

Professor Dr. Reiner Schmidt, Augsburg

Staatshaftung für Waldschäden

Die OLG Köln und München haben es abgelehnt, bei „neuartigen“ Waldschäden eine Entschädigung zuzusprechen. Dies ist trotz des von den Waldeigentümern erbrachten Sonderopfers verständlich, weil das geltende Haftungsrecht keinen Ausgleich gewährt. Der Verfasser zeigt, daß der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet ist, Abhilfe zu schaffen. Bei Verletzung seiner Schutzpflicht seien die Zivilgerichte dazu aufgerufen, unmittelbar aus Art. 14 GG Entschädigung zu gewähren.

I. Einleitung

Nach dem Beschluß des BVerfG vom 14. 9. 1983¹, nach den Urteilen der OLG Köln² und München³, nach Publikation der Gutachten von Leisner⁴, Suhr⁵ und zahlreicher Aufsätze⁶ zum Thema einer Staatshaftung für Waldschäden, ist eine Zwischenbilanz angebracht.

Während die Rechtsprechung bisher einhellig eine Haftung der Bundesrepublik Deutschland für die neuartigen, durch Luftverunreinigung verursachten Waldschäden ablehnt⁷, kommt die Literatur, allerdings mit unterschiedlicher Begründung, überwiegend zum gegenteiligen Ergebnis⁸. Dies mag angesichts der Konsolidierungstendenz, die sich nach dem Schock des Naßauskiesungsbeschlusses des BVerfG⁹ im Staatshaftungsrecht abzuzeichnen schien¹⁰, zunächst erstaunen, verwundert aber andererseits nicht, konfrontiert man das Phänomen, nämlich Schäden, die durch summierte Schadstofftransporte von im einzelnen nicht auszumachenden Emittenten entstanden sind, mit einem der Grundgedanken des Rechts der staatlichen Ersatzleistungen, dem der Zurechenbarkeit eines Schadens zu einem konkreten Schädiger. Bei der Frage nämlich, in welcher Erscheinungsform der Staat als Schädiger in Betracht kommt und ob er dabei Pflichten verletzt hat, die eine Entschädigungspflicht auslösen, tauchen Unsicherheiten und Wertungsspielräume auf, die in der Literatur zugunsten der Geschädigten genutzt werden. Dies

1) NJW 1983, 2931.

2) NJW 1986, 589, m. Anm. v. Hippel.

3) JZ 1987, 88 m. Anm. Schwabe.

4) Waldsterben – öffentlichrechtliche Ersatzansprüche, 1983. Immissionschäden vor Gericht, 1986, S. 19 ff.

6) Bender, VerwArch 1986, 335 ff.; v. Dörnberg, NuR 1986, 45 ff.; Ebersbach, NuR 1985, 165 ff.; Feldhaus, UPR 1987, 1 ff.; v. Hippel, NJW 1985, 30 ff.; ders., ZRP 1986, 233 ff.; ders., NJW 1986, 592 f.; J. Hofmann, ZRP 1985, 164 ff.; Ladeur, NJW 1987, 1236 ff.; ders., DÖV 1986, 545 ff.; Langer, NVwZ 1987, 195 ff.; Murswiek, WuV 1986, 179 ff.; ders., NVwZ 1986, 611 ff.; ders., NVwZ 1987, 481 ff. (Erwiderung auf Langer); v. Usslar, NuR 1983, 289 ff. Vgl. außerdem Baumann (Hrsg.), Rechtsschutz für den Wald, 1986, mit Beiträgen von Schütt, Krems, Suhr, H.-G. Hofmann, Gündling, Altner und Baumann.

7) Vgl. außer den o. in Fußn. 1, 2 und 3 genannten Entscheidungen LG Bonn, NJW 1985, 71; LG Stuttgart, VersR 1986, 249.

8) Soweit die o. in Fußn. 6 genannten Autoren eine Staatshaftung nicht schon aufgrund des geltenden Rechts annehmen, halten sie zumindest einen Schutzauftrag an den Gesetzgeber aus allgemeinen Gerechtigkeitsgesichtspunkten, wenn nicht sogar aus verfassungsrechtlichen Gründen für geboten.

9) BVerfGE 58, 300 = NJW 1982, 745 = NVwZ 1982, 242.

10) Eine Aufgabe der Ansprüche auf Entschädigung wegen „enteignungsgleichen Eingriffs“ oder wegen „enteignenden Eingriffs“ ist nicht veranlaßt; so statt vieler Maurer, AllgVerwR, 5. Aufl. (1986), S. 576 ff.

ist wegen des von den Waldeigentümern erbrachten Sonderopfers verständlich; allerdings ist zu überlegen, ob die *Rechtsprechung* dazu berufen ist, den allgemein als notwendig empfundenen Ausgleich¹¹ zuzusprechen. Dies wäre nur dann akzeptabel, wenn diese Aufgabe lege artis, d. h. im Rahmen herkömmlicher Interpretationsmöglichkeiten gelöst werden könnte.

Über den Sachverhalt besteht weitgehend Einigkeit. Er kann hier in der gebotenen Knappheit referiert werden. Die festgestellten neuartigen Waldschäden sind nach dem derzeitigen Erkenntnisstand nicht monokausal erklärbar, etwa allein auf „sauren Regen“ zurückzuführen. Natürliche Streßfaktoren und einseitige Anbaumethoden haben sicherlich, je nach Standort mit unterschiedlicher Intensität zu den Schäden beigetragen. Unbezweifelbar ist aber, daß innerhalb des komplexen Wirkungsgeschehens die Luftverunreinigung durch Schwefeldioxyde und Stickoxide und deren Umwandlungsprodukte (Photooxidantien) ein wesentlicher Faktor ist¹². Der Hauptteil der Schwefeldioxyde entfällt auf die Kraftwerke und die Industrie; für die Stickoxide sind primär ebenfalls die Kraftwerke und der Verkehr verantwortlich. Wegen des Transports der Luftschadstoffe über weite Entfernungen, wegen ihrer Summierung mit additiver oder auch überadditiver (synergistischer) Wirkung, treten Schäden auch in sog. Reinluftgebieten auf. Aufgrund der ausgeglichenen „außenwirtschaftlichen“ Schadensbilanz (50% der waldschadensrelevanten Luftverunreinigungen werden exportiert, 50% werden importiert) wirken sich nationale Maßnahmen zur Begrenzung der Schadstoffbelastung nur zur Hälfte aus¹³.

II. Die Anspruchsgrundlagen

Eine knappe Durchmusterung der möglichen Anspruchsgrundlagen, den Urteilen der *OLG Köln* und *München* folgend, soll unter Einbeziehung abweichender Meinungen der Literatur verdeutlichen, welche Hürden die Gerichte nehmen müßten, um den Waldeigentümern eine Entschädigung zuzusprechen zu können.

1. Privatrechtliches Nachbarrecht

Der Versuch, § 14 BImSchG als Grundlage¹⁴ für Ansprüche gegenüber dem Staat heranzuziehen, muß als gescheitert angesehen werden. Beide *OLG* betonen, daß es sich hierbei um eine Norm aus dem privatrechtlichen Nachbarrecht handelt, die den ursprünglichen Abwehrensanspruch gegen eine genehmigte Anlage in einen auf vollen Geldausgleich gerichteten Schadensersatzanspruch umwandle. Dieser Schadensersatzanspruch ist gegen den Störer gerichtet, d. h. gegen den zugleich von der Duldungspflicht begünstigten Anlagenbetreiber. Anlagenbetreiber ist aber nicht die Bundesrepublik, selbst wenn sie mit ihrem maßgeblichen Willen hinter den Betreibern industrieller Unternehmen steht; der Gedanke einer „Garantiehaftung“ des Staates wurde von beiden Gerichten verworfen, weil er über den Tatbestand des § 14 BImSchG hinausgehe, dem Zweck des Bundesimmissionschutzgesetzes widerspreche und den Kreis der Anspruchsträger unüberschaubar mache. Schließlich könne nicht jeder durch Emissionsferntransporte betroffene Waldeigentümer gegenüber jedem irgendwie beteiligten Anlagebetreiber als „benachbart“ i. S. des § 14 S. 1 BImSchG angesehen werden. Für eine entsprechende verfassungskonforme Ergänzung sah das *OLG Köln*¹⁵ zu Recht keine Möglichkeit, weil das Bundesimmissionsschutzgesetz entweder mit Art. 14 I 2 GG vereinbar oder aber nichtig und damit unanwendbar sei.

Insgesamt erstaunt nicht, daß die Gerichte der Argumentation der Kläger zu § 14 BImSchG nicht folgten. Eine nachbarrechtliche Norm hätte andernfalls, so wie dies das *OLG München* zutreffend formulierte¹⁶, dazu gedient, daß der Staat allgemein für Schäden deshalb hätte „haften müssen, weil er sie nicht verhindert habe“. Die Grenzen für eine richterliche Rechtsfortbildung wären damit überschritten worden. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß § 14 BImSchG, auch

wenn man seine Anwendbarkeit auf weiträumigere Verhältnisse bejahte, nur unvollkommenen Schutz bietet. Er gilt nämlich nur für genehmigte Anlagen, also beispielsweise nicht gegenüber Verkehrsemissionen oder gegenüber dem privaten Hausbrand¹⁷.

2. Amtspflichtverletzung

Für einen gegen die Bundesrepublik gerichteten Schadensersatzanspruch nach § 839 I BGB i. V. mit Art. 34 GG ist von weichenstellender Bedeutung, ob ein Tun oder ein Unterlassen des Gesetzgebers angegriffen wird, weil für jede dieser Handlungsformen unterschiedliche Haftungsgrundsätze gelten.

a) Zunächst ist aber darüber zu befinden, ob die Festlegung von angeblich zu hohen Immissionswerten überhaupt in den Themenkreis des „normativen Unrechts“ fällt, denn schließlich ist die entscheidende Regelung in der TA-Luft zu finden, also einer Verwaltungsvorschrift, die gem. § 48 BImSchG von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates (Art. 84 II GG) erlassen wurde. Das *OLG Köln* stellt sich der Frage mit erheblichem Zitatenaufwand¹⁸ unter Einbeziehung des *BVerfG*¹⁹ und setzt die allgemeinen Verwaltungsvorschriften den Rechtsverordnungen gleich, obwohl die angegebenen Belegstellen hierüber nichts aussagen. Diese befassen sich nämlich nur mit dem Verhältnis von Rechtsverordnungen nach Art. 80 GG zu sonstigen normativen Akten. Dagegen verweist das *OLG München* das Problem ganz, indem es in einem Satz von den „Verwaltungsvorschriften zur Reinhaltung der Luft“ spricht, im nächsten davon, daß es „im Grunde um ein Unterlassen des Verordnungsgebers“ gehe²⁰.

Auf das Haftungsmodell der Amtshaftung begrenzt, scheint es zumindest vertretbar, Rechtssätze mit den Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG gleichzusetzen. Denn bei abstrakt-generellen Regeln (vom seltenen Fall des Individualgesetzes abgesehen) ebenso wie bei den Verwaltungsvorschriften des § 48 BImSchG fehlt es im Regelfall an der individualisierten Drittbezogenheit der Amtspflicht. Während dies für Gesetzgebungsakte ständige Rechtsprechung²¹ und für Rechtssetzungsakte der Exekutive allgemeine Meinung²² ist, was mit den Schwierigkeiten der kausalen Zurechnung des Unrechts zum Abgeordneten bzw. zum Regierungsmitglied begründet werden kann²³, kommt bei den Verwal-

11) Auch Autoren, die nach geltendem Recht öffentlichrechtliche Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nicht für gegeben erachten, halten die betroffenen Waldeigentümer rechtspolitisch für „entschädigungswürdig“, und nicht nur für „entschädigungsbedürftig“, so z. B. *Bender* (o. Fußn. 6), 371.

12) Aus den zahlreichen Untersuchungen und Verlautbarungen vgl. nur das Sondergutachten des Rates von Sachverständigen für Umweltfragen „Waldschäden und Luftverunreinigung“ vom März 1983, BT-Dr 10/113 und den Betrieb der BReg vom 19. 11. 1985, BT-Dr 10/4284.

13) Näheres bei *Bender* (o. Fußn. 6), 337 ff.

14) So schwerpunktmäßig das Gutachten von *Suhr* (o. Fußn. 5), 53 ff. und *v. Dörnberg* (o. Fußn. 6), 45 ff.

15) *NJW* 1986, 589 (590).

16) *JZ* 1987, 88 (89).

17) *Schwabe* (o. Fußn. 3), 91, hält § 14 BImSchG wegen des diesem „vorgelagerten“ § 906 BGB überhaupt nicht für anwendbar, weil keine durch Entschädigungsansprüche kompensierte Duldungspflicht zu den Waldschäden geführt habe. Damit greift er aber nur den von den *OLG Köln* und *München* tragenden Urteilsgrund eines fehlenden Nachbarschaftsverhältnisses auf.

18) *NJW* 1986, 589 (591); zitiert werden *Herzog*, *Maunz-Zippelius*, *Leibholz-Rinck* und *Wolff-Bachof*.

19) *BVerfGE* 18, 59.

20) *JZ* 1987, 88 (90).

21) So z. B. *BGHZ* 24, 302 = *NJW* 1957, 1235; *BGHZ* 45, 83 = *NJW* 1966, 877; *BGHZ* 56, 40 = *NJW* 1971, 1172.

22) Vgl. *W. Meyer*, in: *v. Münch*, GG, 2. Aufl. (1983), Bd. 2, Art. 34 Rdnr. 51.

23) Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. (1983), S. 63.

tungsvorschriften als zusätzliches und wesentliches Argument hinzu, daß diese ohnehin keine Außenbeziehungen regeln, eine allgemeine Drittbezogenheit schon ihrer Natur nach grundsätzlich ausscheidet.

b) Kommt somit für den Erlaß der TA-Luft, wenn auch nicht bruchlos, die Rechtsfigur einer Amtspflichtverletzung aus dem Gesichtspunkt des „normativen Unrechts“ in Betracht, dann ist weiter zu untersuchen, ob es um legislatives Unterlassen oder Handeln geht. Während beide *OLGe* meinen, die Kläger wendeten sich nicht gegen den Erlaß der TA-Luft als solcher, sondern dagegen, daß diese nicht mit dem von ihnen gewünschten strengeren Inhalt ergangen sei²⁴, hat die Bundesregierung nach Auffassung der Kläger mit Festlegung der Immissionsgrenzwerte die Baumschäden nicht verhindert, sondern *herbeigeführt*. Diese von der Literatur entwickelte bzw. unterstützte These²⁵ beruht auf der Vorstellung, daß mit der staatlichen Festlegung von Immissionswerten nicht nur in die Freiheit des Immissionsverursachers eingegriffen wird, vielmehr würden gleichzeitig die Grundrechte der Immissionsbetroffenen eingeschränkt, weil diese durch die betreffende Norm verpflichtet würden, die erlaubte Emissionsbelastung zu dulden. Diese Vorstellung von der „Doppelseitigkeit“ jeder Rechtsnorm²⁶, mit der die Freiheitssphären der Bürger voneinander abgegrenzt werden, ist „an sich“ richtig und unwiderleglich. Sie ist allerdings zu abstrakt und zu radikal, um juristisch brauchbar zu sein. Sie impliziert nämlich u. a. die generelle Aufhebung der Unterscheidung von Handeln und Unterlassen und vereinfacht damit unzulässig bisher rechtlich relevante Differenzierungen, die einen sachgerechten Interessenausgleich ermöglichen sollen. Rechtsbeziehungen entstehen nie von selbst, sondern nur dann, wenn dies *rechtlich* beabsichtigt wird²⁷. Will der Gesetzgeber durch Erlaß des Bundesimmissionsschutzgesetzes vor Gefahren schützen, ist festzustellen, ob er gegenüber der Allgemeinheit, gegenüber dem Anlagenbetreiber, der einer Genehmigungspflicht unterworfen wird oder (und) gegenüber dem Nachbarn handeln will. In der Festlegung von Immissionswerten liegt dann zugleich die Unterlassung der Festsetzung von höheren Werten all denen gegenüber, die der Gesetzgeber in seine Regelung nicht ausdrücklich einbezogen hat. *Murswiek* weicht diesem Ergebnis aus, indem er meint, jedem irgendwie möglicherweise betroffenen Eigentümer würden Duldungspflichten auferlegt. Dies stimmt aber nur gegenüber dem Nachbarn, dem § 14 BImSchG das Recht nimmt, die Einstellung des Betriebs einer Anlage zu verlangen oder demgegenüber, der durch Art. 14 GG unmittelbar einbezogen wird. Duldungspflichten irgendwelcher dritter, außerhalb des Nachbarschaftsverhältnisses stehender Personen, die von den Immissionen tangiert sind, bestehen im Rechtssinne nicht, können zumindest denjenigen der vom Gesetzgeber ausdrücklich einbezogenen Betroffenen nicht gleichgesetzt werden²⁸. Wollte man dies anders sehen, verlöre der Eingriffsbegriff jede handhabbare juristische Dimension. Dies ist bei *Murswiek* der Fall. Für ihn besteht der Eingriff darin, „daß die Immissionsbetroffenen die konkret vorhandenen Immissionen, gegen deren Verursacher sie sich nicht zur Wehr setzen können, zu dulden verpflichtet sind“²⁹. Durch Koppelung des Eingriffsbegriffs mit einer allgemeinen, im Einzelfall nicht abgrenzbaren Duldungspflicht wird dieser letztlich aufgelöst. Aus systematischen Gründen ist es deshalb weiterhin richtig, bei der Unterscheidung von Handeln und Unterlassen, von allgemeinen staatsbürgerlichen und besonderen nachbarrechtlichen Duldungspflichten zu bleiben.

Der Zusammenhang, der für die Unterscheidung von Handeln und Unterlassen von Bedeutung ist, wird vom *OLG Köln* „auf der hier in Rede stehenden Ebene des § 839 BGB als Amtspflichtverletzung“³⁰ gesucht, während das *OLG München* die mögliche Verlet-

zung einer Schutzpflicht durch Unterlassen aus Art. 2 I, II 1 GG und Art. 14 I 1 GG zwar am Ende seiner Erwägungen zur Amtshaftung, aber so prüft, wie wenn es sich um einen selbständigen Haftungsgrund handle³¹. Darauf wird zurückzukommen sein.

c) Mit der Bejahung einer möglichen Amtspflichtverletzung durch „normatives Unrecht“ in der Handlungsform des Unterlassens ist der weitere Prüfungsablauf vorgegeben, d. h. die Drittbezogenheit der Amtspflicht, im konkreten Fall das Unterlassen der Festsetzung schärferer Immissionswerte durch die TA-Luft, ist näher zu untersuchen. Beide Gerichte betonen zu Recht, daß die zuständigen Stellen beim Erlaß von Rechtsvorschriften ausschließlich im öffentlichen Interesse handeln, ohne dabei allerdings immer den Bezug zur konkreten Problematik, nämlich zum Handeln auf der Ebene von Verwaltungsvorschriften zu wahren. Stattdessen finden sich weitgehend selbstverständliche Ausführungen zur Wirkung der §§ 5 bis 7 BImSchG, die neben dem Schutz der Allgemeinheit auch den der Nachbarschaft, allerdings nicht den konkreter Grundstückseigentümer, insbesondere Waldbesitzer, bezweckten. Entscheidend ist die Feststellung, daß die TA-Luft im öffentlichen Interesse ergangen sei. Sie enthalte grundsätzlich nur Weisungen an die Behörden, die mit dem Vollzug des Bundesimmissionsschutzgesetzes betraut sind, beziehe aber nicht die besonderen Anliegen der Waldeigentümer mit ein.

Fehlende Drittbezogenheit der Amtspflicht hindert aber nicht eine staatliche Haftung gem. § 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG, wenn im Rahmen der Ausübung einer *allgemeinen* Amtspflicht in Grundrechte eingegriffen wird³². Das *OLG München* handelt dieses Problem mit einigen wenigen Sätzen ab. Schon begrifflich sei kein Eingriff in die Rechte der Kläger gegeben. Es läge auf der Hand, „daß nicht alle, die von Industrieabgasen in einem Rechtsgut (Eigentum, Gesundheit etc.) nachhaltig betroffen werden, deswegen den Staat in Anspruch nehmen können, weil er sie nicht total geschützt hat“³³. Gerade dies wird aber die geschädigten Waldeigentümer, die durch die Waldschäden ihre Existenzgrundlage bereits verloren haben oder aber in absehbarer Zeit verlieren werden, wenig überzeugen. Einen „totalen“ Schutz vor Umweltschäden wird sicherlich niemand erwarten; aber wird es denjenigen, dessen Bäume sich entlauben und verdorren, überzeugen, wenn er hört, daß kein Eingriff vorliege, weil nur „irgendwelche Rechtsgüter letztlich mittelbar irgendwie tangiert“³⁴ seien? Hier wäre doch eine eingehendere Würdigung der Schäden wünschenswert gewesen.

d) Während das *OLG München* nach der Verneinung eines Eingriffs in das Eigentum der Kläger gesondert untersucht, ob etwa eine grundgesetzliche Schutzpflicht durch Unterlassen evident verletzt worden ist, geht das *OLG Köln* systematisch anders vor. Es prüft nämlich die Thematik der Schutzpflichtverletzung im Rahmen des § 839 BGB und untersucht, ob sich das gesetzgeberische Unterlassen, das auch im Unterlassen einer Nachbesserung bestehen könne, als Amtspflicht-

24) *OLG Köln*, NJW 1986, 589 (591); *OLG München*, JZ 1987, 88 (90).

25) So vor allem *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 62 ff. (89 ff.); ähnlich *Suhr*, der von einer Privilegierung des Anlagenbetreibers spricht (o. Fußn. 5, 37 ff.).

26) *Murswiek*, NVwZ 1986, 611.

27) „Fast scheut man sich zu betonen, daß die Duldungspflicht nur aus der Rechtsordnung resultieren kann“, stellt *Schwabe*, DVBl 1973, 104, zutreffend fest.

28) Ähnlich *Schwabe*, JZ 1987, 92.

29) NVwZ 1986, 613.

30) NJW 1986, 589 (592).

31) JZ 1987, 88 (90).

32) So *OLG Köln*, NJW 1986, 589 (591) mit Hinweis auf die Literatur und *BGH*, WM 1973, 491 (497).

33) *OLG München*, JZ 1987, 88 (90).

34) So aber *OLG München*, JZ 1987, 88 (90).

verletzung darstellt. Dabei wird auf die Rechtsprechung des *BVerfG* zu den grundrechtlichen Schutzpflichten Bezug genommen, die sich vor allem anhand von umweltrelevanten Fällen entwickelt hat³⁵.

Systematisch überzeugender ist dieses Vorgehen des *OLG Köln*. Im Rahmen einer Schadensersatzklage sind nämlich die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen, hier vor allem § 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG, durchzumustern, weil der dem *BVerfG* vorliegende Streitgegenstand „Verletzung von grundrechtlichen Schutzpflichten“ ohne Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz nur dann zur Zuerkennung von Schadensersatz durch die Zivilgerichte führen kann, wenn er in den Zusammenhang einer Norm gestellt wird, die prinzipiell Schadensersatz vorsieht.

Obwohl die Zivilgerichte im Rahmen der Prüfung einer Amtspflichtverletzung den Maßstab für die Pflichtverletzung selbständig feststellen könnten, berufen sie sich für die Frage einer Pflichtverletzung durch Unterlassen auf die Rechtsprechung des *BVerfG*, so als ob diese für die Anwendung des § 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG bindend sei. Auf diese Weise wird die seit der Entscheidung zur Fristenlösung³⁶ entstandene Rechtsprechung des *BVerfG* zur Verletzung von gesetzgeberischen Schutzpflichten durch Unterlassen einschließlich ihrer Verfeinerungen in Bezug auf die Verpflichtung zu Nachbesserungen³⁷ in die Amtshaftungsfragen inkorporiert. Dies überzeugt in bezug auf formelle Gesetze, welche die Zivilgerichte im Fall ihrer Verfassungswidrigkeit gem. Art. 100 GG dem *BVerfG* vorzulegen hätten. Ein unterschiedlicher Maßstab in bezug auf formelle Gesetze zwischen Zivilgerichtsbarkeit und Bundesverfassungsgerichtsbarkeit wäre wegen des Letztentscheidungsrechts des *BVerfG* deshalb unsinnig. Anders könnte dies aber bei der Überprüfung von Rechtsverordnungen und beim Umgang mit den im konkreten Fall einschlägigen Verwaltungsvorschriften sein. Die Zivilgerichte hätten hier durchaus die Möglichkeit, die vom *BVerfG* entwickelten Grundsätze für eine Verletzung von Schutzpflichten durch formelle Gesetze zu variieren. Höhere Anforderungen etwa an die Nachbesserungspflicht durch die Exekutive könnten auch deshalb berechtigt sein, weil dieser ein flexibleres Handeln, ein schnelleres Reagieren auf veränderte Umstände zumutbar ist.

Die Begrenzung der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung auf evidente Verletzungen der in den Grundrechten verkörperten Grundentscheidungen durch den Gesetzgeber, läßt sich mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz begründen, wonach es dem Gesetzgeber überlassen bleiben muß, wie er in hochkomplexen Fragenbereichen seiner staatlichen Schutz- und Handlungspflicht nachkommt; auch scheint die zusätzliche Anforderung an eine Nachbesserungspflicht, die erst dann entstehen soll, wenn eine „ursprünglich rechtmäßige Regelung wegen zwischenzeitlicher Änderung der Verhältnisse untragbar geworden ist“³⁸, sachgemäß. Wenig überzeugend ist es allerdings, wenn das *BVerfG* in seinem Waldschadensbeschuß³⁹ den Schwerpunkt bei der Frage setzt, welche Anstrengungen die staatlichen Organe seit den siebziger Jahren zur Bekämpfung der Luftverunreinigungen im einzelnen unternommen haben. Die lang geratene Litanei eines staatlichen Umweltaktivismus vermag denjenigen wenig zu beeindrucken, der flächenmäßiges Waldsterben gesehen hat. Nicht bei der Aufzählung von amtlichen Untersuchungen zu den Waldschäden, von einschlägigen Berichten und Normen sollte der Schwerpunkt der gerichtlichen Feststellungen liegen, sondern bei der Würdigung von deren Wirkungen. Mag es nach dem Erkenntnisstand des Jahres 1983 noch vertretbar gewesen sein, eine Verletzung der Schutzpflichten des Gesetzgebers für offensichtlich unbegründet zu halten⁴⁰, könnte dies für die Zukunft anders zu beurteilen sein⁴¹.

3. Enteignungsansprüche

Entschädigungsansprüche aus dem Gesichtspunkt des enteignenden bzw. enteignungsgleichen Eingriffs und aus dem der Aufopferung scheitern zur Zeit noch am Kriterium des Eingriffs, geht man mit der Rechtsprechung davon aus, daß ein hoheitliches Unterlassen gerügt wird. Dieses könne nämlich nur „ausnahmsweise als ein in den Rechtskreis des Betroffenen eingreifendes Handeln“ qualifiziert⁴² werden. Ein solcher Ausnahmefall wird von beiden *OLG*en abgelehnt; sie schließen damit an die ständige Rechtsprechung des *BGH* zum Unterschied von Handeln und Unterlassen an und verknüpfen diese mit dem Evidenzgesichtspunkt des *BVerfG*. Die Stimmen aus der Literatur, die von einem Eingriff in das Recht des Art. 14 GG durch Unterlassen ausgehen⁴³, sind damit auf die Ansicht verwiesen, der Gesetzgeber habe das Notwendige getan, eine offensichtliche Pflichtverletzung sei nicht feststellbar.

III. Die Verpflichtung des Gesetzgebers

Eine Lösung ist wohl nur vom Gesetzgeber zu erwarten. Er ist hierzu auch verfassungsrechtlich verpflichtet. Die Pflicht zur Schaffung einer Ausgleichsregelung ist aus Art. 14 GG ableitbar, ohne daß hierfür ein staatlicher Eingriff, ein Verschulden oder eine drittbeschützende einfachgesetzliche Norm erforderlich wäre. Waldeigentümer, die durch Waldschäden in existenzbedrohender Weise betroffen sind, werden im Vergleich zu anderen ungleich belastet, einem besonderen Opfer für die Allgemeinheit ausgesetzt. Wie gezeigt wurde, greifen aber die vorhandenen Anspruchsgrundlagen nicht. Zweifellos trifft aber, wie das *BVerfG* zutreffend festgestellt hat, den Staat eine Mitverantwortung durch die Schaffung von Genehmigungsvoraussetzungen und durch die Erteilung von Genehmigungen⁴⁴. Diese Mitverantwortung kann zwar nicht als „Eingriff“ im staatshaftungsrechtlichen Sinn qualifiziert werden, sie löst aber eine objektivrechtliche Schutzpflicht des Gesetzgebers aus, die durch einen Anspruch flankiert wird, wonach der Gesetzgeber Vorkehrungen zur Erfüllung dieser Schutzpflicht treffen muß⁴⁵. Allerdings darf aus der Verletzung einer grundrechtlichen Schutzpflicht nicht jeweils auf eine subjektive Rechtsverletzung geschlossen werden. Vielmehr ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob die Schutzpflicht so geartet ist, daß eine individuelle, konkrete und offensichtliche Verletzung feststellbar ist⁴⁶. Für die schutzrechtliche Funktion der Grundrechte wird von einer „höheren Reaktionschwelle“ auszugehen sein, als für deren abwehrrechtliche Funktion, weil wegen des „diffusen Charakters umweltvermittelter Grundrechtsbeeinträchtigungen ... die Rechtsordnung mit größerer Distanzierung reagieren muß“⁴⁷. Es kann deshalb keine bestimmte staatliche Hand-

35) *BVerfGE* 49, 89 = NJW 1979, 359 (Kalkar); *BVerfGE* 53, 30 = NJW 1980, 759 (Mühlheim-Kärlich); *BVerfGE* 56, 54 = NJW 1981, 1655 (Düsseldorf-Lohhausen); *BVerfG*, NJW 1983, 2931 (Waldschäden). Vgl. auch *BVerfGE* 39, 1 = NJW 1975, 573 (Schwangerschaftsabbruch) und *BVerfGE* 46, 160 = NJW 1977, 2255 (Fall *Schleyer*).

36) *BVerfGE* 39, 1 = NJW 1975, 573.

37) *BVerfGE* 56, 54 (81) = NJW 1981, 1655; *BVerfG*, NJW 1983, 2931 (2932).

38) *BVerfGE* 56, 54 (81) = NJW 1981, 1655.

39) NJW 1983, 2932.

40) So das *BVerfG*, NJW 1983, 2931 (2932).

41) Vgl. zum Ganzen auch *R. Schmidt-H. Müller*, Einführung in das Umweltrecht, 1987, S. 13ff.

42) *BGHZ* 56, 40 = NJW 1971, 1172.

43) So z. B. *v. Usslar* (o. Fußn. 6).

44) *BVerfGE* 56, 54 (79) = NJW 1981, 1655 unter Hinweis auf *BVerfGE* 53, 30 (58) = NJW 1980, 759.

45) So auch *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 51ff.; *Badura*, in: Festschr. f. Eichenberger, 1982, S. 491; *Schmidt-Aßmann*, AöR 106 (1981), 216f.; *Murswiek* (o. Fußn. 25), S. 216ff.; *ders.*, WuV 1986, 179ff.

46) So vor allem *Badura* (o. Fußn. 45), 491.

47) So zutreffend *Schmidt-Aßmann*, AöR 106 (1981), 216.

lung, etwa die Errichtung eines Entschädigungsfonds⁴⁸ gefordert werden, obwohl insbesondere marktwirtschaftliche Gründe für eine Fondslösung sprechen⁴⁹. Auch würde den vom *BVerfG* aufgestellten Anforderungen an Sonderabgaben genügt⁵⁰. Im Wege der Verfassungsbeschwerde ließe sich prozessual aber nur die Feststellung durchsetzen, daß der Gesetzgeber seine Pflicht nicht erfüllt und damit ein Grundrecht verletzt habe, nicht aber könnte eine bestimmte gesetzgeberische Maßnahme erzwungen werden⁵¹. Käme der Gesetzgeber einer entsprechenden Feststellung des *BVerfG* nicht nach, dann wären die Zivilgerichte verpflichtet, wegen normativer Schutzpflichtverletzung unmittelbar aus Art. 14 GG Entschädigungen zuzusprechen.

48) Vgl. hierzu *Lummert-Thiem*, Rechte des Bürgers zur Verhütung und zum Ersatz von Umweltschäden, 1980; *Shigetosuru-Weidner*, Ein Modell für uns. Die Erfolge der japanischen Umweltpolitik, 1985.

49) Vgl. *v. Hippel* (o. Fußn. 6).

50) Gegenüber Ausgleichszahlungen aus allgemeinen Steuermitteln hätte die Fondslösung den Vorteil, daß die potentiellen Verursacher zur Schadenszahlung herangezogen werden und damit dem Verursacherprinzip Vorrang vor dem Gemeinlastprinzip eingeräumt würde.

51) So auch *Badura* (o. Fußn. 45), 492.