

keit des BGH, Qualitäts-Standards für Vorlagebeschlüsse und eine bessere allgemeine Einordnung des Rechtsentscheidungs in vertretbareren Grenzen halten lassen. In der Zeit ab dem Jahre 1923 – dem Inkrafttreten der Ermächtigung des § 47 MSchG – ist nicht endgültig geklärt worden, ob ein Entscheid den Charakter eines Rechtsgutachtens,⁹⁷⁾ eines Präjudizes nach angloamerikanischem Recht oder eines ergänzenden Rechtssatzes⁹⁸⁾ hat. Bei einer Einordnung als Rechtsnorm-Ergänzung und einem entsprechenden Bewußtsein hätten sich sowohl zu konkrete Vorlagefragen als auch ein zu fallbezogenes vorsichtiges Vortasten der Entscheidgerichte verboten.

Resümee und Ausblick

Der Rechtsentscheid hat für einige Rechtsfragen das Ziel erreicht, die Rechtszersplitterung angesichts der bisherigen landgerichtlichen Letztzuständigkeit zu vermeiden. Schon ein Blick in eine Mietrechtszeitschrift zeigt jedoch, daß viele Fragen in mehr als zwanzig Jahren ungeklärt geblieben sind. Auch ist das System mit einem hohen Aufwand verbunden gewesen.

Eine einheitliche Rechtsprechung wird in erster Linie durch klare wirklichkeitsnahe interessengerechte Normen, in zweiter Linie durch überzeugende gerichtliche Entscheidungen mit den rechtlich richtigen Argumenten gewährleistet.

Die Mietrechtsreform hat das Wohnraummietrecht kaum vereinfacht. Erst recht ist nicht der Traum verwirklicht worden, daß Mietverträge künftig ohne Allgemeine Geschäftsbedingungen möglich sind.

Entscheide und höchstrichterliche Urteile sind bei der Mietrechtsreform nur zu einem geringen Teil berücksichtigt. Der Anwalt, der außergerichtliche Streitschlichter und der Mietrichter haben auch künftig eine Vielzahl von nicht überholten Entscheidungen und höchstrichterlichen Urteilen zu berücksichtigen. Ob die Zulassungsberufung, die Sprungrevision und die Zulassungsrevision besser sind als der Rechtsentscheid und die Divergenzberufung, wird sich erst in einigen Jahren beurteilen lassen. Die Prozeßpartei, die keinen kostendeckenden Rechtsschutz hat, wird angesichts der Streitwerte, der Kostenrisiken und des Aufwandes kaum von einem zugelassenen Rechtsmittel Gebrauch machen, zumal es nicht so sehr um die Korrektur eines Gerichtsfehlers, wie ihn die unterlegene Partei in der Regel sieht, sondern mehr um das Allgemeininteresse geht.

Auf jeden Fall müßte – auch angesichts der Vielzahl der Argumente in den positiven und negativen Entscheidungen und in den Alltagsurteilen zu Mietrechtsfragen – die Qualität der juristischen Argumentation stärker beachtet werden. Auch wäre – jedenfalls für das Wohnraummietrecht – ein Internet-Informationssystem sinnvoll, in dem zu den einschlägigen Normen die nicht überholten Leitsätze der BVerfG-, BGH- und OLG-Entscheidungen, eine widersprüchliche Rechtsprechung und aktuelle Revisionszulassungen oder Sprungrevisionen dokumentiert sein müßten.

97) *Roquette*, Neues soziales Mietrecht, 1969, S.147.

98) *Hasold*, JR 1985, 96 (97); auch Vorbericht ZMR 1993, 305 (314).

Problematisches Zusammenwirken beim Grundrechtsschutz zwischen BVerfG und Fachgerichten

Von Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Kniep, Heilbronn

I. Zur Problemstellung¹⁾

Seit dem bis dahin in seinen Entscheidungsgründen einmaligen Urteil des LG Frankfurt am Main vom 27.9.2000²⁾ gibt es eine unaufhaltsame Welle des Protests der Bevölkerung gegen Mobilfunkseanlagen 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 Mobilfunkseanlagen 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 Mobilfunkseanlagen ausgehenden Strahlen erforschen, erhebliche Gesundheitsgefährdungen.

Obwohl das Urteil des LG Frankfurt am Main vom 27.9.2000 durchaus überzeugend und nachvollziehbar er-

scheint, ist in den nachfolgenden einschlägigen Entscheidungen unserer Fachgerichte (Zivilgerichte, Verwaltungsgerichte) und des BVerfG in gleichgelagerten Fällen eine bemerkenswerte Übereinstimmung zugunsten der Mobilfunkbetreiber festzustellen. Wie ist dies zu erklären? Diese Frage ist um so gewichtiger, als hier das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG berührt ist und der Grundrechtsschutz nach st. Rspr. des BVerfG vorrangig Aufgabe der Fachgerichte ist.³⁾ Das hier nach geforderte Zusammenwirken der Fachgerichte und des BVerfG beim Grundrechtsschutz gegenüber den Gefahren des Mobilfunks ist jedoch gegenwärtig infolge des Beschlusses der 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG

1) BVerfG, in: NVwZ 2002, 1103, ZMR 2002, 578–580 (– 1 BvR 1676/01 –) – Zur allgemeinen Problematik von UMTS-Antennen *Hippel*, 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].

vom 28. 2. 2002 – 1 BvR 1676/2001 –,⁴⁾ durch welche eine Verfassungsbeschwerde gegen die Berufungsentscheidung eines OVG 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 OVG, das VG 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 BVerfG 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 BVerfG (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).

II. Die beschränkte Bedeutung von Nichtannahmeentscheidungen der Kammern des BVerfG

Die mit drei Verfassungsrichtern besetzten Kammern des BVerfG 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 BVerfG. Als „Entscheidung des BVerfG“ 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 BVerfG (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 BVerfG 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 BVerfG 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 Verfassungsbe-

schwerde nicht zur Entscheidung angenommen worden ist, dann wird eine solche Entscheidung gelegentlich von interessierter Seite an Zeitschriften geschickt, die sie dann unter der Rubrik „BVerfG“ 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 BVerfG zu richten.

III. Die Senatsrechtsprechung des BVerfG zum Schutz des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit

1. Das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) schützt nach st. Rspr. der Senate des BVerfG 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 Risikoversorge⁸⁾ und zwar bedürfen höchste Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit der bestmöglichen Gefahr- und Risikoversorge. Die staatlichen Organe sind in dieser Hinsicht deshalb zur fortlaufenden Überprüfung und ggf. zum „Nachfassen“, zur Anpassung und Nachbesserung der bestehenden Schutzvorkehrungen verpflichtet.⁹⁾

Mit der Anerkennung des Vorsorgeprinzips im Umweltschutz befindet sich das BVerfG 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 Ent-

4) Vgl. Fn. 1. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß gegen die Entscheidung des BVerfG vom 28. 2. 2002 zwischenzeitlich der MRK-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. 4. 2002 – 1 BvR 621/02 – bereits Gefolgschaft gefunden.

5) Vgl. LG Hanau, Urteil vom 10. 5. 2002 – 4/0 1435/01 –.

6) Vgl. R. Uerpman, Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung, FS 50 Jahre BVerfG, 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 m. Nachw.).

9) Sog. Dynamischer Rechtsgüterschutz, vgl. BVerfGE 49, 89 [130, 141 ff.].

wicklung 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.⁹

2. Was Risikovorsorge im einzelnen bedeutet, hat das BVerwG 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 BVerwG hat diese Ausführungen zwar in Auslegung von Vorschriften des Atomgesetzes gemacht, das in dieser Hinsicht deutlicher ist als das Bundesimmissionschutzgesetz. 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 Immissionschutzrecht vorgelagert und deshalb auch bei der Auslegung und Anwendung der Vorschriften des öffentlich-rechtlichen und des bürgerlich-rechtlichen Immissionschutzrechts zu beachten.

3. Dies alles – insbesondere auch der Vorsorgegedanke – findet sich in der Entscheidung der 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 28. 2. 2002 nicht. Statt dessen wird zunächst auf eine Kammerentscheidung vom 17. 2. 1997 (NJW 1997, 2509 = ZMR 1997, 218) hingewiesen. Streitgegenstand des dieser Entscheidung zugrunde liegenden

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 BVerfG mehrfach zu befassen hatte¹² oder den bei der Lagerung chemischer Waffen bestehenden Gefährdungen, womit sich das BVerfG 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 BVerfG 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.

IV. Mangelnde staatliche Schutzvorkehrungen vor den athermischen Wirkungen der Mobilfunkstrahlung

1. Mobilfunksendestationen senden Strahlen aus, die in ihrer näheren Umgebung organisches Gewebe und damit auch den menschlichen Organismus erwärmen. Zum Schutz vor diesen thermischen Effekten 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 Be-

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.

ratung 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 (= ZMR 2002, 610). Nach beiden Entscheidungen bedeutet die Anbringung einer Mobilfunkanlage auf dem Dach eines aus Eigentumswohnungen bestehenden Gebäudes einen über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgehenden Nachteil i. S. 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.

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 Publikationen 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 ungezügelter 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.

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 BT-Drucks. 14/8584 vom 4.1.2002. 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 ent-

14) BR-Drucks. 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 13, S. 20.

17) Vgl. K. Hecht, Auswirkungen von elektromagnetischen Feldern. Eine Recherche russischer Studienergebnisse 1960–1996 oder M.H. Virnich (wie Fn. 15) oder Volger, Zur Schutzwirkung der 26. BImSchV bezüglich Senderleistungen im Mobilfunk, 2002 oder Hyland, Gutachten im Auftrag des Europäischen Parlaments, März 2001, S. 59.

18) Einen Eindruck hiervon gibt das dem Europäischen Parlament erstattete Gutachten von G. Hyland mit über 90 Einzelnachweisen im englischen Original.

sprechende Informationsveranstaltungen mittlerweile wieder abgeschafft worden, weil die Schweden offenbar nicht im Stande waren, zu begreifen, daß Mobilfunkstrahlen absolut ungefährlich sind.

(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 den rein privatwirtschaftlich agierenden Mobilfunkbetreibern Milliardenereinnahmen erzielt. Diese Geschäftspartner des Bundes würden, da sich die UMTS-Technologie 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 allzugern 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.

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 i. S. des Art. 2 Abs. 2 GG zu beachten. Dazu gehört, daß sie den Gesundheitsschutz und

die Risikoversorge ihren Überlegungen zugrunde legen. 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 „i. d. R.“ 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 aufgrund von § 22 Abs. 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 zugrunde liegende Gesetz aufstellt, nicht gerecht, da sie keine Grenzwerte für die schädlichen athermischen Effekte des Betriebs von Mobilfunksendeanlagen 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

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 (BGH V ZR 356/02).

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 BVerfG 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⁾

VI. Zur Abweichung der kritisierten Kammerentscheidung von einem früheren Beschluß der 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG

Das LG Frankfurt hatte in dem eingangs erwähnten Urteil vom 27.9.2000,²²⁾ gestützt auf § 1004, 906 BGB, im Wege der einstweiligen Verfügung den weiteren Betrieb einer Mobilfunkendeanlage untersagt. In zweiter und letzter Instanz hob jedoch das OLG Frankfurt die einstweilige Verfügung wieder auf. Hiergegen richtete sich eine Verfassungsbeschwerde, welche die 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG mit Beschluß vom 31.1.2001 – 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 Hauptsacheverfahren die Gelegenheit biete, der verfassungsrechtlichen Beschwerde abzuwehren. 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 BVerfG ein regelmäßig in mehreren Instanzen geprüftes 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 BVerfG folgenden Auffassung der 1. Kammer läßt sich der im vorstehenden kritisierte Beschluß der 3. Kammer desselben Senats vom 28.2.2002 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.

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 Fn. 2.

23) BVerfGE 77, 381 [401].

Erwiderung zu *Michael J. Schmid*: „Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer“

Von Richter am AG *Joachim Rau*, Erfstadt

In dieser Zeitschrift¹⁾ hat sich *Schmid* in einer kurzen Anmerkung mit der Entscheidung des AG Kerpen²⁾ auseinandergesetzt, welche vom Verfasser dieser Erwiderung erlassen wurde.

Schmid geht in seiner Besprechung davon aus, daß Beschlüsse der Wohnungseigentümer nur dann bindend sein können, wenn die Wohnungseigentümer über eine entsprechende Beschlusskompetenz verfügen. Denn andernfalls läge ein Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter vor: Der einzelne Wohnungseigentümer könne nämlich nur einer Bin-

dung durch den gefaßten Beschluß unterworfen sein, soweit kraft Gesetzes oder kraft einer Vereinbarung eine Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer eröffnet sei. Folglich müsse bei Beschlüssen auch nicht primär danach gesucht werden, ob diese nichtig seien – vielmehr müsse zunächst eine Beschlusskompetenz festgestellt werden.

1) ZMR 2003, 92.

2) – 15 II 18/02 –, ZMR 2003, 73 = WE 2003, 4 – NZM 2002, 989 – NJW-RR 2003, 6.