B 1384

NVwZ
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

herausgegeben von
Prof. Dr. Rüdiger Breuer
Prof. Dr. Martin Burgi
Dr. Josef Christ
Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde
Prof. Dr. Thomas Mayen
Dr. Hubert Meyer
Prof. Dr. Janbernd Oebbecke
Prof. Dr. Karsten-Michael Ortloff
Dr. Stefan Paetow
Prof. Dr. Joachim Scherer
Dr. Heribert Schmitz
Prof. Dr. Friedrich Schoch
Prof. Dr. Rudolf Streinz

Verlag C.H.Beck
München und Frankfurt a. M.

NVwZ im Internet: www.nvwz.de

Aus dem Inhalt

M. Morlok/A. Bäcker, Zugang verweigert: Fehler und fehlender Rechtsschutz im Wahlzulassungsverfahren *S. 1153*

C. Kahle, Genehmigungsrechtliche Folgen der Wiedererrichtung von beschädigten oder zerstörten immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen *S. 1159*

B. I. Budzinski, Von der Versorgung ohne Auftrag zur Bestrahlung ohne Gesetz *S. 1165*

C. Neumann, Flashmobs, Smartmobs, Massenpartys *S. 1171*

M. Kutscha, Hochschullehre unter Fachaufsicht? *S. 1178*

M. Drasdo, Tod des Pflegeleistungsempfängers beendet Heimvertrag *S. 1181*

EuGH: Assoziationsrechtliches Aufenthaltsrecht eines Familienangehörigen *S. 1187*

BVerfG: Konkurrentenstreitverfahren um Besetzung einer Schulleiterstelle *S. 1191*

VGH Mannheim: Unionsbürgerschaftliches Aufenthaltsrecht *S. 1210, 1213*

19 2011

S. 1153 – 1216 30. Jahrgang 15. Oktober 2011

2750201119

lagenteile zu treffen, die sie ohne das unvorhersehbare Ereignis nur im Wege einer nachträglichen Anordnung hätte treffen können. Die strengen Voraussetzungen der nachträglichen Anordnungen blieben dabei unberücksichtigt. Da die Änderungsgenehmigung jedoch kein geeignetes Instrument für den Erlass nachträglicher Anordnungen ist[58], bedarf es in diesen Fällen besonderer Aufmerksamkeit.

IV. Fazit

Wird eine Anlage zerstört und anschließend wieder innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren neu errichtet und betrieben und hält sich die Anlage zudem im Rahmen der ursprünglichen Genehmigung, behält die ursprünglich erteilte Genehmigung Gültigkeit und erlischt nicht. Vielmehr handelt es sich um den ausdrücklich in § 16 V BImSchG geregelten Fall.

Ist eine identische Wiedererrichtung der Anlage entsprechend den Antragsunterlagen möglich, bedarf es lediglich einer Baugenehmigung. Dies führt im Ergebnis dazu, dass die mit § 16 V BImSchG erzielten verfahrensrechtlichen Vorteile weitgehend aufgehoben werden. Zudem dürfte es erforderlich sein, dass die Wiedererrichtung gegenüber der Immissionsschutzbehörde nach § 15 BImSchG angezeigt wird.

Im Fall der veränderten Wiedererrichtung ist eine Genehmigung nach § 16 BImSchG dann erforderlich, wenn hierdurch nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können. Das Änderungsgenehmigungsverfahren ist auf die Anlagenteile beschränkt, für die sich die Genehmigungsfrage neu stellt, weil sich die Änderung auf diese tatsächlich auswirkt.

58 *Jarass* (o. Fußn. 2), § 16 Rdnr. 44 m. w. Nachw.; *Czajka*, in: *Feldhaus* (o. Fußn. 9), § 16 Rdnr. 91.

Richter am VG a. D. Bernd Irmfrid Budzinski*

Von der Versorgung ohne Auftrag zur Bestrahlung ohne Gesetz

Warten auf die „lex Mobilfunk"

Das Menschenrecht auf Achtung der Wohnung (Art. 8 I EMRK) gilt auch gegenüber den Immissionen des Mobilfunks – entschied der EGMR 2007. Die planmäßige und durchdringende Bestrahlung der Innenräume aller Wohnungen bedarf deshalb der gesetzlichen Rechtfertigung (Art. 8 II EMRK). Doch kein Gesetz erlaubt sie. Denn die so genannte Indoor-Versorgung ins Innere von Wohnungen, um auch dort Mobilfunkempfang zu ermöglichen, war nicht geplant, berichten die Pioniere des Mobilfunks. Diese stillschweigende Ausweitung des Versorgungskonzepts eröffnete abweichend von der ursprünglich nur im Freien erwarteten Strahlenbelastung nun pausenlos – so auch zu Hause und des Nachts – die „unkontrollierte Exposition der Bevölkerung". Dafür fehle die „allgemeine Rechtsgrundlage" bzw. der gesetzliche „Entscheidungsrahmen der Legislative", meinten das Bundesamt für Strahlenschutz und die Strahlenschutzkommission 2006. Ungeachtet dessen und der hinzukommenden Mahnung des Leiters des Ausschusses für nicht-ionisierende Strahlung der Strahlenschutzkommission 2007, wenigstens nicht ohne Tests zu den biologischen Auswirkungen ständig neue Funktechnologien einzuführen, wird das neue LTE-Netz nunmehr sofort flächendeckend und ohne diese Prüfung mit einer noch stärkeren Durchdringung der Häuser „bis in den Keller" aufgebaut; kommen neue Anwendungen (z.B. das funkgestützte Smart Meter) hinzu, die diese Intensität voraussetzen. Die überfällige rechtliche Prüfung zeigt, dass der Mobilfunkbetrieb insoweit tatsächlich ohne ausreichende rechtliche Grundlage stattfindet.

I. Stand von Recht und Forschung

1. Problemstellung

Aufgabe der Exekutive sei es, so entscheiden beharrlich seit Jahren die Gerichte, den Erkenntnisfortschritt der Wissenschaft zum Strahlenrisiko durch die Mikrowellen des Mobilfunks zu beobachten und zu bewerten und dann bei Bedarf im Rahmen ihres weiten Entscheidungsermessens etwa notwendige Schutzmaßnahmen zu ergreifen[1]. Den Gerichten fehle hierfür trotz Art. 19 IV GG die Kompetenz. Die rechtliche Qualifikation der Indoor-Mobilfunkstrahlung als eine prinzipiell die Privatsphäre innerhalb von Wohnungen belastende – und deshalb möglicherweise der Regelung harrende – Immission wird dabei übersehen; das Urteil des *EGMR* vom 3. 7. 2007[2] bleibt insoweit unbeachtet. Das wiegt schwer, denn es trifft ein rechtliches Kernproblem:

Man stelle sich vor, der Nachbar möchte sein Büro, das hinter dem eigenen Haus liegt, über Funk mit einer „Datenautobahn", die quer durch die Wohnung und auch das eigene Schlafzimmer strahlt, verbinden. Vermutlich würde dies niemand gestatten, auch nicht, wenn versichert würde, dass die Strahlung völlig harmlos sei. Das Recht des Einzelnen, über Risiken, denen er in seinen vier Wänden ausgesetzt werden soll, selbst zu bestimmen, stünde außer Zweifel.

Nicht so beim Mobilfunk: Hier dringen die Mobilfunkbetreiber, ohne überhaupt zu fragen, Tag und Nacht mit vielen „Datenautobahnen", wie es in Funkzeitschriften genannt wird, in jedes Haus ein und durch es hindurch. Und alle Nachbarn funken ebenso – bildlich gesprochen – auf diesen Datenautobahnen durch fremde Wohnungen zurück, ebenfalls ohne zu fragen.

Das Bundesforschungsministerium assoziierte 2004[3] eine solche „Durchstrahlung von Wohnungswänden" mit einem „sittenwidrigen Eingriff in die Privatsphäre des Menschen" – oder anders ausgedrückt mit einer (auch rechtlichen) Zumutung. Haben wir also im Rausch einer technologischen Umwälzung unser natürliches Rechtsbewusstsein verloren?

2. Erfordernis einer gesetzlichen Regelung

a) *Gesetzgebungserfordernis nach Art. 8 II EMRK.* Es scheint klar, dass die gezielte Durchdringung fremden Wohnraums mit Strahlen aller Art allein schon formal einer ausdrücklichen normativen Rechtfertigung bedarf, wie es nach Art. 8 II EMRK durch Gesetz vorgesehen werden soll. Das kann nicht davon abhängen, ob Grenzwerte – hier nach § 2 der

* Der Autor war Richter am *VG Freiburg*.
1 *BVerfG*, NVwZ 2007, 805 = GE 2007, 774 = BauR 2007, 1368.
2 *EGMR*, NVwZ 2008, 1215.
3 DLR, Bundesministerium für Bildung und Forschung, „Mobilkommunikation und Rundfunk der Zukunft", – Konzepte zur Minimierung der Exposition der Bevölkerung durch elektromagnetische Felder –, 2004, S. 22 – http://www.pt-it.pt-dlr.de/_media/miniwatt_broschuere.pdf.

26. BImSchV – eingehalten werden oder nicht. Das formelle Erfordernis eines Gesetzgebungsverfahrens kann sich nicht durch die materielle Zulässigkeit des beabsichtigten Regelungsinhalts erübrigen, mag diese auch als noch so sicher angenommen werden. Auch der *EGMR* traf hiervon unabhängig und trotz seiner mutmaßlichen Überzeugung, dass Mobilfunkwellen eigentlich harmlos seien, die Feststellung, dass der Tatbestand eines Eingriffs durch ein Eindringen in die Wohnräume in jedem Falle gegeben sei. Damit kann nicht so getan werden, als seien Mobilfunkwellen unterhalb der Grenzwerte rechtlich quasi inexistent.

Selbst wenn man diesen Eingriff bei Einhaltung der Grenzwerte nun stets für zulässig hielte, wäre eben dies durch das Parlament in einem ausdrücklich Art. 8 EMRK in den Blick nehmenden Gesetz den Bewohnern aufzuerlegen. Dies erübrigt sich auch nicht durch eine eigene richterliche Interessenabwägung, wie sie letztlich der *EGMR* – offenbar ohne sachverständige Hilfe – selbst vornimmt bzw. dem regierungsamtlichen Vortrag ohne weitere Überprüfung folgt[4]. Dabei mag dahinstehen, dass seine allem Anschein nach zu Grunde gelegten Annahmen, der Mobilfunkverkehr sei mangels biologischer Auswirkungen von vorneherein nicht geeignet, das Wohnen zu stören, und zudem ohne ein Durchdringen aller Häuser technisch nicht durchführbar, nicht zutreffen, wie später zu zeigen ist.

b) *Gesetzgebungserfordernis auf Grund des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 III GG).* Die Notwendigkeit einer parlamentarischen Entscheidung folgt – über Art. 8 II EMRK hinaus – auch aus dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG). In Grundrechte und generell in die Lebensverhältnisse der gesamten Bevölkerung darf nur durch Gesetz eingegriffen werden (so genannte Wesentlichkeitstheorie). Eine derartige Bedeutung kommt der Mobilfunktechnologie ebenso wie anderen neuen und das Leben umwälzenden Technologien unzweifelhaft zu. Immerhin wird von einer „Revolution" gesprochen, die das 21. Jahrhundert prägen könnte. Dass der Mobilfunk deshalb sogar schon ohne die Berücksichtigung von Aspekten der Volksgesundheit wirtschaftlich, sozial, raumordnerisch, finanziell und kulturell von wesentlicher – demokratisch und rechtsstaatlich fundamentaler – Bedeutung für das Gemeinwesen ist, erscheint offensichtlich. Das gilt erst recht angesichts seiner grundrechtsrelevanten Bedeutung.

Es handelt sich demnach um eine gesamtgesellschaftliche, dem Staat zurechenbare „Veranstaltung", mögen Aufbau und Betrieb auch in privater Rechtsform erfolgen. Art. 87 f GG zeigt, dass eine öffentliche Aufgabe vorliegt und sich der Staat privater Betreiber lediglich bedient, um das bisher unstreitig der staatlichen Daseinsvorsorge zugewiesene Fernmeldewesen durch Zulassung des Wettbewerbs effizienter zu gestalten, ohne dabei die eigene Verantwortlichkeit im Rahmen einer Gewährleistungsfunktion gänzlich aus der Hand zu geben. Der Vorbehalt des Gesetzes muss deshalb auch dann gelten, wenn die Akteure privatrechtlich organisiert sind, aber in Wahrheit lediglich an die Stelle der überkommenen staatlichen Leistungsverwaltung getreten sind.

Der Vorbehalt des Gesetzes dient dabei nicht primär dem Gesundheitsschutz, sondern der politischen Steuerung und demokratischen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens. Politische Entscheidungen zu Fragen von grundsätzlicher Bedeutung für die Lebensgestaltung sind weder dem „Markt" noch bestimmten Interessengruppen zu überlassen. Das gilt erst recht dann, wenn – wie hier durch die Indoor-Versorgung – sogar die Freiheit des Einzelnen, ob er am Mobilfunkverkehr teilnehmen bzw. sich seiner Strahlung auf Dauer aussetzen will oder nicht, durch eine zwangsweise Versorgung in seine Wohnung hinein ausgeschlossen wird.

Aus alldem wäre zu folgern: Die normative Grundsatzentscheidung für oder gegen die rechtliche Zulässigkeit der Mobilfunktechnologie einschließlich der permanenten Exposition der gesamten Bevölkerung auch in ihren Wohnungen mit hochfrequenter elektromagnetischer Strahlung „ist wegen ihrer weitreichenden Auswirkungen auf die Bürger, insbesondere auf ihren Freiheitsbereich und Gleichheitsbereich, auf die allgemeinen Lebensverhältnisse und wegen der notwendigerweise damit verbundenen Art und Intensität der Regelung eine grundlegende und wesentliche Entscheidung im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes. Sie zu treffen ist allein der Gesetzgeber berufen" (so wörtlich der *Zweite Senat* des *BVerfG* – zur Nutzung der Kerntechnologie)[5].

c) *Gesetzgebungserfordernis aus Art. 20 a GG.* Die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers aus Art. 20 III GG wird heute außerdem durch die weitere Verpflichtung aus Art. 20 a GG bestärkt: Bei der Einführung umweltrelevanter Technologien ist auf die Natur und ihren Haushalt sowie vor allem den Schutz und die Entwicklung der nachfolgenden Generationen Rücksicht zu nehmen. Zu diesen natürlichen Lebensgrundlagen gehört auch die alle Lebensvorgänge steuernde natürliche „Elektrizität der Luft" einschließlich dazu gehörender Strahlungen[6], wie wir in einem Teilbereich u. a. bei verschiedenen Wetterlagen selbst erfahren können.

Dieser elektrische Haushalt der Natur wird durch den Mobilfunkverkehr flächendeckend und massiv verändert. Das wird ganz wesentlich durch die Planung eines großen Herstellers veranschaulicht, der die Batterien der Handys künftig über ihre Antenne aus dem Elektrosmog der Luft aufladen will[7]. Es drängt sich geradezu auf, dass Menschen mit ihrer körpereigenen „Elektrik" in einem „Strahlenmeer" dieser Intensität ebenfalls „aufgeladen", d. h. grundlegend biologisch gestört, werden könnten. Eine solche Veränderung des „elektrischen Klimas", die entscheidend von den Mobilfunkbasisstationen verursacht wird, betrifft ohne Zweifel die natürliche Lebensgrundlage i. S. von Art. 20 a GG, zumal an ein Abschalten der Emissionen nicht zu denken und auch ihnen auszuweichen nicht (mehr) möglich ist.

Es kommt hinzu, dass auch konkret ein Gesundheitsrisiko gegeben erscheint, wie der *Verfasser* bereits 2009 eingehend dargestellt hat; darauf wird verwiesen[8]. Dies ist inzwischen weiter erhärtet worden: Die Autoren des vierjährigen schweizerischen (Mobilfunk-)Forschungsprogramms „NFP 57" (vergleichbar etwa mit dem Deutschen Mobilfunkforschungsprogramm) bestätigten im Mai 2011, dass „die Strahlung nachweislich bestimmte biologische Prozesse in Zellen und Organen verändere", so auch die Hirndurchblutung oder die Herzfrequenz sowie die Hirnstromwellen im Schlaf. Entsprechende störende Wirkungen auf Leistung, Verhalten und Befinden hatte auch bereits die Kinder- und Jugendstudie des Deutschen Mobilfunkforschungsprogramms gezeigt[9]. Geradezu dringlich forderte die russische Sicherheitsbehörde RNICRP nunmehr „wegen bereits auftretender Schäden insbesondere bei Jugendlichen" Vorsorgemaßnahmen.

4 Zur Kritik im Übrigen *Budzinski*, NVwZ 2009, 160 (161).
5 Schneller Brüter Kalkar, *BVerfG*, Beschl. v. 8. 8. 1978 – 2 BvL 8/77.
6 Hier der Anschaulichkeit zuliebe vereinfacht ausgedrückt. Vgl. genauer z. B. *Warnke*, „The potenzial dangers of electromagnetic Fields and their Effekt on the environment", Council of Europe, Joint Hearing v. 17. 9. 2010: „Natürliche elektrische, magnetische und elektromagnetische Felder und Schwingungen sind Evolutionsparameter".
7 Entwicklung von NOKIA; Originalmeldung: EE/Times, News und Analysis; www.eetimes.com/electronics-news/4195530/Nokia-working-on-energy-harvesting-handset.
8 *Budzinski*, NuR 2009, 846.
9 S. im Einzelnen *Budzinski*, NVwZ 2010, 1205.

Weiterhin zeigte sich im EEG in vielen Versuchen eine Wirkung wie nach der Einnahme von „Pharmaka" (z. B. Schlafmittel) oder einer „Tasse Kaffee oder stärker". Von einem derartigen Vergleich sprach schon 2004 ein führender Schweizer Forscher sowie im Jahre 2007 die Forschungsgemeinschaft Funk und erneut im Jahre 2010 ein Forscher der Universität Zürich beim „Forum Mobilkommunikation"[10] als Ergebnis des heutigen Stands der (gesamten) Forschung. Sowohl auftretende Latenzzeiten als auch die Störung der Kognition, der Hirndurchblutung und der Herzfrequenz legen den Schluss nahe, dass es sich – über eine bloße eventuell oberflächliche Beeinflussung des EEG hinaus – um tiefer gehende und nachhaltige Störungen des Nervensystems handelt. Dass dies keine gesundheitliche Bedeutung haben soll, widerspricht jeglicher Definition und Vorstellung von Gesundheit. Selbst „bloßer Stress" wäre bei diesem Szenario gesundheitlich relevant, jedenfalls aber eine erhebliche Belästigung und damit schädliche Umwelteinwirkung (§ 3 I BImSchG).

Auch ein nachteiliger Einfluss auf Ungeborene und damit die nachfolgenden Generationen, deren Schutz Art. 20 a GG besonders bezweckt, ist angesichts weiterer ernster Hinweise auf genetische Schäden (DNA) zu befürchten. Die WHO (IARC) stufte zudem 2011 Mobilfunkwellen als „potenziell kanzerogen" ein („Stufe 2B" von 5).

Selbst wenn also der Wirkungsmechanismus für Schädigungen trotz einiger Ansätze weiterhin ungeklärt sein mag, wie regelmäßig eingewandt wird, rechtfertigt dies nicht, Vorsorgemaßnahmen zu unterlassen, sondern gebietet sie umso mehr wegen der deshalb umso weniger abschätzbaren Folgen. Entscheidend ist, dass die störende und eventuell schädigende Wirkung selbst hinlänglich feststeht, wie es hier nachweislich der Fall ist.

Eine permanente Durchstrahlung von Wohnungen mit Mikrowellen aller Art kann folglich auch angesichts der ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Forderung von Art. 20 a GG nur durch ein parlamentarisch verantwortetes Verfahren im Rahmen der (formellen) Gesetzgebung – hier i. V. mit Art. 20 III GG – geprüft und, wenn überhaupt, mit Vorsorgeregelungen zugelassen werden.

3. Entfallen des gesetzlichen Regelungsbedarfs durch „Inklusiv"-Regelungen oder aus der Natur der Sache?

a) *„Ersatz"-Regelung für den Versorgungsauftrag nach Art. 87 f GG?* Das Bedürfnis einer parlamentarischen Grundentscheidung für den Mobilfunk – spätestens dann, wenn sie auch mit einer Dauerbelastung der Bevölkerung innerhalb aller Wohnungen verbunden ist, – wird nicht durch den ansonsten reichlich bemühten so genannten Versorgungsauftrag des Grundgesetzes befriedigt (Art. 87 f GG). Denn ein bloßer – zudem im Einzelnen umstrittener – „Auftrag" besagt ganz allgemein noch nichts über die Art und Weise der Durchführung.

In Wahrheit handelt es sich lediglich um einen Infrastrukturgewährleistungsauftrag zur flächendeckenden Mindest-Erschließung auch abgelegener und wirtschaftlich nicht lukrativer Regionen, also um die gleichmäßige Erfüllung, nicht aber die garantierte Erreichung eines bestimmten Zieles. Über die Schaffung von Rahmenbedingungen hinaus will die Regelung kein bestimmtes Versorgungskonzept vorschreiben oder ausdrücklich gestatten und erst recht nicht die dafür erforderliche Übertragungstechnik regeln. Es kommt deshalb nicht darauf an, dass der Auftrag sich zusätzlich auch auf den Mobilfunk als Teil der zu gewährleistenden Telekommunikationsleistungen erstrecken mag. Art. 87 f GG enthält jedenfalls keine selbstständige „Grundentscheidung" für die Einführung des Mobilfunks, wie sich auch daran ersehen lässt, dass er bisher in § 78 II TKG nicht zu den so genannten Universaldiensten gezählt wurde.

Erst recht enthält er keine Ermächtigung i. S. von Art. 8 II EMRK, einen mobilen Funk der Betreiber auch innerhalb von Wohnungen einzuführen, zumal alle Gebäude bereits mit dem Festnetz versorgt waren und jederzeit sind. Auch der (zweidimensionale) Begriff der „Flächendeckung" hilft nicht darüber hinweg, dass ein Versorgungsauftrag mit „mobilen" Leistungen schon begrifflich, aber auch nach der seinerzeitigen Vorstellung, grundsätzlich an der Haustür endet. Unabhängig von seinem „dynamischen" Umfang ist er folglich schon bei Erreichung dieses Zieles erfüllt, was heute unstreitig der Fall ist.

Es ist daher nicht weiter von Bedeutung, ob die Gewährleistung von Art. 87 f GG als Staatszielbestimmung verstanden werden mag, welche – zudem nur im Verhältnis zu den Betreibern als Adressaten – auch zu Grundrechtseingriffen berechtigt.

b) *„Generalermächtigung" durch das Bundesimmissionsschutzgesetz in Verbindung mit der 26. BImSchV zum Eindringen in Wohnungen?* Das Bundesimmissionsschutzgesetz hat, auch und soweit hiernach Grenzwerte festgelegt werden, für das gesamtgesellschaftliche Leben lediglich „begleitende" und sichernde Funktion. Schutz und Vorbeugung im Detail (§ 1 I BImSchG), nicht die Lebensgestaltung im Umgang mit neuen Technologien, stehen im Vordergrund. Das bedeutet, dass nach diesem Gesetz nicht darüber entschieden wird oder werden kann, welche Technologien zu welchen Zwecken Anwendung finden sollen. Auch geht es nicht darum, welche Risiken eine Gesellschaft in Kauf zu nehmen hat. Vielmehr wird lediglich festgelegt, wie und in welchem Rahmen neue Technologien betriebstechnisch angewandt werden dürfen, nachdem ihre prinzipielle Anwendung einschließlich des Risikomaßstabs – durch Gesetz – beschlossen ist.

Die bloße Festsetzung von Grenzwerten kann mithin nicht dazu führen, dass jede Anwendung einer neuen Technologie unterhalb dieser Werte automatisch vom Gesetzesvorbehalt des Art. 20 III GG „befreit" wäre. Insoweit ist zudem die Regelungskompetenz des Bundesgesetzgebers beschränkt und die 26. BImSchV deshalb lückenhaft. Sie erfasst beispielsweise keine Endgeräte[11], also die Handys, die ein entscheidender Bestandteil einer Grundentscheidung zur Einführung des Mobilfunks sein müssten.

Erst recht gelten diese Überlegungen, wenn die Technologie unterhalb der Grenzwerte vorsorgerelevante Probleme aufwirft, die sich vor allem auch aus der Art und dem Umfang ihrer Anwendung (z. B. hier der Indoor-Versorgung) ergeben können, aber im Rahmen der Grenzwertfestlegung in keiner Weise und mit keinem Wort berücksichtigt werden (sollten). Dass der Grenzwert unterschiedslos auch für „Gebäude" gelten soll (§ 2 der 26. BImSchV), unterstreicht dies sogar, ändert aber jedenfalls nichts daran, dass für den grundrechtlichen Sonderfall „Wohnung" (Art. 8 I EMRK) Vorsorgeanforderungen, die über den Mindestschutz vor den handgreiflichen Gefahren einer Schädigung hinausgehen, zu stellen sind und erlassen werden dürfen.

Eine grundlegende gesetzliche Regelung der Art und des Umfangs der Mobilfunkversorgung wirkt sich umgekehrt auch auf die Festsetzung von Grenzwerten aus und ist damit sogar an vorrangiger Stelle unentbehrlich. So könnten die Risikoabschätzungen für die ursprünglich geplante Outdoor-Versorgung angesichts einer in diesem Falle lediglich vorüber-

10 Das Forum wird maßgeblich von der Mobilfunkindustrie getragen. *Achermann*, Institut für Pharmakologie und Toxikologie, Interview im Nachrichtenblatt „20 Minuten" v. 20. 5. 2010; *Glogger*, www.20min.ch/wissen/gesundheit/story/Handy-beeinflusst-Schlaf-gleich-stark-wie-Kaffee-17696924.

11 Vgl. *Kutscheidt*, NJW 1997, 2481 (2484).

gehenden – täglich nur wenige Stunden erreichenden – Strahlenbelastung während des Aufenthalts im Freien oder in Innenstädten möglicherweise günstiger ausgefallen sein. Folglich könnten auch die Grenzwerte in der Tendenz großzügiger gefasst worden sein als bei Annahme einer 24-Stunden Langzeit-Belastung auch innerhalb aller Wohnungen. Mit dem Wechsel zur Indoor-Versorgung mag somit sogar eine wesentliche Änderung erfolgt sein, die ein zusätzliches Strahlungspotenzial schafft und damit die Verbindlichkeit der gegenwärtigen – eher an Kurzzeiteffekten orientierten – Grenzwertfestsetzung in Frage stellt.

Noch weniger als dem Vorbehalt des Gesetzes vermag eine reine immissionsschutzrechtliche Regelung Art. 8 II EMRK als gesetzliche Ermächtigung zu genügen. Denn anders als nur der Gesundheit, dient der grundrechtliche Schutz der Wohnung der Bewahrung der Privatsphäre, dem Recht des Bewohners, die Lebensverhältnisse in seiner Wohnung – auch im Hinblick auf die Duldung von Immissionen – selbst zu bestimmen. Die bloße Zusicherung des Schutzes der Gesundheit, die im Übrigen selbstverständlich ist, rechtfertigt allein nicht die Beschränkung dieses Persönlichkeitsrechts, also auch nicht ohne Weiteres den Eingriff in die geschützte Wohnung. Das gilt erst recht, wenn die Zuverlässigkeit des zugesicherten Schutzes umstritten ist und jedenfalls kein nur „vernachlässigbares Restrisiko" vorliegt.

§ 2 der 26. BImSchV allein kann folglich eine ausdrückliche (gesetzliche) Verpflichtung des Bewohners zur Duldung von Immissionen nicht ersetzen[12]. Ob ein Grundrechtseingriff vorliegt oder nicht und gegebenenfalls gerechtfertigt wäre, darf insbesondere nicht durch Verordnung entschieden werden. Erst im Rahmen der gesetzlichen Abwägung zur Rechtfertigung dieses Eingriffs kann es auf die Grenzwerte und ihre Brauchbarkeit ankommen.

c) *Bewusster Ausschluss von Einwendungen durch Grenzwertfestsetzung?* Gegen all das lässt sich nicht einwenden, der Normgeber habe mit den Grenzwerten bewusst und „abschließend" jegliche Problematisierung einer Bestrahlung mit Mikrowellen unterhalb dieser Werte – also auch in und durch Wohnungen hindurch – ausgeschlossen. Folglich fehle es schon an einem noch gesetzlich besonders zu regelnden Gegenstand, etwa nach dem Motto, was kraft Definition nicht störe, brauche auch nicht geregelt zu werden.

Abgesehen von der aufgezeigten dafür fehlenden vollständigen Regelungskompetenz des Normgebers im Rahmen des Bundesimmissionsschutzgesetzes und der beschränkten Aussagekraft von Grenzwertfestsetzungen schließt bereits § 6 der 26. BImSchV die Annahme einer abschließenden Regelung aus. Insoweit dürfte es außer den Gemeinden im Rahmen der Bauleitplanung auch den Ländern vorbehalten bleiben, zur Vorsorge noch ergänzende und schärfere Regelungen zu erlassen.

Gegen einen „Abschluss" spricht weiter die Tatsache, dass § 2 der 26. BImSchV materiell hinter dem Schutzniveau des § 22 BImSchG zurückbleibt, weil er nicht-thermische (oder „athermische") Wirkungen des Mobilfunks nicht berücksichtigt[13]. Ohne Vorsorgekomponente ist die Regelung indes unvollständig. Unabhängig davon, ob ein individueller immissionsschutzrechtlicher Anspruch auf Vorsorgemaßnahmen bestünde, muss eine abschließende Grenzwertbestimmung, will sie alle eventuellen Schadens- und Risikoszenarien berücksichtigt haben, zur Vorsorge eine Aussage enthalten.

Zusätzlich folgt dies in der vorliegenden Konstellation aus der verfassungsrechtlich zum Immissionsschutzrecht hinzutretenden Pflicht zur Minimierung und Vorsorge, wie sie Art. 20a GG gebietet. Eine bloße stillschweigende „Nicht-Regelung" der Vorsorge – mag sie den Umständen nach auch bewusst erfolgen – erfüllt diese Anforderungen nicht und stellt jedenfalls keinen „Abschluss" dar[14].

d) *„Überwältigende" gesellschaftliche Akzeptanz der Indoor-Versorgung?* Der Vorbehalt des Gesetzes kann ebenso wenig wie das Erfordernis einer speziellen Ermächtigung zur Durchstrahlung von Wohnungen nach Art. 8 II EMRK dadurch „überholt" werden, dass der Mobilfunk und auch die Indoor-Versorgung von einer Zweidrittelmehrheit der Bevölkerung uneingeschränkt begrüßt werden mögen. Denn Gesetzgebungsverfahren lassen sich schon grundsätzlich nicht im Weg der Meinungsumfrage erübrigen. Das gilt besonders für die kaum „abstimmbaren" Anforderungen des Art. 20a GG.

Ob die Zustimmung der Bevölkerung auf einer ausreichenden Informationsbasis beruht, mag angesichts des oben aufgezeigten Forschungsstands zudem füglich bezweifelt werden. Die gegenwärtige Risikokommunikation bedürfte einer eigenen Abhandlung; doch kurz lässt sich Folgendes herausgreifen: Eine grundlegende Auseinandersetzung mit den Risiken des Mobilfunks findet – insbesondere auch in den Medien – nicht statt; bedenkliche Hinweise auf Gefahren werden übersehen, gravierende Mängel der Information und Risikokommunikation nicht erörtert: So wurde der rasch zunehmende Hautkrebs[15] – der vor allem auch auf (Mobilfunk-)Mikrowellenstrahlung reagieren soll – in den letzten Jahren bundesweit deutlich zu niedrig, möglicherweise nur zur *Hälfte*, erfasst, wie Schleswig-Holstein 2009 feststellte[16]. Ähnliches wurde aus England (Gehirntumore) und Dänemark (Krebsregister allgemein) berichtet[17]. Die jetzige für viele überraschend wirkende Warnung der WHO vor einer potenziellen Krebsgefahr, welcher laufend – unbeachtete – Warnungen und sogar öffentliche Aufrufe von zahlreichen Ärzten und anderen unabhängigen Forschern vorausgingen, unterstreicht die Schwere dieses nicht aufgegriffenen Informationsdefizits.

e) *Sonstige sozialadäquate Gründe zur ungeregelten Bestrahlung?* aa) *„Vorbildwirkung" von Rundfunk und Fernsehen?* Die Durchstrahlung von Wohnungen ist nicht deshalb ohne ausdrückliche Ermächtigung als „sozial-adäquat" hinzunehmen, weil sie bereits seit Jahrzehnten faktisch und „schadlos" auch durch (analoges) Radio und Fernsehen erfolge und damit im Prinzip gesellschaftlich längst akzeptiert sei. Diese Annahme scheitert schon daran, dass analoge Radio- und Fernsehemissionen nicht mit dem Ziel einer einwandfreien Indoor-Versorgung gezielt in alle Wohnungen eingestrahlt werden, um dort ohne Außenantenne empfangen zu werden. Sie lösen auch keinen beidseitigen Funkverkehr mit einer enormen Zusatzbelastung durch die Handgeräte der Nutzer – selbst innerhalb von (benachbarten) Wohnungen – aus. Rundfunk- und Fernsehsender werden im Übrigen nicht auf dem Dach des Nachbarn mitten im Wohngebiet installiert,

12 Das gilt auch für § 906 I 2 BGB, welcher – obwohl selbst formell eine Gesetzesbestimmung – lediglich zur Auslegung auf die Verordnung verweist, folglich keinen weiteren Regelungsgehalt als diese hat.

13 *Sparwasser/Engel/Vosskuhle*, UmweltR, 5. Aufl. (2003), § 10 (S. 746) Rdnrn. 67 u. 68.

14 S. zum „Maximalcharakter" der Grenzwerte auch *Budzinski*, NVwZ 2009, 160 (161).

15 Hautkrebs nimmt „alarmierend, drastisch" zu, Deutsche Krebshilfe e. V. – www.krebshilfe.de/hautkrebs.htm.

16 3. deutscher Krebsregisterbericht April 2009: – www.brustkrebs-web.de/aktuell/archiv/1008_krebsregister.php -.

17 Health Tumour v. 18. 3. 2009 www.communitynewswire.press.net/article.jsp?id=5589678 (allg. Internet-Zugang inzwischen ausgeschlossen) sowie www.am-2-pm.co.uk/btbuddies/images/PDFS/register_tumours_optimised.pdf und weiter: *Kwee*, Dänemark v. 21. 5. 2007: „The Danish Health Council has now announced that the country's cancer registry has not been updated since 2001". – www.omega.twoday.net/stories/3752044/.

sondern weit außerhalb oder auf Satelliten. Für jedermann ist und war es dabei selbstverständlich, zum (guten) Empfang Außenantennen anbringen zu müssen. Radio und Fernsehen benutzen schließlich ein anderes Frequenzspektrum, regelmäßig ohne Pulsung, was zu wesentlichen Unterschieden in den biologischen Auswirkungen führen kann.

bb) *Radio und Fernsehen ungefährlich?* Es kommt hinzu, dass alle bisherigen Funkquellen, aber insbesondere auch Rundfunk- und Fernsehemissionen, sich keineswegs als „schadlos" erwiesen haben, wie es für ihre etwaige bewusste Hinnahme als „sozial-adäquat" vorauszusetzen wäre. So nennt die WHO bei ihrer Einstufung als möglicherweise krebsgefährdend „Mobilfunk und Rundfunk" gleichrangig nebeneinander. Das bestätigen bislang gut 15 Studien[18]. Infolgedessen ist z. B. Radio Vatikan zum Schadensersatz für benachbarte Leukämieopfer des Senders jüngst von einem Obergericht verurteilt worden[19].

Insgesamt hat sich die heutige Mobilfunkversorgung zu einem „Novum" unter den Funktechniken fortentwickelt, so dass sich eine einhellige gesellschaftliche Akzeptanz, jederzeit ohne Gesetz und ungeachtet von Art. 8 EMRK Mikrowellen des Mobilfunks in Wohnungen einstrahlen zu dürfen, mit keiner der bisherigen Drahtlostechniken begründen lassen kann. Das gilt besonders dann, wenn mit dieser Einstrahlung erstmals die Anbringung einer Außenantenne erspart werden soll.

Für eine „Durchstrahlung" aller Gebäude bestehen auch keine technischen Zwänge. Die Indoor-Versorgung ist keine notwendige Folge des Mobilfunkbetriebs im Freien; sie wird vielmehr zusätzlich und gezielt durch eine Leistungserhöhung aller Sender bis etwa zum Hundertfachen herbeigeführt (20 dB; min. 8–13 dB). Sie kann deshalb ebenso jederzeit ganz oder teilweise, z. B. auch nur in Wohngebieten, unterbleiben, ohne dass die Mobilfunkversorgung im Freien generell lückenhaft oder sogar unmöglich würde[20]. Wollte man im Übrigen das Eindringen in Gebäude auf eine Art „Notleitungsrecht" zu Gunsten der allgemeinen Mobilfunkversorgung stützen, wäre eben dieses dann gesetzlich festzulegen. Es gibt außerhalb von Ausnahmezuständen kein ungeschriebenes Notrecht zur Überwindung von Grundrechten.

f) *Nur unbeachtliche „Bagatelleffekte" im Wohnungsinnern?*
aa) *Vorsorgeprinzip.* Die vorstehenden Anforderungen an eine rechtsstaatliche Gestaltung des Mobilfunkbetriebs lassen sich nicht damit abtun, dass die Mikrowellen der Mobilfunksender im Inneren der Wohnungen regelmäßig „nur ganz schwach", d. h. mit wenig Energie, ankämen und sie deshalb innerhalb der Wohnungen wegen dieser Schwäche erst recht zuzumuten seien, nachdem sie ja im Freien um ein Vielfaches stärker auch schon hingenommen werden müssten. Mit diesem Einwand wird der Sinn von Vorsorge und effektiver Minimierung gänzlich verkannt, mag auch die Berufung auf die „Schwäche" bereits ein Schritt Richtung Minimierung sein.

Zunächst ist festzuhalten, dass für eine Störung des Gehirns und des zentralen Nervensystems minimale Einflüsse genügen (können). Niemand wollte ernstlich behaupten, dass eine Fliege im Ohr des Elefanten keinen Schaden anrichten könne, nur weil sie „ganz schwach" sei. Dementsprechend stellte auch bereits das baden-württembergische Landesamt für Umweltschutz fest, dass die Beeinflussung des zentralen Nervensystems regelmäßig „vom harmlosen Effekt bis zu einer Reihe lebensbedrohlicher Situationen" führen kann. Und vielleicht auch deshalb mahnte selbst der Vorsitzende der ICNIRP zur Vorsicht[21].

Da für die potenziell sogar krebsgefährdende nicht-thermische biologische Wirksamkeit von Mobilfunkwellen derzeit keinerlei sichere Grenze oder Schwelle genannt werden kann, unterhalb welcher das etwaige Risiko vernachlässigbar erscheint, ist jederzeit und überall (will man den Betrieb überhaupt grundrechtskonform aufrechterhalten) eine Minimierung bis zum technisch Möglichen anzustreben. Demgegenüber kann nicht darauf verwiesen werden, dass andernorts oder unter anderen Umständen die Strahlung ohnehin stets höher sei und dort auch ertragen werden müsse.

Die Vermeidung der Indoor-Versorgung von außen hat insoweit außerdem zwei Vorteile: Sie setzt das gesamte Niveau der Bestrahlungsintensität auch im Freien bis etwa zum Hundertfachen herab und sie unterbricht durch Erhaltung von strahlenfreien Rückzugsräumen – insbesondere während des nächtlichen Schlafes – die Dauerbelastung der Bevölkerung. So beendet sie auch das bei der Vorsorge nicht zu vernachlässigende (zusätzliche) Langzeit-„Risiko kleiner Dosen" (wie es sich z. B. unvorhergesehen bei der Radioaktivität gezeigt hat). Angesichts dieser klaren, wirksamen und auch leicht kontrollierbaren Ergebnisse könnte schließlich bei ihrem Ausschluss auch von einer „Regelung ins Blaue hinein" keine Rede sein.

bb) *Stärke der Mobilfunksender.* Die uns derzeit von den Mobilfunksendern effektiv treffende Strahlung ist im Übrigen – wie fürsorglich zu erörtern ist – keineswegs so „schwach" wie häufig (insbesondere im Vergleich zum nahe am Ohr „stark strahlenden Handy") behauptet wird. So wird nach übereinstimmender fachlicher Ansicht jeder Nachbar in der näheren Umgebung längs der Hauptstrahlrichtung der Antenne einer Mobilfunkbasisstation täglich so belastet, als hätte er ein etwa „5 Minuten" dauerndes Handy-Gespräch geführt[22]. Diese Zeit wäre gegebenenfalls mit der Zahl der benachbarten Sendeantennen bzw. deren Aussendungen zu vervielfachen – also derzeit mit bis zu zwölf Mobilfunknetzen bzw. Frequenzen[23]. Die Belastung summiert sich daher nach diesem Vergleich im Schnitt – soweit die Antennen in etwa der Hälfte der Fälle ungefähr in dieselbe Richtung des Betroffenen strahlen mögen (z. B. in Städten) – bis zu einem täglichen halbstündigen Handytelefonat[24].

18 *Michael Kundi*, Universität Wien, Tagung des Referats Umweltmedizin der österreichischen Ärztekammer, Graz, v. 21. 10. 2000: „Epidemiologische Untersuchungen zu hochfrequenten elektromagnetischen Feldern" u. a. zu den Radiosendern Schwarzenburg (Schweiz), Vatikan und dem amerikanischen Sender in Valley (Bayern), die inzwischen abgeschaltet oder verlegt wurden.

19 Agentur ANSA (Englisch) v. 25. 2. 2011: „ ordered to pay damages for radio elctrosmog" www.ansa.it/web/notizie/rubriche/english/2011/02/25/visualizza_new.html_1583011632.html und WIK-EMF-Brief v. 2. 3. 2011.

20 *Nießen/Voigt*, EMF-Monitor, April 2011, „Indoor-Versorgung und ihr Einfluss auf die Höhe der Exposition" sowie Gutachten IMST und EM-Institut zur Vorsorgeplanung der Stadt Velbert, 2008, S. 26 und DLR, Bundesministerium für Bildung und Forschung: Mini-Watt-Studie.

21 Der Vorsitzende der ICNIRP, *Vecchia*, in Forschungsgemeinschaft Funk, „15 Jahre FGF", 2007, „Die ICNIRP-Standards: Rationale Basis und künftige Entwicklung", S. 4.

22 *Dürrenberger*, Forschungsstiftung Mobilkommunikation an der ETH Zürich, lt. Tagblatt v. 2. 9. 2008: „Kommunikation verlangt Opfer" www.tagblatt.ch/lokales/toggenburg/tt-at/art240,611424). Ebenso *Gritsch*, TÜV SÜD, lt. Südkurier vom 5. 5. 2010, www.suedkurier.de/region/kreis-konstanz/engen/Buergerinitiative-sieht-sich-bestaetigt;art372438,4278536, und auch *Raithel*, Umweltinstitut München, Strahlenschutz/Mobilfunk, Vorsorge – Tipps zum Umgang, www.muenchen.de/Rathaus/rgu/vorsorge_schutz/strahlen/gesundheit/188455/in – Immerhin erreichen die Sender in der Hauptstrahlrichtung auch bis mehrere 1000 Watt (EIRP) Sendeleistung.

23 4 Betreiber x GSM 900 und 1800 sowie UMTS = 12.

24 ½ x 12 x 5 Min. Dabei sind die 3 LTE-Netze sowie die Sondernetze (TETRA u. Bahn GSM-R) noch nicht gezählt.

Mit dieser Gesprächsdauer von einer halben Stunde pro Tag galt man bisher – z. B. nach den Kriterien der Interphone-Studie zum Gehirntumorrisiko – als verstärkt gefährdeter „Vieltelefonierer". Tatsächlich hat die WHO, wie erwähnt, nun ausgehend von diesem Fall eine Krebswarnung herausgegeben. Auch ohne Handy oder Handytelefonate ist man also – kann der Vergleich auch nur eine Annäherung sein – in der Nähe vieler Mobilfunkmasten unter Umständen in gleichem Maße gefährdet wie beim täglich häufigeren, z. B. etwa eine halbe Stunde währenden, Gebrauch des Handys. Hierbei mag die Beständigkeit des 24-stündigen Einflusses der Basisstationen die kurzzeitig lokal hohe Intensität des Handys wettmachen (Langzeitwirkung kleiner Dosen). Ebenso könnte die Frequenzvielfalt der Stationen das insoweit funktechnisch eher „einsilbige" Handy in den biologischen Auswirkungen übertreffen. Für all das spricht, dass schon wiederholt (u. a. in Studien) ein deutlicher Anstieg der Krebshäufigkeit und sonstiger gesundheitlicher Störungen in der näheren Umgebung von Mobilfunkbasisstationen, besonders bis zu 400 m Abstand, bei Mensch und Tier beobachtet worden ist. Damit gilt die Warnung der WHO vor der potenziellen Kanzerogenität intensiver Handynutzung prinzipiell auch für Mobilfunkbasisstationen: Ist das Handy „gefährlich", dann ist es auch der „Mast".

4. Möglichkeit einer modernen alternativen Innenraumfunkversorgung

Die Zumutbarkeit der „Indoor-Versorgung" durch die Hauswand von außen hängt wesentlich – womit die Diskussion darüber entscheidend verkürzt werden kann – auch davon ab, ob eine solche Einstrahlung von Mobilfunkdiensten für die angestrebten Versorgungszwecke überhaupt notwendig ist. Der Eingriff nach Art. 8 I EMRK in das Recht auf Achtung der Wohnung muss nach Absatz 2 in einer demokratischen Gesellschaft mehr als nur nützlich oder zweckmäßig bzw. bequem sein, sondern einem „dringenden sozialen Bedürfnis" entsprechen[25]. Das ist hier angesichts von Alternativen nicht der Fall; eine vollständige und optimale mobile Versorgung im Wohnungsinnern ist vielmehr ohne die Belastung einer permanenten Einstrahlung zahlreicher Netze möglich. Folglich gebietet es das Vorsorgeprinzip uneingeschränkt, selbst ein nur ganz geringes Risiko zu vermeiden[26].

Dazu könnte die gegenwärtig durch die Hauswände erfolgende Indoor-Versorgung zumutbarerweise durch so genannte Repeater ersetzt werden, die das Funksignal ähnlich wie bei der Außenantenne des Autos an der Außenwand auffangen und direkt per Kabel oder – nunmehr auf eigenes Risiko des Nutzers – mit dosierbarem Funk in die Wohnungen und zurückleiten. Schon dies erscheint ausreichend, um eine generelle Zwangsversorgung mit einer um bis zum Hundertfachen erhöhten Leistung aller Sender als unverhältnismäßig erscheinen zu lassen. Hinzukommen zahlreiche Lösungsansätze wie die Einbeziehung der Schnurlos-Telefon-Basisstation oder des W-LAN-Routers[27]. Auch eine neue Netztechnik, die große Mobilfunkmasten sogar ganz überflüssig machen könnte, erscheint bereits verfügbar[28].

Entscheidend dürfte aber eine neue technische Entwicklung sein, die so genannte FEMTOZELL-Basisstation, also eine Heimsendestation. Sie ermöglicht nun die optimale und strahlenarme Versorgung innerhalb der Wohnung mit dem gesamten Mobilfunkangebot, wobei außerdem voraussichtlich auf alle anderen „Heimsender" verzichtet werden könnte. Diese Lösung wird auch von der Bundesregierung[29] als geeignet angesehen, um die Strahlenbelastung in Innenräumen zu vermindern. Sie ist – insbesondere seit Einführung eines eigenen Standards im April 2009 (Release 8/3GPP) – technisch serienreif und wird in den USA mit großem Erfolg eingesetzt. Fachleute sehen ein großes Potenzial für eine „völlig neue Architektur des Mobilfunkbetriebs und seiner künftigen Nutzungsmöglichkeiten".

Mit Repeatern oder FEMTO-Zellen wird insbesondere eine gleich bleibend hohe – sogar selbst wählbare – Empfangsqualität überall im Hausinnern garantiert, die den Nutzer zugleich der geringstmöglichen Strahlung aussetzt. Zum einen wird er sowohl passiv nur noch durch ein einziges (eigenes) Netz belastet als auch aktiv während dem Telefonat deutlich geringer als beim Funkverkehr durch die Außenwand einer Strahlung ausgesetzt. Bekanntlich sendet das Handy am schwächsten, wenn die Empfangsantenne in der Wohnung steht. Letzteres ist vor allem für unsere vieltelefonierenden Kinder (wollte man sie überhaupt mobil telefonieren lassen) von erheblicher Bedeutung, weil sie häufig auch bei schlechtem Empfang eines weit entfernten Senders das dann mit höchster Leistung sendende Handy noch immer dem Festnetz vorziehen. Im Übrigen kann der Nutzer des Nachts seinen eigenen Funksender – anders als die Einstrahlung mit zwölf Netzen von außen – abschalten.

Dabei soll hier des Weiteren dahinstehen, dass auch die eigene Innenraumversorgung im Verhältnis zu den umliegenden Nachbarn rücksichtsvoll zu betreiben ist und letztlich – z. B. auch wegen Fragen der Haftung – einer besonderen gesetzlichen Regelung in einem Mobilfunkgesetz bedarf (vgl. auch § 22 II 3 i. V. mit Abs. 1 Nrn. 1 u. 2 BImSchG).

5. Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Betreiber?

Da die bisher erfolgende Indoor-Versorgung weder für die flächendeckende Funktion der Netze außerhalb der Gebäude noch für die Versorgung innerhalb unentbehrlich ist, kann mit ihrem Verzicht auch kein Eingriff in die Gewerbefreiheit der Anbieter verbunden sein. Jedenfalls besteht rechtlich auf sie kein Anspruch; denn sie ist ohne Rechtsgrundlage „illegal", war ursprünglich nicht geplant und kann offenbar auch technisch nicht (immer) garantiert werden. Für Mobilfunkanbieter ergäben sich durch eine „Privatisierung" der Innenraumversorgung dank der Selbstversorgung der Nutzer im Übrigen sogar Vorteile: Insbesondere sind dann weniger Nutzer an den großen Basisstationen eingebucht, so dass zusätzliche Masten zur Bewältigung des wachsenden Kapazitätsbedarfs eingespart werden könnten; auch sinkt der Stromverbrauch erheblich, wenn Hauswände nicht mehr durchdrungen werden müssen.

Die Kosten der Nutzer für Repeater oder Haussender sind gemessen an diesen Vorteilen und im Hinblick auf ihre bekanntlich rapide Senkung nach Anlaufen der Massenproduktion nicht von großem Gewicht. Angesichts der genannten Vorteile für die Betreiber könnten diese auch eine Subvention gewähren, wie es mit „Service"-Paketen schon geschieht. Jedenfalls diente eine – von Art. 8 EMRK zum Schutze der Wohnungen gebotene – staatliche Lenkung hier dem überwiegenden Wohle des Landes im Sinne der Menschenrechts-

25 *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2. Aufl. (2006), Art. 8 Rdnr. 42.

26 Insoweit hat das *BVerfG* in seinem Beschluss vom 24. 11. 2010, NVwZ 2011, 94, bei der Gentechnologie auf die Berechtigung des Gesetzgebers nachdrücklich hingewiesen, wegen seiner „besonderen Sorgfaltspflicht", wie sie im Falle eines noch nicht endgültig geklärten Erkenntnisstandes bestehe, frühzeitig und umfassend jegliches Risiko einzuschränken.

27 So genannte Bluebox Mobile 2.0, www.handyzweinull.com/50226711/bluebox_cerbindet_dect_und_gsm.php.

28 So genanntes „lightRadio" www.zdnet.de/news/mobile_wirtschaft_alcatel_lucent_und_hp_stellen_mobilfunktechnik_lightradio_vor_story-39002365-41548262-1.htm.

29 BT-Dr 17/4408, S. 9: KMU-Innovativ 2009 „vielversprechende" Minimierungsmöglichkeit.

konvention und wäre als eine solcherart wirksame und zugleich einfache Vorsorgeregelung in jedem Falle verhältnismäßig.

II. Zusammenfassung und Ausblick

1. Der gegenwärtige Mobilfunkbetrieb erfolgt mit der so genannten Indoor-Versorgung schon wegen Art. 8 I EMRK ohne (ausreichende) Rechtsgrundlage, weil tatbestandlich ein bislang ungeregelter Eingriff in das Menschenrecht auf Achtung der Wohnung vorliegt (*EGMR*).

2. Allein diese Art der Versorgung führt zu einer 24-Stunden-Belastung mit Langzeitwirkung für die gesamte Bevölkerung. Das stellt wegen der nachweislichen Beeinflussung von Gehirn und Nerven sowie der nunmehrigen Krebswarnung der WHO (IARC) kein „vernachlässigbares Restrisiko" dar, so dass Vermeidung geboten und Vorsorge „unabweisbar" (BfS) ist.

3. Eine vorsorgliche Vermeidung und Minimierung dieser Exposition lässt sich weitgehend und ohne unzumutbare Einschränkung des Mobilfunkverkehrs durch eine eigene Innenraumversorgung des jeweiligen Nutzers mit den Mobilfunknetzen herbeiführen, so dass eine planmäßige und erzwungene Einstrahlung von Funknetzen durch die Hauswände von außen nach Art. 8 II EMRK nicht zu rechtfertigen ist, selbst wenn das Risiko gering wäre.

4. Die Gemeinden haben zum Schutz der Einwohner das Recht (Art. 28 II GG; § 6 der 26. BImSchV), die Indoor-Versorgung in Wohngebieten mit einem planerischen Mobilfunkkonzept auf diese Selbstversorgung zu beschränken und den dort einwirkenden Funkversorgungspegel so festzulegen, wie es für die Versorgung des betreffenden Gebiets im Freien ausreichen würde. Auch das neue digitale Fernseh- und Radionetz ist vorsorglich ohne Indoor-Versorgung zu betreiben.

5. Dem Wohnungsinhaber muss wegen Art. 8 I EMRK zumindest in einem Wohngebiet ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch zugebilligt werden, die allein zum Zwecke der Indoor-Versorgung hoch geregelte „Durchstrahlung" seiner Wohnung grundsätzlich zu unterbinden bzw. die Erteilung einer darauf hinauslaufenden Standortbescheinigung entsprechend zu modifizieren.

6. Das Smart-Meter-Mess-System ist vorrangig mit Kabelanschluss zu planen, d. h. umweltfreundlich und ohne Zweckentfremdung der knappen Ressourcen der mobilen Kommunikation für stationäre Nutzung. Der Anschlusszwang nach § 21 i IV des Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften v. 6. 6. 2011 wäre zudem rechtswidrig, wenn er mit der zwangsweisen Installation eines Funksenders im eigenen Haus verbunden werden sollte.

7. Die erst noch durch Gesetz zu treffende Entscheidung über die Zulassung der Indoor-Versorgung liegt nicht überall im „weiten Entscheidungsermessen" des Staates. Grundsätzlich ist zwischen Immissionen, die im öffentlich zugänglichen Raum zugemutet werden, und solchen, die auch in die eigene Wohnung oder wohnungsgleiche Einrichtungen eindringen (sollen), zu unterscheiden. Die Wohnung bietet gegenüber allen Störungen und auch Immissionen einen natürlichen Rückzugsraum, der grundrechtlich anerkannt und gesichert ist (Art. 8 I EMRK; Art. 13 GG). Das muss erst recht gegenüber nunmehr von der WHO ausdrücklich als potenziell kanzerogen eingestuften Strahlungen gelten.

Wiss. Mitarbeiter Conrad Neumann*

Flashmobs, Smartmobs, Massenpartys

Die rechtliche Beurteilung moderner Kommunikations- und Interaktionsformen

Wenn viele Menschen zusammenkommen, sind meist auch staatliche Ordnungshüter nicht weit. Wie jedoch sollen diese reagieren, wenn ein solches Zusammentreffen scheinbar absolut spontan erfolgt, nur wenige Minuten andauert und ebenso schnell wieder vorbei ist, wie es begonnen hatte? Hier stoßen insbesondere verfahrensrechtliche Vorschriften aus dem Versammlungs- und Straßenrecht an ihre praktischen Grenzen, was Anlass für eine rechtliche Würdigung dieser Thematik sein soll.

I. Einleitung

Insbesondere in den letzten zwei Jahren haben Berichte über Flashmobs verstärkt Beachtung in den deutschen Massenmedien gefunden. Als Höhepunkt kann der bereits im Vorfeld offen ausgetragene Streit über ein Massenpicknick auf dem Braunschweiger Schlossplatz im August 2009 angesehen werden[1], dessen Durchführung bei den staatlichen Entscheidungsträgern (insbesondere dem Braunschweiger Bürgermeister) wegen einer wenige Wochen zuvor „ausgeuferten" Massenparty auf Sylt[2] für Befürchtungen gesorgt hatten, besagtes Picknick könnte ähnliche Dimensionen annehmen.

Doch auch die Gerichte haben die Thematik Flashmob und Massenparty mittlerweile „für sich entdeckt". So überraschte das *BAG* in seinem Urteil vom 22. 9. 2009 – 1 AZR 972/08 damit, dass es einen Flashmob gewerkschaftlich organisierter Arbeitnehmer im Tarifstreit als zulässiges Kampfmittel ansah[3].

Der Beitrag betrifft die Frage, welchen rechtlichen Dogmen moderne Kommunikations- und Interaktionsphänomene wie Flashmobs, Smartmobs und Massenpartys unterliegen. Fraglich ist insoweit insbesondere, welchen grundrechtlichen Schutz Teilnehmer entsprechender Aktionsformen für sich in Anspruch nehmen können und inwieweit sie gesetzlichen Schranken unterliegen.

1. Begriffsbestimmung

Der Begriff des „Flashmobs" wird durch die extrem vielschichtigen und facettenreichen Aktionsformen nicht nur in-

* Der *Verf.* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Lehrstuhl Professor *Dr. Friedrich Schoch*.

1 Vgl. http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,641330.html v. 9. 8. 2009, und http://www.taz.de/1/nord/artikel/1/picknicken-verboten/v. 29. 7. 2009.

2 http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/0,1518,630337.html v. 14. 6. 2009 und http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/0,1518,636436.html v. 15. 7. 2009.

3 NJW 2010, 631 = NZA 2009, 1347.