

- Treiber 1980. Treiber, H., Steinert, H.: Die Fabrikation des zuverlässigen Menschen. Über die »Wahlverwandtschaften« von Kloster- und Fabrikdisziplin. München 1980.
- Trusen 1962. Trusen, W.: Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland. Ein Beitrag zur Geschichte der Frührezeption. Wiesbaden 1962.
- Trusen 1984. Trusen, W.: Strafprozeß und Rezeption. Zu den Entwicklungen im Spätmittelalter und den Grundlagen der Carolina. In: Landau, P., Schroeder F. Ch. (Hsg.): Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina. Frankfurt a. M. 1984, p. 29 ff.
- Unverhau 1984. Unverhau, D.: Akkusationsprozeß-Inquisitionsprozeß. Indikatoren für die Intensität der Hexenverfolgung in Schleswig-Holstein. In: Degn et al. 1984, S. 59 ff.
- Weng, J.F.: Die Hexenprozesse der ehemaligen Reichsstadt Nördlingen in den Jahren 1590–1594. In: Ders., Guth, J. B. (Hsg.): Das Ries wie es war und ist. 6. Heft, 5 ff.; 7. Heft, 3 ff. Nördlingen o. J.
- Wieacker 1967. Wieacker, F.: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen 1967.
- Wunder 1984. Wunder, H.: Hexenprozesse im Herzogtum Preußen während des 16. Jahrhunderts. In: Degn et al. 1984, 179 ff.
- Zwetsloot 1954. Zwetsloot, H.: Friedrich von Spee und die Hexenprozesse. Trier 1954.

Gerd Winter

## Über Pflöcke im wandernden Rechtsboden

Die Eigentumskonzeption des Bundesverfassungsgerichts und  
Ferdinand Lassalles Theorie erworbener Rechte

Die schleichende Vergiftung von Luft, Gewässern, Grundwasser und Boden, die langsame Erwärmung der Atmosphäre und Ausdünnung der Ozonschicht, die schlafenden Unfallrisiken von Kernkraftwerken, Chemieanlagen und Abfalldeponien, die schrittweise Vernutzung von naturnahen Flächen – immer häufiger wird das Sukzessive zur offenbaren Katastrophe, zum Waldsterben, zu abrutschenden Hängen, wirklichen Großunfällen, deren Frequenz die gesellschaftlichen Verdrängungsmechanismen in Zeitnot bringt. Die ökonomischen, politischen und kulturellen Strukturen, die auf die Vermehrung der ungeheuren Warenansammlung gerichtet sind, müssen umgebaut werden, wenn sie ihre natürliche Basis nicht verlieren sollen. Tiefgreifendem Wandel stellen sich aber erworbene Rechte entgegen – Kapital und Arbeit sind investiert worden, Genehmigungen sind auf Dauer erteilt, für Eingriffe wird Entschädigung verlangt –, und sie müssen überwunden werden, wenn der Übergang gelingen soll. In solcher Situation stellt sich die Frage, ob die Eigentumsgarantie auf das Problem vorbereitet ist, und es ist aufschlußreich zu vergleichen, wie frühere Übergänge bewerkstelligt worden sind.

I.

Blickt man aus dieser Perspektive auf die Eigentumskonzeption des Bundesverfassungsgerichts, so könnte die Untersuchung zum Loblied insbesondere auf den Naßauskiesungsbeschuß des Ersten Senats geraten.<sup>1</sup> Zurechtgewiesen der Bundesgerichtshof, abgelehnt seine »Umschlagtheorie« (Böhmer), nach der allzuviel »So-

<sup>1</sup> BVerfG v. 15. 7. 1981, E 58, 300.

zialbindung« des (präexistent gedachten) Eigentums die (Sonderopfer- oder Zumutbarkeits-)Schwelle zur Enteignung überschreitet und somit entschädigungspflichtig wird. Vorüber die Zeiten, als erst der Umschlagtest durch den BGH dem Gesetzgeber demonstrierte, ob seine Maßnahme Enteignung war oder als Sozialbindung durchging. Längst schon hatte das BVerfG seine abweichende Konzeption dargelegt.<sup>2</sup> Des BGH Eigenmacht gegenüber dem Parlament direkt zu korrigieren, fehlte es aber an Gelegenheit, weil die entschädigungspflichtigen öffentlichen Hände nicht beschwerdebefugt sind.<sup>3</sup> Auch ein deutlicher Hinweis<sup>4</sup> verfehlte seine Wirkung, und es bedurfte erst eines Dissenses von BGH und BVerwG, eben über die Frage, ob Naßauskiesung und andere Grundwasserbenutzung ohne Entschädigung verboten werden dürfe,<sup>5</sup> um den BGH zu einer Vorlage anzureizen.

Dies sind die Leviten des BVerfG: Was enteignend wirke und somit entschädigungspflichtig sei, bestimme der Gesetzgeber und nicht das Zivilgericht. Irre sich der Gesetzgeber in der verfassungsrechtlich gezogenen Grenze zur Enteignung und werfe er, obwohl eine enteignende Wirkung eintrete, keine Entschädigung aus, so müsse das Gericht die Sache dem Bundesverfassungsgericht vorlegen. Nicht dürfe es stattdessen – per Annahme eines enteignenden Eingriffs – selbst die Grenze bestimmen und eine Entschädigung zusprechen. Für den Betroffenen bedeute dies, daß er sich beizeiten um Abwehr der Beeinträchtigung bemühen müsse und nicht auf Schadenseintritt harren dürfe. Insgesamt eine Demokratie und Gewaltenteilung ernst nehmende Konzeption. Auch eine das Gemeinwohl über das Privateigentum stellende Konzeption? So scheint es: Das BVerfG stellt der Enteignung nicht die Sozialbindung gegenüber, sondern die Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums. Damit ist ein Muster abgelehnt, das das Eigentum als dem Gesetzgeber vorgegeben und deshalb nur »sozial bindbar« hypostasiert. Der Gesetzgeber darf sich ermuntert fühlen, selbst zu entwickeln, wieweit Eigentum reichen soll.

Alles vergebens. Der BGH hielt nicht nur am Entschädigungsanspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs fest,<sup>6</sup> was, soweit an Eingriffe ohne materielle Rechtsgrundlage gedacht ist, akzeptabel ist, weil im Grunde nicht Ausgleich für Aufopferung, sondern Schadensersatz für rechtswidriges Staatshandeln ansteht.<sup>7</sup> Er hielt vielmehr auch an seiner jüngeren Erfindung fest: dem Anspruch wegen enteignenden Eingriffs, jenem – von ihm nie wirklich exakt definierten – Anspruch bei Eingriffen, die materiell durch eine Rechtsgrundlage getragen sind, aber die Sozialbindungsgrenze überschreiten, weswegen ihre Rechtsgrundlage – »formell« rechtswidrig – die Junktimklausel verletzt. Diesen Anspruch hatte der Naßauskiesungsbeschluß zu Fall gebracht, und der BGH richtete ihn nun kunstvoll wieder auf, indem er ihn statt wie bisher auf Art. 14 Abs. 3 GG auf gewohnheitsrechtliche Beine stellte, wobei die »Ausgestaltung im einzelnen nach Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen aber auf der Ebene des einfachen Rechts liege«.<sup>8</sup> So war die Definitionsmacht über die Enteignungsgrenze dem Zivilgericht erneut gesichert; denn »einfaches Recht« auszulegen und fortzubilden ist seine Sache.<sup>9</sup> War es die

2 Zuerst BVerfG v. 21. 7. 1955, E 4, 219 (230ff.).

3 BVerfG v. 7. 6. 1977, E 45, 63, 74ff.

4 BVerfG a. a. O. S. 81.

5 Vgl. einerseits BGH v. 13. 7. 1978, DVBl. 1979, 58, andererseits BVerwG v. 10. 2. 1978, E 55, 220, 230f.

6 BGH v. 26. 1. 1984, E 90, 17, 30f.

7 Götz, Anm. DVBl. 1984, 395. Der BGH bleibt dagegen bei der Anknüpfung am Aufopferungsgedanken und damit dem merkwürdigen Erst-Recht-Schluß vom rechtmäßigen enteignenden Eingriff zur rechtswidrigen Schadenszufügung (a. a. O. S. 29).

8 BGH 26. 1. 1984, E 90, 4, 14.

9 Sie kann ihm freilich durch einfaches Gesetz, das die Entschädigung ausschließt, entrissen werden. Über

Sorge, das BVerfG öffne sozialistischen Experimenten Tür und Tor, die den BGH trieb, den demokratischen Impetus des BVerfG so zu ignorieren, ja mit einem verfassungswidrigen, weil die Inhaltsbestimmungskompetenz des Gesetzgebers (und übrigens auch Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG)<sup>10</sup> verletzenden Gewohnheitsrecht zu konterkarieren? Schwacher Trost, fast schon versteckte Häme, daß der BGH die Priorität der verwaltungsgerichtlichen Abwehrklage und damit einer möglichen verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Enteignungsgrenze lediglich im Wege des – nur matt geprüften – klägerischen Mitverschuldens bei der Schadensentstehung sanktioniert.<sup>11</sup>

## II.

Aber wenn die Sorge um das Eigentum Mutter des Gedankens war, bestand sie wirklich zu Recht? War es womöglich Ferdinand Lassalle, der Sozialist, der aus dem Naßauskiesungsbeschluß sprach? Lassalle hat in einer 1861 erschienenen und schnell berühmt gewordenen Schrift<sup>12</sup> versucht, historischen Revolutionen des Rechtsbewußtseins eines Volkes eine rechtlich legitime Form zu geben und damit den Durchgangskarakter von Gesellschaftsformationen – auch der sich als Endzustand definierenden bürgerlichen Gesellschaft – rechtstheoretisch zu verarbeiten.<sup>13</sup> Er unterscheidet zwischen zwei Arten von gesetzlichen Äußerungen solchen gewandelten Rechtsbewußtseins: zwischen Gesetzen, die einen bestimmten bisher erlaubten Rechtsinhalt aufheben, und Gesetzen, die den Rechtsinhalt unberührt lassen, aber eine bestimmte Art des Erwerbs für unzulässig erklären. Hat ein Individuum ein bestimmtes Recht erworben, so verliert es dieses unter dem ersten Gesetz, und zwar entschädigungslos; denn eine Entschädigung würde das Recht in anderer Form (dem Geld) perpetuieren. Dagegen behält das Individuum sein erworbenes Recht unter dem zweiten Gesetz; erst zukünftige Erwerbsakte sind ausgeschlossen.<sup>14</sup> Die Begründung liegt in der grundsätzlichen Freiheit des Individuums, dem nicht genommen werden soll, was es einmal erworben hat, das aber andererseits nicht auf ewig behalten soll, was als nicht mehr erwerbbar gesetzt wird.<sup>15</sup>

»Ein zeitweilig bestehendes Gesetz stellt einen Rechtsinhalt als einen erlaubten hin. Das Individuum kann denselben erwerben, d. i. zu dem seinigen machen, und fordern, daß dieser Rechtsinhalt für sich bestehe, solange irgend die Gesetzgebung denselben als einen erlaubten und zu erwerbenden zuläßt. Aber was dem einzelnen nicht zustehen kann ist dies, das zeitweilig bestehende Gesetz zu dem für ewige Zeiten, trotz aller späteren ausschließenden Gesetze, für ihn bestehenden und ihn regierenden Gesetz zu proklamieren.«<sup>16</sup>

Das Individuum würde sich sonst zum Gesetzgeber machen, was in sich widersprüchlich sei.

diese Folge als strategisches Argument in der Frühzeit der bundesrepublikanischen Eigentumsdebatte s. A. v. Brünneck, Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, Baden-Baden 1984 S. 176 f., 417.

<sup>10</sup> Danach sind die Zivilgerichte nur für Streitigkeiten wegen der Höhe, nicht wegen des Grundes der Entschädigung zuständig. S. dazu W. Böhmer, Die rechtsgeschichtlichen Grundlagen der Abgrenzungsproblematik von Sozialbindung und Enteignung, Der Staat 1985, S. 157 ff., 180f.

<sup>11</sup> BGH a. a. O. S. 394 r. Sp.

<sup>12</sup> F. Lassalle, Das System der erworbenen Rechte, 1. Teil, Leipzig 1861, §§ 7 und 8.

<sup>13</sup> Otto Kirchheimer, Die Grenzen der Enteignung (1930), in: ders., Funktionen des Staats und der Verfassung, Frankfurt 1972, S. 237.

<sup>14</sup> A. a. O. S. 195.

<sup>15</sup> A. a. O. S. 41 f.

<sup>16</sup> A. a. O. S. 147.

»Es läßt sich also vom Individuum kein Pflock in den Rechtsboden schlagen und sich mittels desselben für selbstherrlich für alle Zeiten und gegen alle künftigen zwingenden oder prohibitiven Gesetze erklären« ... »Es läßt sich also, sagen wir, ebensowenig ein solcher Pflock in den Rechtsboden treiben, als sich ein Pflock in das Erdreich schlagen und verlangen läßt, daß dieser selbst dann noch an seiner Stelle bleibe, wenn sich das ganze Erdreich, in dem er haftet, in Bewegung setzt.«<sup>17</sup>

Lassalle fühlt seine Theorie durch die französische Revolutionsgesetzgebung bestätigt. Die in Leibeigenschaft, also in persönlicher Unterwerfung bestehenden Rechte wurden entschädigungslos aufgehoben, und zwar sowohl im Sinne der Annullierung der Rechtskategorie (des »erwerbbaaren Rechts«) wie auch im Sinne der Beseitigung der erworbenen Rechte der einzelnen Individuen. Er protestiert dagegen, daß das preußische Gesetz über die Regulierung und Ablösung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse vom 2. März 1850 eine Entschädigungspflicht für die Aufhebung von zur Gutsuntertänigkeit gehörenden Rechten statuierte.<sup>18</sup> Der Fall gleiche auch nicht etwa einer Enteignung, denn bei dieser bleibe der Rechtsinhalt gerade zulässig und es wechsele lediglich die Rechtsinhaberschaft.

»Es gibt hier nichts zu entschädigen. Denn es ist hier dem einzelnen nichts genommen worden, was, wie bei der Expropriation, noch ferner als ein rechtmäßiges Eigentum anerkannt würde. Ein Recht der Entschädigung annehmen, da, wo der Inhalt des aufgehobenen Rechtes vom öffentlichen Bewußtsein bereits prohibiert, d. i. als widerrechtlich bestimmt ist, hieße vermöge der Kraft der Logik gar nichts Geringeres, als Klassen oder Individuen das Recht zusprechen: dem öffentlichen Geiste einen Tribut für seine Fortentwicklung aufzuerlegen ...«<sup>19</sup>

Andererseits akzeptiert Lassalle, daß die französischen Revolutionsgesetze solche Rechte für nur gegen Entschädigung aufhebbar erklären, die auf »lästigem Titel«, d. h. auf einer Bodenverleihung des Grundherrn an den Bauern beruhen. Hier gehe das Rechtsbewußtsein der Zeit weniger weit – schließlich entsprach die Rechtsbegründung aus willentlicher Übereinkunft ja durchaus dem neuen bürgerlichen Geist – und hebe nicht die ganzen Rechte auf, sondern modifiziere sie nur, indem sie statt unablösbar nunmehr ablösbar würden.<sup>20</sup> In heutiger Sprache: Die Sachgarantie wurde in eine bloße Wertgarantie verwandelt.

Folgt das BVerfG nun Lassalle? Zunächst scheint es so. Der Erste Senat hebt eine eigenständige Art von Gesetzen heraus, die »generell und abstrakt die Rechte und Pflichten des Eigentümers« festlegen. Davon unterscheidet er eine andere Art, nämlich Gesetze, die enteignen, sei es *per se* oder durch behördlichen Vollzugsakt.<sup>21</sup> Über die beiden Regelungstypen heißt es dann aber weiter:

»Das schließt jedoch nicht aus, daß eine neue, für die Zukunft geltende objektiv-rechtliche Regelung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zugleich eine Legalenteignung bewirkt, weil und soweit sie subjektive Rechte entzieht, die der Einzelne aufgrund des alten Rechts ausgeübt hat.«<sup>22</sup>

17 A. a. O. S. 146, 147.

18 Tit. 2 § 11 des Gesetzes unterwirft pauschal die »ungemessenen Dienste« der Ablösung, ohne nach deren Entstehungsgrund zu differenzieren. Vgl. Lassalle, a. a. O. S. 182.

19 A. a. O. S. 172. Zur Ablösungsgesetzgebung heißt es S. 186: »Der Feudalgeist fühlt die ihm so knapp zugemessene Zeit – und greift schnell noch mit beiden Händen von neuem in die Taschen des Volkes, um noch vor dem ersten Hahnenschrei durch eine neue Gewalt seinen feudalen Besitz in bürgerlichen zu verwandeln.«

20 A. a. O. S. 174–176. Daß Lassalle die Entschädigungspflicht nicht nur beschreibt, sondern auch begrüßt, rückt ihn stärker, als es Kirchheimer (a. a. O. S. 236 f.) annimmt, in die Nähe des bürgerlichen Rechtstheoretikers Lorenz v. Stein, der ebenfalls zwischen leibeigenen und verliehenen Rechten unterscheidet (L. v. Stein, Die Verwaltungslehre. 3. Hauptgebiet, 1. Teil. Die Entwährung. Stuttgart 1868, S. 67 ff., 191 ff.).

21 BVerfGE 58, 300, 330 f. Begrifflich klarer wäre es gewesen, wenn der Senat der »objektiven« Regelung die »subjektive« (rechtsstellungsverändernde) Regelung gegenübergestellt hätte, die sich wiederum in die beiden Varianten Inhaltsbestimmung und Enteignung gliedert. Denn ebenso wie nicht jede objektive Regelung die Institutsgarantie verletzt, sondern Inhaltsbestimmung sein kann, ist nicht jede subjektive Regelung Enteignung, sondern möglicherweise ebenfalls Inhaltsbestimmung.

22 BVerfG 58, 300, 331.

Beide, Lassalle und das BVerfG, gehen also von einer Unterscheidung (»objektiv« geregelter) erwerbbarer und (»subjektiver«) erworbener Rechte aus. Während Lassalle aber annimmt, daß es eine historische Notwendigkeit geben kann, die neben erwerbbaaren Rechten auch die erworbenen Rechte restlos beseitigt, werden nach Meinung des BVerfG nur die erwerbbaaren Rechte ergriffen. Die erworbenen Rechte müssen entschädigt werden, wenn auch sie verschwinden sollen. Das Gericht sieht hier eine Enteignung, wiewohl dieser Begriff nach altem Verständnis für die »zufällige« Inanspruchnahme erworbener Rechte, nicht für Aufhebungen von gleichsam säkularer Notwendigkeit reserviert war.<sup>23</sup> Es ähnelt in seiner Konzeption der zweiten großen Theorie erworbener Rechte in der Übergangsgesellschaft des 19. Jahrhunderts, nämlich derjenigen des bürgerlich denkenden Lorenz v. Stein, der ebenfalls die historisch gebotene und die zufällige Enteignung in einen Begriff, und zwar nicht den der Enteignung, sondern den der Entwährung zusammenfügte, dabei allerdings ein stärkeres Gefühl für die Unterschiedlichkeit der beiden Unterfälle bewahrte:

»Denn während bei den letzteren (scl. den Grundentlastungen, Ablösungen und Gemeinheitsteilungen) die Eigentumsverhältnisse nur als Konsequenz eines öffentlich rechtlichen Fortschrittes, als der notwendige und unabweisbare Inhalt einer großen, das ganze Leben der Völker unwiderstehlich erfassenden Umgestaltung der Gesellschaftsordnung erscheinen und so die Lösung des größeren Widerspruches uns mit dem Auftreten des kleineren versöhnt, tritt in der Enteignung in der Tat scheinbar nur ein Interesse dem andern gegenüber, das Gesamtinteresse dem Einzelinteresse . . .«<sup>24</sup>

### III.

Scheint es beim BVerfG also mit Lassalle und dem revolutionären Geist nicht weit her zu sein, so drängt sich umgekehrt die Frage auf, ob das BVerfG nicht viel Lärm um nichts gemacht hat und von der Auffassung des BGH im Grunde nicht weit weg ist. Denn über die Aufhebung von erwerbbaaren Rechten und ihre Vereinbarkeit mit der Institutsgarantie hat der BGH ohnehin nicht zu befinden. Gut, er soll den Weg zur verfassungsrechtlichen Überprüfung des Gesetzgebers freigeben und diesen nicht selbst korrigieren, sondern Betroffene zur Abwehrklage zwingen. Eine Entschädigung kann dem Gesetzgeber aber schließlich doch abverlangt werden, nur eben via BVerfG statt via BGH. Ein eher technischer Streit um Rechtswege also? Wir wollen sehen.

Fragen wir zunächst, wie das BVerfG seine Version vom enteignenden Eingriff konturiert. Dazu ist vorab nachzutragen, daß bekanntlich bereits das Reichsgericht und später der BGH den Bereich der geschützten Eigentumsrechte ausgedehnt haben.<sup>25</sup> Dies war übrigens nicht schiere Erfindung, vielmehr lag der weite Eigentumsbegriff in Gestalt der Figur der erworbenen Rechte ja bereits vor und wurde lediglich aus dem kalten Wind der Rechtsaufhebungen in die Schutzzone des Enteignungsinstituts gezogen. Es wurde dadurch ein sehr viel breiterer Vermögensbereich als das ursprünglich für Enteignungen paradigmatische Grundeigentum geschützt. Daneben hat das Reichsgericht und ebenso der BGH die Methode der Enteignung ausgedehnt, und zwar von der »klassischen« Weise des Rechtsentzugs

<sup>23</sup> S. dazu Kirchheimer, a. a. O. S. 240 ff. mit einer Analyse der Verfassungs- und Gesetzgebung, sowie H. Rittsteg, Eigentum als Verfassungsproblem, Darmstadt 1975, S. 219 ff.

<sup>24</sup> L. v. Stein, a. a. O. S. 292.

<sup>25</sup> Dazu Kirchheimer, a. a. O. S. 267 ff. und H. Rittsteg, a. a. O. S. 256 ff.

zur bloßen Rechtsbeschränkung. Auch das kann als nicht retournierte Anleihe an die Theorie erworbener Rechte verstanden werden.

Diese Erweiterung von Gegenstandsbereich und Methode der Enteignung war dogmenpolitisch gewitzter, als wenn man den casus auf dem Feld der historischen Rechtsaufhebungen belassen und die Bataillone derer verstärkt hätte, die wie v. Savigny oder Stahl<sup>26</sup> für solche Rechtsaufhebungen Entschädigung verlangten. Ein Satz wie der, den v. Savigny äußerte, »ein großartiges Beispiel solcher Entschädigung (sei) in neuerer Zeit durch die Englische Sklavenemanzipation gegeben worden, indem der Staat die Eigentümer der Sklaven aus seinem Vermögen für den verlorenen Wert entschädigte«, wäre in den Weimarer Kämpfen um sozialistische Umbauten der Rechtsordnung kaum präsentabel gewesen. Als »enteignungsgleiche Eingriffe« blieben diese Umbauten Juristensache, auch konnte man ihnen so ihren säkularen Anstrich nehmen.

Diese Prämissen stellt auch das BVerfG nicht in Frage.<sup>27</sup> Es kennt – unausgesprochen – den enteignenden Eingriff jenseits der klassischen Enteignung, hebt ihn aber von der Ebene des einfachen Rechts auf die Ebene verfassungsrechtlicher Anforderungen an den Gesetzgeber. Zu diesen Anforderungen gehört nicht nur die Junktimklausel. Daneben entwickelt das BVerfG in Ansätzen eine Umschreibung sowohl der zu schützenden individuellen Rechtspositionen wie auch der Grenze, bis zu der der Gesetzgeber diese Rechtspositionen entschädigungslos aushebeln darf.

Individuelle Rechtspositionen hatte der BGH z. B. aus § 905 BGB hergeleitet, der das Recht des Grundeigentümers auf den Erdkörper und mit diesem auf das Grundwasser erstreckte. Das BVerfG moniert daran zweierlei: Was dem Eigentümer an Befugnissen zustehe, ergebe sich nicht nur aus dem Privatrecht, sondern aus einer Gesamtbetrachtung von Privatrecht und öffentlichem Recht; das als vorgegebene bürgerliche Ordnung gedachte Privatrecht wird so als gleichwertiger Bestandteil in den Komplex zweckhaft gesetzten Rechts eingeholt. Ferner, und ebenso bedeutsam, verlangt das BVerfG für individuelle Rechtspositionen nicht nur, daß sie rechtlich zulässig sind, sondern auch, daß von den Befugnissen Gebrauch gemacht worden ist.

»Die Problematik der Legalenteignung stellt sich bei Änderung des objektiven Rechts allerdings dann, wenn von einer nach früherem Recht möglichen Nutzungsbefugnis bereits Gebrauch gemacht worden ist und diese entzogen wird.«<sup>28</sup>

Rechtsstellungen haben also zwei Voraussetzungen: Sie müssen rechtlich eingeräumt<sup>29</sup> und tatsächlich ausgeübt sein. Beim »Gebrauchmachen« und »Ausüben« ist offenbar an den Einsatz von Kapital und Arbeit gedacht. Ob es ausreicht, daß der Betroffene ohne Einsatz von Kapital und Arbeit einen privatrechtlichen Anspruch oder eine verwaltungsrechtliche Erlaubnis erworben hat, ist noch nicht vollends geklärt.<sup>30</sup> Wäre es so, bestände ein interessanter Unterschied zwischen dem BVerfG einerseits und Lassalle wie auch Savigny andererseits, die für den »Erwerb« von Rechten auf den rechtsgeschäftlichen Willen abstellten: Hie das – inhaltliche –

26 F. C. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 8. Band, Berlin 1849, S. 539; F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts, 2. Band 1. Abt., Heidelberg, 4. Aufl. 1870, § 16 (S. 339). Zur Kritik an Savigny und Stahl vgl. Lassalle, a. a. O. S. 8 ff. bzw. 148 ff.

27 Der sich auf eine solche vermeintliche Auffassung stützende Vorschlag Rittstuegs, zum klassischen Enteignungsbegriff zurückzukehren (AK-GG Art. 14 Rz. 189 f.), scheint mir deshalb nicht akzeptabel.

28 BVerfGE 58, 300, 338.

29 »Eingeräumt« heißt »nicht verboten«; m. E. wird eine ausdrückliche Zuteilung einer Befugnis nicht verlangt.

30 Gleichsam als Kehrseite des Schutzes des Arbeitsergebnisses werden im Conterganurteil auch schuldrechtliche Ansprüche als Eigentum anerkannt, die »den Charakter eines Äquivalents für Einbußen an Lebenstüchtigkeit besitzen« (BVerfG v. 8. 7. 1976, E 42, 263, 293).

Kriterium der »Industrie«-Gesellschaft, dort das – formale – Kriterium der liberalen Gesellschaft.

Auch in der Bestimmung der Grenze zur Enteignung – sie muß bestimmt werden; auch das BVerfG muß deshalb eine Version der von Böhmer despektierten Umschlagtheorie präsentieren – setzt sich das BVerfG vom BGH ab. Der Blickwinkel des Eigentümers, den die Sonderopfer- und Zumutbarkeitskriterien einnehmen, wird erweitert um den Blickwinkel des Gemeinwohls. Der Gesetzgeber darf Rechtspositionen entschädigungslos umgestalten, »wenn Gründe des Gemeinwohls vorliegen, die den Vorrang vor dem berechtigten – durch die Bestandsgarantie gesicherten – Vertrauen auf den Fortbestand eines wohl erworbenen Rechts verdienen«. <sup>31</sup>

Überwunden wird auch das statische Bild des BGH, nach dem die Eigentumspositionen in der Gesellschaft auf Dauer verteilt sind und sich ohne Entschädigung nur »Sozialbindungen« gefallen lassen müssen, die den Bestand selbst nicht antasten. Das BVerfG setzt das Bild in zeitliche Bewegung, indem er die entschädigungslose Umgestaltung einführt, die am Ende zur Aufhebung der Rechtsstellung führen kann. Der Bestand kann also beseitigt werden; nur muß für eine »angemessene und zumutbare Überleitung« <sup>32</sup> gesorgt sein, bei der dem Gesetzgeber aber ein »breiter Gestaltungsspielraum« zugestanden wird. <sup>33</sup>

#### IV.

Diese Dynamisierung verringert die Kluft zwischen dem BVerfG und Lassalle zu einer Meinungsverschiedenheit über die zulässige »Härte« oder »Schnelligkeit« von Überleitungen. Hält Lassalle bei entsprechendem Wandel des allgemeinen Rechtsbewußtseins abrupte Brüche für zulässig, fordert das BVerfG weiche Übergänge. Der Unterschied ist allerdings nicht unwesentlich und läßt sich letztlich daraus erklären, daß Lassalle, von höherer, theoretischer Warte aus urteilend, den Durchgangsscharakter von Gesellschaftsformen (auch der bürgerlichen) betont, während das BVerfG – systemimmanent auf die Interpretation eines Verfassungsartikels verpflichtet – die Dynamisierung in den Grenzen der vorhandenen Gesellschaftsform hält. Dennoch ist die Formel des BVerfG, bei Vorrang des Gemeinwohls dürften Rechtspositionen weich übergeleitet werden, eben weil sie die feste Enteignungsgrenze je nach Bedeutung des Gemeinwohls variiert, offen für unterschiedliche Anlässe. Und es fragt sich, ob das Gemeinwohl durch historische Notwendigkeit so gebieterisch Vorrang vor dem Vertrauen auf den Fortbestand erworbener Rechte fordern kann, daß der Übergang sich dann auch hart und kurzfristig vollziehen darf. Rechtsdogmatisch besteht der Unterschied dann darin, daß in der system-transzendierenden Konzeption Lassalles (und v. Steins) eine »historisch notwendige« Aufhebung erworbener Rechte nicht Enteignung sein kann, weil diese begrifflich »Zufälligkeit« voraussetzt, während in der systemimmanenten Konzeption des BVerfG »historisch notwendige« Rechtsaufhebung nur unter Zusatzbedingungen (nämlich geringerer Gewichtigkeit des Bestandsvertrauens der Eigentümer) keine Enteignung ist, weil diese von einer Abwägung abhängt, in der historische

<sup>31</sup> BVerfGE 58, 300, 351; s. auch E 31, 275, 285 (»wenn Reformen sich als notwendig erweisen«) u. E 36, 281, 293 (»bei notwendigen Rechtsänderungen«).

<sup>32</sup> BVerfGE 58, 300, 351.

<sup>33</sup> BVerfGE 43, 242, 288.

Notwendigkeit oder Zufälligkeit als Gesichtspunkte, nicht als trennscharfe Begriffsmerkmale fungieren.

Das Grundgesetz kennt übrigens zwei andere Fälle von relativ abrupter Rechtsaufhebung mit nicht mehr als einer Billigkeitsentschädigung: die Sozialisierung nach Art. 15 GG und die Bewältigung der Kriegsschäden z. B. durch Art. 134 Abs. 4, 135a GG. Mit der Sozialisierung ist ein Fall von seinerzeit als historische Notwendigkeit empfundener Rechtsaufhebung in die Verfassung selbst aufgenommen worden. In ihr sollte nicht wie bei der Enteignung ein konkreter vorzugswürdiger Verwaltungszweck verwirklicht werden, vielmehr galt sie der abstraktgenerellen Strukturumwandlung der Wirtschaftsordnung. Dementsprechend war die Entschädigung ursprünglich als Billigkeitsentschädigung gemeint; sie wurde erst später in einen vollen Wertausgleich umgedeutet.<sup>34</sup> Die Bewältigung der Kriegsschäden, und zwar sowohl der schon vor dem Zusammenbruch bestehenden Reichsverbindlichkeiten, die Art. 134 GG regelt, wie der eigentlichen Kriegs- und Kriegsfolgeschäden, die im GG nicht speziell geregelt sind, kann nach Auffassung des BVerfG

»nicht mit den Maßstäben gemessen werden, wie sie für den Zwangseingriff in das Eigentum von Bürgern zur Erfüllung einer normalen öffentlichen Aufgabe gelten. Eine Bindung an diese Maßstäbe hätte den staatlichen Wiederaufbau unmöglich gemacht.«<sup>35</sup>

Der Übergang in die neu aufzubauende Bundesrepublik sollte nicht durch Entschädigungszahlungen behindert werden. Solche Zahlungen sind nicht enteignungsrechtlich, sondern nur durch das Sozialstaatsprinzip (d. h. in geringerer Höhe) geboten.<sup>36</sup>

## V.

Die Eröffnung einer Kategorie historisch notwendiger Rechtsaufhebung, deren volle Entschädigung oder auch nur weiche, langfristige Überleitung »geschichtswidrig«<sup>37</sup> ist, steht also nicht ohne Parallelen da. Nur fragt es sich natürlich: Was ist denn in jenem Sinne historisch notwendig? Lassalle hatte sich auf das jeweilige »Zeitbewußtsein« bezogen, aber abgelehnt, es abstrakt zu definieren, sondern seinen Inhalt als jeweils bekannt vorausgesetzt.<sup>38</sup> Historische Notwendigkeiten drängen sich in das Zeitbewußtsein, in den öffentlichen Diskurs und schließlich auch in den Diskurs der Verfassungsinterpreten und den der Parlamente und Verwaltungen. Sie sind da und können nur nachträglich erklärt und gerechtfertigt werden; deshalb erübrigt sich eine Definition.

Wenige werden bestreiten, daß eine ökologische Durchdringung der mit dem ökonomischen Funktionieren und Wachsen präokkupierten Gegenwartsgesellschaft eine historische Notwendigkeit ist. Umstritten ist nur die Schnelligkeit, Radikalität

<sup>34</sup> Dazu s. F. W. Dopatka, Darstellung und Kritik der herrschenden Auslegung von Art. 15 Grundgesetz, in: G. Winter (Hrsg.), Sozialisierung von Unternehmen. Bedingungen und Begründungen, Frankfurt 1976, S. 155, bes. S. 163–172.

<sup>35</sup> BVerfG v. 13. 1. 1976, E 41, 126, 152.

<sup>36</sup> BVerfG v. 3. 12. 1969, E 27, 253, 283.

<sup>37</sup> R. Schmid benutzt diesen Ausdruck u. a. im Zusammenhang mit dem Verbot politischer Streiks Anfang der fünfziger Jahre. S. R. Schmid, Zum politischen Streik, Gewerkschaftliche Monatshefte 1/1954 S. 1 ff. Den Hinweis verdanke ich H. E. Böttcher, Bremen. Vgl. auch F. Steinkühler, Rechtswidrigkeit und Geschichtswidrigkeit, in: H. E. Böttcher (Hrsg.), Recht-Justiz-Kritik. Festschrift für R. Schmid zum 85. Geburtstag, Baden-Baden 1985, S. 129 ff.

<sup>38</sup> Vgl. die von Kirchheimer zitierten und von diesem selbst akzeptierten Passagen aus einem Brief Lassalles an Rodbertus in Kirchheimer, a. a. O. S. 239.

und finanzielle Lastenverteilung des Übergangs. Was hier politisch richtig ist, ist nicht das Problem dieser Abhandlung. Worauf es ankommt, ist zu erkennen, daß *verfassungsrechtlich* auch schnelle, radikale und entschädigungslose Aufhebungen erworbener Rechte zulässig sind, jedenfalls, soweit es die Eigentumsgarantie angeht (zu beachten bleiben andere Verfassungsgebote wie das Sozialstaatsprinzip).

Reduziert sich so der Widerstand der Eigentumsgarantie, so ist der politische Prozeß damit allerdings nicht frei, nach Willkür zu schalten und zu walten. Mehr als bei Überwindung der Grundherrschaft und des menschenwürdigen Kapitalismus fallen in der ökologischen Krise unvermeidlich Kosten an. Dem Grundherrn konnte man Hand- und Spanndienste streichen, und er beackerte den Boden – häufig mit höherem Ertrag – mit Hilfe von Lohnarbeitern; dem Kapitalisten konnte man Mitbestimmung abnötigen, und er produzierte weiter mit zufriedeneren Arbeitern, die ihm zugleich Nachfrage bescherten. Die Produktionsmittel (Boden, Anlagen) blieben erhalten, nur die Verfügungsmacht über sie wandelte sich. Ein KKW abzuschalten, Boden der Viehzucht zu entziehen, Produkte und Maschinen aufzugeben, Häuser mit Wärmedämmung auszurüsten verursacht dagegen zunächst Kosten, die jedenfalls zu tragen sind – und zwar über höhere Preise meist von den Konsumenten oder über Subventionen von den Steuerzahlern. Das Eigentumsproblem ist zum Systemproblem geworden. Es muß entschieden werden, ob der historische Umbau von den Unternehmen, den Konsumenten, den Lohnempfängern oder den Steuerzahlern bezahlt werden soll. Das ist schwierig genug, aber zumindest dadurch erleichtert, daß die Eigentumsgarantie jedenfalls nicht prinzipiell präjudiziert, wer die Lasten tragen soll.

Im Einzelnen, bei der Sichtung einzelner Rechtsstellungen, kann freilich bei der Abwägung von Gemeinwohl und Schutzwürdigkeit des Bestandsvertrauens der Vertrauensschutz auch gegenüber historischen Notwendigkeiten Vorrang genießen und zu langen Überleitungen oder zur Entschädigung zwingen. Dabei kann man auf Kriterien zurückgreifen, die in jüngster Zeit ins Gespräch gebracht worden sind.<sup>39</sup> Eines ist der für eine Umrüstung einer Anlage erforderliche *Zeitaufwand*. Wo die Umweltrisiken durch technische Nachrüstung ausgeschlossen werden sollen und nicht »Ausstiege« aus ganzen Technologien oder Verzicht auf Produktionskapazitäten gewollt sind, muß diese Zeit gewährt werden.

Ein anderes Kriterium ist die normale *Amortisationszeit*. Eine Investition wäre danach solange schutzwürdig, wie ihre Kosten nicht über den Produktverkauf wieder hereingekommen sind. Manche gehen weiter und fordern den Schutz auch für eine gewisse Zeit nach Amortisation, weil meist erst dann Gewinn entsteht. Andererseits kann aber die Amortisationszeit auch zu lang sein. So wird sie bei KKW in der öffentlichen Debatte mit 20 Jahren angenommen. (Tatsächlich ist sie bei gut ausgelasteten KKW sehr viel kürzer). M. E. ist sie für sich allein kein geeignetes Kriterium für die Schutzwürdigkeit des Bestandsvertrauens, weil sie nicht rechnet, daß der Investor immerhin die Zeichen des Zeitbewußtseins mißachtet hat: Wer in einer Zeit wachsenden Mißtrauens gegen irreversible Großtechnik auf Plutoniumwirtschaft setzt, muß das Risiko des Fehlschlags selbst tragen.

Überhaupt muß – unter Anlehnung an die Rechtsprechung zur Rückwirkung von Gesetzen – als eigenes Kriterium berücksichtigt werden, ob zur Zeit der Investition die kritischen Argumente in der öffentlichen Diskussion soweit entwickelt waren,

<sup>39</sup> Vgl. M. Schröder, Zur Gegenwartslage des Bestandsschutzes im Immissionsschutzrecht, UPR 1986, 127. Die sogleich zu besprechenden Kriterien der Umrüstungsdauer und der Nutzungsdauer werden in §§ 7 Abs. 2 und 17 Abs. 2 BImSchG verwendet und sind in der GroßfeuerungsanlagenVO erstmals in großem Maßstab praktiziert worden.

daß der Investor sie erkennen konnte und bei einiger Weitsicht berücksichtigen mußte.

Zu berücksichtigen ist auch die administrative Anerkennung einer Investition. Erlaubnisse sind zwar nur Momentaufnahmen der Zulässigkeit einer Anlage oder Tätigkeit, erzeugen aber Vertrauen auf gewisse Zeit, die in wasserrechtlichen Erlaubnissen ausdrücklich begrenzt werden kann,<sup>40</sup> während es für immissionschutzrechtliche Genehmigungen bisher<sup>41</sup> nur die weitgehend zahnlosen materiellen Betreiberpflichten des § 6 BImSchG sowie die von der polizeilichen Gefahr her konzipierte<sup>42</sup> nachträgliche Anordnung des § 17 BImSchG gibt, ja sogar ein auf Modernisierungen »überwirkender« Bestandsschutz angenommen wird.<sup>43</sup> Zu denken ist auch an eine Berücksichtigung möglichen politischen und ökonomischen Drucks auf die Genehmigungsbehörde: Wer sich die Genehmigung auf solche Weise »organisiert« hat, kann sich nicht auf Vertrauensschutz berufen.<sup>44</sup>

Schließlich ist denkbar, in Anknüpfung an Differenzierungen im Bereich der Institutsgarantie auch bei der Rechtsstellungsgarantie solchen Rechtsstellungen besonderen Schutz zu gewähren, die der persönlichen Entfaltung ihrer Inhaber dienen.<sup>45</sup> Hier ist freilich Skepsis angebracht, weil Umweltzerstörung gerade auch aus der Summation von vielen Kleinemissionen oder sonstigen Aktivitäten entspringt. Der PKW, der swimming pool, das Eigenheim sind ebensowenig sakrosankt wie die industrielle SO<sub>2</sub>-Schleuder. Oder soll aus öffentlichen Mitteln entschädigt werden müssen, wer wegen Verbots der Benzinverbleiung seinen PKW, wer wegen unzulänglicher Brennstoffausnutzung sein Heizsystem, wer wegen Wasserknappheit seinen Rasensprenger, wer zu Spitzenzeiten seine Elektromaschinen stilllegen muß?

## VI.

Machen wir abschließend noch die Gegenprobe. Ich hatte gezeigt, daß die Lassalle'sche »historische Notwendigkeit« auch in das Eigentumskonzept des BVerfG eingepaßt werden kann, dort an der Grenze zwischen Inhaltsbestimmung und Enteignung zum Abwägungsgesichtspunkt auf der Seite des Gemeinwohls wird, sich als solcher zwar den Gründen des Bestandsvertrauens gegenübergestellt sieht, insgesamt das Gewicht des Gemeinwohls aber so verstärkt, daß eigentumsrechtlich auch kurzfristige Rechtsaufhebungen entschädigungslos zulässig sind. Wird, so lautet die Gegenprobe, der Gesichtspunkt der historischen Notwendigkeit wirklich benötigt? Kommt man nicht zu gleichen Ergebnissen, wenn man auf der Seite des Gemeinwohls jeweils sorgfältig die Umweltbelastung in Rechnung stellt, die weiche oder bei ausreichender Gefahrenintensität auch härtere Überleitungen erworbener Rechte legitimiert?

<sup>40</sup> § 7 Abs. 1 Hs. 2 WHG.

<sup>41</sup> H. Sendler hat die Übertragung der Befristung auf das Immissionsschutzrecht vorgeschlagen (Wer gefährdet wen: Eigentum und Bestandsschutz den Umweltschutz – oder umgekehrt?, UPR 1983, 33 ff.), den Vorschlag später aber relativiert (S. Innenausschuß, BT 10. WP, 61. Sitzung, Prot. S. 60/156).

<sup>42</sup> Deshalb entfällt eine Entschädigungspflicht; vgl. BVerfG v. 17. 11. 1966, E 20, 351, 359.

<sup>43</sup> BVerfG v. 12. 12. 1975, E 50, 49 ff.

<sup>44</sup> Der Gedanke kommt – in gröberer Form und deshalb die Realität selten treffend – in § 48 Abs. 2 Ziff. 1 VwVfG zum Ausdruck.

<sup>45</sup> BVerfG v. 1. 3. 1979, E 50, 290, 340 f.; aus der Lehre insbes. H. Rittstueg, a. a. O. (Fn. 23) S. 313 ff., A. v. Brünneck, a. a. O. (Fn. 9) S. 386 ff.

Der Nachteil einer solchen Auffassung ist, daß man für jede Überleitungsmaßnahme eine Umweltgefährdung nachweisen muß, die gewichtig genug ist, das Bestandsvertrauen auszustechen. Bei der Naßauskiesung gelang dies wegen der in der Tat enormen Bedeutung des Grundwassers und der Gefährdung seiner Reinheit bei beliebigem Kiesabbau.<sup>46</sup> Wie instabil dieser neue Rechtsboden ist, zeigte sich dann wenig später, als der BGH säuberlich zwischen Kiesabbauverböten aus wasserwirtschaftlichen und solchen aus landschaftsschützenden Gründen unterschied und den letzteren Fall – bei Verneinung des Umschlagskriteriums Situationsgebundenheit, das zu prüfen er nach altem Muster den Zivilgerichten vorbeihelt – weiterhin dem Eigentümerbelieben reservieren wollte:

»Wenn daher das BVerfG ausführt, »die Rechtsstellung des Grundeigentümers endet in der Tiefe prinzipiell dort, wo er mit dem Grundwasser in Berührung kommt«, so ist das nicht räumlich zu verstehen. Vielmehr besagt das nur, daß der Grundeigentümer so lange nicht befugt ist, das in seinem Eigentum stehende Kiesvorkommen auszubeuten (es auf seine Weise zu nutzen), als das wegen einer Gefährdung der öffentlichen Wasserversorgung unstatthaft ist. Stehen indessen einer Kiesausbeute wasserwirtschaftliche Gründe (§ 6 WHG) nicht entgegen (...), dann kann diese Nutzungsmöglichkeit gegenüber einem Zugriff aus nicht wasserwirtschaftlichen Gründen vom Schutzbereich des Art. 14 GG umfaßt sein.«<sup>47</sup>

Die »bilaterale« Abwägung zwischen dem Schutz einzelner Umweltmedien und dem Schutz des Bestandsvertrauens wird dem Charakteristischen der Umweltkrise nicht gerecht, das in der unerträglichen Kombination von vielen für sich genommen erträglichen Einzelbelastungen besteht. Solche Kombinationen bleiben häufig lange Zeit subkutan und wiegen den oberflächlichen Betrachter in Sicherheit, bis sie plötzlich katastrophal wirken, weil die leichte Veränderung einer Variablen einen kritischen Wert der anderen Variablen exponiert. Eine Pflanze kann sich des Borkenkäfers erwehren, wenn sie sonst kräftig ist oder die Vogelwelt intakt: Der Befall exponiert die Bedeutung der durch sauren Regen geschädigten Kapillaren oder der durch chlorierte Kohlenwasserstoffe bedingten Brüchigkeit der Spechteier. Der dichte Verkehrsfluß gerät zum mächtigen Stau, wenn auch nur ein Teilnehmer sekundenlang verzögert: Die Schrecksekunde exponiert den Faktor Verkehrsaufkommen, das lange Zeit problemlos zu wachsen schien.<sup>48</sup>

Weniger metaphorisch gesagt: Lange Jahre hat man die Rückhalte- und Reinigungstechnologien zugunsten von Wasser und Luft perfektioniert und den Emittenten aufgedrängt, bis man bemerkte, daß man am Ende auf großen Mengen hochgiftigen Sondermülls sitzt: Das Teilproblem, die Schonung von Luft und Wasser, engagierte die Beteiligten und trieb sie zu ungeahnten Verzichten auf Besitzstände; das Gesamtproblem, daß nämlich die gefährlichen Chemikalien, einmal in der Welt, nur hin- und hergeschoben werden können, war nicht gewichtig genug, um ein wirklich die Quellen stopfendes Chemikalienrecht<sup>49</sup> und ein wirklich die spill-over beseitigendes, geschlossene Kreisläufe organisierendes Abfallrecht hervorzubringen. Noch die neueste Novelle zum Abfallgesetz macht die Wiederverwertung von Abfallstoffen nicht zur Pflicht, sondern von dem Bestehen eines Marktes abhängig.<sup>50</sup>

Ähnlich liegen die Verhältnisse bei der Kernenergie: Das Teilproblem Unfallsicherheit hat technische und finanzielle Aufwendungen provoziert, die den Bestands-

46 BVerfGE 53, 300, 339–344.

47 BGH v. 26. 1. 1984, E 90, 4, 9 f.

48 Vgl. zur Logik solcher diskrepanten Steigerungskurven G. Bateson, Geist und Natur, Frankfurt 1982, S. 73–77. Dort auch das schöne Märchen vom polyploiden Pferd, das zweimal so lang, zweimal so hoch und zweimal so dick war wie das gewöhnliche Clydesdale, aber nicht stehen konnte, weil seine nur doppelt so starken Beine das achtmal so große Gewicht natürlich nicht tragen konnten.

49 Vgl. E. Rehbinder, Chemikalienrecht, in: J. Salzwedel (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 1984 S. 455, 460 f.

50 4. Novelle zum Abfallgesetz v. 27. 8. 1986, BGBl. I S. 1410, § 3 Abs. 2 Satz 3.

schutz weit zurückdrängen. Wahrscheinlich läßt sich auch der Abbau des besonderen Bestandsschutzes des § 18 Abs. 2 Ziff. 3 AtG erreichen, so daß die bisherige Entschädigungspflicht für Nachrüstungsauflagen und Widerruf bei Gefahren, die erst nachträglich erkannt wurden, sowie bei Gefahren, die durch Veränderung der Anlagenumgebung entstanden sind, entfällt.<sup>51</sup> Aber eine Gefahr oder ein Gefahrenverdacht, und sei dieser durch eine entsprechende »Sicherheitsphilosophie«<sup>52</sup> noch so sensibilisiert, muß in jedem Fall vorgewiesen werden. Das Gesamtproblem: das Kollektivrisiko aller Anlagen auf der Erde, die Belastung zukünftiger Generationen, die Auswirkungen auf die Freiheitsrechte zählt nicht. Wollte man daraus mehr herleiten als den technological fix der einzelnen Anlage, wollte man aus der Erzeugung von Kernenergie insgesamt heraus, würde man entschädigen müssen. Solche Ganzheiten, die mehr sind als die Summe ihrer Teile, gehen im kleinen Clinch verloren, in dem immer nur Teile und ihre spezifischen Gefahren kalkuliert werden. Der Zusammenhang aber ist es, der vor allem bedroht ist, und ihn zu retten, bedarf es einer historischen Anstrengung an allen einzelnen Medien, Nutzungs- und Belastungspfaden, Quellen und Endpunkten, ohne Rücksicht darauf, ob sie noch intakt scheinen oder schon Symptome zeigen. Und diese historische Notwendigkeit muß rechtlich repräsentiert sein, eben als verfassungsrechtliches Gebot, das den Boden ins Rutschen bringt, und mit ihm die hineingeschlagenen Pflöcke.

## Christoph Schmidt Der Ausstieg des Bundesverwaltungsgerichts aus der atomrechtlichen Kontrolle

*Anmerkungen zum KKW-Wyhl-Urteil des BVerwG*

### *I. Regelungsdefizite des AtG und ihre Folgen*

Die Entscheidung des BVerwG vom 19. 12. 1985 über die erste Teilerrichtungsgehmigung für das KKW Süd Block I (Wyhl)<sup>1</sup> nimmt zur Kernfrage des materiellen Genehmigungsrechts für kerntechnische Anlagen – der nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlichen Vorsorge gegen Schäden gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG<sup>2</sup> – eingehend Stellung. § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG ist vom BVerwG zwar mehrfach in vorangegangenen Entscheidungen angesprochen worden<sup>3</sup>, ohne jedoch die wesentlichen Kontroversen in der Auseinandersetzung um die atomrechtliche Schadensvorsorge zu klären.

<sup>51</sup> S. dazu A. Roßnagel, Zum rechtlichen und wirtschaftlichen Bestandsschutz von Atomkraftwerken, JZ 1986, 716, 720.

<sup>52</sup> Wo ist das Wörterbuch des technischen Unmenschen, das dergleichen Ausdrücke notiert, neben dem »Störfall«, der »Konservativität«, dem »Belastungspfad«, dem »ungünstigsten Auftreffpunkt« und der »Leistungsexkursion«, die auch noch »überprompt-kritisch« werden kann?

<sup>1</sup> DVBl. 1986, 190 (= UPR 1986, 107; NVwZ 1986, 208; DÖV 1986, 431).

<sup>2</sup> Sie ist ebenfalls Genehmigungsvoraussetzung nach § 4 Abs. 2 Nr. 3, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2, § 9 Abs. 3 AtG sowie in der »Verordnung über den Schutz vor Schäden durch ionisierende Strahlen (Strahlenschutzverordnung – StrlSchV) vom 13. 10. 1976 (BGBl. I S. 2905 mit Ber. v. 21. 1. 1977, BGBl. I S. 184 und S. 269) nach § 6 Abs. 1 Nr. 5, § 10 Abs. 1 Nr. 3, § 19 Abs. 1 Nr. 5, § 28 Abs. 3 Satz 3 und § 31 Abs. 1.

<sup>3</sup> Insbesondere in der Stade-Entscheidung BVerwGE 61, 256; s. daneben auch BVerwG, Urt. v. 11. 1. 1985, UPR 1985, 138 ff. (Konzeptvorbescheid KKW Krümel) und bereits BVerwG, Urt. v. 16. 3. 1972, DVBl. 1972, 678 (Würgassen).