

# Rechtsschutz für den Wald

Ökologische Orientierung des Rechts  
als Notwendigkeit der Überlebenssicherung

Herausgegeben von

**Wolfgang Baumann**

mit Beiträgen von

Peter Schütt, Burkhardt Krems, Dieter Suhr,  
Hans-Georg Hofmann, Lothar Gündling, Günter Altner,  
Wolfgang Baumann



**C. F. Müller Juristischer Verlag**  
Heidelberg 1986

## Grundrechte in sterbender Umwelt

Kritik und Rekonstruktion der Schutznormdoktrin

*Dieter Suhr*

### I. Widersprüchliches Recht

Viele Menschen, die heute mit anschauen müssen, wie ihre Lebenswelt gefährdet und zerstört wird, kommen sich vor, als würden sie vergewaltigt. Hilflos stehen sie als einzelne einem polit-ökonomischen Prozeß gegenüber, der über sie und ihre Welt hinweggeht durch dick und dünn. Ihre Grundrechte sind stumpf geworden in der sterbenden Umwelt; auf sie können sich die Menschen in ihrer Rechtsnot gegenüber Lärm und Dreck, Staub und Gift je länger, desto weniger verlassen. Die helfen am ehesten denen, die sich weiterhin – mit mehr oder weniger großer Rücksichtslosigkeit – auf Kosten der Umwelt dynamisch entfalten wollen. Zu allgegenwärtig ist die Bedrohung, zu unmöglich ist es, Störer zu identifizieren und haftbar zu machen. „Grundrechte helfen nicht; Schutznormen braucht ihr!“ – sagen die Juristen, die es wissen müssen.

Es ist, als schickte sich die Menschheit an, unserer gütigen Mutter Natur das Leben, das in ihr keimt und sprießt, in planetarischem Umfange abzutreiben. Zwar gibt es Anzeichen von Besinnung und Umkehr. Hier und dort sind erste Erfolge zu erkennen. Doch die Inkubationszeiten vieler Vergiftungs- und Schädigungsvorgänge, die wir noch nicht zuverlässig kennen, beginnen eben erst zu laufen.

Wir haben es nicht mehr nur mit Zeichen an der Wand zu tun, die wahrzunehmen sich die Unempfindsamen unter uns so beharrlich geweigert haben, sondern mit manifesten Großschäden an Flora, Fauna und Menschen. Zwar gibt es noch Politiker und Juristen, die immer noch so tun, als ginge es um verschwindend kleine, harmlose, fast lächerliche Restrisiken, deren Realisierung so unwahrscheinlich ist, daß man sie in Kauf nehmen kann. Doch das hat mehr mit eingefahrenen geistigen Gewohnheiten, Trägheiten und abgestumpften Sinnen zu tun

als mit tatsächlichen Wahrnehmungs- und Erkenntnisvorgängen: Ältere Leute reagieren häufig so, daß sie, wenn sie eine gefährliche Straße überqueren müssen, lieber gar nicht erst hinschauen, sondern mit den Informationen, durch die sie verunsichert werden könnten, einfach dadurch fertig werden, daß sie sie nicht aufnehmen: „Vermeidung von kognitiven Dissonanzen“ durch instinktsichere Abschirmung gegenüber unwillkommenen Informationen.

## **1. Einerseits: Rechtmäßige Umweltgefährdung**

Es gibt illegale Umweltverschmutzer. Um die aber geht es mir hier und heute nicht. Die Hauptmassen der Abgase, Stäube und sonstigen Belastungen von Luft, Wasser und Boden werden legal produziert und legal in die Umweltmedien Luft, Wasser und Boden eingebracht.

Aus Tausenden von Schloten blasen wir mit behördlicher Genehmigung Rauch und Staub in die Luft. Aus Millionen von Auspuffen strömen mit staatlichem Wissen und Wollen Millionen Tonnen von Abgasen in die Umwelt. Ähnlich verhält es sich mit der Vergiftung von Wasser und Boden. Wo die obrigkeitliche Genehmigung fehlt, dort bedarf es ihrer häufig gar nicht erst.

Es geht bei der massenhaften Einbringung von Schadstoffen in die Umwelt also durchaus mit rechten Dingen zu! Unsere Gerichte bis hinauf zum Bundesverwaltungsgericht und zum Bundesverfassungsgericht wachen darüber. Versucht eine Behörde, die zugelassenen Emissionen und Immissionen durch strengere Anforderungen zu reduzieren, läuft sie Gefahr, gerichtlich auf den rechten Weg zurückbeordert zu werden.

Die Planer und die Betreiber der emittierenden Anlagen haben ein gesetzliches Recht darauf, den Rauch und Staub auch wirklich in die Luft zu blasen, den die Grenzwerte zulassen. Jedenfalls werden sie so behandelt. Dementsprechend haben die betroffenen Anlieger und die näheren oder ferneren Nachbarn die ordentliche Pflicht und Schuldigkeit, den Rauch und Staub ohne rechtliches Murren einzuatmen und zu schlucken.

In den Verwaltungs- und Gerichtsverfahren, durch die wir uns zur kollektiven ökologischen Gaskammer verurteilen, wird for-

melles und materielles Recht peinlich genau eingehalten. Dies ist um so eher möglich, je stärker die Klage- und Abwehrmöglichkeiten beschnitten oder zunehmend restriktiv interpretiert werden. Schließlich darf das Prinzip von der ausgeschlossenen Popularklage keinen Schaden nehmen.

Die Rechtswissenschaftler tun das Ihrige, indem sie zu den Gesetzen und zur Praxis innerhalb der Toleranzen von Normtexten und innerhalb des Rasters ihres jeweiligen dogmatischen Laufstalles Stellung beziehen: manchmal kritisch, meist aber eher affirmativ. Daß etwas schon im Ansatz und grundlegend falsch sein könnte: auf diese Idee kommt fast keiner – allenfalls einige Außenseiter, die der umweltschutzrechtliche Großbetrieb von Wissenschaft und Praxis natürlich nicht ernst nehmen kann. Sensible Naturen haben praktisch kein faktisches und kein rechtliches Gehör, wenn der moderne Golem aus Zivilisation, Kapital und Technik lärmend voranschreitet.

## **2. Andererseits: Rechtswidrige Umweltschäden**

Geht wirklich alles mit rechten Dingen zu? Ist es rechtmäßig, wenn vergiftete Niederschläge Flora und Fauna massenhaft abtöten? – und zwar Niederschläge, die nicht aus Vulkanen stammen, sondern aus jenen staatlich genehmigten oder freigegebenen menschlichen Aktivitäten hervorgehen, von denen soeben die Rede war? Ist es rechtmäßig, wenn die einen etwas tun, was andere in großem Stil gefährdet und schädigt? Rechtfertigt das Gemeinwohl diese Gefährdung und Schädigung der Bürger untereinander derart, daß die Schäden rechtmäßig sind und es damit sein Bewenden hat?

Als unsere Grundrechtskultur noch nicht so weit entwickelt war, als unser Rechtsstaat noch in den Kinderschuhen steckte: in einer Zeit also, auf die wir, die wir es mit unserem Grundgesetz so herrlich weit gebracht haben, mit Fortschrittsstolz zurückblicken, – damals also galt zwar auch der Grundsatz: „Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen.“ Aber schon damals galt: „Dagegen ist der Staat demjenigen, welcher seine beson-

deren Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen, gehalten“ (§§ 74, 75 Einleitung zum Allg. Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794).

Ich glaube auch nicht, daß der Grundgesetzgeber diese Prinzipien aufweichen wollte, als er in Art. 14 Abs. 3 GG statuierte: „Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt.“ Im Gegenteil: Diese strengere Fassung wurde aufgenommen, um dem vorzubeugen, daß der Gesetzgeber, wie unter der Weimarer Reichsverfassung, den Eigentumsschutz durch enteignende Regeln ohne Entschädigung aushöhlt.

Tatsächlich werden alle diejenigen, deren Wälder und Äcker, deren Gesundheit und Lebenstüchtigkeit durch Umweltvergiftung geschädigt werden, genötigt, ihre „besonderen Rechte und Vorteile“ einem vermeintlichen „Wohle des gemeinen Wesens“ aufzuopfern. Es braucht an dieser Stelle jedoch nicht darauf eingegangen zu werden, ob und in welchem Umfang solche Schäden nach allgemeinen Entschädigungsgrundsätzen zu entschädigen sind.

Bei den Immissionen nämlich, um die es bei den Wäldern vor allem geht, ergibt sich aus dem Bundes-Immissionsschutzgesetz: „Genehmigungsbedürftige Anlagen sind 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 (...)“ (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG). Wenn dann doch schädliche Umwelteinwirkungen hervorgerufen und Eigentum nennenswert nachteilig getroffen wird, dann stehen diese Folgen mit dem Gesetz in Widerspruch. Sie sind gesetzeswidrig. Sie sind rechtswidrig, jedenfalls, soweit sie durch Immissionen mitverursacht werden, die aus den genehmigungsbedürftigen und genehmigten Anlagen herrühren.

§ 14 S. 2 BImSchG\* zeigt, daß auch das Gesetz selbst die Schäden als rechtswidrig behandelt, soweit nicht anderweitige nachbarrechtliche Befugnisse ausnahmsweise den privaten Über-

\* Siehe Fußnote auf gegenüberstehender Seite.

griff auf die Rechte des anderen rechtfertigen: Die spezifische immissionsrechtliche Gefährdungshaftung dieser Bestimmung sorgt für den Ausgleich des rechtswidrigen Opfers, das den Betroffenen abverlangt wird.

### 3. Widersprüche

Das Bundes-Immissionsschutzgesetz legalisiert einerseits den Betrieb von Anlagen nur, wenn sie so errichtet und betrieben werden, daß Umweltschäden gar nicht vorkommen können. Das Bundes-Immissionsschutzgesetz bedenkt und regelt jedoch zugleich die Schäden, die erwartet werden. Die schönen Worte, wonach Gefahren und Schäden eigentlich ausgeschlossen sein sollen, sind also nicht ganz ernst gemeint. Man spricht davon, der Gesetzgeber habe mit dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG, der an sich streng und eindeutig ist, nicht alle Risiken ausschließen wollen, sondern ein „Restrisiko“ durchaus in Kauf genommen. Wie recht diese Interpreten damit haben, daß der Gesetzgeber nicht wörtlich und nicht ernst gemeint hat, was er in § 5 Abs. 1 Nr. 1 fordert, zeigen die Vorschriften über den Schadensersatz und über die nachträglichen Anordnungen: Das Risiko ist nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern gewollt. Der Anlagenbetreiber wird durch die Genehmigung sogar privilegiert. Er wird selbst für den Fall noch geschützt, daß Schäden eintreten, die gar nicht hervorgerufen werden dürften.

Die rechtmäßigen, staatlich riskierten und protektionierten Umweltgefährdungen lösen rechtswidrige Folgen aus. „Primär“, bei der Genehmigung und beim primären Rechtsschutz gegen die Genehmigung, wird also etwas legalisiert, was sich dann in Gestalt seiner Wirkungen und beim „sekundären“ Ausgleich als rechtswidrig erweist. Zwar ist das nicht ganz ungewöhnlich. Ähnliche Situationen kennen wir aus anderen Tat-

\* § 14 BImSchG hat folgenden Wortlaut:

Ausschluß von privatrechtlichen Abwehransprüchen

<sup>1</sup> Auf Grund privatrechtlicher, nicht auf besonderen Titeln beruhender Ansprüche zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen von einem Grundstück auf ein benachbartes Grundstück kann nicht die Einstellung des Betriebs einer Anlage verlangt werden, deren Genehmigung unanfechtbar ist; es können nur Vorkehrungen verlangt werden, die die benachteiligenden Wirkungen ausschließen. <sup>2</sup> Soweit solche Vorkehrungen nach dem Stand der Technik nicht durchführbar oder wirtschaftlich nicht vertretbar sind, kann lediglich Schadensersatz verlangt werden.

beständen der Gefährdungshaftung. Bemerkenswert ist hier jedoch, daß im Gesetz die Gefährdungen, um die es geht, eigentlich wortwörtlich ausgeschlossen, dann aber tatsächlich in Kauf genommen, privilegiert und zum Gegenstand von Ausgleichsansprüchen gemacht werden: In der Psychologie würde man von „Verdrängung“ sprechen, von einem Vorgang also, bei dem vor dem Bewußtsein nicht bestehen kann und daher „verdrängt“ wird, was man in Wirklichkeit gar nicht lassen, sondern haben will: Mache mich nicht naß, aber wasche mir den Pelz!

Wo sogar der Gesetzgeber sich wörtlich und wohltonend zu einem Nachbarschutz bekennt, den er durch Verkürzung von Nachbarrechten prompt rechtstechnisch Lügen straft, dort muß man es mit tiefsitzenden Mechanismen der Selbsttäuschung zu tun haben. Und der Gesetzgeber steht damit nicht allein: Exekutive, Judikative und Rechtswissenschaft sind Mittäter der primären umweltschutzrechtlichen Risikofreudigkeit, welche sich nach einer gewissen Latenz- und Inkubationszeit in rechtswidrigen Schäden manifestiert. Man kann nicht immer Risiken im großen Stil bejahren, ohne allmählich von realisierten Risiken eingeholt zu werden. An ihren Früchten sind die Inkonsistenzen zwischen schönen nachbarschützenden Worten und nachbarrechtsverkürzenden Taten zu erkennen.

Geht man der Sache nach und fragt, wie es zu solchen Inkonsistenzen kommen kann, so stößt man auf einen dogmatischen Komplex, der das umweltschutzrechtliche Denken beherrscht und in verhängnisvoller Weise grundlegend vorstrukturiert: auf das Schutznormsyndrom der Grundrechtsdogmatik. Das Bundes-Immissionsschutzgesetz, das allem Anschein nach ein Schutzgesetz gegen Immissionen ist, fungiert tatsächlich als ein Schutzgesetz für die Emissionen, die die Immissionen hervorrufen, gegen die dann geschützt werden muß. In die Rechte derer, die es zu schützen vorgibt, greift das Gesetz zunächst einmal ein. Und insofern ist das Bundes-Immissionsschutzgesetz nur die augenfälligste Konkretisierung eines dogmatischen Geistes, der in sehr umfassender Weise zu schützen glaubt, wo er Eingriffe rechtfertigt.

## II. Implikationen der Schutznormdoktrin

### 1. Die Schutznormtheorie

Wer etwas vom Staat verlangt, braucht dafür eine Anspruchsgrundlage. Das ist ein öffentlich-rechtlicher Gemeinplatz. Im Bereich der Freiheitsgrundrechte gilt dieser Grundsatz ebenfalls mit besonderer Strenge, und zwar insofern, als die Freiheitsgrundrechte die verfassungsgesetzliche Anspruchsgrundlage für das Recht des Bürgers abgeben, ungerechtfertigte staatliche Eingriffe abzuwehren. Man sagt, die Grundrechte seien als negatorische Abwehransprüche „self-executing“. Wer dagegen vom Staat mehr als eine Unterlassung fordert, also etwas Positives, kann sich auf die in der Regel bloß negatorisch wirkenden Grundrechte nicht berufen, sondern braucht eine Anspruchsgrundlage des einfachen Rechts.

Nach ganz herrschender Meinung gilt dies auch für den Fall, daß ein Bürger vom Staat Schutz begehrt gegenüber einem anderen Bürger: Er muß sich auf eine Norm berufen können, die auch sein Individualinteresse zu schützen bestimmt ist. Das ist der Inhalt der Schutznormlehre: selbstverständlich, vollkommen unverdächtig. Wer kann da vermuten, daß die Schutznormtheorie im Ergebnis vielfach auf Schutzverweigerung hinausläuft? Sie gewährt nämlich im entscheidenden Punkt gerade keinen Schutz, sondern versagt bei den Grundrechten dem Bürger den absoluten Rundumschutz. Das wird überall dort verhängnisvoll, wo der ursprüngliche, im Ansatz lückenlose und nur durch Einzelbefugnisse durchbrochene Zivilrechtsschutz von Freiheit, Eigentum und Gesundheit durch öffentlich-rechtliche Rechtsverkürzungen außer Kraft gesetzt worden ist. Dieser eigenartige Effekt macht eine Rückbesinnung auf die Entwicklung des Schutznormdenkens erforderlich.

### 2. Herkunftsstränge der Schutznormtheorie

#### a) Zivilrechtsdogmatik

Seine spezifische Bedeutung hat der Ausdruck „Schutznorm“ schon in der Zivilrechtsdogmatik erhalten: Wenn einem Bürger kein „absolutes Recht“ i.S. des § 823 Abs. 1 BGB zur Verfü-

gung steht (Freiheit, Eigentum, Gesundheit), mit dem er sich rundum gegenüber jedermann verteidigen kann, bedarf er einer speziellen Schutznorm, die sein besonderes Interesse gegenüber demjenigen schützt, der es verletzt (§ 823 Abs. 2 BGB). „Schutznormen“ helfen dem Bürger im Zivilrecht also dort weiter, wo kein absolutes Recht verletzt wird, sondern nur ein über den absolut geschützten Rechtsbestand hinausreichendes, rechtlich geschütztes Interesse. Dort, wo die Schutznormen herkommen, sind sie ein Mittel, um den negatorischen perfekten Rundumschutz, den die absoluten Rechte in der Drittrichtung vermitteln, um den relativen Schutz von Sonderinteressen zu erweitern.

#### *b) Anspruch auf polizeiliches Einschreiten*

Das Schutznormmodell des Zivilrechts paßte dann recht gut auf das öffentlich-rechtliche Problem eines Anspruchs auf polizeiliches Einschreiten, sowie auf das Problem des „subjektiven öffentlichen Rechts“ (einfachen Rechts) überhaupt. Wo es im öffentlichen Recht nicht um die bloße Abwehr staatlicher Eingriffe ging, die ganz nach dem zivilrechtlichen Modell der absoluten Rechte begriffen und konstruiert wurde, sondern darum, daß der Bürger vom Staat eine positive Leistung wollte, dort wurde ihm dieses Mehr an Rechten nur zugesprochen, wenn er sich auf eine (auch) sein Individualinteresse schützende Norm berufen konnte. Paradigmatisch dafür war der Anspruch des Bürgers darauf, daß der Staat in Gestalt seiner Polizei mehr als nur den üblichen zivilgerichtlichen Rundumschutz gegenüber dem anderen Bürger gewähren, nämlich „polizeilich einschreiten“ sollte. Für dieses Plus an Schutz bedurfte es der zusätzlichen, öffentlich-rechtlichen Anspruchsgrundlage. Dabei konnte davon ausgegangen werden, daß der Schutz im Bürger-Bürger-Verhältnis an sich zivilrechtlich perfekt war und daß insbesondere Freiheit, Eigentum und Gesundheit einen Rundum-Panzer verliehen, den andere Bürger nur durchstoßen durften, wenn sie dazu durch besondere Befugnis zivilrechtlich „befugt“ waren.

#### *c) Teilhaberechte*

Ganz ähnlich ist die Lage bei den sozialen Teilhaberechten: Auch hier verlangt der Bürger ein Mehr, und man ist sich weitgehend einig darin, daß der Bürger, wenn er soziale Leistungen in Anspruch nehmen möchte, wiederum einer Norm bedarf, die ihm diese positive Leistung zuspricht. Allenfalls auf das Existenzminimum hat er womöglich einen direkt aus den Grundrechten ableitbaren Anspruch.

Und jetzt beginnt ein eigenartiger Vorgang: Die Grundrechtsdogmatiker haben sich im öffentlichen Recht so sehr daran gewöhnt, daß es für den Bürger nichts ohne spezielle Schutznorm gibt, daß sie dieses Raster nun auf das Bürger-Bürger-Verhältnis zurückübertragen, von woher ja die Schutznorm-Figur ursprünglich stammte. Wenn also ein Bürger die Umwelt gefährdet oder schädigt, in der andere Bürger mit ihrer Freiheit, ihrem Eigentum und ihrer Gesundheit leben, dann denkt der Grundrechtsdogmatiker nicht an den alten und klassischen Rechtsschutzanspruch des Bürgers, der vom Rechtsstaat verlangt, ihm Rechtsfrieden vor Angriffen seiner Mitbürger zu verschaffen, sondern der Grundrechtsdogmatiker denkt wie folgt: Der eine Bürger verlangt vom Staat Schutz gegenüber dem anderen Bürger, also eine Leistung. Wenn der Staat etwas leisten soll, so hat man es nicht mit dem Rechtsstaat, sondern mit dem Sozialstaat zu tun. Der aber ist, wenn spezielle Schutznormen einfachen Rechts fehlen, aus der Verfassung nur verpflichtet, das Existenzminimum zu schützen. Also hat der eine Bürger nur dann einen Anspruch gegen den Staat, ihn vor den Angriffen anderer Bürger zu schützen, wenn es ihm ans „ökologische Existenzminimum“ geht.

#### *d) Verkehrung des zivilrechtlichen Schutznormprinzips ins Gegenteil*

Das Ergebnis dieses grundrechts- und sozialstaatsdogmatischen Gedankenganges ist, daß der eine Bürger den anderen Bürger belästigen, gefährden, stören und schädigen darf, wenn nicht gerade einmal eine Schutznorm im Wege ist und solange er ihn eben noch existieren läßt. Nach einer anderen Formel findet das Recht auf Belästigung, Gefährdung, Störung und

Schädigung des Nächsten seine Grenze dort, wo es den anderen „schwer und unzumutbar“ trifft.

Wird die dem zivilrechtlichen Bürger-Bürger-Verhältnis abgesehene Schutznormlehre nach ihrer Rezeption in der Grundrechtsdogmatik dem Bürger-Bürger-Verhältnis wieder übergestülpt, so sind ihre Wirkungen invers und umgedreht: Im Zivilrecht genöß, wer Freiheit, Eigentum und Gesundheit hatte, absoluten Schutz, und durch zivilrechtliche Schutznormen erhielt er eine Zugabe an relativ wirkendem Schutz. Wollte ein anderer Bürger z. B. auf das Eigentum einwirken, so bedurfte er als derjenige, der über seine eigene Sphäre hinaus und in die fremde eindringen wollte, einer extra Befugnisnorm, die sein spezielles Einwirkungsinteresse zu schützen bestimmt war. In der Grundrechtsdogmatik dagegen liefert die Schutznorm keine Zugabe zum vorausgesetzten, absoluten Rundumschutz der Grundrechte, sondern bewirkt, daß dieser „absolute“ Rundumschutz, den Angreifer nur durchdringen konnten, wenn sie eine Befugnisnorm vorweisen konnten, wegfällt. Nun hat der Angreifer ohne spezielle Befugnisnorm freie Fahrt und die Grundrechtsträger können sich ihrerseits nur wehren, wenn sie zur Abwehr durch „Schutznormen“ befähigt wurden.

Früher konnten die staatlichen Gerichte in Anspruch genommen werden, sobald ein anderer ohne spezielle Befugnisnorm auf Freiheit, Gesundheit oder Eigentum einwirken wollte, und die Gerichte durften dem Bürger diesen Schutz nicht verweigern. Niemand kam auf den absurden Gedanken, diesen rechtsstaatlichen Gerichtsschutz, den der eine Bürger vom Staat gegen den Angreifer erhielt, als sozialstaatliche Gnade anzusehen, die erst einsetzte, sofern der eine dem anderen so zusetzte, daß dessen Existenzminimum berührt wurde. Jetzt aber, da der Bürger Grundrechtsschutz genießt und im modernen Sozialstaat wohnt, ergibt sich aus der sozialstaatlich moderierten Schutznormtheorie, aufs Bürger-Bürger-Verhältnis angewendet, daß von Grundrechts wegen der private Angreifer mit seinem privaten Opfer ohne besondere Befugnisnorm bis zur Schwelle des Existenzminimums machen kann, was er will. Der Sozialstaat und die Schutznormtheorie machen es möglich.

Aus der sinnvollen zivilrechtlichen Schutznormtechnik ist damit eine pervertierte sozialstaatliche Schutznormdoktrin geworden: Indem man sie anwendet, stattet man private Angrei-

fer gegenüber privaten Opfern mit Einwirkungsbefugnissen aus, die alles andere sind als „sozial“. Und im gleichen Atemzuge wird dem privaten Opfer der klassisch-rechtsstaatliche Rundumschutz gegenüber Angreifern grundrechtsdogmatisch abgesprochen. Die kuriose Verquickung des Anspruchs auf Rechtsschutz mit sozialstaatlichem Denken und der Re-Import der grundrechtsdogmatischen Schutznormdoktrin in genuin zivilrechtliche Bürger-Bürger-Konfigurationen pervertiert also buchstäblich die Grundstrukturen des Rechtsschutzes.

### **3. Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff**

Die Schutznormtheorie wird auch noch aus einem weiteren Grund zur Doktrin: Trotz aller grundrechtsdogmatischen Innovationen (vom Institut über die objektiven Werte und die Teilhabedimension bis hin zu Maßstäben für Verfahren und Organisationen) wird die Freiheit immer noch vor allem als Eingriffsfreiheit begriffen, und zwar mit Recht, aber auch mit falschen Hintergrundvorstellungen. Freisein ist danach zunächst einmal gleichbedeutend mit Abwehr staatlicher Freiheitshindernisse. Das erscheint plausibel, wird aber prekär, wenn das, wozu der eine frei sein will, die gleiche Freiheit anderer beeinträchtigt.

Wenn ein Bürger A (Angreifer) den Staat abwehrt, indem er sich gegenüber dem Staat auf seine „Eingriffsfreiheit“ beruft, dann bedeutet das zugleich, daß er nicht mehr staatlich gehindert wird, auf den anderen Bürger O (Opfer) einzuwirken. So transformieren die Grundrechtsdogmatiker die „Freiheit vom staatlichen Eingriff“ des A in seine „Freiheit zum privaten Eingriff“. Eingestehen kann man sich diesen Trick freilich nicht. Man weiß gar nicht, was man dogmatisch eigentlich tut und anrichtet.

Wiederum decken sich diese verdrängten Grundmuster grundrechtsdogmatischer Sprechweisen mit dem, was die Schutznorm an privaten Eingriffsbefugnissen hergibt. So wird aus der Schutznormdoktrin ein Schutznormsyndrom: ein ganzer Komplex verkehrter und verkehrender Denkstrukturen, die zu entsprechenden verkehrten und verkehrenden Entscheidungen

hinführen: Wo von „Schutznorm“ die Rede ist, werden Eingriffsbefugnisse konstituiert und wird Schutz versagt; wo von der „Abwehr“ staatlicher Eingriffe die Rede ist, werden private Eingriffe in private Rechte legalisiert.

In jedem Falle werden aggressive Tendenzen im Bürger-Bürger-Verhältnis rechtstechnisch unterstützt und defensive rechtstechnisch geschwächt. Dann darf man sich nicht wundern, wenn aus all den legalisierten und freigesetzten Angriffen und aus all den verkürzten Verteidigungsmöglichkeiten am Ende summierte Schäden, Großschäden, Umweltschäden herauskommen. Wo die Bürger sich gegenüber dem Mitbürger ihrer höchst eigenen grundrechtlich geschützten Sphären von Freiheit, Eigentum und Gesundheit nicht mehr direkt erwehren können, weil ihnen im tiefsten dogmatischen Vorverständnis namens des Sozialstaats und der Schutznormtheorie der Schutz abgesprochen wird, dort können die Bürger sich und ihre kleine Welt nicht mehr effektiv verteidigen. Die Angreifer haben Vorfahrt, die anderen und ihre kleinen Welten, also die Umwelt überhaupt, zu belästigen, zu gefährden, zu stören und zu schädigen. Vom öffentlichen Recht her ist da kaum Hilfe zu erwarten; denn die Öffentlichrechtler haben die grundrechtsdogmatische Schutznormtheorie ausgebrütet und werden dieses ihr Kind nicht so bald verleugnen. Aber die Zivilgerichte könnten sich auf ihre klassischen, rechtsstaatlichen Rechtsschutzaufgaben besinnen und den Bürgern in ihrer Rechtsnot beispringen, wenn die grundrechtsdogmatisch entfesselten Inhaber von Freiheitsrechten auf sie losgelassen bleiben.

#### **4. Juristische Selbsttäuschung durch die Schutznormdoktrin**

Die Schutznormdoktrin und das Eingriffsabwehrdenken führen also dazu, daß in der Grundrechtsdogmatik (unbewußt) von einem ungeschriebenen Grundrecht ausgegangen wird, das etwa wie folgt lautet: „Jedermann hat das Recht, seine Umwelt im allgemeinen und seinen Nächsten im besonderen zu belästigen, zu gefährden, zu stören und zu schädigen, soweit ihn Schutzgesetze nicht daran hindern und sofern er das Recht des anderen auf das Existenzminimum nicht verletzt.“

Grundrechtsdogmatikern wird es schwer fallen zuzugestehen, daß ihrer Dogmatik eine Art von ungeschriebenem Grundrecht

auf Aggression zugrundeliegt, das eine Grundrechtsdogmatik von vielerlei Rücksichtslosigkeit und Unverantwortlichkeit gegenüber dem Mitbürger zur Folge hat. Die Selbsttäuschung sitzt zu tief, ist zu vollkommen zur zweiten dogmatischen Natur verinnerlicht, als daß sie schneller Ent-Täuschung zugänglich wäre.

Man nehme beispielsweise das Bundes-Immissionsschutzgesetz, von dem wir ausgegangen sind: Halten wir es nicht alle für das, was der Name verspricht: Für ein Schutzgesetz? Ist es das aber? Als im Jahre 1869 die gewerberechtliche Anlagenprivilegierung eingeführt wurde, die noch heute Technik, Systematik und Wirkung des Gesetzes beherrscht, war klar, worum es ging: Die lästigen Abwehrklagen des Zivilrechts wurden beschnitten. Noch heute steht über § 14 BImSchG: „Ausschluß von privaten Abwehransprüchen“. Wir haben es also nach der Rechtstechnik und den Überschriften mit einem Eingriffsgesetz zu tun.

Aber nicht die Rechtsverkürzung beim Nachbarn sehen wir als Eingriff an. Der braucht vielmehr eine Schutznorm, wenn er sich wehren will. Als Eingriff erscheint es uns vielmehr, wenn den Planern und Betreibern von Anlagen zugemutet wird, ihre Emissionen, also ihre Übergriffe in fremde Sphären, einzuschränken.

So sehr haben wir die Privilegien der Emittierungs-Aggressivität einerseits und die Verkürzung der Immissions-Defensive andererseits als scheinbar ausgeglichene Ausgangslage verinnerlicht, daß wir auf den Namen des Gesetzes hereinfallen und für positiven Schutz von Nachbarn halten, was nach wie vor Privilegierung der Anlagenbetreiber bei allenfalls zaghafter Beschränkung derjenigen Einschränkungen ist, die dem scheinbar vor allem geschützten Nachbarn auferlegt werden. Die Freiheitsvermutung bringen wir nicht defensiv bei den Nachbarn, sondern nur aggressiv bei den Anlagenbetreibern ins Spiel.

### III. Rekonstruktion der Schutznormdoktrin

#### 1. Herausforderungen der Grundrechtsdogmatik

##### a) Verantwortung von Wissenschaft und Rechtsprechung

Wir haben es bei dem „Schutznormsyndrom“ mit einem eigenartigen, ungewohnten Befund zu tun. Daß der Bürger ein Gesetz übertritt, ist eine geläufige Vorstellung – auch, daß Gerichte behördliche Entscheidungen aufheben, wenn sie nicht mit dem Gesetz oder mit der Verfassung vereinbar sind. Selbst der Gesetzgeber muß es sich gefallen lassen, daß seine Entscheidungen vom Bundesverfassungsgericht korrigiert werden. Heute aber geht es um eine Doktrin der Rechtswissenschaft, die über Normgebung, Verwaltungspraxis und Rechtsprechung Auswirkungen zeigt, die Zweifel daran wecken, ob die Doktrin verfassungsgemäß ist: In den Grundrechtsvorschriften unserer Verfassung steht nirgends etwas davon, daß jedermann das verfassungsmäßige Recht darauf habe, seinen Nächsten zu belästigen, zu gefährden und zu stören, bis daß ein einfaches Schutzgesetz zugunsten des Nächsten ihn daran hindere. Vielmehr finden die Freiheitsrechte des Grundgesetzes ihre Grenzen und Schranken an den gleichen Rechten und Freiheiten des Nächsten, und zwar direkt auf Grund der Verfassung: verfassungsunmittelbar. Also ist eine Doktrin, die die gleichen Freiheitsrechte der anderen praktisch außer Kraft setzt, allem Anschein nach verfassungswidrig.

Wir Grundrechtswissenschaftler können daher bei der Schutzverweigerung, die mit der Schutznormdoktrin verbunden und die mitursächlich ist für Schutzdefizite der Umwelt, nicht abseits stehen. Wir dürfen nicht einfach unsere Hände in Unschuld waschen und sagen: „Das liegt nicht in unserer Verantwortung. Da handelt es sich um politische Entscheidungen. Da muß der Gesetzgeber handeln. Da dürfen wir uns gar nicht einmischen.“ Ein solches „scientific restraint“ der Grundrechtswissenschaftler ist fehl am Platze, wo es sich um unser ureigenstes Metier, nämlich um Grundrechtsdogmatik handelt, und zwar um eine Doktrin, von der Auswirkungen ausgehen, die Eigentum, Gesundheit und Leben insgesamt betreffen. Verfassungsrechtswissenschaftler also, die Augen haben zu sehen und

Ohren haben zu hören, können nicht länger verdrängen, daß und in welchem Umfang womöglich Gefahren für die Grundrechte drohen, wenn weiterhin mit grundrechtsdogmatischen Maßstäben gearbeitet wird, wie sie der Schutznormdoktrin zugrunde liegen.

##### b) Symptome einer Vergreisung der Grundrechtsdogmatik

Auch wenn man von den aktuellen, umweltschutzrechtlichen Symptomen absieht, stellt der Zustand der Grundrechtsdogmatik als solcher eine Herausforderung dar an jeden, der von einer Grundrechtswissenschaft mehr erwartet als ein unübersichtliches Sammelsurium historisch entwickelter Schutzperspektiven und Dimensionen der Grundrechte. Zu welchen widersprüchlichen Aufgaben mußten und müssen die Grundrechte nicht alles erhalten: Sie schützen zum einen den „rechts- und staatsfreien Raum“ des Bürgers gegen ungerechtfertigte Eingriffe des Staates. Sie schützen andererseits als Institutionen jedoch gerade den Inbegriff von staatlichen Rechtsnormen, die in jenem „Raum“ gelten, der eben noch als staats- und rechtsfrei definiert worden war. Während sie klassischerweise nur auf Unterlassung gerichtet waren, genügte ein wenig dogmatischer Erfindungsgeist, um ihnen heute derivative Teilhabefunktionen abzugewinnen. Eigentlich sind sie, die Grundrechte, ja subjektive Rechte des Bürgers gegenüber dem Staat, – aber sie sind auch objektive Normen, Wertentscheidungen, Verfahrens- und Organisationsmaßstäbe. Und alles das sind und können die Grundrechte, ohne daß dabei durch eine auch nur annähernd einheitliche Grundbegrifflichkeit Zusammenhänge oder gar systematische Bezüge zwischen den Funktionen und Maßstäben sichtbar würden.

Kommt eine Wissenschaft mit der stimmigen Deutung ihres Gegenstandes derart ins Hintertreffen und verfährt sie eher wie Jäger und Sammler, bespöttelt sie das Systemproblem gar als „Suche nach der blauen Blume“, – dann muß diese Disziplin, damit ihr Selbstbewußtsein nicht zugrundegeht, ihre Zusammenhanglosigkeit und Widersprüchlichkeit sorgfältig verdrängen oder ihre eklektizistische Not zur pluralistischen Tugend verklären. Die Theorie der Entwicklung von Wissenschaft hat uns darüber aufgeklärt, daß es sich dabei um typische Symptome wissenschaftlicher Vergreisung handelt.

Die Paradigmata einer Grundrechtswissenschaft, die sich in Widersprüche verstrickt, voller Anomalien steckt und zu immer neuen Behelfskonstruktionen greifen muß, statt mit dem begrifflichen Rüstzeug ihrer Paradigmata arbeiten zu können, sind unfruchtbar geworden. Was hier Not tut, ist Arbeit an den Paradigmata der Wissenschaft. Alles andere läuft auf ein Herumkurieren an den Symptomen einer Grundrechtsdogmatik hinaus, die Fortschritte nicht mehr *mit Hilfe* ihrer Paradigmata von Freiheit und Gleichheit erzielen kann, sondern nur noch *trotz* ihrer veralteten ursprünglichen Paradigmata und im Gegensatz zu den begrifflichen Strukturen, nach denen sie ehemals angetreten ist.

## 2. Gleiche Freiheit aller

Das unbewältigte Problem der Grundrechtsdogmatik in den Fällen privater Eingriffe in die Freiheit Privater hängt damit zusammen, daß es sich um ein Bürger-Bürger-Verhältnis der Gleichberechtigung handelt, das wir Grundrechtsdogmatiker mit den unangemessenen Maßstäben grundrechtlicher Freiheit behandeln: Freiheitsvermutung, Rechtfertigungsbedürftigkeit des staatlichen Eingriffes, Übermaßverbot und Willkürverbot.

Regelt der Staat das Verhältnis der Bürger untereinander, so ist die Freiheit des einen stets die Pflicht des anderen, und der Aktivposten, der dem einen auf Konto „Entfaltung“ gutgebracht wird, löst jeweils die Gegenbuchung auf der Passivseite der Entfaltungskonten von anderen aus. Solche asymmetrischen Buchungsvorgänge, – solche Privilegierungen des einen zu Lasten des anderen mögen durchaus im öffentlichen Interesse sein, so daß es nicht ganz abwegig ist, das vertraute und gewohnte Eingriffsschema anzuwenden und z. B. zu fragen, ob die mit der Privilegierung des einen verbundenen Belastungen der anderen überhaupt „gerechtfertigt“, „geeignet“, „erforderlich“ und „verhältnismäßig“ sind. Tatsächlich jedoch wird alles das nicht einmal geprüft, sondern, z. B. beim Eigentum, die Grenze der mit der Bevorzugung des einen verbundenen Inpflichtnahme und Belastung des anderen erst dort gesehen, wo das Opfer „schwere und unzumutbare“ Belastungen hinnehmen muß.

Was ist das für eine eigenartige Dogmatik, die die Willkür des einen Bürgers gegenüber dem anderen Bürger so unbefangen über den gleichen Leisten schlägt wie Eingriffe des Staates in die Rechte des Bürgers, – so, als sei jeder Eigentümer eine kleine Obrigkeit, die ihren Nachbarn bis zur Grenze der „schweren und unzumutbaren Belastungen“ in Anspruch nehmen darf?

### a) Eingriffsfreiheit, Freiheitsvermutung, Übermaßverbot

Steht der Staat einem einzelnen Bürger gegenüber, so daß staatliche Inpflichtnahme diesen und nur diesen Bürger betrifft und in seiner Freiheit einschränkt, dann und genau dann paßt das Schema von Eingriffsfreiheit, Freiheitsvermutung und Übermaßverbot ohne nennenswerte Ergänzungen und Modifikationen. Auf diesen und nur diesen Fall ist die „Freiheitsvermutung“ zugeschnitten, nach welcher der Staat nicht ohne Grund die Freiheit des Individuums beschneiden darf und nach welcher im Zweifel für die Freiheit entschieden werden muß.

### b) Gleiche Freiheit aller, Gleichheitsvermutung, Ausgleichsgebot

Hat man es dagegen nicht mit dem Verhältnis zwischen dem Staat und einem einzigen Einzelnen zu tun, sondern mit dem eigenartigen Dreiecksverhältnis, an dessen Basis zwei oder mehr Bürger einander gegenüberstehen und an dessen Scheitel der Staat die Spielregeln bestimmt, nach denen sie miteinander verfahren dürfen, dann darf der Staat zwar auch (im Sinne der Freiheitsvermutung) in die Freiheit dieser Bürger insgesamt nicht ohne Grund und auch nicht übermäßig eingreifen, – doch dann gilt für die Regelung dessen, was die Bürger einander tun dürfen, gerade nicht die Freiheitsvermutung, sondern die Gleichheitsvermutung.

Sobald der Staat die Spielregeln, die die Bürger untereinander beachten müssen, zugunsten des einen und zu Lasten des anderen aus der ursprünglichen oder hypothetischen Gleichgewichtslage hinaus verschiebt, läuft das auf Privilegierung und Deprivilegierung hinaus. Die Privilegierung muß dann, wenn

man schon die üblichen Maßstäbe entsprechend anwenden will, als solche überhaupt im Hinblick auf legitime Zwecksetzungen der Gemeinschaft gerechtfertigt, geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein. Und eben eine solche Privilegierung ist dann ohnehin in allen den Fällen „übermäßig“ und daher unzulässig, in denen die (aus welchen Gründen auch immer erforderlichen) Asymmetrien durch kompensatorische Asymmetrien (also durch Gegenrechte, Ausgleichsregeln oder Schadenersatzansprüche) kompensiert werden können und nicht kompensiert worden sind.

Mit dieser Gleichheitsvermutung wird übrigens nichts grundlegend Neues ins Rechtsdenken hineingetragen. Zivilrechtswissenschaftler etwa, die die Berührung mit den rechtsphilosophischen Grundlagen ihrer Disziplin noch nicht verloren haben, können mir mit Recht entgegenhalten, ich verzapfte nur alten Wein aus scheinbar neuen Schläuchen. Und doch handelt es sich für die Grundrechtsdogmatik um Maßstäbe und Strukturen, die ihr bisher so fremd waren, als hätte es privatrechtliche Grundprinzipien, die auch im Bereiche der Grundrechte eine Rolle spielen könnten, nie gegeben.

### *c) Klassischer Rechtsschutzanspruch des Bürgers*

Erinnern wir uns daran, daß der verhängnisvollen Schutznormdoktrin der Gedanke zugrundeliegt, nur die Freiheitsgrundrechte seien „self-executing“, während stets dann, wenn der Bürger mehr als nur die Unterlassung von Eingriffen vom Staat fordert, mindestens eine Schutznorm erforderlich sei. Diese Vorstellung aus dem sozial- und leistungsstaatlichen Teilhabedenken mag dort ihre Berechtigung haben, wo sich die Bürger nicht gegen den strengen Vater Staat wehren wollen, sondern zwecks Teilhabe an die Brüste der großen Mutter Gemeinwesen drängen. Für das Verhältnis der Bürger untereinander jedoch zeigt die Rechtsgeschichte und die Rechtsvergleichung, daß die erforderlichen Rechtsfindungsprozesse und Entscheidungen recht gut von selbständigen Richtern in Gang gebracht werden können, und auch wo der Richter nicht gleich eine Norm vorfindet, darf er den Richterspruch nicht einfach verweigern.

Sicher gibt es im Bereich des Privatrechts heute eine Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers. Aber der Richter, der ei-

nen Streit zwischen Bürgern entscheiden muß, sieht sich in einer ganz anderen Situation als der Verwaltungsbeamte und Verwaltungsrichter, der auf Antrag des Bürgers über ein „Recht auf Wohnung“, „Recht auf Arbeit“ oder über ein sonstiges Teilhaberecht befinden soll. Materielle Leistungen kann der Staat schwerlich gewähren, bevor er sie hat. Zur Produktion gerechter, ausgleichender Entscheidungen aber ist der Staat fähig, solange er eine Rechtsprechung zur Verfügung stellen kann und der Geist seiner Juristen ausreicht, mit dem Problem gleicher Freiheit der Bürger einigermaßen zurechtzukommen.

Erst recht kann der Staat durch seine Gerichte dem einen Bürger Abwehrschutz gegenüber dem anderen geben: Dieses Problem ist sogar harmloser und einfacher als die In-sich-Kontrolle des Staates, bei der staatliche Gerichte dem Bürger Schutz gegenüber dem selbst eingreifenden Staat gewähren. Während der Staat sich hierbei selbst auf die Finger schauen und Richter in eigener Sache werden muß, bleibt er als Richter über einen Abwehrstreit unter Bürgern in seiner klassischen Rechtsprechungsfunktion.

Dies alles gilt es zu bedenken, wenn die Frage ansteht, was die einen Bürger den anderen Bürgern an Immissionen zumuten dürfen, welche Ausgleichsansprüche sie dann haben und in welchem Verhältnis der Staat einerseits zu den emittierenden Angreifern und andererseits zu den immissionsbetroffenen Opfern steht. Die gängigen Klischees der Schutznormdoktrin helfen hier nicht weiter, sondern erschweren die Lösung.

## **3. Rekonstruktion der Schutznormdoktrin**

### *a) Schutznormen für die Opfer oder Eingriffsnormen für die Angreifer?*

Die Erschütterung der Schutznormdoktrin hat nicht zur Folge, daß alle die Normen, die wir bislang als „Schutznormen“ interpretiert haben, nun gleich verfassungswidrig oder sonst zweifelhaft wären. Auch im übrigen stürzt die juristische Welt nicht zusammen, wenn wir die ideologischen Scheuklappen der Schutznormdoktrin absetzen wie eine schlechte Brille, durch

die wir die Wirklichkeit nur verzerrt haben wahrnehmen können.

Wenn für das Verhältnis der Bürger untereinander, das der Gesetzgeber einrichtet, über das der Richter entscheidet oder über das der Rechtswissenschaftler nachdenkt, – wenn für dieses Bürger-Bürger-Verhältnis neben der Freiheitsvermutung, die beide Bürger gleichermaßen betrifft, die Gleichheitsvermutung als Gestaltungsmaxime gilt, dann bedarf die Abweichung von der Gleichheit so sehr der Rechtfertigung wie sonst schon die Einschränkung der Freiheit. Dann bedarf mithin nicht das Opfer einer Schutznorm, um sich gegen die Asymmetrie zu wehren, sondern es braucht der Angreifer eine Eingriffsnorm, die ihn dazu befugt und legitimiert, aus der Gleichgewichtslage der Bürger untereinander aus- und in die Rechts- und Freiheits-sphäre des anderen einzubrechen. Nicht wer sein gleiches Recht und seine gleiche Freiheit defensiv beansprucht, muß erst eine zusätzliche Schutznorm beibringen, sondern wer über die eigene Rechts- und Freiheits-sphäre hinaus und in die fremde eindringen will, muß dazu besonders gesetzlich befugt sein. Das ist klassische Rechtsethik und klassische Zivilrechtstechnik.

Der Staat, der asymmetrische Spielregeln zwischen Bürgern einrichtet, muß Gründe dafür haben, die es rechtfertigen, warum z.B. der eine Bürger gesetzlich ermächtigt wird, andere Bürger zu belästigen und zu stören, zu gefährden und zu schädigen. Ebenso muß der einrichtende Staat Sorge dafür tragen, daß diese Verschiebungen aus der Gleichgewichtslage, soweit irgend möglich, durch kompensatorische Rechte und Ausgleichsansprüche der Opfer ausgeglichen werden. Jede Asymmetrie und Privilegierung nämlich, die durch Ausgleichsregeln kompensierbar ist, aber nicht kompensiert wird, ist übermäßig: Sie verlangt vom Opfer mehr als unvermeidbar.

Wir müssen also viele derjenigen Normenkomplexe, in denen „Schutznormen“ herkömmlicher Art enthalten sind, neu interpretieren als Normenkomplexe mit Eingriffscharakter, die einen privaten Angreifer zu Lasten eines privaten Opfers bevorzugen und in denen nur das Opfer der davon Betroffenen „schützend“ begrenzt wird.

Wir dürfen nicht mehr nur auf das Maß an Aggressivität gegenüber dem Nächsten schauen, das diese Normen im Interesse der Betroffenen abschneiden, sondern müssen den Sockelbe-

trag an Aggressivität ins Auge fassen, der gesetzlich zugelassen und legalisiert wird. Und wo der Gesetzgeber untätig bleibt, so daß es zwischen den Betroffenen an einfach-rechtlichen Befugnisnormen für Einwirkung auf fremde Rechts- und Freiheits-sphären fehlt, dort rückt der Staat mit seinen Gerichten in die klassische Gerichtsschutzfunktion ein, deren klassische Ansätze und Maßstäbe für den Freiheits-, Eigentums- und Gesundheitsschutz wir dem Zivilrecht abschauen müssen, nicht der durch die Schutznormdoktrin verformten Grundrechtsdogmatik.

### *b) Gleiche Grundrechte für alle als Schutznormen*

Wer jetzt meint, ich ließe die Schutznormdoktrin ganz über Bord gehen, irrt sich. Zwar dürfen auf der Ebene des einfachen Rechtes die bisherigen „Schutznormen“ nicht länger als solche aufgefaßt werden, soweit es sich nur um die Begrenzung von Eingriffsbefugnissen handelt. Aber auf der Ebene des Verfassungsrechts finden wir in den Grundrechten durchaus Schutznormen zugunsten der Bürger. Und eben weil alle Bürger über die gleichen Grundrechte und über die gleiche Freiheit verfügen, brauchen sie nicht erst Schutznormen des einfachen Rechtes, um sich gegen Eingriffe in ihre Rechte und Freiheiten zu wehren, sei es, daß diese Eingriffe vom Staat, sei es, daß sie von Bürgern herrühren. Nicht zu Unrecht werden die Grundrechte, soweit es um Eingriffsabwehr geht, nach dem Modell der absoluten Rechte vorgestellt. Das ist zwar selbst wieder verhänglich, soweit es verdeckt, daß wirkliche Freiheit sich nicht in der Eingriffsabwehr erschöpft. Aber es sollte folgerichtig zu Ende gedacht werden, wo es um die Eingriffsabwehrfunktion von Grundrechten geht, die nicht weiter reichen als die gleichen Rechte und Freiheiten des Nächsten.

### *c) Aggressive Direktwirkung der Grundrechte in der Drittrichtung?*

Die „Direktwirkung der Grundrechte in der Drittrichtung“ ist sehr umstritten. Nach herrschender Meinung haben die Grundrechte keine solche direkte Drittwirkung. Um so eigenartiger ist die Selbstverständlichkeit, mit der fast alle Grundrechtswissen-

schaftler der Schutznormdoktrin anhängen und damit unbe-  
wußt in die Freiheitsgrundrechte eine aggressive Direktwirkung  
in der Drittrichtung hineininterpretieren. Auch hier stößt man  
also wieder auf das Phänomen, daß man in der Dogmatik be-  
wußt bestreitet („keine direkte Drittwirkung“), was man im-  
plizit praktiziert („Freiheit für den einen in der Drittrichtung,  
nämlich zur Einwirkung auf andere, es sei denn, ein einfach-  
rechtliches Schutzgesetz hindert daran“). So kann man sich zu  
gewohnten und liebgewordenen Prinzipien bekennen, sie aber  
mißachten, wo sie nicht ins dynamisch-aggressive Grundrechts-  
verständnis passen. Was den Grundrechten für den Verteidi-  
gungsfall abgesprochen wird (Direktwirkung ohne einfach-  
rechtliche Schutznorm), das wird ihnen für den Angriffsfall a  
priori unterstellt (Einwirkungsfreiheit ohne einfach-rechtliche  
Befugnisnorm).

#### *d) Mehrdeutigkeit der Gleichheitsvermutung*

Die Rechtstechniken des Freiheitsschutzes gegenüber dem ein-  
greifenden Staat sind „self-executing“. Auch der Gleichheits-  
vermutung kann zur Geltung verholfen werden, ohne daß ande-  
re institutionelle Voraussetzungen erforderlich sind als die,  
die auch der Freiheitsschutz voraussetzt. Fallrichter haben im-  
mer wieder bewiesen, daß sie der aequitas gerecht werden kön-  
nen, auch ohne daß ihnen ein moderner Gesetzgeber die Lö-  
sung vorprogrammiert hatte.

Und doch gibt es noch einen wesentlichen Unterschied zwi-  
schen dem Problem der freiheitsschützenden Eingriffsabwehr  
und der einrichtenden Verwirklichung gleicher Freiheit:  
Gleichheit unter den Bürgern kann nämlich auf verschiedenen  
Niveaus wechselseitigen Duldens und Eindringens eingerichtet  
werden, so daß die Lösung eines Gleichheitsproblems bei der  
Einrichtung von Spielregeln in der Regel mehrdeutig ist. Nicht  
also, weil Gleichheit angeblich materielle Voraussetzungen hat  
oder auf positive Leistungen hinausläuft, sondern weil die Lö-  
sungsmenge des Gleichheitsproblems regelmäßig mehr als eine  
Lösung enthält, ist die unmittelbare Verwirklichung verfas-  
sungsrechtlicher Gleichheit unter Privaten erschwert.

Am Beispiel: Vereinbaren zwei einen Kampf, so kann man die  
Spielregeln als fair und ausgeglichen bezeichnen, solange

„Waffengleichheit“ herrscht. Solche Waffengleichheit aber  
kann im Faustkampf ebenso verwirklicht werden wie im Duell  
mit Pistolen oder Degen. Ganz ähnlich verhält es sich bei den  
Lösungsmengen für Gleichheitsprobleme, wenn es darum geht,  
das Niveau an Lärm oder sonstigen Belästigungen zu bestim-  
men, das Bürger in bestimmten Lagen wechselseitig zu dulden  
haben. Dem Gebot „gleicher Rechte und Freiheiten“ ist stets  
dann schon genügt, wenn für Wechselseitigkeit gesorgt ist und  
wenn diese Wechselseitigkeit nicht nur in der normativen Lö-  
sung des Problems, sondern auch in der praktischen Wirklich-  
keit typischerweise sichergestellt ist.

Ist dem Kriterium der Gleichheit oder Wechselseitigkeit Genü-  
ge getan, dann mag sich, im Falle einer Regelungslücke, das  
Niveau der wechselseitig zumutbaren Belästigungen und Ge-  
fährdungen aus dem Zusammenhang ergeben, wie z. B. im bür-  
gerlichen Recht aus der „Ortsüblichkeit“ nachbarlicher Im-  
missionen. Eine zulässige Lösung des Gleichheitsproblems lie-  
fert die „Ortsüblichkeit“ im Rahmen der rekonstruierten  
Grundrechtsdogmatik freilich nur dann, wenn die Wechselsei-  
tigkeit typischerweise sichergestellt ist, – also nicht, wenn die  
Ortsüblichkeit nur erhalten soll, um asymmetrische Gefäll-  
strecken z. B. zwischen typischen Emittenten und typischen Im-  
missionsempfängern ohne Ausgleichsansprüche zu legalisieren.

Wo es um typischerweise asymmetrische Situationen geht, bei  
denen der eine immer emittieren darf und Immissionen ihn  
kaum beeinträchtigen, während der andere gar nicht emittiert,  
sondern Immissionen immer nur schlucken muß, dort versagt  
die Legitimierung der Duldungspflichten aus der Gleichheit  
und Wechselseitigkeit. Dort muß eine andere, materielle Recht-  
fertigung angeführt werden, und die Asymmetrie der Primärre-  
geln genügt nicht dem Gebot gleicher Freiheit, solange bei den  
Sekundärregeln die Möglichkeiten kompensatorischer Rechte  
und Ansprüche nicht ausgeschöpft werden.

#### **4. Grundrechtsdogmatik der Rücksichtnahme, der Verantwortung und der Duldsamkeit**

Wer meine Kritik und Rekonstruktion der Schutznormdoktrin  
erstmalig hört, könnte in Versuchung kommen, mir entgegenzu-  
halten: Hier wird das Kind mit dem Bade ausgeschüttet, näm-

lich mit der Kritik an einer aggressiven Freiheitsdogmatik zugleich der Freiheit jeder Spielraum genommen, sobald andere davon betroffen sind. Dieser Einwand trifft nicht zu. Ich sagte schon, daß die bisherigen „Schutznormen“ nicht gleich alle verfassungswidrig sind, wenn man sie als „Eingriffsnormen“ mit Begrenzung der Eingriffe durch bestimmte Grenzwerte interpretiert. Außerdem hat sich gezeigt, daß Freiheiten des einen, die mit Nachteilen beim anderen verbunden sind, unter dem Aspekt gleicher Rechte und Freiheiten nicht zu beanstanden sind, solange für Wechselseitigkeit und Gleichheit gesorgt ist.

Tatsächlich erlaubt unser Privatrecht sogar, daß sich der eine dem anderen „verdingt“, wie man früher sagte, und zwar nicht zuletzt deshalb, weil solche Verpflichtungen von Bürgern gegenüber anderen Bürgern in wechselseitigen Verträgen zu der wechselseitigen Erweiterung menschlicher Freiheit beitragen. Mit dem Prinzip gleicher Rechte und Freiheit aller ist also sogar die Instrumentalisierung des einen durch den anderen vereinbar, sofern nur für Wechselseitigkeit und Gleichheit gesorgt ist. Der gegenseitige zivilrechtliche Vertrag ist geradezu der Idealtyp einer solchen wechselseitigen Instrumentalisierung von Menschen durch Menschen zwecks Erweiterung ihrer Gestaltungs- und Konsummöglichkeiten.

Wird die Schutznormdoktrin, soweit sie sich auf die Normen des einfachen Rechts bezieht, rekonstruiert als Doktrin von Eingriffsnormen, so läuft das also nicht auf eine Strangulierung menschlicher Freiheit hinaus, sondern auf eine adäquatere Dogmatik und Rechtstechnik der Einrichtung und Sicherung eben dieser Freiheit. Die neue Sichtweise klärt freilich in ungeahntem Ausmaß den Blick auf grundrechtlich gebotene Rücksichtnahmen, Verantwortlichkeiten und Duldsamkeiten. So sehr nämlich das Eingriffsdemokratie und die Schutznormdoktrin geeignet waren, die Probleme der Drittbetroffenheit, die aus der „aggressiven Direktwirkung der Freiheitsrechte in der Drittrichtung“ resultierten, zu verdrängen, zu übersehen oder doch zu bagatellisieren, – so sehr ist die rekonstruierte Schutznormdoktrin geeignet, Drittbetroffenheiten und die damit verbundenen Probleme der Rücksichtnahme, der Verantwortlichkeit und der Duldsamkeit bewußtzumachen. Ich kann auf alles das jetzt nicht weiter eingehen, sondern möchte nur noch dar-

auf hinweisen, daß die Duldsamkeit vor allem auch bedeutet, daß man bereit sein muß, selber einzustecken, was man anderen zufügen möchte, und daß man, wenn man anderen zufügen will, was man selber einzustecken nicht gewärtigen muß, dafür eine Eingriffsnorm braucht und hinnehmen muß, mit kompensatorischen Rechten belastet zu werden.

#### **IV. Vom neuen Grundrechtsparadigma gleicher Freiheit**

##### **1. Das Paradigmaproblem in der Grundrechtswissenschaft**

Vom desolaten Zustand der Grundrechtswissenschaft als einer Wissenschaft, die die Achtung vor sich selbst nicht verlieren möchte, war schon die Rede. Die Vergreisungssymptome zeigten sich daran, daß die ursprünglichen Paradigmata von Freiheit und Gleichheit nicht mehr fruchtbar sind, sondern den wissenschaftlichen Fortschritt behindern, der sich nur noch in Form von Hilfskonstruktionen und Anbauten heterogener Art mehr schlecht als recht fortbewegt. Abhilfe kann hier nur eine wissenschaftliche Arbeit „am Paradigma“ der Wissenschaft, also am Begriff gleicher Freiheit bringen. So erweist sich, daß auch die Umweltdimension der Grundrechte zum Paradigmaproblem der Grundrechtswissenschaft führt: Das eine Problem kann nicht ohne das andere gründlich bewältigt werden.

##### **2. Die alte „Freiheit von Behinderungen“**

Wenn wir von den Grundrechten als Freiheitsrechten reden, die gegen staatliche Eingriffe schützen, so ist damit die „klassische Eingriffsabwehrfunktion“ der Grundrechte gemeint: die Freiheitsrechte als negatorische Abwehrrechte, die Freiheit als „negative Freiheit“. Sämtliche späteren Anbauten der Grundrechtsdogmatik, mit denen Perspektiven des Freiheitsschutzes erfaßt werden sollten, nämlich die Institutsgarantie, der Teilhabeaspekt, die Grundrechte als objektive Werte, der Verfahrens- und Organisationsaspekt der Grundrechte: alle diese Dimensionen und Funktionen sind, genau genommen, begrifflich unverträglich mit dem ursprünglichen Begriff von der Freiheit.

Dieser ursprüngliche Begriff beherrscht aber gleichwohl noch die Hintergrundvorstellungen von der Freiheit des Menschen, mögen diese Vorstellungen heute auch stark modifiziert und eingeschränkt sein durch die ganze Dogmatik der „Sozialpflichtigkeit“ und „Sozialgebundenheit“. Insbesondere die Schutznormdoktrin bildet einen begrifflichen Verbund mit jenem ursprünglichen, unzulänglichen Begriff von der Freiheit, – einen Verbund, der auf jenes oben angesprochene unbewußte, aber wirksame „Grundrecht auf Umweltschädigung“ hinausläuft.

Im begrifflichen Raster des alten, negativen Freiheitsbegriffs taucht der Mitmensch nur als Grund und Anlaß für lästige Sozialpflichtigkeiten und Sozialgebundenheiten auf, um dessentwillen leider die sonst unbegrenzte Freiheit soweit zurückgeschnitten wird, wie der Nächste durch Schutzgesetze gesetzlichen Schutz zugesprochen erhält. So erscheint im Raster des alten Freiheitsdenkens der andere als Freiheitshindernis, oder, in Anlehnung an eine alte Formel: „Der Mensch ist des Menschen Hindernis und Störer,“ – als ob nicht der Nächste bei den meisten irgendwie gesellschaftlich relevanten Freiheiten zunächst einmal nicht Hindernis und Störer, sondern Bedingung und Voraussetzung der Freiheit sei.

Richtig am alten Freiheitsbegriff ist seine Abwehrfunktion gegenüber staatlichen Eingriffen. Diese Funktion als solche wird nicht in Frage gestellt, sondern beibehalten. Unzulänglich jedoch ist der Freiheitsbegriff, wo es darum geht, die zwischenmenschlichen Vorgänge freier Entfaltung zu erfassen und grundrechtsdogmatisch zu bewältigen.

### **3. Die neue „Freiheit auf Gegenseitigkeit“**

Man kann die eigenartige ideell-begriffliche Welt, in der sich die Grundrechtsdogmatiker trotz gewisser kommunikativer Erweiterungen des Freiheitsdenkens immer noch bewegen, am besten veranschaulichen, indem man sie beispielhaft karikiert. Wenn es richtig ist, daß der andere Mensch nicht Bedingung und Instrument, sondern Hindernis und Störer meiner Freiheit ist, dann müßte mein Vertragspartner ein Störer meiner Vertragsfreiheit, der zukünftige Bräutigam ein Hindernis der Ehe, der Zuhörer ein Störer der Meinungsfreiheit und ein Gesell-

schafter ein Hindernis für die Bildung einer Gesellschaft sein. Auch die Arbeitnehmer im Unternehmen erscheinen dann nicht als Bedingung, Voraussetzung und Instrument unternehmerischer Entfaltung, sondern als lästiges Hindernis, vor allem, wenn sie nicht mehr nur unternehmerisches Instrument als Produktionsmittel und Objekt von Entscheidungen sein, sondern Subjekt werden und mitbestimmen wollen. An diesem Beispiel zeigt sich besonders gut, wie vorzüglich das überlieferte Freiheitsdenken geeignet ist, Menschen, die als Voraussetzung und Instrument der Freiheit anderer fungieren, in solches dogmatisches Licht zu tauchen, daß sie als lästige Hindernisse freier Entfaltung erscheinen.

Die ideologischen Scheuklappen des überlieferten Freiheitsdenkens lassen Personen, die Voraussetzung und Instrument der Freiheit anderer Personen sind, als bloße Hindernisse und Störer erscheinen, verkehren also die faktischen Zusammenhänge ins Gegenteil. Dabei werden die jeweils Dritten, um die es geht, weitgehend um ihre eigene Subjektivität und Freiheit betrogen. Sie rücken gewissermaßen an den Hindernis-Horizont der jeweiligen Freiheit, die der Grundrechtsdogmatiker gerade behandelt. Sie sind also relativ unwichtig. Und hier zeigt sich dann die Parallele zum Schutznormdenken im Umweltrecht: So wie die Grundrechtsdogmatik partiell blind ist jeweils für die Menschen, die Voraussetzung und Instrument der Freiheit anderer sind, – so ist sie relativ blind für die Opferrolle von Drittbetroffenen bei Umweltverschmutzungen. Die Nachbarn erscheinen als Hindernis der Emittierungsfreiheit von Anlagenbetreibern, und das ist eine schlechte Ausgangsposition für Argumente, wenn man die grundrechtsdogmatisch ins schönste Licht gerückten Angreifer zurückweisen will.

So fügt sich die partielle Blindheit der Grundrechtswissenschaft im Umweltbereich nahtlos ein in die umfassendere Blindheit für die soziale Dimension der Freiheit überhaupt. Man hat es in beiden Fällen mit dem gleichen Syndrom zu tun, nämlich mit den Auswirkungen eines unzulänglichen Paradigmas von Freiheit und Gleichheit, das die Wahrnehmung beengt, fehllieft und verzerrt.

Anerkennt man jedoch, daß Freiheit nicht nur darin besteht, den Staat und andere daran zu hindern, in den eigenen Entfaltungsprozeß einzugreifen, sondern zunächst und vor allem

auch darin, daß man der anderen bedarf, um sich selbst zu entfalten, – begreift man also einmal, was so offenkundig ist, daß die herrschende Grundrechtsdogmatik es offenbar nicht begreifen kann: daß nämlich der andere Mensch nicht nur Schranke und Hindernis, sondern Voraussetzung und Instrument der Freiheit ist, – dann gewinnt das Problem der „gleichen Freiheit der anderen“ einen ganz anderen grundrechtsdogmatischen Rang als den, den es in der überlieferten Grundrechtsdogmatik hat.

Wenn und soweit nämlich die Freiheit des einen nur möglich ist auf dem Wege über eine Instrumentalisierung des anderen, dann ist gleiche Freiheit nur gewährleistet, wenn man einander dabei wechselseitig instrumentalisiert. Das Paradigma dafür liefert der wechselseitige Vertrag.

Und wiederum fügt sich also die „Wechselseitigkeit“, die als Gleichheitsmaßstab für umweltrechtlich gleiche Freiheit aller fungiert, nahtlos ein in das Prinzip der Wechselseitigkeit, das mit dem neuen Paradigma von der Freiheit im allgemeinen verbunden ist. Dieses neue Paradigma der „Freiheit der Menschen durch die Menschen“ oder der „Freiheit auf Gegenseitigkeit“ macht ein Ende mit der Verdrängung des jeweils Nächsten aus dem begrifflichen Raster der Freiheit, und es sensibilisiert statt dessen für die Wahrnehmung und rechtstechnische Berücksichtigung des Drittbetroffenen, sei er nun Opfer von Immissionen, sei er geradezu das Instrument der freien Entfaltung eines anderen, etwa in einem gegenseitigen Vertrag.

Es ist schon eigenartig: Was die vorherrschende Grundrechtsdogmatik auf der Grundlage ihres alten Paradigmas als konstruktives begriffliches Prinzip gerade nicht wahrhaben will, nämlich die Instrumentalisierung der anderen Menschen oder ihre Degradierung zum Objekt, – genau das praktiziert sie unbewußt mit negativen, destruirenden Folgen für die Grundrechte. Wenn nämlich der eine Bürger den anderen Bürger belästigen, stören und schädigen darf, bis er ausnahmsweise an ein staatliches Schutzgesetz stößt, auf das der andere sich berufen kann, – dann entfaltet sich der eine auf Kosten des anderen, – dann durchdringen die Folgen der Freiheit des einen die Freiheitssphäre des anderen, – dann ist der eine buchstäblich „durch den anderen hindurch“ frei, – „frei“ freilich nicht im Sinne jener Freiheit, bei welcher mir die Mitwirkung des ande-

ren neue Dimensionen der Entfaltung erschließt, sondern „frei“ in dem brutalen Sinne, daß „frei“ ist, wer auf seinen Nächsten keine Rücksicht zu nehmen braucht, sondern sich über ihn hinwegsetzen, ihn und seine Sphäre auch gegen seinen Willen durchdringen darf, bis ihn ausnahmsweise Schutzgesetze dagegen abschirmen.

Und genau hier schließt sich der Kreis: Das vorherrschende Paradigma der Freiheit ist vorzüglich dazu geeignet, solche Rücksichtslosigkeiten und Einseitigkeiten bei der allgegenwärtigen faktischen Instrumentalisierung von Menschen durch Menschen auf grundrechtsdogmatisch höchst elegante Weise nicht nur zu verschleiern und zu verdrängen, sondern eben dadurch auch zu rechtfertigen und mit dem Heiligenschein grundrechtlichen Segens auszustatten.

Das ist das Paradoxe: Die Probleme der wechselseitigen Instrumentalisierung der Menschen durch die Menschen will man als Freiheitsproblem nicht wahrhaben. Dafür liefert man der einseitigen Instrumentalisierung von Menschen durch Menschen, nämlich von Opfern der Umweltverschmutzung durch ihre Täter, eine raffinierte grundrechtsdogmatische Legitimierungs-ideologie.

#### **4. Grundrechte in sterbender Umwelt**

Grundrechte mit aggressiver Wirkung in der Drittrichtung und zugleich Grundrechte ohne entsprechende Defensivwirkung in der Drittrichtung: das waren die Grundrechte, die die Epoche der Umweltzerstörung begleitet und bis jetzt das Sterben der Umwelt mitverursacht haben. Das waren die Grundrechte, die den Emittenten den Rücken stärkten und die die Immissionsopfer grundrechtlich weitgehend vogelfrei machten. Das waren die Grundrechte als geistiger Ausdruck einer Epoche technisch überheblicher und sozial rücksichtsloser Weltbeherrschung.

Grundrechte als Titel zur effektiven Verteidigung der je eigenen Welt aus Eigentum, Gesundheit und Freiheit und zugleich regelmäßig als Grundrechte ohne aggressive Drittwirkung: das werden die Grundrechte sein, die die Epoche der ökologischen Besinnung und Umorientierung begleiten und die die Genesung der Lebenswelt fördern können.