

# Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

*Vereinigt mit Verwaltungsrechtsprechung*

12. Jahrgang 1993



C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Frankfurt

ISBN 3 406 37857 9  
ISSN 0721-880X

Der 12. Jahrgang NVwZ umfaßt die Hefte 1-12 mit den Seiten 1-1232 sowie die Beilagen 1-3 mit den Seiten 1-24.  
Der 6. Jahrgang NVwZ-RR umfaßt die Hefte 1-12 mit den Seiten 1-672.  
Bearbeitung des Sach- und Paragraphenregisters: Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter an der Verwaltungsfachhochschule  
Dr. Joachim Würkner, Frankfurt a. M.

**NVwZ Neue Zeitschrift  
für Verwaltungsrecht**

**Schriftleitung:** *Allg. Adresse:* Palmengartenstr. 14, 60325 Frankfurt/M.,  
*Postanschrift:* Postfach 110241,  
60037 Frankfurt/M., Tel.: 069/  
756091-0, Telefax: 069/756091-49.

**Verantwortlich für den Textteil:**  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann  
Weber und Rechtsanwalt Dr. Joachim  
Würkner.

**Manuskripte:** Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muß schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens. Dem Autor verbleibt die Be-

zugnis, nach Ablauf eines Jahres anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen; ein Honorarhierauf steht dem Autor zu.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form - durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren - reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden.

**Anzeigenverwaltung:**

Verlag C. H. Beck, Anzeigenabteilung, Bockenheimer Landstr. 92, 60323 Frankfurt/M., *Postanschrift:* Postfach 110241, 60037 Frankfurt/M., Tel.: 069/756091-0, Telefax:

069/748683. *Verantwortlich für den Anzeigenteil:* Fritz Leberherz.

**Anzeigenpreise:** Zur Zeit gilt Anzeigenpreisliste Nr. 11.

**Verlag:** C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), Wilhelmstr. 9, 80801 München, *Postanschrift:* Postfach 400340, 80703 München, Tel.: 0891/38189-0  
Telex: 5215085 beck d, Telefax: 089/  
38189398, Postgirokonto: München Nr. 6229-802.

**Erscheinungsweise:**

Monatlich Mitte des Monats. Kombinationsbezug NVwZ mit monatlichem Beiheft (Nebenblatt) NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht.

**Bezugspreise:** **NVwZ ohne NVwZ-RR 1993:** halbjährlich DM 164,- (darin DM 10,73 MwSt.); *Vorzugspreis* für NJW-Bezieher und Studenten sowie Referendare (gegen Nachweis) halbjährlich DM 148,- (darin DM 9,68 MwSt.); Einzelheft: NVwZ DM 28,50 (darin DM 1,86 MwSt.); **NVwZ mit NVwZ-RR 1993:** halbjährlich DM 293,- (darin DM 19,17 MwSt.); *Vorzugspreis* (w. o.) halbjährlich DM 262,- (darin DM 17,14

MwSt.). Einzelheft NVwZ m. RR DM 51,- (darin DM 3,34 MwSt.). Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

**Versandkosten** jeweils zuzüglich.

**Bestellungen** über jede Buchhandlung und beim Verlag.

**Abbestellungen** müssen 6 Wochen vor Halbjahresschluß erfolgen.

**Adressenänderungen:** Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an. Hinweis gemäß § 4 Abs. 3 der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Beziehers kann die Deutsche Bundespost dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeauftrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

**Druck:** C. H. Beck'sche Buchdruckerei, Bergerstr. 3, 86720 Nördlingen

Wiss. Mitarbeiter Ulrich M. Gassner, Heidelberg

## Fragen der baurechtlichen Zulässigkeit von Mobilfunk-Sendeanlagen

Die Diskussion über die Gefährdung des Menschen durch elektromagnetische Wellen wird in der Fachwelt wie auch in der Öffentlichkeit zusehends heftiger. Sie entzündet sich derzeit vor allem am Bau von Fernmeldeturmen. Der folgende Beitrag versucht, die damit zusammenhängenden wesentlichen Rechtsfragen zu klären. Schwerpunkte der Darstellung bilden die bauordnungs- und bauplanungsrechtlichen Privilegierungen und deren Zusammenspiel sowie die Maßstäbe der behördlichen Entscheidung unter Ungewißheitsbedingungen im Lichte der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur justiziellen Kontrolldichte.

### I. Einleitung

Die Deutsche Bundespost Telekom (DBP Telekom) und das mit ihr konkurrierende Privatunternehmen Mannesmann Mobilfunk GmbH bauen gegenwärtig im gesamten Bundesgebiet digitale Mobilfunknetze auf. Insgesamt sollen bis Mitte dieses Jahrzehnts flächendeckend über 6500 neue Antennenanlagen von jeweils zwei bis drei Metern Höhe installiert werden. Über zweitausend solcher Basisstationen sind bereits in Betrieb<sup>1</sup>. Vielerorts befürchten Anwohner, daß die von den Sendungen emittierten Funkwellen die schon vorhandene Belastung durch elektromagnetische Strahlung (sog. Funk- oder Elektrosmog<sup>2</sup>) intensivieren und dadurch die Gesundheit zusätzlich gefährden. Sie haben deshalb bei den Verwaltungsgerichten Dutzende von Verfahren eingeleitet. Im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes nach §§ 80, 80a VwGO sind schon einige Entscheidungen ergangen<sup>3</sup>, die allerdings infolge ihres summarischen Charakters – naturgemäß – dogmatisch nicht immer voll überzeugen können.

Dies gibt Anlaß, wesentliche Fragen der Genehmigungsfähigkeit solcher Anlagen näher zu betrachten. Zunächst erörtert dieser Beitrag die Besonderheiten des Genehmigungsverfahrens bei Bauvorhaben der DBP Telekom (II). Sodann werden das materiellrechtliche Kernproblem der Beurteilung des Gefahrenpotentials von Antennenträgern und die damit zusammenhängenden Rechtsfragen behandelt (III), um abschließend kurz auf die Frage einzugehen, ob die bestehende Gesetzeslage den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt (IV).

### II. Besonderheiten des Genehmigungsverfahrens

#### 1. Genehmigungspflicht

Antennenträger sind nach den meisten Bauordnungen der Länder genehmigungspflichtige bauliche Anlagen, sofern sie über zehn Meter hoch sind<sup>4</sup>. Wegen der angestrebten dauerhaften Nutzung gilt dies auch für mobile Antennenmasten mit Container<sup>5</sup>. Das Genehmigungserfordernis entfällt auch nicht etwa deshalb<sup>6</sup>, weil die Sendemasten als dem Fernmeldewesen dienende Anlagen nach anderen Rechtsvorschriften – insbesondere des Immissionsschutzes oder des Fernmeldewesens – genehmigungs-, erlaubnis- oder anzeigepflichtig sind oder staatlicher Überwachung unterliegen würden.

Sofern also die Sendeanlagen für den Mobilfunk auf neu zu errichtenden, über zehn Meter hohen Funktürmen installiert werden sollen, handelt es sich um bauordnungsrechtlich genehmigungspflichtige Vorhaben. Angesichts ihrer offensichtlichen bodenrechtlichen Relevanz<sup>7</sup> sind Anlagen dieser Größe nach § 29 S. 1 BauGB auch den Regelungen der §§ 33 bis 37 BauGB unterworfen.

Diesen Vorschriften unterliegen hingegen nicht solche Bauvorhaben, die die bauordnungsrechtlich entscheidende Höhe von zehn Metern nicht überschreiten. Denn § 29 S. 1 BauGB macht die bauplanungsrechtliche Zulässigkeitsprüfung davon abhängig, ob ein bauordnungsrechtliches Genehmigungs-, Zustimmungs- oder Anzeigerfordernis vorliegt<sup>8</sup>. Ein solches Erfordernis besteht in diesen Fällen aber gerade nicht. Die nur ca. zwei bis drei Meter hohen Antennenanlagen für den Mobilfunk sind daher für sich betrachtet nicht genehmigungspflichtig. Etwas anderes gälte nur dann, wenn man entsprechend den Ausführungen des BVerwG im Wyhl-Urteil<sup>9</sup> die einschlägigen Ausnahmebestimmungen in den Landesbauordnungen aus kompetenziellen Gründen insoweit für unvereinbar mit § 29 BauGB hielte, als dadurch „größere und damit regelmäßig bodenrechtlich relevante Anlagen“<sup>10</sup> einem bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren entzogen würden. Mit Rücksicht darauf, daß die relativ niedrigeren Mobilfunkantennen schon aus technischen Gründen wohl kaum ohne Antennenträger im Außenbereich, sondern vielmehr vornehmlich auf hohen Gebäuden o. ä. im Innenbereich errichtet werden dürften, läßt sich ihnen schwerlich bodenrechtliche oder städtebauliche Bedeutung beimessen. Die Errichtung einer Antennenanlage für den Mobilfunk als solcher bedarf mithin keinerlei baurechtlicher Genehmigung, Zustimmung oder Anzeige<sup>11</sup>.

#### 2. Zustimmungsverfahren

a) *Charakteristika und Voraussetzungen.* Das Zustimmungsverfahren für öffentliche Bauvorhaben<sup>12</sup> könnte auch bei Sendemasten der DBP Telekom Anwendung finden. Kennzeichen dieser besonderen Verfahrensart ist, daß an die Stelle der ansonsten erforderlichen Baugenehmigung die Zustimmung der regelmäßig hierfür zuständigen<sup>13</sup> oberen Baurechtsbehörde tritt. Im Zustimmungsverfahren entfallen teilweise die beim normalen Genehmigungsverfahren vorhandenen prä-

1) Vgl. Funkschau 15/1992, 6; Schmidt-Pardey, FAZ v. 5. 1. 1993, T 1.

2) Diese Begriffe werden von den Kritikern dieser Entwicklung verwandt, vgl. etwa Rose, Elektrosmog, Elektrostreß, 1990.

3) Vgl. aus der obergerichtlichen Spruchpraxis etwa OVG Lüneburg, NVwZ 1992, 993; Beschl. v. 21. 4. 1992 – 1 M 1207/92; NVwZ 1993, 1119 L; NVwZ 1993, 1117 = UPR 1993, 155; OVG Münster, NVwZ 1993, 1116 = UPR 1993, 156; Beschl. v. 20. 4. 1993 – 7 B 4653/92; NVwZ 1993, 1115; VGH Kassel, NVwZ 1993, 1119; VGH München, Beschl. v. 15. 12. 1992 – 14 CS 92.3208; NVwZ 1993, 1121 (alle in diesem Heft).

4) Vgl. etwa §§ 2 I, 5 I 1, 52 I Nr. 23 BadWürttBauO, Art. 2 I, 66 I Nr. 18, 21 BayBauO; §§ 2 I, 60 I, 61 Nr. 2 NRW BauO.

5) VG Düsseldorf, Beschl. v. 27. 5. 1992 – 4 L 1867/92; vgl. zum maßgeblichen Kriterium der Verbindung mit dem Erdboden etwa Simon, BayBauO, Stand: Februar 1991, Art. 2 Rdnr. 11.

6) Vgl. etwa die Ausnahmevorschriften § 61 Nr. 2 NRW BauO und § 81 S. 1 Nr. 5 RhPfBauO.

7) Grdl. zu diesem einschränkenden Kriterium für die Annahme einer Anlage i. S. des § 29 BauGB BVerwGE 44, 59 (62).

8) So BVerwGE 20, 12 (13) = NJW 1965, 548 = RzW 1965, 284; ausdrücklich offengelassen dagegen von BVerwGE 72, 300 (323) = NVwZ 1986, 208 – Wyhl; Löhr, in: Battis-Krautzberger-Löhr, BauGB, 3. Aufl. (1991), § 29 Rdnr. 3, spricht insofern plastisch von der „Verknüpfungsfunktion“ des § 29 S. 1 BauGB.

9) BVerwGE 72, 300 (323 ff.) = NVwZ 1986, 208 – Wyhl.

10) BVerwGE 72, 300 (325) = NVwZ 1986, 208 – Wyhl.

11) Hierin mag auch der Grund liegen, weshalb in den von Anliegern angestregten verwaltungsgerichtlichen Verfahren – soweit ersichtlich – durchweg die DBP Telekom Antrags- und Klagegegner ist. Denn im Gegensatz zu ihrer Konkurrentin verfolgt die DBP Telekom die Politik, die Sende- und Empfangsanlagen für ihr D1-Mobilfunknetz – falls technisch und wirtschaftlich sinnvoll – auf neuen Antennenträgern im Außenbereich zu installieren, anstatt sie auf vorhandenen Wohn- und Bürohäusern zu errichten.

12) Vgl. etwa § 69 BadWürttBauO; Art. 86 BayBauO; § 75 NdsBauO; § 79 RhPfBauO; vgl. zu deren Entstehungsgeschichte Dürr, in: Brüggemann u. a., BauGB, 17. Lfg., Stand: Mai 1992, § 37 Rdnr. 1; Zinkahn, in: Ernst-Zinkahn-Bielenberg, BauGB, Stand: 1. 3. 1992, § 37 Rdnr. 1.

13) Eine Ausnahme ist z. B. § 69 III 2 BadWürttBauO, der die sachliche Zuständigkeit der unteren Baurechtsbehörde festlegt.

ventiven Kontrollen, wie etwa Bauüberwachung und Bauabnahmen, wohingegen die materiellrechtlichen Anforderungen an das Bauvorhaben unberührt bleiben<sup>14</sup>.

Sieht man von den im einzelnen divergierenden Formulierungen in den Landesbauordnungen ab, hat das Zustimmungungsverfahren zwei wesentliche Voraussetzungen:

(1) Zunächst muß es sich um Bauvorhaben des Bundes oder der Länder handeln. Zu den öffentlichrechtlichen Bauherren zählen auch nicht rechtsfähige Sondervermögen des Bundes. Die Bauvorhaben der Deutschen Bundespost sind deshalb bislang einhellig als Bundesbauten klassifiziert worden<sup>15</sup>. Für Bauvorhaben der DBP Telekom gilt trotz der Neuordnung der Unternehmensstruktur der Deutschen Bundespost durch das Poststrukturgesetz vom 8. 6. 1989 (PostStruktG)<sup>16</sup> nichts anderes. Denn nach § 1 I 1 des Postverfassungsgesetzes (PostVerfG)<sup>17</sup> werden die Aufgaben der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet des Post- und Fernmeldewesens von dem Bundesminister für Post- und Telekommunikation und der Deutschen Bundespost mit ihren drei Unternehmensteilen Postdienst, Postbank und Telekom (vgl. § 1 II PostVerfG) erfüllt. Das dem Post- und Fernmeldewesen gewidmete und bei seiner Verwaltung erworbene Bundesvermögen wird als Sondervermögen des Bundes mit eigener Wirtschafts- und Rechnungsführung von dem übrigen Vermögen des Bundes, seinen Rechten und Verbindlichkeiten getrennt gehalten. Dieses Sondervermögen gliedert sich in die Teilsondervermögen der drei Unternehmen (§ 2 I PostVerfG). Die DBP Telekom ist also nicht rechtsfähiges (Teil-)Sondervermögen des Bundes und deshalb öffentliche Bauherrin im Sinne der Vorschriften über das Zustimmungungsverfahren<sup>18</sup>.

(2) Weiter setzt das Zustimmungungsverfahren voraus, daß die Leitung der Entwurfsarbeiten und die Bauüberwachung durch öffentliche Stellen mit besonders qualifizierter Personalausstattung wahrgenommen wird. Betraut die DBP Telekom also Privatarchitekten mit diesen Aufgaben, was offenbar immer häufiger geschieht, kann kein Zustimmungungsverfahren eingeleitet werden.

b) *Obligatorischer Charakter des Zustimmungsverfahrens?* In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die DBP Telekom verpflichtet ist, das Zustimmungungsverfahren durchzuführen, wenn sie selbst über ausreichend qualifizierte Bedienstete verfügt oder bei sonstigen öffentlichen Dienststellen verfügen kann, oder ob es ihr in diesem Fall auch möglich ist, das reguläre Genehmigungsverfahren zu wählen<sup>19</sup>. Schlösse man diese Möglichkeit aus, hätte das auch zur Folge, daß die DBP Telekom die Vorschriften über das Zustimmungungsverfahren nicht etwa dadurch „umgehen“ dürfte, daß sie der Zustimmungsbehörde nicht, wie in der Regel vorgeschrieben<sup>20</sup>, die für die Leitung der Entwurfsarbeiten und die Überwachung eingesetzten Bediensteten nennt<sup>21</sup>.

Die obligatorische Natur des Zustimmungsverfahrens begründen Teile des Schrifttums<sup>22</sup> mit dessen gesetzgeberischem Zweck, für bestimmte öffentliche Bauten ein vereinfachtes, baurechtliches Sonderverfahren schaffen zu wollen. Hiergegen spricht indes, daß der Wortlaut der einschlägigen Regelungen in den Landesbauordnungen diese Deutung nicht zwingend nahelegt. Hat es der öffentliche Bauherr im übrigen in der Hand, die Leitung der Entwurfsarbeiten und die Bauüberwachung Privatpersonen zu übertragen und damit erst die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Zustimmungsverfahrens zu schaffen, so kann es ihm erst recht nicht verwehrt sein, darüber zu entscheiden, ob er von der selbsteröffneten Option Gebrauch macht oder nicht. Hinzu kommt, daß die Novellierungen verschiedener Landesbauordnungen die Unterschiede zwischen Zustimmungs- und Genehmigungsverfahren weitgehend eingeebnet haben<sup>23</sup>. Da nunmehr vielfach die Bauüberwachung in das Ermessen der Baurechtsbehörde gestellt ist<sup>24</sup> und auf Bauabnahmen ohne Erfüllung bestimmter Voraussetzungen verzichtet werden kann<sup>25</sup>, ist es rechtlich möglich, daß die Baurechtsbehörde wegen der Zuverlässigkeit und Sachkenntnis der Entwurfsarbeiten und die Bauarbeiten leitenden Bediensteten des öffentlichen Bau-

herrn, Bauüberwachung und Bauabnahmen im Einzelfall für entbehrlich hält. Wählt der öffentliche Bauherr das Genehmigungsverfahren, obwohl die objektiven Voraussetzungen für das Zustimmungungsverfahren erfüllt sind, bleibt es der zuständigen Behörde also unbenommen, die wesentlichen der vom Gesetzgeber für Bundes- und Landesbauten intendierten besonderen Verfahrenserleichterungen auch im Regelverfahren zu verwirklichen.

Die überwiegenden Gesichtspunkte sprechen daher für einen fakultativen Charakter des Zustimmungsverfahrens. Die DBP Telekom kann also zwischen Zustimmungs- und Genehmigungsverfahren wählen.

c) *Beschränkung des Prüfungsumfangs im Zustimmungsverfahren.* Im Zustimmungungsverfahren ist der Prüfungsumfang gegenüber dem regulären Baugenehmigungsverfahren insofern beschränkt, als die bautechnische Ausführung des Bauvorhabens nicht selbstständig geprüft wird, sondern der beauftragten Dienststelle überlassen bleibt<sup>26</sup>. Die Zustimmungsbehörde braucht also grundsätzlich nicht zu ermitteln, ob durch die Art der Ausführung des Vorhabens dessen Standsicherheit gewährleistet ist und die schall- und wärmeschutzrechtlichen sowie brandschutzrechtlichen Anforderungen erfüllt werden<sup>27</sup>. Die Frage der durch die bauliche Konzeption bedingten Immissionsbelastung oder einer anderweitigen Gefährdung bleibt indes im Rahmen der erforderlichen allgemeinen bauordnungs- und bauplanungsrechtlichen Überprüfung gleichwohl von Bedeutung<sup>28</sup>. Denn die Vorschriften über das Zustimmungungsverfahren enthalten keinerlei Abweichungen gegenüber den materiellrechtlichen Anforderungen an andere Bauvorhaben, sondern schaffen nur Verfahrenserleichterungen für öffentliche Bauten<sup>29</sup>.

### 3. Die Privilegierung nach § 37 I BauGB

a) *Inhalt.* Anders als das bauaufsichtliche Zustimmungungsverfahren enthält § 37 I BauGB für bauliche Anlagen des Bundes und des Landes nicht nur eine Verfahrens- und Zuständigkeitsregelung, sondern trotz des mißverständlichen Wortlauts einen eigenständigen materiellen Befreiungstatbestand. Denn der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift ein Abweichen auch von solchen bauplanungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen ermöglichen, die – wie etwa §§ 34, 35 BauGB – eine Ausnahme oder Befreiung nicht vorsehen<sup>30</sup>.

14) Allg. Ansicht, vgl. nur Sauter, BadWürttBauO, 15. Lfg., Stand: August 1991, § 69 Rdnrn. 2, 5.

15) Vgl. nur Simon (o. Fußn. 5), Art. 86 Rdnr. 8; Sauter (o. Fußn. 14), § 69 Rdnr. 9.

16) BGBI I, 1026.

17) Verkündet als Art. 1 PostStruktG.

18) Im Ergebnis ebenso OVG Münster, NVwZ-RR 1990, 531 (532); NVwZ 1992, 497; VG Düsseldorf, Beschl. v. 27. 5. 1992 – 4 L 1867/92.

19) Die DBP Telekom ist an die Vorschriften der Landesbauordnungen ohne Rücksicht darauf gebunden, daß sie auf einer niedrigeren Normsetzungsebene entstanden, vgl. VGH Kassel, NVwZ 1993, 1119 (in diesem Heft).

20) Vgl. etwa § 69 III 3 BadWürttBauO, Art. 86 II 2 BayBauO.

21) Für diese Konsequenz dezidiert Simon (o. Fußn. 5), Art. 86 Rdnr. 12.

22) Namentlich Simon (o. Fußn. 5), Art. 86 Rdnrn. 1, 12.

23) Auf diesen Aspekt macht vor allem Sauter (o. Fußn. 14), § 69 Rdnr. 8 aufmerksam.

24) Vgl. etwa § 65 BadWürttBauO; Art. 79 BayBauO; § 75 RhPfBauO.

25) Vgl. etwa § 66 BadWürttBauO; § 76 RhPfBauO.

26) Vgl. etwa Art. 86 II 3 Hs. 2, VI 2 BayBauO; § 69 III 1 Halbs. 2 BadWürttBauO; § 79 III 3 Halbs. 1 RhPfBauO.

27) Simon (o. Fußn. 5), Art. 86 Rdnrn. 20, 25ff.; Sauter (o. Fußn. 14), § 69 Rdnrn. 5, 20.

28) So auch VG Ansbach, Beschl. v. 29. 9. 1992 – 9 S 92.01127; vgl. auch u. Fußn. 66.

29) Allg. Ansicht, vgl. nur Sauter (o. Fußn. 14), § 69 Rdnrn. 2, 5.

30) BVerwG, BRS 38 Nr. 171 = ZfBR 1981, 243; NVwZ 1992, 477; OVG Münster, DVBl 1968, 526 mit Anm. Graf v. Schack; Dürr (o. Fußn.

b) *Voraussetzungen.* § 37 I BauGB gilt für solche Vorhaben des Bundes oder eines Landes, die durch eine besondere öffentliche Zweckbestimmung gekennzeichnet sind und deren Zulassung nur unter Abweichung von dem geltenden materiellen Baurecht des BauGB ermöglicht werden kann. Das erste Tatbestandsmerkmal ist unproblematisch erfüllt: Die Antennenträger der DBP Telekom sind Vorhaben des Bundes i. S. von § 37 I BauGB. Insofern gibt es keinen Unterschied zum Zustimmungsverfahren<sup>31</sup>.

Darüber hinaus müßte den Funktürmen eine „besondere öffentliche Zweckbestimmung“ eignen. Eine bloße mittelbare Zweckbestimmung genügt nicht<sup>32</sup>. Die Sendeanlagen dienen unmittelbar zur Erfüllung von öffentlichen Aufgaben der DBP Telekom<sup>33</sup> und gehören nicht etwa zu deren Finanzvermögen.

Zudem müßte es sich um Vorhaben mit „besonderer“ öffentlicher Zweckbestimmung handeln. Mit diesem Tatbestandsmerkmal wird auf die spezielle öffentliche Funktion des jeweiligen Vorhabens abgehoben. Es muß wegen seiner Aufgabenstellung auf einen bestimmten Standort angewiesen sein und sich nach seiner Art, baulichen Ausführung oder Auswirkung von sonstigen Verwaltungsbauten unterscheiden<sup>34</sup>. Unabhängig von der umstrittenen Frage, ob dem Träger eines öffentlichen Vorhabens eine Kompetenz zur autonomen Zweckbestimmung und Bedarfsfestlegung einzuräumen ist<sup>35</sup> oder nicht<sup>36</sup>, ist jedenfalls bei technischen Anlagen der Daseinsvorsorge, wie etwa Antennenträgern der DBP Telekom, eine besondere öffentliche Zweckbestimmung zu bejahen<sup>37</sup>.

Die Abweichung von den materiell-rechtlichen Vorschriften des Baugesetzbuchs muß zudem erforderlich sein, um die konkrete besondere öffentliche Zweckbestimmung zu erfüllen oder wahrzunehmen. Es ist nicht notwendig, daß das Verfahren mit der Abweichung steht und fällt, daß also die Abweichung das einzig denkbare Mittel zur Verwirklichung dieses Vorhabens ist. Maßgebend dafür, ob in diesem Sinne eine Abweichung vernünftigerweise geboten ist, sind die konkreten Umstände des Einzelfalles, wobei es auch auf die Frage der Zumutbarkeit und Wirtschaftlichkeit ankommen kann. Der Begriff der Erforderlichkeit in § 37 I BauGB ist grundsätzlich ebenso auszulegen wie der gleichlautende Begriff in § 31 II 1 BauGB<sup>38</sup>. Da es sich hierbei um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, ist die Frage der Erforderlichkeit gerichtlich voll überprüfbar. Es besteht also weder ein Beurteilungsspielraum<sup>39</sup>, noch ist die Behörde – ebenso wie bei § 31 II BauGB<sup>40</sup> – zu einer Abwägung i. S. von § 1 VI BauGB berechtigt<sup>41</sup>.

Die Erforderlichkeit ist demnach allein im Hinblick auf den Zweck des öffentlichen Bauvorhabens zu prüfen. Ähnlich wie im Fachplanungsrecht kann die Abwägung der betroffenen Belange erst dann erfolgen, wenn die Erforderlichkeit (planerische Rechtfertigung) bejaht worden ist<sup>42</sup>. Die Rechtsprechung<sup>43</sup> und Teile des Schrifttums<sup>44</sup> vollziehen indes diese dogmatisch korrekte Abstufung des Einscheidungsverfahrens nicht mit, sondern fordern – teilweise trotz gegenteiliger Beteuerung<sup>45</sup> – schon im Rahmen des Merkmals der Erforderlichkeit die „Gewichtung“ bzw. Abwägung der betroffenen Belange. Den einer Abweichung vom allgemeinen Bauplanungsrecht entgegenstehenden Belangen könne nur dadurch Rechnung getragen werden, daß die Anforderungen an die Erforderlichkeit von deren Gewichtung mitbestimmt werden. Die Anforderungen an die Erforderlichkeit der Abweichungen vom Planungsrecht seien also um so höher, je stärker das Vorhaben private oder öffentliche Belange der Allgemeinheit beeinträchtigt. Dementsprechend seien die für das Vorhaben sprechenden Gründe den widerstreitenden städtebaulichen Belangen gegenüberzustellen<sup>46</sup>. Da die Entscheidung über das Vorliegen des Erforderlichkeitskriteriums in hohem Maße einzelfallbezogen ist, dürfte es im praktischen

Ergebnis allerdings kaum von Bedeutung sein, ob man die unstreitig erforderliche Abwägung der durch das Vorhaben berührten privaten und öffentlichen Belange auf der Tatbestands- oder auf der Rechtsfolgenseite des § 37 I BauGB ansiedelt.

c) *Anwendungsbereich und verfahrensrechtliche Auswirkungen.* Ist es erforderlich, von planungsrechtlichen Vorschriften der §§ 30 ff. BauGB abzuweichen, z. B. weil dem Antennenträger im Außenbereich<sup>47</sup> raumplanerische Belange entgegenstehen, an die der Bund nach Maßgabe der §§ 5 IV, 6 ROG gebunden ist, und ist hierzu das Einvernehmen der Gemeinde gem. § 36 BauGB nicht erreicht worden, entscheidet gem. § 37 I BauGB die höhere Verwaltungsbehörde. Das Einvernehmen der Gemeinde im Sinne einer völligen Willensübereinstimmung der Beteiligten<sup>48</sup> wird bei den Antennenträgern für den Mobilfunk in der Praxis vielfach nicht erreicht, weil die hierüber entscheidenden kommunalen Gremien dem Druck von Bürger(-initiativen) angesetzt sind, die sich gegen „Elektrosmog“ jedweder Form wenden, oder sich aufgrund von Fachlektüre eine eigene – ablehnende – Meinung gebildet haben. In diesen Fällen kann das fehlende Einverständnis der Gemeinde durch die Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde ersetzt werden. Wer die Aufgabe der höheren Verwaltungsbehörde wahrnimmt, ergibt sich aus dem Landesrecht. In der Regel sind dies die Mittelinstanzen der inneren Verwaltung (z. B. Regierungspräsidium, Bezirksregierung)<sup>49</sup>.

12), § 37 Rdnr. 5; Gaentzsch, BauGB, 1991, § 37 Rdnr. 3; Schlichter, in: Schlichter-Stich (Hrsg.), BauGB, 1988, § 37 Rdnr. 3; Zinkahn (o. Fußn. 12), § 37 Rdnrn. 2, 6.

31) Vgl. etwa die Begriffsbestimmung bei Zinkahn (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 5. Der Begriff der baulichen Anlage ist nach Dürr (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 6, identisch mit dem des § 29 BauGB (vgl. hierzu o. II 1).

32) BVerwG, BRS 38 Nr. 171 = ZfBR 1981, 243; Dürr (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 8; Gaentzsch (o. Fußn. 30), § 37 Rdnr. 4; Schlichter (o. Fußn. 30), § 37 Rdnr. 4; Zinkahn (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 8.

33) Vgl. § 1 S. 3 PostVerfG; § 4 PostStruktG; §§ 5a ff. FAG.

34) Grdl. BVerwG, BRS 38 Nr. 171 = ZfBR 1981, 243.

35) Hoppe, DVBl 1983, 1077 (1082).

36) BVerwG, NVwZ 1992, 477 (478); Dürr (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 9.

37) BVerwG, NVwZ 1992, 477; NVwZ 1992, 479; OVG Münster, NVwZ-RR 1990, 531 (532), NVwZ 1992, 497; OVG Lüneburg, BRS 46 Nr. 157 = ZfBR 1987, 166; VG Stade, NVwZ-RR 1989, 122; Dürr (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 9; Gaentzsch (o. Fußn. 30), Rdnr. 4.

38) Grdl. BVerwG, BRS 38 Nr. 171 = ZfBR 1981, 243; vgl. ferner BVerwG, NVwZ 1992, 477; NVwZ 1992, 479; OVG Münster, BRS 38, Nr. 172; NVwZ-RR 1990, 531; NVwZ 1992, 497 (498); OVG Lüneburg, BRS 46 Nr. 157 = ZfBR 1987, 166; VG Stade, NVwZ-RR 1989, 122; Dürr (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 11; Gaentzsch (o. Fußn. 30), § 37 Rdnr. 4; Krautzberger (o. Fußn. 8), § 37 Rdnr. 4; Schlichter (o. Fußn. 30), § 37 Rdnr. 6; Zinkahn (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 8; Steinberg, Das NachbarR der öffentlichen Anlagen, 1988, S. 325.

39) Allg. Ansicht, vgl. nur BVerwG, NVwZ 1992, 477 (478); Dürr (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 10c m. w. Nachw.

40) Vgl. BVerwGE 56, 71 (77f.) = NJW 1979, 939.

41) OVG Münster, NVwZ 1992, 497; Hoppe, DVBl 1983, 1077 (1082); Dürr (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 11 m. w. Nachw.

42) Überzeugend Dürr (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 11.

43) BVerwG, NVwZ 1992, 477 (478f.); NVwZ 1992, 479; OVG Lüneburg, BRS 46 Nr. 157 = ZfBR 1987, 166; OVG Münster, BRS 38 Nr. 172; NVwZ-RR 1990, 531 (532f.); NVwZ 1992, 497 (498); VG Stade, NVwZ-RR 1989, 122 (123).

44) Vgl. etwa Steinberg (o. Fußn. 40), S. 325.

45) Paradigmatisch OVG Münster, NVwZ 1992, 497 (498) unter Berufung auf die in Fußn. 43 genannten anderen obergerichtlichen Entscheidungen.

46) Vgl. zur Abwägung im einzelnen einerseits OVG Lüneburg, Urt. v. 16. 9. 1987 – 1 OVG A 19/86, bestätigt durch BVerwG, NVwZ 1992, 477, und OVG Münster, NVwZ 1992, 497, bestätigt durch BVerwG, NVwZ 1992, 479, andererseits.

47) Unter die Privilegierung für Vorhaben des Fernmeldewesens in § 35 I Nr. 4 BauGB fallen auch Antennenträger für den Mobilfunk, da es sich hierbei um eine Kommunikationsform handelt, die – zumindest auch – auf bauliche Anlagen im Außenbereich angewiesen ist, vgl. zu diesem Kriterium Dürr (o. Fußn. 12), § 35 Rdnr. 52.

48) BVerwG 22, 343 (345) = NJW 1966, 513.

49) Zu den Ausnahmen vgl. Zinkahn (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 12.

Hat die Gemeinde hingegen ihr Einvernehmen zu dem Antennenträger bereits erteilt, stimmt das Vorhaben jedoch mit den §§ 29 ff. BauGB nicht überein, so kann es nur mit Hilfe einer Abweichung genehmigt werden. Für eine solche Abweichung kommt als Rechtsgrundlage allein § 37 I BauGB in Betracht<sup>50</sup>. In dieser Konstellation tritt die Rechtsnatur dieser Vorschrift als eigenständiger materieller Befreiungstatbestand besonders plastisch hervor.

Soll nicht von städtebaulichen Vorschriften abgewichen werden und ist das Einvernehmen der Gemeinde gleichwohl nach § 14 II oder § 36 BauGB erforderlich, wie etwa bei der häufig vorkommenden Errichtung von Antennenträgern im Außenbereich, so wäre das Vorhaben nicht zulässig mit der Folge, daß die baurechtliche Zustimmung versagt werden müßte. Teilweise wird im Schrifttum vertreten, die Baurechtsbehörde könne in diesem Fall erst die Zustimmung erteilen, wenn das rechtswidrig verweigerte Einvernehmen im Wege der kommunalen Rechtsaufsicht ersetzt worden sei<sup>51</sup>. Diese Auffassung läßt sich spätestens seit der Neufassung des § 37 I BauGB nicht mehr überzeugend begründen. Der Gesetzgeber stellte nämlich die frühere Fassung der Vorschrift (§ 37 I BBauG) insofern klar, als er die Fälle des Abweichens von den Vorschriften des BauGB und das fehlende Einvernehmen nunmehr als Alternative („oder“) ausgestaltet hat<sup>52</sup>. Im übrigen würde die rechtsaufsichtliche Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens das Zustimmungsverfahren erheblich verzögern. Dies aber widerstritte der vom Gesetzgeber mit § 37 BauGB bezweckten Privilegierung öffentlicher Bauvorhaben<sup>53</sup>. Auch in diesen Fällen entscheidet daher die höhere Verwaltungsbehörde und ersetzt das fehlende Einvernehmen der Gemeinde<sup>54</sup>.

Aus denselben Gründen muß die Entscheidung über genehmigungspflichtige Antennenträger auch dann auf die höhere Verwaltungsbehörde übergehen, wenn zweifelhaft ist, ob i. S. von § 37 I Alt. 1 BauGB von städtebaulichen Vorschriften abgewichen werden muß<sup>55</sup>.

Das Einvernehmen kann auch nach landesrechtlichen Vorschriften erforderlich sein, z. B. bei Abweichung von örtlichen Vorschriften über die bauliche Gestaltung<sup>56</sup>. Verweigert die Gemeinde in diesen Fällen ihr Einvernehmen, ist der Weg über § 37 I BauGB allerdings verschlossen. Da hier die gemeindliche Entscheidung im übertragenen Wirkungskreis liegt, kann die zuständige Baubehörde gleichwohl dem Bauvorhaben zustimmen, wenn die Gemeinde ihr Einvernehmen unter Verstoß gegen die Ermessensgrundsätze verweigert<sup>57</sup>.

#### 4. Verfahrensverzahnungen

Unabhängig davon, ob die DBP Telekom für die Sendeanlage das Zustimmungs- oder das Genehmigungsverfahren gewählt hat, obliegt es der zuständigen Baurechtsbehörde, das Verfahren auf die höhere Verwaltungsbehörde überzuleiten, sofern erkennbar ist, daß von planungsrechtlichen Vorschriften abgewichen werden soll oder die Gemeinde ihr nach bundesrechtlichen Vorschriften erforderliches Einvernehmen verweigert.

Im Rahmen des Zustimmungsverfahrens ist die Entscheidung über die Überleitung zweckmäßigerweise spätestens nach der obligatorischen Anhörung der Gemeinde<sup>58</sup> zu treffen. Diese Anhörung muß grundsätzlich den ersten Verfahrensschritt der Baurechtsbehörde bilden. Das folgt nicht nur aus dem Zweck der Vorschriften über das Anhören der Gemeinde, nämlich ihr die Interessenwahrnehmung im Prüfungs- und Entscheidungsverfahren zu ermöglichen<sup>59</sup>, sondern auch aus dem in § 37 BauGB verkörperten gesetzgeberischen Willen, Bauvorhaben des Bundes und der Länder zu privilegieren.

Planungsrechtliche Zustimmungserfordernisse der höheren Verwaltungsbehörde, etwa nach §§ 33, 34 III, § 35 II und IV

i. V. mit § 36 I 4 BauGB, bleiben auch im Zustimmungsverfahren unberührt. In der Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde nach § 37 I BauGB ist indes die Zustimmung nach § 36 I 4 BauGB als behördeninterner Vorgang enthalten<sup>60</sup>. Kein bloßes Verwaltunginternum ist hingegen die Entscheidung nach § 37 I BauGB, auch wenn über den Bauantrag nach außen hin die im Baugenehmigungs- bzw. Zustimmungsverfahren zuständige Behörde entscheidet<sup>61</sup>. Dieser formale Gesichtspunkt kann nicht ausschlaggebend sein. Denn anerkanntermaßen<sup>62</sup> handelt es sich – unabhängig von der Form der Bekanntgabe – um einen Verwaltungsakt, wenn der Entscheidung der zur Mitwirkung berufenen Behörde nach den dafür maßgeblichen Rechtsvorschriften selbständige Bedeutung zukommt. Ebendies ist bei der Entscheidung nach § 37 I BauGB der Fall: Die höhere Verwaltungsbehörde prüft eigenständig und abschließend, ob die besondere öffentliche Zweckbestimmung ein Abweichen von den §§ 30 ff. BauGB erfordert. Ihre Entscheidung hat also selbständige Bedeutung mit der Folge, daß sie nicht nur gegenüber der betroffenen Gemeinde, sondern auch im Verhältnis zum Bürger ein Akt mit unmittelbarer Außenwirkung ist<sup>63</sup>.

### III. Das materielle Kernproblem und dessen prozessuale Bewältigung

#### 1. Immissionsschutz im baurechtlichen Genehmigungs- und Zustimmungsverfahren

Nach den Landesbauordnungen<sup>64</sup> ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlichrechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Zu diesen Vorschriften gehören auch Bestimmungen des Immissionsschutzrechts, sofern das Vorhaben nicht von vornherein nach § 4 BImSchG i. V. mit der 4. BImSchV genehmigungspflichtig ist<sup>65</sup>. Sendeanlagen sind nicht im Katalog der 4. BImSchV aufgeführt und gehören deshalb nicht zu den sogenannten gefährlichen Anlagen, die einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfen. Die Anforderungen an solche nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen, die im Baugenehmigungs- und Zustimmungsverfahren zu beachten sind, enthalten die §§ 22 ff. BImSchG. Die zuständige Baurechtsbehörde hat also zu prüfen, ob von der Antennenanlage für den Mobilfunk schädliche Umwelteinwirkungen i. S. der §§ 3 I, 22 I 1 Nrn. 1, 2 BImSchG ausgehen<sup>66</sup>. Dasselbe gilt für die Ent-

50) *BVerwG*, BRS 38 Nr. 171 = *ZfBR* 1981, 243; *Dürr* (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 12 a. E.; *Gaentzsch* (o. Fußn. 30), § 37 Rdnr. 6.

51) So etwa *Simon* (o. Fußn. 5), Art. 86 Rdnr. 21.

52) *Schlichter* (o. Fußn. 30), § 37 Rdnr. 8; *Zinkahn* (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 11.

53) Vgl. zum Normzweck *Dürr* (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 2; *Zinkahn* (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 2.

54) *Dürr* (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 3 a. E.; *Gaentzsch* (o. Fußn. 30), § 37 Rdnr. 6; *Schlichter* (o. Fußn. 30), § 37 Rdnr. 7; *Zinkahn* (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 11.

55) *Dürr* (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 3 a. E.; *Gaentzsch* (o. Fußn. 30), § 37 Rdnr. 6; *Schlichter* (o. Fußn. 30), § 37 Rdnr. 7; *Zinkahn* (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 11; *Graf v. Schack*, DVBl 1968, 528.

56) Vgl. etwa Art. 72 VI i. V. mit Art. 91 I BayBauO.

57) *Simon* (o. Fußn. 5), Art. 86 Rdnr. 22.

58) Vgl. etwa Art. 86 III 2 BayBauO; § 69 III 4 BadWürttBauO.

59) *Simon* (o. Fußn. 12), § 86 Rdnr. 18.

60) *Zinkahn* (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 14.

61) So aber *Zinkahn* (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 15.

62) *BVerwG*, DVBl 1981, 1069 zu § 71 BBG; *Kopp*, VwVfG, 5. Aufl. (1991), § 35 Rdnr. 41 a. E.

63) Im Ergebnis ebenso *Dürr* (o. Fußn. 12), § 37 Rdnr. 13 m. w. Nachw.; *Steinberg* (o. Fußn. 40), S. 326.

64) Vgl. etwa Art. 74 I BayBauO; § 68 I 1 RhPfBauO; § 59 I 1 Hs. 1 BadWürttBauO.

65) Allg. Ansicht, vgl. etwa *Sauter* (o. Fußn. 12), § 59 Rdnr. 44; *Simon* (o. Fußn. 12), Art. 74 Rdnr. 23 i. hh.

66) Ebenso zuletzt etwa *OVG Münster*, Beschl. v. 29. 10. 1992 – 10 B 2803/92; NVwZ 1993, 1116 (in diesem Heft). Dies gilt natürlich auch,

scheidung der höheren Verwaltungsbehörde nach § 37 I BauGB.

## 2. Schädliche Umwelteinwirkungen durch Mobilfunk-Sendeanlagen?

Schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes sind Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder für die Nachbarschaft herbeizuführen (§ 3 I BImSchG). Sendeanlagen für den Mobilfunk emittieren gepulste Hochfrequenzwellen, die wie jedes elektromagnetische Feld hochfrequenter nicht ionisierender Strahlung (Frequenzbereich von einigen Hertz bis etwa 20 Gigahertz) thermische und – nach heutigem Kenntnisstand<sup>67</sup> – nichtthermische Auswirkungen haben<sup>68</sup>.

Thermische Wirkungen sind solche, die infolge Absorption zu Temperaturerhöhungen bei Lebewesen führen<sup>69</sup>. Trotz zahlreicher Untersuchungen ist bisher nicht nachgewiesen worden, daß Funkwellen Menschen oder andere Lebewesen bei Beachtung international üblicher Grenzwerte<sup>70</sup> durch thermische Effekte gefährden<sup>71</sup>. Ernsthaft ins Gewicht fallende thermische Beeinträchtigungen von Personen, die sich nicht, wie etwa das Bedienpersonal, im unmittelbaren Nahbereich der Sendeanlage aufhalten, sind auszuschließen. Namentlich benachbarte Anlieger scheiden damit von vornherein aus dem Personenkreis der durch solche Wirkungen Gefährdeten aus<sup>72</sup>.

Nicht eindeutig ist der Stand der Wissenschaft bei den athermischen Auswirkungen von Funkwellen. Nichtthermische Wirkungen sind solche, bei denen wegen der geringen Leistungsflußdichte keine (meßbaren) Temperaturerhöhungen auftreten. Sie werden nicht durch Erwärmung, sondern durch andere Wirkungen elektromagnetischer Felder hervorgerufen<sup>73</sup>. Die Frage nach der Gefährdung des Menschen durch nichtthermische Effekte läßt sich derzeit nur unbefriedigend beantworten. Einerseits liegen Erkenntnisse darüber vor, daß es Wechselwirkungen zwischen gepulster Hochfrequenzstrahlung und dem biologischen System gibt, die in den Bereich der interzellulären Kommunikation eingreifen können. Auch hat man reproduzierbare Veränderungen beim menschlichen EEG festgestellt, die auf Resonanzeffekte hinweisen<sup>74</sup>. Ferner deuten verschiedene andere Untersuchungen, z. B. bei Hefezellen und Mäuseembryonen, auf mögliche Gefährdungen durch Funkwellen hin<sup>75</sup>. Andererseits aber können die mit Tieren oder Zellkulturen gewonnenen Ergebnisse aus methodischen nicht ohne weiteres auf den menschlichen Organismus übertragen werden, zumal Kontrolluntersuchungen sie nicht bestätigten<sup>76</sup>. Hinzu kommt, daß die beobachteten Phänomene beim Menschen, wie etwa Resonanzeffekte in den Hirnströmen, im biologischen Regelsystem derzeit nicht einzuordnen sind und deshalb nicht bewertet werden können<sup>77</sup>. In der Empfehlung der Strahlenschutzkommission „Schutz vor elektromagnetischer Strahlung beim Mobilfunk“ vom 12./13. 12. 1991 heißt es zu den speziellen – nichtthermischen – Effekten gepulster oder amplitudenmodulierter Strahlung wörtlich<sup>78</sup>: „Es läßt sich bisher nicht abschätzen, ob solche Effekte für die Risikobewertung signifikant sind.“ Um deren Bedeutung für die Risikobewertung beurteilen zu können bedarf es vielmehr verstärkter Forschungsanstrengungen<sup>79</sup>, zumal auch die ersten Ansätze eines theoretischen Verständnisses noch nicht ausreichend experimentell verifiziert sind, um die Einwirkungen elektromagnetischer Wellen auf biologische Vorgänge zu erklären<sup>80</sup>.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß es bisher keine gesicherten Hinweise auf die Gefährdung des Menschen durch schwache Funkwellen gibt.

## 3. Behördliche Entscheidungsmaßstäbe unter Ungewißheitsbedingungen

Zu konstatieren ist damit eine Situation, wie wir sie im modernen Sicherheitsrecht häufig vorfinden<sup>81</sup>: Risikobewertung und Risikobewertung sind von den Fachwissenschaften entweder nicht hinreichend geleistet oder es herrscht Streit über die hierfür maßgeblichen Parameter und deren Höhe.

Die Genehmigungsbehörden greifen in dieser Lage verständlicherweise auf technische Regelwerke, wie DIN-Nor-

men oder VDI-Richtlinien, zurück, wenn nicht schon „normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften“<sup>82</sup> oder gar Rechtsverordnungen für den konkret zu beurteilenden Gefahrenbereich existieren. Für die Abschätzung von Gesundheitsgefahren durch elektromagnetische Wellen zieht die Verwaltung den Normentwurf DIN/VDE 0848 Teil 2 vom Oktober 1991 heran, der dem „Schutz von Personen im Frequenzbereich von 10 Kilohertz bis 300 Gigahertz“ dient und damit den gesamten Bereich der Funknutzungen erfaßt. Darin sind Abstände niedergelegt, die man zu Funksendern vorsorglich einhalten soll, um sich vor Wärmewirkungen zu schützen. Die Norm kennt zwei Kategorien: Expositionsbereich 1 beschreibt Abstände zu Sendern, in denen sich Betriebspersonal bis zu maximal sechs Stunden am Tag aufhalten darf. Es handelt sich dabei um öffentlich nicht zugängliche, abgegrenzte Areale. Schärfere, am Vorsorgekonzept orientierte Bestimmungen gelten im Expositionsbereich 2. In diesem Bereich ist nach dem Entwurf der DIN/VDE 0848 ein Daueraufenthalt ohne gesundheitliche Beeinträchtigungen sichergestellt. Diese Schutzabstände enthalten insofern Sicherheitsmargen, als man bei ihrer Festlegung zunächst von einer möglichen Gefährdungsschwelle ausging und anschließend die Grenzwerte auf ein Zehntel des Gefährdungswertes (für beruflich exponierte Personen) bzw. auf ein Fünftel des Wertes (für die restliche Bevölkerung) festschrieb.

## 4. Reichweite der behördlichen Ermittlungspflichten

a) *Untersuchungsgrundsatz und Kontrolldichte.* Fraglich ist, ob die zuständige Behörde ihrer Pflicht zur Sachverhaltsermitt-

wenn, wie in § 107 IV 2 HessBauO, ausdrücklich vorgesehen ist, daß die Zustimmungsbehörde die Übereinstimmung des Bauvorhabens mit dritt-schützenden Vorschriften prüfen muß, vgl. *VGH Kassel*, NVwZ 1993, 1119 (ebenfalls in diesem Heft).

67) Anders noch *Frucht-Krause-Nimtz-Schaefer*, Die Wirkung hochfrequenter elektromagnetischer Felder auf den Menschen (1 KHz ... 1000 GHz), Medizinisch-Technischer Bericht des Instituts zur Erforschung elektrischer Unfälle, 1984.

68) Vgl. zur begrenzten Aussagekraft dieser Unterscheidung *Pfahler*, Biologische Wirkungen von Mikrowellen, unveröff. Diplomarbeit am Lehrstuhl für Mikrowellentechnik der TU München, 1991, S. 13, 48.

69) *Damboldt*, telekom praxis 7/1991, 25.

70) Z. B. Empfehlungen der IRPA/INIRC, Health Physics 1988, 115 ff. 71) Vgl. etwa *Damboldt*, telekom praxis 7/1991, 25 (26); *Leuthold*, Beeinflussung der Umwelt durch elektromagnetische Felder, Orientierungsschrift herausgegeben durch die Eidgenössische Kommission für elektrische Anlagen, 1986, S. 15 f., 68 ff.

72) So auch *OVG Münster*, Beschl. v. 27. 5. 1992 – 7 B 2917/92.

73) *Pfahler* (o. Fußn. 68), S. 13; *Damboldt*, telekom praxis 7/1991, 25; *Funkschau* 15/1992, 64 (66).

74) So das dem 7. Senat des *OVG Münster* (o. Fußn. 72) vorliegende Gutachten über die „Wirkung elektrischer, magnetischer und elektromagnetischer Felder auf den Menschen unter besonderer Berücksichtigung athermischer Effekte“; vgl. auch *Funkschau* 15/1992, 64 (66 f.).

75) Vgl. *Pfahler* (o. Fußn. 68), S. 42, 45, 49 m. Nachw.

76) *Pfahler* (o. Fußn. 68), S. 49; *Damboldt*, telekom praxis 7/1991, 25 (27).

77) Nachw. s. Fußn. 74.

78) *BAnz* 1992, S. 1538 (1539 sub 4.3).

79) Empfehlung der Strahlenschutzkommission „Schutz vor elektromagnetischer Strahlung beim Mobilfunk“ vom 12./13. 12. 1991, *BAnz* 1992, S. 1538 (1539 sub 4.3); *Käs*, *Funkschau* 22/1992, 26 (27); *Pfahler* (o. Fußn. 68), S. 49; *Leuthold* (o. Fußn. 71), S. 69; v. *Klitzing*, *FAZ* v. 30. 8. 1993, B 17; vgl. ferner die Antwort der BReg. auf eine einschlägige Kleine Anfrage, *BT-Dr* 12/4458 v. 3. 3. 1993, S. 9 sowie die Expertenanhörung des BT-Ausschusses für Post und Telekommunikation am 24. 5. 1993, wib 11/93, 43.

80) *Pfahler* (o. Fußn. 68), S. 16ff.; *Damboldt*, telekom praxis 7/91, 25 (28); *Schiffhauer*, *Funkschau* 10/1992, 38 (41 f.); zusammenfassend zuletzt v. *Klitzing* (o. Fußn. 79); auch die kritischen Wissenschaftler, wie etwa *Varga*, räumen ein, daß die Frage der Übertragbarkeit von im Tierversuch gewonnenen Ergebnissen auf den Menschen noch nicht endgültig geklärt ist, vgl. *Funkschau* 22/1992, 24.

81) Zuletzt hierzu etwa *Ladeur*, NVwZ 1992, 948 (949 f.) m. w. Nachw.

82) Grdl. *BVerwGE* 72, 300 (320 f.) = NVwZ 1986, 208 – Wyhl; zuletzt hierzu *Di Fabio*, DVBl 1992, 1338.

lung (§ 24 VwVfG) in ausreichendem Maße nachkommt, wenn sie – wie in der Praxis nicht selten – nur die erforderlichen Schutzabstände der geplanten Sendeeinrichtung anhand des Normentwurfs DIN/VDE 0848 prüft, indem sie sich etwa eine Bescheinigung des Bundesamts für Post und Telekommunikation vorlegen läßt.

Dieses Problem der Reichweite behördlicher Ermittlungspflichten aktualisiert sich naturgemäß erst, wenn es zum (Nachbar-)Rechtsstreit kommt und wirft sogleich die vieldiskutierte<sup>83</sup> Frage der Intensität gerichtlicher Kontrolle unbestimmter Rechtsbegriffe im Umweltrecht auf. Lange Zeit war anerkannt, daß die Zentralbegriffe des Bundes-Immissionsschutzgesetzes, wie jener der schädlichen Umwelteinwirkungen (§ 3 I BImSchG) den Behörden keinen Beurteilungsspielraum gewähren<sup>84</sup>. Diese an der traditionellen Auffassung vom „unbestimmten Rechtsbegriff“ ohne Beurteilungsspielraum orientierte Haltung schien durch die neuere Rechtsprechung des *BVerwG* im Atomrecht<sup>85</sup>, die der Genehmigungsbehörde eine Einschätzungsprärogative im Rahmen der Risikoermittlung und -bewertung einräumt, aufgeweicht zu werden. Das *BVerwG* hat zwar die im Wuhl-Urteil entwickelte Rechtsprechungslinie noch nicht auf das sonstige Technik- und Umweltrecht ausgedehnt<sup>86</sup>, nach Ansicht verschiedener Stimmen im Schrifttum<sup>87</sup> und einzelner Untergegerichte<sup>88</sup> öffnet diese Entscheidung jedoch den Weg, auch in jenen Bereichen die Prüfkompetenz der Verwaltungsgerichte zurückzudrängen und eine Letztentscheidungskompetenz der Behörden zu statuieren. In der Tat sind die wesentlichen Argumente für einen funktionellen Vorbehalt der Exekutive für den gesamten Bereich des Umweltrechts verallgemeinerungsfähig. Dies gilt namentlich für die an sich triviale, aber faktisch zentrale Erwägung der Verwaltungsgerichte, sich vor der Verstrickung in einen nur Fachleuten zugänglichen Tatsachenwust zu bewahren und dadurch zur eigentlich juristischen Tätigkeit zurückzufinden<sup>89</sup>. Ebenso wie dieser Horror facti<sup>90</sup> ist auch der prognostische und hypothetische Aspekt der Risikoabschätzung, der das Gewicht sachverständiger Grundierung der Entscheidung potenziert, nicht nur ein Spezifikum des Atomrechts, sondern vielmehr aller Bereiche des Technik- und Umweltrechts<sup>91</sup>. Die funktionell-rechtlichen Gesichtspunkte zur Rollenabgrenzung zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, wie sie der normativen Ermächtigungslehre<sup>92</sup> als Basis der Doktrin von der exekutivischen Risikoabschätzung- und ermittlung zugrundeliegen<sup>93</sup>, sind demnach auch einschlägig, wenn es gilt, unter Technikklauseln, wie etwa § 22 I Nr. 1 BImSchG, oder unter Begriffen, wie „schädliche Umwelteinwirkungen“ (§ 3 I BImSchG), zu subsumieren.

Auch für die hier zu beurteilende Frage ließe sich also die aus den atomrechtlichen Leitentscheidungen destillierbare prozessuale „Zwei-Stufen-Theorie“ anwenden: Zunächst hätte sich die richterliche Kontrolle darauf zu beschränken, ob die Behörde die erforderlichen Ermittlungen veranlaßt und entsprechende willkürfreie Bewertungen angestellt hat<sup>94</sup>. Eine Beweisaufnahme dürfte erst dann stattfinden, wenn sich aus dem Vorbringen eines Beteiligten herleiten läßt, daß die der Genehmigung zugrundeliegenden Annahmen und Bewertungen als widerlegbar erscheinen<sup>95</sup>.

Indes ist es vor dem Hintergrund der jüngsten Entscheidungen des *Ersten Senates* des *BVerfG*<sup>96</sup> zur Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung äußerst zweifelhaft geworden, ob sich die Lehre von der exekutiven Primärverantwortung im Atomrecht weiterhin durchsetzen kann. Um so weniger ist es zu erwarten, daß sich die Verwaltungsgerichte bereitfinden, sie auf die übrigen Bereiche des Umwelt- und Technikrechts anzuwenden. Zwar bezieht sich jene Judikatur des *BVerfG* nicht auf Letztentscheidungskompetenzen in diesen Rechtsgebieten, enthält aber trotz ihres enigmati-

schen Charakters im einzelnen<sup>97</sup> insofern eine verallgemeinerungsfähige Aussage, als sie die Intensität richterlicher Kontrolle von der Intensität des Eingriffs in das individuelle Grundrecht abhängig macht<sup>98</sup>. Die Normen des Umwelt- und Technikrechts konkretisieren das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II GG). Sie müssen angesichts der Art und Schwere möglicher Gefahren ein geeignetes Mittel zum Schutz gefährdeter Dritter sein<sup>99</sup>. Die Grundrechtsrelevanz von Entscheidungen auf diesem Gebiet ist also in jedem Fall sehr hoch mit der Folge, daß es auch die besondere Entscheidungssituation bei ungewissen Risikoprognosen nicht rechtfertigt, den Behörden eine Letztentscheidungskompetenz einzuräumen. Es erscheint mithin sachlogisch unvermeidlich<sup>100</sup>, die grundlegende Kehrtwende des *BVerfG* in der Dogmatik des Beurteilungsspielraums auch im Bereich des Umwelt- und Risikoverwaltungsrechts zu vollziehen. Wie wirkt sich nun die durch das Streben des *BVerfG* nach verbessertem Grundrechtsschutz geschaffene Rechtsunsicherheit<sup>101</sup> auf die Rezeption von technischen Regelwerken durch Behörden aus? Zunächst ist zu beachten, daß die Judikatur ihre Kontrollbefugnisse – wohl nicht zuletzt aufgrund von Kritik aus dem Schrifttum<sup>102</sup> auch bisher recht extensiv ausgelegt hat. Dies gilt besonders für DIN-Normen: Aufgrund der personellen Zusammensetzung der Normausschüsse für Normung seien deren Beratungsergebnisse keineswegs nur „geronnener Sachverstand“. Vielmehr handele es sich hierbei „zumindest auch“ um Vereinbarungen interessierter Kreise. Zudem seien sie deshalb zurückhaltend zu bewerten, weil sie an sich einer demokratisch legitimierten Normierung bedürften und diese nicht ersetzen könnten<sup>103</sup>.

83) Zuletzt etwa P. Fischer, *Umweltschutz durch technische Regelungen*, 1989; Wahl, NVwZ 1991, 409; Wilke, Jura 1992, 186; Breuer, Gutachten B für den 59. DJT, 1992, S. 64f.

84) Vgl. etwa Jarass, BImSchG, 1983, § 3 Rdnr. 4.

85) Grdl. *BVerwGE* 72, 300 (315 ff.) = NVwZ 1986, 208 – Wuhl; bestätigt in *BVerwGE* 78, 177 (180 f.) = NVwZ 1988, 536 – Brokdorf; *BVerwGE* 80, 207 (208 f., 217) = NVwZ 1989, 52 – Mülheim-Kärlich; *BVerwGE* 81, 185 (190 ff.) = NVwZ 1989, 864 – Neckarwestheim.

86) Vgl. Breuer (o. Fußn. 83), S. 26 Fußn. 252; Wilke, Jura 1992, 186 (192).

87) Zuletzt etwa Wilke, Jura 1992, 186 (192).

88) Vgl. gerade in bezug auf eine Mobilfunk-Sendeanlage VG Ansbach, Beschl. v. 29. 9. 1992 – 9 S 92.01127.

89) Zutr. Wilke, Jura 1992, 186 (188, 191).

90) Objektiv gewendet ist dies die Sorge um die Funktionsfähigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, vgl. Wahl, NVwZ 1991, 409 (412).

91) Wahl, NVwZ 1991, 409 (410).

92) Vgl. grdl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 19 IV Rdnrn. 180 ff.

93) Wahl, NVwZ 1991, 409 (410 f.).

94) Vgl. etwa *BVerwGE* 80, 207 (217) = NVwZ 1989, 52 – Mülheim-Kärlich.

95) *BVerwGE* 78, 177 (181 f.) = NVwZ 1988, 536 – Brokdorf.

96) *BVerfGE* 83, 130 = NJW 1991, 1471; *BVerfGE* 84, 34 = NJW 1991, 2005; *BVerfGE* 84, 59 = NJW 1991, 2008; *BVerfGE* 85, 36 = NVwZ 1992, 361.

97) Zutr. Kritik bei Redeker, NVwZ 1992, 305 (306); Würkner, NVwZ 1992, 309 (311).

98) Vgl. näher Redeker, NVwZ 1992, 305 (307); Geis, NVwZ 1992, 25 (28).

99) *BVerfGE* 53, 30 (57) = NJW 1980, 759.

100) Ebenso Geis, NJW 1992, 25 (29); Redeker, NVwZ 1992, 305 (309 Fußn. 28); Krist, UPR 1993, 178 (179); optimistischer hinsichtlich normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften Di Fabio, DVBl 1992, 1338 (1346).

101) Zu Recht krit. Redeker, NVwZ 1992, 305 (309); Würkner, NVwZ 1992, 309 (312).

102) Vgl. nur Koch, Grenzen der Rechtsverbindlichkeit technischer Regeln im öffentlichen BauR, 1986; Gusy, UPR 1986, 241; allgemein zur verfassungs- und europarechtlichen Zulässigkeit von Umweltstandards in Verwaltungsvorschriften zuletzt Bönker, DVBl 1992, 804 mit zahlreichen Nachw.

103) *BVerwGE* 77, 285 (291 f.) = NJW 1987, 2886; *BVerwGE* 79, 254 (264) = NJW 1988, 2396; OVG Münster, NVwZ 1993, 1116 (in diesem Heft) = UPR 1993, 156 (157).

Auch die neuere Rechtsprechung schließt indes nicht aus, DIN-Normen oder vergleichbare Regelwerke als Anhaltspunkte für die Beurteilung der Erheblichkeit oder Gefährlichkeit von Immissionen heranzuziehen, sofern sie den Anforderungen des Bundes-Immissionsschutzgesetzes entsprechen<sup>104</sup>.

Hieran anknüpfend mißt das OVG Lüneburg in seinem Beschluß vom 21. 4. 1992<sup>105</sup> dem Entwurf der DIN/VDE 0848 die Rolle eines wichtigen Hilfsmittels zur Abschätzung der Gefahren für die Gesundheit durch elektromagnetische Strahlen bei. Angesichts des Sachverständigen an dessen Ausarbeitung beteiligten Gremien und ihrer Verpflichtung gegenüber dem allgemeinen Wohl habe der Entwurf aus gegenwärtiger Sicht als Maßstab für die Beurteilung gesundheitlicher Risiken erhebliche Bedeutung. Damit greift das OVG Lüneburg zwei Prüfungskriterien auf, die – neben anderen – auch nach verbreiteter Ansicht in Literatur und Rechtsprechung maßgeblich sind für die Zulässigkeit der Rezeption technischer Regelwerke durch die Verwaltung, nämlich zum einen Aktualität und zum anderen Orientierung am Sachverstand unabhängiger Gremien<sup>106</sup>. Allerdings übersieht es, daß der Entwurf der DIN/VDE 0848 nur die ausreichend erforschten thermischen Erscheinungsbilder, nicht aber die athermischen Wirkungen elektromagnetischer Wellen berücksichtigt<sup>107</sup>. Wäre dies der Fall, müßten die dort vorgeschlagenen Grenzwerte erheblich niedriger liegen<sup>108</sup>. Obwohl diese jetzt schon beträchtliche Sicherheitsmargen enthalten, kann der DIN/VDE-Entwurf 0848 somit nicht als „wichtiges Hilfsmittel“ zur Ermittlung nichtthermischer Personengefährdungen herangezogen werden oder auch nur entsprechende „Anhaltspunkte“ liefern. Vielmehr ist die Behörde verpflichtet, im Einzelfall zu prüfen, ob der Betrieb des beantragten Vorhabens schädliche athermische Effekte verursachen kann. Will sie sich nicht dem Vorwurf der unzureichenden Risikoeermittlung- und abschätzung aussetzen, muß sie sich also zumindest mit der Frage der nichtthermischen Auswirkungen der Mobilfunk-Sendeanlage auseinandersetzen und den gegenwärtigen Wissensstand hierüber willkürfrei bewerten.

Der Berücksichtigung des Wissensstandes läßt sich nicht entgegenhalten, § 22 I BImSchG beziehe sich nur auf den Stand der Technik (vgl. § 3 VI BImSchG) und nicht, wie etwa im Atomrecht, auf den Stand von Wissenschaft und Technik<sup>109</sup>. Denn auch im Rahmen von § 22 I BImSchG muß, wenn auch begrenzt durch den – hier im übrigen irrelevanten – Stand der Technik, der Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen stets erreicht sein<sup>110</sup>.

Wie gerade die dem erwähnten Beschluß des OVG Lüneburg zugrundeliegende – typische – Fallkonstellation zeigt, war es spätestens seit dem Wyhl-Urteil trotz eingeschränkter justizieller Kontrolldichte möglich, die von der Behörde herangezogenen technischen Regelwerke rechtlich und nicht nur tatsächlich zu rezipieren<sup>111</sup>. Wenn auch nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG eine weitere Verrechtlichung der Rezeption technischer Regelwerke erforderlich erscheint, so ist doch zweifelhaft, ob sich die Kontrolldichte im Hinblick auf den intendierten verbesserten Rechtsschutz noch wesentlich steigern läßt. Dies gilt vor allem dann, wenn die Gerichte auf die einzelnen in der Literatur genannten Prüfpunkte<sup>112</sup> noch stärker als bisher zurückgreifen. Gleichwohl ändert sich der Prüfungsmaßstab insofern, als die – wiewohl bislang nicht vollständig<sup>113</sup> – abgeschirmte Frage nach der inhaltlichen Richtigkeit der Behördenentscheidung gerichtlich geklärt werden muß. Um eines effektiven Rechtsschutzes willen hat das Gericht also voll – gegebenenfalls mit Hilfe von Sachverständigen – zu überprüfen, ob die Verwaltungsentscheidung auch in fachwissenschaftlicher Hinsicht zutrifft<sup>114</sup>. Im Eilverfahren ist dieses Ideal systembedingt freilich nur begrenzt erreichbar. Zumindest wird man aber verlangen

können, daß das Gericht versucht, den aktuellen Stand der wissenschaftlichen Diskussion zu eruieren<sup>115</sup>.

b) *Auswirkungen einer bestehenden Betriebslaubnis*. Die behördliche Pflicht zur Risikoermittlung wird nicht etwa deshalb hinfällig, weil für die einzelne Send- und Empfangsanlage eine Betriebslaubnis des Zentralamts für Zulassungen im Fernmeldewesen vorliegt. Zwar setzt die Zulassung einer Funkanlage nach § 2a I 2 FAG i. V. m. § 4 TKZulV voraus, daß durch deren Betrieb keine Personen geschädigt oder gefährdet werden. Dies bezieht sich aber zum einen nur auf private Anlagen, nicht hingegen auf solche der DBP Telekom, zum anderen regelt § 4 I TKZulV nur die Sicherheit von Benutzern und des Betreiberpersonals, nicht aber diejenige Dritter. Auch nach der Verfügung des Bundesministers für Post und Telekommunikation 95/1992<sup>116</sup> bedarf es bei festen Funksendstellen eines besonderen zusätzlichen Nachweises, daß durch den Betrieb der zu errichtenden Funksendstellen die Vorschriften zum Schutz von Personen in elektromagnetischen Feldern eingehalten werden. Zudem besagt die etwaige Unbedenklichkeit des Betriebs eines einzelnen Geräts nichts über kumulative Effekte durch andere Emittenten elektromagnetischer Wellen im konkreten Expositionsbereich<sup>117</sup>.

Die Behörde genügt also der ihr obliegenden Untersuchungspflicht nicht, wenn sie aus der ihr vorliegenden Betriebslaubnis auf die Ungefährlichkeit der Sendeanlage schließt. Ebensowenig kann sie eine baurechtliche Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens ersetzen.

c) *Konsequenzen fehlerhafter Risikoermittlung und -bewertung für die gerichtliche Entscheidung*. Nach der Rechtsprechung im Atomrecht<sup>118</sup> können die Verwaltungsgerichte Defizite der von der Behörde zu verantwortenden Ermittlung und Bewertung mit Rücksicht auf den Grundsatz der Gewaltenteilung nicht dadurch heilen, daß sie ihre eigene Überzeugung oder Bewertung an deren Stelle setzen. Entdeckt ein Gericht ein Ermittlungsdefizit, ist es darauf beschränkt, die Genehmigung aufzuheben. Diese Irrelevanz von Verfahrensfehlern folgt zwingend aus der Anerkennung eines „autonomen“ exekutiven Spielraums<sup>119</sup> und entfällt deshalb konsequenter-

104) Vgl. etwa BVerfGE 79, 254 (264f.) = NJW 1988, 2396; 88, 143 (149) = NVwZ 1991, 884. Ob das BVerfG hingegen an seiner Rechtsfigur des „antizipierten Sachverständigengutachtens“ (grdl. BVerfGE 55, 250 [255] = NJW 1978, 1450) festhält, ist unklar, so zuletzt Bönker, DVBl 1992, 804 (805).

105) NVwZ 1992, 993.

106) Vgl. nur Gusy, DVBl 1987, 497 (504f.) m. w. Nachw.

107) Hierauf macht aus naturwissenschaftlicher Sicht vor allem v. Klitzing (o. Fußn. 79) aufmerksam, vgl. auch ders., Funkschau 15/1992, 64 (66).

108) Vgl. Funkschau 10/1992, 32 (42); v. Klitzing, zit. nach Funkschau 15/1992, 64 (67); Varga, zit. nach Funkschau 22/1992, 24.

109) So aber VG Ansbach, Beschl. v. 29. 9. 1992 – 9 S 92.01127.

110) Statt aller Feldhaus, BundesimmissionsschutzR., 2. Aufl., Stand: Dezember 1992, § 22 Rdnr. 7.

111) So auch Gusy, DVBl 1987, 497 (505); auch Fischer (o. Fußn. 83), S. 143 m. Nachw., mißt den technischen Regelwerken trotz aller Kritik eminente praktische Bedeutung für die gerichtliche Überprüfung der behördlichen Genehmigungsentscheidungen im Anlagenrecht bei.

112) Vgl. statt vieler Gusy, DVBl 1987, 497 (505); Wahl, NVwZ 1991, 409 (412).

113) Man denke nur an die Frage der Aktualität eines technischen Regelwerks.

114) Ebenso Krist, UPR 1993, 178 (179).

115) Insofern besonders überzeugend OVG Münster, NVwZ 1993, 1116; Beschl. v. 20. 4. 1993 – 7 B 4653/92; NVwZ 1993, 1115 (beide in diesem Heft); VG Gelsenkirchen, ZUR 1993, 119; VGH Kassel, NVwZ 1993, 1119 (ebenfalls in diesem Heft).

116) ABl 12/92, 275.

117) Ähnlich OVG Lüneburg, NVwZ 1993, 1119 L; VGH Kassel, NVwZ 1993, 1119; a. A. OVG Münster, NVwZ 1993, 1115 (alle in diesem Heft).

118) BVerfGE 61, 82 (114f.) = NJW 1982, 2173.

119) Näher Wahl, NVwZ 1991, 409 (415).

weise, wenn man der neueren Rechtsprechung des *BVerfG* folgt und eine wie auch immer geartete Prerogative der Verwaltung in Abrede stellt. Dann gilt nämlich der allgemeine Grundsatz, daß Verfahrensfehler aus dem Verwaltungsverfahren durch das bessere Verfahren vor dem Gericht und letztlich durch die Sachentscheidung überholt werden<sup>120</sup>. Während zuvor die Behörde allenfalls die Möglichkeit hatte<sup>121</sup>, das Versäumte während des gerichtlichen Verfahrens nachzuholen, muß das Gericht nunmehr entsprechend dem Amtsermittlungsgrundsatz (§ 86 VwGO) selbst das Risiko beurteilen und entsprechende Verfahrensdefizite heilen. Ob die damit verbundene Aufblähung der Verfahren der von *BVerfG* intendierten Effektivierung des Rechtsschutzes dient, darf allerdings bezweifelt werden<sup>122</sup>.

### 5. Resümee

Nach dem derzeitigen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis sind schädliche nichtthermische Wirkungen von Funkwellen auf den Menschen nicht nachgewiesen. Gegen die baurechtliche Zulässigkeit von Sendeanlagen für den Mobilfunk bestehen daher gegenwärtig unter diesem Gesichtspunkt keine Bedenken. Für die Abschätzung der durch sie drohenden Gesundheitsrisiken kann der Entwurf der DIN/VDE 0848 vom Oktober 1991 allerdings nicht herangezogen werden, da er athermische Risiken elektromagnetischer Immissionen unberücksichtigt läßt.

## IV. Parlamentsvorbehalt und Mobilfunktechnik

Die vorstehenden Ausführungen beruhen auf der Annahme, daß das bestehende bau- und immissionsschutzrechtliche Instrumentarium ausreicht, um den Anforderungen der sog. Wesentlichkeitstheorie zu genügen. Ihr zufolge ist der Gesetzgeber verpflichtet, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen<sup>123</sup>. Ob das hier der Fall ist, wird von der erstinstanzlichen Rechtsprechung vereinzelt in Zweifel gezogen<sup>124</sup>.

### 1. Erfordernis eines Spezialgesetzes?

Die Frage, ob für die Einführung der Mobilfunktechnik eine parlamentarische Leitentscheidung erforderlich ist, beurteilt sich nach den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, vor allem aber nach deren Grundrechtsrelevanz<sup>125</sup>. Allerdings wäre es grundrechtsdogmatisch verfehlt, aus dem bei moderner Technik oft vorhandenem Gefährdungspotential pauschal das Erfordernis einer normativen Grundsatzentscheidung abzuleiten. Denn die verfassungsrechtliche Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG<sup>126</sup> gebietet schon mit Rücksicht auf die Betreibergrundrechte aus Art. 12, 14, 5 III, 2 I GG nicht generell, für drittgefährdende Tätigkeiten ein spezifisches Gesetz zu schaffen. Anderenfalls würde das grundgesetzliche Freiheitsprinzip umgekehrt. Auch kann die im Gewaltentrennungsprinzip verankerte Kompetenzverteilung im Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive nicht einfach mit dem Hinweis auf den Grundrechtsschutz potentiell betroffener Bürger beiseite geschoben werden<sup>127</sup>. Der Schutzpflichtgedanke kann sich deshalb nur im Rahmen der Wesentlichkeitstheorie entfalten<sup>128</sup>. Aber auch das sie dirigierende Demokratieprinzip vermag keinen allumfassenden Parlamentsvorbehalt zu konstituieren<sup>129</sup>. Näheren Aufschluß über dieses Erfordernis kann daher nur eine differenzierte Analyse des konkreten Gefahrenpotentials geben<sup>130</sup>. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß modernen Technologien im allgemeinen wissenschaftstheoretisch bedingte Ungewissheiten immanent sind, die mit traditionellen Begrifflichkeiten, wie etwa Gefahren-

verdacht, inkommensurabel sind, weil sie erst in der Praxis beseitigt werden können<sup>131</sup>. Überzogene Gewißheitsanforderungen sind daher fehl am Platze. Aber auch wenn man an der herkömmlichen Terminologie festhält, erfordert das Gefährdungspotential der Mobilfunktechnik kein bereichsspezifisches Gesetz. Ein hinreichend gesicherter Gefahrenverdacht liegt nicht vor (vgl. oben III 2). Da es nicht möglich ist, die gesundheitliche Auswirkungen des Mobilfunks auf die Allgemeinheit sicher zu beurteilen, kann – anders als etwa beim quantifizierbaren Gefährdungspotential der Kernenergie – von „weitreichenden Auswirkungen auf die Bürger“ als Voraussetzung eines Parlamentsvorbehalts<sup>132</sup> nicht die Rede sein. Gibt es nach jahrzehntelanger Exposition der Bevölkerung nicht einmal konkrete Anhaltspunkte dafür, ob generelle Gesundheitsrisiken durch hochfrequente elektromagnetische Strahlung natürlicher oder technischer Herkunft bestehen, erweist sich eine wie auch immer geartete „Je-Desto-Formel“ als untauglich, da ihr ein entscheidender Faktor fehlt<sup>133</sup>. In dieser Non-liquet-Situation der Gefahrenabschätzung wäre es unsinnig, den Gesetzgeber zu verpflichten, eine Regelung gewissermaßen „ins Blaue hinein“ zu erlassen<sup>134</sup>. Ein „Schuß ins Dunkle“ kann dem Parlament bei der hier gegebenen mangelnden Regelungsreife der Materie nicht aufgezwungen werden<sup>135</sup>. Dies um so weniger, als zwar nicht die vorhandenen fernmelderechtlichen<sup>136</sup>, wohl aber die immissionsschutzrechtlichen Regelungen ausreichen, um einen effektiven Schutz der Gesundheit Dritter zu gewährleisten. Dem läßt sich nicht entgegenhalten, bei der Schaffung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes sei man sich der Risiken elektroma-

120) Vgl. hierzu statt aller *Wahl*, NVwZ 1991, 409 (415ff.).

121) Offengelassen von *BVerwGE* 78, 177 (181) = NVwZ 1988, 536 – Brokdorf.

122) Zutr. *Redeker*, NVwZ 1992, 305 (306); *Würkner*, NVwZ 1992, 309 (312).

123) So die Formel in *BVerfGE* 49, 89 (126f.) = NJW 1979, 359 – Kalkar; ebenso zuletzt etwa *BVerfG*, NJW 1993, 1379 (1380).

124) Vgl. etwa *VG Gelsenkirchen*, ZUR 1993, 119.

125) *BVerfGE* 49, 89 (126f.) = NJW 1979, 359 – Kalkar.

126) Vgl. in bezug auf Atomtechnik *BVerfGE* 49, 89 (126f.) = NJW 1979, 359 – Kalkar; *BVerfGE* 53, 30 (57); 77, 381 (402f.) = NVwZ 1988, 427 = NJW 1988, 1656 L.

127) Ebenso im Zusammenhang mit dem Parallelproblem bei der Gentechnik *VG Frankfurt a. M.*, NVwZ 1989, 1097 (1099f.); *Enders*, AöR 115 (1990), 610 (620ff.); *Fluck*, UPR 1990, 81 (82ff.); *Gersdorf*, DÖV 1990, 514ff.; *Preu*, JZ 1991, 265 (266ff.); *Rose*, DVBl 1990, 280f.; *Graf Vitzthum*, VBIBW 1990, 48 (49ff.); *Wahl-Masing*, JZ 1990, 553ff.; zuletzt *Kloepfer*, in: Festschr. f. Lerche, 1993, S. 755 (765ff.). Die Gegenposition des *VGH Kassel*, NJW 1990, 336 (337f.) fand im Schrifttum nur vereinzelt Unterstützung, vgl. etwa *Bizer*, KritJ 1990, 127ff. Den Schutzpflichtgedanken stellen in bezug auf die Mobilfunktechnik einseitig in den Vordergrund z. B. *VG Gelsenkirchen*, ZUR 1993, 119; *VGH Kassel*, NVwZ 1993, 1119 (völlig unreflektiert); hiergegen überzeugend *OVG Münster*, NVwZ 1993, 1115 (beide in diesem Heft).

128) *Enders*, AöR 115 (1990), 610 (630f.) spricht zutreffend von den funktionellrechtlichen Grenzen des Schutzpflichtgedankens.

129) *BVerfGE* 49, 89 (125f.) = NJW 1979, 359 – Kalkar.

130) Hierfür plädieren in bezug auf die Gentechnik auch *Hirsch*, NJW 1990, 1445 (1446); *Rose*, DVBl 1990, 279 (281f.); *Richter*, Gentechnologie als Regelungsgegenstand des technischen SicherheitsR, 1989, S. 9ff.; *Rupp*, JZ 1990, 91 (92); *Sendler*, NVwZ 1990, 231 (234); *Graf Vitzthum*, VBIBW 1990, 48 (48, 50).

131) *Ladeur*, NVwZ 1992, 948 (949f.).

132) *BVerfGE* 49, 89 (127) = NJW 1979, 359 – Kalkar.

133) *Richter* (o. Fußn. 130), S. 144ff., 157; vgl. auch *BVerfGE* 66, 39 (59) = NJW 1984, 601, wonach völlig unbestimmte Annahmen über die Eintrittswahrscheinlichkeit der Gefahren nicht ausreichen, um eine Grundrechtsverletzung zu begründen.

134) Vgl. etwa *BVerfGE* 49, 89 (131) = NJW 1979, 369 – Kalkar, wonach es in einer „notwendigerweise mit Ungewißheit belasteten Situation ... zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung (liegt), ... die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen.“

135) *Sendler*, NVwZ 1990, 231 (232) in bezug auf Gentechnik.

136) Insofern nicht überzeugend *OVG Münster*, NVwZ 1993, 1115 (in diesem Heft); vgl. o. III b.

gnetischer Strahlung im Hochfrequenz- und Mikrowellenbereich nicht bewußt gewesen. Denn der Gesetzgeber hat das Bundes-Immissionsschutzgesetz bewußt dynamisch konzipiert, um gerade auch noch nicht erkannte Gefahrenpotenziale zu erfassen<sup>137</sup>. Überdies unterliegt dessen Vollzug, wie dargestellt, intensiver gerichtlicher Kontrolle. Existieren aber Vorschriften, die ausreichenden Schutz vor den Gefahren des Mobilfunks gewähren, so ist auch der Schutzpflicht des Gesetzgebers gegenüber potentiellen Drittbetroffenen Genüge getan<sup>138</sup>. Gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich<sup>139</sup> für den Grundrechtsschutz Dritter sind die §§ 3 I, 22 I BImSchG jedenfalls nicht. Ein normatives Defizit läßt sich also auch bei isolierter Betonung des Schutzpflichtgedankens nicht diagnostizieren. Hinzu kommt, daß das Parlament überfordert wäre, müßte es bei jeder neuen gefährlichen oder bislang für ungefährlich gehaltenen Technik ein neues Gesetz erlassen. Allein im Bereich hochfrequenter elektromagnetischer Strahlung bedürfte es sonst, um nur die wichtigsten Anwendungsbereiche zu nennen<sup>140</sup>, für Rundfunk- und Fernsehsendeanlagen, Richtfunkstrecken, Radaranlagen, Bildschirmgeräte, Hochspannungsleitungen, Diathermiegeräte, Induktionsöfen, Hochfrequenz-Schweißgeräte jeweils gesonderter Regelungstatbestände. Zudem könnte ein spezieller Genehmigungstatbestand wegen seiner zwangsläufigen Koppelung an den aktuellen Wissensstand keine Verbesserungen bringen. Angesichts dessen reichen auch Rechtssicherheitsgesichtspunkte auf Seiten der Betreiber – anders als etwa bei der Gentechnik<sup>141</sup> – nicht aus, um das Erfordernis einer bereichsspezifischen Regelung zu begründen. Selbst wenn man aber unterstellte, es läge keine ausreichende gesetzliche Grundlage vor, wäre es mit Rücksicht auf die Betreibergrundrechte aus Art. 12, 14, 2 I GG bei der hier gegebenen Non-liquet-Situation in der Abschätzung der Gefahrenlage unverhältnismäßig<sup>142</sup>, die Genehmigungsfähigkeit von Mobilfunk-Sendeanlagen zu verneinen<sup>143</sup>.

## 2. Gesetzliche Konkretisierung von Risikostandards?

Gerade in jüngeren Abhandlungen zur Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht wird betont, der Gesetzgeber habe die Grenze zwischen dem sozialadäquaten und dem nicht mehr hinzunehmenden Risiko selbst zu ziehen und dürfe die Formulierung von Grenzwerten nicht der Verwaltung überlassen<sup>144</sup>. Diese Forderung liefe indes bei konsequenter Realisierung dem Postulat eines dynamischen Grundrechtsschutzes<sup>145</sup> zuwider. Eine Situation, in der die Verwaltung, wie bei Mobilfunk-Sendeanlagen, auf unsicherer wissenschaftlicher Grundlage entscheiden muß, eignet sich nicht für eine Regelung von Risikostandards in Gesetzesform oder enge Vorgaben in Verordnungsermächtigungen. Nur ein hinreichend großer administrativer Entscheidungsspielraum schafft die erforderliche Flexibilität, um der wissenschaftlichen Entwicklung zeitnah Rechnung zu tragen und damit eine optimale Gefahrenvorsorge und -abwehr zu gewährleisten. Außerdem überstiege der Normierungsbedarf in den verschiedenen Anwendungsbereichen elektromagnetischer Strahlung die Leistungsfähigkeit des Gesetzgebers.

Auch die legislative Schutzpflicht gebietet es nicht, die hier einschlägigen gesetzlichen Regelungen so auszugestalten, daß jedwedes Restrisiko ausgeschaltet ist. Anderenfalls würde man die Nutzung technischer Innovationen weitgehend unmöglich machen und auch die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens verkennen<sup>146</sup>. Hiergegen läßt sich nicht einwenden, die Unmöglichkeit verlässlicher Aussagen über das Gefährdungspotential athermischer Effekte elektromagnetischer Felder sei nicht der Unfähigkeit zu erkennen, sondern der fehlenden Bereitschaft dazu geschuldet<sup>147</sup>. Unabhängig davon, ob dieser *Soupçon* gerechtfertigt ist, bleibt die objektive Ungeißheitssituation nämlich bestehen. In diesem Fall ist der Staat nur verpflichtet, Untersuchungen zu fördern oder zu veranlassen, um

genauere Erkenntnisse über mögliche schädliche Wirkungen von Mobilfunk zu gewinnen<sup>148</sup>. Diese prozedurale Komponente des Schutzpflichtgedankens läßt freilich die Feststellung unberührt, daß die Regelungsdichte der §§ 3 I, 22 I BImSchG auch angesichts des theoretischen Gefährdungspotentials eines flächendeckenden Mobilfunknetzes ausreichend ist.

## 3. Folgen der gesetzgeberischen Pflichtverletzung

Selbst wenn man davon ausginge, daß die derzeitige Gesetzeslage im Bereich der Mobilfunktechnik den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt, könnten mit dieser Erwägung baurechtliche Genehmigungen für Mobilfunk-Sendeanlagen im behördlichen oder fachgerichtlichen Verfahren nicht versagt werden. Ein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes würde nicht zur Unanwendbarkeit der hier einschlägigen Vorschriften führen, sondern nur eine Anpassungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers in hinreichender oder auch vom *BVerfG* bestimmter Zeit begründen<sup>149</sup>. Zwar mag eine Vorlage nach Art. 100 GG im vorläufigen Verfahren aus dem Gesichtspunkt der Effektivität des Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) ausscheiden<sup>150</sup>. Dies erlaubt dem Fachgericht aber nicht, das auch bei der Rüge gesetzgeberischen Unterlassens bestehende Entscheidungsmonopol des *BVerfG*<sup>151</sup> auszuhöhlen. Im Rahmen der im Eilverfahren gebotenen Abwägung kann daher der Feststellung, der Gesetzgeber verletze durch Unterlassen seine grundrechtliche Schutzpflicht, keinerlei Bedeutung zukommen<sup>152</sup>. Hierfür spricht im übrigen, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit sonst Kompetenzen usurpierte, die im gewaltenteiligen Staat des Grundgesetzes exklusiv der Legislative zustehen, so daß sich der aus der Wesentlichkeitstheorie abgeleitete Parlamentsvorbehalt auf diese Weise in einen Justizvorbehalt für die Entscheidung wesentlicher Fragen verkehren würde<sup>153</sup>.

137) *Hirsch*, NJW 1990, 1445 (1447); *Pohlmann*, BB 1989, 1205 (1211); *Sellner*, ImmissionsschutzR und Industrieanlagen, 1988, S. 12f.

138) Vgl. allg. *BVerfGE* 77, 381 (403) = NVwZ 1988, 427 = NJW 1988, 1659 L.

139) So die Kriterien in *BVerfGE* 77, 170 (215) = NJW 1988, 1651 – C-Waffen; *BVerfGE* 77, 381 (405) = NVwZ 1988, 427 = NJW 1988, 1659 L.

140) Vgl. *Leitgeb*, Strahlen, Wellen, Felder, 1990, S. 140 ff.

141) Vgl. etwa *Nicklisch*, in: *ders.-Schettler* (Hrsg.), *Regelungsprobleme der Gen- und Biotechnologie sowie der Humangenetik*, 1990, S. 37 (38, 40).

142) Vgl. *Kloepfer* (o. Fußn. 127), S. 755 (766f.); *Sendler*, NVwZ 1990, 231 (235).

143) So aber *VG Gelsenkirchen*, ZUR 1993, 119, jedenfalls solange das Risikopotential dieser Technik nicht erkennbar ist und kein Vorsorgekonzept besteht.

144) Deziert etwa *Bönker*, DVBl 1992, 804 ff.; *Richter* (o. Fußn. 130), S. 194; vorsichtiger *Denninger*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und TechnikR, 1990, S. 146 ff.; *Lübbe-Wolff*, ZG 1991, 219 (238 ff.).

145) *BVerfGE* 49, 89 (137) = NJW 1979, 359 – Kalkar.

146) *BVerfGE* 49, 89 (143) = NJW 1979, 359 – Kalkar.

147) *VG Gelsenkirchen*, ZUR 1993, 119.

148) Allg. etwa *Murswiek*, VVDStRL 48 (1990), 207 (217f.); *Richter* (o. Fußn. 130), S. 146 f., 257; *Nicklisch*, in: *Lukes-Scholz* (Hrsg.), *Rechtsfragen der Gentechnologie*, 1986, S. 112 (126); *M. Schröder*, *Kommissionskontrolle in Reproduktionsmedizin und Gentechnologie*, 1992, S. 163f. m. w. Nachw. Dieser Verpflichtung kommt die Bundesregierung offenbar nach, vgl. *BT-Dr 12/4458*, S. 9.

149) Allg. *BVerfGE* 56, 54 (81f.) = NJW 1981, 1655 – Fluglärm; *Enders*, AöR 115 (1990), 610 (633); *Fluck*, UPR 1990, 81 (85f.); *Isensee*, in: *ders.-Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR V*, 1992, Rdnr. 156; *Kloepfer* (o. Fußn. 127), S. 755 (767f.); *Preu*, JZ 1991, 265 (270f.); *Sendler*, NVwZ 1990, 231 (235f.); *Wahl-Masing*, JZ 1990, 553 (562).

150) *VG Gelsenkirchen*, ZUR 1993, 119; *Schenke*, in: *BK*, Art. 19 IV Rdnr. 418 m. Nachw. zur Gegenansicht.

151) Zutr. *Fluck*, UPR 1990, 81 (86); *Kloepfer* (o. Fußn. 127), S. 755 (768); *Preu*, JZ 1991, 265 (271).

152) Vgl. aber *VG Gelsenkirchen*, ZUR 1993, 119.

153) *Kloepfer* (o. Fußn. 127), S. 755 (766); vorsichtiger *OVG Münster*, NVwZ 1993, 1115 (in diesem Heft).