt nicht im Gesetzesrecht, sondern in der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht [11]. Das Gebot der Risikovorsorge ist damit dem einfachgesetzlichen Immissionsschutzrecht vorgelagert und deshalb auch bei der Auslegung und Anwendung der Vorschriften des öffentlichrechtlichen und des bürgerlichrechtlichen Immissionsschutzrechts zu beachten.

[^ Seitenanfang](#)

### 3.

Dies alles - insbesondere auch der Vorsorgegedanke - findet sich in der Entscheidung der 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 28.02.2002 nicht. Stattdessen wird zunächst auf eine Kammerentscheidung vom 17.02.1997 (NJW 1997, 2509) hingewiesen. Streitgegenstand dieser Entscheidung zugrundeliegenden fachgerichtlichen Verfahrens war aber keine Mobilfunkstation, sondern eine Transformatorenstation, die bei ihrem Betrieb in ihrem Umfeld - unbeabsichtigt - als Nebenwirkung ein nebulöses elektromagnetisches Feld ("Elektro-Smog") entstehen lässt. Mobilfunkbasisstationen produzieren hingegen bestimmungsgemäß gepulste elektromagnetische Strahlungen viel stärkerer Intensität. Die Dinge liegen hier auch anders als bei den Gefahren der Atomenergie, mit denen sich das Bundesverfassungsgericht mehrfach zu befassen hatte [12] oder den bei der Lagerung chemischer Waffen bestehenden Gefährdungen, womit sich das Bundesverfassungsgericht ebenfalls schon auseinandergesetzt hat [13]. Dort handelte es sich immer um den Schutz vor potentiellen Gefahren für Leib oder Leben; d. h. es ging jeweils darum, ob genügend Schutzvorkehrungen getroffen waren, um im Falle von Erdbeben, Terroranschlägen, Sabotageakten, innerbetrieblichen Unfällen usw. einen ungewollten Austritt gesundheitsschädigender Chemikalien oder Atomstrahlen in die Umwelt zu verhindern. Mobilfunkstationen hingegen geben tatsächlich und ständig (also 24 Stunden täglich), bewusst und gewollt ihrer Bestimmung gemäß Strahlungen ab, die eine aktuelle und akute Gefahr für die Gesundheit der im näheren Umkreis einer solchen Anlage lebenden Menschen bedeuten können.

Des weiteren wird im Beschluss der 3. Kammer darauf abgehoben, dass nach der Senatsrechtsprechung eine Verletzung der staatlichen Schutzpflicht vom Bundesverfassungsgericht nur festgestellt werden kann, "wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen oder erheblich dahinter zurückbleiben." Die von der öffentlichen Hand getroffenen Maßnahmen sind jedoch "gänzlich ungeeignet" und "völlig unzulänglich", um die aus den athermischen Wirkungen von Mobilfunkstrahlungen resultierenden Gesundheitsgefahren auszuschließen.

[^ Seitenanfang](#)

## **IV. Mangelnde staatliche Schutzvorkehrungen vor den athermischen Wirkungen der Mobilfunkstrahlung**

### 1.

Mobilfunkstationen senden Strahlen aus, die in ihrer näheren Umgebung organisches Gewebe und damit auch den menschlichen Organismus erwärmen. Zum Schutz vor diesen thermischen Effekte der Mobilfunkstrahlen sind in Ausführung des BImSchG in der 26. BImSchV Grenzwerte festgelegt worden. Diese Grenzwerte gewähren jedoch keinen Schutz vor athermischen, insbesondere biochemischen/neurologischen Wirkungen, die weit unterhalb der Grenzwerte der 26. BImSchV auftreten können. Die Mobilfunkbetreiber, die früher die Existenz solcher athermischen Effekte überhaupt bestritten haben, behaupten nunmehr, bei Erlass der 26. BImSchV seien auch die athermischen Effekte der Mobilfunkstrahlung "berücksichtigt" worden. Sie müssen aber zugestehen, dass bei Festlegung der Grenzwerte lediglich der Schutz vor den gesundheitsbeeinträchtigenden thermischen Effekten elektromagnetischer Felder durch die Festlegung der Grenzwerte abgesichert worden ist. Die athermischen Effekte der Mobilfunkstrahlung mögen Gegenstand der Beratung in den entsprechenden Gremien gewesen sein. Bei der Festlegung der Grenzwerte in der Verordnung sind diese Effekte aber gerade nicht "berücksichtigt" worden. Dies ergibt sich eindeutig auch aus der Begründung zu dieser Verordnung [14].

Athermische Effekte der Mobilfunkstrahlung treten bei wesentlich niedrigeren Feldstärken auf, als sie in der 26. BImSchV festgelegt sind, und zwar zum Teil schon bei einem Zehntausendstel der gemäß dieser Verordnung zulässigen Strahlungsdichte [15]. Die athermischen Effekte bergen Gesundheitsgefahren vor allem in zwei Beziehungen, nämlich durch die in Deutschland angewandte Technik der Pulsung und durch das Störpotential, das die gepulste Strahlung gegenüber elektronisch gesteuerten Geräten hat.

Dass durch das Störpotential, welches das von Mobilfunkanlagen erzeugte elektromagnetische Feld

gegenüber elektronisch gesteuerten Geräten hat, auch gesundheitliche Schäden entstehen können und daher Mobilfunksendeanlagen selbst bei Einhaltung der Grenzwerte in dieser Hinsicht generell gesundheitsgefährdend sind, belegt die Empfehlung der Strahlenschutzkommission "Grenzwerte und Vorsorgemaßnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor elektromagnetischen Feldern" von Juli/September 2001, in der es heißt:

"Kopplungen elektromagnetischer Felder an vom Menschen getragenen medizinischen Geräten (z. B. Herzschrittmacher, Insulinpumpen, Nervenstimulatoren u.a.). können zu Störeinflüssen führen, die gesundheitliche Beeinträchtigungen zur Folge haben können. Die Implantatträger sind entsprechend zu informieren; ggf. sind starke Felder zu kennzeichnen." [16]

Diese Aussagen der Strahlenschutzkommission sprechen für sich und bedürfen keines weiteren Kommentars.

Hinzu kommt, dass beispielsweise der Senat des Landes Berlin vor kurzem die Sicherheitsstandards für Mobilfunkanlagen deutlich erhöht hat; so wurde der Abstand zwischen Anlagen und Betrieben, Schulen etc. verdreifacht.

Bedeutsam in diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des OLG Hamm in ZMR 2002, 622, die eine ähnliche Wertung vornimmt wie das BayObLG in NZM 2002, 441. Nach beiden Entscheidungen bedeutet die Anbringung einer Mobilfunkanlage auf dem Dach eines aus Eigentumswohnungen bestehenden Gebäudes einen über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidlichen Maß hinausgehenden Nachteil im Sinne der §§ 22 Abs. 1 und 14 Nr. 1 WEG. Dieser Gedanke und der dort immanente Mangelbegriff dürfte allgemein auf die Beurteilung von Mobilfunksendeanlagen übertragbar sein.

^ Seitenanfang

## 2.

Darin, dass die Grenzwerte der 26. BImSchV keinen Schutz vor den athermischen Effekten der Mobilfunkstrahlung gewähren, die schon bei viel niedrigeren Energiedichten als die thermischen Effekte auftreten, stimmen alle Wissenschaftler, die sich mit diesen Phänomenen beschäftigt haben, überein. Bereits dies wird in neueren Publikation eindringlich dargelegt [17]. Dabei handelt es sich nicht etwa um ungesicherte Hypothesen einiger weniger Außenseiter, sondern es gibt mittlerweile eine weltweite Phalanx von Wissenschaftlern, die aufgrund ihrer Erkenntnisse und Erfahrungen vor den Gefahren des ungezügelten Mobilfunks warnen [18]. Dies wird von der 3. Kammer des Ersten Senats im hier kritisierten Beschluss völlig übersehen. Im Gegensatz zu der von der Kammer vertretenen Auffassung ist es evident, dass die in der 26. BImSchV getroffene Regelung zum Schutz der Gesundheit, selbst wenn sie ursprünglich möglicherweise rechtmäßig gewesen sein sollte, inzwischen aufgrund neuerer Erkenntnisse wissenschaftlich untragbar geworden ist, auch im Hinblick auf die EG-Vorgabe in Art. 174 EGV.

^ Seitenanfang

## V. Das Verhalten der Politik und die sich hieraus ergebenden Aufgaben der Gerichtsbarkeit

### 1.

Seit langem und mit wachsendem Nachdruck fordern Wissenschaftler, Umweltverbände und Bürgerinitiativen einen stärkeren Schutz vor den gesundheitsgefährdenden Strahlungen von Mobilfunksendeanlagen, als sie die 26. BImSchV gewährt. Sie stoßen dabei aber im Bereich der Politik auf "taube Ohren". Immerhin soll Pressemeldungen zufolge Bundesumweltminister Trittin im Herbst 2001 aufgrund der "Empfehlungen" der Strahlenschutzkommission von Juli/September 2001 zusätzlich zu den bisherigen Basisgrenzwerten die Einführung von "Vorsorgegrenzwerten" beabsichtigt haben; wegen des Widerstands habe er sich aber im Bundeskabinett damit nicht durchsetzen können. Diese Auffassung des Bundeskabinetts hat dann ihren Niederschlag gefunden in der Bundestags-Drucksache 14/8584 vom 04.01.2002. Die dort genannten Maßnahmen der Bundesregierung sind jedoch nicht geeignet, zur Lösung der Probleme beizutragen. Dazu:

(1) Dass das als Erstes genannte "Festhalten an geltenden Grenzwerten" keine "Maßnahme" zur Problemlösung ist, liegt auf der Hand. Es wird hier kein Tun, sondern ein Unterlassen in Aussicht gestellt.

(2) Die als Zweites genannte "Intensivierung der Forschung" ist an sich zu begrüßen. Aber die beste Forschung nützt nichts, wenn die Politik nicht willens ist, aus den Forschungsergebnissen die gebotenen Schlüsse zu ziehen. Zudem hätte es das Vorsorgeprinzip geboten, dass diese Forschungen, vor der Zulassung der Technologie des gepulsten GSM-Mobilfunks durchgeführt worden wären.

(3) Die "Einrichtung einer Datenbank zu den genehmigten Standorten von Mobilfunkanlagen" vermag nur

einen besseren Überblick über das tatsächlich bestehende Netz von Funkanlagen zu geben. Auch diese Maßnahme nützt nichts, wenn der politische Wille fehlt, für das Errichten von Mobilfunkanlagen normative Vorgaben zu machen.

(4) Die "Information der Öffentlichkeit über den aktuellen Stand der Wissenschaft" soll offenbar zur Beruhigung der Bevölkerung dienen. In Schweden sind entsprechende Informationsveranstaltungen mittlerweile wieder abgeschafft worden, weil die Schweden offenbar nicht im Stande waren, zu begreifen, dass Mobilfunkstrahlen absolut ungefährlich ist.

(5) Schließlich vermag kein einziger der unter "Selbstverpflichtung und Monitoring" aufgeführten Einzelpunkte das Risiko einer Gesundheitsschädigung durch bestehende Mobilfunkanlagen zu vermindern. Das gilt namentlich auch für die verstärkte Forschung durch die Mobilfunkbetreiber.

Erklärlich wird dieses an sich unverständliche Verhalten der Politik nur, wenn man die finanziellen Interessen berücksichtigt, die hier im Hintergrund stehen. Der wohl größte deutsche Mobilfunkbetreiber, die T-Mobile Deutschland GmbH, ist ein Tochterunternehmen der Deutschen Telekom AG, an welcher der Bund immer noch mit einem Kapitalanteil von über 40 % beteiligt ist. Durch die Versteigerung der UMTS-Lizenzen hat der Bund sowohl von diesem halbstaatlichen Unternehmen, als auch von der rein privatwirtschaftlich agierenden Mobilfunkbetreibern Milliardenereinnahmen erzielt. Diese Geschäftspartner des Bundes würden, da sich die UMTS-Technologie sich nicht so leicht wie erwartet in die Praxis umsetzen lässt, in Schwierigkeiten geraten, wenn ihnen durch eine bundesweite Verschärfung der Grenzwerte der Verordnung zusätzlich finanzielle Lasten auferlegt würden. Aus diesem Grunde war und ist von der bisherigen Bundesregierung keine Initiative zur längst fälligen Korrektur der 26. BImSchV zu erwarten.

Aber auch die Kommunen sind in puncto Mobilfunk keine besonderen Sachwalter ihrer Bürger. Denn die Kommunen sind angesichts ihrer Finanzlage nur allzu gern bereit, Mobilfunksendeanlagen auf in ihrem Eigentum stehenden Grundstücken und Gebäuden errichten zu lassen und daraus finanziellen Nutzen zu ziehen. Gleiches gilt für kommunale Wohnungsbaugesellschaften. Bürgermeister, die sich früher in der Öffentlichkeit strikt gegen Mobilfunkanlagen in Wohngebieten ausgesprochen hatten, sind plötzlich verstummt, nachdem ihnen Mobilfunkbetreiber Einnahmen aus der Vermietung städtischer Grundstücke für Sendeanlagen verschafft haben.

Die finanziellen Interessen der Kommunen wiederum sind ein Grund mehr für die Länder, ebenfalls keine Initiative zur längst fälligen Novellierung der Verordnung zu ergreifen.

[^ Seitenanfang](#)

## 2.

Das geschilderte Versagen der Politik auf einem grundrechtsrelevanten Terrain müssen die Bürger unter der Geltung des Grundgesetzes nicht ohnmächtig hinnehmen. In einem Rechtsstaat steht auch das politische Handeln unter dem Primat des Rechts. Vor Grundrechtsverletzungen haben vornehmlich die Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit effektiven Rechtsschutz zu gewähren.

Erhebt ein durch Immissionen von Mobilfunksendeanlagen beeinträchtigter Grundstückseigentümer gegen den Mobilfunkbetreiber oder gegen den Eigentümer des Grundstücks, auf dem die Anlage errichtet ist, eine Unterlassungsklage, so haben die Zivilgerichte bei der Auslegung und Anwendung der §§ 1004, 906 BGB, wie dargelegt, die Ausstrahlungswirkung des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit im Sinne des Art. 2 Abs. 2 GG zu beachten. Dazu gehört, dass sie den Gesundheitsschutz und die Risikoversorge ihren Überlegungen zugrundelegen. Hierbei sind sie aber eben nicht, wie die Mobilfunkbetreiber meinen, an die 26. BImSchV "gebunden". Für die Gewährleistung des Grundrechtsschutzes besitzen die Zivilgerichte bei der Auslegung und Anwendung der §§ 1004, 906 BGB vielmehr Kompetenzen in mehrfacher Hinsicht:

(1) Schon nach dem Wortlaut des § 906 BGB ist nur "in der Regel" davon auszugehen, dass die Beeinträchtigung unwesentlich ist, wenn die in einer Rechtsverordnung festgelegten Grenzwerte nicht überschritten werden. Die in der 26. BImSchV festgelegten Grenzwerte betreffen aber allein die thermischen Wirkungen der Mobilfunkstrahlung. Die wesentlichen Beeinträchtigungen der Kläger als Eigentümer der Nachbargrundstücke der in Streit stehenden Mobilfunkanlage liegen aber in den athermischen Wirkungen der von den Mobilfunkanlagen ausgehenden Strahlung; auch die Betreiber akzeptieren zwischenzeitlich derartige Wirkungen. Bei diesen Beeinträchtigungen ist die 26. BImSchV völlig unbeachtlich, weil sie nämlich hierüber keine Regelung trifft. Dies kann das angerufene Gericht im Rahmen der Anwendung des § 906 BGB feststellen, ohne die 26. BImSchV selbst für mangelhaft, unzureichend oder unwirksam erklären zu müssen.

(2) Als Rechtsverordnung muss sich die 26. BImSchV an dem ihr zugrunde liegenden Gesetz i.V.m. Art. 20 a und vor allem Art. 80 GG messen lassen. Diese Verordnung ist auf Grund von § 22 Absatz 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) zu dem Zweck ergangen, die Anforderungen zu

konkretisieren, die in Absatz 1 dieses Paragraphen niedergelegt sind. Danach sind nämlich nicht genehmigungsbedürftige Anlagen "so zu errichten und zu betreiben dass

1. schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind,
2. nach dem Stand der Technik unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen auf ein Mindestmaß beschränkt werden ...."

Die 26. BImSchV wird den Anforderungen, die das ihr zugrundeliegende Gesetz aufstellt, nicht gerecht, da sie keine Grenzwerte für die schädlichen athermischen Effekte des Betriebs von Mobilfunkseendeanlagen festlegt [19]. Folglich werden diese unvermeidbaren schädlichen Umwelteinwirkungen durch die Regelungen der 26. BImSchV nicht auf das vom Gesetz geforderte "Mindestmaß" beschränkt. In einem solchen Fall ist es Sache des erkennenden Gerichts, die schädlichen Umwelteinwirkungen auf das vom Gesetz geforderte, aber von der 26. BImSchV nicht definierte Mindestmaß zu begrenzen.

(3) Die unter (1) und (2) geschilderten Möglichkeiten lassen sich seitens des Gerichts schon mit den herkömmlichen Methoden der Gesetzesanwendung und des Zivilprozessrechts nutzen, wobei das Gericht jedoch stets die Ausstrahlungswirkung des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit zu beachten hat. Wollte das erkennende Gericht unter Auslassung dieser Möglichkeiten im Rahmen des § 906 BGB dennoch die 26. BImSchV anwenden wollen, so käme es unter der Geltung des Grundgesetzes nicht umhin, diese Verordnung auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen, denn eine verfassungswidrige Rechtsnorm darf ein Gericht nicht anwenden. In diesem Fall hätte das erkennende Gericht in eigener Zuständigkeit die Verfassungswidrigkeit dieser Verordnung, die ja kein förmliches Gesetz, sondern eine Rechtsverordnung ist, festzustellen und aus dieser Feststellung die notwendigen Folgerungen zu ziehen; eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG ist nicht geboten.

In der Sache ergibt sich die Verfassungswidrigkeit dieser Verordnung daraus, dass der Staat zur Erfüllung der sich aus Art. 2 Abs. 2 GG ergebenden Schutzpflicht ausreichende Maßnahmen normativer Art ergreifen müßte, die dazu führen, dass ein angemessener und wirksamer Schutz erreicht wird ("Untermaßverbot") [20]. Die 26. BImSchV verletzt das Untermaßverbot, weil die in ihr festgelegten Grenzwerte allein auf die thermischen Wirkungen der Mobilfunkstrahlungen bezogen sind und dadurch die körperliche Unversehrtheit der Bürger nicht den "angemessenen und wirksamen Schutz" vor den athermischen Effekten bieten, den die grundgesetzliche Schutzpflicht dem Staat abverlangt [21].

^ Seitenanfang

## **VI. Zur Abweichung der kritisierten Kammerentscheidung von einem früheren Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts**

Das Landgericht Frankfurt hatte in dem eingangs erwähnten Urteil vom 27.09.2000 [22], gestützt auf § 1004, 906 BGB, im Wege der einstweiligen Verfügung den weiteren Betrieb einer Mobilfunkseendeanlage untersagt. In zweiter und letzter Instanz hob jedoch das Oberlandesgericht Frankfurt die einstweilige Verfügung wieder auf. Hiergegen richtete sich eine Verfassungsbeschwerde, welche die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts mit Beschluss vom 31.01.2001 - 1 BvR 66/01, 71/01 - nicht zur Entscheidung angenommen hat. In diesem Beschluss forderte die 1. Kammer die Erschöpfung des Rechtswegs in der Hauptsache, weil sich im Hauptsachverfahren die Gelegenheit biete, der verfassungsrechtlichen Beschwer abzuhelfen. Außerdem bedürfte es weiterer Sachverhaltsaufklärung, die nach dem Subsidiaritätsgrundsatz (vgl. § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG) im fachgerichtlichen Verfahren vorzunehmen sei. Damit werde gesichert, "dass durch eine umfassende fachgerichtliche Vorprüfung der Beschwerdepunkte dem Bundesverfassungsgericht ein regelmäßig in mehreren Instanzen geprüften Tatsachenmaterial unterbreitet wird und ihm die Fallanschauung und Rechtsauffassung der Gerichte, insbesondere auch der obersten Bundesgerichte, vermittelt werden". Zugleich werde damit "der grundgesetzlichen Zuständigkeitsverteilung und Aufgabenzuweisung entsprochen, nach der vorrangig die Fachgerichte Rechtsschutz gegen Verfassungsverletzungen gewähren [23]". Schließlich wird in diesem Beschluss zu der speziellen Problematik des § 906 BGB wie folgt ausgeführt:

"Auch ist im Hauptsacheverfahren in rechtlicher Hinsicht zu klären, ob die von Mobilfunkanlagen ausgehenden Strahlungen Besonderheiten aufweisen, die bei einer Beurteilung der von § 906 Abs. 1 BGB erfassten Beeinträchtigungen und den bei der Entscheidung über die Duldungspflicht maßgebenden Wertungen folgenreich werden."

Damit weist die 1. Kammer des Ersten Senats den Zivilgerichten die Aufgabe zu, die von Mobilfunkanlagen ausgehenden Gefahren in tatsächlicher Hinsicht aufzuklären, und bestätigt damit zugleich die Kompetenz der Zivilgerichte, die hierbei gewonnenen Erkenntnisse im Rahmen des § 906 BGB "folgenreich" werden zu lassen. Mit dieser zutreffenden, der Senatsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgenden Auffassung der 1. Kammer lässt sich der im Vorstehenden kritisierte Beschluss der 3. Kammer desselben Senats vom 28.02.2002 nicht in Einklang bringen. Der Beschluss dürfte somit kein Freibrief für die Fachgerichte sein, sich der gebotenen Sachaufklärung zu

entziehen. Im übrigen ist nochmals darauf hinzuweisen, dass zwischenzeitlich der Beschluss beim Gerichtshof in Straßburg angefochten worden ist.

> [Prof. Dr. iur. Klaus Kniep](#)

^ [Seitenanfang](#)

- [1] BVerfG in NVwZ 2002, 1103 ( 1 BvR 1676/01) - Zur allgemeinen Problematik von UMTS-Antennen Hitpaß in ZMR 2002, 572 ff.  
[2] 2/4 O 280/00.  
[3] Vgl. BVerfGE 47, 182 (191); 68, 376 (380); 72, 39 (42); 77, 381 (401); 78, 155 (160).  
[4] Vgl. Fußnote 1. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass gegen die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.02.2002 zwischenzeitlich der Europäische Gerichtshof in Straßburg angerufen wurde; eine Entscheidung steht noch aus. Im übrigen hat die Entscheidung in einem Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18.04.2002 - 1 BvR 621/02 bereits Gefolgschaft gefunden.  
[5] Vgl. LG Hanau Urteil vom 10.05.2002, Az. 4/0 1435/01  
[6] Vgl. R. Uerpmann, Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, Bd. 1, 673 ff.  
[7] Vgl. BVerfGE 56, 54 (73); 90, 145 (195); Sachs Kommentar GG, Art. 20 a GG, Anm. 33 ff.  
[8] Vgl. BVerfGE 56, 54 (78 mit Nachweisen).  
[9] Sog. Dynamischer Rechtsgüterschutz, vgl. BVerfGE 49, 89 (130, 141 ff).  
[10] Urteil vom 19.12.1985 - BVerwGE 72, 300 (315 f).  
[11] Vgl. BVerfGE 56, 54 (78).  
[12] Vgl. hierzu BVerfGE 49, 89; 53, 30.  
[13] BVerfGE 77, 170.  
[14] Bundesrats-Drs. 393/96, S. 15.  
[15] M. H. Virnich, Belastungen und Gesundheitsrisiken durch Mobilfunkanlagen, in: Unterlagen zum Kongress ImmoCom, September 2001, S. 7  
[16] Unter A 1.3, S. 20.  
[17] Vgl. K. Hecht, Auswirkungen von elektromagnetischen Feldern. Eine Recherche russischer Studienergebnisse 1960 - 1996 oder M. H. Virnich (wie Anm. 15) oder Volger, Zur Schutzwirkung der 26. BImSchV bezüglich Senderleistungen im Mobilfunk, 2002 oder Virnich Anm. 15 oder Hyland, Gutachten im Auftrag des Europäischen Parlaments, März 2001, 59.  
[18] Einen Eindruck hiervon gibt das dem Europäischen Parlament erstattete Gutachten von G. Hyland mit über 90 Einzelnachweisen im englischen Original.  
[19] Die 26. BImSchV wird dem verfassungsrechtlich vorgegebenen dreifachen Delegationsfilter nicht gerecht (dazu Sachs a.a.O., Art. 80 Anm. 22 f). Dabei wird darauf hingewiesen, dass gegenwärtig beim BGH ein Rechtsstreit wegen der Auswirkung des § 906 BGB im Mobilfunkrecht anhängig ist.  
[20] Vgl. BVerfGE 88, 203 und 254.  
[21] Vgl. hierzu insbesondere A. H. Volger, Zur Schutzwirkung der 26. BImSchV bezüglich Senderleistungen im Mobilfunk, 2002.  
[22] Wie Anm. 2.  
[23] BVerfGE 77, 381 (401)

## **Rechtsanwälte**

> [Gerhard Fichter](#)

> [Ludwig Zürn](#)

> [Prof. Dr. iur. Klaus Kniep](#)

> [Dietmar Muth](#)

> [Harry Binhammer, LL.M.](#)

> [Sabine Oßwald](#)

[:: DIE KANZLEI](#)

[:: DAS TEAM](#)

[:: PUBLIKATIONEN](#)

- [:: INSOLVENZVERFAHREN](#)
- [:: LINKS](#)
- [:: KONTAKT](#)
- [:: IMPRESSUM](#)
- [:: HOME](#)



**FICHTER, ZÜRN, KNIEP UND KOLLEGEN**  
RECHTSANWÄLTE