

Der Waldschadensprozess der Stadt Augsburg: Verfassungsrechtliche Aspekte des Umweltschutzes*

Hans-Peter Michler

»Noch nie hinkte das Recht so weit und unbeteiligt hinter der Wirklichkeit her wie bei der Bewältigung der Gefahren der technischen Zivilisation, besonders der Waldschäden. Der Lebensstil der industriellen Gesellschaft mit ihrem rücksichtslosen Wohlstand, mit der Betonung von Produktion, Wachstum und Geld, findet sein Spiegelbild in einer dogmatischen Rechtslage, die nicht nur auf beklemmende Weise unelastisch, sondern auch ganz und gar ungerecht ist. Ihre Verfechter nehmen achselzuckend hin, dass ein Teil der Bürger besonders schwer an jenen Lasten zu tragen hat, die ein anderer Teil unbekümmert, aber auch fast völlig ungehindert verursacht.«

Das ist der erste Absatz eines Beitrags aus der ZEIT vom 16.10.1987, der kurz vor der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesgerichtshof über die Verantwortlichkeit des Staates für immissionsbedingte Waldschäden veröffentlicht wurde.¹ Dort findet sich zusammengefasst der Befund wieder, der den gutachtlichen Stellungnahmen *Dieter Suhrs* aus dem Verfahren vor dem Landgericht Augsburg² zugrunde liegt:

- Schadstoffe, die die Umwelt belasten, gelangen legal in die Umwelt.
- Gesetzgeber, Behörden und Gerichte erlauben und billigen die Anlagen, die die Schäden anrichten.
- Diese Schäden entstehen durch eine Vielzahl von Stoffen, die von einer Vielzahl ganz unterschiedlicher Anlagen emittiert werden.
- Ein Teil der Schäden wird nicht schon unmittelbar durch die Beiträge Einzelner, also durch jeweils für sich betrachtet unschädliche Schadstoffausstöße herbeigeführt, sondern erst durch Aufsummierung mit den Beiträgen anderer oder durch die Bildung von Folgeprodukten, die einzelnen Emittenten nicht mehr zugerechnet werden können.

* Vortrag, gehalten auf der Tagung des Seminars für freiheitliche Ordnung: »Dieter Suhr – Philosoph, Jurist und Ökonom. Zu seinem 25. Todesjahr« vom 7. bis 8. November 2015 in Bad Boll.

¹ *Kühnert*, Wer trägt die Schäden des Waldsterbens?, DIE ZEIT vom 16.10.1987.

² *Suhr*, Immissionsschäden vor Gericht – Dokumente zum Augsburger Waldschadensprozeß, 1986. Der Band enthält zum einen das Rechtsgutachten vom 30.10.1984 (»Ersatz für Waldschäden«, S. 19 ff.), das Suhr für die Stadt Augsburg und den Bayerischen Bauernverband erstellt hat, und zum anderen eine ergänzende Stellungnahme vom August 1985 (»Effektiver Rechtsschutz' für Eigentum am Wald«, S. 147 ff.). *Suhr* bezieht sich dabei auf das Gutachten von *Leisner*, Waldsterben – Öffentlich-rechtliche Ersatzansprüche, München 1983 und fügt dessen Überlegungen weitere hinzu, die für eine Haftung des Staates für immissionsbedingte Waldschäden sprechen.

- Soweit konkrete Schädiger nicht fassbar sind, müssten die Geschädigten wohl oder übel versuchen, sich an den Staat zu halten.

Dabei stießen die Geschädigten allerdings auf das Problem, dass Ansprüche auf Schadensersatz oder zumindest auf Entschädigung, die den Staat in die Pflicht nehmen, nicht »offen auf der Hand« lagen. Die »klassischen« Anspruchsgrundlagen des Staatshaftungsrechts, die den Staat zur Zahlung von Schadensersatz oder Entschädigung verpflichten, gaben das auf den ersten Blick nicht her. Das Recht hinkte damals in der Tat – so das Zitat aus der ZEIT – der tatsächlichen Entwicklung hinterher. Das lag vor allem an rechtsdogmatischen Fesseln, die es zu erkennen, anzusprechen und abzustreifen galt. An diese Aufgabe hatte sich *Suhr* gemacht, wobei er der Auffassung war, dass das Recht elastisch genug sei, dies zu leisten, was er auch von den Gerichten einforderte.³

Die Gerichte sind *Suhr* in ihren »Waldschadensurteilen« nicht gefolgt.⁴ Hier soll nun nicht im Einzelnen die auch in der Literatur⁵ kontrovers geführte Diskussion über mögliche Anspruchsgrundlagen einer »Staatshaftung für emittentenferne Waldschäden« nachgezeichnet werden. Im Vordergrund sollen vielmehr die Überlegungen von *Suhr* stehen, hinter den Anlagenbetreibern und den Emissionen, die zu den damals lebhaft diskutierten Waldschäden geführt haben, stehe der Staat. Auch auf die Frage, die damals umstritten war, ob das Waldsterben überhaupt auf immissionsbedingte Einwirkungen zurückgeführt werden könne, soll hier nicht näher eingegangen werden. Das wurde von den Gerichten nicht geklärt, sondern als zutreffend unterstellt.⁶ Sie konnten es unterstellen, weil sie der Ansicht waren, auch wenn es so sei, könne dafür nicht der Staat zur Verantwortung gezogen werden.

³ *Suhr*, »Effektiver Rechtsschutz« für Eigentum am Wald (Fußn. 2), S. 147 (153 ff.).

⁴ LG Augsburg v. 22.11.1985 2 O 1069/85; OLG München v. 5.6.1986 – 1 U 1510/86 –, NVwZ 1986, 691 (mit Anmerkungen von *Schwabe*, JZ 1987, 91; von *Dörnberg*, NuR 1987, 308; *Schmidt*, ZRP 1987, 345); BGH v. 10.12.1987 – III ZR 191/86 –, juris. Auch in den »außerbayerischen Verfahren« hatten die Kläger keinen Erfolg: LG Bonn v. 27.6.1984 – 1 O 99/84; OLG Köln v. 16.9.1985 – 7 U 133/84 –, NJW 1986, 589. LG Stuttgart v. 29.1.1986 – 15 O 213/85; OLG Stuttgart v. 22.10.1986 – 1 U 38/86 –, juris; BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, BGHZ 102, 350.

⁵ Herausgegriffen werden sollen die Beiträge von *Ladeur*, Entschädigung für Waldsterben?, DÖV 1986, 445; von *Dörnberg*, § 14 S. 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes als Staatshaftungsnorm bei emittentenfernen Waldschäden durch Immissionen, NuR 1986, 45 und 153; *Murswiek*, Entschädigung für immissionsbedingte Waldschäden, NVwZ 1986, 611; *ders.*, Umweltrecht und Grundgesetz, Verw 33 (2000), 241; *Schmidt*, Staatshaftung für Waldschäden, ZRP 1987, 345 und *Langer*, Staatshaftung für Waldschäden wegen Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten?, NVwZ 1987, 195, die sich auf das Rechtsgutachten von *Suhr* beziehen.

⁶ Etwa BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris (Rn. 7); BGH v. 10.12.1987 – III ZR 191/86 –, juris (Rn. 8).

Zunächst geht es darum – um den weiteren Gedankengang zu umreißen – vorzustellen, was dafür sprechen könnte, den Staat als Verantwortlichen in die Pflicht zu nehmen. Das ist *Suhr* mit beeindruckender Sprachkraft, verbunden mit einer bestechenden Klarheit und Tiefe der Gedankenführung, gelungen, die auch heute noch fesselt und es wert ist, in Erinnerung gerufen zu werden. Anschließend soll vorgestellt werden, welche Gründe den Bundesgerichtshof in seinem Waldschadensurteil dazu bewogen haben, gleichwohl die Klagen der Waldeigentümer gegen den Staat auf Schadensersatz bzw. Entschädigung abzuweisen.

1. Das »Immissionsschutzgesetz« als »Immissionsermöglichungsgesetz«

Es war eine Vorschrift aus dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG), die von *Suhr* gleichsam aus einem »Dornröschenschlaf« erweckt und in den Mittelpunkt seiner Überlegungen gestellt wurde. Die Regelung bewirkt – verkürzt – folgendes: Das Zivilrecht gewährt einem Grundstückseigentümer unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch gegen den Grundstücksnachbarn auf Einstellung des Betriebes seiner Anlage, wenn von dessen Grundstück Immissionen ausgehen, die er – der Betroffene – nach §§ 1004, 906 BGB nicht hinzunehmen hat. Diese zivilrechtlichen Unterlassungsansprüche werden dem Nachbarn durch § 14 S. 1, Halbs. 1 BImSchG abgeschnitten, wenn die Immissionen von einer immissionsrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage ausgehen, deren Genehmigung unanfechtbar geworden ist. An die Stelle des ausgeschlossenen, zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs tritt ein Anspruch auf Schutzvorkehrungen, die die benachteiligenden Wirkungen ausschließen, § 14 S. 1, Halbs. 2 BImSchG. Sind solche Schutzvorkehrungen nach dem Stand der Technik nicht machbar oder wirtschaftlich nicht vertretbar, tritt an deren Stelle ein Schadensersatzanspruch, § 14 S. 2 BImSchG. Als Ersatz (»Surrogat«) für den abgeschnittenen Unterlassungsanspruch nach §§ 1004, 906 BGB gewährt § 14 S. 2 BImSchG dem beeinträchtigten Nachbarn also letztlich nur einen Anspruch auf Entschädigung in Geld.

Vorgänger des § 14 BImSchG war § 26 der Gewerbeordnung aus dem Jahr 1869. *Suhr* weist nach, dass der Ausschluss privater Abwehrrechte der Nachbarn gegen den Anlagenbetreiber damals im ursprünglichen Gesetzentwurf noch nicht enthalten war und erst im Gesetzgebungsverfahren aufgenommen wurde, um die Interessen der Gewerbetreibenden gegen nachträgliche Beschwerden aus der Nachbarschaft zu sichern.⁷ Ziel war es, die Gewerbe-

⁷ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 45 ff.

treibenden zu privilegieren. Sie sollten ihre Anlagen ohne das Risiko privatrechtlicher Gegenrechte errichten und betreiben dürfen, was zwangsläufig mit einer Beschneidung und Verkürzung der zivilrechtlichen Ansprüche aus dem Privateigentum der betroffenen Nachbarn verbunden war. Letztlich ging es also darum, »lästige Beschränkungen der Gewerbebetriebe aus dem Weg zu räumen«, die als »nicht mehr passend« erachtet wurden.⁸ Mit der damit verbundenen Deprivilegierung der Nachbarn sei, so *Suhr*, ein Stück zivilrechtlich ausgeformter gleicher Freiheit demontiert und mehr schlecht als recht durch sekundäre Schutzansprüche ausgeglichen worden.⁹

Jetzt hat § 14 BImSchG zwar die Anlagenbetreiber und nicht den Staat als Gläubiger »im Blick«. Man dürfe sich aber, so *Suhr*, nicht aus lauter Gewohnheit dagegen sperren, Befunde und Zusammenhänge wahrzunehmen.¹⁰ Es hänge »auch und gerade bei Juristen das, was sie wahrnehmen, begreifen und geistig verarbeiten, sehr stark ab (...) von antrainierten Routinen des Sehens, des Erkennens und des Verarbeitens«. ¹¹ Man müsse daher das »scheinbar Undenkbare denken, das bisher bloß deshalb ‚undenkbar‘ war, weil man noch *nicht gewöhnt* war, es zu denken«. ¹² Der Staat als Gesetzgeber oder als Genehmigungsbehörde ist zwar nicht derjenige, der die Beeinträchtigungen der Nachbarn bewirkt, die zu Ersatzansprüchen umgestaltet werden. Aber er lässt es zu, dass die Anlagenbetreiber die Tatbestände erfüllen. ¹³ Er hat als Gesetzgeber die »benachteiligenden Einwirkungen«, um die es geht, vorausgesehen und nimmt sie in Kauf. Er hat sie zum Gegenstand gesetzlicher Regelungen gemacht. Erst die gesetzlich angeordneten Duldungspflichten machen aus (mit Hilfe des Zivilrechts) ursprünglich abwehrbaren Immissionen im Nachhinein hinzunehmende Immissionen. Erst dieser Schutz befreit die Anlagenbetreiber von den Risiken, die sich wegen des Betriebs ihrer Anlagen aufgrund privater Abwehrrechte der Nachbarn ergeben können. ¹⁴ Der Staat als Exekutive vollziehe diesen legislativen Willen, genehmige die emittierenden Anlagen und bestätige als Judikative die Entscheidungen der Legislative und der Exekutive. ¹⁵

Die Anlagenbetreiber haben also »die volle normative, exekutivische und judikative Rückendeckung des Staates«, ¹⁶ woraus *Suhr* ableitet, dass die

⁸ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 48 f.

⁹ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 49.

¹⁰ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 34.

¹¹ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 34.

¹² *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 35.

¹³ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 34.

¹⁴ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 35.

¹⁵ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 35.

¹⁶ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 36.

beeinträchtigenden Wirkungen, die von Anlagen Privater ausgehen und die die Nachbarn wegen § 14 BImSchG hinzunehmen haben, maßgeblich auf den Willen des Staates zurückzuführen sind mit der weiteren Folge, dass auch der Staat Verantwortlicher im Sinne des § 14 BImSchG ist und damit als Gläubiger für Ersatzansprüche in Betracht kommt.

Die bestandskräftige Genehmigung für eine emittierende Anlage, die gleichzeitig die Nachbarrechte verkürzt, erweitert also die Freiheitssphäre des einen – des Emittenten – und benachteiligt gleichzeitig die des anderen – des Nachbarn –, weil sie seine Abwehrrechte beschneidet.¹⁷ Sie hat also doppelte Wirkung: Eine »Macht verleihende« – privilegierende – für den begünstigten Anlagenbetreiber und eine »Macht versagende« für den belasteten Nachbarn.¹⁸

Mag § 14 BImSchG, der seine Wurzeln im Gewerberecht des 19. Jahrhunderts hat, seine Berechtigung gehabt haben, als es nur um die Manufaktur nebenan ging, so sind wir heute – so *Suhr* weiter – vor deutlich komplexere Probleme gestellt. Das liegt nicht nur an der Zahl oder der Masse der Schadstoffe, um die es als Folge des technisch-naturwissenschaftlichen Fortschritts geht. Es liegt vor allem daran, dass die Schadstoffe, die legal emittiert werden, sich entweder aufsummieren oder miteinander in Wechselwirkung treten können, woraus sich neue, nicht vorhersehbare Folgen ergeben.¹⁹

Dagegen könnte man einwenden, dass der Gesetzgeber mit dem Bundes-Immissionsschutzgesetz doch alles getan habe, dass schädliche Umwelteinwirkungen nicht hervorgerufen werden. Insbesondere habe er in § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG zum Schutz der Allgemeinheit und der Nachbarschaft statuiert, die emittierenden Anlagen seien so zu errichten und zu betreiben, dass »schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können.«²⁰ Allerdings hat, so *Suhr*, der Gesetzgeber diese Anforderungen an den Anlagenbetreiber selbst nicht allzu ernst genommen – denn dann wäre etwa § 14 BImSchG (neben anderen Vorschriften, die zu einer Privilegierung von Anlagenbetreibern

¹⁷ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 36 f.

¹⁸ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 36 f.; *Suhr*, Gleiche Freiheit, in: Seminar für freiheitliche Ordnung e.V. (Hrsg.), Fragen der Freiheit, Heft 259/260, Juli – Dezember 2001, S. 40, jeweils unter Hinweis auf *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1963 (1905), S. 108.

¹⁹ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 58 ff.

²⁰ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 67 f. Dazu auch *Suhr*, Strukturen verantworteter Freiheit – Kritik und Rekonstruktion grundrechtswissenschaftlicher Freiheitsideologien, in: Seminar für freiheitliche Ordnung e.V. (Hrsg.), Fragen der Freiheit, Heft 241, Oktober – Dezember 1996, S. 3 (8).

führen) überflüssig gewesen. Ein Gesetzgeber, der Anlagen zwar genehmigt, sie gleichzeitig aber durch Einschränkungen von Nachbarrechten in Schutz nimmt, tritt mit sich selbst in Widerspruch.²¹ Die Exekutive wird so vor die fast unlösbare Aufgabe gestellt, das zu verhindern, was der Gesetzgeber durch Privilegierung der Anlagenbetreiber fördert. Folge sei, dass das Bundes-Immissionsschutzgesetz – wie die ältere Gewerbeordnung – kein Immissionsschutzgesetz, sondern eher ein Immissionsrechtfertigungsgesetz sei. Man könne daher § 14 BImSchG auf die alte Formel »dulde und liquidiere« bringen – »dulde« die Immissionen und »liquidiere« den Schaden.²²

Allerdings werde für den Betroffenen die Situation umso bedrohlicher, je allgemeiner der Schadstoffnebel werde, dem er ausgesetzt sei. Je geringer die Möglichkeit, den Verantwortlichen zu identifizieren, umso größer sei seine Wehrlosigkeit.²³ Am Ende müsse er mit dem Einwand rechnen, dass er nicht als Einzelner betroffen ist, sondern als Mitglied der Allgemeinheit, sodass ihn kein individualisierendes Risiko mehr trifft, das er abwehren kann, sondern allenfalls ein allgemeines Lebensrisiko, das er als »sozialadäquat« – wie jeder andere auch – hinzunehmen hat.²⁴ Die typische Immissionslage heute zeichne sich aber dadurch aus, dass ein Betroffener nicht mehr wissen könne, welche Immissionen, mit welchen Folgen, allein oder im Zusammenwirken oder durch Überlagerung mit anderen Schadstoffen zu welchen Zeiten auf ihn einwirken würden.²⁵ Tatsächliche Folge des zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen erlassenen Bundes-Immissionsschutzgesetzes ist also letztlich nicht nur eine Pflicht zur Duldung von Immissionen, sondern auch der Ausschluss der Möglichkeit, seinen Schaden liquidieren zu können.

Bei diesem aus einer Vorschrift des einfachen Rechts – hier zusammengefasst wiedergegebenen – Ergebnis belässt es *Suhr* aber nicht. Das Ergebnis

²¹ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 68 f.

²² *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 69.

²³ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 72.

²⁴ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 72.

²⁵ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 59 f. und S. 72. Zur Kritik an der Idee eines hinzunehmenden »Restrisikos« auch *Suhr*, Strukturen verantworteter Freiheit – Kritik und Rekonstruktion grundrechtswissenschaftlicher Freiheitsideologien (Fußn. 20), S. 3 (9): »Wenn nur die voraussehbaren Störungen und Schäden hinreichend klein oder/und unwahrscheinlich genug sind, um sich selbst und anderen einreden zu können, dass man sie vernachlässigen könne, dann werden sie auch vernachlässigt. Der Schaden, der dann nicht mehr zählt, weil er so klitzeklein ist, heißt dann »Restrisiko«. Statt dass von den Grenzen der menschlichen Erkenntnis für den Zweifelsfall Zurückhaltung gewahrt und das Risiko vermieden wird, schließt man von den Grenzen der menschlichen Erkenntnis darauf, dass man das Risiko eingehen müsse, um nicht allen Fortschritt auszuschließen ...«.

nämlich, dass die Privilegierung »aggressiver Nutzung« von Freiheits-sphären mit damit einhergehenden Benachteiligungen derjenigen, die ihre Freiheits-sphäre defensiv gegen von außen kommende Störungen verteidigen wollen, werde von der Grundrechtsdogmatik nicht in Frage gestellt mit der Folge, dass der juristisch-dogmatische Zeitgeist diesen »rechtstechnischen Verbund von Privilegierung und Deprivilegierung« als normal und in Ordnung empfinde.²⁶

2. Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff²⁷

Damit geht *Suhr* mit der herkömmlichen Grundrechtsdogmatik ins Gericht.²⁸ In ihrer klassischen Funktion sind Grundrechte – etwa das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) – Abwehrrechte gegen den Staat. Die grundrechtlich gewährleistete Freiheit soll den Einzelnen vor Eingriffen des Staates schützen. Grundrechte gewähren zu allererst Schutz vor dem Staat, grundsätzlich nicht aber auch Ansprüche gegen den Staat, etwa auf die Gewährung von Leistungen oder auf Teilhabe an staatlichen Leistungen. Das betrifft die Betreiber der Anlagen, die Schadstoffe emittieren. Die ihnen verliehenen Genehmigungen werden zum Bestandteil ihrer Freiheits-sphäre, wodurch sie in den Genuss einer grundrechtlich gesicherten Abwehrposition kommen, die sie vor Eingriffen des Staates schützt.

Schwieriger wird es für die Betroffenen. Sie wehren sich – bleibt man bei der herkömmlichen und bis heute ganz überwiegend vertretenen Sicht – nicht gegen Eingriffe *des Staates*, sondern »nur« gegen Beeinträchtigungen, die von *Privatpersonen*, hier: den Anlagenbetreibern, ausgehen. Für Beeinträchtigungen durch Private lassen sich, so die ganz herrschende Grundrechtsdogmatik, die Grundrechte als Abwehrrechte aber nicht in Anspruch nehmen. Allerdings entnimmt das Bundesverfassungsgericht den Grundrechten neben ihrer klassischen Abwehrfunktion auch eine Werteordnung, die den Staat verpflichtet, sich schützend und fördernd vor die grundrechtlich gewährleisteten Freiheitsrechte zu stellen.²⁹ Der Staat darf also

²⁶ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 112.

²⁷ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 126; zur Problematik des Passivrauchens *Suhr*, Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff?, JZ 1980, 166.

²⁸ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 117 ff. *Suhrs* Kernthesen dazu finden sich auch in einem von ihm am 23.6.1987 gehaltenen Vortrag über »Grundrechte gegen die Natur – Haftung für Naturgüter?«, der in diesem Heft abgedruckt ist.

²⁹ Dazu *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 191 Rdnr. 146 ff.

nicht tatenlos zusehen, wie der eine den anderen in seiner Freiheitssphäre beeinträchtigt. Diese zunächst erfreuliche Weiterung der Funktion der Grundrechte – sie können also auch zwischen Privaten Wirkung entfalten – hat aber für den, der Schutz sucht, einen Nachteil: Denn er ist nicht derjenige, der Eingriffe des Staates abwehren »darf«. Er muss vielmehr versuchen, den Staat dazu zu bewegen, ihm Schutz vor Eingriffen Dritter zu gewähren. Er verlangt als derjenige, der eine Leistung begehrt, ein Tätigwerden des Staates – er wird zum »Bittsteller« –, während der Eingreifer, grundrechtlich betrachtet, sich in einer »Opferrolle« befindet.

Ansprüche auf staatliche Leistungen setzen aber eine anspruchsbegründende Norm voraus. *Der Gesetzgeber* ist in der Pflicht, über die Voraussetzungen, die Höhe und die nähere Ausgestaltung von staatlichen Leistungen zu entscheiden. Den Grundrechten selbst kann dies nicht entnommen werden. Sie seien – so *Suhr* – zu aussageschwach, wenn es um staatliche Leistungen gehe. Allenfalls dann, wenn es um die Sicherung des Existenzminimums geht und der Gesetzgeber nicht tätig geworden ist, werde daran gedacht, den Grundrechten unmittelbar einen Anspruch auf »das Allernötigste«³⁰ zu entnehmen.

Dieses für Leistungen sozialstaatlicher Fürsorge (etwa im Sozialhilferecht, wenn es um den Mindeststandard staatlicher Fürsorge geht) entwickelte Denken kann aber nicht auf das Umweltrecht und auf die Regelung der Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander übertragen werden.³¹ Schutz vor Eingriffen Dritter hat mit der Gewährung eines Mindeststandards an staatlicher Fürsorge nichts zu tun. Gerade das sei aber geschehen: Geht es darum, dass der eine Bürger staatlichen Schutzes bedarf, um ihn vor dem anderen Bürger zu schützen, dann begehrt er – so die »klassische« Vorstellung – eine Leistung des Staates. Die Abwehr einer vom anderen Bürger ausgehenden Gesundheitsgefahr erscheint – folgt man dem – als sozialstaatliche Gesundheitsvorsorge, ja -fürsorge, und es geht um einen sozialstaatlichen Verfassungsauftrag.³² Die Aufgabe des Staates, den einen Bürger vor der aggressiven Freiheitsinanspruchnahme des anderen zu schützen, steht aber – so *Suhr* – dem klassischen Eingriffsdanken näher als dem Problem sozialer Grundrechte. Schutz vor Immissionen hat mit der Zubilligung eines fürsorglichen Existenzminimums nichts zu tun.³³ Es geht um den klassi-

³⁰ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 118.

³¹ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 119.

³² *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 119; *Suhr*, Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff? (Fußn. 27), S. 167; auch: *Suhr*, Gleiche Freiheit, in: Seminar für freiheitliche Ordnung e.V. (Hrsg.), Fragen der Freiheit, Heft 259/260, Juli – Dezember 2001, S. 55 ff.

³³ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 118 f.

schen Rechtsschutzanspruch des einen Bürgers auf staatlichen Schutz vor dem in seine rechtlich geschützte Sphäre eingreifenden anderen Bürger und damit um die Ausgestaltung gleicher Freiheit und Billigkeit aller.³⁴ Oder – so eine pointierte Formulierung von *Suhr* – es gehe nicht um einen »Mindeststandard staatlicher Barmherzigkeit« (an anderer Stelle spricht er von einem »ökologischen Existenzminimum«³⁵), sondern um »Hilferufe des Bürgers, der sich den Folgen eines (staatlich genehmigten, zum Teil sogar privilegierten) aggressiven Freiheitsgebrauchs seiner Mitbürger ausgeliefert sieht«.³⁶

Diese – auch grundrechtlich gedachte – »Vorfahrt für den Ellenbogenmenschen«³⁷ habe zwangsläufig zur Folge, dass der Abbau von Privilegien auf Seiten des Aggressors als »Freiheitsbeschränkung« angesehen werde, die sich am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu orientieren habe. Tatsächlich geht es aber um die Herstellung ausgleichender Gerechtigkeit und Billigkeit (»*aequitas*«)³⁸ zwischen dem Schutzanspruch der betroffenen Nachbarn auf der einen und dem seine Freiheitssphäre zu Lasten der Nachbarn ausdehnenden Emittenten auf der anderen Seite. Die Betonung der »Freiheitsvermutung« des Anlagenbetreibers und das Nicht-Ernstnehmen der »gleichen« Freiheit der Betroffenen, die erst im Willkürverbot seine Grenze finde,³⁹ zeige, wie sehr die aggressive Freiheitsnutzung für selbstverständlich erachtet werde.⁴⁰

3. Die Schutznormtheorie als »Schutzverweigerungs doktrin«

Eine weitere dogmatische Schranke juristischen Denkens sieht *Suhr* in der Schutznormtheorie. Warum, so fragt er sich, müssen Umweltschützer, die Klage erheben wollen, verzweifelt nach Schutznormen⁴¹ suchen und danach fragen, ob die Norm, die sie als verletzt rügen, auch dem Schutz ihrer Rechte zu dienen bestimmt ist?

Dahinter steht eine Grundentscheidung unseres Verwaltungsprozessrechts: Klagebefugt ist nur der, der geltend machen kann, in einem eigenen

³⁴ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 119; *Suhr*, Gleiche Freiheit (Fußn. 32), S. 58.

³⁵ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 129; *Suhr*, Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff? (Fußn. 27), S. 167; *Suhr*, Gleiche Freiheit (Fußn. 32), S. 58.

³⁶ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 120; *Suhr*, Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff? (Fußn. 27), S. 170.

³⁷ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 112 f.

³⁸ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 113.

³⁹ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 113.

⁴⁰ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 113.

⁴¹ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 111.

Recht verletzt zu sein (§ 42 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung). Damit soll, so lernt man im Studium, die Popularklage verhindert werden:⁴² nicht jeder soll gegen eine Maßnahme, die die Verwaltung trifft, gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen dürfen, sondern nur derjenige, der geltend machen kann, dass ihn die Maßnahme in einem eigenen, ihm zustehenden Recht verletzt. Das hat zur Folge, dass sich der »Nachbar«, will er gegen eine Genehmigung gerichtlich vorgehen (sei es eine Baugenehmigung oder eine Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz), auf die Suche nach einer Vorschrift machen muss, die zumindest auch dem Schutz seiner Rechte zu dienen bestimmt ist.⁴³

Auch hier spielt, so *Suhr*, die »Freiheit« (des einen, der eingreift) eine ganz herausragende, die ausgleichende Gleichheit (zwischen demjenigen, der eingreift, und demjenigen, der betroffen ist) aber nur eine verschwindende Rolle.⁴⁴ Damit gewährt der Staat lediglich einen »ungleich dosierten Rechtsschutz«.⁴⁵ Die Schutznormdoktrin bewirkt eine Art Vorfahrtregelung zugunsten der Wehrhaftigkeit des einen mit der Folge der Wehrlosigkeit des anderen.⁴⁶ Sie wirkt – zu Ende gedacht – als »Schutznorm zugunsten aggressiver Freiheitsnutzung« zu Lasten »defensiven Freiheitsgebrauchs«.⁴⁷ Im Zweifel hat der Schädiger und Störer Vorrang vor dem, der sich gegen Störungen und Schädigungen verteidigen möchte. Nicht der »Aggressor« muss sich also rechtfertigen, warum er im Zweifel das Recht hat, andere zu belästigen, zu stören oder gar zu schädigen, sondern der Betroffene muss sich »als Nachbar ausweisen«, gleichsam darlegen, dass der »Gesetzgeber so gnädig war«, ihn überhaupt schützen zu wollen, damit er nicht leer ausgeht.⁴⁸

Die »Schutznormtheorie« erweist sich so eigentlich als »Schutzverweigerungs doktrin«.⁴⁹ Sie verhindere defensiven Grundrechtsschutz gegenüber aggressiver Grundrechtsnutzung, sofern sich nicht der Gesetzgeber dazu entschlossen habe, Schutz zu gewähren.⁵⁰ Zugespitzt formuliert das *Suhr* in Anlehnung an die Formulierung von Art. 2 Abs. 1 GG wie folgt:⁵¹

⁴² Vgl. nur *Wahl/Schütz*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Stand: Februar 2016, § 42 Abs. 2 VwGO Rdnr. 7.

⁴³ *Wahl/Schütz*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, Verwaltungsgerichtsordnung (Fußn. 42), § 42 Abs. 2 VwGO Rdnr. 95 ff.

⁴⁴ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 117.

⁴⁵ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 123.

⁴⁶ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 123.

⁴⁷ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 124.

⁴⁸ *Suhr*, Strukturen verantworteter Freiheit – Kritik und Rekonstruktion grundrechtswissenschaftlicher Freiheitsideologien (Fußn. 20), S. 3 (9).

⁴⁹ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 128.

⁵⁰ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 128.

⁵¹ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 129.

»Jedermann hat kraft seiner Freiheitsrechte das ungeschriebene, allgemeine Grundrecht, seinen Nächsten zu belästigen, zu gefährden, zu stören und zu schädigen. Dieses Recht findet seine Grenze an den Schutzgesetzen und am ökologischen Existenzminimum (bzw. dort, wo dem Nächsten schwere und unzumutbare Nachteile zugefügt werden).«

4. Konsequenzen

In den Fällen privater Eingriffe in die Freiheit Privater geht es, so *Suhr*, um grundrechtliche Freiheiten im Bürger-Bürger-Verhältnis, insbesondere um Fragen »gleicher Freiheit«,⁵² und um die Frage, welche Hilfestellungen die Grundrechte dafür zur Verfügung stellen. Maßstab dafür können nicht die aus dem vertikalen Staat-Bürger-Verhältnis abgeleiteten Regelungsmuster sein, die sich darauf beschränken, ein (ökologisches) »Existenzminimum« zu sichern oder, wenn es um den Schutz des Eigentums geht, vor »schweren und unzumutbaren Belastungen« zu schützen.⁵³

Bei unbefangener Betrachtung (an anderer Stelle spricht *Suhr* von einem »naiven Ansatz«⁵⁴) liefert der Wortlaut des Verfassungstextes einen Orientierungspunkt: ein ungeschriebenes Grundrecht auf Belästigung des Nächsten verträgt sich nicht mit dem Wortlaut des Grundgesetzes, wonach das »Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit« eines jeden seine Grenze an den »Rechten anderer« findet.⁵⁵ Unsere Verfassung geht davon aus, dass das Recht des einen gerade nicht auf Kosten des anderen gehen darf, und dass das Recht des anderen nicht von minderer Art und Güte, sondern ranggleich und gleichberechtigt ist.⁵⁶ Regelt der Staat das Verhältnis der Bürger untereinander, so stellt sich die Frage, wie Freiheit unter der Bedingung gleicher Freiheit aller eingerichtet werden kann.⁵⁷ Von dieser Gleichheitsvermutung aller kann er nicht ohne weiteres abweichen. Tut er dies gleichwohl, bedarf das einer Rechtfertigung durch ein spezifisches öffentliches Interesse, und die Abweichung darf nicht übermäßig sein. Auch die Abmilderung eines solchen Eingriffs in die gleiche Freiheit durch Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche als Kompensation ist denkbar.⁵⁸

⁵² *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 132; *Suhr*, Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff? (Fußn. 27), S. 169; *Suhr*, Gleiche Freiheit (Fußn. 32), S. 36 ff.

⁵³ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 133.

⁵⁴ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 134.

⁵⁵ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 133.

⁵⁶ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 133.

⁵⁷ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 136.

⁵⁸ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 138 f.

Anschaulich wird das von *Suhr* an einer anderen Problematik verdeutlicht, der des Schutzes der Passivraucher.⁵⁹ Das Stilisieren des Rauchens als freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) muss zwangsläufig dazu führen, dass der Schutz des Passivrauchers zum Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Rauchers und damit für den Staat rechtfertigungsbedürftig wird. Es geht aber vielmehr um einen Ausgleich von Freiheitsrechten innerhalb des Bürger-Bürger-Verhältnisses – um die Schaffung »gleicher Freiheit« – und darum, wie der Staat dieses Verhältnis auszugestalten hat. Dann kommt es aber nicht allein darauf an – wie die vorherrschende Grundrechtsdogmatik meint –, ob der Eingriff des Rauchers in die Freiheitssphäre des Passivrauchers verhältnismäßig ist, sondern zugleich darauf, welches Gewicht dem Rauchen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit zukommt,⁶⁰ als da sein könnten: Genuss, Beschäftigung, Ablenkung, Abreaktion, Selbstdarstellung, aber auch Suchtbefriedigung, und ob diese hinter der Freiheitsausübung des Rauchers stehenden Gründe eine Beeinträchtigung der Freiheit des Nichtraucher rechtfertigen können oder nicht. Oder, auf den Punkt gebracht: rechtfertigt eine Steigerung des Privatgenusses des Rauchers die Auferlegung von Unwohlsein auf Seiten des Passivrauchers?⁶¹

Welche Konsequenzen ergeben sich daraus? Zusammengefasst sind es folgende:

- Die Freiheitsrechte des einen finden ihre Grenze an den Freiheitsrechten des anderen und die des anderen an denen des einen.⁶²
- Nicht das *Opfer* bedarf einer *Schutznorm*, sondern der *Angreifer* einer *Angriffsnorm*.⁶³
- Die Verpflichtung kehrt sich also um: die Frage lautet nicht, ob der Gesetzgeber seiner »Schutzpflicht« gegenüber dem Betroffenen genügt hat, sondern ob er seiner Obliegenheit nachgekommen ist, streng zu prüfen, ob der mit dem Eingriff in die Freiheit der anderen Bürger verbundene »Eingriff in die Gleichheit« aus einem spezifischen öffentlichen Interesse heraus zu begründen und zu rechtfertigen ist.⁶⁴

⁵⁹ *Suhr*, Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff? (Fußn. 27), S. 166.

⁶⁰ *Suhr*, Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff? (Fußn. 27), S. 171.

⁶¹ *Suhr*, Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff? (Fußn. 27), S. 174.

⁶² *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 139.

⁶³ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 139.

⁶⁴ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 141.

- Die Asymmetrien, auf die man im Immissionsschutzrecht stößt – auf der einen Seite Anlagenbetreiber, die emittieren dürfen, auf der anderen Seite Betroffene, die den Immissionen ausgesetzt sind –, müssen, wo die Emissionen durch spezifische Zwecke des öffentlichen Interesses gedeckt sind, aus Gründen der Gewährleistung »gleicher Freiheit« durch einen Ausgleich in Form von Schadensersatz oder Entschädigung kompensiert werden.⁶⁵

5. Das »Waldschadensurteil« des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof hat gleichwohl in letzter Instanz, wie die Vorgängergerichte, die Klagen von Waldbesitzern auf Schadensersatz oder Entschädigung abgewiesen. Die in der amtlichen Sammlung veröffentlichte Entscheidung betraf die Klage eines Eigentümers eines forst- und landwirtschaftlichen Betriebes aus dem Schwarzwald,⁶⁶ die andere Entscheidung vom selben Tag die Klage der Stadt Augsburg, für die *Suhr* die Rechtsgutachten erstellt hatte.⁶⁷ Die Entscheidungsgründe sind weitgehend identisch.

Der Bundesgerichtshof nimmt durchaus nicht »achselzuckend«⁶⁸ zur Kenntnis, dass ein Teil der Bürger besonders schwer an jenen Lasten zu tragen hat, die ein anderer Teil unbekümmert, aber auch fast völlig ungehindert verursachen darf. Es sei nicht zu verkennen, dass die von der Bundesrepublik erlassenen Rechtsvorschriften, die von den Ländern vollzogen werden, den Anlagenbetreibern ermöglichen würden, bestimmte Schadstoffmengen zu emittieren, die von den immissionsgeschädigten Waldeigentümern nicht abgewehrt werden könnten.⁶⁹ Das Gericht erkennt ferner an, dass Ersatzansprüche geschädigter Waldeigentümer nur unter großen Schwierigkeiten durchsetzbar sind, denn der einzelne geschädigte Waldeigentümer werde kaum jemals in der Lage sein, die ihn schädigenden Anlagenbetreiber zu identifizieren und die Schadensursächlichkeit der von bestimmten Anlagen ausgehenden Immissionsbeiträge nachzuweisen.⁷⁰ Die Waldschäden hält der Bundesgerichtshof ausdrücklich dem Grunde nach für entschädigungswürdig und entschädigungsbedürftig,⁷¹ im Staats-

⁶⁵ *Suhr*, Ersatz für Waldschäden, (Fußn. 2), S. 142.

⁶⁶ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, BGHZ 102, 350, mit Anmerkungen bzw. Besprechungen von *Raeschke-Kessler*, EWiR 1988, 61; *Medicus*, JZ 1988, 458; von *Hippel*, NJW 1988, 482; *Engelhardt*, NuR 1989, 77; *Rüfner*, Jura 1989, 134; *Braun*, AgrarR 2001, 45.

⁶⁷ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 191/86 –, juris, mit Besprechung von *Engelhardt*, NuR 1989, 77.

⁶⁸ So das einleitende Zitat aus der ZEIT.

⁶⁹ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, BGHZ 102, 350 (juris Rn. 13).

⁷⁰ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 16.

⁷¹ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 34.

haftungsrecht lassen sich aber keine tauglichen Anspruchsgrundlagen für Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüche finden. Dort, wo man darüber nachdenken könnte, die – wie es *Suhr* formuliert hat – »dogmatischen Fesseln« abzustreifen, seien dazu nicht die Gerichte, sondern der Gesetzgeber berufen. Die Möglichkeit richterlicher Rechtsfortbildung finde ihre Grenzen im Gewaltenteilungsgrundsatz und dem demokratischen Prinzip, das wichtige Entscheidungen für das Gemeinwesen dem Parlament vorbehält.⁷²

Zunächst sieht der Bundesgerichtshof in § 14 Satz 2 BImSchG keine taugliche Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche gegen den Staat.⁷³ »Störer« ist der *Betreiber der Anlage* und nicht *der Staat*. Auch wenn der Staat emittierende Anlagen durch Gesetz zulässt und genehmigt, gehen die schädlichen Immissionen nicht auf seinen maßgeblichen Willen zurück; der Staat *veranlasst* den Betrieb dieser Anlagen nicht, weshalb ihm die schädlichen Immissionen nicht zugerechnet werden können.⁷⁴

Eine analoge Anwendung der Vorschrift kommt ebenfalls nicht in Betracht. Für Waldschäden sei kennzeichnend, dass sie infolge des Ferntransports von Luftschadstoffen in großer Entfernung von ihren Emissionsquellen auftreten. Hinzu kommt, dass an der Entstehung der Luftschadstoffe, die für die emittentenfernen Waldschäden (mit-)ursächlich sein können, eine Vielzahl von Verursachern (Kraftwerke, Industrieanlagen, Kraftfahrzeuge, Heizungsanlagen) mitwirken, deren Emissionsbeiträge sich ununterscheidbar vermischen (summierte Immissionen), sodass es unmöglich sei, Schäden individuell zuzurechnen. § 14 Satz 2 BImSchG sei demgegenüber auf kleinräumige Rechtsbeziehungen in der Nachbarschaft und auf individualisierbare Beziehungen zu bestimmten Emittenten angelegt.⁷⁵ § 14 Satz 2 BImSchG könne auch nicht verfassungskonform dahingehend ausgelegt werden, dass den Staat eine Art Garantiehaftung für Schadensersatzansprüche geschädigter Waldeigentümer treffe. Das hielte sich nicht mehr im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung, die den Gerichten erlaubt sei, sondern könne nur durch den Gesetzgeber geschaffen werden.⁷⁶

Andere Haftungsinstrumente kommen ebenfalls nicht in Betracht. Der Bundesgerichtshof unterscheidet zunächst, ob der Staat für ein *positives Tun* einzustehen hat oder ob ihm (nur) ein Unterlassen vorgeworfen werden

⁷² BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 17, 28, 32 ff., 41.

⁷³ Dazu oben I.

⁷⁴ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 9 ff.

⁷⁵ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 13.

⁷⁶ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 17.

kann. Hier knüpft das Gericht an die Überlegungen von *Suhr* an, der ein aktives Tun darin sah, dass das Recht dem Waldbesitzer auferlegt, die seinen Wald schädigenden Immissionen zu dulden, und so das »Immissionenschutzgesetz« zu einem »Immissionsermöglichungsgesetz« oder zu einem »Eingriffsgesetz zu Lasten der Waldbesitzer«⁷⁷ werden lässt. Auch wenn man dem folgen wollte – ob das so ist, lässt das Gericht offen –, würden sich daraus keine Entschädigungsansprüche ergeben.⁷⁸

Denn Duldungspflichten⁷⁹ ergäben sich aus dem Bundes-Immissionenschutzgesetz. Ersatzansprüche aus *enteignungsgleichem Eingriff* setzen aber ein *rechtswidriges* staatliches Handeln voraus, das nur vorliegen würde, wenn die sich aus dem Bundes-Immissionenschutzgesetz ergebenden Duldungspflichten *verfassungswidrig* wären. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, hätte das – so sind die Entscheidungsgründe zu verstehen⁸⁰ – nicht zur Folge, dass die Gerichte »kraft Richterrechts« eine Entschädigung gleichsam am Gesetzgeber vorbei zugestehen dürften. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs wäre zwar die Folge die, dass das verfassungswidrige Gesetz ungültig sei, nicht aber auch, dass die Gerichte eine Entschädigung zusprechen dürften (kein »dulde und liquidiere«). Der durch oder aufgrund eines verfassungswidrigen Gesetzes belastete Bürger kann – und muss – unmittelbar gegen die auf dem Gesetz beruhende Beeinträchtigung vorgehen. Er kann nicht die Belastung gleichsam »dulden« und dafür Entschädigung verlangen.⁸¹ Bei Belastungen durch Gesetze, die den Bürger unverhältnismäßig treffen, kann nur der Gesetzgeber durch Zubilligung eines finanziellen Ausgleichs helfen, nicht aber die Gerichte kraft Richterrechts.⁸²

Auch aus dem Rechtsinstitut eines *enteignenden Eingriffs* lassen sich Entschädigungsansprüche nicht herleiten. Dabei geht es um atypische und unvorhergesehene Nachteile, die bei einem Eigentümer aufgrund eines an sich rechtmäßigen hoheitlichen Handelns als Nebenfolge entstehen können, die aber die Schwelle des enteignungsrechtlich noch Zumutbaren überschreiten, die dem Betroffenen also ein »Sonderopfer« auferlegen. Die Hoffnung der Waldeigentümer, zumindest damit zu einer Entschädigung zu

⁷⁷ Oben I.

⁷⁸ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 – juris Rn. 21.

⁷⁹ Dazu oben I.

⁸⁰ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 25.

⁸¹ Dazu *Suhr*, Strukturen verantworteter Freiheit – Zur Rechtfertigung der Planfeststellung, in: Seminar für freiheitliche Ordnung e.V. (Hrsg.), Fragen der Freiheit, Heft 241, Oktober – Dezember 1996, S. 13 ff.: Konsequenz sei die Verfassungswidrigkeit des massenhafte Immissionen und damit Großschäden ermöglichenden Bundes-Immissionenschutzgesetzes.

⁸² BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 25 und 28 unter Hinweis auf BGH v. 12.3.1987 – III ZR 216/85 –, BGHZ 100, 136.

kommen, wurde aber enttäuscht: der Bundesgerichtshof will eine Entschädigung auf der Grundlage dieses Rechtsinstituts auf *einzelfallbezogene* Eigentumsbeeinträchtigungen, die bei einzelnen Betroffenen als unvorhergesehene Folge rechtmäßigen staatlichen Handelns eintreten, beschränken. Das richterrechtlich entwickelte Rechtsinstitut des enteignenden Eingriffs sei keine geeignete Grundlage, um *massenhaft auftretende* Schäden, wie das Waldsterben, auszugleichen; dafür sei das Haftungsinstitut des enteignenden Eingriffs nicht entwickelt worden.⁸³

Es sei vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, Vorschriften zu schaffen, die den Waldeigentümern Entschädigungsansprüche zubilligen. Entschädigungsansprüche gegen den Staat können weitreichende Folgen für die Staatsfinanzen haben. Das lege es aus Gründen der Gewaltenteilung und wegen des Grundsatzes, dass über die wesentlichen Entscheidungen des Gemeinwohls der Parlamentsgesetzgeber zu entscheiden habe, nahe, diese Frage dem Gesetzgeber vorzubehalten. Das sei auch deshalb gerechtfertigt, weil ganz unterschiedliche Lösungen denkbar seien und dem politischen Gestaltungswillen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein weiter Spielraum offen stehe. Das Gericht erwähnt hier die Möglichkeit, eine Staatshaftung mit oder ohne Eigenbeteiligung der Waldbesitzer vorzusehen oder einen Entschädigungsfonds zu bilden, zu dem die Emittenten Beiträge leisten, ggf. auch unter Einbeziehung der öffentlichen Hand. Eine solche Ergänzung des bestehenden Entschädigungsrechts stehe aber nicht dem an Recht und Gesetz gebundenen Richter, sondern nur dem Gesetzgeber zu.⁸⁴

Auch zur Diskussion, ob dem Staat nicht ein *Unterlassen oder Untätigbleiben* vorgeworfen werden kann, nimmt der Bundesgerichtshof Stellung.⁸⁵ Unterlassen deshalb, weil es der Staat versäumt habe, seiner aus den Grundrechten folgenden Schutzpflicht⁸⁶ nachzukommen und sich schützend vor die Rechtsgüter Dritter – hier: der Waldbesitzer – zu stellen. Eine solche verfassungsrechtliche Pflicht könne zwar, so der Bundesgerichtshof, bestehen, wenn der Staat durch die Schaffung von Genehmigungsvoraussetzungen und durch die Erteilung von Genehmigungen eine Mitverantwortung für Grundrechtsbeeinträchtigungen übernommen hat. Allerdings sei nicht jegliches Unterlassen des Gesetzgebers pflichtwidrig.⁸⁷ Da es auch insofern um eine komplexe Materie geht, wofür eine Vielzahl von unterschiedlichen Lösungsansätzen in Betracht kommen kann, sei ein Unterlas-

⁸³ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 31 f.

⁸⁴ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 33 f.

⁸⁵ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 36.

⁸⁶ Dazu oben 2.

⁸⁷ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 37 f.

sen nur dann pflichtwidrig, wenn den staatlichen Organen eine *evidente Verletzung* ihrer Schutzpflicht zur Last gelegt werden kann,⁸⁸ wenn sie es also versäumt haben, wie *Suhr* es formuliert hat,⁸⁹ das »Allernötigste« zu regeln. Das verneint der BGH unter Hinweis auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1983,⁹⁰ die wegen der vom Staat getroffenen Maßnahmen zum Schutz des Waldeigentums vor Schäden durch Luftverunreinigungen eine »evidente Verletzung« staatlicher Schutzpflichten verneint hat.⁹¹

Auch die zuständige Kammer des Bundesverfassungsgerichts ist in ihrem Nichtannahmebeschluss dem Vorwurf einer evidenten Verletzung einer staatlichen Schutzpflicht nicht gefolgt und hat die Urteilsverfassungsbeschwerde des Waldeigentümers aus dem Schwarzwald gegen das Urteil des Bundesgerichtshofs mangels hinreichender Aussicht auf Erfolg nicht zur Entscheidung angenommen.⁹² Die Kammer würdigt die von Bund und Ländern zum Schutz der Waldeigentümer getroffenen Maßnahmen zur Luftreinhaltung bei Großemittenten, die Maßnahmen zur Reduzierung von Schadstoffemissionen des Kraftfahrzeugverkehrs und die Unterstützung der betroffenen Forstbetriebe durch Bund und Land zur Stabilisierung der Wälder und sieht darin ausreichende staatliche Maßnahmen, die ergriffen worden seien und den Vorwurf einer evidenten Schutzpflichtverletzung nicht zuließe.

6. Fazit

Versucht man ein Fazit, kann man folgendes festhalten: Die Kernthesen *Suhrs* haben heute noch Gültigkeit. Das Bundes-Immissionsschutzgesetz ist (auch) ein »Immissions-Ermöglichungsgesetz«. Sein Befund, dass die

⁸⁸ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 40.

⁸⁹ Oben 2.

⁹⁰ BVerfG (Vorprüfungsausschuss) v. 14.9.1983 – 1 BvB 920/83 –, NJW 1983, 2931.

⁹¹ BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 40. Zuletzt kämen Amtshaftungsansprüche, worauf nur verwiesen werden soll, wegen eines schuldhaft rechtswidrigen Verhaltens des Gesetzgebers ebenfalls nicht in Betracht, weil im Erlass bzw. im Unterlassen von Emissionsbegrenzungsvorschriften keine *drittbezogene* Amtspflicht gesehen werden könne. Gesetzgebung erfolge in der Regel im Interesse der Allgemeinheit und nicht im Interesse eines abgrenzbaren Personenkreises, BGH v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 –, juris Rn. 46.

⁹² BVerfG (1. Senat, 3. Kammer) v. 26.5.1998 – 1 BvR 180/88 –, NJW 1998, 3264, mit Anmerkungen bzw. Besprechungen von *Eike von Hippel*, NJW 1998, 3254; *Thilo Brandner*, NJ 1999, 587; *Murswiek*, JuS 1999, 456; *ders.*, Verw 33 (2000), 241 (254 ff.); *Braun*, AgrarR 2001, 45. Bemerkenswert daran ist, dass dem Bundesverfassungsgericht dafür eine Entscheidung des Vorprüfungsausschusses ausgereicht hat.

Freiheit vom staatlichen Eingriff in eine Freiheit zum privaten Übergriff umschlagen kann, ist eine »offene Flanke« des Grundrechtsschutzes.⁹³

Daher verdienen die Forderungen von *Suhr* nach wie vor Beachtung, darüber nachzudenken, ob es sich im Rahmen der Zuordnung von Freiheitsrechten zwischen Privaten in der Tat um »Eingriffe« zulasten des Schädigers handelt, wenn der Staat ihn darin beschränkt, in die Freiheitssphäre anderer einzugreifen, oder ob es nicht vielmehr um die Pflicht zur Herstellung »ausgleichender Gerechtigkeit«⁹⁴ geht. Dadurch verändern sich die Maßstäbe: der »Eingreifende« kann sich nicht mehr auf die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegenüber staatlichen Eingriffen berufen. Vielmehr stehen seine Eingriffe in die Freiheitssphäre Dritter unter Rechtfertigungszwang. Das hat Auswirkungen in zweierlei Hinsicht: Zum einen erheben ihn Beschränkungen seiner Freiheitssphäre nicht von vornherein in die »Rolle des Opfers«, sondern verlangen ihm – und dem Staat – ab, die Bedeutung der Ausübung seiner Freiheitssphäre offen zu legen, sie – das wäre die weitere Folge – zu gewichten und ins Verhältnis zur Bedeutung der Beschränkungen der Freiheit des Dritten zu setzen, um so Bedingungen für eine »gleiche Freiheit« herzustellen.

Bleibt man bei dem überkommenen und vorherrschenden Denkmodell, wonach es bei »Eingriffen« in die Freiheitssphäre des einen durch den anderen nicht um die klassische Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat geht, ist es Sache des Gesetzgebers, seinen Schutzpflichten nachzukommen. Es gäbe zwar einen Ansprechpartner – den Gesetzgeber –, der allerdings – so die herrschende Auffassung – nur bei einem *qualifizierten* Unterlassen zum Tätigwerden gezwungen werden kann. Das wird allerdings zwischenzeitlich überdacht: zum einen rechtfertige es die Abkoppelung des Haftungsinstituts des enteignungsrechtlichen Eingriffs von Art. 14 GG nicht mehr, den Eingriffsbegriff auf positives Handeln bzw. ein *qualifiziertes* Unterlassen zu beschränken. Ein Unterlassen müsse dem positiven Tun vielmehr bereits dann gleichgesetzt werden, wenn eine *Rechtspflicht zum Handeln* bestehe.⁹⁵ Zum anderen sei die Sorge des Bundesgerichtshofs, wenn es um eine Entschädigung für legislatives Unrecht gehe, am Gesetz-

⁹³ So *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 191 Rdnr. 177, unter Bezugnahme auf *Suhr*, Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff? (Fußn. 27).

⁹⁴ *Suhr*, Gleiche Freiheit (Fußn. 32), S. 53.

⁹⁵ *Papier*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, 2010, § 180 Rdnr. 67; *ders.*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Dezember 2015, Art. 14 Rdnr. 167.

geber vorbei keine Entschädigung zubilligen zu dürfen, nicht mehr berechtigt.⁹⁶ Art. 14 Abs. 3 und Abs. 1 S. 2 GG würden gerade nicht für die enteignungsrechtliche Aufopferungsentschädigung gelten und bei Entschädigungen wegen der Verletzung des Eigentums gehe es letztlich um eine »verfassungsgeforderte Haftung«,⁹⁷ bei der die Gerichte nicht weniger an die Grundrechte gebunden seien als der Gesetzgeber (Art. 1 Abs. 3 GG). Folge sei, dass auch sie eine Entschädigung in Fällen legislativen Unrechts zubilligen dürften, ohne auf eine Entscheidung des Gesetzgebers warten zu müssen.

⁹⁶ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 281 ff.

⁹⁷ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht (Fußn. 96), S. 282.