

REINER SCHMIDT

Umweltschutz durch Grundrechtsdogmatik*

I. Einleitung

„Wir treten, ob wir es wollen oder nicht, in ein *Jahrhundert der Umwelt* ein“¹. Das 21. Jahrhundert wird von seinem Beginn an unter dem Eindruck einer von Menschenhand ausgeraubten, im Kern gefährdeten und teilweise zerstörten Natur stehen.

Das Schlimmste ist nur zu verhindern, wenn sich das Verhalten der Menschen grundlegend verändert. Unabdingbar ist ein tiefgreifendes Umdenken und Umsteuern unserer Kultur und unserer Wirtschaftsweise². Hier aber, in der Steuerung menschlichen Verhaltens, liegt die genuine Aufgabe des Rechts³. Um es mit *Hans F. Zacher* zu sagen:

„Diese Herausforderung richtet sich vor allem an das Recht. Auf die notwendige, vielfältige Weise Interessen anzuerkennen, zu negieren, zu begrenzen, sonstwie abzuwägen, auf so vielfältige Weise Beziehungen zwischen Objekten und Subjekten herzustellen und zu gestalten, auf so vielfältige Weise menschliches Verhalten zu steuern, das alles ist nur dem Recht möglich.“⁴

* Meinem Mitarbeiter Assessor *M. Schröder* bin ich für engagierte Mitarbeit dankbar.

- 1 *E.U. v. Weizsäcker*, *Erdpolitik, Ökologische Realpolitik an der Schwelle zum Jahrhundert der Umwelt*, 4. Auflage, 1994, S. 8 f., Hervorhebung im Original.
- 2 *E.U. v. Weizsäcker*, a.a.O., S. 9. Vgl. auch *H. Hofmann*, in: *M. Kloepfer* (Hrsg.), *Umweltstaat*, 1989, S. 1 ff. (36), der den Weg zu einem als Präventionsstaat zu charakterisierenden Umweltstaat aus Gründen der Ökologie für „im Prinzip unvermeidlich“ hält.
- 3 *R. Zippelius*, *Das Wesen des Rechts*, 4. Auflage 1978, S.68; *A. Büllesbach*, in: *A. Kaufmann, W. Hassemer* (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Auflage 1994, S. 444. Nach wie vor ist die Steuerung menschlichen Verhaltens eine der Hauptfunktionen des Rechts, wenn auch im Rahmen der „Steuerungsdebatte“ die Möglichkeit rechtlicher Verhaltenssteuerung kontrovers diskutiert wird. Vgl. dazu *N. Luhmann*, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1988, S. 324 ff.; *G.F. Schuppert*, in: *D. Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, S. 217 ff. und *G. Teubner*, in: *D. Grimm, W. Maihöfer* (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, 1988, S. 45 ff.
- 4 *H.F. Zacher*, in: *P. Badura, R. Scholz* (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, *Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, 1993, S. 107 ff. (107).

Angesichts der Tragweite der zu lösenden Umweltprobleme richtet sich der Blick auf die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens, auf das Grundgesetz und insbesondere auf die dort niedergelegten Fundamentalrechte des einzelnen als Mensch und Bürger, auf die Grundrechte⁵.

II. Grundrechtliche Umweltverschmutzungsfreiheit

1. Die Umweltverschmutzungsfreiheit nach der liberal-rechtsstaatlichen Grundrechtstheorie

Die Freiheitsgrundrechte dienen als Abwehrrechte gegen die öffentliche Gewalt dem Schutz der individuellen Freiheit⁶. Obwohl Rechtsprechung und Lehre mittlerweile eine Reihe weiterer Grundrechtsfunktionen entwickelt haben, kommt der ursprünglichen Abwehrfunktion weiterhin der Vorrang zu⁷.

Danach ist es die wesentliche Aufgabe der Grundrechte, bestimmte Freiheitsphären des einzelnen gegen den Zugriff der staatlichen Gewalt zu schützen. Zu diesem Zweck grenzt der Grundrechtstatbestand, der Schutzbereich, einen bestimmten Bezirk der Lebenswirklichkeit ab, der dem staatlichen Eingriff verschlossen oder jedenfalls nur nach bestimmten verfassungsrechtlichen Kautelen (Schrankenschränken) zugänglich ist⁸.

Die Summe der Schutzbereiche aller Freiheitsgrundrechte verdichtet sich zu einer lückenlosen Fläche, so daß jegliches menschliches Verhalten vom Schutzbereich eines Freiheitsrechts erfaßt ist. Ist ein Verhalten nicht schon vom Tatbestand eines speziellen Grundrechts erfaßt, so steht Art. 2 Abs. 1 GG bereit, der als grundrechtliche Verbürgung der allgemeinen Handlungsfreiheit in umfassendem Sinn verstanden wird und als Auffanggrundrecht alle unbenannten Freiheiten (Innominatrechte) schützt⁹.

5 Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage 1995, Rn. 283.

6 Die Unterscheidung der Freiheitsrechte von den übrigen Grundrechten der Verfassung ist als Hilfsmittel der Interpretation für unsere Untersuchung von grundlegender Bedeutung. So beschränkt sich die angesprochene Abwehrfunktion auf den Typus des Freiheitsgrundrechts. Bei den Gleichheitsrechten, den Leistungs- und Teilhaberechten sowie bei den Verfahrensgarantien ist sie nicht gegeben. Vgl. dazu J. Isensee, in: HStR, Bd. V, 1992, § 111 Rn. 10 sowie zum methodischen Wert der Unterscheidung P. Badura, Staatsrecht, 1986, Kapitel C, Rn. 14.

7 BVerfGE 7, 198 ff. (204); 50, 290 ff. (337); 61, 82 ff. (100 f.); 68, 193 ff. (205); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage 1995, Vorb. vor Art. 1, Rn. 5 m.w.N.. Vgl. dazu auch G. Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 38, die die Betonung der negatorischen, auf Unterlassung gerichteten Funktion der Grundrechte v.a. mit Kompetenzerwägungen rechtfertigt.

8 J. Isensee, in: HStR, Bd. V, 1992, § 111 Rn. 40.

9 St. Rspr. des BVerfG seit BVerfGE 6, 32 ff. (36 ff.) – Elfes –, erneut bestätigt in BVerfGE 80, 137 ff. (152 ff.) – Reiten im Wald –. Aus der Literatur vgl. etwa den Überblick über die

Damit sind alle menschlichen Aktivitäten im Grundsatz grundrechtlich gewährleistet, auch wenn sie Umweltgüter in Anspruch nehmen, auch wenn sie mit Umweltnutzung und Umweltverschmutzung einhergehen.

So gehört zur Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG auch die Freiheit, im Rahmen der Berufsausübung die Umwelt mit Schadstoffen zu belasten¹⁰. Ebenso ist der Eigentümer kraft Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 GG berechtigt, die Luftsäule über dem Boden bis zu einer gewissen Höhe auf der Grundlage und im Rahmen der Gesetze zu benutzen¹¹. Auch Wissenschaft und Forschung sind gem. Art. 5 Abs. 3 GG frei und finden ihre Grenzen erst in denjenigen Gesetzen, die dem Schutz anderer Grundrechtsgüter dienen¹². Fällt eine umweltbelastende Tätigkeit nicht in den Schutzbereich eines thematisch benannten Grundrechts – zu denken ist v.a. an umweltbelastenden Konsum oder etwa an die private Fahrt mit dem Auto¹³ – so greift die Generalklausel des Art. 2 Abs. 1 GG ein. Auf diese Weise wirkt Art. 2 Abs. 1 GG auch als allgemeine Umweltverschmutzungsfreiheit¹⁴.

Dieses weite Verständnis der Schutzbereiche wird getragen von der noch heute dominanten liberalen Grundrechtstheorie. Danach wird die grundrechtliche Freiheit nicht erst durch den Staat konstituiert, sondern sie liegt diesem rechtlich voraus. Die Konsequenz dieser Theorie ist das „rechtsstaatliche Verteilungsprinzip“, wonach die Freiheit des einzelnen prinzipiell unbegrenzt ist, während die Befugnis des Staates, in die vorgefundene Freiheitssphäre des einzelnen einzugreifen, prinzipiell begrenzt ist¹⁵.

h.M. bei *D. Murswiek*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 1996, Art. 2, Rn. 10; *Ph. Kunig*, in: I. v. Münch/ Ph. Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Auflage 1992, Art. 2, Rn. 12; *R. Scholz*, DB Beilage Nr. 10/1979, S. 1 ff. (15), jeweils m.w.N.. Nach *P. Lerche* (HStR, Bd. V, 1992 § 121 Rn. 9), ist die Rechtssphäre des Bürgers heute fast überall grundrechtlich erfaßt und abgesichert.

- 10 Das ist eine Folge der weiten Auslegung des Berufsbegriffs im Sinn von Art. 12 Abs. 1 GG, der grundsätzlich jede sinnvolle, erlaubte Tätigkeit umfaßt, vgl. BVerfGE 7, S. 377 ff. (397); 54, 301 ff. (313); 68, 272 ff. (281). *D. Murswiek*, DVBl. 1994, S. 77 ff. (79) m.w.N.
- 11 *D. Ehlers*, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung, VVDStRL 51 (1992), S. 211 ff. (S. 221, 249) m.w.N.
- 12 *H. Hofmann*, JZ 1986, S. 253 ff. (S. 255); insbesondere zum Verhältnis von Wissenschaftsfreiheit und Tierschutz vgl. *Chr. Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl., 1983, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 269.
- 13 Vgl. zum Recht auf Mobilität, das in Art. 2 Abs. 1 GG verortet wird, *M. Ronellenfisch*, DAR 1992, S. 321 ff. (323).
- 14 *D. Murswiek*, DVBl. 1994, S. 77 ff. (79).
- 15 *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, S. 1529 ff. (1530 f.), für den gerade die weite Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG das klassische Beispiel für eine Grundrechtsinterpretation im Sinn der liberalen Grundrechtstheorie ist.

2. Die Folgen der Umweltverschmutzungsfreiheit im Bereich des Umweltrechts

Vor dem Hintergrund dieser Grundrechtsinterpretation wurde das geltende Umweltrecht entwickelt. Die zum Zweck des Umweltschutzes in der Vergangenheit auferlegten Beschränkungen der bürgerlichen Freiheit sind als Schranken im Sinn der gebräuchlichen Grundrechtsdogmatik verfassungsrechtlich gerechtfertigt¹⁶. Sie werden sich in Zukunft, nachdem mit Inkrafttreten des Art. 20a GG dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen explizit Verfassungsrang zukommt, auch ohne Veränderungen des dogmatischen Gefüges noch leichter rechtfertigen lassen¹⁷. Die Entwicklung des Umweltrechts zeigt, daß die hergebrachte Grundrechtsinterpretation einem wirksamen staatlichen Umweltschutz im Ergebnis nicht entgegensteht; heute (mit Art. 20a GG) weniger denn je.

Trotzdem erweckt die Aufnahme umweltschädigender Verhaltensweisen in den Schutzbereich der Freiheitsrechte Mißbehagen, heißt das doch nichts anderes, als daß diese Verhaltensweisen nach der rechtlichen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich legitim sind¹⁸.

Es liegt nahe, gerade in dieser Grundanlage unseres Rechtssystems eine wesentliche Ursache für die sich abzeichnende verhängnisvolle Entwicklung zu sehen. Die Menschheit ist heute fähig, die eigenen Lebensgrundlagen vollständig und dauerhaft zu zerstören. Ein Rechtssystem, das weiterhin davon ausgeht, daß jedwedes Handeln regelmäßig legitim ist, ist der gegenwärtigen Lage nicht mehr angemessen.

III. Qualitätswandel des menschlichen Handelns

Die für unsere Zwecke augenfälligsten Beschreibungen des Qualitätswandels menschlichen Verhaltens liefern die Ökonomie und die Naturwissenschaften.

16 M. Kloepfer, Umweltrecht, 1989, § 2 Rn. 34.

17 Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 3. Auflage 1995, Art. 20a, Rn. 5; H.-G. Henneke, NuR 1995, S. 325 ff. (332); M. Kloepfer, DVBl. 1996, S. 73 ff. (78); vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 13.4.1995 – 4 B 70/95, NJW 1995, S. 2648 ff. (2649) sowie die kritische Würdigung des Beschlusses durch Th. Vesting, NJW 1996, S. 1111 ff.

18 P. Lerche, in: R. Lukes/R. Scholz (Hrsg.), Rechtsfragen der Gentechnologie, 1986, S. 88 ff. (89 f.); H.-U. Gallwas, Grundrechte, 2. Auflage 1995, Rn. 160.

1. Die Beschreibung durch die Ökonomie¹⁹

Umweltmedien werden in verschiedener Weise genutzt. Sie dienen einerseits als Konsumgut und produktive Ressource und andererseits als Auffangbecken für Abfallstoffe aus dem Wirtschaftsprozeß (Deponiefunktion). Die beiden Nutzungskategorien stellen gegensätzliche Anforderungen an die Umwelt. Während die Konsum- und Ressourcenfunktion die Reinheit der Medien voraussetzt, verlangt die Deponiefunktion ihre Verschmutzbarkeit.

Zu einem knappen Gut wird die Umwelt, wenn die gegenläufigen Nutzungsarten miteinander rivalisieren, wenn sie nicht zu gleicher Zeit in räumlicher Nähe zueinander verwirklicht werden können, ohne sich gegenseitig zu stören. Die Wirtschaftstätigkeit der Menschen hat mittlerweile Dimensionen angenommen, bei denen es regelmäßig, zumal in dichtbesiedelten Ländern wie der Bundesrepublik Deutschland, zur Kollision der antagonistischen Nutzungen kommt. Die Planfeststellungsverfahren für umweltrelevante Großvorhaben bieten eine Arena, in der die miteinander unverträglichen Nutzungsinteressen regelmäßig aneinandergesprochen werden.

Die Bereitstellung einer sauberen Umwelt als Konsumgut und Ressource erfordert in dieser Lage Kosten (Vermeidungskosten), m.a.W.: saubere Umwelt ist knapp²⁰.

Die Tätigkeit der Menschheit hat also nicht nur an Quantität, an Menge zugenommen. Die Rivalität der Nutzungsarten zeigt, daß die Umwelt gewissermaßen zu klein geworden ist, um alle unsere Bedürfnisse zu befriedigen und jegliche Nutzung gleichzeitig zuzulassen. Der Mensch hat durch sein Verhalten die scheinbar endlose Natur zu einem knappen Gut gemacht und damit einen Punkt erreicht und überschritten, an dem das bloße Mengenwachstum zu einer neuen Qualität des Handelns führt.

2. Die Beschreibung durch die Naturwissenschaften

Im Zuge der Industrialisierung haben die anthropogenen Verwüstungen der natürlichen Umwelt im Vergleich zur vorindustriellen Epoche eine andere Dimension angenommen. Der Stoff- und Energieumsatz der Menschheit ist in dieser Zeit um ein Vielfaches gewachsen²¹. Der Mensch verändert bereits grundlegende Parameter des irdischen Gleichgewichts²².

¹⁹ Vgl. dazu den Überblick bei L. Wicke, *Umweltökonomie*, 4. Auflage 1993, S. 27 ff.

²⁰ D. Cansier, *Umweltökonomie*, 1993, S. 13.

²¹ Zur Illustration: Der vom Menschen bewirkte Gesamtenergieumsatz lag schon zu Beginn der 80er Jahre bei $2,5 \cdot 10^{14}$ MJ pro Jahr. Zum Vergleich: Von den Pflanzen werden pro Jahr etwa $4 \cdot 10^{15}$ MJ durch Photosynthese in neuen energiereichen Verbindungen festgelegt, d.h. daß der Mensch bereits etwa 5 % der Energie umsetzt, die von den Pflanzen im Rahmen der Primärproduktion verwertet wird. Dieses Beispiel demonstriert, daß

Konnte die Menschheit früher nur begrenzte Räume für eine vorübergehende Zeit beschädigen, so ist es heute die gesamte Biosphäre, die möglicherweise für immer Schaden nimmt.

Das Recht muß, wenn es seine eingangs dargestellte Aufgabe erfüllen will, auf die grundlegende Veränderung der Qualität des menschlichen Handelns reagieren. Dabei muß jedes Nachdenken über die normative Ordnung der Gesellschaft von der ungeheuer gewachsenen Macht der Menschheit und von der damit verbundenen Verantwortung ausgehen. Die Umweltverschmutzungsfreiheit, die die traditionelle Grundrechtslehre dem Verschmutzer gewährt, wird dieser Verantwortung nicht gerecht.

Der rechtswissenschaftliche Denkprozeß ist im Gange und es zeigen sich Ansätze, die das hergebrachte Grundrechtsverständnis verändern können.

IV. Entwicklungstendenzen

1. Umweltstaatliche Immanenzlehre²³

a) Gemeinschaftsvorbehalt in ökologischem Gewand

Die einfachste Lösung wäre es, umweltschädigende Verhaltensweisen kurzerhand vom Schutzbereich der Freiheitsrechte auszuschließen. Der dieser

-
- der Mensch eine herausragende Rolle in der Energiebilanz des Planeten Erde spielt. Daten aus *G. Czihak, H. Langer, H. Ziegler* (Hrsg.), *Biologie u.a.*, 3. Auflage, 1984, S. 771.
- 22 *Zur Illustration:* Die CO₂-Konzentration der Erdatmosphäre hat sich seit Beginn der Industrialisierung Mitte des 18. Jahrhunderts von 280 ppmv (parts per million = Teile auf eine Million, bezogen aus das Volumen) auf 355 ppmv im Jahre 1992 um ca. 26 % erhöht. Dieser Anstieg geht auf zwei Prozesse zurück: (1) Nettoverlust an Waldbedeckung (Allein der zwischen 1850 und 1980 in den Tropen zu verzeichnende Nettoverlust an Waldbedeckung bewirkte eine Anreicherung der Erdatmosphäre um 90 bis 120 Milliarden Tonnen CO₂); (2) Verbrennung fossiler Brennstoffe (Bei der Verbrennung von Kohle, Erdöl und Erdgas wurden zwischen 1850 und 1980 ca. 165 Milliarden Tonnen CO₂ freigesetzt. Nach Schätzungen gelangen heute pro Jahr weitere sechs Milliarden Tonnen Kohlenstoff C durch die Verbrennung fossiler Energieträger in den Kohlenstoffkreislauf.). Die Konzentration des zweitwichtigsten Treibhausgases Methan (CH₄) hat sich seit 1850 etwa verdoppelt. Daten aus *W.-E. Barth*, *Naturschutz: das Machbare*, 2. Auflage, 1995, S. 16; *E.O. Wilson*, *Der Wert der Vielfalt*, München, 1995, S. 372; *G. Czihak, H. Langer, H. Ziegler* (Hrsg.), *Biologie*, 3. Auflage, 1984, S. 771; *Chr. Schütze*, in: *P.J. Opitz* (Hrsg.), *Weltprobleme*, 4. Auflage 1995, S. 185 ff. (193 ff.).
- 23 Vgl. den Überblick zu den Immanenzlehren bei *M. Sachs*, in: *K. Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, 1994, § 81 IV 4 (S. 528 ff.), ablehnend *W. Sandner*, *Investitions erleichterung und kommunale Planungshoheit*, Diss. iur., Augsburg 1995, S. 88 ff. des Typoskripts m.w.N. sowie *A. Bleckmann*, *Staatsrecht II – Die Grundrechte*, 3. Auflage 1989, S. 328 ff. mit heftiger Kritik am Konzept der Immanenzlehre. Zum Begriff des Umweltstaates vgl. *H. Hofmann*, in: *M. Kloepfer* (Hrsg.), *Umweltstaat*, 1989, S. 1 ff. (32 f.); *M. Kloepfer*, DVBl. 1994, S. 12 ff. (12); *Reiner Schmidt*, DÖV 1994, S. 749 ff.

Idee zugrunde liegende Gedanke ist nicht neu. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner frühen Rechtsprechung die Auffassung vertreten, die Tatbestände der Freiheitsrechte stünden unter einem allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt. Das Gericht formulierte damals, es gehöre „zum Inbegriff der Grundrechte, ..., daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn dadurch *die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter* gefährdet werden; denn das Grundrecht setzt den Bestand der staatlichen Gemeinschaft voraus, durch die es gewährleistet ist. Solche Schranken sind dem Grundrecht immanent.“²⁴

Hinter den Erwägungen des BVerwG steht der Gedanke, daß es nicht *Sinn und Zweck* der Grundrechte sein kann, gemeinwohlschädliches Verhalten zu schützen. Methodisch handelt es sich um eine teleologische Reduktion des Grundrechtstatbestandes²⁵.

Der Ansatz des Bundesverwaltungsgerichts ist entwicklungsfähig und kann für das anbrechende Jahrhundert der Umwelt fruchtbar gemacht werden. Die These lautet in modernisierter Fassung, daß ein Verhalten dann nicht in den Schutzbereich der Freiheitsgrundrechte fällt, wenn es den Bestand der menschlichen Gemeinschaft *qua Umweltbeeinträchtigung* gefährdet. Der Schutzbereich der Freiheitsgrundrechte ist danach einer allgemeinen Ökologiepflichtigkeit unterworfen und durch einen ökologischen Gemeinschaftsvorbehalt begrenzt, der als Schranke allen Freiheitsrechten immanent ist.

Jeder Versuch, den Schutzbereich der Freiheitsrechte durch den Aufweis immanenter Schranken interpretatorisch zu verkürzen, muß das Kriterium offenlegen, wonach die geschützte Sphäre bürgerlicher Freiheit bestimmt und fixiert werden kann.

b) Faktische Dichotomie von Freiheit und Teilhabe als Abgrenzungskriterium

Ein solches Kriterium bietet die von *Murswiek* herausgestellte tatsächliche Dichotomie von Freiheit und Teilhabe²⁶. Danach nimmt etwa die auf Art. 12 GG gestützte Freiheit, Waren zu produzieren und zu diesem Zweck Fabriken zu errichten und zu betreiben, faktische Voraussetzungen ganz selbstverständlich in Anspruch. Die Warenproduktion führt nämlich regelmäßig zu erhebli-

24 BVerwGE 2, 295 ff. (300); 2, 85 ff. (87) vgl. auch BVerwGE 1, 92 ff. (94); 1, 269 ff. (270) jeweils zu Art. 12 Abs. 1 GG; BVerwGE 1, 303 ff. (307) zu Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG (Kunstfreiheit zum Fall des Spielfilms „Die Stünderin“), Hervorhebung durch den Verfasser.

25 So sieht denn auch *P. Lerche*, in: HStR, Bd. V, 1992, § 121 Rn. 12, das „richtige Grundmotiv der Immanenzvorstellungen“ darin, daß sich Schutzbereichsgrenzen dort ergeben können, wo Sinn und Zweck des Grundrechts auf tatbestandliche Grenzen schließen lassen, die im Wortlaut nicht oder nur ungenügend zum Ausdruck kommen.

26 *D. Murswiek*, in: HStR, Bd. V, 1992, § 112 Rn. 81 ff.; *ders.*, DVBl. 1994, S. 77 ff. (81 ff.); *ders.*, NuR 1994, S. 170 ff. (175); *ders.*; in: K. Hailbronner, G. Ress, T. Stein (Hrsg.), Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doehring, 1989, S. 647 ff.; *ders.*, JZ 1988, S. 985 ff. (992).

chen Belastungen von Luft, Boden und Wasser mit allen möglichen Folgewirkungen. Dabei sind Luft und Wasser, von den wenig bedeutsamen Privatgewässern abgesehen, öffentliche Umweltgüter, die nicht im Eigentum des Produzenten stehen und ihm auch sonst rechtlich nicht zugeordnet sind. Die Belastung dieser Güter mit Schadstoffen ist damit Teilhabe, nicht allein Freiheitsausübung; sie ist Freiheitsausübung auf der Basis von Teilhabe. Die Freiheit zur Teilhabe an Gütern der Allgemeinheit ist aber nur insoweit gewährleistet, als sich dem Grundgesetz ein entsprechender Teilhabeanspruch entnehmen läßt²⁷.

Der einzelne bewegt sich folglich stets dann außerhalb des von den Grundrechten umhögten Schutzbereichs, wenn mit seinem Verhalten die Inanspruchnahme öffentlicher Güter verbunden ist. Da ein großer Teil des menschlichen Verhaltens nicht ohne Nutzung öffentlicher Umweltgüter verwirklicht werden kann, führt dieses Kriterium zu einer drastischen Verengung der Grundrechtstatbestände. Konsequenterweise ist nach dieser Ansicht der natürliche Lebensvorgang mit all seinen Folgen insgesamt in den Blick zu nehmen. Eine Aufspaltung des Zusammenhangs in einerseits die Handlung (= Freiheitsausübung) und andererseits die Folgen (= Umweltverschmutzung) und deren jeweils isolierte rechtliche Bewertung verbietet sich²⁸.

Bei näherer Prüfung zeigt sich jedoch, daß die zur Abgrenzung herangezogene Dichotomie von Freiheit und Teilhabe an öffentlichen Umweltgütern das Abgrenzungsproblem nicht zu lösen vermag. So trennscharf das Begriffspaar in der Theorie erscheint, so problematisch ist es in der praktischen Anwendung.

Es liegt ihm die vergleichsweise triviale Beobachtung zugrunde, daß alle Lebewesen, wenn sie sich verhalten, dabei Energie und Stoffe umsetzen, die sie nicht aus sich selbst schöpfen, sondern nur der Umgebung entnehmen können (das Perpetuum mobile ist bekanntlich nicht möglich). Anders ausgedrückt: es gibt keine Freiheitsbetätigung ohne Teilhabe an Umweltgütern. Tatsächlich handelt es sich bei dem Begriffspaar also nicht um Gegensätze, die beiden Begriffe bezeichnen vielmehr Phänomene, die stets und zwingend miteinander gekoppelt sind. Als Abgrenzungskriterium sind sie damit grundsätzlich untauglich.

Um den Ansatz zu retten, könnte man eine Art Bagatellklausel einführen, etwa dergestalt, daß eine Willensbetätigung dann im Schutzbereich der Grundrechte aufgehoben ist, wenn sie die öffentlichen Umweltgüter nur unerheblich oder sozialadäquat in Anspruch nimmt oder wenn die Inanspruchnahme notwendige Voraussetzung für die Ausübung im Grundgesetz gewährleisteter Freiheitsrechte ist. Die Nutzung der Luft als Atemluft oder die Erzeugung

27 D. Murswiek, DVBl. 1994, S. 77 ff. (81); ders., in: HStR, Bd. V, § 112 Rn. 83.

28 D. Murswiek, DVBl. 1994, S. 77 ff. (79, 84) wendet sich entschieden gegen die gedankliche Spaltung der Produktion wie des Konsums von ihren Folgen. Er nennt diese vom Grundgesetz nicht angeordnete Operation die „Trennungsthese“, die seiner Ansicht nach mit verantwortlich ist für die ökologische Krise.

unvermeidbarer Emissionen durch das Heizen von Wohnungen wäre so weiterhin verfassungsrechtlich garantiert²⁹.

Damit geht der Abgrenzung aber gerade die kategoriale Klarheit verloren, die sie so anziehend gemacht hat. Die Abgrenzung wird damit auch hier ein Problem der Messung kontinuierlicher Übergänge, es stellt sich jeweils die Frage, ob eine Umweltnutzung unerheblich ist oder nicht, ob sie unabdingbare Voraussetzung gewährleisteter Freiheitsrechte ist oder nicht³⁰. Eine rationale und zwingende Abgrenzung der grundrechtlichen Freiheitssphäre gegenüber dem Teilhabebereich, der dem staatlichen Zugriff hilflos ausgeliefert ist, läßt sich so nicht erreichen.

Eine Entscheidung auf dieser Grundlage steht daher immer unter dem Verdacht des Dezisionismus.

Gegen das vorgeschlagene Abgrenzungskriterium spricht auch, daß es die Kompetenzverteilung der Demokratie mißachtet. Es steht außer Frage, daß die Rechtsordnung grundlegende Veränderungen der Wirklichkeit rezipieren und verarbeiten muß. Sorgfältig zu unterscheiden ist aber bei der Frage, wer berechtigt ist, die Rechtsordnung im grundrechtsrelevanten Bereich zu modifizieren.

Es ist zwar richtig, daß auch die Grundrechte in Anpassung an veränderte Verhältnisse durch praktische Handhabung und rechtliche Interpretation allmählich verändert werden. Dabei kann es sich jedoch nur um interpretative Verfeinerungen handeln³¹. Eine tiefgreifende Veränderung grundrechtlicher Gehalte, wie sie das diskutierte Abgrenzungskriterium hervorbringt, ist auf diesem Wege nicht möglich.

Für grundlegende Anpassungsleistungen ist nach der Ordnung des Grundgesetzes der demokratisch legitimierte Gesetzgeber zuständig. Es ist in erster Linie seine Aufgabe, auf die Veränderungen der Realität durch Rechtsakte zu reagieren und so das Rechtssystem gewandelten Tatsachen anzupassen³².

Der Rechtswissenschaftler und Verfassungsinterpret kann Vorschläge machen, wie dies am zweckmäßigsten zu geschehen hat, er kann sich aber nicht an die Stelle des Normgebers setzen und selbst *strukturelle* Veränderungen des Rechts bestimmen.

29 D. Murswiek, DVBl. 1994, S. 77 ff. (82).

30 Vgl. etwa Ehlers, VVDStRL 51 (1992), S. 220 f. und die daran anschließende Diskussion, ob die Inanspruchnahme der Luft (oder der Luftsäule) unabdingbare Voraussetzung der Freiheit des Grundeigentümers aus Art. 14 Abs. 1 GG ist, insbes. die Diskussionsbeiträge von R. Steinberg (S. 331) und W. Frotscher (S. 316) einerseits und von K. H. Friauf (S. 334) andererseits.

31 P. Lerche, in: HStR, Bd. V, 1992, § 121 Rn. 6, spricht in diesem Zusammenhang von „Spuren innerer Grundrechtswandlung“, die nur in Extremfällen in die Nähe der Umformung einzelner grundrechtlicher Gehalte gelangen.

32 P. Badura, in: HStR, Bd. VII, 1992, § 160 Rn. 15; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage 1995, Rn. 503, 504.

Diese Zuständigkeitsverteilung ist nicht nur ein Gebot der Demokratie, sondern auch eines der Praktikabilität, denn durch eine Norm, die dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot entspricht, läßt sich auch das Abgrenzungsproblem bewältigen, dessen Lösung auf dem Wege reiner Interpretation bislang gescheitert ist.

Schließlich spricht gegen eine Schutzbereichsverkürzung nach dem dargestellten Abgrenzungskriterium auch das Argument der Rechtssicherheit. Das weite Schutzbereichsverständnis gehört seit langem zum gesicherten, durch das BVerfG vielfach bestätigten Bestand der Grundrechtsdogmatik³³ und sollte nicht ohne Not geopfert werden. Zuzugeben ist zwar, daß der Gang der Entwicklung nicht zwingend war, doch ist der Zeitpunkt, der es erlaubte, etwa Art. 2 Abs. 1 GG insgesamt wortlautbezogen und eng auszulegen, vergangen³⁴.

Die faktische Dichotomie von Freiheit und Teilhabe ist damit kein taugliches Instrument, mit dem der Tatbestand der Grundrechte sachgerecht reduziert werden könnte.

c) Evidente Umweltschädlichkeit als Abgrenzungskriterium

Vertretbar ist demgegenüber die Ansicht, *evident umweltschädliches Verhalten* sei vom Schutzbereich der Freiheitsrechte nicht erfaßt. Dieser Standpunkt harmoniert zum einen mit der Figur des ökologischen Gemeinschaftsvorbehalts, denn nur offenbar umweltschädliches Verhalten scheint geeignet, den Bestand der Gemeinschaft zu gefährden. Zum anderen vermeidet er das Kompetenzproblem, denn das Evidenzkriterium führt nicht zu einer substantiellen Schutzbereichsverengung, sondern nur zu einer Schutzbereichskorrektur in Extremfällen.

Der hier entscheidende Begriff der Offensichtlichkeit ist unbestimmt und konkretisierungsbedürftig, doch ist er der Rechtsordnung auch sonst nicht unbekannt³⁵ und erscheint – im Gegensatz zur Sozialadäquanz – ausreichend konkretisierungsfähig. Das BVerfG hat ihn bei Verletzung von Schutz- und Handlungspflichten durch den Gesetzgeber dann verwendet, wenn dieser „gänzlich untätig“ geblieben ist oder wenn bisher getroffene Maßnahmen „evident unzureichend“ sind³⁶. Es ist kein Zufall, daß diese Rechtsprechung anhand

33 Wenngleich es stets Versuche gegeben hat, den Schutzbereich v.a. von Art. 2 Abs. 1 GG durch immanente Schranken einzuschränken. Vgl. dazu aus neuerer Zeit die abweichende Meinung des Richters Grimm zum Beschluß des BVerfG v. 6. Juni 1989 (Reiten im Wald), BVerfGE 80, 137 ff. (164 ff.).

34 Ph. Kunig, in: I. v. Münch/Ph. Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Auflage, Art. 2 Rn. 14 a.E.

35 Vgl. etwa § 44 Abs. 1 VwVfG: „Ein Verwaltungsakt ist nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies ... *offenkundig* ist.“, Hervorhebung durch den Verfasser.

36 BVerfGE 56, 54 (71); BVerfG, NJW 1983, 2931.

von Umweltproblemen entwickelt wurde. Hier in diesem vergleichsweise neuen Bereich werden eben vielfach noch nicht die rechtlichen Konsequenzen aus einer tatsächlichen Entwicklung gezogen, die in anderen Rechtsgebieten etwa denen der Wirtschaft und des Sozialen vertraut sind und zum täglichen Geschäft rechtlichen Agierens und Reagierens gehören.

Die immanente Schutzbereichsbeschränkung führt im Ergebnis dazu, daß evident umweltbelastende Tätigkeiten untersagt werden können, ohne daß dies einer weiteren Rechtfertigung bedarf, denn diese Aktivitäten finden außerhalb der freiheitsrechtlichen Gewährleistung statt. Der Verursacher von gravierenden Umweltverschmutzungen kann sich materiellrechtlich nicht auf Freiheitsrechte und daher nicht auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz berufen³⁷.

Das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Freiheit und Eingriff ist umgedreht, das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip ist, soweit es um offensichtlich gefährliche Umweltbeeinträchtigungen geht, in sein Gegenteil verkehrt, denn die Eingriffsbefugnis der öffentlichen Gewalt ist außerhalb der Schutzbereiche prinzipiell unbegrenzt, während die Freiheit des Bürgers in diesen Regionen prinzipiell begrenzt ist³⁸.

Das ist in der Tat ein Paradigmenwechsel und gerade das macht die Idee so reizvoll. Denn würde nicht ein Paradigmenwechsel im Recht dem tiefgreifenden Qualitätswandel menschlichen Handelns in der Realität am ehesten entsprechen?

2. Umweltvölkerrecht und deutsche Umweltrechtsdogmatik

Der neuen grundrechtsdogmatischen Situation entspricht die Entwicklung des Umweltvölkerrechts. Am 1.11.1967 forderte der maltesische UN-Botschafter Pardo vor den Vereinten Nationen, „to establish some form of international jurisdiction and control over the sea-beds... before events take some irreversible course“³⁹. Seine Rede gipfelte in dem Vorschlag, den Tiefsee-Meresboden als „common heritage of mankind“ anzusehen. Bestimmte, für die ganze Menschheit bedeutsame Gebiete und Naturvorkommen sollen nach diesem Konzept als Erbe der ganzen Menschheit gemeinsam verwaltet und erhalten werden.⁴⁰

37 D. Murswiek, DVBl. 1994, S. 77 ff. (84).

38 Die schon von *Dürig* gegen die allgemeine Immanenzlehre geäußerte Kritik, sie führe zu einer allgemeinen Zumutbarkeitsklausel und denaturiere die Systeme der differenzierten Beschränkungsmöglichkeiten von Grundrechten (*Maunz-Dürig*, Kommentar zum GG, Stand: 1958, Art. 2 I GG, Rn. 70), besteht allerdings nach wie vor fort. Es kann nur, um mit *Dürig* (a.a.O.) zu sprechen, um „für jedermann objektiv erkennbare Nichtstörungsschranken“ gehen.

39 UN-Doc. A/C.1/PV 1515, 6.

40 Hierzu näher *Heintschel von Heinegg*, in K. Ipsen, Völkerrecht, 3. Auflage, 1990, § 49 Rn. 18 ff.

Das mittlerweile nahezu 30 Jahre alte Konzept von den gemeinsamen natürlichen Ressourcen findet sich in einer Reihe völkerrechtlicher Abkommen insbesondere in bezug auf Flußläufe und Wassereinzugsgebiete. Es ist die Basis zahlreicher Verträge zur gemeinsamen Entwicklung von Umweltstandards, zum Schutz bestimmter Tier- und Pflanzenarten und zur Überwachung von Flüssen und Seen.⁴¹ Eine Vorreiterrolle spielt hierbei das internationale Wasserrecht, bei dem sich für die Nutzung des Wassers als Substanz der Grundsatz der fairen Nutzungsaufteilung (principle of equitable utilization oder equitable proportionment) entwickelt hat. Dieser Grundsatz ist keineswegs auf die Wassernutzung beschränkt, sondern läßt sich auch auf die Nutzung der Luft anwenden, wie sich ohnehin eine Argumentation, die auf die Bedeutung des Wassers für die Menschheit abstellt, nahezu unverändert auf die anderen Umweltmedien übertragen läßt⁴². Der Gedanke „common heritage of mankind“ mag bis zu einer Bewirtschaftsordnung zum Schutz der natürlichen Ressourcen fortentwickelt werden.⁴³ Bislang jedenfalls kann er nicht als Völkergewohnheitsrecht angesehen werden. Rechtlicher Anknüpfungspunkt ist vielmehr das „Verbot erheblicher grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen“, das zweifelsohne völkergewohnheitsrechtlich verfestigt ist⁴⁴ und das seine Grundlage nicht etwa in der aus der territorialen Souveränität folgenden Verschmutzungsfreiheit der Staaten gewinnt: die sich aus der territorialen Souveränität ergebenden Rechte enden nach richtiger Auffassung schon immer an der Grenze, das heißt dort, wo durch entsprechende Aktivitäten die territoriale Integrität anderer Staaten verletzt wird. Oder anders gesehen: die von den Staatsterritorien ausgehenden Verschmutzungen sind gewohnheitsrechtlich gebildete Ausnahmen vom grundsätzlichen absoluten Verbot der Beeinträchtigung der territorialen Integrität anderer Staaten.⁴⁵ Zur Souveränität gehört nämlich die Verpflichtung, die Aktionsfreiheit im eigenen Territorium so weit zu beschränken, daß die Territorien anderer Staaten nicht verletzt werden können. Es geht also, dogmatisch gesehen, nicht um Einschränkungen der Handlungsfreiheit, sondern um die Gestattung grenzüberschreitender Immissionen. Aus der Souveränität folgt gerade keine Verschmutzungsfreiheit.⁴⁶

Es liegt auf der Hand, daß die Handhabung des völkergewohnheitsrechtlich gesicherten Verbots erheblicher grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen wegen der Unsicherheit seiner tatbestandlichen Voraussetzungen

41 Nachweise bei *J. Delbrück, R. Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/1 1989, S. 447 ff.

42 Dies gilt beispielsweise auch für die dem NaBauskiesungsbeschluß des Bundesverfassungsgerichts zugrundeliegenden Erkenntnisse, vgl. BVerfGE 58, 300 (341 f.).

43 Hierzu näheres *Jagels-Sprenger*, „Common Heritage of Mankind“, KJ 1991, S. 409 ff.

44 Nachweise etwa bei *Heintschel v. Heinegg*, a.a.O., S. 854 ff.

45 So mit wünschenswerter Klarheit und weiteren Nachweisen *A. Epiney*, Das Verbot erheblicher grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen: Relikt oder konkretisierungsfähige Grundnorm?, AVR 33 (1995), S. 309 ff.

46 So auch *Bryde*, AVR 31 (1993), S. 1 ff. (4).

praktische Handhabungsschwierigkeiten bereitet. Allerdings sind Präzisierungen durchaus möglich, welche die Schwierigkeiten der praktischen Wirksamkeit entsprechender staatlicher Pflichten reduzieren können.⁴⁷

Das völkergewohnheitsrechtlich abgesicherte Rücksichtnahmegebot ebenso wie das der „equitable utilization“, das allerdings in seiner Handhabung ungesicherter ist⁴⁸, werden über die Artikel 25 Satz 1 GG als allgemeine Regel des Völkerrechts zum Bestandteil des Bundesrechts. Der Vorrang gegenüber diesem bei der Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts ist zu sichern⁴⁹, wobei auch für unseren Zusammenhang offenbleiben kann, ob ihnen der Rang unter dem Grundgesetz⁵⁰ oder neben diesem⁵¹ zugewiesen wird. Der Grundsatz völkerrechtskonformer Auslegung gilt auf jeden Fall für die Ebene des Verfassungsrechts. Dies muß sich auch in der Grundrechtsdogmatik entsprechend niederschlagen. Eine Grundrechtstheorie, die es ermöglichen würde, etwa gestützt auf die Artikel 12 bzw. 14 GG die Umwelt in einer Weise in Anspruch zu nehmen, die erhebliche Beeinträchtigungen mit sich bringt, wäre schlicht völkerrechtswidrig. Die oben behandelte Schutzbereichsbegrenzung ist daher sogar völkerrechtgeboten.

3. Funktionelle Schutzbereichsgrenze der Freiheitsgrundrechte

a) Die Funktion der Grundrechte

Die Grundrechte sind eine Ausprägung der Idee des Verfassungsstaates, dessen Aufgabe es ist, die Freiheit zu schützen *und* deren Gemeinverträglichkeit sicherzustellen⁵². Dabei ist die Freiheit des einzelnen Gefährdungen von zwei Seiten ausgesetzt: sie wird bedroht sowohl von der öffentlichen Gewalt als auch von den Mitmenschen. In diesem Verhältnis dienen die Freiheitsrechte in erster Linie als Eingriffabwehrrechte zur Sicherung der individuellen Freiheit gegen den Zugriff der öffentlichen Gewalt. Im Rahmen dieser Funktion sind die möglichen Inhalte der durch die Grundrechte vermittelten Rechtspositionen zu bestimmen. Der Grundrechtsträger kann danach vom Staat verlangen, daß er verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Eingriffe unterläßt und – unter engen Voraussetzungen – daß er ihm positive Leistungen gewährt. Die Grundrechte geben aber kein Recht auf Inanspruchnahme fremder Rechte oder Rechtsgüter. Die negative Freiheit vom staatlichen Eingriff rechtfertigt keinen

47 Näheres bei *Epiney*, a.a.O.

48 Vgl. hierzu *Himmelman*, in: *Himmelman/Pohl, Tünnessen-Hermes*, Handbuch des Umweltrechts, Stand April 1995, A 10 Rn. 7 und *Heintschel von Heinegg*, a.a.O., S. 865.

49 BVerfGE 25, 1 (18 f.).

50 BVerfGE 37, 271 (279).

51 Vgl. *Steinberger*, in: *HStR*, Bd. VII, 1992, § 173 Rn. 61.

52 *Ch. Starck*, *JuS* 1981, S. 237 ff. (237). Hervorhebung des Verfassers.

privaten Eingriff⁵³. Die Freiheitsrechte des Grundgesetzes sind nach keiner Deutung als Eingriffstitel zu lesen.

b) Fremde private Rechtskreise als Schutzbereichsgrenze

Der klassische Fall eines Rechts, das einen fremden Rechtsbereich konstituiert, ist das Eigentum nach § 903 BGB. Im fremden Eigentum finden die Freiheitsrechte schon auf der Ebene des Schutzbereichs ihre Grenzen. So hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß die Gewährleistung der Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zwar nicht mit einem Vorbehalt versehen sei, ihre Reichweite sich aber von vornherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke künstlerischer Entfaltung erstreckt⁵⁴. Auch wer einen fremden Versammlungsraum gegen den Willen des Berechtigten benutzt, bewegt sich außerhalb des Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG)⁵⁵. Nach einer Entscheidung des BAG⁵⁶ ergibt sich aus dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG nicht das Recht der Gewerkschaften, im Eigentum des Arbeitgebers stehende Helme mit Gewerkschaftsaufklebern zu versehen und so fremde Sachen eigenmächtig in Anspruch zu nehmen.

Auch wer andere, nicht eigentumsfähige Rechtsgüter, die rechtlich einer anderen Person zugeordnet sind, nutzt oder beeinträchtigt, handelt außerhalb des Schutzbereichs der Grundrechte. So nimmt etwa *Peter Lerche* für die ebenfalls vorbehaltlos gewährleistete Freiheit der Wissenschaft an, daß sich das Forschungsprivileg des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG schon tatbestandlich nicht auf die Handhabung fremder Rechtsgüter bezieht, mit deren Potential irgendeine Forschung betrieben werden soll⁵⁷. Kein Grundrecht streitet demnach für einen Forscher, der ohne Einwilligung Leben oder Gesundheit eines anderen Menschen für seine Arbeiten in Anspruch nimmt.

Die angesprochenen Fälle zeigen exemplarisch, daß die Freiheitsrechte Übergriffe in fremde Rechtsbereiche nicht legitimieren. Verhaltensweisen, die

53 *D. Suhr*, JZ 1980, S. 166 ff. (169); *D. Lorenz*, in: P. Badura, R. Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 267 ff. (270).

54 BVerfG NJW 1984, S. 1293 ff. (1294).

55 *W. Riefner*, in: Ch. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 1976, S. 453 ff. (460).

56 BAG NJW 1979, S. 1844 ff. (1847). Das BAG relativiert seine Ansicht jedoch, denn es läßt die Inanspruchnahme des Eigentums des Arbeitgebers zu, wenn sie für den Kernbereich koalitionsgemäßer Betätigung unerlässlich ist.

57 *P. Lerche*, in: R. Lukes, R. Scholz (Hrsg.), Rechtsfragen der Gentechnologie, 1986, S. 88 ff. (91); *D. Lorenz*, a.a.O., S. 270 gegen die wohl h.M., die diese Frage erst auf der Schrankebene behandelt.

mit eigenmächtiger Nutzung fremder privater Güter einhergehen, sind nicht als Freiheitsbetätigung vom Tatbestand der Freiheitsrechte erfaßt.

Diese These läßt sich bereits mit der Staatsgerichtetheit der Grundrechte erklären, die die Beziehungen der privaten Rechtssubjekte untereinander nur indirekt und nur negativ bestimmen durch die grundrechtliche *Neminem-laedere*-Pflicht, durch das Verbot, Leben, Gesundheit, Eigentum oder sonstige Schutzgüter anderer zu verletzen⁵⁸.

c) Öffentliche Sache als Schutzbereichsgrenze

Der private Eingriff in eine andere Rechtssphäre ist aber nicht nur dann grundrechtlich illegitim, wenn der betroffene Rechtskreis einem privaten Rechtssubjekt zugeordnet ist, sondern auch dann, wenn der Staat als Sachwalter des Gemeinwohls als Inhaber fungiert.

Zum Reich der öffentlichen Hand gehören die öffentlichen Sachen. Mit der öffentlichen Zweckbestimmung werden diese Sachen aus der privatrechtlichen Verfügungsbefugnis herausgenommen und einem Hoheitsträger als öffentlich-rechtlichem Sachherrn unterstellt⁵⁹.

Die Benutzung einer öffentlichen Sache ist ebenso wie die Inanspruchnahme einer Sache, die im Eigentum eines privaten Rechtssubjekts steht, grundsätzlich ein Übergriff in einen fremden Rechtskreis, der vom Tatbestand der Freiheitsrechte nicht gedeckt ist. Das Recht zur Benutzung einer öffentlichen Sache folgt damit nicht bereits aus den Freiheitsrechten, sondern es wird stets durch eine besondere, konstitutive Zulassung als *Privileg* verliehen⁶⁰.

d) Umweltmedien als öffentliche Sachen

Wirtschaftswissenschaftlich betrachtet sind Umweltgüter wie Luft und Wasser öffentliche Güter oder Kollektivgüter, denn im Unterschied zu privaten Gütern können sie nicht aufgeteilt, individuell zugeordnet und verkauft werden. Die Umweltgüter werden von allen Menschen gemeinsam benutzt, ein selektiver Ausschluß einzelner von der Nutzung ist nicht möglich, weshalb in der Regel niemand freiwillig bereit ist, einen Beitrag zur Reinhaltung von Luft

58 *J. Isensee*, in: HStR, Bd. V, 1992, § 111 Rn. 5.

59 *F.-J. Peine*, JZ 1996, S. 350 ff. (350); *U. Häde*, JuS 1993, S. 113 ff.

60 Wie hier *D. Lorenz*, a.a.O., S. 267 ff. (276); wohl auch *H. Faber*, Verwaltungsrecht, 4. Auflage 1995, S. 382 f. Differenzierend die h.M., die jedenfalls die Inanspruchnahme öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch für Freiheitsausübung hält, vgl. dazu *J. Salzwedel*, in: *E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 10. Aufl. 1995, 8. Abschnitt Rn. 28. Nach BVerwGE 30, S. 235; 32, S. 222 ist der Gemeingebrauch durch Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG „in seinem Kern“ gewährleistet, das Anliegerrecht durch Art. 14 GG.

und Wasser zu leisten. Das marktwirtschaftliche Ausschlußprinzip ist für sie nicht anwendbar⁶¹.

Von der bundesdeutschen Rechtsordnung werden diese Güter, obwohl sie empirisch wesentliche Merkmale teilen, unterschiedlich behandelt.

Rechtlich ist von allen Bestandteilen der Natur bislang allein das Wasser als öffentliche Sache (im Sondergebrauch) eingestuft und einem öffentlichrechtlichen Bewirtschaftungsregime unterworfen⁶². De lege lata liegt die Benutzung von Gewässern außerhalb des Schutzbereichs der Grundrechte und bedarf einer öffentlich-rechtlichen Gestattung, auf die der Nutzer keinen Anspruch hat⁶³.

Doch die Rechtsfigur der öffentlichen Sache hat potentiell ein sehr großes Anwendungsfeld, denn der Begriff der Sache ist im öffentlichen Recht weiter gefaßt, als es § 90 BGB für das Zivilrecht vorschreibt. Die Körperlichkeit, eine feste Begrenzung, ist für die öffentliche Sache nicht erforderlich⁶⁴. Außer den Gewässern könnten daher auch andere Umweltmedien de lege ferenda als öffentliche Sachen ausgestaltet und so der staatlichen Bewirtschaftung unterworfen werden. Die Nutzung dieser Umweltgüter (etwa der Luft oder des Bodens) wäre dann als Übergriff in den fremden Rechtskreis der Allgemeinheit nicht mehr vom Tatbestand der Freiheitsrechte umfaßt.

Wenn der Gesetzgeber einen bestimmten Teil der Umwelt zur öffentlichen Sache widmet, dann konkretisiert er damit die sich aus der Funktion der Freiheitsrechte ergebenden Grenzen, er fixiert und substantiiert damit ihren Inhalt.

Selbstverständlich steht es dem Gesetzgeber nicht frei, beliebige Lebensbereiche durch Schaffung einer öffentlichen Sache aus dem Bereich der grundrechtlichen Freiheitsausübung herauszunehmen. Die Widmung eines Lebensbereichs, dessen Nutzung bisher Freiheitsausübung gewesen ist, für einen öffentlichen Zweck stellt einen intensiven Eingriff in den grundrechtlichen Besitzstand dar, der der Rechtfertigung bedarf⁶⁵.

Allerdings scheint die Rechtfertigung nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit unproblematisch, denn durch die Widmung von lebenswichtigen Naturgütern zur öffentlichen Sache reflektiert das Recht die Tatsache, daß diese Güter knapp sind und daß ihre Nutzung ein Privileg ist⁶⁶. Diese Aussage ist Brisant, gehört doch neben Luft und Wasser auch der Boden zu den knappen

61 L. Wicke, Umweltökonomie, 4. Auflage 1993, S. 41; D. Cansier, Umweltökonomie, 1993, S. 13; H. Gschwendtner, ZfU 1993, S. 55 ff. (58).

62 F.-J. Peine, JZ 1996, S. 350 ff., 398 ff. (408 f.); J. Salzwedel, in: H.-U. Erichsen, W. Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage 1992, § 47.

63 BVerfGE 58, 300 ff. (304); H. Sendler, UPR 1983, S. 33 ff. (33). Zulassungsfrei sind lediglich bescheidene Nutzungen wie Baden, Waschen, Tränken usw., vgl. §§ 23 ff. WHG i.V.m. etwa Art. 21 ff. BayWG.

64 H. Faber, Verwaltungsrecht, 4. Auflage 1995, S. 380.

65 D. Lorenz, a.a.O., S. 267 ff. (279).

66 D. Lorenz, a.a.O., S. 267 ff. (279); i.E. ebenso D. Murswiek DVBl. 1994, S. 77 ff. (83).

und unvermehraren Umweltmedien, so daß die Frage nach der Einrichtung eines öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftungsregimes für Grund und Boden in das Blickfeld rückt. *Hans F. Zacher* hat⁶⁷ zutreffend darauf hingewiesen, daß Grund und Boden *genuin*, apriorisch auch ein Gemeinschaftsgut ist und daß das Eigentum daran *Privilegiencharakter* hat.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich jüngst in seinem „Wasserpfeffernig“-Beschluß⁶⁸ dieser Sicht angeschlossen und ausgeführt: „Knappe natürliche Ressourcen, wie etwa das Wasser, sind Güter der Allgemeinheit. Wird einzelnen die Nutzung einer solchen, der Bewirtschaftung unterliegenden Ressource eröffnet, wird ihnen die Teilhabe an einem Gut der Allgemeinheit verschafft. Sie erhalten einen Sondervorteil ...“

Die Statuierung einer öffentlichen Sache ist damit ein weitreichendes Instrument des Gesetzgebers, die Knappheit der Umweltgüter auch verfassungsrechtlich adäquat zu verarbeiten⁶⁹.

67 VVDStRL 51 (1992), S. 304 f. Vgl. auch *Ehlers*, a.a.O., S. 220; *R. Stettner*, BayVBl. 1991, S. 550 ff. (553) und *H. Sendler*, UPR 1983, S. 33 ff. (37).

68 Beschl. v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, 2 BvR 1300/93, DVBl. 1996, S. 357 ff. (360).

69 Vgl. *D. Murswiek*, NVwZ 1996, S. 417 ff. (421).