

Professor Dr. Gerd Winter, Bremen

Bevölkerungsrisiko und subjektives öffentliches Recht im Atomrecht

Es wird allgemein erkannt, jedoch unterschiedlich bewertet, daß der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz nur die individuelle Betroffenheit würdigt, auch wenn die Verwaltungsmaßnahme kollektive Betroffenheit hervorruft und vielleicht erst darin ihr volles Gewicht deutlich wird. Kritische Stimmen setzen auf die Verbandsklage. De lege lata hat man sich vergeblich bemüht, jedoch wird nun die Einführung durch Gesetz überlegt. Die Kasuistik zum subjektiven öffentlichen Recht von Einzelpersonen wurde währenddessen weitgehend als fertig hingegenommen. Im folgenden wird aus atomrechtlichem Blickwinkel versucht, durch Betonung der Schutznormtheorie kollektive Rücksichten im subjektiven öffentlichen Recht aufzudecken. Es ergibt sich, daß die Rechtsprechung im Atomrecht nicht einheitlich ist und im sonstigen Planungs- und Immissionsrecht das subjektive Recht eher eingeschränkt als ausgeweitet hat.

I. Einleitung

Mit zunehmender Zahl und zunehmender Größe der Kernkraftwerke stellt sich immer dringlicher die Frage, ob ein Kläger seine Anfechtungsklage gegen eine atomrechtliche Genehmigung auch darauf stützen kann, daß das Bevölkerungsrisiko am genehmigten Standort oder durch den genehmigten Reaktortyp besonders hoch ist. Bevölkerungsrisiko heißt dabei eine zu bestimmende Wahrscheinlichkeit, mit der durch den bestimmungsgemäßen Betrieb¹ oder durch Störfälle in der Bevölkerung die Häufigkeit von Tod, Krankheit oder Mißbildungen vermehrt wird, weil radioaktive Emissionen rezessive oder akute Mutationen, späte oder akute somatische Schäden hervorrufen. Die Berufung auf das Bevölkerungsrisiko könnte unter zwei rechtlichen Gesichtspunkten erheblich sein, die sich beide aus der Genehmigungsvoraussetzung „erforderliche Vorsorge gegen Schäden“ (§ 7 II Nr. 3 AtomG) herleiten:

- (1) Hinsichtlich der Strahlenbelastung bei bestimmungsgemäßen Betrieb gilt, daß die Anforderungen an die Herabsetzung der Abgaberraten um so strenger werden, je größer die Menge der Umgebungsbevölkerung ist.
- (2) Hinsichtlich der Strahlenbelastung durch unbeherrschte Störfälle gilt, daß die Wahrscheinlichkeit des Störfalleintritts um so geringer sein muß, je größer der zu erwartende Schaden ist. Demgemäß wäre bei dichter Umgebungsbevölkerung oder großer Reichweite der Auswirkung zu fordern, daß die Eintrittswahrscheinlichkeit besonders gering ist. Dies kann soweit gehen, daß ein Kernkraftwerk an einem bestimmten Standort oder von einer

bestimmten Bauweise oder Leistungsstärke nicht genehmigungsfähig ist.

Diese beiden Grundsätze sind nach allgemeiner Meinung zwar für die Genehmigungsbehörden bindend², damit wegen unseres individualisierenden Rechtsschutzsystems aber nicht notwendig auch von den Gerichten voll anwendbar.

II. Das Bevölkerungsrisiko in der Rechtsprechung zum Atomrecht

Das BVerwG hat zu der Ausgangsfrage noch nicht Stellung genommen. Angesichts der restriktiven Rechtsprechung, die das Gericht in den letzten Jahren für Nachbarklagen und Klagen gegen Planfeststellungen entwickelt hat, ist es jedoch möglich, daß es die Ausgangsfrage verneinen wird. In den Grundsätzen „Je mehr Schaden, desto geringere Strahlendosen“ und „Je mehr Schaden, desto geringere Eintrittswahrscheinlichkeit“ wäre als Schaden nur die Gesundheitsgefährdung des einzelnen Klägers einzusetzen, wodurch sich die Anforderungen an Dosen und Eintrittswahrscheinlichkeit mindern würden.

In der Tat ist so bereits geurteilt worden³. Zum bestimmungsgemäßen Betrieb sagt das OVG Münster⁴: „Je größer die Zahl der insgesamt Betroffenen ist, desto größer ist – statistisch gesehen – die Gefahr, daß auch ein ganz entfernt liegendes Risiko in einen Schaden umschlagen kann . . . Über diese von der Genehmigungsbehörde in erster Linie zu berücksichtigende Frage brauchte allerdings nicht entschieden zu werden, weil dem Kläger nicht die Befugnis zur Geltendmachung außerhalb seines Rechtskreises bestehender Rechte zukommt.“ Zum Störfall sagt das VG Oldenburg⁵, nachdem es festge-

1) Bestimmungsgemäßer Betrieb ist der Betrieb der Anlage, bei dem keine „Störfälle“ auftreten. „Störfall“ ist in Anlage I zur StrahlenschutzVO definiert.

2) Sie werden dem polizeirechtlichen Satz entnommen, daß um so mehr Maßnahmen zur Schadensvermeidung zu treffen sind, je größer der zu erwartende Schadensumfang ist. Vgl. bereits Scholz, VerwArch 27, 23 u. passim; Plišchka, Technisches SicherheitsR, 1969, S. 110; aus der Rspr. BVerwG, NJW 1970, 1890 (1892); DÖV 1974, 209.

3) Autoren, die die weite Ausdehnung der Klagebefugnis in räumlicher Hinsicht hervorheben und den Individualrechtsschutz bereits durch einen Kollektivrechtsschutz in individualrechtlichem Gewand abgelöst sehen (z. B. W. Schmidt, NJW 1978, 1773 I. Sp.), übersehen diese bei der Begründetheitsprüfung ansetzende Einschränkung.

4) Urt. v. 20. 2. 1975, ET 1975, 227 r. Sp. (Würigassen).

5) Teilurt. v. 27. 1. 1978 – I A 444/74 – S. 17f. Es handelt sich nur um die Ankündigung einer Rechtsmeinung, die im Endurteil noch begründet werden wird. Ebenso urteilt das VG Karlsruhe, DVBl 1978, 858 r. Sp.

... muß hat, daß das Individualrisiko des Klägers vernachlässigbar ist: „Ob die Auslegung des Kernkraftwerkes auch unter dem Gesichtspunkt des Bevölkerungsrisikos ausreichend ist, war hierbei nicht zu entscheiden. Denn der Kläger ist nur berechtigt, eine Verletzung seiner eigenen Rechte, nicht dagegen die Interessen der Allgemeinheit geltend zu machen“.

Anders urteilen das OVG Lüneburg zum bestimmungsgemäßen Betrieb und - merkwürdigerweise im selben Urteil wie dem soeben zitierten - das OVG Münster für Störfälle. Das OVG Lüneburg sagt:⁶ „Zwar mag dem einzelnen ein zusätzliches Krebsrisiko von 1:1000000 oder weniger ... als unbedeutend erscheinen. Darauf dürfte es jedoch ... nicht ankommen. Es erscheint vielmehr geboten, auf das bedrohte Rechtsgut derjenigen einzelnen Personen abzustellen, die infolge der durch die Immission erhöhten, eine größere Bevölkerung gleichartig belastenden Umweltradioaktivität mit erheblicher Wahrscheinlichkeit an einem lebensbedrohenden Krebsleiden erkranken müßten“. Das OVG Münster stellt zur erforderlichen Unfallsicherheit zunächst fest: „Der Standort einer Kernenergieanlage kann das der Anlage allein innewohnende Gefährdungspotential verringern oder erhöhen“. Weiterhin sagt es: „Daraus ergibt sich weiter, daß sich aus dem Verhältnis zwischen Gefährdungs- und Schadenspotential auch die Notwendigkeit einer differenzierten Betrachtungsweise ergeben kann, wie relativ ‚wahrscheinlich‘ für eine Kernenergieanlage ein nicht beherrschbarer Störfall sein muß, um der gesetzlichen Anforderung der ‚nach dem Stande von Wissenschaft und Technik‘ erforderlichen Vorsorge gerecht zu werden“⁷.

Bevor Gründe für und wider eine der beiden Meinungen gesucht werden, scheint mir eine genauere Diagnose erforderlich zu sein, wie die beiden Meinungen in die vorherrschende Methode zur Feststellung subjektiver öffentlicher Rechte (die gem. § 113 I VwGO ja unzweifelhaft verletzt sein müssen) hineinpassen.

III. Bevölkerungsrisiko und Schutznormtheorie

Die Prüfung, ob der Kläger i. S. des § 113 I 1 VwGO „in seinen Rechten verletzt“ ist, läßt sich in 3 Schritte teilen: (1) Es muß ein subjektives öffentliches Recht geben, das verletzt sein könnte. (2) Der Kläger muß zum Kreis derjenigen gehören, denen das Recht zusteht. (3) Das Recht muß verletzt sein.

Die Punkte 1-3 kann man, wenn man die herrschende Schutznormtheorie⁸ verwendet, auch so formulieren: (1) Es muß eine Schutznorm geben, die verletzt sein könnte. (2) Der Kläger muß zum Kreis derjenigen gehören, die vom Schutzzweck umfaßt sind. (3) Der Verwaltungsakt muß gegen die Schutznorm verstoßen.

Die Punkte 1-3 - dies nur der Vollständigkeit halber - werden bei der Zulässigkeitsfrage (§ 42 II VwGO) nach der herrschenden Möglichkeitslehre nur gleichsam vorgeprüft⁹. Punkt 1 ist eine Rechtsfrage, Punkt 2 und 3 sind Tatsachenfragen¹⁰. Punkt 2 und 3 interessieren hier nicht weiter. Ich möchte vielmehr, um eine Basis für die Beantwortung der Ausgangsfrage zu gewinnen, nur untersuchen, was die beiden Rechtsprechungsmeinungen zum Bevölkerungsrisiko als Inhalt, als Programm, der Schutznorm ermitteln, und ob die Art, wie sie dies tun, der Schutznormtheorie entspricht. Dabei wird erforderlich sein, die Schutznormtheorie der Rechtsdogmatik und die der Rechtsprechungspraxis auseinanderzuhalten.

1. Die Schutznormtheorie der Rechtsdogmatik

Der „Schulbegriff des subjektiv öffentlichen Rechts“ (Henke), den Ottmar Bühler der Rechtsprechung des PrOVG imputiert hat¹¹ und der bis vor kurzem allgemein anerkannt war, hebt darauf ab, daß ein Rechtssatz eine Behörde verpflichtet, den Schutz zumindest auch von bestimmten Personen oder Personenkreisen bezweckt und erkennen läßt, daß diese sich auf den Rechtssatz auch berufen können sollen¹². Mit diesem Schulbegriff arbeiten das OVG Lüneburg und - soweit es Störfälle betrifft - das OVG Münster.

a) Das OVG Lüneburg klärt zunächst den Inhalt der der Behörde auferlegten Verpflichtung. Aus dem Gefahrbegriff des § 1 Nr. 2 AtomG leitet das Gericht eine Anweisung her, die etwa folgendes aussagt: „Genehmige nur, wenn die Strahlenbelastung (Dosis) der Umwohner¹³ so gering ist, daß nur sehr wenige Personen erkranken oder sterben werden. ‚Sehr wenige Personen‘ heißt: bis herab zu ungefähr 1 Toten pro 1 Million Bewohner und 10 Jahre. Für die Feststellung des Zusammenhanges von Dosis und Tod genügt es, daß statistisch belegte Zusammenhänge unter Verwendung von (sehr konservativen) Annahmen ‚rückgerechnet‘ werden“. Aus dem Vorsorgebegriff des § 7 II 3 AtomG leitet das Gericht eine ergänzende Anweisung her, die etwa lauten könnte¹⁴: „Genehmige nur, wenn die Dosis soweit unter die Gefährdungsgrenze hinabgedrückt worden ist, daß die nun zusätzlich noch vermeidbaren Erkrankungen viel weniger kosten als die zusätzlichen Installationen“. Diese Anweisung habe ich aus dem Kontext rekonstruiert, in dem das Gericht sie anwendet. Sie gleicht so dem Vorsorgegebot des § 5 Nr. 2 BImSchG¹⁵. Rekonstruiert man sie dagegen aus dem Kontext, in dem das Gericht sie einführt, so hätte sie etwa diesen Inhalt: „Genehmige auch bei dünn besiedelten Standorten nur, wenn die Dosis nicht höher ist als in stärker besiedelten Gebieten.“ Das Gericht will damit anscheinend folgende erwartete Praxis verhindern: Da die Anweisung, die aus dem Gefahrenbegriff folgt, bei gleicher Dosis zu mehr oder weniger Todesfällen und Erkrankungen führt, je dichter oder dünner die Umgebung besiedelt ist, könnte es sein, daß man die Dosis in dünn besiedelten Gebieten heraufschraubt, in der Erwägung, daß man die noch tragbare Anzahl von Todesfällen nicht „unausgeschöpft“ lassen sollte. Vorsorge in diesem Kontext heißt dann, daß man sich diesen „Luxus“ nicht leisten und lieber Vorsicht walten lassen soll. Trotz dieser Unklarheit ist festzuhalten, daß die Anweisung des Gefahrbegriffs auf die zu erwartenden einzelnen Krankheits- und Todesfälle abstellt und damit das Bevölkerungsrisiko berücksichtigt. Ist diese behördliche Verpflichtung nun mit Schutzzweck ausgezeichnet? Das OVG Lüneburg bejaht dies¹⁶: „(D)iese Vorsorge (dient) nach Ansicht des Senats dem Lebensschutz jedes einzelnen, der wegen seines Aufenthalts im Einwirkungsbereich des Kernkraftwerkes zu den wenigen Einzelpersonen gehören kann, bei denen ... mit schädlichen Auswirkungen zu rechnen ist“. Zwischen den wahrscheinlich geschädigten einzel-

6) Beschl. v. 22. 11. 1976, DVBl 1977, 344 I. Sp.

7) ET 1975, 229 r. Sp.

8) Die Einräumung subjektiver Rechte durch eine einfachgesetzliche Schutznorm ist zu unterscheiden von der Einräumung von Grundrechten. Einfachgesetzliche subjektive Rechte liegen jenseits der nicht oder nur gegen Entschädigung überschreitbaren Grenze des Grundrechts. Werden sie nicht gewährt, ist das Gesetz also keine Schutznorm, so bleibt dem einzelnen immer noch die Berufung auf Grundrechte, wenn die Verwaltungsmaßnahme jene Grenze überschreitet. Bei Nachbarklagen umschreibt das BVerwG diese Grenze bekanntlich mit der Formel der „schweren und unerträglichen Beeinträchtigung“ (seit BVerwGE 32, 173). Wie die Grenze bei Gesundheits-Beeinträchtigungen gezogen werden wird, ist noch abzuwarten (vgl. die Ankündigung in BVerwG, DVBl 1977, 897).

9) Die Rechtsprechungspraxis ist allerdings nicht einheitlich. Häufig werden Punkt 1 und 2 bereits bei der Zulässigkeitsfrage definitiv beantwortet.

10) Dabei ist unterstellt, daß im Schritt 1 nicht nur das Ob, sondern auch der Inhalt der Schutznorm, d. h. ihr Programm und ihr Schutzzweck geklärt werden.

11) Henke, Das subjektive öffentliche Recht, 1968.

12) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, 1914, S. 21. Die dritte Voraussetzung spielt heute neben der zweiten keine selbständige Rolle mehr. Bachof, in: Gedächtnisschrift f. W. Jellinek, S. 301.

13) Wie die Dosis zu berechnen ist, schreibt § 45 S. 2 StrahlenschutzVO vor (ungünstigste Einwirkungsstelle).

14) DVBl 1977, 345 I. Sp.

15) Zu dessen Bedeutung im Verhältnis zum Gefahrenbegriff s. Rehbin-der, BB 1976, 4.

16) DVBl 1977, 345 I. Sp.

nen und dem einzelnen Kläger ist also zu unterscheiden. Jene repräsentieren das Bevölkerungsrisiko, dieser ein Individualrisiko, das sehr viel geringer ist, weil der Kläger ja nur mit geringer Wahrscheinlichkeit gerade zu jenen Einzelpersonen gehört. Dennoch kommt der Schutz jener Einzelpersonen auch ihm zugute, da er immerhin zu ihnen gehören kann. Zusammengefaßt: der Rechtssatz ist objektiv (d. h. unter Abhebung auf das Bevölkerungsrisiko) formuliert, kommt aber auch dem Kläger zugute und soll dies auch. Was vorliegt, ist nichts anderes als die auch von Bühler schon zugelassene Konstellation, in der der Rechtssatz sowohl Allgemein- wie Individualinteressen dient¹⁷. Auf die Einhaltung dieser Schutznorm hat der Kläger ein subjektives Recht, zu dessen Durchsetzung ihm das Gericht verhelfen muß.

b) Die Aussagen des *OVG Münster* zum Störfall lassen sich wie folgt rekonstruieren: Die aus § 7 II Nr. 2 a. F. AtomG abgeleitete Verpflichtung der Behörde heißt etwa: „Genehmige nur, wenn die Eintrittswahrscheinlichkeit in einem der Schadensgröße entsprechenden Maß herabgeschraubt ist“. Der Satz berücksichtigt somit das Bevölkerungsrisiko. Daß er auch den Schutz der umwohnenden Individuen bezweckt, wird nicht eigens erwähnt, aber wohl als selbstverständlich angesehen¹⁸. Zusammengefaßt: der Rechtssatz ist ebenfalls objektiv (d. h. unter Abhebung auf das Bevölkerungsrisiko) formuliert, kommt aber auch dem Kläger zugute und soll dies auch. Wiederum handelt es sich um einen Fall gleichzeitigen Schutzes von Allgemein- und Individualinteressen. Der Inhalt der Schutznorm ist Gegenstand des subjektiven Rechts des Klägers.

c) Das *OVG Münster* (zum bestimmungsgemäßen Betrieb) und das *VG Oldenburg* weichen nun in den oben genannten Zitaten von der klassischen Schutznormtheorie ab. Rekonstruiert man die von ihnen aus § 7 II Nr. 2 AtomG a. F. entwickelten Rechtssätze, so käme wohl heraus: „Genehmige nur, wenn die Dosis so gering ist, daß die Wahrscheinlichkeit für eine beliebige umwohnende Person, zu erkranken oder zu sterben, verschwindend gering ist.“ Und: „Genehmige nur, wenn die Wahrscheinlichkeit des Störfalleintritts in einem Maß herabgeschraubt ist, das dem – hoch anzusetzenden – Wert des Lebens und der Gesundheit einer beliebigen umwohnenden Person gerecht wird“. Bildlich gesprochen: In der linken Waagschale liegt der Schadensumfang, in der rechten liegen die Anforderungen an die Dosis bzw. Eintrittswahrscheinlichkeit. Wird, wie hier, der Schadensumfang auf ein Individuum reduziert, mindern sich entsprechend die Anforderungen an die Herabsetzung der Dosis und der Eintrittswahrscheinlichkeit. Die Abweichung von der klassischen Schutznormtheorie liegt darin, daß Rechtssatz und Schutzzweck nicht einheitlich ermittelt werden, sondern der Rechtssatz von vornherein auf einen Teil reduziert wird, den Teil, der das Individualinteresse aufgenommen haben soll. Man spricht also besser von einer *Schutznormteil-Theorie*.

2. Die Schutznormtheorie der Rechtsprechung

Zwar ist diese neue Schutznormtheorie, wenn ich sie richtig diagnostiziert habe, dogmatisch wohl bisher unbekannt¹⁹. In der Rechtsprechung ist sie seit einigen Jahren jedoch auch auf anderen Gebieten des besonderen Verwaltungsrechts im Vormarsch begriffen. Es scheint so, daß diese Tendenz die Fortschritte wieder etwas zurücknehmen soll, die man in der Nachkriegszeit²⁰ bei der Anerkennung von immer mehr – durch Schutznorm oder durch Grundrechte begründeten²¹ – subjektiven öffentlichen Rechten Dritter gemacht hat. Um diese Tendenz zu präzisieren, empfiehlt es sich, zwei Normtypen zu unterscheiden, nämlich solche mit bestimmten oder unbestimmten Rechtsbegriffen und solche mit Ermessens- oder Abwägungsvorschriften, oder, funktional gesehen, sol-

che mit großer und solche mit kleinerer richterlicher Kontrolldichte²².

a) Bei Normen mit *unbestimmten* (erst recht solchen mit bestimmten) *Rechtsbegriffen* war es bisher üblich, den Schutzcharakter entweder insgesamt zu bejahen oder zu verneinen (o. Punkt 1)²³ und bejahendenfalls die Verletzung der Schutznorm insgesamt und nicht nur ausschnittsweise im Hinblick auf das klagende Individuum zu prüfen (o. Punkt 3). Freilich mußte der Kläger immer *auch* selbst faktisch, und zwar nicht nur ganz geringfügig, beeinträchtigt sein²⁴. Insofern wurde den oben aufgeführten drei Voraussetzungen der Begründetheit der Klage noch eine vierte angefügt. In dieser Minimalbedingung faktischer Betroffenheit – verfahrensdogmatisch wäre sie wohl am besten als besonderes Rechtsschutzbedürfnis zu verbuchen – liegt ein eigenartiger Naturalismus, ein Abstellen auf spürbare Beeinträchtigung des Vermögens oder der Gesundheit, der dem herrschenden Legalismus bei der Bestimmung des „Ob“ subjektiver Rechte widerspricht. Denn eine konsequente Schutznormtheorie dürfte auch hinsichtlich der Individualbetroffenheit nur vom Schutznormprogramm her denken, nicht von natürlichen Betroffenheiten. Diese Zusatzbedingung, die übrigens wohl auch die Keimzelle für die neue Schutznormtheorie ist, soll hier jedoch nicht weiter kritisiert, sondern als gegeben hingenommen werden. Sie ist für das Atomrecht unproblematisch, soweit es Nachbarn im Umkreis des Kernkraftwerks bis zu einigen Kilometern angeht. Die Rechtsprechung bezieht solche Personen in den Schutzbereich des Vorsorgegebots ein, sagt aber nicht deutlich (unterstellt es aber wohl), daß sie auch im Sinne der Minimalbedingung betroffen sind. Denn nach moderner Auffassung gibt es keine untere Grenze, von der an die Strahlenbelastung sicher wirkungslos ist; im übrigen liegt wegen des Störfallrisikos Betroffenheit vor. Eine ganz andere Frage ist es, ob diese Beeinträchtigung gemäß der Schutz-

17) Unangesprochen bleibt, daß auch die Berechnungsvorschrift für die Strahlenexposition (§ 45 S. 2 StrahlenschutzVO, vgl. o. Fußn. 13) Individualschutz bezweckt. Daß dies so ist, ergibt sich aus dem Charakter als Berechnungsvorschrift. Es handelt sich bei einem Dosiswert um die „Festlegung eines Wertes, der erst durch ein bestimmtes Berechnungsverfahren überhaupt einen vollzugsfähigen Inhalt erhält“ (*Winters*, DVBl 1977, 337 r. Sp.). Der Dosisgrenzwert ist also nur in der Definition des Berechnungsverfahrens vorhanden, und dies natürlich auch, soweit ein Kläger sich darauf beruft.

18) Ebenso *VG Freiburg*, NJW 1977, 1645 (1646) r. Sp.

19) *Kübler-Speidel*, Hdb. des BaunachbarR, 1969, S. 36 sprechen allerdings ebenfalls davon, daß nachbarschützende Vorschriften nur hinsichtlich des von ihnen erfaßten „Schutzgutes“ angewandt werden dürfen.

20) Zur Entwicklung vor und nach dem 2. Weltkrieg vgl. *Sellmann*, DVBl 1963, 273 ff. Die öffentlichrechtliche Nachbarschaft wurde nur vom *Sächsischen OVG*, *Braunschweigischen VGH* und *Bremischen VG* anerkannt. Nach dem Krieg leitete das *OVG Berlin* (Entsch. v. 29. 2. 1952, BRS 2, 198) die heute nicht mehr bezweifelte Anerkennung ein. Frühere Einschränkungen, insbesondere die auf Dispensvorschriften, die auf unzumutbare Belastungen des Dritten, und die auf örtliche Nachbarschaft, sind fallengelassen worden.

21) Vgl. o. Fußn. 8.

22) Als dritte Fallgruppe, die schon früher zur neuen Schutznormtheorie übergegangen ist, lassen sich die Verfahrensnormen ansprechen. Hier wird das Schutznormprogramm darauf reduziert, daß der *Kläger* am Verfahren teilnehmen können, z. B. Akteneinsicht genommen oder Einwendungen erhoben hat. Vgl. *BVerwGE* 24, 23 = NJW 1967, 70; *BVerwGE* 29, 282 (284) = NJW 1968, 1736; *BVerwG*, DVBl 1972, 680 l. Sp.

23) Beispiele: *Bauwisch* nach § 13 RGarO: *BVerwGE* 22, 129; „Nachteil“ nach § 16 GewO: *BVerwGE* 28, 131 = NJW 1967, 2325; Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BBauG: *BVerwGE* 28, 268; Erlaubnis u. Bewilligung nach §§ 6 u. 8 WassHG: *BVerwGE* 42, 58. Wenn differenziert wurde, dann nach *Betroffenenkategorien*, nicht nach Individuen: z. B. zu § 13 III PersBefG v. 1961: *BVerwG E* 16, 187 = NJW 1964, 72; zu § 35 BBauG: *BVerwG*, DVBl 1971, 746.

24) *Bender-Dohle*, Nachbarschutz im Zivil- und VerwaltungsR, 1972, S. 32 m. w. Nachw. Die Beeinträchtigung braucht freilich nicht auch unzumutbar zu sein: *OVG Münster*, NJW 1964, 1738, unter Aufgabe seiner vorherigen Rspr.

norm zu tragen ist oder nicht. Hier wird das Bevölkerungsrisiko relevant. Es stellt sich die rechtliche Frage nach dem Programm der Schutznorm, insbesondere der Berücksichtigung des ganzen Programms oder nur eines Teils. Beispiele dafür, daß bisher das ganze Programm maßgeblich war, sind folgende:

Unter Geltung der §§ 16, 18 GewO wurde das Vorliegen von „Gefahren, Nachteilen oder Belästigungen“ mit Hilfe des Ortsüblichkeitskriteriums des § 906 BGB geprüft²⁵. Der klagende Dritte konnte sich darauf berufen, daß sein Grundstück in einem Gebiet mit Wohncharakter liegt²⁶, nicht etwa nur darauf, daß er selbst sein Grundstück zum Wohnen nutzt. Ganz ähnlich wird im Rahmen des § 34 BBauG unter dem Gesichtspunkt der „vorhandenen Bebauung“ nicht etwa nur auf das klägerische Grundstück, sondern auf dessen Umgebung abgestellt. Bei der Anwendung des Begriffs „unbedenklich“ sind die gesetzlichen Richtlinien für die Bauleitplanung maßgeblich²⁷. Die Planfeststellung nach § 31 WassHG hat der *VGH München* darauf überprüft, ob der ihr „zugrundeliegende Ausbau eine ... Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit erwarten läßt“²⁸. Das *OVG Lüneburg* hat im Rahmen des § 11 LandbeschaffG ausgesprochen, es sei erheblich, ob „von mehreren möglichen und an sich gleichwertigen Streckenführungen die eine mehr und die anderen weniger Grundflächen der öffentlichen Hand berühren“²⁹, womit implizit auf die Betroffenheit auch der anderen Privateigentümer abgestellt wird. Im Rahmen des § 9 PersBefG v. 1934 konnte ein anzuhörendes Verkehrsunternehmen gegenüber Neuzulassungen geltend machen, daß „die Ausgestaltung seiner Linie dem öffentlichen Bedürfnis mehr entspreche“³⁰, somit nicht nur seine, sondern auch die Interessen der Beförderten ins Feld führen.

Gegenüber dieser Berücksichtigung des Dritten als Repräsentant einer Klasse ähnlich Betroffener bedeutet es eine – wenn auch noch nicht ganz ausgeprägte – Einschränkung, wenn das *BVerwG* im *Voerde*-Urteil das Vorliegen von „schädlichen Umwelteinwirkungen“ (§ 5 Nr. 1 BImSchG) nur im Hinblick darauf prüft, ob der klagende Dritte individuell betroffen ist^{31, 32}. Der auch drittschützende Rechtssatz, daß eine Genehmigung bei schädlichen Umwelteinwirkungen u. a. für die Nachbarschaft nicht erteilt werden darf, wird nur als verletzt angesehen, wenn und soweit Einwirkungen auf das klägerische Grundstück nachweisbar sind. Auf diese Weise wird das aus der Schutznorm fließende subjektive Recht auf Einhaltung dieser Schutznorm beschnitten. Der Schutzzweck der Norm umgrenzt nun auch deren Schutzzprogramm. Die *Bühlersche* Formel müßte hiernach ergänzt werden: nach Feststellung der Verpflichtung, die der Behörde auferlegt wird, und des Ob und Wieweit des Schutzzwecks müßte aus dem Blickwinkel des Schutzzwecks noch einmal, und zwar eingrenzend, die behördliche Verpflichtung festgestellt werden.

b) Bei Normen mit *Ermessens- und Abwägungsvorschriften* wurde die richterliche Kontrolldichte – abgesehen von der auch hier notwendigen Prüfung der Minimalbedingung (Punkt 4)³³ – auf die Maßstäbe Ermessensmißbrauch, -über/unterschreitung und Übermaßverbot beschränkt; die privaten Belange des Klägers sind dabei ein Gesichtspunkt unter vielen anderen, nicht – wie später – der die ganze Kontrolle strukturierende³⁴. Mit der Ablösung der Orientierung an der Ermessenslehre durch die Lehre von der Abwägungskontrolle³⁵ scheinen sich 3 Fallgruppen herauszubilden:

(1) Die erste Gruppe umfaßt die Kontrolle von Bebauungsplänen, und zwar auch, soweit diese incidenter erfolgt. Hier wird die behördliche Abwägung, ohne jede Individualisierung auf den Kläger hin, unter Berücksichtigung aller Belange nachvollzogen³⁶.

(2) Die zweite Gruppe umfaßt Verwaltungsakte, die auf Normen basieren, in denen in sich selbständige, sozusagen bilaterale *Abwägungspaare* zusammengefügt sind, die ebensogut aber auch in Einzelnormen gefaßt sein könnten. Dazu gehört § 35 I BBauG, der u. a. die Paare Landwirtschaft/öffentliche Belange, Versorgung/öffentliche

Belange, Sonderbetrieb/öffentliche Belange umfaßt. Hier wird die behördliche Abwägung nur je eines der Paare nachvollzogen³⁷. Es wird also zwar nur ein Normteil herangezogen; wegen dessen Selbständigkeit wird aber der Zusammenhang der Abwägung nicht zerrissen. Auch wird die rechtlich vorgeschriebene *prinzipielle* Gleichrangigkeit der privaten und öffentlichen Belange nicht verletzt, weil die privaten Belange nicht eng individualisierend, sondern typisierend verstanden werden³⁸.

(3) Die dritte Gruppe umfaßt Verwaltungsakte, die auf Normen basieren, in denen ein sozusagen multilaterales *Abwägungssystem* geregelt ist. Musterbeispiel ist § 17 I FStrG. Der Maßstab der richterlichen Kontrolle wird hier auf doppelte Weise auf einen Normteil reduziert. Zum einen werden, wie in der oben genannten zweiten Gruppe, solche Belange nicht „nachgewogen“, die als nur öffentlich gelten (z. B. Landschaftsschutz); da es sich um ein *Abwägungssystem* handelt, tritt, anders als in der zweiten Gruppe, eine Gewichtsverschiebung ein. Zum anderen wird in der Wagschale der privaten Belange nur das Interesse des einzelnen Klägers (z. B. an Freiheit von Straßenlärm) berücksichtigt³⁹, wodurch die Gewichte erneut verschoben werden⁴⁰.

25) Vgl. *Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler*, GewO, § 18 Nr. 10.

26) *BVerwG*, DVBl 1956, 164.

27) *BVerwG*, NJW 1962, 507. Ebenso *OVG Münster*, NJW 1964, 1738; NJW 1964, 73.

28) *VGH München*, BayVBl 1968, 27.

29) *OVG Lüneburg*, NJW 1967, 2375.

30) *BVerwGE* 2, 141 = NJW 1955, 1453; *BVerwGE* 9, 340 = NJW 1960, 548.

31) *BVerwG*, NJW 1978, 1450. Genauer stellt das *BVerwG* ab auf „die Immissionsverhältnisse des Maßgebietes, in dem das Grundstück des Kl. liegt“.

32) Wenn *Scholz*, VVDStRL 34 (1976), 203f. (was zu begrüßen ist), vorschlägt, die Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht sollte auf solche Repräsentationsverhältnisse ausgedehnt werden, so scheint mir dies zwar neu gegenüber der jüngeren restriktiven Tendenz zu sein, nicht aber gegenüber der älteren Praxis.

33) Als Beispiel hierfür s. *BVerwG*, DVBl 1968, 263, zur vorbeugenden Nachbarklage gem. § 35 BBauG.

34) Grundlegend *BVerwG*, DVBl 1969, 360: „Die richterliche Nachprüfung beschränkt sich zunächst darauf, ob die Behörde von ihrem Ermessen einen fehlerfreien Gebrauch gemacht hat, und darüber hinaus, ob der u. a. aus Art. 14 GG abgeleitete Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet ist. Es ist also zu prüfen, ob der erstrebte Zweck auch auf andere Weise erreicht werden kann, ohne daß in die Rechte Dritter eingegriffen zu werden braucht. Es sind auch die wirtschaftlichen Auswirkungen für den Betroffenen bei Abwägung öffentlicher und privater Interessen gebührend zu berücksichtigen“.

35) Die Umstellung wurde vorbereitet von *Hoppe*, DVBl 1964, 165, und ausgearbeitet durch *BVerwGE* 34, 301 und *BVerwGE* 45, 309 = NJW 1975, 70. Sie vollendet sich in der Bemerkung von *BVerwGE* 52, 237 = NJW 1978, 119, daß eine selbständige Prüfung am Übermaßverbot nicht mehr erforderlich ist.

36) *BVerwGE* 45, 309 = NJW 1975, 70. Zur Inzidentprüfung *BVerwG*, DVBl 1971, 746.

37) *BVerwGE* 52, 122 = NJW 1978, 62 spricht von einer „Differenzierung von Tatbestandsmerkmal zu Tatbestandsmerkmal“.

38) Vgl. *BVerwG*, DVBl 1971, 748 r. Sp.: „Im Außenbereich hingegen sind Nachbarn jedenfalls objektivrechtlich durch alle öffentlichen Belange geschützt, auf die sich freilich lediglich privilegierte Nachbarn nach § 35 I in dem im Urteil v. 21. 10. 68 (DVBl 1968, 263) ... näher gekennzeichneten Umfang berufen können“.

39) *BVerwGE* 48, 56 (66) = NJW 1975, 1373.

40) Vgl. die Kritik am B-42-Urteil durch *Blümel*, DVBl 1975, 707; *E. Rehbinder*, ZRP 1976, 159 u. *J. Schwabe*, NJW 1976, 159. *Weyreuther* (DÖV 1977, 425) hat das Urteil mit zwei Argumenten zu verteidigen versucht: Das Urteil beziehe sich nicht auf sich unmittelbar auf Eigentumsrechte berufende Klagen, sondern nur auf Klagen, mit denen einfachgesetzliche begründete Rechte (hier: das Recht auf angemessene Abwägung der eigenen Interessen) geltendgemacht werden. Das ist richtig, aber von den Kritikern wohl auch nicht bestritten worden. Weiterhin deutet *Weyreuther* das Urteil so, daß zumindest hinsichtlich des *Abwägungsvorganges* die volle Nachprüfung unberührt bleibe. Das kann er aus dem B-42-Urteil freilich nicht belegen, sondern verweist auf die *Floatglas-Entscheidung*. Diese hat aber gerade eine Normenkontrolle zum Gegenstand, gehört also zur o. g. ersten Gruppe, bei der keine Individualisierung der Abwägungskontrolle stattfindet. Das B-42-Urteil ist übrigens durch das *Flughafen-Urteil* des *BVerwG*, DVBl 1978, 849 I. Sp., bestätigt worden. Auch dort wird das subjektive Recht des Klägers auf „gerechte Abwägung seiner eigenen (nur seiner eigenen) rechtlich geschützten Belange“ beschränkt.

Die atomrechtlichen Entscheidungen, die nur das Individualrisiko berücksichtigen, lassen sich nun *beiden* Varianten der Schutznormtheorie zuordnen, so daß die (noch ungeklärte) Vorfrage nicht beantwortet werden muß, ob es sich bei der Bestimmung des zu tragenden Restrisikos um eine bloße Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffs „Vorsorge“ handelt oder um eine Abwägung, die im Bereich des weiteren Versagungsmerkmals des § 7 II AtomG angesiedelt ist: Im ersten Fall kann man sagen, daß die genannten Entscheidungen den Inhalt des subjektiven Rechts, der an sich auf Einhaltung der ganzen Schutznorm „Vorsorgegebot“ gerichtet ist, auf die Reichweite des individuellen Schutzzweckausschnittes reduzieren. Im zweiten Fall kann man sagen, daß sie, indem sie nur die individuellen Belange des Klägers „nachwiegen“, die praestabilisierten Gewichte der Restrisikoabwägung von vornherein verschieben.

IV. Wege zur Berücksichtigung des Bevölkerungsrisikos

Ist somit deutlich, daß es die das Bevölkerungsrisiko ignorierenden Entscheidungen sind, die der „modernen“ Rechtsprechung folgen, so gebietet die Dringlichkeit des Lebensproblems, das sich mit zunehmender Menge und Größe der Kernkraftwerke stellt, nach Wegen zu suchen, die diesem Trend entgegen. Drei solcher Wege bieten sich an: Anwendung der neuen Schutznormtheorie unter Ausnutzung ihrer Freiräume (1), Ablehnung der modernen und Rückkehr zur alten Theorie (2), und Vermeidung der Theorie (3).

1. Ausschöpfung der neuen Schutznormtheorie

a) Versteht man die Nichtberücksichtigung des Bevölkerungsrisikos als Reduzierung des subjektiven Rechts auf den Schutzzweckradius (o. III 2), so gibt es einen Ausweg, wenn sich der Umfang der betroffenen Bevölkerung auch im Individualrisiko auswirkt. Dies ist der Fall. Erstens ist bei Störfällen die Überlebenschance in dicht besiedelten Gebieten geringer, weil die Hilfsmaßnahmen (Evakuierung, Krankenversorgung etc.) schwieriger sind⁴¹. Zweitens: mit der Bevölkerungsdichte dürfte die Zahl der Betriebe, deren Kunden im engeren Umkreis wohnen, überproportional zunehmen; klagt ein solcher Betriebsinhaber, so wird er bei größerer Bevölkerungsdichte umso eher den Verlust seines ganzen Kundenstamms, damit einen Eingriff in sein Eigentum geltendmachen können. Drittens: bei der für die Bundesrepublik typisch geringen horizontalen Mobilität der Bevölkerung steigt mit zunehmender Bevölkerungsdichte die Wahrscheinlichkeit, daß die meisten Bekannten und Verwandten umkommen und damit in die freie Persönlichkeitsentfaltung des Klägers eingegriffen wird.

b) Ein weiterer Weg führt über die Abwägungsanweisung im B 42-Urteil des *BVerwG*, nach der um so mehr öffentliche Belange für das Projekt sprechen müssen, je schwerer die privaten Belange des Klägers wiegen. Der *VGH München* hat hinzugesetzt, daß in solchen Fällen keine Kollision widerstreitender öffentlicher Belange vorliegen darf⁴², mit anderen Worten, daß die fürsprechenden öffentlichen Belange durch gegensprechende öffentliche Belange disqualifiziert werden können⁴³. Eine Abwägungssituation gibt es nun auch im Rahmen des § 7 II Nr. 3 AtomG. Bei der Bestimmung der Untergrenze des Vorsorgebegriffs ist abzuwägen, ob „fundamentale Interessen der Allgemeinheit an lebenswichtiger Versorgung und technischem Fortschritt die Inkaufnahme einer gewissen Risikolage unumgänglich fordern“⁴⁴. Trotz Vorrangs des Schutzzwecks bleibt also eine Abwägungszone zwischen diesem und dem Förderungszweck dort, wo die Vorsorge maximal ausgebaut ist⁴⁵. An dieser Stelle ist entschei-

hend, ob man das Bevölkerungsrisiko einsetzen darf oder nicht. Nach der zitierten *BVerwG*-Rechtsprechung ist dies unzulässig auf der Seite des Schutzzwecks. Wohl aber kann man das Bevölkerungsrisiko auf der Seite der öffentlichen Belange einsetzen, und zwar gleichsam negativ so, daß das Förderungsinteresse durch das Bevölkerungsrisiko an Gewicht verliert. Die daraus resultierende Herabsetzung des Restrisikos wirkt sich auf die Prüfung der erforderlichen Vorsorge so aus: das – wie oben gezeigt – lediglich zu berücksichtigende Individualrisiko, das die Wagschale der Anforderungen an die Eintrittswahrscheinlichkeit kaum hochzudrücken vermag, wird dadurch entlastet, daß die oben genannte Herabsetzung des Restrisikos die nämlichen Anforderungen hochschraubt, im Bild: deren Wagschale erleichtert.

2. Ablehnung der neuen Schutznormtheorie

Es dürfte deutlich sein, daß die beiden genannten Wege zur Ausnutzung von Freiräumen reichlich verschlungen sind. Insbesondere scheint mir die Berücksichtigung von „allgemeinen privaten Belangen“ als negative, gewichtsmindernde öffentliche Belange eine Hintertür aus schlechtem Gewissen über die aussichtslose Position zu sein, in die das *BVerwG* die privaten Belange des Klägers manövriert hat. Besser ist es da, die neue Schutznormtheorie vor ihrer endgültigen Etablierung selbst noch einmal zu überdenken. Einwände gegen sie betreffen ihre Bedeutungsstruktur (a) und ihre Funktion (b).

a) Zunächst zu den Schutznormen mit bestimmten und unbestimmten Rechtsbegriffen: es wurde festgestellt, daß die behördliche Verpflichtung hier noch einmal durch den Schutzzweck eingegrenzt wird. Fragt man nun weiter, wie die Judikatur die Eingrenzung vornimmt, so vermisst man Ableitungen aus der Schutznorm und findet eine eigenartige Rückkehr zum Grundrechtsdenken, das für die Bestimmung des „ob“ eines Schutzzweckes gerade abgelehnt worden war. Grundrechte, so scheint es, sind ungeeignet für die Qualifizierung einer Norm als Schutznorm – bei dieser Frage herrscht Gesetzespositivismus –, sie sind aber gut für die Beschränkung einer einmal bejahten Schutznorm. Grundrechte werden also paradoxerweise grundrechtseinschränkend benutzt – was ihrem Sinn zuwiderläuft. Soweit es die Schutznormen mit Ermessens- und Abwägungsvorschriften angeht, wurde festgestellt, daß die neue Schutznormtheorie die Gewichte der abzuwägenden Belange von vornherein verzerrt. Über das Abwägungssystem der Behörde wird ein diesem völlig inkongruentes richterliches Abwägungskontrollsystem gestülpt, das so ausgebildet ist, daß das behördliche Abwägungsergebnis fast immer bestätigt werden wird. Das mag durchaus bewußter Verkehrspolitik entsprechen; in der Tat sagt das *BVerwG* im B 42-Urteil ja auch, daß „die fernstraßenrechtliche Planung voraussetzungsgemäß immer i. S. des Art. 14 III GG Aufgaben ‚zum Wohle der Allgemeinheit‘ erfüllt“⁴⁶. Diese Politik müßte dann aber in die Gesetze geschrieben und dürfte nicht durch Rechtsschutzreduktion gerichtlich nachgeliefert werden. Rechtssätze wie die, die oben zum bestimmungsgemäßen Betrieb und zum Störfall rekonstruiert wurden, würde sich aber wohl kein Gesetzgeber ein-

41) So *OVG Münster*, ET 1975, 229 r. Sp.; *Albers*, DVBl 1978, 23.

42) Urt. v. 9. 5. 1978 – 189–192 VIII 77 – Ausfert. S. 28f.

43) *Marschall-Schroeter-Kastner*, BundesfernstraßenG, 1977, § 17 Anm. 6.2.

44) *VG Freiburg*, NJW 1977, 1647 I. Sp.; ähnlich *OVG Lüneburg*, DVBl 1978, 71 r. Sp. und *OVG Münster*, ET 1975, 229 I. Sp.

45) *VG Freiburg*, NJW 1977, 1647 I. Sp.; *OVG Lüneburg*, DVBl 1977, 70 I. Sp.

46) Die Geschichte der Verkehrsgläubigkeit der Rechtsprechung, die vor allem bei § 906 BGB und dem Anspruch aus enteignendem Eingriff deutlich wird, muß noch geschrieben werden.

fallen lassen. Die Schutznormtheorie klassischer wie moderner Fassung setzt jedoch selbst voraus, daß die Schutznorm Sinnvolles aussagt.

b) Schwerer ist die Funktion der neuen Schutznormtheorie zu bestimmen. Mir scheint, daß die neue Fassung zuverlässiger als die alte dazu führt, daß ökonomisch notwendige Emissionszulassungen von den Betroffenen hingenommen werden, oder, in den Worten *N. Luhmanns*: daß sie sicherer Legitimation durch Gerichtsverfahren erzeugt. Die ältere Schutznormtheorie wurde in der Phase ihrer Anerkennung für Nachbarstreitigkeiten so angewandt, daß nur solche Normen als Schutznormen aufgefaßt wurden, die Ursache-Wirkungsbeziehungen zwischen einigen wenigen Individuen regelten. Musterbeispiel sind die Vorschriften über den Gebäudeabstand. In einer zweiten Phase wurden immer mehr auch solche Normen als Schutznormen anerkannt, die Ursache-Wirkungsbeziehungen zwischen einer großen Zahl von Individuen regelten (wobei auf der Ursachenseite häufig auch nur ein Individuum, etwa der emittierende Betrieb, steht). Musterbeispiele sind viele Umweltschutzvorschriften. Die Motive hierfür waren vor allem verstärktes Grundrechtsdenken und eine justizstaatliche Einstellung. Der damit gegebene Zuwachs an gerichtlicher Verwaltungskontrolle war solange tragbar, wie rechtliche Kontrollkriterien vorhanden waren, die die richterliche Bestätigung der Verwaltungsentscheidung in den ganz überwiegenden Fällen⁴⁷ auch dem unterlegenen Kläger darstellbar machten. Kriterien waren zunächst das Mißbrauchs- und Übermaßverbot, später die bekannten Topoi der Abwägungsüberprüfung. Beide haben eine Zeit lang ihren Zweck erfüllt, obwohl sie eigentlich keine spezifisch rechtlichen Kriterien sind, d. h. keine saubere Grenze zur Zweckmäßigkeitprüfung festlegen. Weil sie letztlich unverständlich lassen, warum das Gericht einmal eine Abwägung für falsch, ein andermal für richtig gewichtet befindet, wurden sie ungeeignet, auch bei den mit zunehmender Vehemenz politisch und gerichtlich auftretenden Umweltschutzgruppen noch Legitimation durch Verfahren zu erzeugen; die Entscheidungen mußten als politisch verstanden werden, der Protest war nicht „absorbiert“ (*Luhmann*). Die neue Schutznormtheorie ist in dieser Situation ein Ausweg, der wieder ein spezifisch rechtliches Kriterium einführt. Sie ist dogmatisch scheinbar gut einzubinden, weil sie an der Individualgerichtlichkeit des deutschen Rechtsschutzsystems anknüpft, und entspricht auch der Tradition der Kasuistik, den Adressaten eines Verwaltungsakts als den primär Schutzbedürftigen und den klagenden Dritten als jemanden anzusehen, den die Angelegenheit doch weniger trifft und dem man deshalb einen stark begrenzten Rechtsschutz zumuten kann⁴⁸. Sie ist einerseits flexibel, indem sie durch Großzügigkeit bei der Zulässigkeitsprüfung vielen Betroffenen den Zugang zum gerichtlichen Verfahren und damit zu den verfahrenstypischen Legitimationszwängen eröffnet, andererseits hart genug, um durch Schärfe bei der Begründetheitsprüfung die Verwaltungsentscheidung im Normalfall bestehen zu lassen. Eine Bewertung dieses Befundes kann kritisch am Legitimationsbegriff ansetzen. Soll das gerichtliche Verfahren zu mehr führen als nur äußerlicher Entscheidungsabnahme, so muß zumindest ein solches Kontrollraster angelegt werden können, das die Verwaltungsentscheidung nicht von vornherein verzerrt wahrnimmt.

Wenn deshalb hier die Rückkehr zum „Schulbegriff des subjektiven öffentlichen Rechts“ empfohlen wird, wie es oben genannte Entscheidungen der *OVGe Lüneburg* und *Münster* praktizieren, so heißt dies keineswegs, daß man damit bereits bei der schreckenerregenden Popularklage angelangt ist. Denn der Kläger muß ja jedenfalls zum Kreis der Rechtsinhaber gehören, d. h. es muß auch eine individuelle Betroffenheit vorliegen (die nur eben, bloß als solche genom-

men, nicht das Gewicht hätte, die Vorsorgeanforderungen hochzutreiben). Weder vertritt er also Drittinteressen, die mit den seinigen nichts gemeinsam haben, noch beruft er sich auf Allgemeininteressen, deren Schutz das Gesetz allein bezweckte⁴⁹.

3. Vermeidung der Schutznormtheorie

Die Schutznormtheorie ist zwar von *Bühler* primär an der Klage des Adressaten eines Verwaltungsaktes entwickelt worden, hat dann aber, auch was ihre Zuspitzung zur neuen Schutznormtheorie angeht, wohl nur⁵⁰ bei Klagen von Nachbarn, Konkurrenten oder sonstigen Drittbetroffenen eine Rolle gespielt. Für die Adressatenklage gilt dagegen heute, daß allein schon dadurch, daß der Verwaltungsakt gegen jemanden ergangen ist, die Behörde in seine Rechtssphäre eingegriffen hat und eine umfassende Rechtswidrigkeitsprüfung geboten ist⁵¹. Den Grund hierfür stellt am klarsten wohl *Bettermann* heraus:

„Das Interesse an der Unterlassung fremder Begünstigungen ist rechtlich nur insoweit geschützt, als die Begünstigung gegen eine den Schutz des Interessenten bezweckende Norm verstößt. Das Interesse an der Unterlassung eigener Belastungen ist dagegen umfassender geschützt: Der Bürger hat einen Anspruch auf Unterlassung jeder rechtswidrigen Belastung – gleichgültig, gegen welche Rechtsnorm die Belastung verstößt: ob die verletzte Norm seinen Schutz oder den Schutz Dritter oder der Allgemeinheit bezweckt. Denn der Bürger hat kraft der Grundrechte einen Anspruch auf Freiheit von ungesetzlichem Zwang: auf Unterlassung rechtswidriger ‚Eingriffe in Freiheit und Eigentum‘“⁵².

Die Klage gegen die Genehmigungen von Kernkraftwerken wird nun durchweg als Nachbarklage aufgefaßt. Leitvorstellung, Sozialmodell oder besser politisches Modell ist hier

47) Vgl. zu den Erfolgchancen der Kläger vor VGen *A. Görlitz*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, 1970, S. 239f. In Atomsachen gibt es mit einer Ausnahme kein Endurteil, das zur Aufhebung einer Genehmigung führte.

48) So auch *Rehbinder-Burgbacher-Knieper*, Bürgerklage im UmweltR, 1972, S. 35. Dieses Motiv lag wohl auch dem Vorschlag *Bühlers* zugrunde, es sei bei Prüfung der dritten Voraussetzung (Einräumung von Rechtsmacht) zu unterscheiden, „ob mit dem subjektiven öffentlichen Recht ein Verhalten des Staates zu dem geschützten Privaten selber verlangt wird, oder in dessen Interesse einem Dritten gegenüber“ (Fußn. 12, S. 51).

49) Zu dieser Unterscheidung als Präzisierung dessen, was mit Popularklage gemeint werden kann, s. *W. Schmidt*, DÖV 1976, 579.

50) Verpflichtungsklage und allgemeine Leistungsklage, bei denen sie ebenfalls relevant ist, bleiben hier außer Betracht.

51) *Ule*, VerwProzR, 6. Aufl. (1975), S. 159; ebenso *Henke* (o. Fußn. 11), S. 64. Praktische Beispiele sind *BVerwGE* 4, 81 (89) = NJW 1957, 603, wo dem Kl. gegen die Ablehnung einer Personenbeförderungserlaubnis die Berufung auf die Belange der Benutzer gestattet wird; *BVerwGE* 12, 87 (92) = NJW 1961, 2077, wo ohne Rücksicht auf die inhaltliche Auswirkung auf den Verwaltungsakt die Zuständigkeit der erlassenden Behörde geprüft wird; *BVerwGE* 46, 1 (6) = NJW 1972, 1726, wo die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts auch im Hinblick auf Personengruppen geprüft wurde, zu denen der Kl. offenbar nicht gehörte. Die Rechtsprechung des *PrOVG* resümiert *Henke* (o. Fußn. 11), S. 64, wie folgt: „Die Anfechtungsklage wird vielmehr stets ohne weiteres als zulässig angesehen, wenn der Kl. derjenige war, der von dem angefochtenen Akt der Verwaltung betroffen wurde, und als begründet, wenn die Verwaltung das objektive Recht verletzt hatte“. Dies galt insb. auch bei der heute so unwichtig genommenen (vgl. *BVerwGE* 24, 23 = NJW 1967, 70; *BVerwGE* 29, 282 [284] = NJW 1968, 1736; *BVerwG*, DVBl 1972, 680 I. Sp.) Verletzung von Verfahrensvorschriften, trotz der Tatsache: „Daß die hier verletzten Gesetze dem Individualinteresse des Einzelnen zu dienen bestimmt seien, wird nicht gesagt und kann auch nicht angenommen werden, denn Zuständigkeits- und Verfahrensnormen bilden die innere Ordnung des Behördenwesens und dienen nicht dem Individualinteresse des Bürgers“ (*Henke* [o. Fußn. 11], S. 64).

52) *Bettermann*, in: Gedenkschr. f. Imboden, 1972, S. 54. Daß diese Gewichtung der Nachbarinteressen bei Großvorhaben nicht mehr angemessen ist, wurde eben gesagt, interessiert in diesem Zusammenhang jedoch nicht.

die in neutraler Distanz über dem Bewerber und den Dritten stehende Behörde, die primär Eigentümerinteressen des Bewerbers und sekundär auch Drittinteressen zu beachten hat und in diesem Sinne auch gerichtlich kontrolliert wird. Dieses Modell führt zur Anwendung der klassischen wie modernen Schutznormtheorie, wird daneben aber auch wirksam bei der Ausfüllung von Interpretationsspielräumen, von denen ich nur illustrationshalber einige nennen möchte: Der Nachbar soll die Beweislast für die Rechtswidrigkeit der Genehmigung tragen⁵³. Dem Betreiber wird weitreichender Bestandsschutz gewährt, indem für die Beurteilung der Genehmigung der Stand von Wissenschaft und Technik zum Zeitpunkt der Erteilung der jeweiligen Teilgenehmigung, nicht etwa der der Betriebsgenehmigung, zugrundegelegt wird⁵⁴; Auflagen aus neuerer Erkenntnis sind weitgehend – in größerem Umfang noch als nach dem Bundesimmissionschutzgesetz – entschädigungspflichtig⁵⁵. Die Versäumung der Einwendungsfrist nach § 31 AtomAnlVO (jetzt § 7 AtomVfO) hat nach herrschender Meinung Präklusionswirkung für das verwaltungsgerichtliche Verfahren⁵⁶, nicht nur, wie nach § 14 der 9. BImSchVO, für das Verwaltungsverfahren. Die Behörde darf im Verfahren nach § 99 VwGO Akten unter Berufung auf das Betriebsgeheimnis zurückhalten⁵⁷.

Gegen die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage (§ 80 V VwGO) wird dem Betreiber das Beschwerderecht eingeräumt, und zwar selbst dann, wenn die sofortige Vollziehbarkeit allein im öffentlichen Interesse angeordnet worden war^{57a}; der Fall wird also nicht unter die rechtliche Konstellation rubriziert, bei der der Kläger einem einheitlichen Hoheitsträger gegenübersteht, sondern unter diejenige, bei der „dem Rechtsstreit eigentlich nur eine Auseinandersetzung zwischen Nachbarn zugrunde (liegt)“^{57b}.

Die Bestimmung der Restrisikogrenze im Rahmen des Vorsorgegebots wird trotz aller Betonung des Schutzzweckvorrangs und des Allgemeininteresses am Förderungszweck⁵⁸ doch von Erwägungen der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit der Betreiber abhängig gemacht⁵⁹. Die Betreiber werden als Träger der Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG angesehen⁶⁰. Das Nachbarklagemodell liegt, zusammenfassend gesehen, der Ausgestaltung und Interpretation vor allem derjenigen Vorschriften zugrunde, die das Kernkraftwerk gegenüber den Nachbarn durchsetzen sollen. Dieses Modell widerspricht jedoch zum einen der Realität dieser Durchsetzung, zum anderen der rechtlichen und faktischen Organisation der Planung, des Baues, der Produktion und des Absatzes der Kernenergie. Die hierfür charakteristische Struktur ist eine enge Verflechtung von Staat und Betreiber, der gegenüber die Nachbarn als Gewaltunterworfenen erscheinen. Sie gibt Anlaß zu erwägen, ob im Bereich der Kernenergie das Nachbarklagenmodell nicht abgelöst werden sollte durch ein Modell der Eingriffsverwaltung⁶¹, bei dem der Untertan einer in sich verflochtenen staatlich-privaten Einheit gegenübertritt und mit dem gegen Eingriffsverwaltung üblichen vollen Rechtsschutz auszustatten ist⁶².

In dieser Verflechtung Staat – Betreiber im Bereich der Kernenergie laufen letztlich ein ökonomischer und ein technischer Zwang zusammen. Wirtschaftliches Wachstum, ohne das unsere Gesellschaft zu zerbrechen scheint, fordert Ausbau seines Zentralnervs, der Energieversorgung, und Ausbau seiner Hauptmotoren, der exportfähigen Wachstumsindustrien⁶³. Dies einerseits und die Leitungsgebundenheit sowie mangelnde Lagerfähigkeit der elektrischen Energie andererseits fordern beide zum einen intensive Planung, zum anderen immer größere Vorhaben heraus. Plan statt Markt und Großvorhaben statt Routineprojekte schaffen Sonderrecht und Sonderbeziehungen, eben die Verflechtung von Staat und Betreiber, weil das allgemeine Recht der Ordnungsrahmen und die allgemeine faktische Struktur der neutralen Distanz des Staates hier versagen⁶⁴. Diese Verflechtung äußert sich in enger Kooperation bei der Durchsetzung der Projekte.⁶⁵ Die Antragstellung und Genehmigung für ein neues

Werk werden von Behörden und Betreibern vorab genau abgesprochen, sie ähneln eher dem Aushandeln eines verwaltungsrechtlichen Vertrages. Der Erörterungstermin, in dem die Betreiber meist schweigen und die Behörde das Projekt verteidigt, gleicht eher einer Gewährung rechtlichen Gehörs durch die Behörde als einem kontradiktorischen Verhandeln vor der Behörde. Die Behörden setzen auch solche Sachverständigen ein, die bereits von den Betreibern beauftragt worden waren⁶⁶. Im vermutlich typbildenden Prozeß um das Kernkraftwerk Unterweser vor dem VG Oldenburg haben die Genehmigungsbehörden in Abstimmung mit den Betreibern sämtliche wesentlichen Genehmigungen nachträglich geändert, wann immer das Gericht durch Teilurteile oder informell im Beweistermin erkennen ließ, daß es Teile für rechtswidrig hielt. Das gilt für die Abwärmeabgabe an den Vorfluter, die Radioaktivität des Abwassers, die Radioaktivität der Abluft und verschiedene störanfällige Anlagekomponenten. Es wurden, teilweise innerhalb von wenigen Tagen nach der entsprechenden richterlichen Andeutung, der Bau von Kühltürmen – auf Aufforderung – beantragt, auferlegt und versprochen, die Abgabewerte herabgesetzt, stofflich neu dimensioniert und zeitlich neu gestaffelt, Berechnungsvorschriften geändert und präzisiert, Komponenten verändert und ergänzt. Der Streitgegenstand war stets im Fluß – ein Verfahren, das etwa bei der Baugenehmigung für ein Einfamilienhaus undenkbar ist (dem Fall nämlich, an dem sich das Nachbarklagemodell orientiert). Die Verflechtung von Staat und Betreibern äußert sich des weiteren in der Vorbereitung, der Finanzierung, der Trägerschaft, der Produktionsmittelbeschaffung, des Produktionsprozesses, der Entsorgung, der Unfallhaftung und der Absatzsicherung der Projekte: Die Vorbereitung der Projekte wird durch Forschungs- und Investitionsprogramme der Bundesregierung gesteuert⁶⁷. Der Bund hat für Forschung und Entwicklung der Kernenergie

53) BVerwG, DVBl 1970, 62 (für einen Baurechtsfall); Heinrich, 1. Dt. Atomrechtssymposium, S. 310.

54) BVerwG, DVBl 1972, 680 r. Sp.

55) Vgl. § 18 III AtomG mit § 17 BImSchG. Einschränkende Versuche bei Scharnhop, 1. Dt. Atomrechtssymposium, 1973, S. 133 ff.

56) VG Freiburg, DVBl 1976, 804; VGH Mannheim, DVBl 1977, 345; Kuhnt, atw 1977, 407. Modifizierend OVG Lüneburg, DVBl 1975, 190.

57) OVG Lüneburg, Urt. v. 9. 9. 1977, 7 OVG B 84/76.

57a) BayVGH, DVBl 1975, 201 I. Sp.

57b) BVerfGE 35, 271. Das BVerfG hat die Unterscheidung beider Konstellationen eingeführt (verdeutlichend Martzloff, NJW 1974, 350). Bei der ersten verneint es, dem Wortlaut des § 80 VI 2 VwGO folgend, ein Beschwerderecht des vom angefochtenen Verwaltungsakt Begünstigten. Die dabei durchaus offen gebliebene Möglichkeit, dieser Konstellation auch den vorliegenden Fall des KKW-Betreibers zuzuordnen – ein Weg, den vorher bereits der VG Kassel für einen Flughafenunternehmer gegangen war (NJW 1971, 2243, dazu krit. Bühren, NJW 1972, 462, dagegen Martzloff, NJW 1972, 919) –, wurde im Atomrecht nicht genutzt.

58) Vgl. o. Fußn. 44.

59) Winters, Atom- und StrahlenschutzR, 1978, S. 26.

60) Mahlmann, 1. Dt. Atomrechtssymposium, 1973, S. 273. Vgl. auch BT-Dr III, 759, S. 31 (zu § 18 AtomG).

61) Gedacht ist dabei an „duldgungs- oder beschaffungsrechtliche“ Vorbilder etwa nach dem Muster des Schutzbereichsgesetzes, des Landbeschaffungsgesetzes, des Katastrophenschutzgesetzes, des Impfschädengesetzes.

62) Der Gedanke ist angedeutet bei Hinz, 4. Dt. Atomrechtssymposium, S. 264.

63) Die Gewinnung von know how für diesen Sektor stand bei Erlass des Atomgesetzes sogar im Vordergrund der gesetzgeberischen Ziele (vgl. Min. Balke, Sitzungsprotokolle des 3. Dt. BT, 55. Sitzung, S. 3023: „Es ist aber kein Zweifel, daß wir Gefahr laufen, als Industrieland wettbewerbsunfähig zu werden, wenn wir nicht dafür sorgen, daß technische Kapazitäten der Kernindustrie bei uns errichtet werden“).

64) Zu weiteren Beispielen der Sonderrechtsbildung vgl. Derleder-Winter, DuR 1976, 279; Winter, Das Vollzugsdefizit im WasserR, 1975, S. 32.

65) Das Folgende beruht auf dem Studium der Behördenakten und der Teilnahme am gerichtlichen Verfahren zum Kernkraftwerk Unterweser.

66) Lukes, Die Mehrfachstätigkeit von Sachverständigen, 1971, hält dies bei Angehörigen juristischer Personen u. a. deshalb für unverfänglich, weil eine juristische Person als Abstraktum nicht interessengebunden sein könne. Das sollte die Gewerkschaften nachdenklich stimmen, die immer noch nicht voll rechtsfähig sind.

67) Während das 1. Atomprogramm noch dem ordnungspolitischen Modell zugeordnet werden konnte, jedoch gerade deshalb die Kernenergie nicht zur industriellen Entwicklung brachte, wurde mit den folgenden Programmen der Weg einer segmentalen Forschungsstrukturpolitik sowie, ab etwa 1969, einer segmentalen Regionalstruktur- und Energiepolitik für die Kernenergie eingeschlagen. Vgl. die noch unveröff. Arbeit von

von 1956 bis 1976 17,5 Mrd. DM aufgewendet⁶⁸. Institutionell ist für die Programmierung von Forschung und Investition typisch eine Auslagerung der Entscheidungsprozesse aus den Kernbereichen des politisch-administrativen Systems in Gremien und Organisationen, die von staatlicher Seite, von der Kernindustrie und aus der Wissenschaft besetzt werden^{68a}. Der Bund ist über die VEBA an den Energieversorgungsunternehmen beteiligt⁶⁹. Der Kernbrennstoff ist Eigentum der EURATOM und wird von deren Agentur bewirtschaftet⁷⁰. Die Genehmigungsbehörden greifen durch Auflagen, ein umfangreiches Betriebshandbuch und begleitende Aufsichtsmaßnahmen bis in das kleinste Detail der Anlage und des Produktionsverfahrens ein. Länder und Bund übernehmen die Verantwortung für Zwischen- und Endlagerung der radioaktiven Abfälle (§ 9a AtomG)⁷¹. Die Unfallhaftung wird durch kurze Verjährungsfristen, Haftungshöchstgrenzen und staatliche Haftungsfreistellung für die Betreiber eingeschränkt⁷². Die Energieversorgungsunternehmen sind vom Ordnungsrahmen des Kartellgesetzes entbunden (§ 103 GWB) und dadurch in der Lage, über Konzessionsverträge sowie horizontale und vertikale Demarkationsverträge, daneben auch den Anschluß- und Abnahmepflicht der Benutzer, wettbewerbslose Planwirtschaft zu betreiben⁷³, die zwar insoweit in privater Hand liegt, jedoch über Investitions- und Angebotskontrolle⁷⁴, Verschreibung von Tarifstrukturen⁷⁵ und Preisaufsicht⁷⁶ staatlich mitbestimmt wird.

Diese vielfältigen faktischen und rechtlichen Verflechtungsformen nötigen zu einem Austausch der Leitvorstellung auch dort, wo es um die Durchsetzung der Projekte gegenüber den Nachbarn geht. Die Folgerungen für die oben angeschnittenen Interpretationsprobleme sollen hier nicht sämtlich gezogen werden. Im Hinblick auf die Ausgangsfrage wäre es aber angemessen, die „Genehmigungen“ primär als Duldungsverfügungen an die Nachbarschaft und sekundär als begünstigende Verwaltungsakte anzusehen⁷⁷.

H. Kitschelt, Zum Verhältnis von politischer Planung und Implementation, Teil II: Fallstudie zur Entwicklung der Kernenergiepolitik in der BRD, 1978, S. 404 u. passim. S. auch M. Meyer-Renschhausen, Energiepolitik in der BRD von 1950 bis heute, Köln 1977, S. 136 ff.

68) BMFT (Hrsg.), 4. Atomprogramm für die Jahre 1973–76, S. 22 u. 97.

68a) Den einflußreichen – Auftakt einer sich breit auffächernden Menge solcher Einrichtungen bildete die Deutsche Atomkommission (ab 1955). Vgl. H. Kitschelt (o. Fußn. 67), S. 29; J. P. Pesch, Staatliche Forschungs- und Entwicklungspolitik im Spannungsfeld zwischen Regierung, Parlament und privaten Experten, untersucht am Beispiel der deutschen Atompolitik, Diss. Freiburg 1975, S. 40 ff., 81 ff.

69) Vgl. das Schaubild der Kapitalverflechtung bei Otto, in: Technologie und Politik VII, hrsg. v. Duve, 1977, S. 121.

70) Art. 52 ff., 86 EuratomVO.

71) Pelzer, atw 1977, 394, vermag der „Gemengelage“ dieser Verantwortung mit der privatwirtschaftlichen Verantwortung für die Wiederaufarbeitung der Reststoffe die Qualität als „juristischer Leckerbissen erster Ordnung“ abzugewinnen.

72) §§ 31, 32, 34 AtomG. In richtiger Erkenntnis der Verflechtung sagt denn auch ein Vertreter der Kernindustrie: „In solchen Fällen (sc. Katastrophenfällen) kann und wird der Staat nicht untätig zuschauen, wenn die Opfer aufgrund fehlender Anspruchsgrundlagen oder gesetzlicher Haftungsbeschränkungen überhaupt keine oder nur eine unzureichende Entschädigung erhalten . . . Nukleare Schadensfälle durch Kriegs- oder ähnliche Ereignisse haben letztlich eine politische Ursache, für die der Staat einzutreten hat“ (v. Moock, 1. Dt. Atomrechtssymposium, 1973, S. 210).

73) Im einzelnen s. Hauptgutachten der Monopolkommission, „Mehr Wettbewerb ist möglich“, 19, Ziff. 739–745.

74) §§ 4 u. 5 EnergiewirtschaftsG.

75) Vgl. Bundestarifordnung für Elektrizität v. 14. 11. 1973, BGBl I, 1667.

76) Rechtsgrundlagen sind § 7 EnergiewirtschaftsG, die PreisstopVO v. 26. 11. 1936, RGBl I, 995 nebst VO PR 18/52 v. 26. 3. 1952 u. PR 3/53 v. 30. 1. 1953 sowie § 22 IV u. § 26 II GWB.

77) Für das Bundesimmissionsschutzgesetz ist das OVG Lüneburg (DVBl 1977, 732f.), freilich ohne die hier versuchte staatsrechtliche Abstützung, zu einem ähnlichen Ergebnis gekommen: „Nach dem . . . Schutzzweck des Bundesimmissionsschutzgesetzes befähigt sich die Genehmigungsbehörde insoweit nicht mit bloßen Nebenwirkungen des von dem Unternehmer angestrebten begünstigenden Verwaltungsakt, sondern ihre Verwaltungstätigkeit zielt hauptsächlich darauf ab, den im Interesse der Allgemeinheit und der Nachbarschaft erforderlichen Schutz zu konkretisieren“.

Privatdozent Dr. Werner Beulke, Göttingen

Strafbarkeit gem. § 142 StGB bei vorsatzlosem Sich-Entfernen vom Unfallort

Der Tatbestand des § 142 StGB gehört seit langem zu den bevorzugten Schauplätzen strafrechtlicher Auseinandersetzungen. Ein stetig wachsendes Fallmaterial stellt Wissenschaft und Praxis vor immer neue Schwierigkeiten. Das Jahr 1975 sollte im Wege der Neufassung der Vorschrift eine gewisse Wende bringen. Im folgenden werden die Auswirkungen der Neuregelung dargelegt. Zu der Problematik enthält der Rechtsprechungsteil dieses Heftes (S. 434, 436 ff.) zahlreiche Entscheidungen, die in die Erörterung einbezogen sind.

I. Problemstellung

Durch das 13. Strafrechtsänderungsgesetz vom 13. 6. 1975¹ wollte der Gesetzgeber zur leichteren Handhabung des § 142 StGB eine Reihe wichtiger Streitfragen sozusagen ex cathedra entscheiden. Doch wie so oft bei vergleichbaren Vorhaben entspricht das Ergebnis durchaus nicht den gehegten Erwartungen. Das trifft in ganz besonderem Maße auf das Problem der Feststellungspflicht nach vorsatzlosem Verlassen der Unfallstelle zu, das zum Gegenstand der folgenden Überlegungen gemacht werden soll.

Erinnert sei zunächst an die Lösung dieser Fallkonstellation zur Zeit der Geltung des § 142 StGB a. F. In der früheren Gesetzesfassung wurde demjenigen Unfallbeteiligten eine Strafe angedroht, der sich den Feststellungen „durch Flucht entzieht“. Sowohl das RG² als auch der BGH³ hatten sich auf den Standpunkt gestellt, daß Verkehrsunfallflucht auch von einem anderen als dem Unfallort begangen werden kann, wenn der Täter den Unfallort zunächst gerechtfertigt oder entschuldigt verlassen hat. Der Unfallbeteiligte habe nach Wegfall des Entfernunggrundes unverzüglich zum Unfallort zurückzukehren, andernfalls entziehe er sich den Feststellungen „durch Flucht“. Nach langem Zögern hatte der BGH in zwei lebhaft diskutierten Entscheidungen diese Grundsätze auch auf den Fall ausgedehnt, daß der Unfallbeteiligte erst nach Entfernung von der Unfallstelle von dem Unfall Kenntnis erlangt. Auch er sei verpflichtet, an die Unfallstelle zurückzukehren, sofern noch ein räumlicher und zeitlicher Zusammenhang mit dem Unfallgeschehen bestehe⁴. In der Literatur ist diese Rechtsprechung nur teilweise auf Zustimmung gestoßen⁵. Immer wieder wurde gegen sie der Vorwurf erhoben, daß sie die Grenze der verbotenen Analogie überschreite⁶ und mit den Grundsätzen der unechten Unterlassungsdelikte unvereinbar sei⁷. Der Gesetzgeber wurde aufgerufen, Abhilfe zu schaffen⁸.

II. Unklarheit der Neufassung

Man sollte meinen, die Neufassung des § 142 StGB müßte dieses hinlänglich bekannte Problem einer klaren Lösung zugeführt haben. Doch überraschenderweise läßt der Gesetzes-

1) BGBl I, 1349.

2) RGSt 63, 18.

3) BGHSt 4, 144 (149) = NJW 1953, 1190; BGHSt 5, 124 (128) = NJW 1954, 400.

4) BGHSt 14, 89 = NJW 1960, 1019 und BGHSt 18, 114 = NJW 1963, 307. S. auch BGHSt 20, 258 = NJW 1965, 2065.

5) Dreher, StGB, 35. Aufl., § 142 Rdnr. 3 B; Rüdth, in: LK, 9. Aufl., § 142 Rdnrn. 52–54; Maurach, Strafr BT, 5. Aufl., S. 717 u. a.

6) Schreiber, in: SKStGB, § 1 Rdnr. 24.

7) Schönke-Schröder, StGB, 17. Aufl., § 142 Rdnr. 23 m. w. Nachw.

8) Schröder, NJW 1966, 1004.