

NVwZ mit NVwZ-RR

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

Prof. 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

www.nvwz.de

Aus dem Inhalt

F. Ekardt

Nach dem Altrip-Urteil: Von der Klagebefugnis
zu Verfahrensfehlern, Abwägungsfehlern und
Individualklage 393

T. Lieber

Rechtliche Bindungen zwischen der Planfeststellung
von Flughäfen und der Flugroutenplanung 397

C. Federwisch/J. Dinter

Windenergieanlagen im Störfeuer der Flugsicherung 403

M. A. Zöller/S. R. Ihwas

Rechtliche Rahmenbedingungen des polizeilichen
Flugdrohneneinsatzes 408

M. Raschke

Privilegierter Föderalismus – Länderöffnungsklausel
im BauGB? 414

B. I. Budzinski/H.-P. Hutter

Mobilfunkschäden Ansichtssache? 418

M. Herms/C. Richter

Urteil des BGH zum Anlagenbegriff im EEG
– Weder Fisch noch Fleisch 422

BVerfG

Drei-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht
verfassungswidrig 439

BVerwG

Genehmigung von Tierversuchen
(Anm. *L. Hildemann*) 450

BVerwG

Beseitigungsanordnung – Hans B. Wieland-Haus
(Anm. *H. Jäde*) 454

OVG Münster

Widerruf der Approbation wegen Abrechnungsbetrugs
(Anm. *S. Braun*) 459



7/2014

1. April 2014

33. Jahrgang S. 393–464



falls sicherstellen, dass Ausweisungen erfolgen, um den Ausbauzielen Rechnung zu tragen. Pläne, die keine ausreichende Ausweisung vornähmen, wären nicht nach § 1 IV BauGB an die Ziele der Raumordnung angepasst bzw. hätten Grundsätzen der Raumordnung gegebenenfalls nicht ausreichend Rechnung getragen. Es wäre dann auch für den jeweiligen Planungsraum klar bestimmt, wie viel Raum der Windenergie zu geben ist.

V. Fazit

Im Fokus der Diskussion um die Energiewende steht derzeit einseitig die Kostenfrage und angedachte Veränderungen bei der Vergütung. Hier ist der genaue politische Kompromiss aber noch nicht absehbar, Bund- und Länder sowie Interessensvertreter kämpfen noch um die Durchsetzung ihrer unterschiedlichen Interessen. Nach dem Koalitionsvertrag soll daneben aber auch eine Länderöffnungsklausel in das Baugesetzbuch eingefügt werden, die es den Bundesländern ermöglichen soll, länderspezifische Regeln über Mindestabstände zur Wohnbebauung festzulegen. Hierbei geht es, betrachtet man die bereits gemachten Vorschläge von Sachsen und Bayern, um eine landesrechtliche Einschränkung der bundesgesetzlichen Privilegierung der Windenergie im Außenbereich, geregelt in § 35 I Nr. 5 BauGB. Die Bundesländer bekämen hier

„harten“ gesetzgeberischen Spielraum und könnten den Ausbau der Windenergie durch großzügige Abstände verlangsamen. Dies zeigt die Bekundung der bayerischen Landesregierung, künftig grundsätzlich einen Mindestabstand von 10 H (H = Gesamthöhe der Windkraftanlage) vorzusehen. Fraglich ist, welche Auswirkungen entsprechende Länderregelungen auf die Planung von Konzentrationszonen nach § 35 III 3 BauGB hätten. Solche Gebietsplanungen würden sich infolge festgelegter Abstände auf weniger Flächen beziehen, auf die sich der Druck zur Ausweisung als Windenergiestandort folglich erhöhen dürfte.

Nach dem im Vorjahr eingebrachten Gesetzesvorschlag von Bayern und Sachsen für eine Länderöffnungsklausel sollen die Länder auch Mindestabstände zur Wohnbebauung für Sondergebiete festlegen können. Eine solche Regelung würde einen erheblichen Eingriff in die kommunale Planungshoheit begründen. Grundsätzlicher stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber zur Erreichung seiner Ausbauziele an Stelle der Privilegierung auf die Festlegung genauer Ausbauziele setzen sollte, die dann von den Trägern der Planung umgesetzt werden müssen. Beide Vereinbarungen zur Windenergie im Koalitionsvertrag bedeuten potenziell eher Abwind als Aufwind für die Verbreitung der Windenergie. ■

Kurze Beiträge

Richter am VG a. D. Bernd Irmfrid Budzinski und Professor PD Dipl.-Ing. Dr. med. Hans-Peter Hutter*

Mobilfunkschäden Ansichtssache?

Höchste Zeit für Beweise statt Vermutungen

I. Einleitung

Vor zehn Jahren verneinte der *BGH* grundlegend Gefahren für die Gesundheit durch Mobilfunkwellen (2004).¹ Zur gleichen Zeit schrieb der Mobilfunkbetreiber Swisscom in einer Patentschrift für das gleichartige W-LAN:² „... eine Schädigung der Erbsubstanz wurde klar nachgewiesen ... es gab Hinweise auf ein erhöhtes Krebsrisiko“...³ Sodann stufte das Krebsforschungsinstitut der Weltgesundheitsorganisation (WHO/IARC) hochfrequente elektromagnetische Felder (HF-EMF), d. h. alle Arten von Mobilfunkwellen, als „potenziell kanzerogen“ ein.⁴ Und das schweizerische Mobilfunkforschungsprogramm NFP 57 gelangte darüber hinaus zum Nachweis, dass das Nervensystem (Schlaf-EEG-Befunde) „immer“ beeinflusst wird (2011).⁵ Ein großes Gefahrenpotenzial tat sich auf⁶ und offensichtliche Diskrepanzen verlangten nach rascher Aufklärung.

Doch Behörden und Gerichte bleiben bis heute untätig und verweisen beharrlich auf die geltenden Grenzwerte und das Deutsche Mobilfunkforschungsprogramm von 2008, wonach nicht einmal „Hinweise auf gesundheitsrelevante Effekte“ bestehen sollten.⁷ Währenddessen verfügten ua das oberste italienische Gericht, das oberste belgische Verwaltungsgericht und mehrere französische (Ober-)Gerichte den Abbruch von Mobilfunksendern oder sprachen Schadenersatz zu. Es sei „keine Studie bekannt“, die ... „eine gesundheitliche Beeinträchtigung ... belegen würde“, steigerte nun 2014 das baye-

* Der Autor *Budzinski* war Richter am VG Freiburg. Der Autor *Hutter* ist Facharzt für Hygiene und Mikrobiologie, Institut für Umwelthygiene, Zentrum für Public Health, Medizinische Universität Wien; Leiter der Forschungseinheit „Child Public Health“.

- 1 *BGH*, NJW 2004, 1317 = NVwZ 2004, 1019; der „Regelatbestand“ des § 906 I 2 BGB „indiziert die Unwesentlichkeit der Beeinträchtigung“.
- 2 Swisscom erhielt 2004 ein Patent zur Verminderung dieser Krebsgefahr; Nr. WO 2004/07583 A1.
- 3 Vollständiger Text in <http://www.diagnose-funk.org/technik/wlan/swisscom-beschreibt-krankmachende-funktechnik.php> – Diagnose-Funk ist eine gerichtlich beachtliche Informationsstelle für einen „inhaltlich aufbereiteten Vortrag“ (VG Freiburg, Urt. v. 12.12.2012 – 1 K 2696/10, BeckRS 2013, 48852; 1. Seite; <http://openjur.de/u/614480.html>).
- 4 *Baan et al.*, Carcinogenicity of radiofrequency electromagnetic fields. *Lancet Oncol*, 2011. 12 (7): p. 624.
- 5 BAFU, „Nichtionisierende Strahlung – Umwelt und Gesundheit – Programmsynthese Nationales Forschungsprogramm NFP 57“, 49: „Exposition zu HF EMF führte immer zu einer Leistungszunahme im Spindelfrequenzbereich (12-15 Hz) im Non-REM-Schlaf“ ... „beim Handy ebenso wie beim „UMTS-mobilfunkantennenähnlichen Signal“ ...“; <http://www.nfp57.ch/files/downloads/NFP57-d.pdf> (Nahezu alle Mobilfunkkläger klagen unter anderem über permanente Schlafstörungen).
- 6 „Beim Blick durchs Mikroskop hat mich Angst ergriffen“, so der weltweit renommierte Neurologe und Genforscher *Alain Privat* des Instituts INSERM beim Anblick mobilfunkbestrahlter Zellen; Film des französischen Fernsehens „Ondes Mauvaises“ 2011: http://videos.next-up.org/France3/Hors_Serie_Mauvaises_Ondes/16_05_2011.html: Minute 2, 50 und 60. Und der Leiter des Max-Planck-Instituts, Potsdam, *Antonietti*, meinte: „Ein Horror“, *Die ZEIT* – Wissen 05/2006, „Heiße Gespräche“; www.zeit.de/text/zeit-wissen/2006/05/Mobiletelefon-Strahlung.xml.
- 7 DMF Ergebnisse; http://www.emf-forschungsprogramm.de/abschlussphase/DMF_AB.pdf S. 41.

rische Staatsministerium die gegenteilige Position.⁸ Das ist dringend richtig zu stellen – auch in Gerichtsverfahren und mit der Erhebung von Beweisen.

II. Problemstellung

Behörden und Gerichte setzen sich über den gegenwärtigen Stand der Forschung hinweg; Dieser spricht schon prima facie nicht gegen, sondern für schädigende Effekte durch Mobilfunkstrahlung. Und diese treten unstreitig (auch) unterhalb der Grenzwerte auf. Insbesondere in Schadensersatzprozessen ist nunmehr die Erhebung von Beweisen vor Gericht möglich und geboten. Anders als bei bloßen Gefahrenprognosen in Abwehrverfahren gegen Sendeanlagen sind heute vielfach rückblickend die eingetretenen Wirkungen und Schäden konkret nachzuvollziehen (Messdaten, Testergebnisse, Krankenberichte, Ärztliche Gutachten, Gesundheitsschäden, Kosten für Abschirmung oder Umzug, Wertminderung des Grundstücks). Gerichtlich verwertbares und für eine Klärung geeignetes Beweismaterial aus der neuesten Forschung liegt ausreichend vor. Beispielhaft zeigte sich dies an einem in dieser Zeitschrift bereits besprochenen Fall aus Dresden.⁹

Doch die Rechtsprechung stützt sich noch immer und auch in diesen Fällen auf die BGH-Entscheidung von 2004 zu einer (zivilrechtlichen) Abwehrklage: Beweiserhebungen seien von vorneherein „ungeeignet“, weil sie nur den Stand der gegenwärtigen Forschung erbringen könnten, wonach unterhalb der Grenzwerte keine gesundheitsgefährdenden athermischen Effekte elektromagnetischer Felder „nachgewiesen“ seien. Das habe auch „das“ BVerfG gesagt (genauer: jeweils eine Kammer 2002 und 2007 zur Gefahrenprognose in Baugenehmigungsverfahren).¹⁰ Gegenteiliges Vorbringen der Kläger beruhe auf „Vermutungen“ bzw. „reinen Hypothesen“,¹¹ die zB das „Indiz“ einer (vermuteten) Harmlosigkeit der Funkstrahlung unterhalb der Grenzwerte in § 906 I 2 BGB (BGH) nicht zu erschüttern vermöchten.

Die Verschiebung von Erkenntnissen in den Bereich von „Vermutungen“ schützt somit eine weitere Vermutung bzw. ein Indiz. Und der „gegenwärtige Stand der Forschung“ (von 2004) scheint für alle Zeiten und Fälle festgeschrieben:¹² Nur noch gerichtliche Ermittlung kann diesen Kreis durchbrechen – unabhängig davon, dass die Bundesregierung einer Beweiserhebung durch die Gerichte offen widersprochen hat.¹³ Ohne neuen Ansatz der Rechtsprechung drohen nun aber die Rechte Betroffener endgültig und sichtbar verletzt zu werden (Art. 103 I, 19 IV GG).

III. Vom Anschein der Schädlichkeit zum Beweis

1. Die gerichtliche Beweiserhebung in Mobilfunksachen dient nicht der Feststellung naturwissenschaftlicher Gesetzmäßigkeiten wie in Forschung und Lehre; es genügt, die Wahrscheinlichkeit einer Gefahr oder Schädigung zu belegen. Eine schädliche Umwelteinwirkung iSv § 3 I BImSchG liegt schon dann vor, wenn die Immission mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führt bzw. geführt hat.¹⁴ Zu dieser Klärung sind Gerichte in der Lage und verpflichtet, erst recht bei einer rückblickenden Betrachtung, wenn Schäden tatsächlich eingetreten sind.¹⁵ Und die Beweiserhebung kann nicht auf Grund von Vermutungen unterbleiben, mag es sich auch um ein gesetzliches „Indiz“ (BGH) wie in § 906 I 2 BGB handeln, zumal sie zu dessen endgültiger Widerlegung führen könnte. „Der Richter darf auch in Zivilverfahren von der Erhebung zulässiger und rechtzeitig angetragener Beweise nur dann absehen, wenn

das Beweismittel völlig ungeeignet ... ist, wobei bei der Zurückweisung ... als ungeeignet größte Zurückhaltung geboten ist“, stellte das BVerfG fest.¹⁶

2. Offizielle Auswertungen einer Vielzahl neuer Studien im Ausland – teilweise verbunden mit Warnungen der Strahlenschutz- und Gesundheitsbehörden – widerlegen inzwischen das vom BGH 2004 angenommene „Indiz“ für eine Harmlosigkeit der Funkstrahlung (§ 906 I 2 BGB). Im schweizerischen Mobilfunkforschungsprogramm ebenso wie schon seit Jahren in „fast allen“ Studien wurden Veränderungen von Gehirnströmen (EEG)¹⁷ registriert.¹⁸ Auch Zellschäden, ähnlich wie sie Radioaktivität bewirkt, konnten beobachtet werden (NFP 57).¹⁹ „Unwiderlegbare“ Effekte mit Gesundheitsrelevanz stellte weiter die französische Strahlenschutzbehörde 2009 fest.²⁰ Eine Resolution der russischen Strahlenschutzbehörde (2011) warnt eindringlich, dass eine Gefahr für Schäden bei Kindern besteht.²¹ Und neu in einem ausführlichen und durchaus „mobilfunkfreundlichen“ Report²² von 2013 warnt nun die kanadische Gesundheitsbehörde von British Columbia vor Spermenschäden sowie der Gefahr von Alzheimer und Parkinson infolge „fairly consistent“ beobachteten oxidativen Stresses. Mit diesem ist zugleich ein plausibler und schon bislang vielfach angenom-

8 www.stmi.bayern.de/assets/stmi/sus/digitalfunk/vergleich_funktechniken.pdf S. 2: ... „nach anerkannten wissenschaftlichen Kriterien ... bei Einhaltung der Schutzwerte“ ...

9 „Muster“-Fall einer sechsköpfigen Ingenieursfamilie, die ihr Haus verlassen und leerstehen lassen musste, *OIG Dresden*, NVwZ 2013, 1028.

10 *BVerfG*, NJW 2002, 1638 = NVwZ 2002, 1103 Ls., und *BVerfG*, NVwZ 2007, 805.

11 Siehe die deutliche Kritik von *Buchner/Schwab*, ZUR 2013, 212, und *Budzinski*, NVwZ 2012, 547.

12 „Blockadehaltung“, so *Herkner*, „Mobilfunkanlagen – Rechte der Nachbarn und Kommunen“, 3. Aufl. 2008, 133.

13 „Keine Pflicht der Gerichte zur Beweiserhebung bei Einhaltung der Grenzwerte“, BT-Drs. 15/5415, 14 (zu Frage 23 einer parlamentarischen Anfrage 2005) zit. nach *Herkner*, 131.

14 *Jarass*, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 3 Rn. 25. Mit dem Begriff der Gefahr ist die objektive Möglichkeit eines Schadens bzw. einer Rechtsverletzung gemeint (*Feldhaus/Hansel* ua, Immissionsschutz, 2. Aufl., Stand Dez. 1990, § 3 BImSchG Anm. 7).

15 *OIG Dresden*, NVwZ 2013, 1028 mit Kritik von *Budzinski*, NVwZ 2013, 988.

16 *BVerfG*, Beschl. v. 28.2.1992, NJW 1993, 254 (255); beispielhaft das oberste israelische Gericht, das die Regierung mit Beweisbeschluss vom 18.7.2013 zur landesweiten Feststellung aller elektrosensiblen Kinder – unter Einzelbeidigung jedes einzelnen Ermittlungsschritts – verpflichtete, was zur umgehenden reduzierten Neuregelung der Einführung von WLAN an Schulen mit Erledigung des Klageverfahrens führte; <http://www.emfacts.com/2013/07/the-israeli-supreme-court-ordered-the-israeli-government-to-investigate-the-number-of-children-currently-suffering-from-ehs/>.

17 So wörtlich der VDE – Verband der Elektrotechnik, Elektronik, Informationstechnik, im „Positionspapier Mobilfunk und Gesundheit“ vom März 2002, 10 – www.aerzteblatt.de/v4/plus/down.asp?typ=PDF&cid=894 und *Dürrenberger* bestätigte im Auftrag der Arbeitsgruppe „Mobilfunkantennen des HEV Schweiz“: „Biologische und Gesundheitliche Wirkungen von Mobilfunkstrahlung – Stand des Wissens –“ v. 10.11.2004 – in „fast allen“ Studien Wirkungen auf den Schlaf (EEG).

18 Die Europ. SCENIHR meinte schon 2009, 31: „There is some evidence that RF exposure influences brain activity as seen by EEG studies in humans. Human studies also indicate the possibility of effects on sleep and sleep EEG parameters.“ http://ec.europa.eu/health/ph_risk/committees/04_scenihr/docs/scenihr_022.pdf – Dies ist nun durch NFP 57 ausreichend bestätigt.

19 Vgl. NZZ, Wissen, v. 12.5.2011, „Handystrahlung beeinflusst biologische Prozesse“: „Strangbrüche im Erbgut“.. „aber nur indirekt“; <http://www.nzz.ch/nachrichten/hintergrund/wissenschaft/handystrahlung-beinflusst-biologische-prozesse-1.10553057>.

20 „Nach rigorosester Prüfung“; www.afsset.fr/upload/bibliotheque/964737982279214719846901993881/Rapport_RF_20_151009_1.pdf.

21 Resolution der RCINIRP 2011: Electromagnetic Fields from Mobile Phones: Health Effect on children and teenagers; http://www.strahlung-gratis.de/df_bp_rncnirp-resolution_2011-05-25.pdf.

22 Gesundheitsreport von 2013; http://www.bccdc.ca/NR/rdonlyres/9AE4404B-67FF-411E-81B1-4DB75846BF2F/0/RadiofrequencyToolkit_v4_06132013.pdf (269 ff. u. 274).

mener Teilaspekt für einen Wirkungsmechanismus²³ für die drei Störungen an Zellen (DNA), des Nervensystems (EEG) und der Fertilität (Sperma) benannt, für die es heute gute Belege gibt.

All das sind keine Einzelergebnisse, sondern amtliche Aussagen und Warnungen aus mehrjährigen nationalen Forschungsprogrammen oder umfassenden Auswertungen des gegenwärtigen Stands der Forschung. Selbst Vertreter der Mobilfunktechnologie²⁴ stellen Zellschäden und Auswirkungen auf das Nervensystem als solche nicht mehr in Abrede, sondern lediglich ihre „gesundheitliche Relevanz“.²⁵

„Athermische biologische“ Effekte hochfrequenter elektromagnetischer Strahlung des Mobilfunks kommen somit unbestritten und vielfach belegt nicht nur oberhalb der Grenzwerte (wie der BGH 2004 fälschlich meinte), sondern auch unterhalb vor. Einer genauen Kenntnis des Wirkungsmechanismus bedarf es angesichts dieser im Ergebnis unbestreitbaren Gewissheit nicht. Das gegenteilige Indiz ist widerlegt und klägerisches Vorbringen zu Gefahren und Schäden beruht nicht länger auf „Vermutungen“. Die gesundheitliche Relevanz folgt schon prima facie aus der Art der Effekte (Zellschäden, Einflüsse auf männliche Fertilität, Nervensystem) sowie zahlreichen Berichten. In jedem Falle ist sie zudem einer Beweiserhebung zugänglich.

IV. Gegen-Beweise?

1. Beweise der Harmlosigkeit fehlen, wären aber für ein weiteres Bestreitenwollen der Gefahren unerlässlich.²⁶ Denn was unstreitig biologisch wirkt, gefährdet tendenziell auch die Gesundheit – bis zum Beweise des Gegenteils („Pessimismusprinzip“). Und diesen Beweis hätten Regierung und Betreiber zu führen. Die Beweislast kehrt damit der Regel entsprechend zum Störer zurück, erst recht, weil sie im Falle von § 906 I 2 BGB dort im Prinzip (BGH 2004) verblieben war.²⁷ Für den Beweis der Harmlosigkeit genügt auch hier eine hinreichend hohe und sichere Wahrscheinlichkeit; niemand verlangt einen „unmöglichen Nullbeweis“. Die Beweisführung müsste allerdings auch „bloße“ erhebliche Belästigungen (zB Kopfschmerzen oder Schlafstörungen) ausschließen, weil diese für die Annahme der Umweltschädlichkeit nach § 3 I BImSchG ausreichen. Ebenso müsste sie besondere, angeblich günstige, Umstände umfassen, beispielsweise die Behauptung, die Ergebnisse der Handyforschung seien auf die „viel schwächere“ Strahlung der Sende-Masten nicht übertragbar.

2. Das Deutsche Mobilfunkforschungsprogramm (DMF), auf das sich Behörden und Gerichte berufen, vermag den Beweis fehlender gesundheitlicher Auswirkungen nicht zu ersetzen. Denn dieses Programm ist insoweit beweisuntauglich. Es anerkennt keine nicht-thermischen „biologischen“ Effekte (im Niedrigdosisbereich) unterhalb der Grenzwerte, wie sie nunmehr feststehen; es setzt sich deshalb auch mit deren gesundheitlicher Wirkung nicht auseinander. Es erfasst zudem zeitlich die späteren Studien und die Ergebnisse anderer Strahlenschutzbehörden und Institutionen nach 2008 nicht mehr.²⁸ Damit ist es in jeder Hinsicht überholt. Zudem wird es als parteinah²⁹ und wissenschaftlich mangelhaft eingestuft³⁰ und sein offensichtliches Bemühen um Entwarnung wirkt von „Wunschdenken“ geprägt.³¹

3. Die Regierung bleibt entgegen der Erwartung der Gerichte gegenüber dem Fortschritt der Erkenntnis untätig. Die Forschungsgemeinschaft Funk wurde schon zum 31.12.2009 aufgelöst und die den Stand der Forschung seither beobachtende Forschungsstelle WIK zum 31.1.2014 geschlossen. Einen ge-

richtsverwertbaren Beweis der Harmlosigkeit vermögen sonstige aktualisierende Auskünfte der SSK (Strahlenschutzkommission) oder des privaten Vereins ICNIRP (International Commission for Non-Ionizing Radiation Protection)³² nicht zu erbringen. Sie halten am thermischen Dogma fest und gehen wiederum auf die neuesten Erkenntnisse nicht oder jedenfalls nicht unbefangen ein. Das zeigt letztlich die Behauptung der Regierung, es gebe „nichts Neues“³³ und keine ein-

23 So nicht länger ablehnend eine Forschergruppe des der Mobilfunkindustrie eher nahestehenden Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE), *Apollonia* et al.: „Feasibility for Microwaves Energy to Affect Biological Systems Via Nonthermal Mechanisms: A Systematic Approach“, 2013; Digital Object Identifier 10.1109/TMT.2013.2250298.

24 MMF-Mobile Manufacturers Forum, „Viewpoint“, october 2013; <http://www.mmfa.org/public/docs/eng/MMF%20Viewpoint%20Sleep-Studies%20.pdf>.

25 MMF (o. Fn. 24): Den EEG-Effekt als „gesundheitlich irrelevant“ abzutun (ohne seine Ursache zu kennen) – „vergleichbar mit dem Zukneifen der Augen bei Blendwirkung“ – übersieht die offenbar ernste Wirkung, wenn die Augen auch noch eine halbe Stunde nach Abschalten des Lichts zugekniffen blieben, wie es (vergleichsweise) bei der Fortdauer der EEG-Reaktion auch noch nach Beendigung der Funkbestrahlung der Fall ist. Ebenso ändert es nichts am Gesundheitsschaden, dass Zellschäden nur „indirekt“ auftreten, zumal schwer reparierbare DNA-Doppelstrangbrüche auftreten.

26 Vgl. *Rössli*, ein Schweizer Forscher, der nicht als besonderer Mobilfunkkritiker bekannt ist, im November 2011 auf der International Scientific Conference on EMF and Health: „Wir brauchen Belege dafür, dass es kein Risiko gibt – unzureichende Belege, die gegen ein Risiko sprechen, reichen nicht aus;“ WIK, EMF-Spectrum 1/2012, S. 19; http://www.wik-emf.org/fileadmin/EMF-Spectrum/Einzelartikel_2012_1/SCE-NIHR-WIK-EMF-Spectrum-1-2012-lowres.pdf. Dabei ist klar, dass die Harmlosigkeit nur im Ausschlusswege „bewiesen“ werden kann, dh durch das Fehlen von Beweisen für signifikante Wirkungen.

27 So auch *Herkner* (o. Fn. 12), S. 97: „... bei begründeten Anzeichen für Risiken ... kippt die Beweislast zu den Betreibern“ ...

28 So etwa die Feststellungen von Europarat, Europ. Umweltagentur und Bioinitiative Group; „Report 2007“, Übersetzung der Kompetenzinitiative, S. 10: „In den letzten Jahren konnte jenseits jeden vernünftigen Zweifels nachgewiesen werden, dass biologische Wirkungen und einige negative Gesundheitsfolgen bei wesentlich niedrigeren HF- und NF-Expositionen auftreten, bei denen es auf keinen Fall zur Erwärmung (...) kommt“; http://www.kompetenzinitiative.net/downloads/2009-3-10_ki_bioinitiative-report_zusammenfass.pdf sowie AUA-Report 2009 der österreichischen Unfallversicherung, „Untersuchung athermischer Wirkungen elektro-magnetischer Felder im Mobilfunkbereich (ATHEM)“, Nr. 47, S. 135/137, „Es konnten in diesem Projekt eindeutig reproduzierbare biologische Effekte von Mobilfunkwellen auf kultivierte Zellen gefunden werden ... mit Zellstress“; http://www.auva.at/mediaDB/555261_R47.pdf.

29 Symptomatisch die unterdrückten positiven Ergebnisse der Kinder- und Jugendstudie im DMF, *Budzinski*, NVwZ 2010, 1205 (1206) und begleitende Äußerungen der Politiker: „Wir werden alles dafür tun, was uns Gott erlaubt, und auch manches, was er verbietet, um diese Innovation voranzubringen“; so der bay. Minister *E. Huber* auf einem Kongress in München am 15.10.2002 im Interview mit der Zeitung „Die Welt“; RDM-Informationdienst 5/2003; zit. nach *Herkner* (o. Fn. 12), 123. Hinzu kommt die hälftige Finanzierung durch die Mobilfunkindustrie.

30 Vgl. ua die Dokumentation der Kompetenzinitiative von 2011, Heft 5, „Strahlenschutz im Widerspruch zur Wissenschaft“, Teil II, Prof. *Adlkofer* (ehem. Leiter der sog Reflex-Studie), „Wissenschaftliche Fehlleistungen im Deutschen Mobilfunkforschungsprogramm“; http://www.kompetenzinitiative.net/assets/ki_heft-5_web.pdf.

31 *Adlkofer* (ehemals Leiter der sog Reflex-Studie), „Die Entwarnung des DMF beruht auf Wunschdenken“, Heft 3 der Kompetenzinitiative, 2008, 6ff.; <http://Kompetenzinitiative.net/broschuerenreihe/wie-empfindlich-reagieren-die-gene/index.html>.

32 Die ICNIRP ist ein gemeinnütziger sich selbst verwaltender Forschungsverein in München mit Wissenschaftlern aus verschiedenen Ländern, der in Bürogemeinschaft mit dem Bundesamt für Strahlenschutz untergebracht ist. Ihm gehören in Personalunion zwei Mitarbeiter des Bundesamts für Strahlenschutz an, von denen einer sein (Vize-)Präsident ist (BT-Drs. 14/7907 v. 18.12.2001). Der Verein war vor allem unter seinem früheren Präsidenten u. Vizepräsidenten, *Bernhard*, der zugleich leitend beim Bundesamt für Strahlenschutz oder im Wechsel in der Strahlenschutzkommission tätig war, maßgeblich an der Entwicklung und Einführung der heutigen Grenzwerte beteiligt. Sein Vorgänger, *Repacholi*, wurde in der WHO für dieses Gebiet zuständig. Die Grenzwerte werden auch heute noch kompromisslos verteidigt.

33 *Budzinski*, NVwZ 2013, 404.

zige belastbare Studie, besonders nicht zu Beeinträchtigungen männlicher Fruchtbarkeit (SSK).³⁴

Das Reproduktionssystem ist indessen ein zentraler Public Health-Aspekt, der auch Art. 20a GG berührt. Besonders empfindlich wirkt es offenbar schon bei geringer Bestrahlung als ein zuverlässiges „Frühwarnsystem“, das nicht übersehen werden darf. Umso bedenklicher erscheint die Untätigkeit der Behörden. Das Bundesamt für Strahlenschutz (BfS) hat nun zu Mobilfunk und männlicher Fertilität Stellung genommen. Ob diese (entwarnende) Übersichtsarbeit („Beeinträchtigen elektromagnetische Felder von Handys die männliche Fruchtbarkeit?“)³⁵ einer genauen wissenschaftlichen Überprüfung standhält, ist fraglich (wie schon bei allgemeiner Betrachtung und Prüfung der Schlüssigkeit zu erkennen ist). Es bedürfte deshalb einer vorgängigen Beweisaufnahme, sollte diese kurze Analyse tragendes Element in einer gerichtlichen Entscheidung für die Behauptung sein, es gebe „keine einzige belastbare Studie zu männlicher Fertilität“³⁶ bzw. überhaupt keine gesundheitsbedenkliche Mobilfunkstudie.“

V. Keine einzige belastbare Fertilitätsstudie?

1. Eingangs werden *fünf epidemiologische Studien* am Menschen analysiert, die übereinstimmend ergaben, dass häufige Handynutzung mit verminderter männlicher Fruchtbarkeit einhergeht. Dieser Zusammenhang sei aber eher auf diverse „Begleitfaktoren“ (Alter, Stress, Alkoholkonsum etc.) zurückzuführen, meint die Autorin. Offenbar sollten die Studien hier aber nur das gerne angeführte Argument bestätigen, die Bevölkerung werde ja trotz häufiger Handynutzung gar nicht krank³⁷ – auch nicht in Bezug auf das Thema Fruchtbarkeit.

Zieht man dieses Studienziel in Betracht, so sind die fünf epidemiologischen Studien zur männlichen Fruchtbarkeit sämtlich gescheitert, weil sie Beeinträchtigungen/Schädigungen bei intensiver Handynutzung feststellten. Das spricht – auch ohne kausalen Nachweis – für einen nachteiligen Effekt.

2. Des Weiteren werden „*methodische Mängel*“ angeführt, die „einige“ Studien sowie sogar „mehr als die Hälfte der 30 Tierstudien“ betreffen: Es seien – nach Meinung des BfS unzulässigerweise – auch normale „kommerzielle“ Handys als Strahlenquelle benutzt worden. Wenig später verwickelt sich die Autorin jedoch in Widersprüche, wenn sie Handys (zB auch im DMF) als besonders „realistische“ Testgeräte hervorhebt. In der Tat leuchtet eher ein, dass Forschungsergebnisse ohne den Einsatz „kommerzieller“ Endgeräte (Handys) sogar als unrealistisch und nicht übertragbar abqualifiziert werden könnten.³⁸

3. Das BfS nimmt pauschal viele Studien nicht ernst, weil die *Effekte „sehr variabel“* seien und manchmal „sogar“ Wirkungen in entgegengesetzte Richtungen (positive Wirkungen) beobachtet wurden.³⁹ Offensichtlich muss der Körper bei Stress und folglich auch bei Mobilfunkexposition gegenregulieren. Und dabei kann der Organismus über- oder untersteuern, aber auch die Mitte finden, was ohne Weiteres schon denklogisch „gegenläufige“ oder „keine“ Ergebnisse erklärt.

4. Dass HF-Strahlung des Mobilfunks im Organismus Stress erzeugt, wird inzwischen von fachlicher Seite im Zusammenhang mit Zellschäden und neurologischen Störungen so häufig berichtet, dass auch Zusammenhänge mit Fertilitätsproblemen nicht unplausibel sind. In diesem Zusammenhang ist die Übersichtsarbeit von *La Vignera* und Mitarbeitern hervorzuheben. Die Autoren schlussfolgern, dass – basierend auf den Ergebnissen von Tier- und Humanexperimenten – „ex-

positionsbedingter oxidativer Stress“ zu „Lipid- und DNA-Schäden an Spermien-Membranen“ führt.⁴⁰ Und weiter: „These abnormalities seem to be directly related to the duration of mobile phone use.“ Dieses Ergebnis der fachlichen Bewertung erschien immerhin in der offiziellen Zeitschrift der *American Society of Andrology* und der *European Academy of Andrology*. Eine Auseinandersetzung mit diesem Beitrag findet sich im BfS-Artikel nicht.

5. Der BfS-Report beklagt weiter die „*äußerst mangelhafte Qualität*“ der mittlerweile aus „Indien, Saudi-Arabien und der Türkei“ stammenden Studien im Gegensatz zur hiesigen „guten Wissenschaft“, bleibt aber eine detaillierte Bewertung schuldig. Diese angeblich schwere Mangelhaftigkeit allein damit zu begründen, dass einige der Studien Antioxidantien zum indirekten Nachweis für expositionsbedingten oxidativen Zell-Stress benutzt hätten, ist nicht nachzuvollziehen. Es handelt sich im Prinzip doch um eine gängige wissenschaftliche Herangehensweise.

6. Die Behauptung schließlich, viele dieser Studien von „schlechter Qualität“ hätten „anscheinend nur die *normale physiologische Variabilität*“ und „nicht den tatsächlichen Einfluss hochfrequenter elektromagnetischer Felder auf die Fruchtbarkeit untersucht“, stellt zweifelsohne und in jeder Hinsicht den Höhepunkt der Arbeit dar. Die Autorin behauptet damit nichts Anderes, als dass selbst peer reviewed und Studie für Studie ermittelte streng signifikante Ergebnisse sich in vielen Fällen lediglich im Rahmen natürlicher Schwankungen bewegt hätten, also eigentlich nicht-signifikant waren. Das findet in der Studienanalyse des BfS keine Stütze und wirkt einmal mehr von Wunschenken geprägt.

VI. Schlussfolgerungen

1. Die Warnung bzw. die Mahnung zur Vorsorge der kanadischen Gesundheitsbehörde (B. C.) vor Schäden der männlichen Fertilität wird nicht ernstlich angefochten und belegt ein Gesundheitsrisiko bzw. eine Gesundheitsgefahr. Sie ergänzt in Verbindung mit oxidativem Stress wirkungsvoll die Krebswarnung der WHO/IARC von 2011.⁴¹ Selbst ohne

34 Prof. *Caroline Herr* für die SSK anlässlich der Anhörung im Bay. Landtag, Ausschuss für Umwelt und Verbraucherschutz, 73. Sitzung v. 5.7. 2012, Prot., S. 34: „Es gibt keine Studie ... die das aufgezeigt hat ...“

35 *Dr. Blanka Pophof*, Bundesamt für Strahlenschutz, UMID 04 2013; http://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/360/publikationen/umid_04_2013_internet_gesamt.pdf.

36 Bis zu 89 positive Studien listete allgemein zur Fruchtbarkeit eine amerikanische Initiative auf: <http://www.mainecoalitiontostopsmartmeters.org/wp-content/uploads/2013/04/EV3-Reproductive-System-Sperm-Revised-List-2-18-13-PUC-251.pdf>.

37 Was insgesamt nicht stimmt; s. *Budzinski*, NuR 2013, 613 (620; Fn. 94 ff.): Verdoppelung von Volkskrankheiten.

38 Die zitierte schwedische Strahlenschutzbehörde SSM vermisst sogar Handy-Experimente; <http://www.stralsakerhetsmyndigheten.se/Global/Publikationer/Rapport/Stralskydd/2013/SSM-Rapport-2013-19.pdf>, S. 73: „Exposure to the testis might be more relevant when the phone is carried in the pocket during travelling (*Urbimello and Roosli*, 2012), but a systematic exposure evaluation of this context is still missing.“

39 Das gab es bereits im DMF (Projekt B 1, Melatonin): Die Melatoninwerte erhöhten oder verminderten sich – je nach Pulsung – bei gleichem Energieeintrag, was zugleich eine non-thermale Wirkung beweisen kann; Stellungnahme der SSK, verabschiedet in der 223. Sitzung der Strahlenschutzkommission am 13.5.2008, S. 8–12; www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/dmf_abschluss_ssk.pdf.

40 *Sandro/LaVignera et al.*, „Effects of the Exposure to Mobile Phones on Male Reproduction: A Review of the Literature“, 2.1.2013, *American Society of Andrology* 2012; <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.21644/jandrol.111.014373/full>.

41 Die gegen diese Warnung erhobenen Zweifel sind im neuesten Report der französischen Strahlenschutzbehörde vom Oktober 2013 faktisch zurückgewiesen worden: „The findings of this expert appraisal are therefore consistent with the classification ... by the IARC as „possibly carcinogenic“ ...“; <http://www.anses.fr/en/content/anses-issues-recommendations-limiting-exposure-radiofrequencies>.

Berücksichtigung der zudem unstrittigen Effekte auf das Nervensystem⁴² wäre damit das gesetzliche Indiz für die Harmlosigkeit von Mobilfunk in § 906 I 2 BGB widerlegt.

2. Behörden und Gerichte haben künftig von einer generellen Umwelt- bzw. Gesundheitsschädlichkeit dieser nachgewiesenen biologischen Wirkungen von Mobilfunk-Strahlung auszugehen (§ 3 I BImSchG) – oder Beweise für das Gegenteil zu verlangen oder zu erheben. Das Bundesamt für Strahlenschutz, die Strahlenschutzkommission und weitere für die Grenzwertfestsetzung mitverantwortliche Behörden und Institutionen erscheinen dabei allein nicht länger geeignet, als einzige „anerkannte Stellen“ zu einer solchen Beweisaufnahme oder zur letztverbindlichen Auskunft herangezogen zu werden.⁴³

3. Die hiernach unhaltbare Behauptung, es gebe überhaupt keine belastbaren Studien für gesundheitliche Gefahren des Mobilfunks,⁴⁴ legt es nahe, dass Umweltorganisationen unterlassene Schutz- und Vorsorgemaßnahmen für die Bevölkerung verbandsmäßig einklagen und Art. 20 a GG als Garant verlässlicher Schutzpolitik umfassend geprüft wird. Falsche oder irreführende amtliche Äußerungen, die die Gesundheit

gefährden, müssten Umweltverbände wie auch betroffene Forscher zudem schon im Vorfeld zur Wahrung der Wissenschaftlichkeit von Risikowahrnehmung und -management richtigstellen lassen können.

4. Obergerichte müssten schwerpunktmäßig mit naturwissenschaftlich fachkundigen Beisitzern (zB mit Befähigung zum Patentanwalt) ausgestattet werden. ■

42 Die Behauptung, es handele sich nicht um echte „organische Störungen“ (vgl. etwa Koch, NVwZ 2013, 251 [252; Fn. 8]), wird schon durch die Fortdauer der EEG-Veränderung lange über die Beendigung der Exposition hinaus (Kettenreaktionen) widerlegt (s. auch Fn. 25).

43 Nicht zu vergessen ist insoweit die Kritik des Wissenschaftsrats 2006 an der Kompetenz des Bundesamts für Strahlenschutz während der Atomdiskussion, auch mit einem Seitenblick auf die nicht-ionisierende Strahlung: Ohne Änderung könne auch in Zukunft keine „objektive Politikberatung gewährleistet“ werden. FAZ Nr. 199 v. 26.8.2008, S. 1 und http://www.bvmw.de/fileadmin/download/DFNM/Mittelstandslexikon/Bundesamt_Strahlenschutz.doc; „Alles Lug und Trug“, meinte 2009 der Bundesumweltminister, Gabriel; <http://www.bmu.de/bmu/presse-reden/pressemitteilungen/pm/artikel/gabriel-50-jahre-atomforum-ein-halbes-jahrhundert-lug-und-trug/>.

44 Unterhalb der Grenzwerte der 26. BImSchV (§ 2 mit Anlage: Hochfrequenz).

Zur Rechtsprechung

Rechtsanwältin Dr. Manuela Herms und Rechtsanwalt Dr. Christoph Richter*

Urteil des BGH zum Anlagenbegriff im EEG – Weder Fisch noch Fleisch

I. Problemaufriss und BGH-Urteil

Eine Anlage, oder doch zwei oder mehr Anlagen? Diese auf den ersten Blick recht banal klingende – und zugegebenermaßen leicht verkürzt dargestellte – Frage beschäftigte in den letzten vier Jahren wie kaum ein anderes Problem die Erneuerbare-Energien-Branche und insbesondere den Biogassektor. Seit der Novellierung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes zum 1.1.2009¹ war nämlich heftigst umstritten, wie in rechtlicher Hinsicht mit solchen Fallkonstellationen umzugehen ist, bei denen mehrere Stromerzeugungseinheiten bestimmte, für den Anlagenbetrieb erforderliche Komponenten gemeinsam nutzen; wie viele Anlagen also vorliegen, wenn etwa zwei Blockheizkraftwerke² das zur Verstromung benötigte Biogas aus derselben Biogaserzeugungseinrichtung beziehen.

Dass es sich hierbei nicht um eine bloß arithmetische Fragestellung handelt, wird schnell klar, wenn man sich mit den Einzelheiten der Vergütung von Erneuerbare-Energien-Anlagen und insbesondere von Biogasanlagen befasst. Nach den Vorgaben des § 27 EEG 2009 ist die Vergütung für Strom aus Biomasseanlagen nämlich nach Leistungsstufen gestaffelt. Um einen wirtschaftlichen Anlagenbetrieb auch kleinerer Anlage zu gewährleisten,³ fallen die Vergütungssätze in den unteren Leistungsstufen höher aus, als in den oberen. Dies hat aber gleichsam spiegelbildlich zur Folge, dass für Anlagenbetreiber durchaus ein nicht unerheblicher wirtschaftlicher Anreiz besteht, eine einheitliche Anlagenleistung im Rahmen des technologisch Möglichen auf mehrere kleine Module aufzuteilen.⁴ Diese Gefahr hat der Gesetzgeber schon früh erkannt und bereits im EEG 2004 eine Vorschrift

zur vergütungsseitigen Addition mehrerer Anlagen in das Gesetz aufgenommen.⁵ Im EEG 2009 ist die Anlagenzusammenfassung dann – inhaltlich zum Teil erheblich geändert⁶ – in den § 19 I EEG 2009 überführt worden. Nach dieser Vorschrift kommt eine Anlagenzusammenfassung zu Vergütungszwecken vor allem dann in Betracht, wenn sich die fraglichen Anlagen in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander bzw. auf demselben Grundstück befinden und innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Kalendermonaten in Betrieb gesetzt worden sind.⁷ Insbesondere das letztgenannte, zeitliche Zusammenfassungskriterium führte in der Praxis dazu, dass Anlagenbetreiber nach Ablauf der Zwölfmonatsfrist bestehende Anlagen um ein oder mehrere BHKW erweiterten und dann vom zuständigen Netzbetreiber für diese BHKW eine eigenständig zu ermittelnde Ver-

* Die Autoren sind als Rechtsanwälte bei der auf das Recht der Erneuerbaren Energien spezialisierten MASLATON Rechtsanwalts-gesellschaft mbH aus Leipzig tätig. – Besprechung von BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, NVwZ 2014, 313.

1 Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz) v. 25.8.2008 (BGBl. I, 2074) – nachfolgend: EEG 2009.

2 Nachfolgend: BHKW.

3 Vgl. etwa BT-Drs. 15/2864, 39 f.

4 Umfassend zu dieser Problematik Richter, Der Begriff der Anlage im Umwelt- und Energierecht, Diss. 2012, 132 ff.

5 Im EEG 2004 fand sich in § 3 II 2 eine Additionsvorschrift. Vgl. hierzu Richter (o. Fn. 4), 132 ff.

6 Vgl. hierzu Richter, NVwZ 2010, 1007.

7 § 19 I EEG 2009 enthält vier Zusammenfassungsvoraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, damit eine vergütungsseitige Addition stattfinden kann. Vgl. statt vieler Salje, EEG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 19 Rn. 9, sowie Richter (o. Fn. 4), 138. Die Voraussetzungen der Rn. 2 und 3 des § 19 I EEG 2009 sind im Regelfall unproblematisch.