

A. Allgemeiner Teil

Im allgemeinen Teil sollen folgende Gesichtspunkte behandelt werden:

- sektorale Ausprägungen der öV in exemplarischem Überblick (I.)
- öV als Sozialnorm und Rechtsnorm (II.)
- das Rationalitätspotential der öV (III.)
- ökologische und staatsbürgerliche Verhältnismäßigkeit (IV.)
- öV und weitere Verhältnismäßigkeiten (V.)
- hauptsächliche Adressaten und deren Einfluss auf die Ausformungen der öV (VI.)
- Varianten der inhaltlichen Ausgestaltung der öV (VII.)
- verfassungsrechtlicher Rahmen (VIII.)
- unionsprimärrechtlicher Rahmen (IX.)
- öV im Vergleich mit ähnlichen umweltrechtlichen Rechtsgrundsätzen (X.)

I. Ausprägungen in exemplarischem Überblick

Um zu belegen, dass die öV nicht ein rechtspolitisches Desideratum, sondern bereits verbreitete Realität ist, sollen über das eingangs erwähnte Beispiel des Natura 2000-Regimes einige weitere Fundstellen angeführt werden:

Für eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) muss eine „Beschreibung der vernünftigen Alternativen, die für das Vorhaben und seine spezifischen Merkmale relevant und vom Vorhabenträger geprüft worden sind“ vorgelegt werden.⁴ Für Industrieanlagen wird diese Anforderung dahin konkretisiert, dass eine Übersicht über die wichtigsten „technischen Verfahrensalternativen“ anzugeben ist.⁵

Im Bebauungsplanverfahren sind die Bürger frühzeitig über „die allgemeinen Ziele und Zwecke der Planung, sich wesentlich unterscheidende Lösungen, die für die Neugestaltung oder Entwicklung eines Gebietes in

4 § 16 Abs. 1 Nr. 5 Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG).

5 § 4 e Abs. 3 der 9. Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über das Genehmigungsverfahren) (9. BImSchV).

Betracht kommen“ zu unterrichten.⁶ Im Raumordnungsverfahren sind die „vom Träger der Planung oder der Maßnahme eingeführten Standort- oder Trassenalternativen“ zu prüfen.⁷ Im Fachplanungsrecht, das insbesondere auf Infrastrukturvorhaben bezogen ist, gilt die richterrechtlich entwickelte Pflicht, dass im Rahmen des Abwägungsgebots alternative Ausgestaltungen des Vorhabens zu erwägen sind und ein öffentliches Interesse gegeben sein muss.⁸

Im Abfallrecht gilt die sog. Pflichtenhierarchie, die fordert, dass vor der Abfalldeponierung geprüft werden muss, ob das Produkt wiederverwendet oder der Abfall verwertet werden kann.⁹

Das Klimaschutzgesetz verpflichtet den Bund, für Investitionen und Beschaffungen „mehrere Realisierungsmöglichkeiten“ in Betracht zu ziehen und diejenige auszuwählen, die deren Ziel mit geringsten Emissionen, aber auch geringsten Kosten erreicht.¹⁰

Im Chemikalienrecht ist vorgesehen, dass ein besonders gefährlicher Stoff nur zugelassen werden darf, „wenn es keine geeigneten Alternativstoffe oder -technologien gibt“, wobei die sozio-ökonomischen Auswirkungen der Regulierung zu berücksichtigen sind.¹¹ Ein Pflanzenschutzmittel wird nicht zugelassen, „wenn eine vergleichende Bewertung der Risiken und des Nutzens (...) ergibt, dass a) für die im Antrag genannten Verwendungen bereits ein zugelassenes Pflanzenschutzmittel oder eine nichtchemische Bekämpfung- oder Präventionsmethode besteht, das/die für die Gesundheit von Mensch oder Tier oder für die Umwelt deutlich sicherer ist.“¹²

Im Wasserrecht kann von anspruchsvollen Bewirtschaftungszielen für Gewässer abgewichen werden, wenn „die ökologischen und sozioökonomischen Erfordernisse [...] nicht durch andere Maßnahmen erreicht werden

6 § 3 Abs. 1 Baugesetzbuch (BauGB).

7 § 15 Abs. 1 Satz 3 Raumordnungsgesetz (ROG).

8 S. Näheres unten B IV.

9 § 4 Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen (KrWG).

10 § 13 Abs. 2 KSG. Zu dieser sehr komplexen Abwägung s. Kling (2023) S. 120–126.

11 Art. 60 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), ABl. L 396 vom 30.12.2006, S. 1, i.d.F. der VO (EU) 2024/2462 (REACH-VO).

12 Art. 50 Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln [...], ABl. L 309 vom 24.11.2009, S. 1, i.d.F. der VO (EU) 2022/1438 (PflanzenschutzmittelVO).

können, die wesentlich geringere nachteilige Auswirkungen auf die Umwelt hätten und nicht mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden wären.“¹³

Für Eingriffe in Natur und Landschaft ist eine ganze Prüfungskaskade vorgesehen, nämlich ob das Vorhaben zu vermeiden ist, wenn nicht, ob der Eingriff ausgeglichen oder ersetzt werden kann, wenn auch dies nicht, ob die Naturbelange den Belangen des Vorhabens vorgehen.¹⁴ Die noch strengere Version für Natura 2000-Gebiete wurde bereits einleitend geschildert.

Schließlich noch einige Beispiele aus dem Völkerrecht: Im Übereinkommen über den Schutz der Meeresumwelt des Ostseegebietes und des Nordostatlantiks wird die „beste Umweltpaxis“ so bestimmt, dass für ein umweltgefährdendes Erzeugnis hinsichtlich Herstellung, Verwendung und Entsorgung festzustellen ist, ob es „Ersatz durch weniger umweltverschmutzende Tätigkeiten oder Stoffe“ und „mögliche Vor- oder Nachteile von Ersatzstoffen oder -tätigkeiten für die Umwelt“ gibt.¹⁵

Nach dem Umweltschutzprotokoll zum Antarktisvertrag schließt die Bewertung der Umweltauswirkungen von Tätigkeiten in der Antarktis ein: „eine Beschreibung möglicher Alternativen zu der Tätigkeit, einschließlich der Alternative, die Tätigkeit zu unterlassen, und die Folgen dieser Alternativen“.¹⁶

Nach den „London Guidelines“ über den Austausch von Informationen über Chemikalien im internationalen Handel soll die unterrichtende nationale Kontaktstelle „Informationen über alternative Maßnahmen liefern, wie z.B. Verfahren integrierter Schädlingsbekämpfung, nicht-chemischer Alternativen und Maßnahmen zur Schadensminderung“.¹⁷

Das Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht führt die Ausdrücke „alternative Stoffe“ und „alternative Technologien und Ausrüstung“ ein, definiert sie und nimmt sie in ihr Regelungsgerüst auf.

Während normalerweise lediglich Alternativen geprüft werden müssen, sehen, wie aus den Beispielen ersichtlich, manche Vorschriften vor, dass auch die **Ziele** von Vorhaben dargelegt werden müssen und u.U. nachgeprüft werden. Dies gilt für Vorhaben, die intrinsisch besonders gefährlich sind oder auf besonders wertvolle Umweltkomponenten treffen. Zu ihnen zählen insbesondere:

13 § 30 Abs. 1 Nr. 2 Wasserhaushaltsgesetz (WHG).

14 § 15 Abs. 5 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG).

15 Anlage IV, Anhang A 1 (7) des Übereinkommens.

16 Anlage I des Protokolls.

17 Teil II Ziff. 6 (d) der Guidelines.

- landversiegelnde Infrastrukturvorhaben – sie müssen durch öffentliche Interessen gerechtfertigt werden können,
- die Herstellung und Vermarktung besonders gefährlicher Chemikalien – ihr Nutzen muss größer sein als ihr Risiko,
- Beeinträchtigungen besonders geschützter Gebiete – sie müssen in einem überwiegenden öffentlichen Interesse stehen.¹⁸

Solche Zielprüfung verdient besondere Aufmerksamkeit, weil sie intensiver noch als die Alternativenprüfung in die Handlungsfreiheit der Vorhabenträger eingreift.

Die Beispiele zeigen, dass die Komponenten der öV bereits verbreitet sind. Es handelt sich also nicht um eine Wunschliste, sondern eine rechtliche Realität, die noch stärker auf den Begriff gebracht werden kann. Dabei werde ich, soweit hinter dem deutschen Recht „einfaches“ Unions- oder Völkerrecht steht, die jeweiligen Erscheinungen in ihrer Mehrebenenstruktur gemeinsam behandeln.

II. Alternativen- und Zielprüfung als Sozial- und Rechtsnorm

Wie gesagt, die genannten Beispiele zeigen, dass die öV dem Recht nicht fremd ist. Vor aller rechtlichen Rahmung existiert sie aber bereits als gesellschaftliche und wirtschaftliche Praxis und Sozialnorm (1.). Zwischen dieser und der verbindlichen rechtlichen Regulierung gibt es einen Bereich von Bindungen, die rechtlich angestoßen aber nicht sanktionsbewehrt sind. Ich möchte sie als gesetzliche Handlungsdirektiven bezeichnen.¹⁹ Auch dort lässt sich öV aufspüren (2.). Die rechtsverbindlichen Ausgestaltungen der öV werden in einem dritten Schritt typologisch erfasst (3.). Abschließend wird erörtert, ob es sich bei der öV um einen Rechtsgrundsatz handelt, und ob er ein neues Sozialmodell vorstellt (4.).

18 S. im Einzelnen unten B IV.

19 Den Ausdruck übernehme ich vom BVerwG, das ihn für die Grundsätze guter Praxis in der Landwirtschaft verwendet, s. BVerwG v. 1.9.2016, 4 V 4.15, BVerwGE 156, 94 (Rn 17).

1. Gesellschaftliche Praktiken und Sozialnormen der öV

Anders als die staatsbürgerliche Verhältnismäßigkeit, die nur als Eingrenzung staatlichen Verhaltens und damit nur in Bezug auf gesetztes Recht denkbar ist, kann die öV als soziale Norm wirken, die sich nicht an den Staat, sondern an die Gesellschaft richtet. Allerdings ist sie als **Sozialnorm** im Sinne einer verbindlichen und gesellschaftlich sanktionierten Verhaltenserwartung²⁰ bisher nur in begrenzten Kreisen anzutreffen. Im allgemeinen gesellschaftlichen Verkehr handelt es sich eher um ein **Leitbild**, aber auch um eine **Verhaltenspraxis**, die zur Sozialnorm werden kann. Es soll deshalb gefragt werden, inwieweit Personen, Gebietskörperschaften und Unternehmen bei der Nutzung natürlicher Ressourcen „von sich aus“ erwägen sollten und tatsächlich erwägen, ob ihr Vorhaben einem gerechtfertigten Ziel dient, ob dieses Ziel mit einem weniger eingreifenden Mitteln erreichbar ist, und ob die übrigbleibende Beeinträchtigung durch das Gewicht des Ziels aufgewogen wird.

In der **Gesellschaft** wird öV von manchen Konsumenten praktiziert. Konsumenten haben Bedürfnisse und suchen Mittel, diese zu befriedigen. Manche von ihnen vergleichen Produkte und Dienstleistungen, die sie in Betracht ziehen, nicht nur hinsichtlich ihres Preises und ihrer Funktionalität, sondern auch hinsichtlich ihres Einflusses auf die Umwelt bei Herstellung, Verwendung und Entsorgung. Teils stellen sie auch Konsumziele in Frage, etwa wenn sie sich für weniger Fleischkonsum entscheiden, oder wenn sie erkennen, dass das Fahrrad im Nahverkehr eine höhere „soziale Geschwindigkeit“²¹ ermöglicht.

Soweit es die **Verwaltung** angeht, ist es lange Tradition, dass sie nicht nur Gesetze vollzieht, sondern einen Raum gestalterischer Initiative besitzt und

20 Über die Entstehung, Gestalt und Rolle von sozialen Normen (oder „Konventionen“) im Unterschied zu rechtlichen Normen siehe den klassischen Text von M. Weber (1922, Ausg. 1960) S. 63–76. Der Unterschied ist inzwischen Kernbestand der Rechtssoziologie. S. zB Geiger (1964) S. 24–26; M. Rehbinder (2009) Rn 43–51). Für eine ausführliche empirische Studie über die Entstehung von Sozialnormen aus Gewohnheiten siehe die ebenfalls klassische Darstellung von Sumner (1906). Aus ökonomischer Sicht auf die Unterscheidung zwischen rechtlichen und sozialen Normen, s. Frey/Oberholzer-Gee (1996) S. 207–217, die von extrinsischer bzw. intrinsischer Motivation sprechen.

21 Sie rechnet u. a. die Zeiten des Wartens im Stau, der Autopflege und der für die Autokosten aufgewendeten Arbeit mit ein, s. Seifried (1990).

in ihm Wohlfahrtsziele verfolgt und instrumentiert.²² Das gilt zum Beispiel für die Planung öffentlicher Infrastruktur, die Entwicklungsziele formuliert und Varianten ihrer Umsetzung erwägt. Traditionell stehen bei der Bewertung der Varianten neben dem Grad der Zielerreichung die Kosten für den öffentlichen Haushalt im Vordergrund. Es hat sich aber durchgesetzt, dass auch die Folgen für die Umwelt berücksichtigt und Ziele gegen sie abgewogen werden.²³

Auch in der **Wirtschaft**, für die das Ziel-Mittel-Kalkül besonders charakteristisch ist, werden Mittel mehr und mehr im Hinblick auf Umweltfolgen bewertet. Dies zeigt sich in manchen Codes of Conduct von Unternehmen und Unternehmensverbänden. Während viele transnationale Unternehmen sich nur zu sehr pauschalen Zielen nachhaltigen wirtschaftlichen Verhaltens verpflichten, gibt es manche, die konkretere Vorsätze formulieren. Der schweizerische Chemiekonzern Novartis zum Beispiel versprach in seiner „Policy on Corporate Citizenship“ früher Folgendes:²⁴

„We strive to make efficient use of natural resources and minimize the environmental impacts of our activities and our products over their life cycle. We assess HSE implications to ensure that the benefits of new products, processes and technologies outweigh remaining risks.“

Die Klauseln „make efficient use of natural resources“ und „minimize the environmental impact“ können als ein Ansatz zum Testen von Alternativen verstanden werden. Interessanterweise war das Unternehmen auch dazu bereit, den Nutzen seiner Produkte gegen die verbleibenden Risiken für die Umwelt abzuwägen. Dieses konkrete Versprechen ist inzwischen aber aufgegeben worden. Stattdessen heißt es im sog. Ethikkodex nun recht vage: „Wir werden: die Umweltauswirkungen unserer Aktivitäten und Produkte während ihres gesamten Lebenszyklus durch die Nutzung natürlicher Ressourcen minimieren und unseren CO₂-Ausstoß, Abfall und Wasserverbrauch reduzieren.“²⁵

22 v. Stein (1865, Ausg. 1975) S. 3–73; Mayntz (1978) S. 45–59; Hoffmann-Riem/ Pilniok (2022) § 12.

23 S. mit vielen Beispielen zu Initiativen in transnationalen administrativen Netzwerken und Verbänden Tietje (2000) S. 288–487; Warning (2009) S. 139–176; Dilling/Herberg/Winter (2011).

24 Bis März 2013 zu finden unter http://www.novartis.de/ueber_novartis/soziale_verantwortung/umweltschutz.shtml.

25 Novartis, Unser Ethikkodex. Das Richtige tun, S. 59. https://www.novartis.com/ch-de/sites/novartis_ch/files/novartis-code-of-ethics-de-v4.pdf.

Konkreter aber noch zurückhaltend formuliert das freiwillige „Global Framework on Chemicals“ als target A 7 für gesundheits- oder umweltgefährliche Pflanzenschutzmittel:

„By 2035, stakeholders have taken effective measures to phase out highly hazardous pesticides in agriculture where the risks have not been managed and where safer and affordable alternatives are available, and to promote transition to and make available those alternatives.“²⁶

Etwas anspruchsvoller sind dagegen die **OECD-Leitsätze** für multinationale Unternehmen. Sie wurden zwar von einer staatsbasierten internationalen Organisation aufgestellt, werden von vielen Unternehmen aber als ein Standard der Selbstkontrolle übernommen. Danach sollen Unternehmen:

„Continually seek to improve environmental performance, at the level of the enterprise and, where appropriate, entities with which they have a business relationship, including by:

- a) adopting technologies, where feasible best available technologies, to improve environmental performance;
- b) developing and providing products or services that have no undue environmental impacts; are safe in their intended use; are durable, repairable and can be reused, recycled, or disposed of safely and that are produced in an environmentally sound manner that uses natural resources sustainably, minimises as far as possible energy and material input as well as generation of pollution, greenhouse gas emissions and waste, in particular hazardous waste;“²⁷

„Best available technologies“ verweist auf alternative Technologien. Die Qualitätsanforderungen an Produkte und Dienstleistungen sind auch auf neue Entwicklungen bezogen und damit implizit auf die Erwägung von Alternativen. Allerdings bleibt der Alternativenvergleich recht vage. In der Vorfassung von 2011 war konkreter gefordert, dass Aktivitäten darauf abzielen,

26 Global Framework of Chemicals, Resolution V/1 Annex II, adopted at the 5th International Conference on Chemicals Management (ICCM5), Sept. 2023. <https://www.unep.org/global-framework-chemicals>.

27 OECD (2024) Kap. VI Nr. 5.

„in allen Unternehmensteilen Technologien und Betriebsverfahren einzuführen, die den Umweltstandards des Unternehmensteils mit den diesbezüglich besten Ergebnissen entsprechen.“²⁸

Dies bedeutet, dass die in einem Betrieb genutzte Technologie mit dem **Standard des insoweit bestgerüsteten Betriebs** des gesamten Konzerns zu vergleichen und diesen anzugleichen ist. Der Vergleich der Alternativen erstreckt sich zwar noch nicht auf einen globalen Maßstab bester Technologie, sichert aber immerhin eine Orientierung an den besten Standards des transnationalen Konzerns selbst.

Allerdings sind diese Regeln meistens so formuliert, dass der Verpflichtungscharakter vage bleibt. Die **OECD-Leitsätze** sind ein Beispiel dafür, wenn es dort heißt: „enterprises should conduct their activities in a manner that takes due account of the need to protect the environment“.²⁹ „Should“ und „due account“ sind insoweit schwache Formulierungen. Unternehmenskodizes, die so vage formulieren, tendieren deshalb eher zu green speak als zu einer wirklichen Selbstverpflichtung.

In bestimmten Strömungen der Rechtstheorie wird dagegen optimistischer geurteilt. Die **Systemtheorie** nimmt an, das Wirtschaftssystem sei eine Quelle der Berücksichtigung nicht nur privater, sondern auch öffentlicher Interessen, begründe geradezu einen societal constitutionalism.³⁰ Eine pluralistische Version setzt dabei nicht nur auf die Unternehmen selbst, sondern auch auf den kritischen Druck der Zivilgesellschaft.³¹ Dergleichen ist sicherlich empirisch nachweisbar. Es geht aber zu weit, wenn die Erwartung mit der These radikalisiert wird, es bedürfe deshalb des Staates nicht.³² Denn man fragt etwas ratlos nach der Berücksichtigung öffentlicher Interessen von Unternehmen, die nicht nur akzidentiell sondern strukturell rücksichtslose Kinderarbeit, Ausbeutung von Bodenschätzen, Entwaldung, land grabbing, Steuerhinterziehung, Finanzspekulation, bodenvernichtenden Agrarkapitalismus praktizieren, nicht zu reden von der Nonchalance,

28 OECD (2011) Kap. VI Nr. 6 a).

29 OECD (2024) Kap. VI Chapeau.

30 Teubner (2012) S. 62–70; G.-P. Calliess/ Maurer (2014) S. 1–36.

31 Fischer-Lescano (2005) S. 67–91, auch Teubner (2011) S. 65. Ohne die systemtheoretische Folie, aber mit vielen sozialphilosophischen Bezugnahmen Spießhofer (2017) S. 514–570.

32 Teubner (1997). Dem entsprechend werden auch verfassungsrechtliche Strukturierungen gesellschaftlicher Bereiche für überflüssig, wenn nicht zerstörerisch gehalten. So in Auseinandersetzung mit H. Ridder Teubner (2012) S. 49–55.

mit der sich manche Riesen der Elektronikbranche, der produzierenden und der Finanzwirtschaft kürzlich von Selbstverpflichtungen freierklärt haben.³³ Eine gleiche Skepsis ist angebracht, wenn man von den Konsumenten, also der Nachfrageseite des Wirtschaftssystems, im öffentlichen Interesse der Ressourcenschonung Zurückhaltung erwartet, obwohl sie in den Gewohnheiten und Zwängen des Konsumismus gefangen sind.

Trotzdem sollte das **Potential der Selbstregulierung** im öffentlichen Interesse nicht ignoriert werden. Man muss nur genauer hinschauen, wie sich Verbindlichkeit einstellen kann. Verbindlichkeit kann daraus erwachsen, dass bei den Betroffenen Vertrauen erzeugt wird. Allgemein kann gesagt werden, dass solches Vertrauen umso eher gewonnen wird, je konkreter die Selbstverpflichtung formuliert und je verlässlicher sie von den Akteuren selbst sanktioniert wird. Herberg hat diesen Vorgang rechtssoziologisch wie folgt beschrieben:

„Grob gesagt besteht die Besonderheit von Selbstverpflichtungen – unabhängig davon, in welchem Kontext sie erfolgen – in der Schaffung normativer Fakten und der Erzeugung normativer Erwartungen seitens des Adressaten, die, soweit sie vom Inhalt der Selbstverpflichtung gedeckt sind, als *begründete* Erwartungen gelten können. Die Verhaltenskodizes der Konzerne sind daher nicht einfach ein Mittel der Imagepflege wie jedes andere, sie sind ein spezielles Mittel der Werbung um öffentliches Vertrauen, und zwar, so wie hinzugefügt, unter den Bedingungen erheblicher Legitimations- und Vertrauensprobleme. Die Konzerne wenden sich in dieser Situation unmittelbar an die Öffentlichkeit und legen sich ausdrücklich auf die Durchführung bestimmter Maßnahmen fest – ein kommunikativer Akt, bei welchem gleichsam eine Hypothek auf das verbliebene Grundvertrauen aufgenommen und ein Zustand geschaffen wird, in welchem sich das Unternehmen in besonderem Maße als verantwortungsbewusster Teil der Gesellschaft bewähren muss.“³⁴ (meine Hervorhebung)

33 Über den Stand der Forschung über die Erscheinungsformen und Randbedingungen der „corporate social irresponsibility“ s. Iborra/ Riera (2022).

34 Herberg (2007) S.75 f.; Verbindlichkeit aus Netzwerkbildung beschreibt Dilling (2009) S. 142–145 für Produktnormen.

Wo diese Konkretheit der Versprechen nicht angeboten wird, bleibt staatliche Regulierung der Selbstregulierung unentbehrlich.³⁵

2. Gesetzliche Handlungsdirektiven

Unter **gesetzlichen Handlungsdirektiven** möchte ich durch Gesetz formulierte Erwartungen verstehen, die nicht sanktioniert oder nur mittelbar in regulativen Bezug genommen werden.³⁶

Man kann geradezu von einer Konjunktur solcher Direktiven in der jüngeren Gesetzgebung sprechen. Als Beispiele seien genannt:

- Grundpflichten
- Regeln guter fachliche Praxis
- Umweltmanagement und Auditierung
- Taxonomie nachhaltiger Investitionen

Grundpflichten finden sich z.B. in § 5 BImSchG, wonach neben anderen Anforderungen der Stand der Technik realisiert werden soll, d. h. alternative Techniken erwogen werden müssen. Mit ähnlicher Fragerichtung müssen Abfälle vermieden, nicht zu vermeidende Abfälle verwertet und nicht zu verwertende Abfälle ordnungsmäßig beseitigt werden.³⁷

In solcher Weise Grundpflichten zu statuieren, kann zunächst als eine bloße **Regelungstechnik** angesehen werden: Statt, wie es im Verwaltungsrecht herkömmlich geschieht, das behördliches Handeln anzusprechen und an bestimmte Kriterien zu binden, werden zunächst die Kriterien festgelegt und auf diese dann behördliches Handeln bezogen.³⁸ Zum Beispiel setzt die nach § 6 BImSchG zu erteilende Anlagengenehmigung voraus, dass die in § 5 aufgestellten Grundpflichten erfüllt werden. Doch haben Grundpflichten noch einen **überschießenden Gehalt**. Zum Beispiel läuft die Grundpflicht des § 5 Abs. 1 Satz 2 BImSchG, den Stand der Technik zu verwirklichen, auch nach Genehmigungserteilung ständig weiter. Allerdings, wenn es eine bessere Technik gibt und der Betreiber dies nicht beachtet, wird seine Unterlassung nicht sanktioniert. Aber die Behörde kann dann

35 Zusammenfassend Winter (2005) S. 3–36. S. auch die Beiträge in Dilling/Herberg/Winter (2011).

36 Als Versuch, sich diesem Rechtsmodus zu nähern s. Führ (2003) S. 125–128. Führ spricht von offenen Verhaltenspflichten.

37 Grundpflichten erscheinen auch im Verfassungsrecht. S. dazu näher unten A VIII 1.a).

38 Vgl. etwa das Verhältnis von §§ 5 und 6 BImSchG.

nach § 17 BImSchG nachträgliche Auflagen verhängen. Außerdem können sich haftungsrechtliche Konsequenzen ergeben, wenn die Grundpflicht als Fahrlässigkeitsmaßstab herangezogen wird.

Eine weitere Erscheinungsform der gesetzlichen Handlungsdirektiven sind die „**Grundsätze der guten fachlichen Praxis**“ für die Landwirtschaft³⁹ und die Grundsätze der „guten fachlichen Praxis“ im Pflanzenschutz.⁴⁰ Auch die Grundsätze des Gemeingebrauchs in § 22 WHG können so kategorisiert werden. Als ein Beispiel sei die fachliche Praxis in der Landwirtschaft nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 BNatSchG genannt, der besagt:

„die natürliche Ausstattung der Fläche (Boden, Wasser, Flora, Fauna) darf nicht über das zur Erzielung eines nachhaltigen Ertrages erforderliche Maß hinaus beeinträchtigt werden.“

Hier wird die natürliche Ausstattung der Fläche als Basislinie formuliert, das Ernteziel wird auf das „erforderliche Maß“ relativiert, und das „erforderlich“ fragt nach möglichst umweltfreundlichen Alternativen.

Grenzen für ein freiwilliges Engagement ergeben sich aus den Konkurrenzbedingungen, in denen ein Unternehmen steht, und der Produktnachfrage, wenn sie die ökologische Dimension des Angebots nicht honoriert. Ein Weg, in einem Streich zugleich die Nachfrageseite aufzuklären und dem ökologisch Fortgeschrittenen Konkurrenzvorteile zu verschaffen, ist das **Environmental Management and Audit System (EMAS)**.⁴¹ Es informiert durch ein Label, die Zertifizierung und die Registrierung eines Unternehmens⁴² die Konkurrenten und Kunden über dessen umweltbezogenes Verhalten. Indem die Unternehmen einerseits frei sind, das System anzuwenden oder nicht, andererseits aber, wenn sie es anwenden, einem Regelungssystem unterworfen werden, ist EMAS ein interessantes Beispiel des Modus einer Regulierung der Selbstregulierung.⁴³

Ein Blick auf die Rolle von Alternativen- und Zielprüfungen innerhalb des EMAS zeigt, dass die Organisation sich ihre Ziele zwar autonom setzen

39 Über die Bedeutung der guten Praxis für behördliche Entscheidungen s. BVerwG v. 1.9.2016, 4 V 4.15 (Umbruch einer Grünlandfläche), BVerwGE 156, 94 (Rn 17–22).

40 § 3 Abs. 1 PflSchG.

41 Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung, ABL L 342/2009 S. 1, i.d.F. VO (EU) 2023/1199 v. 21.6.2023, ABL L 159/2023 S. 1 (EMAS-VO).

42 Adressaten sind Organisation in einem weiteren Sinn. Private Unternehmen gehören dazu und werden im vorliegenden Zusammenhang allein behandelt.

43 S. dazu näher Lübke-Wolff (1994) S. 370; Köck (1995) S. 648.

kann, dass aber Alternativen in verschiedener Weise zu entwickeln und in regelmäßigen Umwelterklärungen auch bekannt zu machen sind. So umfasst die Umwelterklärung:

- „c) Beschreibung aller bedeutenden direkten und indirekten Umweltaspekte, die zu bedeutenden Umweltauswirkungen der Organisation führen, kurze Beschreibung des Vorgehens bei der Festlegung ihrer Bedeutung und Erklärung der Art der auf diese Umweltaspekte bezogenen Auswirkungen;
- d) Beschreibung der Umweltzielsetzungen und -einzelziele im Zusammenhang mit den bedeutenden Umweltaspekten und -auswirkungen;
- e) Beschreibung der durchgeführten und geplanten Maßnahmen zur Verbesserung der Umweltleistung, zur Erreichung der Ziele und Einzelziele und zur Gewährleistung der Einhaltung der rechtlichen Verpflichtungen im Umweltbereich.

Sofern verfügbar, sollte auf die einschlägigen bewährten Umweltmanagementpraktiken in den branchenspezifischen Referenzdokumenten gemäß Artikel 46 verwiesen werden;⁴⁴

Die „Umweltzielsetzungen und -einzelziele“ sind in der Terminologie der öV als Komponente der Alternativen von Umwelteingriffen einzuordnen. Sie sind nicht zu verwechseln mit den Zielen der Produktion. Diese sind auf Steigerung der gesellschaftlichen Wohlfahrt einschließlich Profitabilität von Unternehmen gerichtet und dienen als Bezugspunkt für Abwägungen mit Umwelteingriffen durch die Produktion selbst. Relevant ist besonders Buchstabe e) insofern, als geplante Maßnahmen zur Verbesserung der Umweltleistung beschrieben werden müssen. Das setzt einen Vergleich mit bereits durchgeführten Maßnahmen voraus und verlangt verbesserte Alternativen. Bemerkenswert ist auch der Hinweis auf einen Vergleich mit allgemeinen branchenspezifischen Umweltmanagementpraktiken, die in Referenzdokumenten zusammengestellt werden.

In ähnlicher Weise zielt die sog. **Taxonomieverordnung** auf eine Suche nach umweltfreundlichen Alternativen.⁴⁵ Sie dient der Umlenkung von Finanzkapital in nachhaltige Wirtschaftstätigkeiten. Nach ihrer Definition leistet eine Wirtschaftstätigkeit „einen wesentlichen Beitrag zur Vermeidung

44 EMAS-Verordnung Anhang IV B.

45 Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen [...], Abl. L 198 vom 22.6.2020, S. 13–43.

und Verminderung der Umweltverschmutzung“ durch „Vermeidung oder, sofern nicht durchführbar, Verringerung von Emissionen [...] in Luft, Wasser oder Boden“.⁴⁶ Das Produktionsziel wird allerdings auch hier nicht unter Rechtsfertigungsanforderung gestellt. Immerhin wird es aber in Betracht gezogen, wenn eine „erhebliche Beeinträchtigung“ eines Umweltzieles zu prüfen ist. Dann sind die Umweltauswirkungen nicht nur der Produktion, sondern auch der „durch diese Tätigkeit hergestellten Produkte und Dienstleistungen während ihres gesamten Lebenszyklus zu berücksichtigen“.⁴⁷

3. Rechtsverbindliche öV unterschiedlicher Regelungsdichte

Wie beschrieben, gibt es eine Fülle von **rechtlichen Regelungen**, die in unterschiedlicher Weise die öV ausgestalten. Welches sind ihre Charakteristika, wenn man sie als Formen der staatlichen Intervention in Wirtschaft und Gesellschaft ansieht? Vier Modelle kann man unterscheiden, nämlich das liberale (a), das interventionistische (b), das gubernative (c) und das eigenwirtschaftliche (d) Modell. Es handelt sich dabei um eine Typisierung, die Übergänge und Mischformen nicht ausschließt.

a) Liberales Modell

Der klassische Ansatz des liberalen Staates besteht darin, der privaten Tätigkeit nur eine **äußere Grenze** zu setzen, die das nicht übersteigbare Schutzniveau der Umwelt markiert. Die Zielsetzung und die Auswahl der Mittel stehen im Ermessen des Vorhabenträgers. Ein Beispiel: der Betreiber zielt auf die Herstellung und Vermarktung von Textilien und wählt als Mittel bestimmte Herstellungsverfahren, den Bau einer Anlage, den Standort X, etc. Er sucht aus den Varianten diejenige aus, die sein Ziel in effizienter Weise verwirklicht. Zugleich wird er die rechtlichen Rahmenbedingungen beachten, wie das Baurecht für Bau und Betrieb der Anlage und das Wirtschaftsverwaltungsrecht für die Vermarktung der Produkte, und er wird diejenigen Varianten ausschließen, welche die Bedingungen nicht erfüllen. Nur die schließlich von ihm selbst ausgesuchte Zielsetzung

46 Art. 14 VO (EU) 2020/852.

47 Art. 17 (2) VO (EU) 2020/852.

und Mittelvariante legt er zur behördlichen Prüfung vor. Diese Prüfung richtet sich nach **Kriterien**, die **begrifflich relativ eindeutig** und der Anzahl nach begrenzt sind, wie insbesondere das Gebot der Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen. Man kann sie auch als Stoppregeln oder Ausschlusskriterien bezeichnen.⁴⁸ Die behördliche Prüfung ergibt, ob das Vorhaben mit den rechtlichen Anforderungen vereinbar ist oder nicht. Dem Genehmigungsantrag wird dementsprechend – meist mit Auflagen, die die Einhaltung des rechtlichen Rahmens absichern – stattgegeben, oder er wird zurückgewiesen. Hinzu kommen Sanktionen in „horizontalen“ **Privatrechtsverhältnissen**, so, wenn Drittbetroffene Ansprüche auf Haftung wegen unerlaubter Handlung oder auf Abwehr von Eigentumsstörungen geltend machen. Kurz gefasst ist das liberale Konzept charakterisiert durch:

- Schutzniveau wenig anspruchsvoll
- privat bestimmte Zielsetzung
- privat bestimmte Mittelwahl
- Subsumtion unter eindeutige Kriterien
- behördliche Prüfung der Vorschriftsmäßigkeit des Vorhabens
- privatrechtliche Ansprüche Dritter auf Haftung und Störungsabwehr

b) Interventionistisches Modell

Im interventionistischen Modell nimmt wegen erhöhter Relevanz des Umweltschutzes die Anzahl der rechtlichen Kontrollkriterien zu. Neben die Stoppregel der Gefahrvermeidung treten die Gebote der **Vorsorge**, der Reststoffvermeidung und -verwertung, der Abwärmenutzung etc. Das Niveau des Umweltschutzes wird dadurch höher gelegt. Manche Kriterien, wie z.B. das Vorsorgegebot, können nicht mehr auf eine klare Grenze des Tolerablen verweisen, sondern geben nur eine Richtung vor, in die sich der Betreiber bewegen soll. Sie sind deshalb vage formuliert und eröffnen **Spielräume der Interpretation und Subsumtion**.

Umweltschutzkriterien können in ein **Spannungsverhältnis** zu anderen Kriterien, z.B. solche des Gesundheitsschutzes, treten. So drängt das Gebot, Eingriffe in Natur und Landschaft zu vermeiden, Vorhaben eher in bewohnte Gebiete, während das Gebot der Vorsorge gegen Lärmimmissionen eher für den Außenbereich spricht. Demzufolge müssen die Kriterien so flexibel verstanden werden, dass sie miteinander abgewogen und das je-

48 Vgl. Ladeur (1995) S. 18, 145.

weilige Maß ihrer Betroffenheit untereinander verschoben und koordiniert werden kann.

Zu diesem sog. Abwägungsgebot tritt das Gebot hinzu, Vorhabenalternativen und Zielsetzungen zu prüfen. Dadurch verkompliziert sich scheinbar das Kriteriengerüst. Tatsächlich kann sich dadurch aber eine einfachere Lösung der bestehenden Konflikte ergeben.

Die behördliche Kontrolle besitzt Beurteilungs- und Ermessensspielräume und kann stärker in interne Entscheidungsräume einwirken, beschränkt sich u. U. aber auf eine nachvollziehende Prüfung. Privatrechtliche Haftungs- und Abwehransprüche bestehen fort, ihre Geltendmachung wird aber erschwert, wenn Verstöße nicht nur gegen äußere konkrete Pflichten, sondern auch gegen eher vage Abwägungsgebote behauptet werden.

Zwei Versionen der interventionistischen Variante lassen sich typisierend unterscheiden, und zwar eine gemäßigte und eine stärkere.

aa) Gemäßigt interventionistisches Modell

Die gemäßigte Version besteht darin, dass dem Vorhabenträger zwar vorgeschrieben wird, die Zielsetzung und Alternativenwahl zu prüfen, die Auswahl des Ziels und der beantragten Variante aber von ihm getroffen wird. Die zuständige Kontrollbehörde kann eigene Varianten und Ziele einbringen und etwa im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung auch erörtern lassen, um so den Vorhabenträger für sich zu gewinnen. Sie ist aber auf die Übernahme durch den Vorhabenträger angewiesen. Ein Beispiel dafür ist die Umweltverträglichkeitsprüfung.⁴⁹

Das Modell lässt sich wie folgt kennzeichnen:

- hohes Schutzniveau
- privat bestimmte Zielsetzung
- privat bestimmte Alternativenwahl
- erweiterter Katalog von normativen Vorgaben
- Abwägung im Rahmen offener, konfligierender Kriterien
- behördliche Feststellung der Vorschriftsmäßigkeit und der Ausgewogenheit der beantragten Vorhabenvariante
- privatrechtliche Haftungs- und Abwehransprüche bei Abwägungsspielräumen erschwert

49 S. näher unten zu B I.

bb) Stark interventionistisches Modell

In einer stärker interventionistischen Variante rücken Zielsetzung und Alternativenwahl in das Feld rechtlicher Gebote. Damit wird auf besonders gefährliche Situationen reagiert, sei es weil das betroffene Schutzgut besonders wertvoll und gefährdet ist, sei es, weil das Vorhaben intrinsisch hoch gefährlich ist. Der Betreiber muss dann zeigen, welche Ziele er sich gesetzt und welche Alternativen er in Betracht gezogen hat, und er muss seine **Auswahl begründen**. Die Behörde kann auch **eigene Alternativen** einbringen und für vorzugswürdig erklären. Desgleichen kann sie die Zielsetzung des Vorhabenträgers als nicht rechtfertigungsfähig ansehen. Zum Beispiel werden, wie gezeigt, bei Vorhaben in Natura 2000-Gebieten nur solche Ziele akzeptiert, die im **überwiegenden öffentlichen Interesse** stehen, oder nur solche Alternativen, die die Kohärenz des Gebietes nicht beeinträchtigen. Im Ergebnis kann die Kontrollbehörde die vom Betreiber vorgelegte Variante zurückweisen; sie kann ihn nach wie vor aber nicht verpflichten, eine andere Variante zu verwirklichen. Die Entscheidung über den Antrag bezieht sich also – positiv oder negativ – nur auf die beantragte Variante. Dabei kann das beantragte Vorhaben auch durch Auflagen zur Genehmigung in einzelnen Beziehungen umgestaltet werden, zum Beispiel, indem die Gebäudeanordnung verändert oder ein Lärmschutzwall angeordnet wird.

Die Charakteristika des stark interventionistischen Konzepte sind:

- sehr hohes Schutzniveau
- privat vorgeschlagene aber behördlich überprüfte Zielsetzung
- privat vorgeschlagene aber behördlich ergänzte Alternativenwahl
- erweiterter Katalog von normativen Vorgaben
- Abwägung im Rahmen offener, konfligierender Kriterien
- behördliche Feststellung der Vorschriftsmäßigkeit und der Ausgewogenheit der beantragten und anderer Varianten
- privatrechtliche Haftungs- und Abwehransprüche bei Abwägungsspielräumen erschwert

c) Gubernative Modelle

Solche Modelle kommen zum Zuge, wenn die Umweltgüter besonders knapp oder besonders gefährdet werden. Dann kommen drei Varianten

zum Zuge: – negativ – der **Ausstieg** aus bestimmten schädlichen Umwelt-nutzungen, – konservativ – die dauerhaft tragbare **Bewirtschaftung** einer Ressource und – aktiv – der **Einstieg** in umweltverträglichere Nutzungen.

aa) Ausstieg aus bestimmten Nutzungen

Die Nutzung der Ressource wird sukzessive immer weiter begrenzt. Es werden nun Nutzungsrechte zugeteilt, dies aber oft in abnehmender Höhe und nach immer restriktiveren Kriterien. Das Modell zielt auf den Ausstieg aus Produktionsweisen (wie z.B. der **Kohleverstromung**), die an sich traditionellen Umweltschutzkriterien entsprechen, aber unter hinzukommenden Umweltgesichtspunkten, nämlich dem Klimaschutz, als schädlich angesehen werden. Unter dem Gesichtspunkt der öV werden also bestimmte Varianten ausgeschieden. Die Zielsetzung der Unternehmen, Strom zu produzieren, bleibt unberührt, aber unerwünschte Alternativen, wie die Kohle-verstromung, werden abgeschnitten.

Die Merkmale dieses Modells sind kurz gefasst die folgenden:

- sehr hohes Schutzniveau
- Ausscheidung von unerwünschten Alternativen
- autonome Zielsetzung, aber sukzessive Unrentabilität

bb) Bewirtschaftung

Die Nutzung der Ressource wird auf ein tragbares Niveau begrenzt und auf diesem gehalten. Ein Beispiel ist das **Fischereirecht**, auf Grund dessen nur so viele Fangquoten zugeteilt werden, wie der befischte Bestand über seine eigene Reproduktion hinaus ermöglicht. Ein anderes Beispiel: das **Klimarecht**, auf dessen Grundlage die Treibhausgasemissionen (bisher vergeblich) auf eine Menge reduziert werden sollen, die durch Senken absorbiert werden kann. Hier werden bestimmte Alternativen – der Befischung bzw. der Emissionen – nicht ausgeschieden, sondern auf einem tragbaren Niveau gehalten, während die Zielsetzung autonom bleibt. Die Merkmale sind:

- sehr hohes Schutzniveau
- Begrenzung von Alternativen
- autonome Zielsetzung, aber Ertragseinbußen

cc) Anschub alternativer Vorhaben

Bestimmte Varianten werden in diesem Konzept in spezifischer Weise gefördert, wie etwa durch Ausweisung von Eignungsflächen, Subventionen, Freistellung von ordnungsrechtlichen Anforderungen, Priorisierung im Rahmen von Abwägungsgeboten, Bevorzugung bei öffentlichen Ausschreibungen etc. Ein aktuelles Beispiel ist die Förderung von Vorhaben der Erzeugung **erneuerbarer Energien**.⁵⁰

Besonders virulent bei Anschüben von Vorhaben erneuerbarer Energie ist die Entstehung von **innerökologischen Konflikten**, so vor allem zwischen Klimaschutz einerseits und Schutz des Naturhaushalts andererseits. Dementsprechend wird das Umweltschutzniveau hinsichtlich der geförderten Komponenten, nämlich Klimaschutz durch den Ausbau von Windenergie, angehoben, hinsichtlich anderer Komponenten wie des Artenschutzes aber abgesenkt.⁵¹

Unter Gesichtspunkten der öV ist das Anschubmodell dadurch charakterisiert, dass eine bestimmte **Zielsetzung verbindlich vorgeschrieben** wird und die zulässigen **Vorhabenvarianten** auf bestimmte erwünschte Varianten **verengt** werden. Die Komponenten dieses Modells sind die Folgenden:

- teilweise Anhebung und teilweise Absenkung des Umweltschutzniveaus
- behördliche Zielsetzung
- Alternativenwahl verengt auf erwünschte Varianten

d) Eigenvornahme der öffentlichen Hand

Während die bisher genannten Modelle private Vorhabenträger unterstellen, gibt es daneben die Durchführung von Vorhaben durch die öffentliche Hand selbst. Sie ist jedoch keineswegs eine Steigerungsstufe der privat

50 S. näher unten B VIII.

51 S. dazu näher am Beispiel Stromleitungsbau unten zu B IV. 9. sowie am Beispiel der Förderung erneuerbarer Energieanlagen unten zu B VIII.

basierten Modelle, sondern beruht auf einer eigenen langen Tradition der **Daseinsvorsorge** der kommunalen und staatlichen Verwaltung. Dabei empfiehlt es sich, zwischen der agierenden, der planenden und der kontrollierenden Verwaltung zu unterscheiden.⁵² Bezogen auf die agierende Verwaltung hat sich ebenfalls die öV durchgesetzt, wobei konsequenterweise die Alternativenwahl und Zielsetzung in öffentlicher Hand liegt, aber von der planenden und kontrollierenden Verwaltung eingerahmt wird. Die Komponenten dieses Modells sind:

- sektoral variables Schutzniveaus
- Alternativenwahl durch die vorhabenbetreibende Verwaltung
- Zielbestimmung durch die vorhabenbetreibende Verwaltung
- Gestaltung und Überprüfung durch die planende und kontrollierende Verwaltung

4. Rechtsgrundsatz und Sozialmodell?

Überblickt man noch einmal alle Varianten der öV, die sich gesetzlich niedergeschlagen haben, kann man sie als einen – werdenden – Rechtsgrundsatz⁵³ auffassen. Dabei übernehme ich nicht die Nomenklatur Robert Alexy's, die zwischen Regeln als geschlossene und Prinzipien als abwägbar, auf Optimierung gerichtete Normen unterscheidet.⁵⁴ Tatsächlich gibt es ja Prinzipien, die unabwägbar sind und solche, die nicht auf Optimierung zielen.⁵⁵ Andererseits gibt es Regeln, die die Abwägung konfligierender (alltäglicher, nicht prinzipieller) Belange vorsehen. Einfacher und traditioneller gesehen haben **Prinzipien** die Funktion, einen variantenreichen Bestand von konkreten Normen in seiner Gesamtheit zu charakterisieren und zugleich entwicklungsfähig zu halten.⁵⁶ Sie können durchaus auch Abwägungen zwischen konfligierenden Prinzipien in sich enthalten. Das ist namentlich für die öV der Fall, die als wesentlich Komponente eine Abwägung zwischen Umweltbelangen und Wohlfahrtszielen vorsieht.

52 Dazu näher unten zu A VI 3. und 4.

53 Beide Ausdrücke sind synonym.

54 Alexy (1994) S. 75 f.

55 Poscher (2010) S. 370–372.

56 Esser (1964) S. 1–27, 93–100; Verschuuren (2003) S. 38–41. Das dynamische, als „proto-rechtlich“ bezeichnete Anregungspotential von Prinzipien betonen Winter (2018) S. 586 f. und Markus (2021) S. 102 ff.

Während damit der Rechtsstatus qualifiziert wird, bietet sich für eine inhaltliche Betrachtung die Kategorie des **Sozialmodells** an. Mit diesem sind allgemeine Praktiken, Werthaltungen und Sozialnormen gemeint, die sich in bestimmten Entwicklungsphasen von Gesellschaften herausbilden und in das Recht einwandern, aber vom Recht auch mitgeformt werden.⁵⁷ Bisher vorherrschend ist der Diskurs über den Übergang vom rechtsstaatlichen zum sozialstaatlichen Sozialmodell. Die öV signalisiert demgegenüber dessen ökologische Prägung, oder ist Ausdruck eines umweltstaatlichen⁵⁸ – oder besser umweltgesellschaftlichen – Sozialmodells. Eine solche Prägung gab es schon früher, sie hat sich aber in spezifischer Weise gewandelt. Während früher Umweltschutz – dem Begriff durchaus entsprechend – als äußere Grenze persönlichen und unternehmerischen Verhaltens gesetzt wurde, wird er nun intrinsisch in die Entscheidungsbildung integriert.

III. Begrifflichkeit und Rationalitätspotentiale der Alternativen- und Zielprüfung

Vor einer näheren Analyse der Komponenten der öV mag eine eher abstrakte Betrachtung Aufschlüsse darüber vermitteln, welches Potential vernünftiger Entscheidungsbildung die Alternativen- und Zielprüfung besitzt (2.). Vorab empfiehlt sich eine begriffliche Klärung (1.).

1. Begriffsbildung

Das klassische Latein kannte das Wort *alternativus* nicht, war aber mit *alternus* (abwechselnd) und *alternare* (wechseln, abwechseln)⁵⁹ Ursprung des französischen *alterner*, aus dem sich *alternatif* (abwechselnd) und *l'alternative* (Wechsel, Wahl zwischen zwei Möglichkeiten) ableiten. Hieraus wurde wiederum die deutsche *Alternative* entlehnt.⁶⁰

„Alternative“ bedeutet hiernach ursprünglich, dass **zwei Sachverhalte zusammen eine Alternative** darstellen, die somit das aufeinander Bezügliche, die Relation von zwei Möglichkeiten ausdrückt. Die beiden Varianten können um weitere ergänzt werden, doch handelt es sich dann nicht mehr

57 Wieacker (1953) 18; Wieacker (1967) S. 620–625; Singer (2010) *passim*.

58 Grundlegend für das Umweltstaatsmodell Chr. Calliess (2002) S. 30–35 und *passim*.

59 Haas/v. Kienle (1952) Wörter *alternus*, *alternare*.

60 Duden (2024) Wort *Alternative*.

um eine Alternative. Mit ihr ist gedacht, dass nur zwei Möglichkeiten angesprochen werden.

In den siebziger Jahren hat die „Alternative“ dagegen eine weitere Bedeutung gewonnen. Sie bezeichnete nun nicht mehr nur eine Denkform, sondern etwas Inhaltliches. Im rechtswissenschaftlichen Kontext wurde über **„Alternativen zum Recht und Alternativen im Recht“** nachgedacht.⁶¹ Diese verweisen auf Normen und Verhaltensmuster, die sich von herkömmlichen Merkmalen des Rechts durch Informalität, Verhandlung, Kooperation etc. auszeichnen. Darin spiegelt sich die zeitgleiche Suche nach „alternativen“ Lebens- und Wirtschaftsweisen. In diesem Rahmen wird meist pluralisch von mehreren Alternativen gesprochen, die dann nichts anderes als „andere Möglichkeiten“ oder „Varianten“ sind. Ein Appell zum Vergleich ist darin zwar noch mitgedacht, aber das Verbindende der singularischen Alternative, die Beschränkung auf zwei Möglichkeiten, ist aufgegeben.

Eine dritte Bedeutung – diejenige, die hier im Vordergrund stehen soll – findet sich in solchem Recht, das nicht lediglich auf vorgegebene Sachverhalte, diese ggf. „alternativ“ ausgestaltend, reagiert, sondern nach optimalen Lösungen sucht. Solches Recht hat weniger den Charakter von Konditional- als den von Zweckprogrammen und findet sich eher im Verwaltungsrecht als im Privatrecht, weil letzteres die Alternativen prinzipiell der privaten Entscheidung überlässt.

Bezugspunkt ist die Situation, dass jemand sich ein Ziel vornimmt und verschiedene Varianten der Zielerreichung in Betracht zieht. Anders als im oben genannten Zusammenhang des sachlich Andersartigen fehlt hier der inhaltliche Fokus; vielmehr ist dieser offen. Und anders als im strengen methodologischen Zusammenhang verliert der Ausdruck seinen Bezug auf das Verbindende der zu vergleichenden Sachverhalte und bezeichnet nun einfach diese Sachverhalte selbst: eine Alternative ist schlicht eine **Variante**, Version, Lösungsmöglichkeit, also eine der beiden (oder mehreren) Sachverhalte, nicht ihre Relation. Und dennoch weist dieser neue Begriff – ebenso wie der der Variante, Version oder Lösungsmöglichkeit – auf etwas Gemeinsames der jeweils betrachteten Sachverhalte hin. Dieses ist sogar mehr als das abstrakte Erkennen des einen durch Vergleich mit dem anderen, welches der Methodologie eigen ist. Das Gemeinsame ist das Problem, das zu lösen ist, das Ziel, auf das hin alle Alternativen gerichtet sind, oder auch eine Grundform, die sich in Spielformen variieren lässt.

61 Überschrift eines Kapitels mit einer Anzahl einschlägiger Beiträge in Voigt (1983) S. 116–195.

2. Rationalitätspotential

Es ist auffällig, dass Gesetzgeber und Gerichte, wann immer sie darauf verfallen, die Alternativenprüfung oder gar eine Zielprüfung als geboten anzusehen, keine oder nur eine recht lakonische Begründung dafür zu geben pflegen. In der Judikative hat das BVerwG wohl erstmals 1974 eine Alternativenprüfung gefordert. Es hat dies schlicht als Komponente des Gebots gerechter Abwägung aller Belange angesehen. Ein Verstoß könne darin liegen, dass

„die Planungsbehörde eine von der Sache her naheliegende Alternativlösung verworfen hat, durch die die mit der Planung angestrebten Ziele unter geringeren Opfern an entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Belangen hätten verwirklicht werden können.“⁶²

Zur Alternativenprüfung bei der Zulassung von Pflanzenschutzmitteln, die das BVerwG noch vor der späteren Harmonisierung auf EU-Ebene forderte, statuiert das Gericht nur, dass jene stattzufinden habe, enthebt sich aber jeglicher Begründung.⁶³

Ähnlich verhält es sich mit der Pflicht, für eine UVP eine Übersicht über die vom Betreiber geprüften Vorhabenalternativen vorzulegen.⁶⁴ Die Begründung zum Entwurf des UVPG enthält nur den knappen Hinweis, dass das Gesetz diese Pflicht enthalte, mehr nicht.⁶⁵ Immerhin wird zu der dem UVPG zugrundeliegenden Vorschrift in der UVP-Richtlinie⁶⁶ die Erläuterung gegeben, dass den Angaben über die anderen Lösungsmöglichkeiten besondere Bedeutung zukomme,

„da sie die zuständige Behörde und die übrigen Verwaltungsbehörden und die Öffentlichkeit, die möglicherweise angehört wurden, in die Lage versetzen sollen, eine Entscheidung zu treffen, die den bestmöglichen Kompromiss zwischen Umweltüberlegungen und den übrigen

62 BVerwG v. 22.3.1985, 4 C 15.83 (B 16), BVerwGE 71, 166 (171 f.). Das Abwägungsgebot selbst hatte das Gericht „aus dem Wesen einer rechtsstaatlichen Planung“ abgeleitet und seine ursprüngliche Entwicklung für das Bauplanungsrecht „ohne weiteres“ auf die straßenrechtliche Planung übertragen, s. BVerwG v. 14.2.1979, IV C 21.54 (B 42) BVerwGE 48, 56 (63).

63 BVerwG v. 10.11.1988, 3 C 19.87 (Paraquat) BVerwGE 81, 12 (17).

64 § 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 UVPG a.F.

65 BT-Drucksache 11/3919 S. 24, zu § 6.

66 Anhang III Nr. 2.

ökonomischen und sozialen Interessen bei einem bestimmten Vorhaben darstellen“.⁶⁷

In der Tat legt die Sache – das Abwägen kontroverser Belange – nahe, dass ein **Alternativenvergleich** die Vernünftigkeit der Entscheidung steigert.⁶⁸ Insofern ist die richterrechtliche Erfindung bereits des Abwägungsgebots, aber auch seiner Weiterentwicklung zum Alternativenvergleich und zur Zielprüfung ein Beispiel für die schöpferische Leistung der Rechtsprechung.⁶⁹ Sie ist nicht Ableitung aus vorhandenem Gesetzesrecht, sondern **aus dem Sachproblem selbst geschöpft**. Josef Esser hat dies auf den Punkt gebracht:

„Die Prinzipien der Wertung und Ordnung, die die Praxis entwickelt, erdenkt oder angeblich aus dem Gesetz extrahiert – nehmen wir z.B. das „Vertrauensprinzip“ – sind jeweils an einer bestimmten Problematik entdeckt und bewährt, und das Problem, nicht das „System“ im rationalen Sinne, bleibt auch das Zentrum juristischen Denkens.“⁷⁰

Das Problem, das mit der Alternativen- und Zielprüfung oder allgemeiner der öV gelöst werden kann, lässt sich weiter eruieren. Dabei kann man zwei größere Zusammenhänge unterscheiden, in denen auf das Ersinnen und Vergleichen von Alternativen gedrungen wird. Der erste Zusammenhang ist der der Methodologie im allgemeinen Sinn, d. h. der Lehre von den gedanklichen Wegen und Zielen. Hier geht es um Rationalitätsgewinne oder, einfacher ausgedrückt, Vernunft durch Strukturierung des Denkens, Umgang mit Ungewissheit, Innovation durch Erzeugung von Einfällen, Reduktion von Komplexität und, da letztlich auch rechtliche Entscheidungen beeinflusst werden, Verortung in der juristischen Methodenlehre (a). Der zweite Zusammenhang ist substantieller Natur. Hier geht es um Rationalitätsgewinne (Vernunft) dadurch, dass man sich in die Sache selbst hineindenkt und in ihr Variationen entdeckt oder ausbildet (b).

67 Erläuterung zu Anhang 3 i. d. F. des Vorschlags der Kommission v. 11.6.1980, Kom (80) 313 endg., auch abgedruckt bei Cupei (1986) S. 315 f.

68 Ich habe das damalige Senatsmitglied und den späteren BVerwG-Präsidenten Horst Sendler gefragt, wie das Gericht auf die Abwägungsformel gekommen sei. Er antwortete knapp und klar: Sie sei selbstverständlich, weil sie jedem vernünftigen Handeln zu Grunde liege.

69 Nachgezeichnet von Schlarmann (1991) S. 48–56.

70 Esser (1964) S. 6.; ähnlich, mit Betonung auf den Zweck als „Rechtsbildungselement“ Fikentscher (1977) S. 320–323.

a) Vernunft durch Strukturierung des Denkens

In einem sehr allgemeinen Sinn ermöglicht das Betrachten von Alternativen, einen Sachverhalt dadurch schärfer zu erfassen und angemessen zu bewerten, dass er mit einem anderen Sachverhalt verglichen wird. Ein solches Denken in Alternativen ist **relational**, es erkennt und beurteilt durch Herstellung von Bezügen.⁷¹ Darin unterscheidet es sich von einem Denken in absoluten Kategorien. Seine Antworten bestehen aus einem „anders als“ oder „mehr als/weniger als“, nicht aus einem binären „ja/nein“. Dieser Gewinn an Rationalität zeigt sich in der Entscheidungstheorie (a), dem Umgang mit Ungewissheit (b) und der juristischen Methodenlehre (c).

aa) Entscheidungstheorie

Wie bereits früher erwähnt, können Entscheidungen, gleich welcher Akteure, als Ergebnis eines Prozesses rekonstruiert werden, in dem der Akteur sich ein Ziel setzt und verschiedene Mittel vergleicht, mit denen das Ziel mehr oder weniger perfekt erreicht werden kann.⁷² Ein solcher Alternativenvergleich ist auch dann noch (und erst recht) hilfreich, wenn die Mittel Nebenfolgen haben, die andere Kriterien verletzen, so insbesondere, wenn sie durch Abgabe von Schadstoffen Kosten externalisieren.

Ein Beispiel für derartige Entscheidungsprozesse ist die unternehmerische **Produktentwicklung**. Die normativen Konzepte, in die die Produktplanung von der neoklassischen Betriebswirtschaftslehre gefasst wird⁷³, sehen regelmäßig vor, dass die Behauptung und Verbesserung der Markstellung als Ziel angenommen wird, und dass bei der Produktplanung

71 Vgl. N. Luhmanns Sentenz, dass Wissenschaft „die Welt durch Unterscheidung anschnidet“ unter Verweis auf die „Ausgangsanzweisung“ Spencer Browns: „draw a distinction“ (Luhmann (1993) S. 302).

72 Die klassische Beschreibung eines solchen rationalen Entscheidens findet sich bei Simon (1997) S. 72–86. Dabei ist zu beachten, dass er mit seinem Konzept der bounded rationality „optimale“ Modelle für illusorisch hält und stattdessen realitätsnähere „satisfactory“ Modelle entwickelt. Dazu Simon (1997) S. 92–117; Simon (2008) S. 68–74.

73 Vgl. Goodwin/Nelson/Ackerman/Weisskopf (2009) S. 49 f. Tatsächlich ist sie wohl, abgesehen von den Randbedingungen der bounded rationality, eher durch managerielle Intuition und organisationsinterne Mikropolitik geprägt, aber normative betriebswirtschaftliche Entwürfe werden immer in Spannung zur Realität stehen. Über abgehobene und realitätsnahe Konzepte s. Mintzberg (1994) S. 323 ff.

zunächst möglichst viele Produktideen (= Alternativen) zu generieren sind, aus denen in einem ersten Schritt über ein grobes Bewertungssystem einige wenige herausgefiltert werden, die in einem zweiten Schritt einem verfeinerten Bewertungsraster unterworfen werden, wobei das sich zunehmend als Favorit herausstellende Produkt zugleich im Detail laufend umgearbeitet wird.

Das Bewertungssystem berücksichtigt lange Zeit nur Herstell-, Vertriebs-, Entwicklungs-, Finanz- und Kostenaspekte,⁷⁴ also Aspekte, die **das unmittelbare wirtschaftliche Interesse** des Unternehmens reflektieren. Seit den achtziger Jahren werden zusätzlich Checklisten im **Umweltinteresse** empfohlen⁷⁵ und weitergehend Erörterungen darüber angestellt, ob Umweltorientierung nicht sogar in das Zielsystem des Unternehmens aufgenommen werden kann, statt nur unter dem Aspekt der Nebenfolgen gewürdigt zu werden.⁷⁶

Unabhängig davon, ob und wie die beschriebenen Entscheidungstechniken einer rechtlichen Kontrolle unterworfen werden sollen oder der privaten Disposition überlassen werden können, dürfte die Projektion der Alternativen- und Zielprüfung auf den entscheidungstheoretischen Hintergrund deutlich machen, dass sie einen Rationalitätsgewinn darstellt, weil sie die **vorzeitige Festlegung** auf eine Variante vermeidet und zur **Suche nach besseren Lösungen** auffordert.

Die Zusammenstellung von Alternativen hängt sehr von der **Bestimmung des Zieles** ab.⁷⁷ Je umfassender das Ziel, desto breiter die in Betracht kommenden Alternativen seiner Verwirklichung. Das umfassende Ziel kann in alternative konkretere Ziele übersetzt werden, zwischen denen auszuwählen ist.⁷⁸ Dies kann auch gestuft erfolgen, indem ein umfassendes Ziel mit umfassenden Alternativen zu einem spezifischen Ziel mit spezifischen Alternativen konkretisiert wird.

Schließlich dient der Klarheit der Operation die Unterscheidung zwischen **Randbedingungen** oder **Prämissen**, die teils durch frühere Entscheidungen festgelegt und von der aktuellen Entscheidung nicht (jedenfalls nicht ohne besonderen Anlass) in Frage gestellt werden, und ande-

74 Kramer/ Appelt (1974) S. 16, 149, 158; Jaspersen (1995) S. 86 ff.

75 Als Pionier s. Georg Winter (1998) S. 146 f.; Rubik (2002) 21–28.

76 Bergmann (1994) S. 75 ff.

77 Simon (1997) S. 73–75.

78 Simon (1997) S. 75–76.

rerseits den Präferenzen, mit denen die Alternativen bewertet werden.⁷⁹ Das Recht kann dabei, soweit es Stoppregeln aufstellt, zu den Prämissen, und, soweit es Abwägungsbelange aufstellt, zu den Präferenzregeln gezählt werden.

Das geschilderte Gerüst des Entscheidens ist sowohl für **private** wie für **öffentliche Organisationen** entwickelt worden und dementsprechend abstrakt. Bei konkreterer Betrachtung ergeben sich aber Unterschiede. So ist die Setzung von Zielen durch öffentliche Verwaltung komplexer, weil häufig mehrere Ziele (z.B. Förderung **und** Kontrolle eines Gewerbes) anstehen, während private Organisationen meist nur ein Ziel verfolgen, wie z.B. ein Unternehmen der Markterfolg durch ein bestimmtes Produkt.⁸⁰ Auch muss die private Organisation im klassischen Modell (innerhalb der rechtlichen Rahmenbedingungen, versteht sich) nur die Konsequenzen beachten, die sie selbst betreffen, während die öffentliche Organisation Betroffenheiten Dritter in Betracht ziehen muss.⁸¹

Doch gibt es, wie bereits erwähnt, Entwicklungen zu mehr Komplexität auch auf der privaten Ebene. So rücken Umweltbelange in vielen Unternehmen von Randbedingungen in den Zielbereich vor. Dies wird in der biologischen Landwirtschaft besonders deutlich, die auf die Erhaltung und Nutzung ökologischer Systemzusammenhänge zielt.⁸² Allerdings bleibt auch dort die Rentabilität ein unabdingbares Unternehmensziel, wobei mögliche Subventionen einzurechnen sind.

In jedem Fall bleibt es dabei, dass auch öffentliche Organisationen Alternativen ausdenken und vergleichen. Dies gilt für alle Verwaltungszweige, ist aber in unserem Zusammenhang, in dem Alternativen der Vermeidung von Umwelttrisiken thematisiert werden, besonders für die **Infrastrukturverwaltung** relevant, die ja in besonderem Maße Umweltschäden verursacht.

bb) Umgang mit Ungewissheit

Das neuere Umweltrecht begnügt sich nicht mehr mit der Vermeidung bevorstehender und offensichtlicher Schäden, sondern setzt verschiedene Methoden ein, um präventiv **prognostische Informationen** über Umweltfolgen zu sammeln und zu bewerten. Ganze Gesetze dienen fast ausschließ-

79 Luhmann (1993) S. 296 f.

80 Simon (1997) S. 6, 75, 253 f.

81 Simon (1997) S. 79.

82 Sanders/Heß/ Hülsbergen/Stein-Bachinge (2019) S. 33.

lich solcher Informationsgewinnung. Hierzu gehören insbesondere die Umweltverträglichkeitsprüfung bei Zulassung bestimmter Vorhaben und die Beibringung von Prüfdaten bei Registrierung von Gefahrstoffen. Dabei ergibt sich, dass trotz allen Forschens Wissenslücken bleiben, und zwar insbesondere hinsichtlich der ökosystemaren Auswirkungen, denn Ökosysteme leben nicht nach isolierbaren Kausalverknüpfungen zwischen Ursache und Wirkung. Würde man aber immer weiter forschen, könnte nicht gehandelt (nicht in ein Vorhaben investiert, nicht ein Gefahrstoff verboten) werden.

Der Alternativenvergleich bietet nun die Möglichkeit, dass in vielen (aber durchaus nicht in allen) Fällen ein Handeln ermöglicht wird, ohne dass die Auswirkungen mit großem Aufwand an Zeit und Kosten bis ins Einzelne untersucht werden müssten.⁸³ Dies ist dann der Fall, wenn sich eine Variante findet, bei der die **Auswirkungen auf der Hand** liegen oder bereits erforscht sind.

Ein **Beispiel**: In einem Planfeststellungsverfahren über die Verlegung einer **Pipeline für Erdgas** aus Feldern in der norwegischen Nordsee war ökologisch höchst kontrovers, ob eine Variante, die die Insel Norderney kreuzt, oder eine andere, die zwischen den Inseln Spiekeroog und Baltrum hindurchführt, für das Ökosystem Wattenmeer belastender sein würde. Als weitere Variante bot sich die Benutzung einer bereits vorhandenen Pipeline an, die in naher Zukunft wegen Erschöpfung des Feldes stillgelegt werden sollte. Es lag auf der Hand, dass die Nutzung der bereits vorhandenen Pipeline weniger Belastung verursacht als beide neuen Trassen. Die umfangreichen UVPen für die beiden Trassenvarianten und der komplizierte Vergleich ihrer Auswirkungen wären entbehrlich gewesen, hätte man diese Variante vorgezogen. Dass dies letztlich nicht geschah, lag daran, dass die Benutzung der vorhandenen Pipeline zur Anlandung des Gases in den Niederlanden geführt hätte, das Land Niedersachsen aber an der Anlandung im eigenen Gebiet interessiert war. Methodologisch gesehen war die Entscheidung also durch eine bestimmte Zielwahl geleitet, die ihrerseits einer Alternativenprüfung hätte unterworfen werden können.⁸⁴

Ein anderes Beispiel: Bei der Zulassung eines **Herbizids** (Paraquat) war zu entscheiden⁸⁵, ob das Risiko der Grundwasserbeeinträchtigung

83 Ähnlich Jarass (1987) S. 34.

84 Dazu näher unten A VII. 3. c) cc) ii).

85 S. VG Braunschweig, Urteil v. 29. April 1992 – 6 A 6001/90 (nicht veröff.), besonders S. 38 f. des Urteilsabdrucks.

angesichts des Nutzens vertretbar war. Dieser bestand im Schutz der Nutzpflanzen vor Unkraut. Als Alternative bot sich zumindest bei geeigneten Kulturen, insbesondere Kern- und Steinobst, eine mechanische Unkrautbeseitigung an. Diese Variante wirft die Dimension Grundwasserschutz gar nicht auf. Überhaupt gibt es im Chemikalienrecht wegen der verzweigten Auswirkungen von Gefahrstoffen einen besonders hohen Bedarf an Informationen, der kaum befriedigt werden kann.⁸⁶ Auch dort kann es umweltverträglichere Alternativstoffe oder -technologien geben, deren Auswirkungen weniger komplex und ungewiss sind.

Besonders illustrativ ist der Fall **Elbvertiefung** für die Passage großer Containerschiffe zum Hamburger Hafen. Mit ungeheurem Aufwand wurden die Auswirkungen auf die Deichsicherheit, die Sedimentbewegungen und die lebende Natur untersucht. Die Alternative – Nutzung der vorhandenen Tiefwasserhäfen in Bremerhaven und Wilhelmshaven – wäre eindeutig ohne diese Natureingriffe ausgekommen, selbst wenn man Eingriffe für die Ertüchtigung der Landverkehrsverbindungen in Rechnung stellt. Sie wurde dagegen als „anderes Projekt“ von vornherein ausgeblendet.⁸⁷

Ein Alternativenvergleich macht es also möglich, dass eine **Ungewissheitssituation vermieden** wird. Solche Möglichkeiten werden von Theoretikern des Handelns unter Ungewissheitsbedingungen, die meist nach Wegen der Informationsgenerierung suchen, manchmal etwas vernachlässigt.⁸⁸ Sie zu suchen und auszuloten, ist allemal sinnvoller, als im Anschluss an das gegenwärtig spürbare Missbehagen an den umfangreichen und dann doch häufig folgenlosen UVPen die Anforderungen an die UVP inhaltlich zu verringern und damit zugleich auch die Alternativenprüfung abzubauen.

Aber auch soweit die Suche nach Alternativen den Aufwand an Informationsgewinnung nicht reduziert, kann sie nützlich sein, indem sie als Entdeckungsverfahren fungiert, das die **vorzeitige Fixierung** auf eine Lösung **verhindert**. Dadurch können Lösungen auf den Tisch kommen, die in der Sache größere Schäden vermeiden, aber auch unter prozeduralen Gesichtspunkten Situationen des *impasse*, des sich Festbeißens der Beteiligten, verflüssigen.

Der (mittlerweile obsolete) Fall **Magnetschwebbahn Hamburg – Berlin** mag als Beispiel dienen. Er warf das Kriterium „Referenzanlage“ auf: Soll eine Anlage, die im Vergleich zu der naheliegenden Alternative „ICE“

86 Dazu näher unten B VI 1. c).

87 Dazu näher unten B IV 7.

88 So auch von Ladeur (1995) S. 263 ff. und passim.

ökologisch und ökonomisch schlechter abschneidet, ausschließlich deshalb vorzugswürdig sein, weil sie als Modell und Referenz für auf dem Weltmarkt anzubietende Folgeprojekte dienen kann? Da dieses Kriterium im geltenden Kriteriensystem nicht anerkannt ist – denn nur der örtliche Verkehrsnutzen zählt –, konzentrierten sich die Debatten darauf, ob das Projekt nicht vielleicht doch einen Verkehrsnutzen hat, statt dass frontal gefragt wurde, ob die Referenzanlage Erfolg verspricht, wie hoch der Subventionsanteil ist und welches Gewicht einem Modell im Vergleich zum Opfer an der Natur zukommt.⁸⁹

cc) Juristische Methodenlehre

Das Denken in Alternativen lässt sich auch in der juristischen Methodologie aufspüren. Man kann dies auf zwei Ebenen beobachten. Zum einen ermöglicht es, Rechtssätze aus überkommener Fixierung zu lösen und neue Deutungsvarianten zu entwickeln – wie eben die Entdeckung von Regeln der öV. Zum anderen trägt es dazu bei, offene Entscheidungssituationen zu strukturieren – wie etwa das Abwägungsgebot im Planungsrecht. Man kann einerseits von Lockerungen, andererseits von Verdichtungen des Rechts sprechen.

Auf der Ebene der Lockerung von Interpretationen sind die klassischen Auslegungslehren relevant. Hier gibt es Streit zwischen zwei Richtungen. Die eine ist **deduktiv-systematisch** orientiert, insofern sie Rechtsregeln und Interpretationsergebnisse in axiomatische Systeme bringt, die möglichst alle Fälle durch Subsumtion lösbar machen. Die andere ist **topisch** orientiert. Sie denkt sich in den Fall und seine Problematik hinein, vergleicht Fallgestaltungen und rechtliche Gesichtspunkte, auch solche ausländischer Rechtsordnungen, und entwickelt daraus „Geistesblitze“ (Th. Möllers), die sinnvolle Hypothesen generieren und erst im zweiten Schritt als Teile in systematische Zusammenhänge eingefügt werden.⁹⁰ Indem sie funktional nach Problemlösungen fragt und Lösungsvarianten vergleicht, spiegelt sie im Grunde die Struktur der öV wider.

89 Über den Vergleich des Projekts mit der weniger eingreifenden und billigeren Ausbau der Bahnstrecke Groß (2001) S. 517.

90 Vieweg (1954) S. 66 und passim; Esser (1964) S. 6 f. und passim; Möllers (2025) S. 337–341; Rödig (1969) S. 37 ff., zur Produktivität von transnationalen Rechtsvergleichen s. Markus (2021) S. 59–76.

Heute dürfte Konsens über eine **mittlere Linie** bestehen, die je nach dem Rechtsgebiet, aber auch je nach der das Recht anwendenden Person mal zur einen, mal zur anderen Seite stärker ausschlägt. Der Kanon der Interpretationskunst – die begriffliche, systematische, historische und teleologische Auslegung – stellt selbst einen Kompromiss mit einer gewissen Schlagseite zum Systematisch-Deduktiven dar, wird in der Praxis aber häufig genug durch der Problemlage abgespürte Lösungen ignoriert. Dies gilt für die großen rechtsdogmatischen Erfindungen: im deutschen Recht die Deutung des Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit⁹¹, die Zellteilung dieses Rechts u.a. in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung⁹², die Stufentheorie in Art. 12 GG⁹³, der vorgezogene Grundrechtsschutz gegen zukünftige Eingriffe⁹⁴ und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb⁹⁵, im Europarecht die Direktwirkung von gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien⁹⁶, der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht⁹⁷ und vieles mehr. Sogar in dem allgemein nur langsam voranschreitenden völkerrechtlichen Richterrecht gibt es innovative Schritte wie z. B. die Pflicht zur Umweltverträglichkeitsprüfung für gefährliche grenzüberschreitend gefährliche Vorhaben⁹⁸, das Verbot der Unterstützung paramilitärischer internationaler Aktivitäten als allgemeiner Rechtsgrundsatz⁹⁹, die nachhaltige Entwicklung als – mindestens adhortativer Rechtsgrundsatz.¹⁰⁰ In kleinerer Dimension gilt dies aber auch für das Abwägungsgebot im Planungsrecht einschließlich Planrechtfertigung und Alternativenprüfung. Hinter diesen Erfindungen stand jeweils die Beobachtung des gegenwärtigen Zustands, eine Wahrnehmung von Fehlentwicklungen oder Regelungslücken und die Aufdeckung einer sich anbietenden grundsätzlichen Reformalternative.

91 BVerfG v. 16.1.1957, 1 BvR 253/56 (Elfes), BVerfGE 6, 32.

92 BVerfG v. 15.12.1983, 1 BvR 209 u.a./83 (Volkszählung), BVerfGE 65, 1.

93 BVerfG v. 11.6.1958, 1 BvR 596/56 (Apotheken), BVerfGE 7, 377.

94 BVerfG v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 u.a. (Klimabeschluss) BVerfGE 157, 30.

95 Hierüber immer noch lesenswert Wiethölter (1970) S. 121 ff.

96 Streinz (2023) Rn 496–509.

97 EuGH v. 15.7.1964, Rs 6/64 (Costa/ENEL); grundsätzlich dazu Streinz (2023) Rn 209–272.

98 ICJ Pulp Mills on the river Uruguay (Argentina v. Uruguay), ICJ reports 2010, S. 14, No. 204.

99 ICJ, Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), ICJ Reports 1986, S. 14; s. dazu Markus (2021) S. 185 ff.

100 ICJ, Gabcikovo-Nagymaros project (Hungary v. Slovakia) ICJ Reports 1997, S. 7 No. 140.

Auf der Ebene der Verdichtung von Ermessens- und Abwägungsspielräumen ist die topische Methode ebenfalls nützlich. Der Gestaltungsspielraum wird dann nur durch Merkposten angeleitet, die fallbezogen entwickelt und variiert werden können. Das ist durch richterrechtliche Strukturierung des Abwägungsgebots einschließlich der Alternativenprüfung geschehen. Paradoxerweise ist diese Strukturierung allerdings wohl zu dichtmaschig geraten. Deren Erfinder betonen zwar immer wieder, dass die planerische Gestaltungsfreiheit erhalten bleibe, aber wer den vom BVerwG¹⁰¹ entwickelten stattlichen Katalog von Geboten zur Planrechtfertigung, zur Beachtung von Planungsleitsätzen, zur gerechten Abwägung aller Belange (als Vorgang und im Ergebnis) wirklich einhalten will¹⁰², wird nicht viel Spielraum verspüren.

Die Rechtswissenschaft hat dieses System noch feiner ausdifferenziert.¹⁰³ Das hat zu Kritik von Seiten der gerichtlichen Praxis geführt, die sich mehr und mehr in ein Korsett eingeschnürt fand¹⁰⁴, welches sie aber vorher selbst mitgeschneidert hatte. Statt nun aber das Kriteriengerüst auf einige wesentliche Punkte zurückzubauen, konstruiert man es weiter und lagert neue Regeln an. Da man mit der Differenzierung aber das Planen fehleranfällig macht, wurde der **Grundsatz der Planerhaltung** erfunden, der sich darin ausprägt, dass ein Fehler offensichtlich, auf das Ergebnis von Einfluss gewesen und nicht nachträglich korrigierbar sein muss, wenn er zur Aufhebung der Entscheidung führen soll.¹⁰⁵ Damit stürzt in dialektischer Wende aber das ganze Prüfungsgebäude in sich zusammen. Denn was nützt die subtile Herausarbeitung eines Planungsfehlers, wenn er, weil der Plan zu erhalten ist, nicht durchschlagen darf.

101 Zuerst BVerwG vom 12.12.1969, IV C 105.66, BVerwGE 34, 301 ff.

102 Dazu näher unten B IV.

103 Besonders kreativ war insoweit Hoppe (1994) S. 1033 ff. mit seinem Katalog von Abwägungsausfall, -defizit, -fehleinschätzung und -disproportionalität.

104 S. Sendler (1991) S. 241 ff., 242, Redeker (1996) S. 127 f.

105 Vgl. z.B. § 214 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, Abs. 2a, Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 BauGB im Hinblick auf Abwägungsmängel. Hinzukommen Planerhaltungsregeln bei Verfahrensfehlern. Der Umschlag von Komplexität in Unbeachtlichkeit rechtlicher Anforderungen wird noch verworrener, wenn die Folgen eines wegen Unionsrechtsverstosses fehlerhaften Gesetzes wiederum gesetzlich für irrelevant erklärt werden. So geschehen im Hinblick auf § 13b BauGB a.F., der die Bauplanung für bestimmte Grundstücksgrößen entgegen der UVP-RL ohne UVP ermöglichte (vgl. dazu BVerwG v. 18.7.2023, 4 CN 3.22, BVerwGE 179, 348). Die betroffenen Pläne können nun nach § 215a BauGB wieder legalisiert werden.

Beides, die Konstruktion des Prüfgerüsts durch die Fehlerlehre und die Destruktion desselben durch den Grundsatz der Planerhaltung, sind Emanationen der deduktiv-systematischen Methodologie: Ihre Aporie ist daraus erklärlich, dass sie nicht an Fälle und deren Probleme gebunden bleibt. Sie hat den idealen Planer vor Augen und sieht zu wenig, dass die Praxis ihre eigene Logik besitzt.

Der **Alternativenvergleich** könnte aus dieser Aporie herausführen. Er lenkt den Blick auf einen Fall (das Vorhaben) und ihm verwandte andere Fälle. Um die Fälle zu vergleichen, bedarf es nicht eines ausgefeilten Systems von Kriterien mit Vorgaben für deren relatives Gewicht. Vielmehr ergeben sich aus den Fällen Dimensionen des Vergleichs meist ganz von selbst. Eine offene Liste von Topoi mag dabei die Aufmerksamkeit schärfen. Auch kann diese Liste durchaus manche Kriterien, die die Planungsrechtsprechung und -rechtswissenschaft entwickelt hat, verwenden. Aber der Alternativenvergleich ermöglicht, die Prüfung manchmal viel früher abubrechen als nach umfänglicher Subsumtion. Denn manchmal wirft eine Variante bestimmte Wertkonflikte gar nicht auf oder weist eine Nutzen-Kosten-Bilanz auf, die so eindeutig günstiger ist als bei anderen, dass eine Detailprüfung einer anderen Variante entbehrlich ist. Setzte man stärker auf den Alternativenvergleich, könnte das dichte Kriteriengerüst des Planungsrechts auf einfachere Strukturen zurückgebaut werden.¹⁰⁶

b) Sachlogik

Rationalität kann anders als in dem zu 1. entwickelten formalen Sinn der Gewinnung und Verarbeitung von Informationen auch eher substantiell verstanden werden. Dementsprechend kann auch die Alternativenprüfung eher vom Denken her, das sich strukturieren will, oder von der Sache und dem ihr ausgehenden Problem herausgefordert werden.

Die „Sache“ kann so geartet sein, dass sich Alternativen geradezu **von der Sache her aufdrängen**.¹⁰⁷ Wenn z. B. eine Straße entweder durch ein Biotop oder über Brachland geführt werden kann, drängt sich die zweite Alternative auf. Nun kann die Natur selbst nicht sprechen. Deshalb geht es neben der sorgfältigen Sachverhaltserhebung eher um eine Analyse der

106 S. dazu näher unten B IV 5.

107 Die „von der Sache her sich aufdrängenden Alternativen“ sind denn auch eine beliebte Formel der Rechtsprechung zum Fachplanungsrecht. S. näher unten B IV 7.

widerstreitenden Interessen (hier z. B. die Stärke der Naturschutzverbände) und deren Bewertung.¹⁰⁸

Die „Sache“ kann auch in der innovativen Produktivität der Gesellschaft und Wirtschaft gesehen werden. Deren Entwicklungsprozess kann als ein sich ständig wiederholender **Doppelschritt aus erfinderischer Erzeugung von Vielfalt und politisch-ökonomischer Selektion des Brauchbaren** verstanden werden. Die Alternativenprüfung wäre dann der Transmissionsriemen.

Die „Sache“ kann schließlich in **Umbruchsituationen** neue Wege weisen. Die gegenwärtige Umweltpolitik ist ein prominentes Beispiel. Ihre Hauptkomponenten: Dekarbonisierung, Kreislaufwirtschaft, Chemikaliensicherheit, Effizienz und Suffizienz des Ressourcenverbrauchs, sind durch die Suche nach Alternativen und die Revision von Zielen gekennzeichnet.¹⁰⁹

Ein solcher Umbruch findet vor allem auf Seiten der Vorhabenträger statt, wird aber nicht nur selbststeuernd, sondern auch durch den Staat angereizt und in bestimmte Richtung gelenkt.¹¹⁰ Dies geschieht tunlichst allerdings nicht so, dass der Staat die Erzeugung genau umschriebene Techniken und Verhaltensweisen vorschreibt – das ist oft genug gescheitert –, sondern so, dass – **negativ** – einer nicht gewünschten Techniklinie oder Verhaltensvariante eine Auslaufzeit gewährt wird, bis zu deren Ende eine Alternative entwickelt sein muss, oder dass – **positiv** – für einen zukünftigen Zeitpunkt ein Zielwert (z.B. ein Qualitätsstandard, eine Abfallquote, ein Emissionsgrenzwert) gesetzt wird, der heute noch nicht einzuhalten ist und Innovation provozieren soll.¹¹¹

Ein Beispiel für den ersten, „negativen“ Eingriff enthält Art. 24 der EU-Pflanzenschutzmittelverordnung, nach der bestimmte besonders gefährliche Wirkstoffe als „**Substitutionskandidaten**“ zugelassen werden können, aber nur für eine begrenzte Zeit. Zudem dürfen Pflanzenschutzmittel (PSM), die solche Wirkstoffe enthalten, nicht zugelassen werden, wenn es PSM mit Wirkstoffen gibt, die weniger gefährlich sind.¹¹²

108 Vgl. die ähnlichen Ausführungen zur Interessenjurisprudenz von Engisch (1956) S. 180–189, der die Interessenanalyse für erhellend hält, aber betont, dass es ohne Bewertung nicht gehe.

109 Vgl. unter Konzentration auf Suffizienzaspekte Jürschik (2024) S. 222–238.

110 Chr. Calliess (2009) S. 236 ff.

111 Über diesen strategischen Unterschied s. Jürschik (2024) S. 281.f.; Markus (2023) S. 696 f.

112 S. dazu näher unten B VI. 2.

Ein Beispiel für den zweiten, „positiven“ Eingriff findet sich in § 7 Abs. 2 BImSchG, wonach Anforderungen zur Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen mit Wirkung erst nach bestimmten Übergangsfristen festgesetzt werden können. Allerdings dient die Vorschrift eher der Diffusion eines bereits vorhandenen technischen Standes bei vorhandenen Anlagen als einem wirklichen „*technology forcing*“ im Sinne einer technischen Innovation.¹¹³

Stärker auf neue Lösungen orientiert sind Gesetze, die quantifizierte Ziele vorgeben und hinsichtlich der Mittel nur regeln, dass sie ergriffen werden müssen, nicht aber, welche dies sein sollen. Meist wird dann eine Ebene der Politikplanung eingezogen. Ein Beispiel ist das Klimaschutzgesetz mit seiner Zielvorgabe von 65 % Reduktion der Treibhausgasemissionen von 1990 bis 2030 und seiner Verpflichtung zur Ausarbeitung von Klimaschutzprogrammen. Ähnlich aufgebaut ist das „Klimaschutzgesetz“ der EU.¹¹⁴

IV. Staatsbürgerliche und ökologische Verhältnismäßigkeit

Führt man sich noch einmal vor Augen, dass es bei der hier fokussierten Alternativen- und Zielprüfung darum geht, unter mehreren, zur Erreichung eines Zieles in Betracht kommenden Mitteln das am wenigsten eingreifende zu suchen, wird die Parallele zur **Erforderlichkeitsprüfung** deutlich, die bekanntlich den Kern des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips darstellt. Die Alternativenprüfung zur Schonung der Umwelt entspricht im methodischen Aufbau also exakt der Erforderlichkeitsprüfung zur Schonung gesellschaftlicher Entfaltungsfreiheit.

Man kann die Parallele, wie oben bereits geschildert, noch weitertreiben, indem man neben der Prüfung der Erforderlichkeit eine Prüfung der Ziele, der Eignung der Mittel zur Zielerreichung und der Angemessenheit der Mittel im Verhältnis zum Ziel einbezieht. Desgleichen kann man in Analogie zum Grundrechtseingriff und Grundrechtsschutzbereich einen Schutzbereich der Umwelt sowie einen Umwelteingriff konstruieren. Eine so strukturierte hier sogenannte ökologische Verhältnismäßigkeit gleicht also methodologisch der Struktur des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprin-

113 Näheres dazu unten zu B II.

114 Dazu näher unten B VIII.

zips.¹¹⁵ Inhaltlich sind die beiden Prinzipien jedoch durchaus verschieden, nämlich, wie bereits in der Einführung gesagt, hinsichtlich des Adressaten, des zu schonenden Rechtsguts und der Wirkungsweise.

Die allgemeine Verhältnismäßigkeit hat den regulierenden Staat zum Adressaten und beschränkt ihn bei Eingriffen in gesellschaftliche und wirtschaftliche Freiheiten. Sie kann deshalb als **staatsbürgerliche Verhältnismäßigkeit** bezeichnet werden.¹¹⁶ Die umweltbezogene oder **ökologische Verhältnismäßigkeit** hat dagegen die Gesellschaft und Wirtschaft zum Adressaten und beschränkt sie bei Eingriffen in Umweltgüter, wobei diese Stoßrichtung auch den Staat trifft, soweit er nicht regulierend, sondern durch „Daseinsvorsorge“, sozusagen als gesellschaftliches Kollektiv, selbst Umwelteingriffe vornimmt. Die Wirkungsweise besteht bei der staatsbürgerlichen Verhältnismäßigkeit in der Suche nach Regulierungsalternativen und -zielen, dagegen bei der ökologischen Verhältnismäßigkeit in der Suche nach Vorhabenalternativen; es geht mit anderen Worten einmal um Rechtssetzung und zum andern um reales Verhalten.

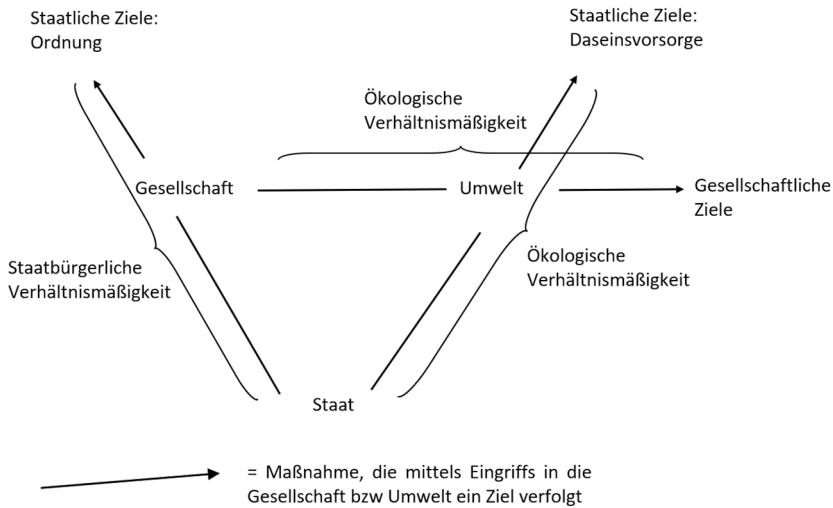
Gesellschaftstheoretisch kann man die staatsbürgerliche Variante als Komponente des **contrat social** zwischen Bürgern zur Errichtung eines Staates betrachten¹¹⁷, während die ökologische Variante auf die Vorstellung eines **contrat naturel** zwischen Bürgern und Natur zur Bewahrung der natürlichen Lebensbedingungen gestützt werden könnte.¹¹⁸ Übrigens kann man, da der Bürger nicht nur im Staat, sondern auch in der Umwelt „wohnt“, im letzteren Fall auch von einer umweltbürgerlichen Verhältnismäßigkeit sprechen. Grafik 1 fasst die Konzepte der staatsbürgerlichen und ökologischen Verhältnismäßigkeit schematisch zusammen.

115 Für eine jüngere Zusammenstellung der Kriterien s. Reimer (2015) S. 60–76. Zu den drei Kriterien treten noch absolute Eingriffsgrenzen aus der Wesensgehalts- und der Menschenwürdegarantie hinzu. Sie machen es überflüssig, noch ein manchmal angesprochenes Kriterium der Zumutbarkeit hinzuzufügen Reimer (2015) S. 71. Man könnte das Problem der absoluten Grenze auch für das Verhältnis Gesellschaft – Umwelt bedenken, doch sollte die Parallele nicht überzogen werden. Nicht relevant im vorliegenden Zusammenhang ist der Umstand, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch auf institutionelle Relationen angewendet wird, wie etwa auf Eingriffe von Hoheitsträgern in die Sphären anderer Hoheitsträger bis hin zu einer gewissermaßen föderalen Verhältnismäßigkeit von Unionsrechtssetzung, die in mitgliedstaatliche Kompetenzen eingreift. Vgl. Art. 5 Abs. 4 EUV.

116 Der Ausdruck scheint mir passender als der der soziologischen Verhältnismäßigkeit bezeichnet, die ich in Winter (1997) vorgeschlagen habe.

117 Über Ursprünge des Verhältnismäßigkeitsprinzip in Staatsvertragslehren s. Remmert (1995) S. 54–62 und 70–77.

118 Serres (1990), S. 67 f.

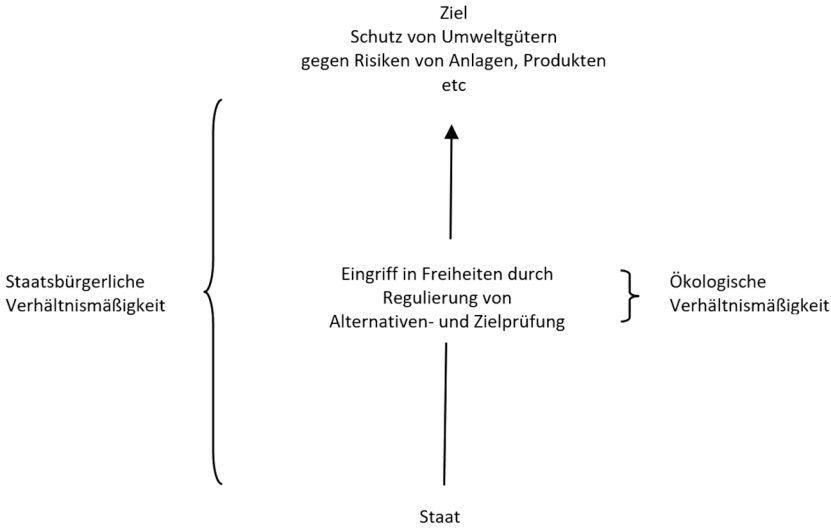


Grafik 1: Staatsbürgerliche und ökologische Verhältnismäßigkeit

Der waagerechte Pfeil von der Gesellschaft über die Umweltgüter zu den privaten Zielen repräsentiert die von Bürgern und Unternehmen ausgehende Verfolgung privater Ziele, die dabei die Umwelt beeinträchtigt und dementsprechend aufgefordert ist, nach der schonendsten Alternative zu suchen. Der schräg nach oben rechts weisende Pfeil vom Staat über die Umwelt zu den staatlichen Zielen steht für staatliche Tätigkeiten zum Zwecke der Daseinsvorsorge, die die Natur belasten und deshalb ebenfalls einer Alternativenprüfung ausgesetzt werden. Der schräg nach links weisende Pfeil repräsentiert staatliche Regulierung zu Ordnungszwecken, die in Freiheiten der Bürger eingreifen und aus diesem Grund auf weniger belastende Alternativen untersucht werden müssen.

Wenn somit die Unterschiede der staatsbürgerlichen und ökologischen Verhältnismäßigkeit deutlich werden, bleibt noch zu klären, in welchem Verhältnis die beiden zueinander stehen, wenn es um Vorhaben geht, die eine Bewertung nach beiden Grundsätzen vorsehen. **Die staatsbürgerliche Verhältnismäßigkeit steuert diejenige Regulierung, welche das jeweilige Konzept der öV vorschreibt.** Sie beurteilt auf einer Metaebene, ob die öV als jeweils ausgestaltetes Konzept übermäßig in die Freiheiten der Vorhabenträger eingreift. Das jeweils vorgeschriebene Konzept, ob also eine Alternativenprüfung subjektiv oder objektiv angelegt wird, ob das Ziel privat gesetzt oder im öffentlichen Interesse stehen muss, etc., stellt insgesamt

einen Eingriff in Rechte dar, der als Regulierung verhältnismäßig sein muss. Dabei sind die staatsbürgerlich relevante Zielsetzung der Umweltschutz und das geschützte Rechtsgut die sozio-ökonomischen Freiheiten (im Unterschied zur öV die ein sozioökonomisches Interesse als Ziel und die Umwelt als Schutzgut hat). In Grafik 2 wird dies schematisch dargestellt.



Grafik 2: Staatsbürgerliche Verhältnismäßigkeit als Kontrolle der ökologischen Verhältnismäßigkeit

Ein Beispiel mag die Relation noch einmal verdeutlichen. Im Urteil Toolex des EuGH ging es um die Frage, ob eine schwedische Chemikalienregulierung mit der Binnenmarktfreiheit (Art. 35 u. 36 EGV) vereinbar ist.¹¹⁹ Die nationale Regelung verbot das Inverkehrbringen von Trichlorethylen, ließ dieses aber ausnahmsweise zu, wenn das Unternehmen „sich ständig um denkbare Alternativen bemüht“ und „noch keine praktikable Alternative zur Lösung seines Problems zur Verfügung steht“.¹²⁰ Die Vermarktung gilt also als Umwelteingriff, der aber wegen mangelnder umweltfreundlicherer Alternative rechtfertigungsfähig ist. Diese Regelung stellt andererseits einen

119 EuGH v. 11.7.2000, Rs C-473/98 (Kemikalieninspektionen v Toolex) ECLI:EU:C:2000:379.

120 Vgl. EuGH Rs C-473/98 Rn 21.

Eingriff in die Ausfuhrfreiheit nach Art. 35 EGV dar, den der EuGH wegen mangelnder handelsfreundlicherer Alternative für gerechtfertigt hält.¹²¹

V. Weitere Verhältnismäßigkeiten und ihre Koordinierung

Neben den beiden genannten Konzepten gibt es weitere, die im vorliegenden Zusammenhang der umweltrelevanten Vorhaben eine Rolle spielen.

Ein solches weiteres Konzept bezieht sich im Adressaten auf den Staat als Daseinsvorsorger, im Schutzgut dagegen auf den staatlichen Haushalt. Die Infrastrukturverwaltung, zum Beispiel, ist normalerweise sehr kostspielig. Da sie öffentliche Mittel ausgibt, soll sie haushalten. Deshalb verlangen die Haushaltsordnungen Kosten-Wirksamkeits-Analysen, die die finanziell günstigste Variante zur Erreichung eines politisch gesetzten Ziels ermitteln sollen.¹²² Man kann dies auch als **finanzwirtschaftliche Verhältnismäßigkeit** bezeichnen.

Kosten zu vergleichen ist selbstverständlich auch bei Wirtschaftsunternehmen ein zentrales Kalkül. Unternehmen setzen sich Ziele, z.B. Herstellung und Absatz eines Produkts, und suchen nach effizientem Mitteleinsatz, d.h. nach möglichst geringen Kosten für möglichst großem Ertrag. Im vorliegenden Zusammenhang kann diese Rechnung als **ökonomische Verhältnismäßigkeit** bezeichnet werden.

Auch für die Gesellschaft, insbesondere in ihrer Konsumentenrolle, gibt es ein Verhältnismäßigkeitskonzept, und zwar insofern, als Konsumenten ihr Bedürfnis als Ziel bestimmen und zu deren Erreichung geeignete, erforderliche und angemessene Mittel einsetzen. Diese Mittel sind vor allem pekuniärer Art, aber es kann auch sein, dass Konsumenten Beeinträchtigungen ihrer Gesundheit oder ihres Eigentums in Kauf nehmen. Will man das Konzept bezeichnen, so kommt **gesellschaftliche Verhältnismäßigkeit** in Betracht.

Auf Seiten des Schutzguts Umwelt herrschten lange Zeit Eingriffe in die klassischen Medien Luft, Wasser, Boden, Naturhaushalt, Arten, umweltabhängige Gesundheit usw. vor. In jüngerer Zeit ist ein hoch brisantes Schutzgut hinzugekommen, nämlich das Klima. Auch die Abwägung von Wohlfahrtszielen mit Klimawandelrisiken kann der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen, die dann ebenfalls als öV bezeichnet werden kann.

121 EuGH Rs 473/98 Rn 46–49.

122 S. zB § 7 Abs. 2 BHO, der übrigens vorsieht, dass auch private Anbieter alternative Varianten vorschlagen können.

Insgesamt gesehen, gibt es also verschiedene Typen von Verhältnismäßigkeiten, die in der gedanklichen Struktur gleich sind, aber nach Adressat, Schutzgut und Wirkungsweise variieren.

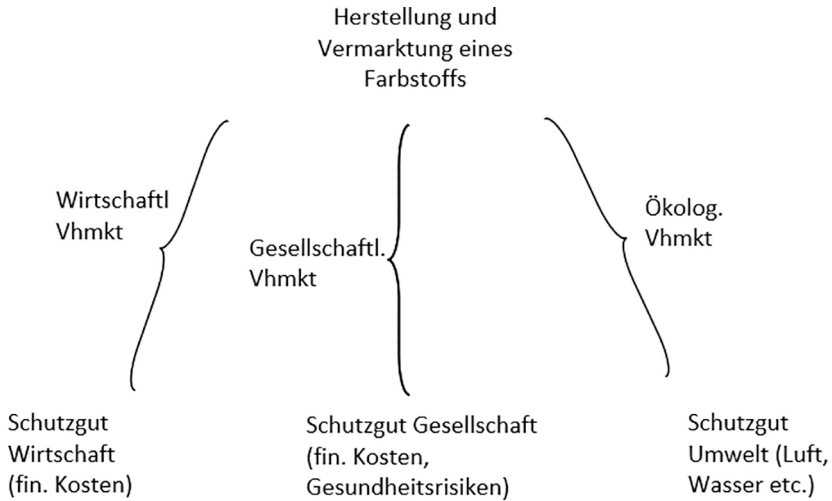
Wenig Probleme treten auf, wenn Vorhaben nach Anwendung aller Konzepte in die gleiche Richtung zeigen, sei dies positiv oder negativ. **Spannungen** treten dagegen dann auf, wenn die Ergebnisse der Anwendung hier positiv und dort negativ ausgehen, zum Beispiel wenn ein Vorhaben wenig in Umweltgüter eingreift, aber für die Gesellschaft und für die Wirtschaft und/oder die öffentliche Hand kostspielig ist.

Solche Spannungen sind nicht leicht zu lösen, weil es an einem gemeinsamen Nenner fehlt. Man kann zwar alle Gesichtspunkte monetarisieren und so miteinander in Verhältnis setzen, aber wegen der vielen nicht – jedenfalls nicht sinnvoll – **monetarisierbaren Komponenten** entsteht dadurch nur eine Scheinrationalität. Ehrlicher und brauchbarer ist es, mit qualitativen Bewertungen und Relationen zu arbeiten und dabei überhaupt nur befriedigende und nicht optimierende Lösungen anzustreben.¹²³

Wenn man in dieser Weise die Verhältnismäßigkeitsprüfungen zusammenführen will, empfiehlt es sich, für jedes Konzept zunächst jeweils eine **getrennte Bilanz** hinsichtlich der Rechtfertigung der Ziele sowie der gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, finanzwirtschaftlichen bzw. ökologischen Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Vorhabens zu bestimmen. Das Vorhaben wird dann als gesellschaftlich, wirtschaftlich, finanzwirtschaftlich bzw. ökologisch verhältnismäßig oder nicht verhältnismäßig bestimmt.

Die Herstellung und Vermarktung eines Farbstoffs auf Lösemittelbasis (S1) durch ein privates Unternehmen möge dies illustrieren (Grafik 3).

123 So auch Simon (1997).



Grafik 3: Verhältnismäßigkeiten am Beispiel der Vermarktung eines Farbstoffs.

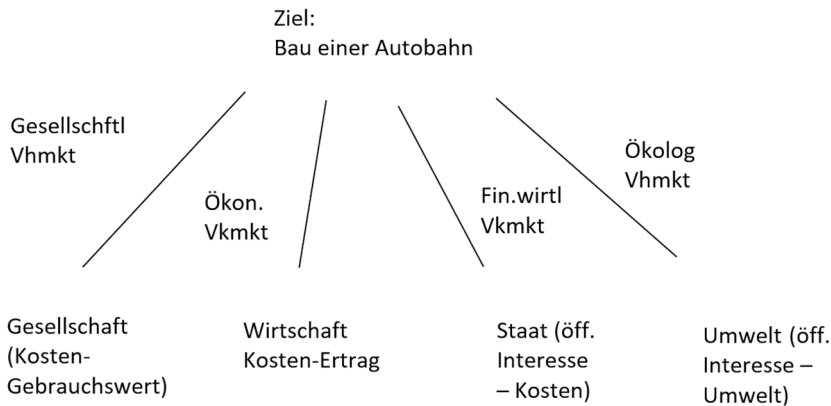
Nehmen wir an, wirtschaftlich ist das Produkt sehr ertragreich, es ist gesundheitsschädlich, wird aber, da es billig ist, trotzdem gekauft, und es ist umwelttoxisch. Dann stehen die positiven wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bilanzen der negativen ökologischen Bilanz gegenüber. Ob das Produkt akzeptabel ist oder nicht, hängt von einer **vergleichenden Bewertung** ab.

Diese vergleichende Betrachtung kann im nächsten Schritt auf verschiedene in Betracht kommende Alternativen angewendet werden. In dem genannten Beispiel könnte das Unternehmen einen Farbstoff S2, der geringere Umweltrisiken verursacht, dessen Nettoertrag aber vielleicht geringer ist als der von S1, auf den Markt bringen. Wenn der Ertrag dennoch die Kosten überwiegt, ist das Produkt deshalb insgesamt akzeptabel.

Schematisch lassen sich solche Beurteilungen in einer **Matrix** erfassen. Die Bilanzen der Verhältnismäßigkeiten werden waagerecht und die Alternativen senkrecht aufgetragen.

Alternativen	Bilanzen		
	Umwelt	Gesellschaft	Wirtschaft
S1	-	+	++
S2	+	+	+

Wenn es sich um ein öffentliches Vorhaben handelt, tritt der öffentliche Haushalt an die Stelle der privaten Kosten. Nehmen wir den Bau einer Autobahn als Beispiel (Grafik 4).



Grafik 4: Verhältnismäßigkeiten im Infrastrukturrecht.

Die Verhältnisse könnten wie folgt angenommen werden: Die Bilanz für die Gesellschaft ist positiv, weil der Lärm aus Ortschaften herausverlagert wird und schnellere Verkehrsverbindungen geschaffen werden. Diese dienen auch der Wirtschaft, während andererseits aber landwirtschaftlich genutzte Fläche verloren geht. Zudem verschlingt der Neubau enorme Haushaltsmittel und schädigt Flora und Fauna.

Dieser nicht leicht zu lösende Konflikt könnte durch eine Alternativenprüfung entzerrt werden. Sie wird am besten wiederum durch eine Matrix dargestellt.

Alternativen	Bilanzen		
	Umwelt	Gesellschaft Wirtschaft	Öff. Haushalt
A	++	--	+
B	++	++	-
C	--	++	--

In der Matrix soll Alternative A den Verzicht auf den Neubau darstellen. Der Umwelt kommt dies zugute (++), weil keine Naturgebiete geopfert werden müssen. Die Bilanz für die Gesellschaft ist negativ, weil die durch die Autobahn erzielbare Beschleunigung des Verkehrs entfällt, desgleichen die Lärmentlastung, wenn zu den vorhandenen Straßen Ortsdurchfahrten gehören (--); öffentliche Haushalte werden dagegen nicht in Anspruch genommen (+). Variante B steht für den Ausbau des Schienen- und Busnetzes. Die Umwelt wird per saldo geschont (++), Gesellschaft und Wirtschaft werden gefördert, weil privater Verkehr durch andere Träger ersetzt werden kann (++), der Haushalt wird dagegen belastet (-). Variante C repräsentiert den Bau der Autobahn: Die Umwelt wird stark geschädigt (--), die Gesellschaft erfährt einen hohen Nutzen (jedenfalls wenn die Trasse nicht durch Wohngebiete und private Flächen geführt wird) (++), der Haushalt wird stark belastet (--). In der Gesamtbilanz ist Alternative B vorzuziehen.

Die Konflikte zwischen den Bilanzen (oder Nettonutzen/-kosten) der unterschiedlichen Schutzgüter lassen sich wie gezeigt durch einen Vergleich des Umfangs der jeweiligen Vor- und Nachteile lösen. Es kann aber auch sein, dass eine rechtliche Regelung die Bilanz eines Schutzgutes, selbst wenn sie negativ ist, im Verhältnis zu anderen Schutzgütern als nachrangig einstuft. Dies ist der Fall für den neueren – innerökologischen – Konflikt zwischen Klima- und Biodiversitätsschutz. Die Abwägung zwischen dem Vorteil einer Windenergieanlage und den herstellungsbedingten Treibhausgasemissionen hat vermutlich (jedenfalls mittelfristig) eine positive Bilanz, die Abwägung mit dem Biodiversitätsverlust möglicherweise dagegen eine negative, wenn hochfliegende Vögel und Fledermäuse getötet werden und/oder Nachbarn dem entstehenden Geräusch ausgesetzt sind. In diesem Fall stuft das EEG den Klimaschutz als vorrangig ein.¹²⁴

124 S. § 2 Sätze 1 und 2 EEG: „Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen liegen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit. Bis die Stromerzeugung

VI. Ökologische Verhältnismäßigkeit bei unterschiedlichen Akteuren

Eine weitere Frage ist, wie die Verbindlichkeit und der Inhalt der öV bei unterschiedlichen Adressaten ausgestaltet ist. Vier Gruppen von Akteuren, die die Umwelt in spezifischer Weise nutzen, können unterschieden werden, nämlich:

- Konsumenten
- Gewerbetreibende
- der Staat als Vorhabenträger und Aufsichtsorgan
- der Staat als Landnutzungsplaner

1. Konsumenten

Am wenigsten schränkt das geltende Recht die Wahlfreiheit der Konsumenten ein. Vorschriften, die ihnen ökologische Verhältnismäßigkeit abverlangen, gibt es meines Wissens nicht.

Der Grundsatz der öV ist, wie bereits erwähnt¹²⁵, jedoch geeignet, als Sozialnorm zu fungieren. Als solcher würde er bewusst machen und strukturieren, was in der Praxis ohnehin bereits verbreitet ist. Er könnte als gesetzliche **Handlungsdirektive** verfasst werden, etwa nach dem allerdings recht schwachen Vorbild der Grundpflicht des § 2 BNatSchG, der lautet:

„Jeder soll nach seinen Möglichkeiten zur Verwirklichung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege beitragen und sich so verhalten, dass Natur und Landschaft nicht mehr als nach den Umständen unvermeidbar beeinträchtigt werden.“¹²⁶

Stärkere Einwirkungen von staatlichem Recht finden sich in Gestalt der **Verbraucherinformation**. Diese ist teilweise an die Stelle der eher paternalistischen Strategie der **Regulierung von Produktqualität** getreten, die

im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden.“ Man beachte, dass der Klimaschutz im Rahmen der staatsbürgerlichen Verhältnismäßigkeit als öffentliches Interesse erscheint, das andere Interessen in den Nachrang drängt. Im Rahmen der öV handelt es sich dagegen um eine Priorisierung nicht auf der Ebene der Zielsetzung, sondern auch derjenigen der Schutzgüter. Deshalb spricht der zitierte Satz 2 auch von Schutzgüterabwägung.

125 Oben A II 1.

126 Weiterführend zu einer Verbindung solcher Rücksichtnahmegebote mit der öV s. SRU (2022) Rn 140.

für die Frühphase des Verbraucherschutzrechts, insbesondere auch des EG-Rechts, typisch war. Verbraucherinformation (z.B. Kennzeichnungspflichten, Gebrauchsanweisungen, auch staatliche Warnungen) kann als Grundausstattung angesehen werden, die den Verbrauchern erst eine Alternativenwahl ermöglicht, ihnen eine solche jedoch nicht abverlangt.

Soweit es nur um die Gesundheit und das finanzielle Interesse der Konsumenten geht, ist die Kombination von Regulierung und Information ausreichend. Der Staat kann dann auf das Eigeninteresse der Einzelnen bauen. Die Perspektive ändert sich jedoch, wenn man den Konsumenten als Umweltnutzer, z.B. als Verursacher von Verkehrsemissionen, von Abwasser und Abfall, in Betracht zieht. Auch diesbezüglich gibt es **Kennzeichnungen**, wie „umweltgefährlich“ im Chemikalienrecht oder der „blaue Engel“ im allgemeinen Produktrecht. Ein etwas verbindlicherer Zugriff ist die Statuierung von Grundpflichten wie im Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz mit seiner sog. Pflichtenhierarchie von Abfallvermeidung, stofflicher und energetischer Verwertung und sicherer Abfallbeseitigung.¹²⁷ Allerdings sind diese Grundpflichten nicht sanktionsbewehrt. Sie haben lediglich Aufforderungscharakter und können nicht durch Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung oder durch Bußgeld durchgesetzt werden. Wirklich verbindlich werden sie erst durch Konkretisierung durch untergesetzliche Normen.

2. Private Unternehmen

a) Allgemeines

Private Unternehmen beanspruchen die Umwelt, indem sie Anlagen betreiben und Produkte absetzen. Sie sind Adressaten von Recht, das Alternativen- und teils auch Zielprüfungen verbindlich verlangt. Jedoch ist dieses Recht, obwohl weitergehend als eher informatorisches Verbraucherrecht, doch zurückhaltender als wenn es hoheitliche Vorhabenträger adressiert. Zwar wird bei größeren Projekten eine Alternativenprüfung vorgeschrieben, aber die Auswahl und auch die Zielsetzung bleiben in der Regel Sache des privaten Unternehmens. Dies ist im Prinzip auch verfassungsrechtlich garantiert. Die grundrechtliche Freiheitsgarantie, die der Staat als Vorhabenträger nicht genießt, tritt als Bollwerk auf, an dem sich die ökologisch motivierten Forderungen nach Alternativen- und Zielprüfung abarbeiten

127 S. dazu näher oben A II. 2.

müssen. Je knapper und gefährdeter Umweltgüter jedoch werden, desto mehr Gründe gibt es, regulierend einzugreifen, sei es durch Ordnungsrecht oder Verpreisung der Umweltnutzung.

Solche regulativen Eingriffe werden allerdings grundsätzlich in Zweifel gestellt. Dies gilt vor allem für die **Systemtheorie**, nach der das Wirtschaftssystem mit seinem Code des Geldkreislaufs gegenüber dem Rechtssystem mit seinen ganz anderen Code Recht/Unrecht geschlossen sei. Diese verhindere Ingerenzen des politischen Systems, die der Eigenlogik des Wirtschaftssystems nicht gehorchten. Interventionistisches Recht sei entweder unwirksam oder reine Symbolik oder (schlimmstenfalls) kontraproduktiv.¹²⁸ Dies widerspricht aber jeder praktischen Erfahrung. Es wird überhört, wie empirisch informierte Autoren nachweisen, dass dies in der Radikalität nicht stimme.¹²⁹ Die gegenseitige Permeabilität der beiden Systeme ist zu offensichtlich.¹³⁰

b) Regulierung

Staatliche Regulierung kann eine große Bandbreite von Formen annehmen, die in Teil B näher dargestellt werden. Im vorliegenden Zusammenhang des Vergleichs zwischen den Haupttypen von Umweltnutzern ist jedenfalls zu bemerken, dass die Anforderungen gegenüber privaten Unternehmen meist geringer sind als gegenüber der öffentlichen Hand, weil, wie bereits gesagt, der Betreiber nur über die selbst geprüften Alternativen informieren muss und seine Ziele meist nicht in Frage gestellt werden. Dies liegt an Unterschieden der **Disponibilität** der Vorhabenvarianten. Das private Unternehmen muss profitabel sein, andernfalls geht es ein. Deshalb ist es von sich aus eher motiviert, Alternativen auszudenken. Die öffentliche Hand

128 Teubner (1989) S. 79.

129 Nahamowitz (1987) S. 411–433. Gerade, weil die (begrenzte) Wirksamkeit des Rechts eine Tatsache ist, verfängt Teubner's Gegeneinwand nicht, die Autopoiese-Theorie sei rechtstatsächlich und nicht rechtspolitisch gegründet, vgl. Teubner (1989) S. 86.

130 Die Systemtheorie sozial denkender Vertreter hat ihre grundsätzliche Staatsabstinnenz über die Zeit immer stärker relativiert, bemüht dafür aber hochabstrakte Konstrukte wie strukturelle Koppelung und re-entry zwischen Subsystemen oder Beobachtung zweiter Ebene innerhalb eines Subsystems. S. zB Teubner (2012) 162–175. Der ganze systemtheoretische Begriffsapparat mutet sehr wie eine neue Scholastik an, die eine Begriffswelt aufgebaut hat, aus der sie nicht mehr aussteigen kann, sondern die sie angesichts störender Großereignisse (wie zB der Bankenkrise) immer neu verästeln muss.

existiert dagegen auch bei Verschuldung weiter. Sie muss gerade deswegen stärker rechtlich verpflichtet werden. Das Straßenbauamt überlebt auch dann, wenn es neue Straßen nur plant, aber nicht verwirklicht. Deshalb kann das Spektrum der von ihm zu prüfenden Alternativen breiter sein. Ihm kann vorgehalten werden, dass eine Bahnverbindung eine bessere Lösung sei. Dem Lederfabrikanten kann dagegen schwerlich abverlangt werden zu prüfen, ob er nicht besser Leinen herstellt.

Ein weiterer Unterschied betrifft das **Einflusspotential ökologischer Erwartungen**: Für das private Unternehmen variiert dieses mit der ökologischen Bewusstheit der Zwischenabnehmer und Endkonsumenten, für den behördlichen Projektträger mit der ökologischen Bewusstheit der für ihn zuständigen politischen Gremien. Fehlen entsprechende Erwartungen, so wird die Bereitschaft zur Prüfung von Alternativen schwinden, beim Unternehmen aus ökonomischen Gründen (denn es kann seine ökologischen Prozesse und Produkte dann nicht mehr verkaufen), bei der Behörde dagegen aus bürokratischen Gründen (denn als für Straßenbau zuständige wird sie eben Straßen bauen wollen) oder wegen anderer Orientierung der politischen Instanzen. Für die Einführung rechtlicher Pflichten zur Alternativenprüfung bedeutet dies, dass solche Pflichten im Falle behördlicher Projektträger erforderlich sind, weil die Konjunktur der Umweltpolitik zu instabil ist und das Recht ist in der Lage, die Erwartungen auf Dauer zu stellen. Im Falle der unternehmerischen Projektträger gilt wegen der Instabilität der Konsumentenerwartungen an sich ähnliches, jedoch muss bei der Rechtssetzung berücksichtigt werden, dass das Unternehmen weniger als die Behörde Spielraum hat, sich von der Erwartungskonjunktur unabhängig zu machen.

c) Ökologische Opferlage

Die hier an zwei Aspekten gezeigten Unterschiede zwischen privaten Unternehmen und dem Staat als Infrastrukturersteller könnten allerdings zu vernachlässigen sein, wenn ein privates Unternehmen ein Vorhaben verwirklichen will, das unvermeidbar darauf angewiesen ist, in private Rechte Dritter einzugreifen und in erheblichem Umfang Natur zu zerstören. Diese Situation wird umso häufiger auftreten, je mehr Infrastruktur privatisiert wird. Wenn z.B. Bau und Betrieb einer öffentlichen Straße von einem privaten Unternehmen übernommen werden und Enteignungen erforderlich machen, muss sicherlich ein Gemeinwohlinteresse an der Straße bestehen.

Ist jedoch keine Enteignung erforderlich, mit dem Projekt aber die Zerstörung von großen oder besonders wertvollen Naturflächen verbunden, tritt die Frage auf, ob es wie bei sonstigen privaten Projekten damit sein Bewenden haben kann, dass der vom Betreiber gesetzte Zweck hinzunehmen ist. Wie bereits oben gesagt, sollte dies verneint und in Fällen, die zu einem umfangreichen **ökologischen Opfer** führen, ein öffentliches Interesse gefordert werden. Darüber hinaus muss es auch möglich sein, Alternativen zu prüfen, die vom Betreiber nicht realisiert werden können, wie etwa der Verzicht auf eine neue Straße zugunsten des Ausbaus einer vorhandenen Straße in öffentlicher Trägerschaft. Bei einer ökologischen Opferlage sollte über den Bereich wirtschaftlicher Disponibilität hinausgegangen werden können. Die Tatsache, dass ein Bereich der Infrastruktur privatisiert und damit in private Rentabilitätshorizonte verlegt wird, kann nicht bedeuten, dass nur noch solche Projekte zugelassen werden und auch zugelassen werden müssen, die dem privaten Betreiber das wirtschaftliche Überleben garantieren. Privatisierung entlässt die Vorhaben nicht aus dem größeren Arsenal untereinander austauschbarer Infrastrukturvarianten.

3. Staat als Vorhabenträger und Aufsichtsorgan

Wie bereits erwähnt, ist die Alternativen- und Zielprüfung besonders stark ausgeprägt, wenn Infrastrukturprojekte verwirklicht werden sollen. Dabei wird der Staat (einschließlich kommunaler Gebietskörperschaften) einerseits als Initiator und Vorhabenträger sowie andererseits als gesetzessvollziehendes Aufsichtsorgan tätig. Die erstgenannte Funktion wird vom vorherrschenden Verwaltungsrecht nur am Rande erfasst, weil dieses nach Überwindung des rechtlich wenig begrenzten monarchischen sog. Wohlfahrtsstaats am Modell der Ordnungsverwaltung ausgerichtet worden ist. Dementsprechend ist die dafür passende Rechtsdogmatik lange unentwickelt geblieben.¹³¹ Auch die zusammenfassende Bezeichnung ist vage. Im deutschen Recht ist noch immer der konturenarme, auf Forsthoff zurückgehende Begriff der **Daseinsvorsorge** verbreitet. Otto Mayer hatte den Bereich früher als öffentliches Sachenrecht charakterisiert.¹³² Noch früher sprach Lorenz von Stein von der fördernden Verwaltung, die von einer (reduktiv zu verstehenden) Polizei als einer negativen, schützenden Verwal-

131 Forsthoff (1976) S. 298–300; Faber (1989) S. 161 f.; Kern (2022) S. 126–134, 178–188.

132 Mayer (1917) S. 71–203.

tung zu unterscheiden sei, wobei in der Praxis aber Vermischungen verbreitet seien.¹³³ Das französische Recht hat sich demgegenüber mit dem Begriff und der Rechtsdogmatik des *service public* viel früher und viel differenzierter entwickelt.¹³⁴ Immerhin hat das deutsche Recht, obwohl weniger systematisch, typische Rechtsfiguren ausgeformt, die auch in Frankreich existieren, wie etwa den Begriff öffentlicher Aufgaben, den verwaltungsrechtlichen Vertrag, die Beschaffung und Ausschreibung von Leistungen, die Versteigerung von Nutzungsrechten, die Gewährleistung, Überwachung privatisierter öffentlicher Aufgaben, etc.¹³⁵

Für unseren Zusammenhang ist bedeutsam zu erkennen, dass die **projektierende Verwaltung** innerhalb und mit Hilfe dieser Formen eine **eigene Dynamik** entfaltet. Dies spiegelt sich auch in der Verwaltungsorganisation. Meist sind die Vorhaben planenden Ämter oder Amtsteile von den Aufsichtseinheiten getrennt, so z.B. auf Bundesebene die (nur formal privatisierte) Autobahn GmbH vom Fernstraßenbundesamt. Die „leistenden“ Verwaltungseinheiten sind nicht einfach Instrument der regulierenden Verwaltung und schon gar nicht reiner Gesetzesvollzug, vielmehr besitzen sie einen eigenen Gestaltungswillen und -raum¹³⁶ mit genuiner **Binnenrationalität**.¹³⁷ Dazu gehört auch eine Selbstprogrammierung von technischen Normen, Handlungskonzepten und Leitbildern.¹³⁸ Die Selbstprogrammierung könnte auch Elemente der öV in sich aufnehmen. Sie kann sogar intensivere Formen der öV aufgreifen, als es durch administrative Aufsicht und gerichtliche Kontrolle gefordert werden darf. Eine solche Differenzierung entspräche einer Unterscheidung zwischen einer **Handlungs- und einer Kontrollperspektive**. Die Handlungsperspektive lässt Raum für die Binnenrationalität der Verwaltung, während die Kontrollperspektive die

133 v. Stein (1865, Ausg. 1975) S. 72 f.

134 Vgl. die umfassende Darstellung von Guglielmi/Koubi (2007). Eine vergleichbare Darstellung fehlt im deutschen Recht. Sie ist verstreut in Lehrbüchern des besonderen Verwaltungsrechts und kompakter in Lehrbüchern der Verwaltungswissenschaft zu finden. S. zB Bohne/Bauer (2023) Kap. II und 12.

135 Rechtsdogmatische Verfeinerungen hat vor allem Faber (1989) §§ 31 – 34 entwickelt.

136 Dies wird in der neueren Verwaltungsrechtswissenschaft in Absetzung vom Max Weber'schen Idealtypus der bürokratischen Organisation betont. S. Hoffmann-Riem (2006) Rn 22–29.

137 Hoffmann-Riem/Pilniok (2022) § 12 Rn 77 f. Zum Niederschlag der Unterscheidung in den Funktionen Planung und Planfeststellung Heidmann (2012) S. 50–54. S. näher unten B IV. 13. b).

138 Franzius (2023) S. 508–513.

Überprüfung am Maßstab der Gesetze dimensioniert.¹³⁹ Die Kontrollperspektive führt zu einer nur nachvollziehenden Prüfung durch Gerichte. Der Gedanke kann aber auch auf die administrative Aufsicht angewendet werden.

Soweit jedoch die öV gesetzlich präzisiert wird, fragt sich, wie stark der Gesetzgeber in den Gestaltungsraum der Verwaltung eingreifen darf. Wegen der Zugehörigkeit der Verwaltung zur Hoheitsgewalt sind gesetzliche Vorgaben nicht grundrechtlich gehemmt und können deshalb besonders ausgeprägt werden, wie es im Infrastrukturbereich tatsächlich Praxis ist. Für solche Vorhaben wird nicht nur eine Alternativenprüfung gefordert, sondern auch die Offenlegung und Rechtfertigung des Projektziels. Der Grund dafür liegt ursprünglich darin, dass für raumgreifende Vorhaben die **Enteignung** von Grundstücken notwendig sein kann und Enteignungen nach Art. 14 Abs. 2 GG nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig sind.¹⁴⁰ Im Laufe der Zeit sind aber die mit Vorhaben verbundenen **Eingriffe in Umweltgüter** als Motiv für Alternativen- und Zielprüfungen hervorgetreten. Dadurch wird die herkömmliche eigentumsrechtliche Begründung der Erforderlichkeit eines öffentlichen Interesses auf ein zweites Bein gestellt oder sogar ersetzbar. Aus dieser Perspektive ist begründbar, dass ein Vorhaben, das in einem besonders großen Ausmaß Umweltgüter belastet (wie z.B. der Bau einer Autobahn), nur zulässig sein soll, wenn es nicht bloß privaten, sondern öffentlichen Zwecken dient. Diese Auffassung, die ich bereits früher einmal zur Diskussion gestellt habe,¹⁴¹ wird zum Beispiel durch Art. 6 Abs. 4 UA 1 der FFH-Richtlinie 92/43/EWG gestützt, nach dem Vorhaben in Natura 2000-Gebieten nur zulässig sind, wenn zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses geltend gemacht werden.¹⁴² Dies gilt gerade auch für solche Vorhaben, mit denen keine Enteignungen verbunden sind.

Die Auffassung entspricht auch ausländischem Beispiel. So hat der französische Conseil d'Etat zur enteignungsrechtlich vorgesehenen sog. Kosten-

139 Wendel (i. E. 2025) IV 1.

140 St. Rspr. seit BVerwG v. 14.2.1979, IV C 21.54 (B 42) BVerwGE 48, 56, 58, s. auch BVerwG v. 22.3.1985, 4 C 15.83 (B 16) BVerwGE 71, 166 (170); BVerwG v. 12.7.1985, 4 C 40.83 (Main-Donau-Kanal) BVerwGE 72, 15 (24); BVerwG v. 9.3.1990, 7 C 21.89 (Klärschlamm Deponie) BVerwGE 85, 44 (51).

141 Winter (1985) S. 41 f. Auf der Grundlage dieser Auffassung ist zugleich besser begründbar, warum die Rechtsprechung zum Fachplanungsrecht ein öffentliches Interesse auch in den Fällen verlangt, in denen keine Enteignungen erforderlich sind.

142 Zu den Steigerungsformen „zwingende Gründe“ und „überwiegend“ vgl. näher unten B VII. 3) cc) iii).

Nutzen-Bilanz (**bilan coûts-avantages**) entschieden, dass die Bilanzierung des öffentlichen Nutzens und der Kosten eines Vorhabens, die ursprünglich nur Enteignungen als Kosten registrierte, auch auf soziale (und ebenso auch auf finanzwirtschaftliche) Kosten zu erstrecken sei, wobei ökologische Kosten als Teil der sozialen Kosten angesehen werden:

„... ein Vorhaben kann rechtlich nur als von öffentlichem Nutzen erklärt werden, wenn die Beeinträchtigung von Privateigentum, die finanziellen Kosten und gegebenenfalls Unannehmlichkeiten sozialer Art, die es mit sich bringt, nicht schwerer sind als das von ihm verfolgte Interesse.“¹⁴³

4. Staat als Landnutzungsplaner

Die Raumplanung und Bauleitplanung können als eine hoheitliche Funktion angesehen werden, die sich von den Funktionen der Vorhabenträgerschaft einerseits und der ordnungsrechtlich geprägten Aufsicht andererseits unterscheidet. Von der Aufsichtsfunktion ist die Landnutzungsplanung durch das originär Planerische unterschieden, und von der Vorhabenträgerschaft, die ja durchaus auch planerisch vorgeht, durch die größere Vielfalt der Nutzungsarten, die im Plan koordiniert werden müssen. Rechtlich ist, wie bereits gesagt, das Abwägungsgebot maßgeblich. Dieses umfasst eine Alternativenprüfung.¹⁴⁴ Seit Einführung der strategischen Umweltprüfung ist diese nicht nur richterrechtlich, sondern auch durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift verbindlich. So verlangt Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie der EU über die strategische Umweltprüfung¹⁴⁵, dass in der Umwelterklärung für Pläne und Programme „vernünftige Alternativen, die die Ziele und den geographischen Anwendungsbereich des Plans oder Programms berücksichtigen, ermittelt, beschrieben und bewertet“ werden.

143 Conseil d'Etat v. 28.5.1971 (Ville Nouvelle-Est) in: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 10e éd. 1993, S. 648 (meine Übersetzung). S. dazu den Kommentar, a. a. O. S. auch Stirn/Aguila (2021) S. 441–443. Hinsichtlich Anwendung der Abwägung bei der UVP für Verkehrsinfrastruktur s. Code de l'Environnement Art. L. 122–3 II 2° f).

144 BVerwG v. 18.8.1987, 4 N 1/86 (Bürogebäude) NVwZ 1988, 351 (353).

145 Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, Abl. L 197 S. 30 (SUP-RL), umgesetzt durch § 40 Abs. 2 UVPG.

Trotzdem ist eine rationale Strukturierung durch Verhältnismäßigkeiten der verschiedenen Interessen und ihre Zusammenführung schwierig, weil die Ziele der Landnutzung vielfältig sind und die dementsprechend in Betracht kommenden Alternativen exponentiell steigen. Deshalb spielen Alternativen in der Dogmatik des Raum- und Bauleitplanungsrechts keine prägende Rolle.¹⁴⁶ Sie und ihre Ziele werden eher geprüft, wenn es sich um vorhabenbezogene Pläne handelt wie vorhabenbezogene Bebauungspläne¹⁴⁷ und, auf höherer Ebene, Feststellungen in Raumordnungsverfahren, die ja ebenfalls Vorhaben zum Gegenstand haben¹⁴⁸, oder vorhabenbezogene Zielsetzungen in Regionalplänen.¹⁴⁹

VII. Varianten der ökologischen Verhältnismäßigkeit

Im Folgenden wird untersucht, wie die öV von Vorhaben ausgestaltet sein kann. Dabei geht es nicht um die von den Akteuren selbst entwickelten und praktizierten, sondern um die rechtlich vorgeschriebenen Formen. Unter Vorhaben soll hier ein breiter Strauß von Tätigkeiten verstanden werden, wie Bau und Betrieb einer Industrieanlage, Veränderung einer Landnutzung, Einleitung von Abwasser oder Vermarktung von Produkten. Wie bereits ausgeführt¹⁵⁰, schlage ich vor, in Analogie zur staatsbürgerlichen Verhältnismäßigkeit folgende Komponenten der öV zu unterscheiden: den **Schutzbereich** der Umwelt und den **Umwelteingriff** einerseits und die **Rechtfertigung von Eingriffen** andererseits. Die Rechtfertigung erfolgt über die Prüfung von **Alternativen und Vorhabenzielen** im Hinblick darauf, ob die Eingriffe geeignet sind, das Ziel zu erreichen, ob das Ziel durch weniger eingreifende Alternativen erreicht werden kann, und ob das Gewicht des Eingriffs im Verhältnis zu dem des Zieles angemessen ist.

Schutzbereich und Eingriff werden in Abschnitt 1 behandelt, die Prüfung von Alternativen in Abschnitt 2 und die Prüfung von Vorhabenzielen in Abschnitt 3. Abschnitt 4 geht auf Gestaltungen der öV unter Bedingungen besonders knapper Umweltgüter ein. Schließlich werden in Abschnitt 5

146 Schlarmann (1991) S. 42.

147 So der Fall in BVerwG v. 18.8.1987, 4 N 1/86 (Bürogebäude), NVwZ 1988, 351; Wickel (2020) Rn 155–156.

148 § 6 a Abs. 1 Satz 4 ROG sieht eine „Prüfung vom Träger der Planung oder Maßnahme eingeführter Standort- oder Trassenalternativen“ vor.

149 Als Beispiel s. BVerwG v. 7.12.2023, 4 CN 6.22 (Kohlekraftwerk Datteln 4), BVerwGE 181, 99 (Rn 49–50).

150 S. oben zu A IV.

Überlegungen über den Rechtsschutz gegen und auf öV-Anforderungen angestellt.

1. Schutzbereich und Umwelteingriff

a) Schutzbereich

Welcher Zustand der Umwelt geschützt werden soll und welche Eingriffe toleriert werden, wird von gesellschaftlichen Sozialnormen und im rechtlichen Raum durch Verfassungsrecht und Gesetzgebung bestimmt.¹⁵¹

Das Niveau des Schutzes ist dabei von grundsätzlicheren Konzipierungen der Umwelt abhängig (aa), die sich in unterschiedlichen Ausformungen niederschlagen (bb).

aa) Grundsätzliches

Die Umwelt wird häufig als **Ressource** bezeichnet. Damit wird ein ökonomisches Konzept auf die Umwelt übertragen. In der neoklassischen Ökonomie gilt als Ressource alles, was in den Wirtschaftsprozess einfließt, d.h. Arbeitskraft, Rohstoffe, Kapital, Information, etc.¹⁵² Eine Alternativenprüfung dient dann der Suche danach, wie mit möglichst geringen Mitteln die einträglichsten Produkte oder Leistungen hergestellt werden können, m.a.W. Effizienz verwirklicht wird. Die Umweltökonomie erweitert die Produktionsfaktoren um den Faktor Umwelt, dabei in gewisser Weise an die Lehre der sog. Physiokraten¹⁵³ anknüpfend. Die Umwelt erscheint dabei als Quelle von Dienstleistungen, und zwar der Lieferung von erneuerbaren und nicht erneuerbaren Stoffen und Energie, der Aufnahme von Schadstoffen und der Regulierung natürlicher Gleichgewichte.¹⁵⁴ Der Vorteil solcher

151 Der Begriff der Umwelt umfasst meist die umweltabhängige menschliche Gesundheit, wie z.B. in § 2 Abs. 1 u. 2 UVPG, manchmal wird diese aber auch selbständig genannt, wie z.B. in Art. 191 Abs. 1 AEUV. Im vorliegenden Zusammenhang verwende ich der Einfachheit halber den umfassenden Umweltbegriff.

152 Ringel (2021) S. 6.

153 Zu dieser Lehre Pribram (1992) S. 205–225. Es wäre reizvoll, die Theorie der Dienstleistungen der Natur in die Wertlehre einzugliedern, ohne das Statische und Absolute der Physiokraten zu reanimieren.

154 Ringel (2021) S. 4.

Kategorisierung liegt darin, den Wert der Natur sichtbar zu machen und in die betriebs- und volkswirtschaftliche Rechnung einzustellen.¹⁵⁵ Ein Risiko besteht insofern, als monetäre Bewertungen nicht-ökonomische qualitative Werte vernachlässigen.

Ich habe aber grundsätzlichere Zweifel, ob der Ressourcenbegriff die Sache richtig erfasst. Versteht man ihn etymologisch, mag das noch angehen; denn „Ressource“ kommt von dem lateinischen Wort *resurgere*, das das Wiederentstehen betont und deshalb eigentlich nur auf erneuerbare Stoffe und Energie anwendbar ist. Die Bedeutung des Ausdrucks hat sich aber von diesem Ursprung gelöst und kennzeichnet alles, worüber der Mensch disponieren kann. Damit wird suggeriert, der Mensch beherrsche die Natur. Tatsächlich verhält es sich umgekehrt: Die Natur beherrscht den Menschen, und wenn er sich nicht in die Kreisläufe fügt, die sein Leben ermöglichen, wird er ausgeschieden. Er kann zwar einiges verändern, um sein Leben zu verbessern, aber gewisse Leitplanken kann er nicht überschreiten, ohne sich selbst auszulöschen.

Ein anderer Ansatz besteht darin, von **Umweltgütern** (wie Luft, Boden, Wasser, Naturhaushalt, Klima, menschliches Leben) zu sprechen und „Umwelt“ als deren Gesamtheit einschließlich ihrer Wechselwirkungen zu definieren. Die Umwelt ist dann weitgehend öffentliches Gut, weil sie – entsprechend der üblichen Definition – für alle zugänglich ist und vom Markt deshalb nicht profitabel angeboten werden kann.¹⁵⁶ Eine andere Begründung ist die Vorstellung des Allgemeinguts, das als „trust“ dem Staat als „public trustee“ im Interesse aller Bürger als „beneficiaries“ anvertraut ist.¹⁵⁷ Kritisch könnte man anmerken, dass die Bezeichnung „Gut“ ähnlich wie die „Ressource“ immer noch sehr auf die Verfügbarkeit für den Menschen verweist.

Angemessener ist, meine ich, das Konzept der **Biosphäre**. Sie besteht aus einem System lebender und nicht lebender Komponenten, die dem Menschen ermöglicht zu leben und im System mitzuwirken.¹⁵⁸ Statt auf

155 TEEB (2010).

156 Daly/Cobb (1989) S. 51 ff.

157 Rechtsvergleichend Sand (2006) S. 522–527.

158 Der WBGU definiert die Biosphäre wie folgt: „Die Biosphäre ist der von Leben erfüllte Raum der Erde, von der belebten Schicht der Erdkruste (inklusive der Seen und Ozeane) bis hin zur unteren Schicht der Atmosphäre. Die Biosphäre bildet ein nahezu ausschließlich von der Sonnenenergie angetriebenes globales Ökosystem, das aus Organismen und dem Teil der unbelebten Materie besteht, die mit den Organismen in Wechselwirkung steht. Sie ist gekennzeichnet durch komplexe, welt-

Beherrschung zu setzen, müsste der Mensch sich den größeren Zusammenhängen einfügen.¹⁵⁹ Man kann auch von einem Haus natürlicher Lebensbedingungen sprechen, in dem der Mensch lebt und an dem er zugleich mitbaut. Das jedenfalls sollte mit dem Ausdruck *oikos* gemeint sein, der die „Ökologie“ ausmacht. Die „Ökonomie“ hat sich von diesem Ursprung leider weit entfernt; sie ersetzt das „Haus“ durch den „Markt“. Das Bild des Hauses verdeutlicht auch, dass die Umwelt letztlich aus der Sicht des Menschen gedacht wird. Das ist nicht anthropo-„zentrisch“, sondern anthropo-„logisch“, weil mitgedacht wird, dass die Biosphäre ihre eigenen Strukturen und Wechselwirkungen besitzt, die als solche – öko-„logisch“, nicht öko-„zentrisch“ – Bestand haben müssen, weil sie Voraussetzung dafür sind, dass menschliches Leben möglich ist. Auch der tiefste Amazonas-Wald mit seiner Eigendynamik ist für den Menschen relevant, was spätestens dann erkannt wird, wenn er dabei ist, von einer Treibhausgaschenke in eine Treibhausgasquelle umzukippen.

Der Einfachheit halber halte ich dennoch am Begriff der Umwelt und der Umweltgüter fest, wobei mitgedacht ist, dass die Umwelt nicht beliebig disponibel ist und eine menschliche Haltung der Einordnung und Bescheidenheit angebracht ist.

Bei der Festlegung des Schutzniveaus ist weiterhin bedeutsam, dass die Umwelt nicht **privates Gut** und auch nicht (mehr) **freies Gut** ist, sondern **öffentliches Gut** im Besitz der Gesellschaft, über das deren Repräsentant, der Staat, wacht. Die Inanspruchnahme der Umwelt durch die Einzelnen (zwecks Bebauung, Aufnahme von Abgasen etc.) ist dann keine Benutzung eines voraussetzungslos zugänglichen Gutes mehr, sondern eine Teilhabe an einem öffentlichen Gut kraft demokratisch legitimierter rechtlicher Disposition.¹⁶⁰ Diese kann Rechte auf Umweltnutzung gewähren, solange das Gut unbeschränkt zur Verfügung steht. Wird das Gut aber knapp, wird die grundsätzliche Freiheit eingeschränkt und werden Nutzungsbefugnisse nur nach näherer Prüfung verliehen. Wie in allen Systemen, in denen Ressourcen knapp sind (sei es Geld, Energie, Macht, Nahrung), muss darauf geachtet werden, dass nichts verschwendet wird, dass vielmehr diejenige Verwendung bevorzugt wird, die **bei gleichem Nutzen den geringsten**

umspannende Stoffkreisläufe. Die Menschen (und ihre wirtschaftlichen Aktivitäten) sind als Lebewesen ebenfalls Bestandteile der Biosphäre. Die Biosphäre ist funktional eng mit den anderen Sphären der Welt, der Atmo-, Pedo- und Hydrosphäre vernetzt“ (WBGU (1999) 12).

159 Winter (2000) S. 28–37.

160 S. dazu ausführlicher unten A VIII. 2.

Einsatz von Ressourcen benötigt. Genau das ist aber eine Alternativenprüfung, wie sie bisher vorgestellt worden ist.

bb) Ausformungen

Die Ausformung des Schutzniveaus kann man als **Basislinie** bezeichnen, von der aus beurteilt wird, ob ein Vorhaben einen Eingriff oder potentiellen Eingriff darstellt, der dann einer öV-Prüfung unterworfen wird.

In welcher Intensität die Umwelt geschützt werden und was als Eingriff gelten soll, wird zunächst durch Sozialnormen bestimmt. An sie schließt sich, ebenfalls als Sozialnorm, die öV an.¹⁶¹

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert dagegen vor allem, inwieweit das Schutzniveau rechtlich definiert wird. Es gibt verschiedene Varianten solcher gesetzlichen Ausformung von Schutzniveaus¹⁶², die ich als einen gegenwärtig guten, einen gegenwärtig schlechten, einen problematischen und einen zukünftig besseren Umweltzustand charakterisieren möchte.

- **Guter Zustand:** Die Basislinie kann einen Zustand einer Umweltkomponente beschreiben, der als gut eingestuft wird und der als gut erhalten werden soll. Als Beispiel mag wiederum ein Naturschutzgebiet dienen. Es ist als solches zu bewahren; Beeinträchtigungen sind grundsätzlich unzulässig. Eingriffe sind dennoch möglich, aber nur nach Prüfung der jeweiligen Variante von öV. Sie sind nur ausnahmsweise und unter strengen Voraussetzungen zulässig, wenn es sich um ein besonders wertvolles Gebiet handelt.¹⁶³
- **Schlechter Zustand:** Die Basislinie kann einen Zustand einer Umweltkomponente beschreiben, der als schlecht eingestuft wird, aber gegen weitere Verschlechterung geschützt werden soll. Solche weiter verschlechternden Eingriffe sind dennoch möglich, wenn sie einer öV standhalten. Ein Beispiel: das Verschlechterungsverbot und die ausnahmsweise Zulassung einer weiteren Verschlechterung im Wasserrecht.¹⁶⁴ In einer radikalen Version der Variante ist der Zustand so schlecht, dass nur noch

161 Dazu näher oben A II. 1.

162 S. mit ähnlichem Ansatz für den Schutzbereich der Biodiversität Köck (2014) S. 233 f.

163 S. dazu unten B V.

164 Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft

geringe beeinträchtigende Nutzungen zugelassen werden sollen. Dies drückt sich in deren Budgetierung aus, die zu einem Bewirtschaftungsregime führt.¹⁶⁵

- **Problematischer Zustand:** Als problematisch kann man Zustände beschreiben, die im Prinzip als tolerabel gelten, aber möglichst unterschritten werden sollen, weil die Grenze des Tolerablen nicht präzise bestimmbar ist. Durch eine Alternativen- oder auch Zielprüfung wird dann das Potential der Unterschreitung ausgelotet. Ein Beispiel ist die Zulassung von umweltgefährlichen Industrieanlagen. Der gegenwärtige, als schützenswert angesehene Zustand eines Standorts wird durch Grenzwerte der Umweltqualität festgelegt. Diese sollen aber möglichst unterschritten werden, indem nach besten Vermeidungstechniken gesucht wird.¹⁶⁶ Ein anderes Beispiel bietet das Pflanzenschutzmittelrecht: Wenn ein Wirkstoff intrinsisch gefährlich ist und deshalb als sog. Substitutionskandidat möglichst ausgeschieden werden soll, kann ein auf jenem Wirkstoff basierendes Pflanzenschutzmittel nicht zugelassen werden, wenn ein weniger gefährlicher Alternativstoff verfügbar ist.¹⁶⁷
- **Zukünftig besserer Zustand:** Die Basislinie kann auch einen zukünftigen Zustand beschreiben, der besser ist als der gegenwärtige, als schlecht eingestufte. In Analogie zur Grundrechtsdogmatik kann man auch von einem Unterlassungsverbot bzw. einer Handlungspflicht sprechen, d.h. dem Verbot, passiv zu bleiben bzw. der Pflicht, eine Verbesserung anzustreben. Von dem gewünschten Zustand kann ein Vorhaben dennoch abweichen, wenn das mit ihm verfolgte Ziel nicht auf andere Weise erreicht werden kann. Ein Beispiel ist wiederum das Wasserrecht, insoweit es sich nicht wie oben um Ausnahmen von einem Verschlechterungsgebot, sondern um Ausnahmen von einem Verbesserungsgebot handelt.¹⁶⁸

b) Umwelteingriff

Der **Umwelteingriff** besteht, allgemein gesagt, in einem Vorhaben, das ein definiertes Schutzniveau beeinträchtigt. Er besteht letztlich aus faktischem

im Bereich der Wasserpolitik, Abl. L 327 vom 22.12.2000, S. 1, Art. 4 Abs. 5 und 7; § 30 Abs. 1 Nr. 3 und § 31 Abs. 2 Nr. 2 und 3 WHG. Dazu näher unten B III.

165 Dazu oben A II. 3. c).

166 Dazu näher unten B II.

167 Dazu näher unten B VI. 2.

168 Dazu näher unten B III.

Handeln, das aber durch rechtliche Ermöglichung oder Anordnung vorbereitet wird. Auch ein Unterlassen kann als Eingriff gewertet werden, wenn sich aus der Bestimmung des Schutzniveaus eine Pflicht zu handeln ergibt.

Die Art des Eingriffs hängt mit dem spezifischen Schutzniveau zusammen. Folgende **Kombinationen** sind typischerweise anzutreffen:

- Ein guter Zustand wird durch einen Eingriff verschlechtert; dieser kann ausnahmsweise genehmigt werden, wenn die öV gewahrt wird.
- Ein schlechter Zustand wird durch einen Eingriff weiter verschlechtert; dieser kann ausnahmsweise genehmigt werden, wenn die öV gewahrt wird.
- Ein problematischer Zustand wird durch einen Eingriff möglicherweise verschlechtert; dies ist unter Anwendung der öV präventiv zu prüfen und möglichst zu verhindern.
- Die Entwicklung zu einem zukünftig besseren Zustand wird durch einen Eingriff gebremst; dies kann ausnahmsweise genehmigt werden, wenn die öV gewahrt wird.

Wenn Eingriffe untersucht werden, sollte zwischen dem Handeln der einzelnen Menschen und dem von Organisationen unterschieden werden. Das Handeln der Einzelnen führt zu vielen kleinen Umwelteingriffen, die sich aber zu einem großen Gesamtbetrag aufsummieren. Dieser kann als solcher rechtlich kaum adressiert werden, weil es diktatorisch und auch faktisch vergeblich wäre, den Einzelnen entsprechende Vorschriften zu machen. Man kann dann nur darauf warten, dass sich Praktiken und Sozialnormen im gesellschaftlichen Leben von selbst herausbilden, womöglich unterstützt von informellen Maßnahmen wie Information, Bildung und Aufklärung. Dagegen bündeln die Organisationen der Wirtschaft und Infrastruktur Umwelteingriffe. Wegen des Umfangs der Eingriffe der einzelnen Organisationen ist es effektiv und zulässig, dass sie auch rechtlich verpflichtet werden.

2. Prüfung von Vorhabenalternativen

Die Prüfung von Vorhabenalternativen dient, wie bereits gesagt, der Suche nach geeigneten, erforderlichen und angemessenen Varianten.

Ob eine Variante geeignet ist das Ziel zu erreichen, wird im einschlägigen Recht meist nicht explizit gefordert, ergibt sich aber implizit, weil die Forderung, Alternativen zu prüfen, sinnlos wäre, wenn sie sich auf

ungeeignete Alternativen erstrecken würde. Das Hauptgewicht rechtlich vorgeschriebener öV liegt dagegen auf der Identifizierung von Varianten, die vergleichsweise weniger in die Umwelt eingreifen. Bedeutsam ist aber auch die Abwägung des Gewichts des Umwelteingriffs mit dem Gewicht des Vorhabenziels.

Die Art und Weise dieser Prüfungen variiert stark mit den einzelnen sektoralen Anforderungen und soll deshalb erst im Teil B näher untersucht werden. Hier geht es um übergreifende Gesichtspunkte, nämlich Kriterien der Bestimmung der Bandbreite zu erwägender Alternativen (a), der Untersuchungstiefe (b) und der Zumutbarkeit (c).

a) Bandbreite

Die Bandbreite hängt vom Gegenstand (aa), der Wahlfreiheit des Vorhabenträgers (bb) und davon ab, ob Kompensationsmaßnahmen als Alternativen einbezogen werden (cc).

aa) Gegenstand

Am besten nähert man sich Fragen der Bandbreite nicht abstrakt, sondern konkret, indem man sich die Gegenstände möglicher Alternativen vor Augen führt. Zwei Beispiele – Anlagen und Produkte – mögen das illustrieren.

Für die Zulassung von Anlagen (Industrieanlagen, Infrastrukturanlagen) hat sich eingebürgert, zwischen technischen Verfahrensalternativen und Standortalternativen (einschließlich Trassenalternativen) zu unterscheiden.

Auf **technische Verfahrensalternativen** sieht es insbesondere das Immissionsschutzrecht ab, und zwar im Rahmen der Prüfung der Einhaltung des „Standes der Technik“. Die Alternativen können sich dabei relativ eng innerhalb eines Techniktyps bewegen (z.B. Rauchgaswäsche oder Trockenfilterung) oder den Techniktyp überschreiten (z.B. Herstellung von Insulin mittels Extraktion aus Schweineleber oder mittels Gentechnik).

Im letzteren Fall kann das grundlegende Konzept des Vorhabens betroffen sein, so dass man vielleicht besser von einer anderen Dimension sprechen sollte, die als eine solche von **Konzeptalternativen** bezeichnet werden könnte. Sie wird bei der Zulassung von Industrieanlagen vermutlich selten thematisiert, wohl aber bei der Zulassung von Infrastrukturvorhaben. Ein Beispiel wäre hier die vergleichende Prüfung des Baus einer Magnetschwe-

bebahn mit dem Bau einer Schienenbahn. Konzeptalternativen sind u. U. zugleich Zielalternativen, so, wenn sie im Ergebnis zu ganz verschiedenartigen Produkten führen. In solchen Fällen wird die Prüfung angemessener als Bewertung des Handlungsziels angelegt.

Eine dritte anlagenbezogene Dimension umfasst **Standortalternativen**. Sie sind typischer Prüfgegenstand bei Infrastrukturvorhaben; hinsichtlich Industrieanlagen erscheinen sie dagegen (nach herrschender Auffassung) nur auf höheren Planungsebenen, nicht auf der Ebene der einzelnen Anlagenzulassung.

Soweit es die Kontrolle der Vermarktung von Produkten betrifft, können zunächst **Verwendungsalternativen** zur Prüfung gestellt werden. Das Produkt wird also für das Inverkehrbringen zugelassen, seine Gefährlichkeit aber durch Verwendungsaufgaben ausgeregt. Eine andere Dimension erfasst Produktalternativen, d. h. zum Beispiel bei Pestiziden unterschiedliche Formulierungen eines Wirkstoffs oder – bei ausgereitetem Spektrum – Formulierungen unterschiedlicher Wirkstoffe. Als eine dritte Dimension kann diejenige der **Alternativen zum Produkt** genannt werden. Im Beispiel der Pestizide wären dies z.B. mechanische oder biologische Verfahren des Pflanzenschutzes. Hier besteht ähnlich wie bei den o. g. Produktionsalternativen die Möglichkeit, dass das Handlungsziel (Vermarktungsziel) betroffen ist und das Problem dementsprechend besser als Zielbewertung angegangen wird.

Die Beispiele zeigen, dass vor allem die Grenzziehung zu dem, was nicht mehr betrachtet werden muss, schwierig ist. Welche Dimensionen von Alternativen sollen in einer gegebenen Fallgruppe erwogen werden, und wie weit oder eng soll der innerhalb einer Dimension zu betrachtende Alternativenfächer gespreizt werden? Das gilt insbesondere für die Frage, ob von einer Dimension zu einer weiteren Dimension übergegangen werden soll: Ist bei Zulassung eines Pflanzenschutzmittels nur auf andere chemische Mittel einzugehen, oder kommt als Alternative auch die mechanische Unkrautbeseitigung in Betracht? Sind bei Genehmigung einer umweltgefährlichen Anlage nur technische Verfahrensalternativen oder auch Standortalternativen zu erwägen? Sollen bei der Planfeststellung für eine Straße nur Trassenalternativen oder auch die Möglichkeit, die öffentlichen Verkehrsmittel auszubauen, betrachtet werden? Soll bei Genehmigung einer Stromerzeugungsanlage geprüft werden, ob der Strombedarf durch Energieeinsparung gemindert werden kann?

Es ist bemerkenswert, dass diese Entscheidungen vom Gesetzgeber fast durchweg offengelassen werden. Folglich muss die behördliche und ge-

richtliche Praxis einspringen. Sie zieht in der Regel eine Grenze, indem sie zwischen zu betrachtenden Varianten innerhalb eines Vorhabens und nicht zu betrachtenden Varianten von Vorhaben als solchen unterschieden wird. Das ist problematisch, weil auf diese Weise die Schwere des Umwelteingriffs unberücksichtigt bleibt. Wenn ein Großvorhaben enorme Umweltschäden verursacht, muss geprüft werden können, ob es durch ein anderes Projekt ersetzt werden kann.

Hin und wieder erwähnt, aber oft nicht genügend durchdacht wird die sog. **Null-Alternative**: Drei Bedeutungen dieses Ausdrucks sollten unterschieden werden. Die eine Bedeutung kann mit rückfallende Null-Alternative bezeichnet werden. Wenn ein Vorhaben sich wegen vorhandener besserer Alternativen als unzulässig herausstellt, der Vorhabenträger die Alternative aber nicht verwirklichen will, fällt er auf seine Ausgangsposition zurück. Im Beispiel des Straßenbaus bleibt es dann bei der vorhandenen Straße. Die andere Bedeutung kann mit proaktiver Null-Alternative bezeichnet werden. Wenn ein Vorhaben zulässig ist, weil es keine bessere neue Alternative gibt, kann sich herausstellen, dass die alte Ausgangsposition doch noch eine bessere Alternative darstellt. Im Straßenbeispiel könnte es sein, dass die Verkehrsnachfrage sinkt statt steigt, so dass die vorhandene Straße ausreicht. Die dritte Bedeutung kann mit Null-Plus-Alternative bezeichnet werden und ist auch bereits so bezeichnet worden.¹⁶⁹ Sie besteht darin, dass die vorhandene Situation leicht verbessert werden kann. Sie kann in beiden vorgenannten Bedeutungen auftreten: Die Rückfall-Null-Alternative kann verbessert werden, um dem Betreiber den Rückfall erträglich zu machen, und die proaktive Null-Alternative kann verbessert werden, um ihm die Investition schmackhaft zu machen.

bb) Wahlfreiheit des Vorhabenträgers

Das Recht kann so gestaltet sein, dass die Auswahl der zu prüfenden Alternativen dem Betreiber eines Projekts überlassen wird, oder so, dass für die Auswahl inhaltliche Kriterien gesetzt werden. Die vorfindlichen Formeln sind vielfältig und spiegeln wider, dass sich noch kein schlüssiges System ergeben hat.

169 BVerwG v. 7.7.2022, 9 A 1.21 (A20 Westerstede – Jaderberg) BVerwGE 176, 94, Rn 26 (nicht abgedruckt in der amtl. Sammlung).

Deutlich zur subjektiven Seite tendiert das Recht der Umweltverträglichkeitsprüfung. Da es die Rechtsmaterie ist, die sich am frühesten mit der Alternativenprüfung befasst hat, ist verständlich, dass es die Formel sehr vorsichtig fasst. So verlangt das UVPG von Beginn an die Vorlage einer Übersicht der **vom Träger des Vorhabens geprüften Alternativen**.¹⁷⁰

Der Betreiber bleibt also frei, bei seinen Planungen mit Scheuklappen vorzugehen, oder positiver gewendet: Der Staat vertraut darauf, dass sich Vorhabenträger schon aus eigenen Interessen heraus, oder weil sie näher an der „Sache“ sind, verschiedene Varianten überlegen. Er greift für die Prüfung der Umweltverträglichkeit also auf das Erfindungspotential der Vorhabenträger zurück und rechnet mit einem entsprechenden Ertrag für die UVP,¹⁷¹ obwohl eine rechtliche Pflicht zur Prüfung an sich nicht besteht.

Nicht darauf angewiesen, dass dieses Potential auch wirklich aktiviert wird, sind objektivierende Formeln wie die im Fachplanungsrecht entwickelte, dass nämlich die **von der Sache her naheliegenden** Alternativen erwogen werden müssen. Hier kommt alles darauf an zu wissen, was die „Sache“ ist. Ein Weg dahin führt über die Klärung des Spektrums der zu vergleichenden Alternativen.¹⁷² Objektivierend war auch eine Entwurfsfassung von 1994 der Novelle zur UVP-Richtlinie, wobei der Gegenstand als die **„wichtigsten“** möglichen Alternativen“ beschrieben wurde.¹⁷³ Das lässt unklar, für wen oder was die Alternative wichtig sein muss: für den Betreiber, für die Behörde, für die Dritten, für den Umweltschutz? Gemeint ist vermutlich der Umweltschutz, was die Autoren aber vielleicht nicht explizit machen wollten, um nicht sogleich ökonomische Bedenken auf den Plan zu rufen. Die beschlossene Fassung kehrte dann aber wieder zu dem geltenden subjektiven Kriterium zurück.¹⁷⁴

Auch soweit objektivierende Formeln verwendet werden, spricht de facto natürlich nicht nur die Sachlage selbst. Vielmehr stellt sich das Problem, dass die Akteurin – meist ist es bei solchen Formeln die öffentliche Hand – unter Umständen frühzeitig Festlegungen trifft, die manche Alternati-

170 § 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 UVPG i.d.F.v. 1990; § 6 Abs. 3 Nr. UVPG i.d.F.v. 2001; § 16 Abs. 6 Nr. 6 i.d.F.v. 2021.

171 Das wird von denen, die das Fehlen einer solchen Pflicht betonen, meist nicht erwähnt, vgl. Soell/ Dirnberger (1990) S. 710.

172 S. dazu noch unten A VII. 2. a).

173 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 85/337 EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung, ABl. C 130/1994, S. 10, Anhang III Nr. 2. S. dazu Schink (1995) S. 73 ff.

174 S. dazu unten B I.

ven von vornherein aus der weiteren Betrachtung ausschließen. Dabei muss es sich keineswegs immer um ganz offensichtlich unpassende, also im Sinne der objektivierenden Formel „fernliegende“ Varianten handeln. Dies geschieht zum Beispiel, wenn die Gemeinde einen Bebauungsplan nicht selbst erarbeitet, sondern einen privat erstellten sog. **Vorhaben- und Erschließungsplan** durch Satzung pauschal übernimmt, oder wenn eine Gemeinde ihre Planung durch städtebauliche Verträge über bestimmte Nutzungsvarianten präjudiziert.¹⁷⁵ Die eigentliche Alternativenprüfung verlagert sich dann nach vorn oder wird im Falle starker privater Nutzungsinteressen zu deren Gunsten eingeengt. Die – immer noch notwendige – abschließende Beschlussfassung über den Bebauungsplan ist im Hinblick auf die Abwägung von Alternativen dann nicht viel mehr als ein leerer Schein.¹⁷⁶ Das BVerwG hat Anforderungen gestellt, die sichern sollen, dass bereits in dem Vorstadium eine Abwägung (man darf ergänzen: mit Alternativenprüfung) stattfinden kann und soll.¹⁷⁷ Aber die Praxis der informellen oder vertraglichen **Vorfestlegungen** ist darüber anscheinend hinweggegangen.¹⁷⁸

cc) Kompensationen als Alternative

Die Alternativenprüfung dient der Suche nach Vorhaben, die ein Ziel verwirklichen und mit einem möglichst geringen Umwelteingriff verbunden sind. Wenn dies ohne Umwelteingriff nicht praktikabel ist, bleibt noch die Möglichkeit, dass für den verbleibenden Eingriff Kompensationsmaßnahmen getroffen werden. Diese können realer oder finanzieller Art sein. Ein Beispiel ist erneut die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung mit ihrer Kaskade von realen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen sowie als letzter Weg der Zahlung einer Abgabe.¹⁷⁹

Umstritten und deshalb regelungsbedürftig ist, ob der Umwelteingriff absolut zu bestimmen ist, oder ob von seinem Umfang die Ausgleichsmaßnahmen abgezogen werden können, so dass das Vorhaben selbst möglicherweise nicht als Umwelteingriff, im Beispiel des § 15 BNatSchG also nicht als

175 S. §§ 11 und 12 BauGB.

176 Spannowsky (1996) S. 210.

177 BVerwGE 45, 309 321 (Flachglas).

178 Vgl. Schlarmann (1991) S. 45 f.

179 § 15 BNatSchG.

Eingriff in den Naturhaushalt angesehen werden muss. Der EuGH insistiert darauf, dass Ausgleichsmaßnahmen nur als sekundäre Reparaturen anzusehen sind.¹⁸⁰ Weiterhin klärungsbedürftig ist, inwieweit eine verbleibende Alternative mit einer anderen verrechnet werden kann. Dies kann zunächst physisch geschehen, nämlich in der Weise, dass gemeinsame Eigenschaften vorhanden sind, innerhalb derer getauscht werden kann. Ein prominentes Beispiel für solche sog. **offsets** sind CO₂-Emissionen, deren Verursachung am Ort X durch Rückführung von Emissionen am Ort Y kompensiert wird. Auch die naturschutzrechtlichen Ersatzmaßnahmen können zu diesem Typus gezählt werden.

Als eine dritte Frage von Kompensationsmaßnahmen ist zu untersuchen, inwieweit physische Alternativen durch Geldzahlungen ablösbar sein sollten.

Die genannten offenen Fragen werfen sämtlich das Problem auf, ob durch die Kompensationsmöglichkeiten nicht der ursprüngliche Ansatz, Umweltgüter physisch zu schützen, unterlaufen wird. Ich behandle dieses Problem hier nicht weiter,¹⁸¹ weil die öV als ein regulativer Grundsatz gedacht werden sollte. Er trägt bereits genügende Flexibilität in sich, ja er ist vielleicht geradezu als eine Strukturierung von primärer Strenge und sekundärer Kompensation anzusehen.

b) Untersuchungstiefe

Zu klären ist, ob nur eine prozedurale oder auch eine materielle Kontrolle erfolgt (aa), sowie, wer die relevanten Informationen beizubringen hat (bb).

aa) Prozedurale vs. Ergebniskontrolle

Es ist möglich, eine Alternativenprüfung nur prozedural zu fordern, d.h. so, dass nur der **Vorgang** der Prüfung stattfinden muss und die Wahl einer Alternative im Ergebnis freibleibt.

Andererseits ist eine Gestaltung denkbar, nach der die Behörde befugt wird, die Prüfung des Akteurs im **Ergebnis** nachzuprüfen und dabei Män-

180 S. dazu näher unten B V.

181 S. dazu Voßkuhle (1999) S. 97, der ein Konzept der „Bindung trotz Flexibilität“ befürwortet.

gel festzustellen, m. a. W., nicht nur nach einer Begründung zu fragen, sondern nach der Begründetheit.¹⁸² In diesem Fall ist die Behörde befugt, den Antrag mit der Begründung abzulehnen, dass eine vom Antragsteller nicht gewählte Variante vorzugswürdig ist. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Betreiber ein bestimmtes technisches Verfahren zur Genehmigung stellt, die Behörde aber ein anderes Verfahren für dem Stand der Technik entsprechend hält.

Um das Risiko des Betreibers zu mindern, mit einem auf die vorzugswürdige Variante gerichteten Antrag erneut zu scheitern, ist eine stärkere Inpflichtnahme der Behörde denkbar. Sie könnte verpflichtet werden, dem Antragsteller eine bessere Variante als Option anzubieten (z.B., indem sie einen alternativen Standort zur Verfügung stellt), wobei die Option als genehmigt gilt, wenn der Antragsteller nicht erklärt, dass er für sie keine Genehmigung anstrebe.¹⁸³

Allgemein empfiehlt es sich aber, es in der Regel bei einer eher prozeduralen und materiell nur nachvollziehenden Kontrolle bewenden zu lassen. Die Alternativenprüfung entfaltet ihre Kreativität besser, wenn sie nicht durch ein ausgefeiltes Programm determiniert wird. Auch ist sie in erheblichem Maß auf die Eigeninitiative der Vorhabenträger angewiesen, weil viele relevante Informationen nur diesen verfügbar sind.

Denkbar wäre auch eine **Kombination von Verfahrens- und Ergebniskontrolle** derart, dass die prozedurale Kontrolle strikt, die Ergebniskontrolle dagegen offen angelegt wird. Einerseits müssten danach alle relevanten Alternativen erwogen werden, im Ergebnis bliebe andererseits aber dem Antragsteller ein Auswahlspielraum erhalten.¹⁸⁴

Soweit über die zu prüfenden Alternativen gesetzliche Festlegungen getroffen werden sollen, bleibt noch zu klären, ob dies besser durch materielles Recht oder durch Verfahrensrecht geschieht. Diese Frage ist von der soeben behandelten, ob das Recht die Auswahl weitgehend dem Betreiber überlässt oder inhaltlich selbst bestimmt, zu unterscheiden. Die Formel „Stand der Technik“, die die Prüfung verschiedener technischer Verfahrensalternativen verlangt, ist z.B. im materiellen Recht angesiedelt, während die Aufforderung des UVPG, es müssten die vom Betreiber geprüften Alter-

182 Zu dieser Unterscheidung s. Koch (1989) S. 399.

183 So der Vorschlag von Hoffmann-Riem (1994) S. 609.

184 So für das Fachplanungsrecht Steinberg (1993) S. 215. In diesem Sinne ist auch § 102 Abs. 1 Nr. 1 und 3 UGB-KomE aufgebaut.

nativen beschrieben werden, eine verfahrensrechtliche ist (weil die UVP insgesamt als Verfahrenselement gilt).

Soweit das Recht keine abschließenden expliziten Regelungen enthält, hat sich die Rechtsprechung dafür ausgesprochen, dass das **materielle Recht**, ggf. in richterrechtlicher Fortentwicklung, den Ausschlag geben soll. So kommt es z.B. dazu, dass hinsichtlich des Spektrums der Alternativen nicht der subjektivierte § 16 Abs.1 Satz 1 Nr. 6 UVPG („die ... vom Vorhabenträger geprüft worden sind“), sondern die materiellen Genehmigungstatbestände herangezogen werden, z.B. für Industrieanlagen § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG (Stand der Technik) und für Infrastrukturanlagen das fachplanungsrechtliche Abwägungsgebot (alle „naheliegenden“ Alternativen).¹⁸⁵

Diese Orientierung am materiellen Recht ist charakteristisch für das deutsche Verwaltungsrecht im Allgemeinen. Sie bringt es mit sich, dass das besondere Rationalitätspotential von Verfahren nicht erschlossen wird.¹⁸⁶ Dieses besteht insbesondere in der Einbeziehung divergierender Tatsachen- oder Werturteile Dritter (anderer Behörden und der Öffentlichkeit). Das gilt auch für die Prüfung von Alternativen. Einwendungsverfahren und Erörterungstermine sind häufig reich an Alternativendiskussionen. Aus Betreibersicht ist dies zwar lästig¹⁸⁷, aber soweit das Gesetz materiell-rechtlich vage ist, bilden die Beteiligungsverfahren ein legitimes Gegengewicht gegen die Alternativenwahl des Betreibers. Das heißt nicht, dass der Betreiber sozusagen auf Zuruf jede im Beteiligungsverfahren ersonnene Variante auszuarbeiten hat, sondern nur, dass weiteres Vergleichsmaterial gewonnen wird, welches die Behörde verwerten kann.

bb) Beibringungslast

Ich habe bereits erwähnt (vgl. A III 2. a) bb), dass es für einen Vergleich von Varianten häufig nicht erforderlich ist, beide in vollem Umfang auf ihre

185 BVerwG v. 22.3.1985, E 71, 166 (171); Erbguth/Schink (1996) § 12 Rnr. 84, Art. 4 Rnr. 23.

186 S. Rose-Ackerman (1995) S. 85 f.

187 Vgl. die Ergebnisse des Planspiels zum Entwurf der IPC-Richtlinie, nach denen eine „Optionenprüfung“ befürchten lasse, dass im Wege der Dreiecksverhandlung zwischen Antragsteller, Genehmigungsbehörde und kritischer Öffentlichkeit (d. h. den Einwendern) eine Industrieanlage eher nach Gesichtspunkten der gesellschaftspolitischen oder regionalen Akzeptanz genehmigt wird, als danach, ob eine bestimmte zur Genehmigung gestellte Anlage den Stand der Technik erfüllt. S. BMU (1994) S. 7.

Umweltauswirkungen zu untersuchen. Häufig ergibt sich bereits aus der kursorischen Gegenüberstellung, welche Variante die umweltverträglichere ist.

Die Dinge können aber auch komplizierter geartet sein, zumal dann, wenn **unterschiedliche Umweltkomponenten** betroffen sind, die in Rivalität miteinander stehen. Ein Beispiel: die Alternative „Umgehungsstraße“ schädigt den Naturhaushalt, die zweite Alternative „Durchgangsstraße“ verursacht Luft- und Lärmimmissionen in Wohngebieten, und die dritte Alternative „weite Umfahrung“ überbaut wertvolles Agrarland. Dann ist eine gründliche Untersuchung aller Varianten erforderlich. Vielleicht ergibt sich aber auch eine einfache vierte Variante, die einen Kompromiss aller Belange verwirklicht.

Ein weiteres Problem ist die Rollenverteilung bei der Zusammenstellung des der behördlichen Entscheidung zu Grunde zu legenden Tatsachenmaterials, rechtlich ausgedrückt die **Verteilung der Beibringungs-last**.¹⁸⁸ Nach der allgemeinen verwaltungsrechtlichen **Untersuchungsmaxime** (§ 24 VwVfG) hat die Behörde den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln; die Beteiligten sind zur Mitwirkung verpflichtet (§ 26 Abs. 2 VwVfG). Dieses Prinzip wird im Umweltrecht nicht selten umgekehrt, indem dem Antragsteller die wesentlichen Beibringungslasten übertragen werden. Es ist seine Sache, diejenigen Informationen vorzulegen, die nach den gesetzlichen Voraussetzungen der gewünschten Entscheidung, z.B. der Genehmigung, gegeben sein müssen. Er kann hierzu nicht gezwungen werden, die Behörde darf und muss aber die Genehmigung ablehnen, wenn die Informationen nicht vorgelegt sind. Es handelt sich deshalb um eine sog. Last, nicht um eine Pflicht des Antragstellers.

Während diese Gestaltung unproblematisch ist, wenn die Tätigkeit genehmigungsbedürftig ist und noch nicht ins Werk gesetzt wurde, könnte anderes gelten, wenn sie erlaubterweise unternommen wird und die Behörde im Zusammenhang mit laufender Überwachung eingreifen will. Dann liegt die Beibringungslast grundsätzlich bei der Behörde.

Fachgesetze können dies aber **modifizieren**. Dies ist dann der Fall, wenn die erlaubte oder erlaubnisfreie Tätigkeit per se als gefahrgeneigt angesehen wird.

188 Die Beibringungslast betrifft die Verteilung der Einbringung von Tatsachen. Sie ist von der materiellen Beweislast zu unterscheiden, die zum Zuge kommt, wenn ein Sachverhalt nicht aufklärbar ist. Zu dieser Situation kommt es in der Verwaltungspraxis selten – oder sie wird selten als gegeben angesehen.

Ein Beispiel sind **gefährliche Anlagen** iSd § 4 BImSchG. Deren Genehmigung verleiht keinen Bestandschutz, die Behörde kann nach § 17 Abs. 1 BImSchG nachträgliche Anordnungen erlassen, wenn sich der Stand der Technik weiterentwickelt hat. Sie kann als Vorstufe der sachlichen Anordnung die Ermittlung und Vorlage der relevanten Daten verlangen.¹⁸⁹ Sie ist zu einer Überprüfung sogar verpflichtet, wenn „wesentliche Veränderungen des Standes der Technik eine erhebliche Verminderung der Emissionen ermöglichen“, oder wenn neue BVT-Schlussfolgerungen veröffentlicht worden sind.¹⁹⁰

Ein anderes Beispiel sind Herstellungs- und Vermarktungsbeschränkungen im **Chemikalienrecht**. Stoffe, die rechtmäßig hergestellt und in Verkehr gebracht werden, können nach der REACH-VO reguliert werden, wenn sie „ein unannehmbares Risiko für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt“ mit sich bringen.¹⁹¹ Die Beibringungslast liegt hier zwar bei den Behörden, in diesem Fall der EFSA oder den mitgliedstaatlichen Fachbehörden, die ein entsprechendes Dossier zu erarbeiten haben.¹⁹² Zusätzlich werden jedoch „die sozioökonomischen Auswirkungen der Beschränkung einschließlich der Verfügbarkeit von Alternativen berücksichtigt.“¹⁹³ Dies kann als eine Ausnahme gedeutet werden, für die nach allgemeinen Beweisregeln die betroffenen Unternehmen beibringungspflichtig sind. Hinzu kommt, dass Dritte, z.B. Konkurrenten, nach der Veröffentlichung des Dossiers Alternativen vorbringen können.¹⁹⁴

In jedem Fall kann aber die Behörde auch eigene Erkenntnisse einbeziehen und ist hierzu, da die Untersuchungsmaxime durch die Verlagerung der Beibringungslast nicht gänzlich abgelöst wird, auch verpflichtet.¹⁹⁵

Vielleicht bahnt sich in diesem Zusammenhang eine Präzisierung der Anforderungen an die verschiedenen beteiligten Personen und Institutionen an. So lässt sich denken, dass die Figur des **Beurteilungs- und Ermessensspielraums**, die gewöhnlich auf die gesetzliche Programmierung der Behörde bezogen wird, auf den Vorhabenträger erstreckt wird. Dieser besäße dann hinsichtlich der Alternativenprüfung einen Beurteilungsspielraum, während die Genehmigungs- und Überwachungsbehörde nur eine

189 § 52 BImSchG.

190 § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Satz 3 Nr. 1.

191 Art. 68 REACH-VO.

192 Art. 69 REACH-VO.

193 Art. 68 Abs. 1 UA 1 Satz 2 REACH-VO.

194 Art. 69 Abs. 6 REACH-VO.

195 Umfassend hierzu Schneider (1991), besonders S. 88 ff.

nachvollziehende Kontrolle durchführen dürfte.¹⁹⁶ Dies würde konsequenterweise auch für die **gerichtliche Kontrolldichte** gegenüber der behördlichen Entscheidung gelten, und zwar selbst dann, wenn diese Entscheidung von dritter Seite angefochten würde.¹⁹⁷

Ein Beispiel findet sich im **Tierschutzrecht**. Materielle Voraussetzung einer Genehmigung von Versuchen an Wirbeltieren ist, dass ein Tierversuch „unerlässlich“ ist; dies bedeutet u.a., es „ist zu prüfen, ob der verfolgte Zweck nicht durch andere Methoden oder Verfahren erreicht werden kann.“¹⁹⁸ Diese Voraussetzung wird so interpretiert, dass der Forscher insoweit wirklich nur eine Darlegungspflicht (genauer: Darlegungslast) trägt und die Behörde nicht (jedenfalls nicht im Einzelnen) befugt ist, die Stimmigkeit der Darlegung materiell nachzuprüfen.¹⁹⁹

Bei Einräumung solcher Spielräume fiele es auch leichter, hinsichtlich der Auswahl des Alternativenspektrums objektive statt subjektive Kriterien zu akzeptieren. Die „von der Sache her naheliegenden“ oder die „für den Umweltschutz wichtigsten“ Alternativen wären dann primär vom Betreiber zu bestimmen und behördlich nur sekundär einer nachvollziehenden Kontrolle zu unterwerfen. Das Voluntaristische der Formel der „vom Vorhabenträger geprüften Alternativen“ ließe sich auf diese Weise vermeiden.

c) Zumutbarkeit

Alternativen müssen nicht nur geeignet, erforderlich und angemessen sein. Sie haben auch Grenzen der Zumutbarkeit. Diese folgen aus ihrer Disponibilität (aa) und ihren Kosten (bb).

aa) Disponibilität von Alternativen für den Vorhabenträger

Welche Alternativen in Betracht zu ziehen sind, hängt auch von ihrer **Disponibilität** für den Vorhabenträger ab, also davon, ob der Akteur eine Alternative tatsächlich und rechtlich verwirklichen kann.

196 So für die UVP Schneider (1991) S. 113–116.

197 Weiterführend Ramsauer (2003) S. 718–723, der empfiehlt, die strenge Unterscheidung von bindenden und offenen Regelungen zugunsten einer fallbezogenen nachvollziehenden Prüfung aufzugeben.

198 § 7a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 TierschutzG.

199 BVerfG v. 20.6.1994, 1 BvL 12/94 (Tierversuche) NVwZ 1994, 894.

Zunächst ist zu unterscheiden, ob es sich um ein öffentliches oder privates Projekt handelt. Bei **öffentlichen Projekten** stehen öffentliche Projektinteressen und öffentliche Umweltinteressen im Konflikt. Die Projektträger sind Funktionäre der jeweiligen Interessen und deshalb austauschbar: derjenige ist „zuständig“, der das jeweils gewichtigere Interesse vertritt. Ein Beispiel: Zwischen den Orten A und B soll eine Straße gebaut werden. Ziel ist, den Berufsverkehr, der zwischen der Schlafstadt A und der Industriestadt B hin und her fließt, zu erleichtern. Eine Bewertung am Maßstab eines höheren Ziels, der Befriedigung des Verkehrsbedarfs, führt dazu, dass dieser durch die Schaffung von Arbeitsplätzen in der Stadt A oder durch die Schaffung von Wohnungen in der Stadt B entlastet werden könnte. Diese anderen Ziele wären durch andere Maßnahmen besser erreichbar als durch den Bau der Straße. Solche Maßnahmen sind für das Straßenbauamt nicht disponibel, aber es könnte mit anderen zuständigen Behörden kooperieren und die Planfeststellungsbehörde könnte darauf verweisen.

Bei **privaten Projekten** kommt es darauf an, ob man die Alternativenprüfung primär als Grundrechtseingriff oder primär als Umweltschutzzinstrument versteht. Ich denke, es ist primär ein Umweltschutzzinstrument, das zugleich auch die Grundrechte einschränkt. Es ist dadurch charakterisiert, dass es die klassische Setzung von äußeren Umweltbelastungsgrenzen um eine neue Anforderung ergänzt: die knappen natürlichen Ressourcen sollen nur von solchen Vorhaben genutzt werden, die am wenigsten in sie eingreifen. Es handelt sich also um ein Instrument der Vorsorge, des Nichtausreizens der Gefahrengrenze, des Ausschöpfens des Machbaren, Vermeidbaren unterhalb der Grenze des *prima facie* Tolerierbaren, in gewisser Weise also um die Erweiterung des Verhältnisses, in dem die Maßstäbe Stand der Technik und Gefahrvermeidung zueinanderstehen. Dabei bietet sich an, nach einem Grundsatz „je stärker der Umwelteingriff, desto disponibler Projektträger und Projektbedingungen“ zu verfahren.

Auch unter Aspekten des Grundrechtsschutzes bleibt noch ein recht breites Spektrum im Spiel. So sind für den Erbauer einer Fabrikationsanlage über Technikalternativen hinaus auch Standortalternativen disponibel, wenn das entsprechende Grundstück erwerbbar ist und die Kosten sich im Rahmen halten.

In gewisser Weise sind für den Betreiber sogar solche Varianten verfügbar, die seinem Willen widersprechen, nämlich der Verzicht auf das Projekt. Ein Beispiel ist die mechanische Unkrautbeseitigung als Alternative zum chemischen Herbizid. Sie wird vom Herbizidhersteller nicht angeboten, gewinnt aber an Verwirklichungschancen, wenn das Herbizid nicht zuge-

lassen wird. Der Hersteller fördert durch Wahl der Null-Variante also die Anwendung mechanischer Verfahren.

bb) Kosten der Alternativen

Wie oben zu A V. dargelegt, ist zwischen der öV einerseits und der ökonomischen, gesellschaftlichen und finanzwirtschaftlichen Verhältnismäßigkeit andererseits zu unterscheiden. Die von den letzteren angestellte Kalkulation der Kosten einer Zielverwirklichung kann in die öV in der Weise einfließen, dass bei privaten Projekten die privaten Kosten und bei Infrastrukturprojekten die Haushaltskosten berücksichtigt werden. Da der Umweltschutz aber durch rechtliche Vorgabe einer öV Vorrang genießt, müssen gesteigerte Kosten in einem gewissen Umfang hingenommen werden. Sie dürfen aber keinen „unverhältnismäßigen Aufwand“ verursachen.²⁰⁰

Das hier relevante „Verhältnis“ ist eines zwischen den **Kosten der Alternativen** und dem **mit den Alternativen erzielbaren Nutzen**. Zum Beispiel können die jeweiligen Kosten alternativer Straßentrassen in Relation zu erwartbaren Verkehrsleistungen einer Straße gesetzt werden, oder die Kosten der Herstellung verschiedener Chemikalien in Relation zu dem erzielbaren Verkaufsgewinn, oder die Kosten verschiedener Produktionstechniken in Relation zu dem Gewinn aus der Vermarktung der erzeugten Produkte. Der Netto-Nutzen oder die Netto-Kosten der Alternativen fließen dann in die Kalkulation der öV ein.²⁰¹ Erbringt eine Alternative geringere Netto-Nutzen als ein andere, so muss dies im Rahmen der öV hingenommen werden, wenn die erstere Alternative zu geringeren Umwelteingriffen führt. Ergeben sich dagegen Netto-Kosten, ist die Alternative also unrentabel, scheidet sie bei privaten Vorhaben grundsätzlich aus, außer, wenn es um besonders intensive Umwelteingriffe (wie z.B. um hochgefährliche Chemikalien) geht. Bei öffentlichen Vorhaben werden die Nettokosten dagegen u.U. aus politischen Gründen hingenommen.²⁰²

200 S. näher unten B IV. 7. b).

201 S. näher oben A V.

202 S. näher unten zu B IV. 7. b).

3. Prüfung der Vorhabenziele

Wie mehrfach erläutert, umfasst die öV je nach ihrer konkreten Ausgestaltung neben der Alternativenprüfung auch eine Betrachtung des Ziels des jeweiligen Vorhabens. Dieses Ziel hat u. a. drei wesentliche Funktionen: Es bestimmt die Bandbreite der zu prüfenden Alternativen mit (a). Es ist Bezugspunkt für die Beurteilung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Alternativen (b). Und wenn eine Zielprüfung normativ gefordert ist, entscheidet es darüber, ob das Vorhaben zulässig ist oder nicht (c).

a) Abstraktionshöhe der Ziele und Bandbreite der Alternativen

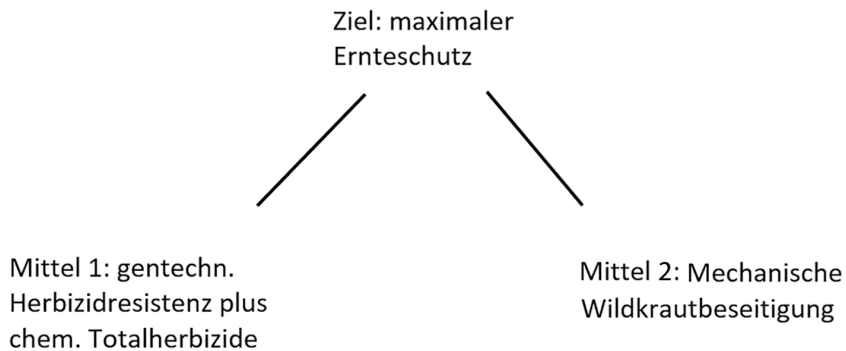
Vorhabenträger pflegen ihre Zielsetzung sehr konkret zu definieren, und möglichst so, dass das Ziel mit dem Vorhaben identisch ist. Dann schrumpfen die denkbaren Alternativen just auf das geplante Vorhaben selbst. Dagegen kann das konkrete Ziel abstrahiert werden, indem es am **Maßstab eines höheren Zieles** nur als eine Variante neben anderen erscheint.

Ein Beispiel möge dies illustrieren. Als Ziel von Pflanzenschutzmitteln sei die möglichst hundertprozentige Sicherung der Kultur und ihrer Ernte vor Wildkraut, dem sog. Unkraut, angenommen. Bei einem solchen konkreten Ziel besteht das effektivste Mittel darin, die Kulturpflanzen gentechnisch herbizidresistent zu machen und ihren Aufwuchs durch ein Totalherbizid (das nur die Kulturpflanze überlebt) zu schützen. Nachteilige Nebenfolge ist, dass dem Wildkraut und den von ihm abhängigen Arten Lebensmöglichkeiten genommen werden, insbesondere, wenn man unterstellt, dass die Kombination Herbizidresistenz/Totalherbizid sich als Normalfall der Landwirtschaft durchsetzt.

Man könnte nun einen Vergleich mit weniger effektiven Mitteln, die dem Unkraut in gewissem Maße noch Entfaltungschancen geben, fordern. Dann müsste man aber rechtlich zulassen, dass die Behörde die effektivste Variante zugunsten einer weniger effektiven zurückweist. Bei einer solchen Prüfung der Zielkonformität müsste allerdings ein gewisser Einschätzungsspielraum angenommen werden, weil unterschiedliche Varianten selten in exakt gleicher Weise „zielführend“ sind.

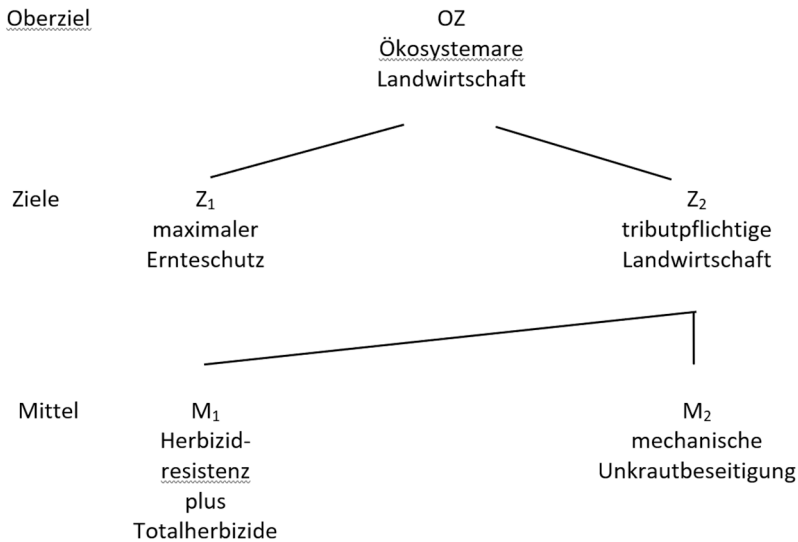
Die Kalkulation ist in Grafik 5 schematisch dargestellt. Im Ergebnis des Beispiels ist Mittel 1 (gentechnisch hergestellte Herbizidresistenz) effektiver als Mittel 2 (mechanische Wildkrautbeseitigung), aber Z (maximaler Ernte-

schutz) ist nicht gewichtig genug, um Mittel 1 als angemessen zu rechtfertigen.



Grafik 5: Angemessenheit von Mittel und Ziel.

Eine andere Möglichkeit besteht nun aber darin, das Ziel selbst in Frage zu stellen. Die Vorstellung einer möglichst hundertprozentigen Ernte würde einer anderen gegenübergestellt, nach der jede Landwirtschaft einen Teil ihrer Kultur sozusagen als Tribut an die Natur abführen muss. Beide Ziele würden als Unterziele an einem höherstufigen Oberziel gemessen, als welches eine ökosystemare Landwirtschaft gesetzt werden könnte. Vermutlich würde das zweitgenannte Unterziel (die tributpflichtige Landwirtschaft) insoweit besser abschneiden und als maßgeblich anzusehen sein. Dieses Ziel ist durch den nicht-perfekten Pflanzenschutz effektiver erreichbar (wobei außer Acht bleibt, dass noch zwischen chemischen und anderen Mitteln zu unterscheiden wäre). Grafik 6 stellt dies schematisch dar.



Grafik 6: Zielbewertung durch Zielvergleich am Maßstab eines Oberzieles. Beispiel Landwirtschaft. Ergebnis: Z₂ höherwertig als Z₁, folglich M₂ effektiver als M₁.

Als allgemeine Orientierung sollte eine **mittlere Stufe der Abstraktheit von Zielen** gesucht werden, wobei das Ziel umso abstrakter zu setzen ist, je stärker der Umwelteingriff ausfällt. Im Beispiel der Elbvertiefung mit ihren Eingriffen in Wasserqualität und Natur ginge es z.B. nicht an, das Ziel schlicht als Flussvertiefung zu definieren; dann gäbe es Varianten nur im kleinteiligen Verlauf der Schifffahrtsrinne. Wird als Ziel vielmehr die Funktionsfähigkeit des Hamburger Hafens definiert, so vergrößert sich das Spektrum.

b) Ziel als Bezugspunkt für die Alternativenprüfung

Die Geeignetheit alternativer Vorhabengestaltung kann nur beurteilt werden, wenn ein Ziel bekannt ist, dass erreicht werden soll. Ein Beispiel: Zu den Kriterien der Zulassung von Pflanzenschutzmitteln (PSM) gehört unter anderen, dass das Mittel wirksam ist. Wenn es Pflanzenschutz nicht bewirkt, wird es nicht zugelassen. Da PSM oft schädliche Nebenwirkungen

haben, würde sonst ein überflüssiges Risiko (auch Unsinnrisiko genannt) ermöglicht.

Auch die Erforderlichkeit von Alternativen, m. a. W. die Suche nach möglichst geringen Umwelteingriffen orientiert sich am Vorhabenziel, weil die Bandbreite möglicher Alternativen und damit womöglich wenig eingreifender Varianten sich mit der Abstraktionshöhe der Alternativen erweitert.

Im Hinblick auf die Angemessenheit der Alternativen ist das Ziel Ausgangspunkt für Bestimmung seines (positiven) Gewichts, mit dem das (negative) Gewicht des Umwelteingriffs abgewogen wird.

c) Ziel als Kriterium der Zulässigkeit des Vorhabens

Das Gewicht des Zieles ist maßgeblich dafür, ob der mit dem Vorhaben verbundene Umwelteingriff gerechtfertigt werden kann. Dies hängt davon ab, ob das Ziel subjektiv oder objektiv bestimmt wird (aa), auf welcher logischen Ebene Ziele beurteilt werden (bb) und welche Bewertungskriterien anwendbar sind (cc).

aa) Subjektive oder objektive Zielbestimmung

Die Alternativenprüfung ist rechtlich in ihrer Grundform so strukturiert, dass das steuernde Ziel so hingenommen wird, wie es der Akteur gesetzt hat. Gesteigerte Formen verlangen jedoch eine Offenlegung und Rechtfertigung von Zielen. Dies ist eher der Fall, wenn es sich um einen öffentlichen Vorhabenträger handelt, ist aber auch im Hinblick auf private Unternehmen anzutreffen. Beispiele sind die Planfeststellung von Infrastrukturanlagen einerseits und die Genehmigung von Industrieanlagen andererseits.²⁰³ Zudem ist es umso mehr der Fall, je stärker in Umweltgüter eingegriffen wird. Beispiele hierfür sind die Zulassung der Herstellung und Vermarktung besonders gefährlicher Chemikalien sowie die Zulassung von Eingriffen in besonders geschützte Natur.²⁰⁴

203 Dazu Näheres unten zu B II und B VI.

204 Dazu Näheres unten B V. und VI.

bb) Begründete Ziele und reale Motive

Es besteht ein Unterschied zwischen **zwei logischen Ebenen der Zielbestimmung**. Die eine Ebene ist die der wirklichen, die andere die der begründeten Absichten. Die Begründung eines Zieles nimmt auf einen Wertekanon Bezug. Dem steht die Realität der Motive gegenüber.²⁰⁵ Man könnte auch von einerseits **offiziellen**, andererseits **offiziösen** Zielen sprechen.

Der private Unternehmer, der z.B. Biozide herstellt, tut dies in der Absicht, Gewinn zu erzielen. Gefragt, was sein berufliches Ziel sei, wird er antworten, er produziere etwas, was die Menschen in die Lage versetzt, sich vor Schädlingen zu schützen.²⁰⁶ Dies mag auch sein eigentliches Anliegen sein, aber doch nicht so sehr, dass er es auch dann noch verfolgen würde, wenn es ihm keinen Gewinn einbrächte.

Der Verwaltungsbeamte, der eine neue Kläranlage entwirft, tut dies u. a. in der Absicht, einen Auftrag seines Vorgesetzten zu erfüllen und sich für einen höheren Posten zu empfehlen. Der Vorgesetzte seinerseits möchte mit dem Projekt den Bestand und Ausbau seiner Abteilung sichern. Beide werden ihre Arbeit aber anders darstellen, nämlich als wichtigen Beitrag zur Abwasserreinigung.²⁰⁷

Soweit das Recht bei der Kontrolle unter Umweltschutzaspekten Ziele in Betracht zieht, sind (ohne dass dies explizit gemacht wird) immer die **begründeten Ziele** angesprochen. Man kann dies auch als rechtlich legitimierte Interessen bezeichnen.

205 Der Punkt müsste eigentlich erheblich vertieft werden. Hier wären verschiedene Theorieansätze aufzuarbeiten, die ähnliche Unterscheidungen anbieten, in der unterschiedlichen Begrifflichkeit aber jeweils bestimmte Aspekte hervorheben. Man denke etwa an V. Paretos allgemeine Kategorien der social needs und subjective utility (Pareto (1935) § 2271 und passim); die Unterscheidung der marxistischen Ökonomie zwischen Gebrauchswert und Tauschwert, die staatsrechtliche Unterscheidung zwischen politischer Moral und Staatsräson (vgl. Meinecke (1963)); und die Kritik am homo oeconomicus als Verhaltensmodell in der Ökonomie (vgl. Kirchgässner (2013)).

206 In der Betriebswirtschaftslehre wird der logische Unterschied dieser beiden Schichten anscheinend nicht thematisiert. Vgl. z.B. Kramer/Appelt (1974), die unverbunden mal den Mehrumsatz (S. 26, 37), mal eine verbesserte Lebensqualität und die Deckung des Marktbedarfs (S. 16) als Unternehmensziele bezeichnen.

207 Pareto nennt solche Darstellungen Derivationen (Pareto (1935) §§ 1397 ff.), blendet damit allerdings aus, dass Funktionäre auch „tatsächlich“ begründbare Interessen vertreten.

Wenn beispielsweise für die Zulassung einer Teststrecke für Kraftfahrzeuge im Rahmen von § 15 Abs. 5 BNatSchG abzuwägen ist, ob die Belange des Naturschutzes den Belangen des in die Natur eingreifenden Vorhabens gegenüber vorrangig sind, wird nicht „eingestellt“ werden, dass der Pkw-Hersteller dadurch seine Rendite steigern kann, sondern, dass durch das Projekt Arbeitsplätze geschaffen werden und die Nachfrage nach schnellen und sicheren Autos befriedigt wird. Ob diese Folgen öffentliche Interessen darstellen, ist eine andere Frage, die innerhalb der Spektrums begründbarer öffentlicher Interessen beantwortet werden muss.²⁰⁸

Die Trennung zwischen den offiziösen oder wirklichen und den rechtlich geschützten Interessen oder Zielen ist allerdings alles andere als eindeutig, und zwar aus strukturellen Gründen, denn in der Marktwirtschaft wird die **private Interessenmaximierung** ja gerade als **gesellschaftlich erwünscht** angesehen. Soweit das Recht aber (etwa durch Eröffnung von Umweltnutzungsmöglichkeiten) Chancen zuteilt, funktioniert die unsichtbare Hand nicht. Sichtbar werdend, verlangt sie deshalb die Darlegung, dass die private Interessenmaximierung wirklich der Gesellschaft dient. Ein Beweis und eine Bewertung, dass der Beitrag nützlich ist, ist mit der Behauptung noch nicht automatisch verbunden. Er kann aber rechtlich zusätzlich gefordert werden.

Dass es auf das rechtlich geschützte Ziel und nicht das wirkliche Motiv ankommt, ist von erheblicher Bedeutung für die Auswahl der zu erwägenden Alternativen. Würde man z.B. im Fall des Biozidherstellers das Renditeinteresse einbeziehen, so hieße Alternativenprüfung, dass verschiedene Varianten der Renditeverbesserung zu erwägen wären, wie z.B. Herstellung von Kosmetika, Ankauf von Rentenpapieren etc., je nachdem, was gerade mehr abwirft. Im Falle der Straßenbauabteilung müsste man sich als Alternative zum Straßenbau überlegen, ob der Abteilung nicht andere Zuständigkeiten mit mehr Befugnissen und Aufstiegschancen übertragen werden können. Es ist offensichtlich, dass dies nicht die Ebene ist, auf die es ankommt²⁰⁹ – so sehr es in der politischen Praxis geschickt sein kann,

208 S. dazu näher unten A VII 3. c) cc) iii).

209 Ebenso im Zusammenhang mit der Zulassung von Pflanzenschutzmitteln VG Braunschweig, Urteil v. 29. April 1992 – 6 A 6001/90 – Urteilsabdruck S. 25, sowie Freytag (1994) S. 114. Ob (was Freytag befürwortet) auch die Einkommen der Landwirte zu berücksichtigen sind, ist eine Frage nicht der Bestimmung, sondern der Bewertung des Handlungsziels. Da die Landwirtschaft für die Versorgung der Bevölkerung wesentlich ist, ist ihre Profitabilität anzuerkennen, aber nur als durchschnittliche, nicht etwa auf jedes einzelne Unternehmen bezogene Sicherung.

auch auf dieser Ebene Alternativen zu bedenken. Vielmehr wird rechtlich nur das Sachproblem thematisiert, eben die Versorgung mit Bioziden bzw. mit Straßen.

Es kann allerdings sein, dass eine gesetzliche Ausgestaltung der Zielrechtfertigung **die beiden Ebenen vermengt**. Das ist im Chemikalienrecht mit der dort sog. sozio-ökonomischen Analyse geschehen. Als Zielsetzung des Herstellers und Vermarkters eines gefährlichen Stoffes wird danach nicht nur als legitim anerkannt, dass der Stoff für den Konsum oder andere Verwendungen nützlich ist, sondern auch, dass er finanzielle Erträge bringt. Ich halte das für inakzeptabel.²¹⁰

cc) Kriterien der Zielbewertung

Die Alternativenprüfung ist, wie gesagt, meistens so ausgestaltet, dass das vom Vorhabenträger gesetzte Ziel diesem zugestanden wird. Das Recht kann aber auch eine Bewertung des Ziels vorsehen, deren Ergebnis u. U. zur Zurückweisung des Ziels führt, so dass der Akteur sich ein anderes vornehmen muss, wenn er seinen Antrag durchbringen will. Ob und wie eine solche Bewertung des Ziels gewollt ist, wird durch die einschlägigen Gesetze manchmal zum Ausdruck gebracht²¹¹, manchmal aber auch offengelassen und eher richterrechtlich unterlegt.²¹² Hier einige Beispiele: Der „Belang“ des Vorhabens muss „vorgehen“²¹³, es muss ein „öffentliches Interesse“ gegeben sein²¹⁴, das Vorhaben muss von „übergeordnetem öffentlichem Interesse sein“²¹⁵, das Vorhaben muss einen „sozio-ökonomischen Nutzen“ haben²¹⁶, oder es muss „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ bedienen.²¹⁷

Einzelheiten kommen noch bei der Behandlung des sektoralen Rechts in Kapitel B zur Sprache. An dieser Stelle geht es nur um einige übergreifende Aspekte. Nach grundsätzlichen Fragen der Bewertung von Zielen (i) soll spezifischer erörtert werden, welche Rolle Zielvergleiche am Maßstab höhe-

210 Dazu näher unten B VI. 1. c) cc).

211 So im Chemikalienrecht, s. dazu näher unten B VI. 1.

212 So im Infrastrukturrecht. Dazu näher unten B IV. 4. b).

213 § 15 Abs. 5 BNatSchG.

214 Richterrechtliches Fachplanungsrecht, s. unten B IV 3.

215 § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WHG.

216 Art. 60 Abs. 4 EU VO 1907/2006 (REACH-VO).

217 § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG.

rer Ziele spielen (ii) und – wenn auch nur kursorisch – wie öffentliche Interessen bestimmt werden können (iii).

i) Grundsätzliches

Ein Ziel zu bewerten bedeutet, sein Gewicht zu bestimmen. Dieses Gewicht kann dann im Verhältnis zu dem Gewicht des Umwelteingriffs abgewogen werden. Das **Eigengewicht eines Zieles** kann verfassungsrechtlich und gesetzlich vorgegeben sein. Unabhängig davon – oder soweit rechtlich keine Vorgaben existieren – lässt sich das **Gewicht in Relation zu anderen Zielen** eruieren. Zudem ergibt es sich oft auch erst aus einer Relation zum Gewicht des Umwelteingriffs.²¹⁸

In den Rechtsbereichen, in denen Elemente der öV vorgesehen sind, werden als Ziele solche der **gesellschaftlichen Wohlfahrt** angenommen. Zu diesen gehört eine Vielfalt von allgemeinen Interessen wie die Erschließung und Bebauung von Grund und Boden, die Herstellung und der Konsum von Produkten, die Verwendung von Energie, der Transport von Personen und Gegenständen und vieles mehr. Zum Beispiel wird als Ziel der Straßenplanung die Befriedigung von Verkehrsnachfrage und als Ziel der Gefahrstoffvermarktung die Versorgung mit Chemikalien angenommen. Das Gewicht dieser Ziele ist in fast allen heutigen Gesellschaften traditionell enorm hoch und gegen Kritik weitgehend immunisiert. Zu ihrer Stützung werden Grundrechte als „objektive Wertentscheidungen“ so interpretiert, dass sie ein hohes Niveau von Wohlfahrt im Privatleben, im Beruf, in der Eigentumsnutzung etc. legitimieren. Daraus und aus Art. 109 Abs. 2 GG wird sogar ein verfassungsrechtliches Gebot der „Wachstumsvorsorge“ abgeleitet.²¹⁹

Allgemeiner ist damit die Überlastung der Umwelt durch eine entgrenzte **quantitative Steigerung von Güterproduktion, Konsum und materieller Infrastruktur** angesprochen. Soweit technische Fortschritte gemacht werden und einzelne Einheiten umweltverträglicher gestaltet werden, wird dies durch die schiere Menge der Einheiten oft überrannt.

218 Vgl. die Beobachtung von Kingreen/Poscher (2023) S. 285: „Wenn ein Gemeinschaftszweck oder -gut tatsächlich nur um den teureren Preis eines intensiven Grundrechtseingriffs erreicht werden kann, dann zeigt sich regelmäßig eben darin sein hoher Wert.“

219 Vgl. Chr. Calliess (2002) S. 263, 294.

Deshalb ist eine **grundsätzlichere Reflexion über Wohlfahrtsziele** angebracht. Dazu gehört eine Klärung des modernen Menschenbildes. Sie müsste die **anthropologischen Aspekte** im Übergang von der stationären **Bedarfsdeckungswirtschaft** zur kapitalistischen Wirtschaft nachvollziehen²²⁰ und im ökonomisch-ökologischen Diskurs der Gegenwart neu zu verstehen versuchen, wie die eigenartige Kombination von rastlosem beruflichem Schaffen und Akkumulieren einerseits und asketischer Unfähigkeit zum müßigen Genuss andererseits, welche die protestantische Ethik dem „Geist“ des Kapitalismus eingab²²¹, sich ausgewirkt hat. Der dieser Tradition entsprechende **homo oeconomicus** müsste mit der geistesgeschichtlichen Entwicklung des kollektiven zum individuellen Menschen, der **Trennung von Mensch und Natur** (oder von Geist und Körper) sowie der Differenz von **bourgeois und citoyen** zusammengeführt werden. Eine solche neue Anthropologie des Anthropozän wäre da erst noch zu entwickeln. Im Einzelnen kann dieser geistesgeschichtliche Hintergrund hier nicht ausgeführt werden.²²² Parallel dazu wäre die Konzeption selbststeuernder Unternehmen zu entwickeln.²²³

Für unseren Zusammenhang sei nur festgehalten, dass das Problem der Fixierung auf quantitatives Wachstum wohl zunächst eines der **Selbstbestimmung des Menschen** – als Individuum und als Organisation – ist und gar nicht so sehr eines der Öffnung für die Belange der Natur. Manches wäre gewonnen, wenn an Naturzerstörung nur das entfele, was jener Rast- und Genusslosigkeit geopfert wird, was also Bedürfnissen dient, die noch vor aller Rücksicht auf die Umwelt aus einer durchaus menschlichen, gar anthropozentrischen Reflexion hervorgehen.

Vieles, was hier aufzuarbeiten ist, ist habituell eingeschliffen und durch Argumentation schwer zu verändern.²²⁴ Aber das Argumentieren hat doch auch eine Rolle zu spielen, und soweit seine Chancen reichen ist die Er-

220 Dazu mit ausführlicher Analyse der liberalistischen Doktrin Lepenies (2022) S. 74–177.

221 S. dazu M. Weber (1904/05) insbes. S. 124: „Nicht Muße und Genuß, sondern *nur Handeln* dient nach dem unzweideutig geoffenbarten Willen Gottes zur Mehrung seines Ruhms“ (Zitat Webers aus dem Werk von Barclay, einem praktischen Theologen des Calvinismus). Über die christliche Abwehr des Libidinösen Lyotard (1974, Ausg. 1984) bes. S. 295–350.

222 Ansätze bei Winter (2017) S. 271–272; s. auch Verbeek (1994) und besonders eindrucksvoll Lepenies (2022) S. 187–225.

223 S. dazu für viele Spießhofer (2017).

224 Vgl. Fisahn (1999) S. 405–415, der diese unreflektierte Zielhinnahme als „vorbewusste Ordnung“ im Rechtsvollzug charakterisiert.

wägung von Alternativen ein interessanter Topos. Sie hat anderen Weisen der Bedürfniskritik voraus, dass sie nicht Inhaltliches, sondern einen Erwägungsmodus empfiehlt, nämlich Ziele mit anderen Zielen in Beziehung zu setzen und dadurch zu bewerten.²²⁵

Jedenfalls ist aber der Begriff des **Bedarfs** nicht rein quantitativ als **Nachfrage** nach einem Ergebnis zu verstehen, wie z.B. im Verkehrssektor als quantitative Nachfrage nach Verkehrsvorgängen. Vielmehr muss eine **Bewertung** erfolgen, also gefragt werden, ob die Nachfrage begründbar ist, zum Beispiel, ob das Vorhaben vielleicht nur neue Nachfrage erzeugt statt sie zu stillen.²²⁶ In Bezug auf Ziele von Konsumenten ist Bedarf nicht mit Bedürfnis zu verwechseln. Bedürfnisse sind Anhaltspunkte für Bedarf, aber nicht mit diesem identisch, weil dieser eine Bewertung enthält.

Verknappung von Umweltgütern kann auch dazu führen, dass der Staat auch die privaten Zielsetzungen in Frage stellt. Ein Beispiel: nach der **CITES-Verordnung** der EU ist der Import von Tieren und Pflanzen, die der Natur entnommen sind, nicht für „hauptsächlich kommerzielle Zwecke“ (sondern nur für Zwecke der Forschung, Zucht etc.) zulässig.²²⁷ Der kommerzielle Nutzen wird hier also als weniger wichtig angesehen. Es werden dabei nicht nur Alternativen der Zielerreichung, sondern auch Alternativen zu dem zu erreichenden Ziel selbst verglichen.²²⁸ Längst bekannt sind solche Zielbewertungen im Wasserrecht, wenn die Belastbarkeit von Gewässern mit Schadstoffen und die Knappheit von Trinkwasserressourcen zu bewirtschaften sind.²²⁹

ii) Zielvergleiche

Das Gewicht eines zunächst absolut gesetzten Zieles kann dadurch gemindert werden, dass es als **Unterziel an einem höheren Ziel gemessen** und mit einem anderen Unterziel verglichen wird. Diese Operation wurde oben bereits als ein Weg beschrieben, wie die Bandbreite der Alternativen erwei-

225 S. dazu näher unten A VII. 3. c) cc) ii).

226 Dazu näher unten B IV.9.

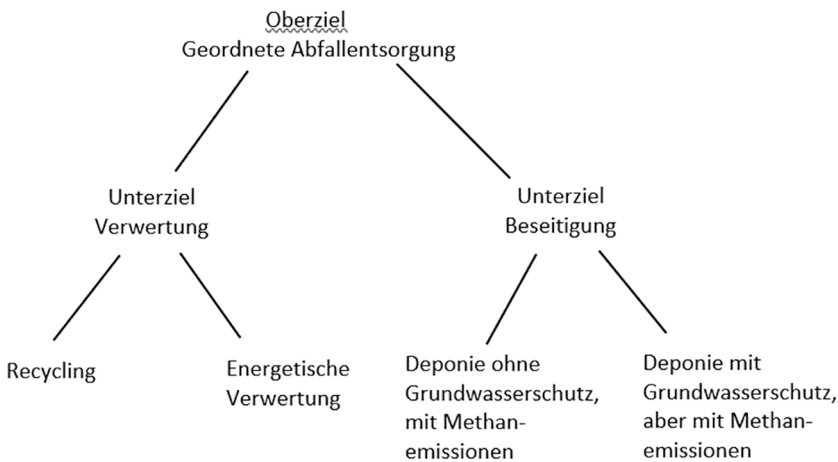
227 Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 9. Dezember 1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels, Abl. 061 vom 3.3.1997, S. 1, i.d.F. der Verordnung (EU) 2023/966 der Kommission vom 15. Mai 2023, Abl. L 133, 1 v. 17.5.2023, Art. 1 Abs. 1 d).

228 Zum logischen Aufbau der beiden Varianten s. später.

229 Dazu näher unten B III.

tert werden kann.²³⁰ Sie dient aber zugleich auch der Gewichtung von Zielen.

Hierzu ein Beispiel: Eine Gemeinde will die Kapazität ihrer **Abfalldeponie** ausweiten. Damit sind Umwelteingriffe wie eine Versickerung von Schadstoffen in das Grundwasser und Emissionen von Methan verbunden. Alternativen der Abdichtung der Deponie gegen Versickerungen sind getestet und geplant, die Methanemissionen sind dagegen unvermeidbar. Das unmittelbare Ziel besteht darin, die immer weiter zunehmende Menge von Abfall zu entsorgen. Die zuständige Behörde ist der Auffassung, dass dieses Ziel gewichtiger ist als die Vermeidung von Emissionen. Das Gewicht dieses Zieles verringert sich jedoch, wenn es als Unterziel an einem höheren Oberziel gemessen wird, das als eine geordnete Abfallentsorgung bestimmt werden kann. Dann präsentiert sich ein alternatives Unterziel, nämlich das stoffliche Recycling und die energetische Abfallverwertung. Das Gewicht der Abfalldeponierung nimmt dadurch ab und das der Abfallverwertung zu, weil die Letztere die zu deponierende Abfallmenge verringert und ohne Methanemissionen verwirklicht werden kann. Das Beispiel ist in Grafik 7 schematisch dargestellt.



Grafik 7: Zielbewertung am Maßstab eines Oberziels, Bsp. Abfallwirtschaft.

230 S. oben B VII 3. a).

Die Enquête-Kommission „Schutz des Menschen und der Umwelt“ des Deutschen Bundestages bezeichnet (im Zusammenhang mit dem Stoffrecht) die beschriebene Zielbewertung mittels Zielvergleichs als absolute Bedarfsprüfung (und dementsprechend die Alternativenprüfung bei hingenommenem Ziel als relative Bedarfsprüfung).²³¹ Auch in der Literatur und teils auch in der Rechtsprechung wird im Zusammenhang mit der Planrechtfertigung für Infrastrukturvorhaben ebenfalls von Bedarfsprüfung gesprochen, wobei aber nur an die Zielbewertung gedacht ist.²³² Vielleicht ist es klarer, für die relative Bedarfsprüfung von einer „**Prüfung von instrumentellen Alternativen**“ und für die absolute Bedarfsprüfung von einer „**Prüfung von Zielalternativen**“ zu sprechen.

iii) Ziele im öffentlichen Interesse

Soweit rechtlich eine Bewertung der Ziele vorgesehen ist, kann dies im Sinne einer **allgemeinen Begründbarkeit** geschehen, die darauf abzielt, das relative Gewicht eines Zieles festzustellen und damit eine Auswahl zwischen instrumentellen Alternativen und Zielalternativen zu ermöglichen.

Das Recht kann aber auch besondere Anforderungen an die Begründung stellen, insbesondere, indem es verlangt, dass das Ziel einem **öffentlichen Interesse** entsprechen muss. Dies ist dann zu erwarten, wenn der Umwelt Eingriff besonders schwer wiegt.

Was aber unter öffentlichen Interessen zu verstehen ist, ist offensichtlich eine schwierige Frage, die am besten „bottom up“ im jeweiligen Kontext der sektoralen Gesetzgebung erörtert werden soll. Dort wird sich herausstellen, dass die Anforderungen unterschiedlich streng sind. An dieser Stelle soll eine allgemeinere Betrachtung genügen.

Es wäre denkbar, dass man zwischen **zwei Stufen des öffentlichen Interesses** unterscheidet: Die erste, weniger anspruchsvolle Stufe wäre erforderlich und genügend, um Eingriffe mittleren Ausmaßes einerseits in individuelle Rechte, andererseits in Umweltgüter zu rechtfertigen. Für Eingriffe größeren Ausmaßes wäre dagegen erforderlich, dass das Vorhaben zum Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist, d. h. ein überwiegendes öffentliches Interesse verfolgt. Im Beispiel: Die Schaffung von Arbeitsplätzen wäre im Normalfall als einfaches öffentliches Interesse anzusehen, als

231 Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages (1994) S. 515.

232 Dazu näher unten B IV.4.

gesteigertes öffentliches Interesse dagegen nur in Regionen mit besonders hoher Arbeitslosigkeit.

Eine solche Stufung des öffentlichen Interesses durch Bezugnahme auf die Schwere des mit ihm zu rechtfertigenden Eingriffs ist sowohl im Kontext der Eigentumsgarantie wie auch im Kontext des Naturschutzes vorfindbar, wenn auch nicht allgemein geläufig.

So ist im deutschen Recht die Zulässigkeitsvoraussetzung für eine **Enteignung**, dass diese nämlich zum **Wohl der Allgemeinheit** erforderlich ist, so zu verstehen, dass ein einfaches öffentliches Interesse nicht genügt. Wenn z.B. durch eine Gondelbahn die Erreichbarkeit einer Anhöhe, auf die man mühelos fahren und wandern kann, verbessert werden soll, so mag dies im öffentlichen Interesse sein, ein gesteigertes Wohl der Allgemeinheit, das die dingliche Belastung der überflogenen Grundstücke zu rechtfertigen vermöchte, ist damit aber nicht verbunden.²³³ Oder wenn eine Rennstrecke für einen Automobilhersteller angelegt werden soll, ist die Erwartung vermehrter Arbeitsplatzschaffung nur hinreichender Grund, wenn der Gesetzgeber dies zum Ausdruck gebracht hat.²³⁴

Ganz ähnlich differenziert die **FFH-Richtlinie** zwischen zwei Niveaus des öffentlichen Interesses, und zwar einem, das bei Beeinträchtigungen von normalen Schutzgebieten gegeben sein muss, und einem gesteigerten bei Beeinträchtigungen von Schutzgebieten „prioritärer“ (d.h. besonders seltener und wertvoller) Lebensräume und Arten.²³⁵

Neben dem Gewicht des Umwelteingriffs bieten sich weitere Gesichtspunkte an²³⁶, wie etwa die Dringlichkeit, Allgemeinheit, Unmittelbarkeit und Gewissheit des Interesses.

Die Schwierigkeit, Ziele zu rechtfertigen, gibt Anlass zu fragen, ob ein geeignetes **Untersuchungsinstrument** zur Verfügung steht. Das ist bemerkenswerterweise nicht der Fall. Für Umwelteingriffe gibt es mit der UVP und ggf SUP ein geeignetes Konzept, während hinsichtlich der Zielsetzung oft nur pauschale Behauptungen aufgestellt werden. Anregungen dafür könnten sich vielleicht aus dem US-amerikanischen Recht der UVP erge-

233 So Böhmer in seinem Sondervotum in BVerfG v. 16.12.1980, 1 BvR 92/96/71 (Dürkheimer Gondelbahn), BVerfGE 56, 249 (273 ff.).

234 BVerfG v. 24.3.1987, 1 BvR 1046/85 (Autoteststrecke Boxberg), BVerfGE 74, 264 (282–287).

235 Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 1 bzw. 2 FFH-Richtlinie. Als gesteigertes Interesse wird genannt: Gesundheitsschutz, Verbesserung der Umweltverhältnisse und solches Interesse, zu dem die Kommission eine entsprechende Stellungnahme abgegeben hat.

236 S. die Vorschläge von Fisahn (2003) S. 198–200.

ben, denn diese erstreckt sich auch auf die sozio-ökonomische Dimension von Vorhaben.²³⁷

4. Alternativen und Ziele bei besonderer Knappheit

Wenn die natürlichen Ressourcen besonders knapp werden, sind besonders intensive Regulierungsformen anzutreffen. Wie bereits oben zu A II. 3. c) skizziert, handelt es sich um drei als gubernativ bezeichnete Modelle, nämlich den **Ausstieg** aus ressourcenschädigenden, die **Bewirtschaftung** von ressourcenverzehrenden und der **Anschub** von ressourcenschonenden Vorhaben. Bei ihnen tritt die öV in besonderen Formen auf, die nun näher charakterisiert werden sollen.

a) Ausstieg und Bewirtschaftung

Da Ausstieg und Bewirtschaftung meist kombiniert werden, können sie gemeinsam behandelt werden. Die Ausgangslage, die besondere Knappheit, kann realiter oder auf Grund gesetzlicher Festlegung erscheinen.²³⁸ Ein prominentes Beispiel für reale Knappheit ist Trinkwasser nach anhaltender Trockenheit. Ein Beispiel für gesetzliche Verknappung ist die Emission von Treibhausgasen, deren Mengen an sich unbegrenzt sind, aber wegen ihrer schädlichen Auswirkungen budgetiert werden. In solchen Fällen kehrt sich das liberale Verhältnis – die freie Umweltnutzung beschränkt durch begründbare Eingriffe – in ein Konzept der Festlegung und Zuteilung von Nutzungsrechten um, dies im Fall des Klimarechts in Gestalt von Emissionsberechtigungen.

Die Festlegung des verfügbaren **Budgets von Nutzungsmöglichkeiten** ist die erste Stufe von Ausstiegs- und Bewirtschaftungsregimen. Unter dem Gesichtspunkt der öV handelt es sich bei der Budgetierung um die Festlegung der Basislinie, m.a.W. des Schutzbereichs der Umwelt.

Erfahrungen damit sind in einigen Politikfeldern gemacht worden, wie zum Beispiel im Recht der marinen Fischerei, in der für bestimmte Meeresregionen und Fischarten Fangquoten festgelegt und an Fischer zugeteilt

237 Über den Aufbau solcher Aspekte in der UVP s. Mareddy (2017) Kap. 10. S. auch unten zu B I. 2.

238 Zu dieser Unterscheidung s. Kupfer (2004) S. 539–543.

werden.²³⁹ Das **Klimaschutzrecht** ist heute das prominenteste Beispiel. Ausgangspunkt für die Emissionen der Staaten und ihrer Wirtschaft und Gesellschaft sind die globalen Emissionsbudgets. Die Art und Weise solcher Budgetierung als eines allgemeinen Problems harrt noch empirischer und theoretischer Aufarbeitung. Jedenfalls lässt sich feststellen, dass die Kriterien aus einer Mischung von realer Knappheit und politischer Setzung bestehen. Im Fischereirecht steht die reale Knappheit im Grunde fest. Sie bemisst sich an einem Niveau des Fischbestandes, das die Reproduktion des Bestandes sichert. Trotzdem wird aus wirtschaftlichen Gründen – Existenz der Betriebe, Versorgung mit Nahrungsmitteln – oft darüber hinausgegangen, so dass es zum Kollaps vieler Bestände und damit von Existenzen und Versorgung kommt.²⁴⁰ Im Klimaschutzrecht steht das real tragbare Niveau von Emissionen ebenfalls im Grunde fest: Es ist bereits jetzt überschritten. Die Grenzen des Temperaturanstiegs von 1.5°C oder gar 2°C, aus denen vermeintlich freie Budgets abgeleitet werden, sind politische Setzungen. Sie nehmen die Realität der schon jetzt eingetretenen Katastrophe in Kauf, weil die gegenwärtige wirtschaftliche Prosperität vor der zukünftigen Not Vorrang genießt, und weil die gegenwärtig noch wohlhabenden Staaten mächtiger sind als die ärmeren.

Manchmal fehlt es allerdings an einer bewussten **Budgetierung der knappen Ressource**. Dies ist zum Beispiel im Wasserrecht der Fall. Dort wird bereits das behördliche Ermessen bei der Erteilung von Einleitungserlaubnissen als Bewirtschaftungsmerkmal angesehen.²⁴¹ Wenn dieses restriktiv ausgeübt wird, dürfte aber meist eine Vorstellung von Belastungsbudgets und oft auch ein Bewirtschaftungsplan dahinterstehen.

Der zweite Schritt in Bewirtschaftungsregimen ist die **Zuteilung von Nutzungsrechten**. Unter dem Gesichtspunkt der öV handelt es sich um die Zulassung von Umwelteingriffen. Hierfür sind Kriterien notwendig, die erlauben, zwischen konkurrierenden Nutzungszwecken zu unterscheiden. Im Rahmen der öV sind solche Kriterien Maßstab für die Auswahl von Alternativen.

Politisch bequem aber rechtlich und ökonomisch zweifelhaft ist das **grandfathering**. Bisherige Nutzer erhalten den gleichen Anteil wie in einem früheren Stichjahr, gemindert um gewisse Abschläge. Das ist im Fischereirecht gängige Praxis. Die Literatur, die sich mit Zuteilungskrite-

239 Winter, Rationing (2010) S. 131–132; Markus (2009).

240 Markus (2009).

241 Breuer (2004) Rn 160–162, 486–488, 408.

rien in anderen Sektoren als der Umweltnutzung befasst, ist allerdings wenig einfallsreich. Sie empfiehlt meist Transparenz im Verfahren, Geld als Medium, wie insbesondere **Versteigerungsverfahren**²⁴² oder Kriterien der Effizienz, d.h. der Lenkung der Ressource zu ihrer einträglichsten Verwendung.²⁴³

Das gilt auch für das Klimaschutzrecht. Hauptbeispiel ist die Zuteilung von Berechtigungen, Treibhausgase zu emittieren, an energieintensive Unternehmen im sog. Emissionshandelssystem. Soweit die Emissionsberechtigungen versteigert werden, entscheidet schlicht die Verfügbarkeit von Geld.²⁴⁴

Im Rahmen der öV bleibt den Unternehmen die Alternative, in Emissionsvermeidung zu investieren oder Emissionsrechte zu erwerben. Die Alternative Emissionsvermeidung wird aber ganz der privaten Entscheidung überlassen. Das Gebot der Verwirklichung des Standes der Technik mit daraus abgeleiteten sog. „benchmarks“ entfällt.²⁴⁵ Das ist misslich, weil das zur Verfügung stehende Gesamtbudget meist nicht allein nach ökologischen Kriterien, nämlich dem erforderlichen Klimaschutz, festgelegt wird. Vielmehr fließen ökonomische Kosten und politische Prioritäten ein, die eigentlich erst auf der Stufe der Zuteilung berücksichtigungsfähig sein sollten.²⁴⁶

Hinzu kommt, dass die **Zielsetzung der Unternehmen**, die Emissionsrechte erwerben wollen, kein Zuteilungskriterium ist. Sie bleibt dem Ermessen der Unternehmen überlassen. Qualitative Kriterien wären dagegen durchaus denkbar. Dies gilt verstärkt, soweit private Haushalte in ein Emissionshandelssystem einbezogen werden, wie etwa im Gebäudesektor. Man könnte dann an Kriterien denken, die auf das Einkommen der Haushalte, die Ausstattung der betroffenen Gebäude, die Effizienz bestimmter Investitionen und anderes abstellen. Ein anderes Beispiel ist die Bewirtschaftung knapper Wasserressourcen. Trinkwasser, das kontingentiert werden muss,

242 Wollenschläger (2010) 531 ff.

243 Kupfer (2004) 537 f.

244 Inhaltlich stärker aufgeladen ist nur die kostenlose Zuteilung an Unternehmen, die im internationalen Wettbewerb stehen (sog. leakage). Solche Unternehmen müssen Anforderungen an die Emissionsreduktion erfüllen (sog. benchmarking), m.a.W. sie müssen technische Alternativen erarbeiten. S. Art. 10a Abs. 1 UA 2 Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und Rates über ein System für den Handel mit Treibhauszertifikaten, ABl. L 275/2002 S. 32, i.d.F. der Verordnung (EU) 2024/795 des Europäischen Parlaments und Rates, ABl. L 295/2024 S. 1.

245 Vgl. § 5 Abs. 2 BImSchG.

246 Winter (2009) S. 297.

darf sicherlich nicht einfach versteigert werden. Vielmehr müssen qualitative Kriterien wie persönliche Grundbedürfnisse maßgeblich sein.

Insgesamt ist festzustellen, dass das Bewirtschaftungskonzept im Ansatz zwar vorhanden ist, im Einzelnen aber im Hinblick auf die Alternativen- und Zielpfprüfung noch genauer durchdacht werden sollte. Auch die verfassungsrechtliche Verortung bedarf noch genauerer Ausarbeitung.²⁴⁷

b) Anschub erwünschter Alternativen

Wie gesagt, ist in Situationen besonderer Knappheit von Umweltgütern neben dem Ausstieg aus schädlichen Vorhaben der **Anschub** von nützlichen Varianten möglich und immer häufiger anzutreffen. Dies geschieht traditionell über finanzielle Subventionen. Ein Beispiel ist das Vergaberecht für öffentliche Aufträge. Bei ihm stellt sich unter dem Gesichtspunkt der öV die Frage, ob die Zielsetzungen der ausgeschriebenen Aufträge rechtfertigungsfähig sind und die Mittelvarianten hinreichend auf Umweltschonung ausgerichtet sind. Meist zählt als Kriterium der Alternativenwahl nur die ökonomische Effizienz. Aber in zunehmendem Umfang können auch soziale und ökologische Folgen berücksichtigt werden²⁴⁸, wenn auch meist nur als ein Gesichtspunkt und nicht als *conditio sine qua non*.

Ein Beispiel mit stärkerer Anschubwirkung ist der Ausbau von **Windenergieanlagen**. Eine wesentliche Komponente, nämlich die Verpflichtung, Windstrom zu einem bestimmten Preis zu erzeugen, ist Voraussetzung für den Zugang zu einer umfangreichen Förderung. Diese besteht aus der Bereitstellung eines Standorts für die Anlage sowie aus finanzieller Absicherung für Erzeugung und Absatz des Stroms, sei es durch einen Garantiepreis bei Einspeisung in ein Netz, einen Ausgleich von Verlusten bei Direktvermarktung (die sog. Marktpremie) oder einen Investitionszuschuss für die Erzeugung erneuerbarer Energie durch sog. Differenzverträge.²⁴⁹

In Bezug auf die öV bleibt die Zielsetzung des Vorhabenträgers nicht autonom, sondern muss auf Erzeugung von erneuerbarer Energie ausgerichtet sein, wenn das Vorhaben gefördert werden soll. Die Wahl von Vorhabenalternativen ist eingeengt auf bestimmte Standorte. Bei deren

247 Zu dieser s. unten A X. 3.

248 S. z.B. EuGH v. 17. 9. 2002, Rs C-513/99 (Concordia Bus Finland) ECLI:EU:C:2002:495 Rn 57; S. dazu grundsätzlich Franzius (2009) S. 525–527 und im Einzelnen Bungenberg (2002) S. 315 f.

249 S. dazu Kühling/Rasbach/Busch (2022) S. 274–284 und unten zu B VIII.

Ausweisung werden zwar Umwelteingriffe berücksichtigt, insgesamt wird aber die Zielsetzung, die Energieerzeugung zu steigern, im Verhältnis zum Gewicht von Umwelteingriffen priorisiert. Für die einzelne Anlage bleiben dann nur noch kleinere Variationen der Lärmreduktionen beim Bau und der Betriebssteuerung zum Schutz von Fischen und Vögeln. Im Grunde liegt in der Verengung der Alternativenprüfung eine Umkehr des Zweckes, der ursprünglich mit dieser Prüfung verbunden ist. Zielt die Alternativenprüfung herkömmlich auf eine Intensivierung des Umweltschutzes, dient sie nun der Suche nach der effektivsten Zielerreichung. Indem eine Prüfung des Gewichts des Zieles am Maßstab konkurrierender Zweck (wie etwa der Energieeinsparung) und eine Prüfung umweltverträglicherer Vorhabenalternativen abgeschnitten werden, entsteht das Risiko einer Abwertung der Biodiversität.

5. Rechtsschutzfragen

Da öV auf verschiedenen Rechtsebenen angeordnet wird und Rechtsschutz dagegen (oder dafür) von verschiedenen Betroffenen gesucht werden kann, erscheint eine Übersicht über Rechtswege, Klagebefugnis und Prüfungsumfang angebracht.

Zu unterscheiden ist zwischen verwaltungsrechtlichem Rechtsschutz gegen die Entscheidung über die Genehmigung von Anlagen oder Produkten, und verfassungsrechtlichem Rechtsschutz gegen eine gesetzliche Regelung, die Alternativen- und Zielprüfungen vorschreibt.

Gegen **Verordnungen der Europäischen Kommission** im Chemikalien- und Pflanzenschutzmittelrecht haben Dritte keine Klagebefugnis, weil sie im Sinne des Art. 263 Abs. 4 AEUV als nicht direkt betroffen und schon gar nicht als individuell betroffen anzusehen sind.²⁵⁰ Für Verbände besteht jedoch die Möglichkeit eines Widerspruchsverfahrens nach Art. 11–12 der sog. Aarhusverordnung.²⁵¹ Gegen den Widerspruchsbescheid kann dann Klage erhoben werden. Im Erfolgsfall bleibt der Ursprungsbescheid zwar

250 Reh binder (2018) S.1258 f. Zur engen Definition der individuellen Betroffenheit in der Rechtsprechung des GHEU kritisch Winter (2023) S. 85 ff.

251 Verordnung (EG) Nr. 1367/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. September 2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft, Abl. L 264 v. 25.9.2006 L 264

bestehen, kann und u. U. muss von der Kommission aber aufgehoben werden.

Der **verfassungsrechtliche Rechtsschutz** bereitet nach der Klärung des Verhältnisses von staatsbürgerlicher und ökologischer Verhältnismäßigkeit konstruktiv keine für die öV spezifischen Schwierigkeiten.²⁵² Zu erörtern sind dann Fragen des Grundrechtseingriffs und seiner möglichen Rechtfertigung. Der Rechtsweg führt über die Verfassungsbeschwerde und die Richtervorlage.²⁵³

Für den **verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz** stehen **Vorhabenträgern** die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zur Verfügung, soweit es sich um Verwaltungsakte handelt, die eine Alternativen- und Zielpfung verlangen. Soweit sie wie im Chemikalienrecht mit Kommissionsverordnungen konfrontiert sind, ist die Nichtigkeitsklage vor dem EuG möglich, wenn die Voraussetzungen der Klagebefugnis nach Art. 263 Abs 4 AEUV erfüllt sind. Da solche Verordnungen ohne weitere Durchführungsakte Wirkung entfalten, ist nur erforderlich, dass der Betreiber direkt betroffen ist, was der Fall sein wird, wenn er den fraglichen Stoff selbst herstellt bzw. in Verkehr bringt. Dann ist nicht wie sonst gefordert auch eine individuelle Betroffenheit nachzuweisen, die vom GHEU sehr eng als einzigartige Betroffenheit gedeutet wird. Ähnliches gilt im Pflanzenschutzmittelrecht für Klagen gegen die Zulassung von Wirkstoffen.

Weniger aussichtsreich ist der Rechtsschutz für **drittbetroffene Einzelpersonen**. Hinsichtlich der Genehmigung von Industrieanlagen hängt die Klagebefugnis von der gesetzlichen Schutzwirkung ab. Diese wird für die Vermeidung von schädlichen Immissionen im Sinne des § 5 Abs.1 Nr.1 BImSchG bejaht. Ob sie sich auch auf den Stand der Technik bezieht, wurde von der Rechtsprechung bisher verneint, weil der Stand der Technik im Vorsorgeprinzip verortet und dieses als nicht drittschützend angesehen wurde.²⁵⁴ Die Verweigerung von Drittschutz im Vorsorgebereich ist jedoch unionsrechtlich nicht haltbar. Der EuGH hält eine Klagebefugnis schon dann für gegeben, wenn eine Rechtsnorm auf Gesundheitsschutz der Allgemeinheit zielt. Eine Individualschutzrichtung im Sinne einer engen Schutz-

S. 13, i.d.F. der VO (EU) 2021/1767 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.10.2021, Abl. L 356 S. 1 v. 8.10.2021.

252 S. dazu oben A IV.

253 Art. 93 Abs. 4a und 100 GG.

254 BVerwG v. 18.5.1982, 7 C 42.80 (Heizölkraftwerk) BVerwGE 65, 313 (320).

normtheorie darf der Mitgliedstaat also nicht verlangen.²⁵⁵ Das BVerwG hat diesen Schritt nachvollzogen, wobei es allerdings für die Klagebefugnis und in der Sachprüfung daran festhält, dass der Kläger selbst faktisch belastet sein muss.²⁵⁶ Für die Klagebefugnis entspricht dies der Vorgabe des EuGH, hinsichtlich der Sachprüfung ist das zweifelhaft.²⁵⁷

Jedenfalls kann für Kollektivrisiken, die schwer individualisierbar sind, die **Verbandsklage** in die Bresche springen. Sie ist im Laufe der letzten Jahrzehnte immer weiter ausgedehnt worden und würde sicher auch die Klagen im Vorsorgebereich umfassen, einschließlich solcher Fälle, in denen der Stand der Technik in Frage steht.

Hinsichtlich Planfeststellungen für Infrastrukturprojekte wird die Klagebefugnis derjenigen, deren Belange in der Abwägung zu berücksichtigen sind, akzeptiert. Es hat sich aber eine eigenartige Unterscheidung hinsichtlich des **Umfangs der gerichtlichen Nachprüfung** entwickelt. Eigentümer, deren Grundstück auf der Trasse liegt und die ihr Eigentum deshalb einbüßen werden, haben Anspruch auf umfassende Überprüfung. Das bedeutet, dass Eigentümer z.B. auch rügen können, es seien Belange, die nicht in ihrem individuellen Interesse liegen (wie solche des Naturschutzes), nicht eingestellt oder falsch gewichtet worden. Demgegenüber können sonstige Betroffene nur geltend machen, ihre eigenen Belange, insbesondere ihre Gesundheit, seien nicht hinreichend berücksichtigt worden.²⁵⁸

Da Entscheidungen über konkrete Vorhaben häufig auf **planerischen Vorstufen** vorgeformt werden, stellt sich die Frage, ob schon auf der Vorstufe oder erst auf der Stufe der Endentscheidung Rechtsschutz gesucht werden kann. Es ist üblich, als Streitgegenstand nur die Endentscheidung zuzulassen, dabei aber „inzident“ eine Überprüfung der Vorstufe zu ermöglichen.²⁵⁹ Doch ist auch denkbar, Rechtsschutz bereits im Hinblick auf die Vorstufe zuzulassen, soweit auf dieser bereits mit Abschichtungswirkung

255 EuGH v. 28.5.2020, Rs C-535/18 (Autobahnzubringer Ummeln) Rn 122.

256 BVerwG v. 30.11.2020, 9 A 5.20 (Autobahn 33/B 61 – Zubringer Ummeln), BVerwGE 170, 378, Rn 43–47; BVerwGE 119, 329 (Nanopulverfabrik) 332–336.

257 EuGH Rs 535/18 Rn 135, wonach ein Mitgliedstaat die Klagebefugnis für Mitglieder der von einem Projekt betroffenen Öffentlichkeit davon abhängig machen kann, dass sie unmittelbar (d.h. selbst) betroffen sind. Auf die Sachprüfung geht der EuGH nicht ein.

258 Zur Kritik s. unten B IV. 13.

259 S. als Beispiel der Inzidentprüfung eines Regionalplans im Verfahren der Anfechtung eines Bebauungsplans BVerwG v. 7.12.2023, 4 CN 6.22 (Kohlekraftwerk Datteln 4) BVerwGE 181, 99 (Rn 21–33); s. weiter Schlarmann (1992) S. 878; Langstädtler (2021) S. 258.

entschieden wird.²⁶⁰ Der Vorteil dieser zweiten Lösung ist, dass anders als bei der ersten der weitere Planungsprozess und die mit ihm verbundene Schaffung vollendeter Tatsachen leichter aufgehoben werden kann. Ein Nachteil besteht darin, dass die Vorstufe möglicherweise gar nicht in eine nachrangige Entscheidung umgesetzt wird und ihre gerichtliche Überprüfung deshalb ins Leere läuft.

Wenn allerdings für Einzelentscheidungen keine Vorstufe vorgesehen ist, muss deren Überprüfung sich auch auf die Alternativen erstrecken, die normalerweise auf der Vorstufe entschieden werden. Das bedeutet, dass das Gericht in diesem Fall nicht nur Alternativen im Projekt, sondern auch Alternativen zum Projekt sowie auch Alternativen der Zielsetzung prüfen muss.²⁶¹

6. Bürokratische Kosten

Regulierung ist meistens mit administrativen Kosten bei Vorhabenträgern und überwachender Verwaltung verbunden. Sie haben zu einer Kritikwelle Anlass gegeben, die „Bürokratieabbau“ fordert. Das ist offensichtlich zu pauschal. Ökonomen im Gefolge des sog. **Coase-Theorems** behaupten zwar, wenn es eine Welt ohne Transaktionskosten gäbe, würde sich durch Zahlungen zwischen dem Verursacher und dem Geschädigten der effiziente Umweltschutz von selbst einstellen. Doch diese Rechnung ist realitätsfern, weil es immer Transaktionskosten gibt, weil auf beiden Seiten nicht Individuen sondern Kollektive gegenüberstehen, und weil die Ausgangsbedingungen ungleich verteilt sind.²⁶² **Brauchbar ist nur der Ansatz, genauer zu untersuchen, welche Regulierung begründbar ist und wie ihr bürokratischer Aufwand minimiert werden kann, ohne dass sie ineffektiv wird.**

Hinsichtlich der öV ist zunächst zu bemerken, dass der Grundsatz sich vor allem auf gedankliche Operationen bezieht und diese strukturiert. Er muss sich also nicht automatisch in zusätzlichem Aufwand an Personal, Studien, Aktenführung etc. niederschlagen. Er richtet sich zudem zunächst auf Selbstregulierung durch Sozialnormen und codes of conduct. Soweit der Aufwand dennoch erforderlich ist und rechtlich vorgeschrieben wird,

260 S. über Raumordnungsverfahrens Wahl (1991) S. 222 und über Planung von Höchstspannungsleitung Langstädter (2021) S. 501 f.

261 S. dazu noch unten B IV. 9.

262 Endres/Rübbelke (2022) S. 53–66.

kann er gerade durch Anwendung der öV klein gehalten werden. So kann die Auswahl alternativer Vorhaben auf diejenigen Vorhaben gelenkt werden, die die geringsten schädlichen Folgen haben. Dies wurde am Beispiel der Elbevertiefung demonstriert.²⁶³ Durch Konzentration auf vorgelagerte Faktoren kann vermieden werden, dass nachfolgenden Faktoren hinterhergelaufen werden muss. Ein Beispiel ist das Chemikalienrecht, das statt der wenigen Ausgangsstoffe die vielfältigen Gemische und Erzeugnisse steuert. Durch Alternativenprüfung auf planerischer Ebene können Alternativen auf Projektebene vorsortiert werden. Aufwandsparend ist es auch, wenn das Spektrum der zu untersuchenden Auswirkungspfade auf die wesentlichen begrenzt wird. Das gilt für die immer umfangreicher werdenden UVPen. Schließlich kann auch die Zielprüfung vereinfacht werden. Ein Beispiel ist die grenzenlose sozio-ökonomische Analyse im Chemikalienrecht, die durch einen schlichten Vergleich der Gebrauchswerte der Stoffalternativen vereinfacht werden könnte.²⁶⁴

Aber trotzdem entstehen, wenn die volle öV verbindlich umzusetzen ist, unvermeidlich Bürokratiekosten. Man muss diese dann nur gegen die **Kosten** abwägen, die entstehen, **wenn man ungeprüfte Vorhaben zulässt**. Erfahrungen sind damit reichlich gemacht worden. Man denke nur an die Kosten real existierender Schäden wie der bergbaulichen Aushöhlung des Ruhrgebiets, der Lagerung der Abfälle von Kernkraftwerken, der chemischen Kontamination der Böden und Gewässer, des Artenverlustes, des Klimawandels, etc.²⁶⁵ Vieles davon wäre vielleicht durch gut gezielte Bürokratie vermeidbar gewesen.

VIII. Verfassungsrechtliche Grundlagen der öV

Zu unterscheiden sind die verfassungsrechtlichen Grundlagen für private Akteure (1.) und für Träger hoheitlicher Daseinsvorsorge (2.). Besonders zu behandeln sind Bewirtschaftungsregimes (3.).

263 S. dazu oben A III. 2.a) bb).

264 S. dazu näher unten B VI. 1. c).

265 S. zu einer entsprechenden Argumentation Ackerman/Heinzerling (2004).

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen für private Akteure

Soweit eine Variante der öV gesetzlich vorgeschrieben ist, liegt darin ein Grundrechtseingriff, der aber rechtfertigungsfähig ist. Zwischen der Sozialnorm und dem rechtfertigungsfähigen Grundrechtseingriff erstreckt sich der **Schutzbereich des Grundrechts**. Angesichts der Dringlichkeit der Verbreitung der öV stellt sich die Frage, ob die öV vielleicht bereits im Schutzbereich angesiedelt ist. Dies würde voraussetzen, dass der Schutzbereich nicht nur Berechtigungen, sondern auch Pflichten enthält. Damit ist eine grundsätzliche Frage aufgeworfen, die zunächst beantwortet werden muss, bevor weiter gefragt werden kann, ob die öV dazu gehört (a). Wie immer diese Untersuchung ausgeht – es ist dann zu erörtern, ob eine gesetzliche Anordnung der öV einen Eingriff darstellt (b), und ob dieser gerechtfertigt werden kann (c). Weitergehend ist noch zu erörtern, ob es sogar ein Recht Dritter auf Einführung von öV-Pflichten gibt (d).

a) Ökologische Alternativenprüfung – eine Grundpflicht im Schutzbereich der Grundrechte?

Ich werde im Folgenden die These vertreten, dass die öV in der Tat eine verfassungsrechtliche Grundpflicht darstellt und insoweit den Schutzbereich der Grundrechte qualifiziert. Dabei unterstelle ich eine *lex imperfecta*, d.h. eine nicht sanktionierte Handlungsmaxime, die fordert, dass jeder Grundrechtsträger bei der Verwirklichung seiner Ziele überlegen muss, ob es Wege gibt, die mit geringeren Eingriffen in Umweltgüter auskommen, und dass er sich selbst über seine Ziele und deren Begründbarkeit Rechenschaft ablegen muss.

Zur Begründung dieser These bedarf es einiger Vorarbeiten, und zwar über die Existenz von Grundpflichten allgemein (aa), deren historischen Kontexte in der Weimarer Verfassung (bb), im Nationalsozialismus (cc) im demokratischen Sozialismus der DDR (dd), im staatlichen Interventionismus ((ee) und (ff)). Spezifisch für die ökologische Qualifizierung bietet sich eine nähere Betrachtung der Umwelt als öffentliches Gut an (gg), die dann grundrechtsdogmatisch eingeordnet wird (hh).

aa) Allgemeine Grundpflichten im Grundgesetz

Verfassungsrechtliche Grundpflichten als allgemeine Komponente des Schutzbereichs sind insgesamt ein höchst umstrittenes Thema. Dabei spreche ich nicht von den problemlos akzeptierten (oder aus anderen als kategorialen Gründen abgelehnten) Pflichten, denen die einzelnen in ihrer staatsbürgerlichen Stellung gegenüber dem Staat unterliegen, wie die Wehrdienstpflicht gemäß Art. 12a Abs. 1 GG und die öffentliche Dienstleistungspflicht gemäß Art. 12a Abs. 2 GG. Vielmehr ist die Rede von solchen Pflichten, die sich auf das Zusammenleben in der Gesellschaft beziehen. Zu ihnen gehören die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG, die für die Lehre geltende Treue zur Verfassung nach Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG und die Pflicht der Eltern zur Pflege und Erziehung der Kinder nach Art. 6 Abs. 2 GG.

Der hier vorgeschlagenen Grundpflicht kommt die **Sozialbindung des Eigentums** am nächsten. Deshalb sollen die folgenden Erörterungen an sie anknüpfen. Die einschlägige Vorschrift des Art. 14 Abs. 2 GG lautet:

„Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“

Entgegen dem Wortlaut, der an sich an Deutlichkeit ja nichts zu wünschen übriglässt,²⁶⁶ vertritt die heute herrschende Lehre die Auffassung, dass eine Grundpflicht als eine verfassungsunmittelbare Pflicht für den Eigentümer gar nicht existiere, dass Art. 14 Abs. 2 GG vielmehr allein eine Vorgabe für den Gesetzgeber sei.²⁶⁷ Als Beispiel dafür mag die Sentenz von Szczekalla stehen:

„Der Einzelne hat eben gerade *keine (Grund-)pflicht zu „Mitmenschlichkeit und Gemeinsinn“* [268], es sei denn, der Gesetzgeber zeichnet diese *abstrakte „Pflicht“* nach und setzt sie in *konkrete Handlungsgebote* um.“²⁶⁹

266 Dies war in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des Grundgesetzes noch selbstverständliche Erkenntnis, s. H. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1953, Art. 14 Nr. 2. So auch Stober (1979) S. 47–50.

267 Reimer (2023) S. 160 m.w.N. Als einsame Stimme dagegen Bryde/Wallrabenstein (2021) Art. 14 Rn 101.

268 Als Vertreter dieser abgelehnten Auffassung zitiert der Autor Denninger (1995) S. 8 ff.

269 Szczekalla (2002) S. 904 f.

Für diese Auffassung besteht eine merkwürdige Einigkeit eher demokratischer, eher liberaler und eher konservativer Positionen. Die Gründe dafür sind unterschiedlich. Bei historischer Betrachtung sind sie aber nicht überzeugend.

Die **demokratische Richtung** möchte dem Parlament die Prärogative der Ausgestaltung der Eigentumsgarantie sichern. Ihre Befürchtung ist, dass andernfalls die Gerichte die Interpretationsherrschaft usurpieren und – wie es die Entschädigungsrechtsprechung der Ziviljustiz lange Zeit vorexerziert hat – den Schutz des Eigentums zu Lasten der Allgemeinheit zu weit treiben.²⁷⁰ Die Eigentumsgarantie sei ganz wesentlich ein Geschöpf der Gesetzgebung, nicht ein vorstaatliches und – funktional gesehen – dann von den Gerichten zu dekretierendes Gebilde.²⁷¹

Die **liberale Richtung** konstruiert Eigentum als bindungslosen Freiheitsraum²⁷², in der Erwartung, dass dieser eine Quelle freier gesellschaftlicher Kreativität ist, die auch dem allgemeinen Besten dient.²⁷³

Die **konservative Richtung** bedauert die Verdrängung einer „Pflichtenethik“ durch eine „Anspruchsmentalität“, konstatiert jedoch schicksalsergeben, es wäre sinnlos, einen Katalog staatsbürgerlicher Pflichten zu fordern. „Nicht das Verfassungsgesetz ist lückenhaft, sondern das Verfassungsverständnis“.²⁷⁴

Nicht ganz eindeutig ist die Haltung des **Bundesverfassungsgerichts**. Es gibt meines Wissens keine Entscheidung, in der das Gericht sich gegen eine den Eigentümer treffende Grundpflicht ausgesprochen hat. Dagegen hat es sich gelegentlich positiv ausgesprochen. So heißt es in einem Beschluss von 1967 zum Grundstücksverkehrsrecht:

„Das Gebot sozialgerechter Nutzung ist aber nicht nur eine Anweisung für das konkrete Verhalten des Eigentümers, sondern in erster Linie eine Richtschnur für den Gesetzgeber, bei der Regelung des Eigentumsinhalts das Wohl der Allgemeinheit zu beachten.“²⁷⁵

270 So ist aus dem Gesamtzusammenhang seiner Kommentierung heraus H. Rittstieg zu verstehen, s. Rittstieg in AK-GG (1989) Art. 14/15 Rz. 152.

271 BVerfG v. 15.7.1981, 1 BvL 77/78 (Nassauskiesung) BVerfGE 58, 300 (330).

272 Papier (1994) Art. 14 Rn 299: „Der Vorbehalt des Gesetzes gilt uneingeschränkt auch im Rahmen des Art. 14, er kann nicht über angebliche verfassungsunmittelbare Eigentümerpflichten aus Art. 14 Abs. 2 letztlich zugunsten eines Richtervorbehalts derogiert werden.“

273 Ladeur (2004) S. 23 f. und passim.

274 Isensee (1982) S. 618.

275 BVerfG v. 12.1.1967, 1 BvR 169/63 (Grundstücksverkehr) BVerfGE 21, 73 (83).

„Nicht nur“ bedeutet „auch“. In einem Beschluss von 1974 zum Mietrecht spricht das Gericht von dem „**Sozialmodell**“,

„dessen normative Elemente sich einerseits aus der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums durch Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG und andererseits aus der verbindlichen Richtschnur des Art. 14 Abs. 2 GG ergeben“.

„Vorausgesetzt ist hierbei, dass das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht. Dieses Postulat einer am Gemeinwohl orientierten Nutzung umfasst auch das Gebot der Rücksichtnahme auf die Belange des einzelnen Rechtsgenossen, der auf die Nutzung des Eigentumsobjekts angewiesen ist.“²⁷⁶

Das Gericht betont dann aber die Rolle der Gesetzgebung bei der konkreten Ausgestaltung des Sozialmodells. Beides besteht also nebeneinander: eine Anweisung an den Eigentümer und eine Richtschnur für den Gesetzgeber. In späteren Entscheidungen hat das Gericht den ersten Aspekt allerdings nur selten wiederholt.²⁷⁷ Es bestand dafür auch kein Anlass, weil es jeweils zu urteilen hatte, ob sich der Gesetzgeber richtig verhalten, nämlich die Sozialbindung angemessen berücksichtigt hat. Im Vordergrund stand die Frage, ob Art. 14 Abs. 2 GG *auch* für die Inhalts- und Schrankenbestimmung gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gilt.²⁷⁸ Daraus kann man aber nicht schließen, dass er *nur* dafür gelte.

Allerdings hat das Gericht darüber hinaus festgestellt, dass sich aus Art. 14 Abs. 2 GG **kein Recht des Dritten** ergebe:

„Auf Art. 14 Abs. 2 GG kann er (scl. der Beschwerdeführer) sich zur Begründung einer grundrechtlich geschützten Befugnis des Reitens auf privaten Waldwegen nicht berufen. Durch diese Verfassungsnorm werden nicht unmittelbar Dritten, die von der Sozialbindung des Eigentums begünstigt werden, verfassungsmäßige Rechte eingeräumt. Die Ausgestaltung der Eigentumsordnung ist dem Gesetzgeber überlassen

276 BVerfG v. 23.4.1974, 1 BvR 6/74 (Mieterhöhung) BVerfGE 37, 132 (140).

277 So etwa in BVerfG v. 4.2.1975, 2 BvL 5/74 (Zweckentfremdung von Wohnraum) BVerfGE 38, 348 (370f.).

278 Besonders ausführlich: BVerfG v. 23.4.1974, 1 BvR 6/74 (Mieterhöhung) BVerfGE 37, 132 (140).

(Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), der dabei einen weiten Gestaltungsbereich besitzt....²⁷⁹

Hierin ist aber vorausgesetzt, dass die Sozialbindung verfassungsunmittelbar das Eigentum bindet. Es ist auch sonst ein gewohntes Bild, dass die Verpflichtung einer Seite nicht zugleich Berechtigung der anderen Seite ist.

Für die herrschende Auffassung könnte allenfalls das Wörtchen „nur“ in folgender Formulierung sprechen:

„Auf Art. 14 Abs. 2 GG kann sich der Beschwerdeführer nicht berufen. Diese Bestimmung ist *nur* Richtschnur und Grenze für den objektivrechtlichen Auftrag an den Gesetzgeber, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Sie verpflichtet den Gesetzgeber, bei der Ordnung des Mietrechts die Belange des Mieters angemessen zu berücksichtigen (...), erhebt indes den Mieterschutz nicht zu einer subjektiven Grundrechtsverbürgung (...).“²⁸⁰

Das Gericht hat hier aber ebenso wie in dem vorzitierten Urteil nur die Alternative gesetzgeberische Richtschnur/subjektives Recht des Mieters im Auge. Auf den Ausschluss des letzteren bezieht sich das „nur“. Die unmittelbare Pflicht des Eigentümers stand nicht zur Debatte.

Immerhin ist es bemerkenswert, dass die Grundpflicht dem Gericht nicht erwähnenswert erscheint. Der Grund dafür dürfte darin zu finden sein, dass eine tieferliegende Dimension des Problems nicht mehr präsent ist. Diese betrifft das Verhältnis von Staat und Gesellschaft, das sich in unterschiedlichen Phasen der Verfassung unterschiedlich herausgebildet hat. Dies soll nun näher betrachtet werden.

bb) Weimarer Ursprünge

Die **Weimarer Reichsverfassung** (WRV) vom 11. August 1919 war reich an Grundpflichten. Grundrechte und Grundpflichten sollten einen Kompromiss zwischen liberalen und sozialen Auffassungen über das neue Staatswesen verwirklichen.²⁸¹ Allerdings haben sich nur wenige Kommentatoren um deren Interpretation bemüht. Einer von ihnen war **Martin**

279 BVerfG v. 6.6.1989, 1 BvR 803, 1065/86 (Reiten im Walde) BVerfGE 80, 137 (150).

280 BVerfG v. 26.5.1993, 1 BvR 208/93 (Mietrecht) BVerfGE 89, 1 (5). Meine Hervorhebung.

281 Luchterhand (1988) 287 ff.; Hofmann (1992) § 114 Rn 15–16.

Wolff, der wegen seiner jüdischen Herkunft 1935 von seinem Berliner Lehrstuhl verdrängt wurde. Wolff interpretierte die Klausel „Eigentum verpflichtet“ in Art. 153 Abs. 3 Satz 1 WRV in einer Weise, die dem sozialen Ausgleich dienen sollte. Sie sei an den Staat gerichtete Ermächtigung und Auftrag, solle aber auch ohne spezifische Gesetzgebung in das Privatrecht ausstrahlen und entsprechendes Richterrecht anregen.²⁸² Die herrschende Meinung sprach den Grundpflichten dagegen jede Rechtsverbindlichkeit ab. Anschütz z.B. nannte sie eine Richtschnur für den Gesetzgeber und setzte kurz und bündig hinzu: „der abweichenden Meinung M. Wolffs möchte ich nicht zustimmen.“²⁸³

Staatstheoretisch untermauert wurde diese Annullierung von Grundpflichten von **Carl Schmitt**: „Grundpflichten, welche in ihrer Struktur Grundrechten entsprechen, sind im bürgerlichen Rechtsstaat undenkbar.“²⁸⁴ Und ausführlicher:

„Grundpflichten sind im bürgerlichen Rechtsstaat nichts anderes als verfassungsgesetzliche Pflichten. Sie können nur dann Pflichten im positiv-rechtlichen Sinne sein, wenn sie begrenzt sind. Prinzipiell unbegrenzte Pflichten würden der Idee des bürgerlichen Rechtsstaates widersprechen. Jede Pflicht besteht daher nur ‚nach Maßgabe der Gesetze‘, welche Voraussetzung und Inhalt der Pflicht umgrenzen. Wenn die Weimarer Verfassung von Grundpflichten spricht, so ist dabei zu beachten, dass die logische und rechtliche Struktur dieser Grundpflichten von derjenigen der Grundrechte verschieden ist.“²⁸⁵

282 Wolff (1923) S. 8. Hinsichtlich der Klausel in Art. 153 Abs 1 WRV (die Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gleicht), Inhalt und Schranken des Eigentums ergäben sich aus den Gesetzen, findet sich bei Wolff (a.a.O.) folgende interessante Bemerkung: „Die Nennung der »Schranken« des Eigentums neben seinem »Inhalt« ist irreleitend. Die Verfassung denkt dabei an die Schranken, die die Rechtsordnung dem Einwirkungs- und Ausschlussbelieben des Eigentümers setzt (das so beschränkte Belieben ist Eigentumsinhalt), und nicht an Schranken, die die Rechtsordnung etwa dem Eigentum selbst setzen könnte. Hätte die Gesetzgebung die Möglichkeit, solche Schranken (z.B. zeitliche Schranken) einzuführen, so würde damit die verfassungsmäßige Eigentumsgarantie des 1. Satzes illusorisch werden. Der Ausdruck »Eigentumsschranken« ist nichts als eine (verbreitete) Erinnerung an überwundene individualistische Auffassungen von der Freiheit des Eigentums.“

283 Anschütz (1930) Art. 153 Nr. 16.

284 Schmitt (1932) S. 597.

285 Schmitt (1928, Ausg. 1965) S. 174 f.

Eine etwas rabulistische Ableitung! Denn warum sollte eine Grundpflicht nicht auch ohne Gesetz durch Wortlaut oder Interpretation des Verfassungstextes begrenzt werden können, ganz ähnlich, wie das ja auch bei Grundrechten möglich ist? Aber ein solcher Einwand träfe nicht das zugrundeliegende Verfassungsverständnis. Ausgehend von einer strikten **Trennung von Gesellschaft und Staat** konstruiert es die Freiheiten prinzipiell unbegrenzt und die Verfassung als Gefäß begrenzender Gesetze. Alles ist erlaubt, was nicht explizit durch Gesetz untersagt wird. Nimmt jemand soziale Verantwortung auf sich, so ist dies allein eine Sache des gesellschaftlichen Verkehrs, die Verfassung hat dazu nichts zu sagen. Entbehrt die Gesellschaft solcher Mechanismen, so muss das „Legalitätssystem“, also die Gesetzgebung an die Stelle treten. Kann aber auch sie der Dynamik der gesellschaftlichen Widersprüche nicht Herr werden und kommt es zu sozialer Ungleichheit, Konflikten und schließlich Not und Aufstand, so mag der Souverän sich im Ausnahmezustand bewähren.²⁸⁶

„Die individuelle Entlastung von Folgeverantwortung für soziales Handeln bedeutet, dass es außer den Kategorien von Rechtswidrigkeit / Rechtmäßigkeit keine Kategorien gibt, an denen der Beitrag des Individuums zur politischen Identität der Gesellschaft gemessen werden kann. Es haftet nicht für die Funktionsbedingungen der auf der Abgrenzung individueller Sphären, „Eigenhabens“ beruhenden gesellschaftlichen Ordnung, und so werden Funktionsstörungen – gesellschaftliche Krisen mit der Konsequenz der Bedrohung des politischen Institutionensystems – folgerichtig als Ausnahmezustand definiert.“²⁸⁷

Dass es nur selten so weit kommt, liegt daran, dass Verfassung eben doch mehr ist als verfasste Herrschaft. Dies zu präzisieren war in der Weimarer Zeit vor allem das Thema von **Rudolf Smend**, aber auch anderer Mitglieder der „oppositionellen Gruppe“ in der Staatsrechtslehrervereinigung.²⁸⁸ In – freilich recht vager – Diktion arbeitete er heraus, dass die Verfassung das Gemeinwesen „**integriert**“. Den Grundrechten, zu denen er, hätte er das Problem als getrenntes thematisiert, wohl auch die Grundpflichten gerechnet hätte, kommt die Funktion einer „Sachintegration“ zu. Neben ihrer rechtstechnischen Bedeutung als konkrete Garantien normieren sie

286 Vgl. Schmitt (1934) S. 11 und passim. Zur Aufnahme dieser Position im Weimarer Richtungsstreit („nur wenig Unterstützung“) s. Smend (1928, Ausg. 1994) S. 622.

287 Preuß (1979) S. 240.

288 Zu dieser s. Smend (1973, Ausg. 1994) S. 628.

ein „Kultursystem“ und stiften damit zugleich „Volksintegration“.²⁸⁹ Sie sind nicht Rechte der Ausgrenzung eines privaten Individuums, sondern „persönliches Berufsrecht des deutschen Staatsbürgers“:

„Vollends ist es so bei der Weimarer Verfassung. Versteht man sie im bourgeoisen Sinne als die Ordnung einer Lage, in der jeder nur das Seine und nicht das Ganze sucht, sich nicht dem Ganzen verpflichtet weiß, dann ist sie eine Organisation des Pluralismus, d. h. des letzten Endes anarchischen Nebeneinanders der politischen Gruppen, ein *modus vivendi* zwischen ihnen, ein Waffenstillstand oder eine taktische Lage im Klassenkampf, wie sie oft charakterisiert wird. Was im zweiten Teil der Verfassung einzelnen Volksteilen zugesichert wird, erscheint dann je als das mehr oder weniger gute Geschäft, das Eigentümer und Arbeiter, Mittelstand und Frauen, Beamte und Lehrer, Kirche und Gewerkschaften in Weimar gemacht haben: sie haben hier mit mehr oder weniger Glück, wie ein bourgeois Rentner, ihr Schäfchen ins Trockene gebracht, es, wie der technische Ausdruck lautet, „reichsverfassungskräftig“ „verankert“ und können nur aus dieser Position heraus den Kampf aller gegen alle mitansehen oder weiterführen. Es bedarf keines Worts näherer Begründung, dass die Beurkundung eines solchen Handelsgeschäfts zwischen Interessentenhaufen keine Verfassung wäre, nichts, dem man Treue schwören kann, wie Beamte und Soldaten es tun müssen. Nur wenn man hier den sittlich gebundenen Bürger einsetzt, dem je nach seiner besonderen Eigenart hier sein besonderes staatsbürgerliches Berufs- und Standesrecht im Rahmen des Ganzen zugeteilt wird, nur dann bleibt der Grundgedanke der Verfassung erhalten, ein Volk in die Form zu bringen, in der es handelnde Einheit wird und seine geschichtliche Aufgabe erfüllen kann, die ihm gestellt ist, die Form zu sein, in der wir alle zusammen unseren gemeinsamen geschichtlich-sittlichen Beruf als Nation ergreifen.“²⁹⁰

Von heutiger Warte ist der Bezug auf den „Beruf als Nation“ sicherlich zu sehr auf den Staat fixiert, aber man darf den Smend'schen Gedanken nicht missverstehen als Zeugnis für eine Verstaatlichung des Bürgers nach Art des Hegel'schen Staates als Wirklichkeit der sittlichen Idee (obwohl auch zu den Deutungsmöglichkeiten dieser Vorstellung Differenzierteres zu sagen wäre), und erst recht nicht als Sympathie für den grenzenlosen Staat des

289 Smend (1928, Ausg. 1994) S. 264.

290 Smend (1933, Ausg. 1994) S. 316 – 318.

Nationalsozialismus oder des realen Sozialismus. Smend geht es (in der Sprache der Zeit) um die Begründung eines politischen Gemeinwesens, das der Weimarer Republik verloren zu gehen drohte.²⁹¹ Aus der Vergangenheit standen ihm – und wurden von ihm mehrfach angeführt²⁹² – Beispiele wie die Stein'sche Städteordnung mit ihrem Bild des aktiven Gemeindebürgers vor Augen.

Heute könnte die Integrationslehre im Hinblick auf die Zerfaserung der Gesellschaft in sozio-kulturelle Milieus Anregungen bieten.²⁹³ Integration bedeutet dann eine Verfassungsfunktion, die auf Grundkonsense angewiesen ist und den Zusammenhalt fördert. Dementsprechende Grundpflichten wären durch ein Menschenbild gegenseitiger Toleranz geprägt.

cc) Deutscher Nationalsozialismus der „zwölf verlorenen Jahre“

Im „Führerstaat“ wandeln sich die Grundrechte zu einer „Rechtsstellung der Volksgenossen“, die sich über die an sich noch fortgeltende WRV hinwegsetzt. Auf den Begriff gebracht hat dies vor allem **Ernst Rudolf Huber**.²⁹⁴ Im Hinblick auf die sozialen Grundpflichten beobachtet er zunächst durchaus treffend: „Die ‚sozialen Vorbehalte‘, unter die der Verfassungstext sie [scl. Grundrechte wie das Eigentum] gestellt hatte (etwa in Art. 153 Abs. 3), wurden als unverbindliche und rechtlich nichtssagende Proklamationen betrachtet.“²⁹⁵ Huber schlägt sich aber nicht auf die Seite der „oppositionellen Gruppe“, sondern zieht einen radikal faschistischen Schluss:

„Dieser liberale und nur sozial verbrämte Gehalt macht es unmöglich, die Weimarer Institutsgarantien in die völkische Verfassung zu übernehmen. [...] Das Eigentum wird aus einem individualistischen Verfügungsrecht zu einer verantwortlichen, gebundenen Befugnis. Der Eigentümer ist der Gemeinschaft zum Dienst verpflichtet, und er kann zur Rechenschaft gezogen werden, wenn er seiner Verantwortung nicht genügt.“²⁹⁶

291 So ausdrücklich Smend (1956, Ausg. 1994) S. 479.

292 Smend (1933, Ausg. 1994) S. 317, 320.

293 S. dazu u.a. Koriath (2003), bes. S. 126–134.

294 Huber (1937/39) § 34.

295 Huber (1937/39) S. 362.

296 Huber (1937/39) S. 362.

Die „Rechtsstellung der Volksgenossen“ besteht aus einer **„Gliederstellung des Einzelnen in der Gemeinschaft“**.²⁹⁷ Jeder Volksgenosse „ist ein leidendes Glied der Ordnung, in der er den Wirkungsraum erhält, den er nach seinen Anlagen und Kräften, nach seiner Einsatzbereitschaft und nach seinen Leistungen verdient.“²⁹⁸ Diese Rechtsstellung „ist nicht um des Einzelnen willen begründet, sondern um der Gemeinschaft willen, ...“²⁹⁹

dd) Deutscher Sozialismus der Nachkriegszeit

Auch der Sozialismus deutscher Prägung versteht sich als Überwindung des Modells liberaler Grundrechte.³⁰⁰ Das Bild des Bürgers ist aber nicht das einer gliedschaftlichen Einordnung in den Führerstaat, sondern umgekehrt **„dient“ der sozialistische Staat** der „besseren Befriedigung der materiellen und kulturellen Bedürfnisse der Bürger, der Entfaltung ihrer Persönlichkeit und ihrer sozialistischen Beziehungen.“³⁰¹ Zentrale Mittel sind das sozialistische Eigentum (Art. 10 DDR-V) und das persönliche Eigentum (Art. 11 DDR-V) sowie die sozialistischen und privaten Wirtschaftsunternehmen (Art. 14 DDR-V). Grundpflichten der Bürger bestehen zum Beispiel darin, dass private Wirtschaftsunternehmen gesellschaftliche Bedürfnisse befriedigen müssen (Art. 14 DDR-V), dass der Gebrauch des persönlichen Eigentums „den Interessen der Gesellschaft nicht zuwiderlaufen“ darf (Art. 11 Abs. 3 DDR-V), und dass die „Reinhaltung der Gewässer und der Luft sowie der Schutz der Pflanzen- und Tierwelt und der landschaftlichen Schönheit der Heimat“ „Sache jedes Bürgers“ ist (Art. 15 DDR-V). Dieses Programm ist sichtlich menschenfreundlich und vor allem ökologisch bewusst. Nur erstickte es im „Realsozialismus“ mit Planwirtschaft, Zentralisierung und Erziehungsdruck das Selbstentfaltungspotential der Bürger.³⁰² Eine Zivilgesellschaft, wie sie den Befürwortern gehaltvoller Grundrechte und -pflichten vorschwebt, konnte so nicht entstehen.

297 Larenz (1935) S. 225 ff.

298 Huber (1937/39) S. 365.

299 Huber (1937/39) S. 365.

300 Sorgenicht/ Weichelt/ Riemann/ Semler (1969), passim, zB S. 346 f.

301 Art. 9 Abs. 2 Verfassung der DDR (DDR-V).

302 Kritisch und reformerisch im Rahmen einer sozialistischen Grundorientierung Heuer (1989) bes. S. 470–473.

ee) Deutscher Sozialkapitalismus

In der Bundesrepublik entstand in der Nachkriegszeit ein durch staatliche Intervention sozial und später auch ökologisch gebremster Kapitalismus, oder, wie er genannt wird, eine soziale Marktwirtschaft. Verfassungsrechtlich wurde die staatliche Intervention durch eine Interpretation der Grundrechte gestützt und angestoßen, die dem freiheitlichen *status negativus* einen schützenden *status positivus* und einen partizipatorischen *status activus* beigesellte. Für diese Entwicklung stand unter anderem die Integrationslehre Rudolf Smends Pate. Sie leitete aus den Grundrechten eine objektive Wertordnung, Teilhaberechte gegenüber dem Staat und staatliche Schutzpflichten gegenüber den Einzelnen ab.

Im Hinblick auf das Grundpflichtenproblem ist diese Entwicklung unter zwei Gesichtspunkten interessant: haben die Schutzpflichten entmündigenden Charakter (dazu (i)), und sind sie vielleicht überflüssig (dazu (ii))?

(i) Grundpflicht statt wohlfahrtsstaatliche Entmündigung?

Zum ersten Gesichtspunkt ist ein Gedankengang von Ulrich K. Preuß anregend. Er meint, der Staat werde zum „**Grundrechtsgemeinwesen**“, dessen innere Logik darin bestehe, die zu Schutzpflichten gesteigerten Abwehrrechte nunmehr umso leichter Abwägungskalkülen zu unterwerfen. Das Individualgut Leben und Gesundheit, das vor staatlichen Eingriffen grundrechtlich geschützt sei, werde über die Schutzpflichtdoktrin zum öffentlichen Gut, über das der Staat abwägend disponiere; habe er so disponiert, dass jemand Beeinträchtigungen hinnehmen müsse, so könne er solchen Entscheidungen das Abwehrrecht nicht mehr entgegenhalten, denn es ist ihm ja Schutz zuteilgeworden.³⁰³

Ähnelte diese Kritik der liberalen Richtung *in thesi*, so aber nicht *in hypothesis*. Denn sie dient als Ausgangspunkt für die Entwicklung einer Grundrechtsinterpretation, die nicht zur autonomen Eigentümergeellschaft im staatlichen Ordnungsrahmen zurückkehrt, sondern sich im **Zwischenbereich zwischen Privatheit und gesetzlichem Zwang** bewegt. Preuß geht es um eine Internalisierung der externalisierten Folgen individuellen Handelns in das Individuum, um ein Gemeinwesen, in dem die soziale Steue-

303 Vgl. Preuß (1979) S. 174 ff.

rung durch staatliche Herrschaft zugunsten einer Steuerung durch wechselseitiges Vertrauen abgelöst wird, „indem die Individuen einander ihre Zugehörigkeit zu einer sie inhaltlich verbindenden Einheit bestätigen.“³⁰⁴ Die Grundrechte werden in dieser Sicht zu „Organisationsnormen für Sozialbereiche“, „inpersonale Grundrechte“ (Ridder) im Sinne „wechselseitigen freihheitlichen Umgangs“, zu „Prozessen institutionalisierter Reflexivität, die individuelle und gesellschaftliche Selbstproduktion ineinander verweben“.³⁰⁵ Hieran ließe sich eine Aufwertung der Grundpflichten anknüpfen. Sie müsste zwischen den beiden Gegenpolen, dem „appropriations-hungrigen Eigentümer-Individuum“³⁰⁶ und dem omnipräsent herrschenden „Grundrechtsgemeinwesen“ angesiedelt werden.

(ii) Grundpflicht gegen Staatsüberlastung?

Ein Umstand, der erneut über Varianten der Entstaatlichung nachdenken lässt, ist die **Überlastung des Staates**, d. h. die Ansammlung von öffentlichen Aufgaben, die der Staat dann doch nicht zu erfüllen vermag. Im Umweltrecht war Ausdruck dessen das von vielen konstatierte Vollzugsdefizit regulativen Rechts. Es ist auf Ursachen im Bereich der Staatsorganisation (Mangel an Fachkunde, Personal, Ausstattung etc.)³⁰⁷ und im Bereich der Akteure (Interessen, Konkurrenzzwänge)³⁰⁸ zurückgeführt worden.

Angesichts der überbordenden Aufgaben des Staates ist nach Entlastung zu suchen. Und die besteht auch in der Entdeckung der Grundpflichten. Man kann hier von einer Art verfassungsrechtlichen *soft law* sprechen. *Soft law* im Sinne von staatlich basierten Regeln, die nicht mit Sanktionen bewehrt sind, hat sich häufig als wirksam erwiesen, manchmal sogar als wirksamer im Vergleich zu sanktionierter Regulierung.³⁰⁹

ff) Öffnung der Grundpflicht für die öV

Die bisherige Erörterung hat – so ist zu hoffen – gezeigt, dass Grundpflichten als Komponenten des Schutzbereichs von Grundrechten gute Gründe

304 Preuß (1979) S. 248 f.

305 Preuß (1979) S. 206.

306 Preuß (1979) S. 207.

307 Mayntz (1978) S. 45–53.

308 Winter (1975) S. 31–54.

309 Vgl. mit Beispielen zum völkerrechtlichen soft law Toope (2007) 115–123.

für sich haben. Es ist nun weiter zu fragen, inwieweit die allgemeine Grundpflicht in ökologische Richtung geöffnet werden kann. Dies wird umso dringlicher, je stärker die Umweltbelastung sich zu einer Krise entwickelt.

Enttäuschend ist dabei zunächst, dass bisherige engagierte Beiträge zur ökologischen Ausrichtung der Grundrechte Grundpflichten als möglichen Anker nicht erwähnen.³¹⁰

Zu betrachten sind einzelne Freiheitsgrundrechte, und zu untersuchen ist, ob, soweit mit ihnen Grundpflichten verknüpft sind, sich diese uminterpretieren lassen, so dass die Sozialität, die die Grundpflichten bisher anstreben, gewissermaßen durch Naturalität, d. h. Orientierung auf die natürlichen Lebensbedingungen, ergänzt wird.

Diese Umorientierung würde über **Art. 20a GG** vermittelt. Die Bestimmung hat zwar unmittelbar nur den Staat, nicht die einzelnen zum Aufgabenträger, aber wenn es heißt, dass der Staat die Lebensgrundlagen durch Gesetzgebung schützt, so ist damit auch die Verfassungsgesetzgebung gemeint. Die Verfassung einschließlich der Grundrechte und Grundpflichten ist deshalb so zu interpretieren, dass der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen zur Geltung kommt.³¹¹

Dabei ist anzuerkennen, dass Art. 20a GG kein bestimmtes **Schutzniveau** vorgibt. Die Bestimmung wäre aber verletzt, wenn der Umwelt gar keine Bedeutung zukäme. Eine minimale Sicherung hiergegen ist das Verlangen, Umwelteingriffe im Sinne der ökologischen Verhältnismäßigkeit zu rechtfertigen. Eine solche Version des Schutzniveaus bietet sich auch deshalb an, weil Art. 20a GG eigentlich nicht wie eine Staatszielbestimmung formuliert ist, d.h. in der Weise der Umschreibung eines künftigen Zustandes, auf den hinzuwirken sei, sondern ein Rechtsgut, nämlich die natürlichen Lebensbedingungen, konstituiert und zu dessen Schutz auffordert.³¹² Sind aber Umweltgüter vor Eingriffen zu schützen, so liegt es nahe, als sozusagen erste Stufe zu fordern, dass vor einem Eingriff erwogen werden muss, ob weniger belastende Alternativen zur Verfügung stehen.

Anschlüsse zwischen Art. 20a GG als Auslegungsgrundsatz und einzelnen Grundpflichten bieten sich zunächst in der **Sozialbindungsklausel** des Art. 14 Abs. 2 GG. Wenn hiernach Eigentum „verpflichtet“ und „dem Wohl

310 Nicht einmal die grundrechtlich innovativen Beiträge von Ekardt (2011), Kersten (2022) und Unverzagt (2024) behandeln ökologische Grundpflichten.

311 Kloepfer (1996) S. 74 l. Sp., 78 r. Sp.; Murswiek (1996) S. 230.

312 Murswiek (1996) S. 227 l. Sp.

der Allgemeinheit dienen“ soll, so gilt dies im Lichte des Art. 20a GG betrachtet auch zugunsten der Erhaltung der natürlichen Lebensbedingungen.

Ein zweiter Ansatzpunkt bietet sich im Grundrecht der Freiheit von **Berufswahl und -ausübung** gemäß Art. 12 Abs. 1 GG. Es ist lange Zeit diskutiert worden, ob der Ausdruck „Beruf“ einen personalen Bezug besitzt, und inwieweit sich dies auf den Schutzbereich und die Rechtfertigung von Eingriffen auswirkt. Das Ergebnis ist bekanntlich eine weite Fassung des Schutzbereichs derart, dass jede wirtschaftliche Betätigung gedeckt ist, wobei aber eine Korrelation zwischen personaler Ausprägung und Rechtfertigungsanforderungen besteht, nach der Eingriffe umso zurückhaltender sein müssen, je stärker der personale Bezug ist.³¹³ Weiterhin hat der Ausdruck „Beruf“ zur Entwicklung der „Berufsbildlehre“ Anlass gegeben, die klären hilft, inwieweit auch atypische Fähigkeiten einerseits als Berufe geschützt sind, andererseits durch Gesetzgebung zu typischen Berufen geformt werden dürfen.³¹⁴ Eine dritte Dimension des Berufsbegriffs, die insbesondere bei den freien Berufen virulent wird, betrifft die beruflichen Fähigkeiten und das **Ethos eines Berufsstandes**. Sie wirkt sich einerseits auf die Stufung der Zulässigkeit von Eingriffen aus (je höher qualifiziert ein Beruf sein muss, desto eher können Zulassungsschranken etwa in Gestalt von Prüfungsanforderungen errichtet werden), andererseits beeinflusst sie die Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt im Hinblick auf autonome Regelungsbefugnisse berufsständischer Selbstverwaltung (bildet ein Beruf eigene Standesregeln heraus, so kann deren Setzung und Anwendung bei gewissen gesetzlichen Strukturvorgaben der Korporation überlassen werden).

An die letztere Begriffsdimension des „Berufs“ lässt sich eine Grundpflicht ökologischer Verhältnismäßigkeit anschließen. „Beruf“ meint dann nicht rücksichtslose Zweckerationalität, sondern **Übernahme von Folgeverantwortung**.³¹⁵ Sie wird von deren Verfechtern vor allem als soziale Verantwortung „*inter socios*“ gedacht³¹⁶, könnte aber in ökologischer Richtung zu einem *contrat naturel*³¹⁷ weitergedacht werden. Das ist rechtdogmatisch möglich, weil die Begriffe „Beruf“ und „freie Entfaltung der Persönlichkeit“ offen sind für gesellschaftliche Erfahrungen und Wertungen.

313 Scholz (1984) Art. 12 Rn 17 – 35, 79, 91 – 105.

314 Scholz (1984) Art. 12 Rn 266 – 272.

315 Friedrichsen (2004) S. 98 hält dies für „konturenlos“.

316 Ridder (1975) S. 91.

317 Serres (1992).

Ein dementsprechendes Berufsbild könnte historisch an der Leitidee des „**ganzen Hauses**“ (oikos), das die menschliche Wirtschaft mit dem Kreislauf des Naturhaushalts abstimmt, anknüpfen, eine Leitidee, die heute im Konzept der nachhaltig umweltgerechten Wirtschaft (sustainable economy) wiederkehrt. Sie lässt sich nicht in einzelne fremdbestimmte Befehle auflösen, sondern ist nur als ganzheitliche, „von selbst“ kommende berufliche Kunstlehre wirksam. Auch die ökologische Alternativenprüfung ist eher eine Sache des Habitus, nicht des Oktroi. Auch deshalb ist für sie die verfassungsrechtliche Grundpflicht der angemessene Ort.

Der dritte Ansatzpunkt liegt in dem Recht auf **freie Entfaltung der Persönlichkeit** gemäß Art. 2 Abs. 1 GG. Sie wird bekanntlich als allgemeine Handlungsfreiheit verstanden, die im Gegenzug durch ebenso allgemeine öffentliche Belange beschränkt werden kann. In diesem Konstrukt kommt nicht zum Ausdruck, dass ein Handeln im Einklang mit sozialen oder ökologischen Zielen häufig nicht als Beschränkung, sondern als Bereicherung erlebt wird. Mir scheint, dass die grundsätzliche Debatte um Entfaltungsfreiheit, die in den fünfziger Jahren geführt und mit dem Elfes-Urteil³¹⁸ weitgehend entschieden wurde³¹⁹ (und auch mit dem Grimm'schen Sondervotum zum „Reiten im Walde“³²⁰ kaum neu belebt worden ist, eben weil ihr die anthropologische Dimension fehlte), unter dem Aspekt eines sozio-ökologischen Menschenbildes neu eröffnet werden muss. Dabei ist durchaus denkbar, dass die freie Entfaltung der Persönlichkeit einerseits im Kontext der Begrenzung staatlicher Eingriffe weit interpretiert wird, um verfassungsgerichtliche Kontrolle zu eröffnen, dass ihr Gehalt im Kontext der Grundpflichten aber stärker auf das selbstverantwortliche Individuum orientiert. Es ist durchaus miteinander vereinbar und vielleicht sogar notwendig miteinander verknüpft, dass ich äußeren Zwang weit von mir weise und mich doch in selbstreflexiver Wendung verantwortlich verhalte. Umgekehrt könnte, wenn es ein Persönlichkeitsbild der reflexiven Selbstbegrenzung gäbe, weiterhin und erst recht konsequent gefragt werden, ob der staatliche Eingriff dann noch notwendig ist.

Ähnlich wie im Rahmen der Berufsfreiheit aus dem „Beruf“, so ist also auch im Rahmen der Entfaltungsfreiheit aus der „Persönlichkeit“ eine Haltung herauszuschälen, die die Anforderung auf sich nimmt zu prüfen,

318 BVerfG v. 16.1.1957, 1 BvR 253/56 (Elfes), BVerfGE 6, 32 ff. (36).

319 Vgl. die immer noch maßgebliche Darstellung des Streits bei Ehmke (1961) S. 29 ff., 56 ff.; s. auch Ridder (1975) S. 75–84 und Winter (2016) S. 121–123.

320 BVerfG v. 6.6.1989, 1 BvR 921/85 (Reiten im Wald), BVerfGE 80, 137 ff. (164 ff.).

ob die jeweiligen Ziele begründbar und unter geringerer Umweltbelastung erreichbar sind. Auch durch eine solche Interpretation würde der Staat als Verfassungsinterpret, wie es Art. 20 a GG will, die natürlichen Lebensgrundlagen schützen.

gg) Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich eine Grundpflicht zu ökologischer Verhältnismäßigkeit in Gestalt einer Alternativen- und Zielpflicht, die an die grundrechtlichen Positionen der Nutzung von Eigentum, der beruflichen Tätigkeit und der sonstigen Handlungsfreiheit (die vor allem auch die Konsumentenrolle einschließt) anknüpft. Diese Grundpflicht besteht für den Akteur sich selbst gegenüber, im Verhältnis zu anderen und vor allem gegenüber der Umwelt, die einzelnen nicht zugeteilt ist. Sie ist jedoch nicht sanktioniert. Deshalb kann man sie als eine verfassungsrechtliche Direktive bezeichnen.

b) Eingriff in Freiheitsrechte und Rechtfertigungsfähigkeit

Wenn ein Verhalten nicht in den Schutzbereich fällt, stellt seine Regelung keinen Eingriff dar. Für die öV als Grundpflicht verhält sich dies aber anders, wenn – und weil sie hier – als freiwillig gedacht wird. Dann ist es ein Eingriff in Grundrechte, wenn die öV gesetzlich vorgeschrieben wird.

Zu einem abweichenden Ergebnis kommt man allerdings, wenn man mit **Dietrich Murswiek** die Umwelt als öffentliches Gut ansieht, welches durch staatliche Maßnahmen bewirtschaftet werden kann.³²¹ Danach ist die Nutzung der Umwelt nicht Ausübung von Freiheitsrechten, sondern **Teilhabe an öffentlichen Gütern**. Diese Teilhabe ist, soweit es den persönlichen Lebensbereich mit seiner notwendigen Umweltnutzung (z.B. Atemluft, Emissionen der Heizung, unvermeidbare Abfälle) angeht, als Voraussetzung der Freiheitsrechte von diesen mit umfasst. Soweit die Umweltnutzung über diesen Bereich aber hinausgeht, nimmt sie öffentliche Güter in Anspruch, über die der Staat verfügt.³²² Zum Beispiel ist dann die Genehmigung einer großen, die Umwelt belastenden Anlage nicht die Freischaltung eines ohne-

321 S. dazu bereits oben zu A VIII. 1. a) aa).

322 Murswiek (1994) S. 82 I. Sp.

hin bestehenden Nutzungsrechts, sondern die „Gewährung von Ingerenzbefugnissen, von Umweltnutzungsrechten und damit von Privilegien“.³²³ Rechtsdogmatisch läge in einer Verweigerung der Genehmigung dann kein Eingriff, sondern nur die Vorenthaltung eines Privilegs.

Der Ansatz hat früh vorausgedacht, was erst heute angesichts der sich verschärfenden Umweltkrise virulent geworden ist. Er verdient Zustimmung, soweit Umweltgüter dramatisch knapp sind. Allgemein sollte er aber (noch) mit der Maßgabe gedacht werden, dass die staatliche Verfügung über Umweltgüter nicht gänzlich schon verfassungsrechtlich gegeben ist, sondern in verfassungsrechtlich zulässiger Weise durch Gesetzgebung eingeführt werden kann. In der **einfachgesetzlichen Positionierung der Umwelt als öffentliches Gut** liegt dann der eigentliche Eingriff, der umso leichter begründbar ist, je stärker die Umweltkrise wird.³²⁴ Die gesetzliche Ausgestaltung kann dann durchaus so geartet sein, dass die Genehmigung einer Anlage ein Privileg, also keinen neuen Eingriff enthält. Hierfür sprechen einige Gründe, die mit den Stichworten „freies / öffentliches Gut“, „staatliche / individuelle Verantwortung“, „Vorteilsabschöpfung“, „Missbrauchsrisiko“ und „Tabuzonen“ bezeichnet werden sollen.

Freies / öffentliches Gut:

Murswiek wirft der herkömmlichen Sichtweise vor, sie spalte das wirtschaftliche Handeln von seinen Umweltfolgen ab, indem sie es grundrechtlich als Beruf schütze und dabei die Umweltfolgen ignoriere. Da beides aber tatsächlich verbunden sei, weil die Produktion untrennbar auf Ressourcenverbrauch und -belastung beruhe, werde mit dem Schutz der Berufsfreiheit zugleich doch auch die Umweltbelastung geschützt, was dann unter Umkehrung der Rechtfertigungslast durch einschränkende Gesetze mühsam wieder korrigiert werden müsse. Murswiek vermeidet diese Verdrängung der ökologischen Voraussetzungen der individuellen Freiheit (wie er es nennt), indem er mit der Umweltnutzung auch die sie verursachende

323 Murswiek (1985) S. 248.

324 Diese (konstruktive) Kritik des Murswiek'schen Konzepts ist das Spiegelbild der Kritik von Lübke-Wolff. Während diese in der gesetzlichen Gewährung von Umweltschutz ein für die betroffenen Nachbarn grundrechtlich gestütztes Normbestands- und Normanwendungsrecht konstruiert (Lübke-Wolff (1988) S. 178–203), schlage ich umgekehrt vor, dass die gesetzliche Einführung von Pflichten für die Betreiber verfassungsrechtlich gestützt ist. Wie noch zu besprechen ist (unten A VIII. 1 d.), kann sich bei katastrophaler Gefährdung aber auch eine verfassungsrechtliche Pflicht ergeben.

wirtschaftliche Betätigung aus der Freiheitsgarantie herausnimmt oder, vielleicht autorenetreuer: indem er die wirtschaftliche Betätigung der Vermutung des Gerechtfertigtseins entzieht und der staatlichen Zuteilungsbezugnis unterstellt.

Mit dieser Verstaatlichung des Ressourcenzugriffs droht nun aber jeder Atemzug sich staatlicher Zuteilung verdanken zu müssen. Diese Konsequenz sieht selbstverständlich auch Murswiek. Er sucht sie durch ein auf den persönlichen Lebensbereich bezogenes Grundrecht zu vermeiden. Der Staat muss in diesem Bereich die Nutzung gewähren. Es bleibt aber bei der Vorstellung der staatlichen Zuteilung, die der Gegebenheit des Stoffwechsels zwischen Mensch und Natur unangemessen ist. Allerdings ist dies kein grundlegender Einwand gegen Murswicks Ansatz. Denn er könnte den Bereich der elementaren Lebensfunktionen statt als Teilhabe auch als Freiheitsbereich definieren, in dem die Umwelt für den Menschen freies Gut ist.

Wesentlicher ist, dass Murswiek sich mit der Notwendigkeit, zwischen **staatsgerichtetem Teilhaberecht und Teilhabegewährung** (bzw. zwischen freiem und öffentlichem Gut) zu unterscheiden, ein schwieriges Abgrenzungsproblem einhandelt: Was gehört zu den beiden Bereichen, was nicht? Der Fernsehapparat im Konsumstadium hierhin, im Produktionsstadium wieder dorthin? Anscheinend kommt es hier auf Quantitäten an, die in graduellen Abstufungen stehen. Ist es so, ist der Gesetzgeber gefordert, nicht der Verfassungsinterpret. Der Gesetzgeber ist befugt, manche Ressourcen als so gefährdet anzusehen, dass er sie zum öffentlichen Gut deklariert. Eigentumsrechtlich gesehen besteht deshalb eine verfassungsrechtliche Befugnis, bestimmte umweltgefährliche Sektoren grundsätzlich neuer Inhaltsbestimmung zu unterwerfen. Das BVerfG hat dazu ausgeführt:

„Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt entschieden, dass der Gesetzgeber bei der Neuordnung eines Rechtsgebietes nicht vor der Alternative steht, die alten Rechtspositionen zu konservieren oder gegen Entschädigung zu entziehen. Er kann im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG durch eine angemessene und zumutbare Überleitungsregelung individuelle Rechtspositionen umgestalten, wenn Gründe des Gemeinwohls vorliegen, die den Vorrang vor dem berechtigten – durch die Bestandsgarantie gesicherten – Vertrauen auf den Fortbestand eines wohl erworbenen Rechtes verdienen.“³²⁵

325 BVerfG v. 15.7.1981, 1 BvL 77/78 (Nassauskiesung) BVerfG 58, 300 (351).

In erweiterter historischer Perspektive geht es um **Entwährung** von Positionen, die von neuen gesellschaftlichen Prioritäten überholt werden.³²⁶

Staatliche / individuelle Verantwortung:

Murswiek verbindet mit der Kategorie des kollektiven Gutes die Vorstellung, dass ein solches Gut staatlich bewirtschaftet werden muss. Das ist keineswegs zwingend oder auch nur naheliegend. Es gibt viele Kollektivgüter, die dennoch – auch gerade von Verfassungen wegen – der individuellen Verfügung überlassen werden. Das gilt für den Fundus der Wissenschaft, für die Kunst, die öffentliche Meinung, das eigene Genom: Jede Person kann den Wissensschatz der Forschung für sich benutzen (soweit sie Patentrechte beachtet), auf dem Fundus der Kunst und der öffentlichen Meinung aufbauen (soweit sie nicht Urheberrechte verletzt) und das aus ihren Vorfahren überkommene Genom an ihre Kinder weitergeben (vielleicht sind allerdings dort bald auch Patente im Spiel). Diese Freiheit der Verfügung ist den Kollektivgütern bisher gut bekommen.

Mit der Verknappung der Umweltgüter hat sich aber ergeben, dass die Dinge bei dem Kollektivgut Umwelt anders liegen. Trotzdem würde die selbstverständliche Gleichsetzung von öffentlichem Gut und staatlicher Verfügung für den Umweltbereich jedenfalls vernachlässigen, dass es mit der Eigenverantwortlichkeit der einzelnen eine immerhin erwägenswerte und ebenfalls theoretisch fundierte Alternative gibt. Dennoch ist es geboten, Kollektivgüter vor übermäßigem Zugriff zu schützen, zu öffentlichen Gütern zu deklarieren und zu bewirtschaften. Nur ist diese Entscheidung primär eine politische, die der Gesetzgebung zukommt, und nur bei besonderer Knappheit eine Pflicht aus Sicht der Drittbetroffenen.

Vorteilsabschöpfung:

Da die Nutzung öffentlicher Umweltgüter dem Nutzer einen Vorteil verschafft, liegt es nahe, den Vorteil durch eine Abgabe abzuschöpfen. Ein dementsprechendes Denkmuster hat alte Tradition etwa in Gestalt des Wasserzinses³²⁷ und der Fördergabe auf gewonnene Bodenschätze.³²⁸ Ein moderneres Beispiel ist die Abgabe auf die Entnahme von Grundwasser. Der Gedanke der Vorteilsabschöpfung gilt finanzverfassungsrechtlich als

326 Dazu näher Winter (1986).

327 Z. B. auf Grund von § 54 preuß. Wassergesetz v. 17.4.1913, abgedr. U. erläutert von Wüsthoff (1949) S.38.

328 § 31 BBergG.

hinreichender Grund, eine Sonderabgabe zu rechtfertigen.³²⁹ Denkt man dagegen an die Knappheit als Umweltgut, würde man eher erwarten, dass die Abgabe zur Sparsamkeit anreizen sollte, also primär einen Lenkungszweck verfolgen und im Hinblick auf diesen ausgestaltet werden sollte.³³⁰ Beide Zwecke werden oft zusammen verfolgt werden und sind dadurch finanzverfassungsrechtlich doppelt legitimiert.³³¹ Jedenfalls ist die Ausgestaltung auch insoweit eine Aufgabe der Gesetzgebung.

Missbrauchsrisiko:

So sehr mit der Kategorisierung der Umwelt als öffentliches Gut beabsichtigt ist, sie in besonderer Weise zu schützen, so sehr besteht doch auch die Gefahr der beliebigen Verfügung durch seinen Hüter, den Staat. Man könnte diese kategoriale Wende geradezu als Vollendung des menschlichen Herrschaftsanspruchs über die Natur verstehen: Indem die Natur zum „Gut“ wird, über das disponiert werden kann, erhebt sich die menschliche Gesellschaft über die Natur, deren Glied, schwaches Glied, sie doch eigentlich ist. Als Disponierender benötigt der Staat vermutlich noch mehr Wissen und Urteilskraft über die Zusammenhänge in Gesellschaft und Natur, als wenn er nur Grenzen zieht. Das Wissen und die Urteilskraft der Einzelnen bleiben unausgeschöpft, weil diese die Verantwortung dem großen Disponenten zuschieben können.

Der Gestus des Verfügungkönnens bringt die Versuchung mit sich, die Umweltgüter nicht zu bewahren, sondern bei gegebenen drängenden Umständen der öffentlichen Haushalte gewinnbringend zu veräußern.³³² Wiederum zeigt sich, dass dies zu vermeiden primär eine Aufgabe der Gesetzgebung und nicht der Verfassungsinterpretation ist.

Tabuzonen:

Die Rede von kollektiven Ressourcen oder öffentlichen Gütern, die knapp sind, an denen Einzelne teilhaben und die staatlich zugeteilt werden, ist für einige Umweltgüter (z.B. Gewässer, Populationen von Arten) sehr passend,

329 So in Bezug auf die baden-württembergische und hessische Abgabe auf Grundwasserentnahmen (sog. Wasserpfennig) BVerfG v. 7.11.1995, 2 BvR 413/88 u. 1300/93, BVerfGE 93, 319 (349 f.).

330 Dies wird im Wasserpfennig-Beschluss des BVerfG auch anerkannt, aber nicht weiter forciert (BVerfGE 93, 319 (340)).

331 Köck/Gawel (2022) S. 542–544.

332 Zum Problem des Ablasscharakters und des Verlustes an Steuerungsfähigkeit der Abschöpfungsabgabe s. Winter (1978) S. 265–270.

nämlich für solche, die greifbar und teilbar sind. Für andere kann das Vokabular passend gemacht werden, indem man das Gut eher funktional versteht, so z.B. für die Schadstoffabbaukapazität der Gewässer oder die Speichermöglichkeit von bestimmtem Erdreich für gefährliche Abfälle. Es gibt aber auch Belastungen, deren Besonderheit von der Ressourcen- und Güterrhetorik nicht eingefangen wird. Dazu gehören insbesondere Belastungen der menschlichen Gesundheit, und zwar durch Normalbetrieb und namentlich auch durch Katastrophenrisiken. Zwar ist einzuräumen, dass in den *arcana* der Staatsräson *de facto* mit Menschenleben rechenhaft umgegangen wird, aber es wäre undialektisch gedacht, wollte man das Recht auf Staatsräson reduzieren. Die rechtliche Sphäre muss für Menschenleben Tabuzonen errichten. Dafür passt die herkömmliche Rede von Risikominimierung, praktischem Ausschluss von Schäden, menschlichem Erkenntnisvermögen, Restrisiko etc. besser als die Rede von knappen Ressourcen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die gesetzliche Konstituierung eines Umweltgutes als öffentliches Gut mit daran anschließenden staatlichen Regelungen, einschließlich einer öV, einen rechtfertigungsfähigen Eingriff darstellt.

c) Rechtfertigung des Eingriffs

Im Folgenden soll präzisiert werden, welche Ausgestaltung der öV welche Rechtfertigungsanforderungen auslöst.

Doch zunächst noch eine begriffliche Klärung: Die Rechtfertigung *der* öV ist von der Rechtfertigung *innerhalb der* öV zu unterscheiden. Das mag verwirren und soll noch einmal verdeutlicht werden.³³³ Nehmen wir an, ein Gesetz verlangt als Variante der öV die Prüfung und Auswahl der ökologisch besseren Vorhabenalternative. Das Gesetz steht dann im Hinblick auf den Umweltschutz in einem **Spannungsverhältnis einer vorwärts-drängenden und einer hemmenden verfassungsrechtlichen Tendenz**. Im Rahmen der öV soll grundsätzlich der Umwelteingriff vermieden werden; er kann nur ausnahmsweise durch Wohlfahrtsziele gerechtfertigt werden. Im Rahmen der staatsbürgerlichen Verhältnismäßigkeit soll grundsätzlich der Grundrechtseingriff vermieden werden; er kann nur ausnahmsweise durch Umweltschutzziele gerechtfertigt werden. Umweltschutz ist also im

333 S. bereits oben zu A IV.

erstgenannten Rahmen der Grundsatz, im zweiten dagegen die Ausnahme. Zugleich besteht aber ein Unterschied des rechtlichen Ranges: die öV ist einfachgesetzlich ausgestaltet, die staatsbürgerliche Verhältnismäßigkeit dagegen eine verfassungsrechtliche Anforderung.³³⁴

Wendet man diese auf die gesetzliche Ausgestaltung der öV an, sind noch gewisse Umstände zu beachten. Für private Unternehmen stellt eine gesetzliche Vorschrift, die zur Prüfung und Auswahl einer **ökologisch günstigeren Alternative** verpflichtet, insbesondere dann einen Grundrechtseingriff dar, wenn die ökologisch vorzugswürdige Alternative mehr Kosten verursacht als die ökologisch weniger verträgliche. Nimmt die Vorschrift prinzipiell auf solche Kosten keine Rücksicht, so ist im Rahmen des staatsbürgerlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips das Erforderlichkeitsgebot, m. a. W. das Gebot des geringsten Eingriffs berührt; denn statt der weniger kostspieligen wird die teurere Variante gefordert. Andererseits ist aber mit jenem Gebot vereinbar, dass im Einzelfall und mit Maßen geprüft wird, wieviel mehr die ökologisch verträglichere Variante kosten würde, und dass eine gewisse Marge tolerabel ist. Man kann es auch so sehen, dass die staatsbürgerliche Verhältnismäßigkeit einen gesetzgeberischen Handlungsspielraum gewährt, der von den Erfordernissen einer bestmöglichen öV ausgefüllt werden kann.

Die Belastung durch öV-Anforderungen wird stärker, wenn nicht nur Alternativen geprüft, sondern auch die **Zielsetzung des Unternehmens** offenzulegen und zu begründen ist, so zum Beispiel, wenn eine Vorschrift den Bau von Stromkraftwerken nur bei gegebenem Strombedarf zulässt. Grundrechtlich gesehen tangieren solche Eingriffe die Freiheit der Berufswahl und sind anderes als Berufsausübungsregelungen nur rechtfertigungsfähig, wenn sie dem Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes dienen.

Nun ist nicht mit jedem Fall der Zielpfung ein Eingriff in die Berufswahlfreiheit verbunden. Das Stromerzeugungsunternehmen betreibt in der Regel andere Kraftwerke. Wenn es am Bau eines weiteren gehindert wird, weil kein Strombedarf besteht, so betrifft dies seine **Berufsausübung**. Das Chemieunternehmen stellt eine breite Palette von Produkten her. Wenn für ein Produkt ein alternatives Verfahren ökologisch verträglicher erscheint, dass das Unternehmen nicht anbieten kann, so ist es nicht gehindert, die anderen Produkte zu verkaufen und weitere zu entwickeln.

334 S. dazu Grafik 2, oben zu A IV.

Dennoch ist der Eingriff stärker als im Fall der einfachen, für das Unternehmen disponiblen Alternativen, denn wenn der Handlungsraum mit Hinweis auf die Existenz der nicht disponiblen Alternativen erheblich verkleinert wird, kann dies an die Existenz gehen. Deshalb ist auch bei „bloßen“ Berufsausübungsregelungen ein gesteigertes Gewicht des verfolgten Zieles gefragt, wenn der Eingriff entsprechend schwerer ist. Dies spiegelt sich auch in der neueren Version der Stufentheorie zur Berufsfreiheit, die die Stufung nicht mehr schematisch allein an den Unterschied zwischen Berufswahl und -ausübung knüpft, sondern in fließenden Übergängen je nach Schwere des Eingriffs denkt.³³⁵

Geht es an die Existenz eines auf bestimmte Tätigkeiten spezialisierten Unternehmens, nähert sich die Regelung einem Eingriff in die **Berufswahl-freiheit**. Ein Beispiel: in einem wertvollen Naturgebiet will ein auf Siliziumgewinnung spezialisiertes Unternehmen das nur an einem bestimmten Ort vorhandene Silizium abbauen. Die Genehmigung wird mit der Begründung abgelehnt, dass es angesichts ausreichender Importe auf dem Markt keinen dringenden Bedarf an zusätzlichem Angebot gebe. Eine solche für den Betreiber unüberwindbare Einschränkung kann nur mit dem Schutz überragender Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt werden.

Nach gefestigter Rechtsprechung gehört dazu nicht die Absicht, die vorhandenen Betriebe vor Konkurrenz zu schützen oder Qualitätsmängel und übersteigerten Konsum wegen Überbesetzung eines Wirtschaftssektors auszuschließen.³³⁶ Mit derartigem Schutz vor Konkurrenz hat die hier angenommene Forderung, dass gesellschaftliche Handlungsziele gerechtfertigt werden müssen, jedoch nichts zu tun. Sie begründet sich aus der Überlastung der Natur durch grenzenlos steigende gesellschaftliche Bedürfnisse. Allerdings muss die Naturbelastung als Eingangsvoraussetzung nachweisbar sein.³³⁷ Dabei lässt sich die oben beobachtete Relation verwenden: **Je stärker die erwartbare Naturbelastung oder je knapper das Umweltgut ist, desto strenger und vollständiger darf die öV ausgestaltet sein.** So erklärt und begründet sich auch die besondere Strenge der Ausnahmeprüfung im Natura 2000-Regime: Wenn als Ziele nur öffentliche Interessen akzeptiert werden, ist dies der Tatsache geschuldet, dass die betroffene Natur besonders wertvoll ist und ihre Schädigung sogar feststeht.

335 S. dazu Kingreen/Poscher (2023) S. 279–286.

336 S. am Beispiel der Bedarfsprüfung bei Zulassung von Apotheken das Grundlagenurteil BVerfGE 7, 377 (414 f.).

337 Groß (1997) S. 89 ff.

Besondere Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen stellen sich, wenn gesetzlich ein **Ausstieg** aus bestimmten Alternativen angeordnet wird, und wenn die verfügbare Umweltnutzung einer **Bewirtschaftung** unterworfen wird. Die Umweltnutzung wird dann kontingentiert und zuteilt.³³⁸ Solche Regime setzen voraus, dass das Umweltgut katastrophal knapp ist. Dies ist für den Klimawandel inzwischen akzeptiert, weshalb die Kontingentierung und Zuteilung von Berechtigungen für Treibhausgasemissionen einen gerechtfertigten Eingriff darstellt. Ist die gesetzliche Verknappung somit grundrechtlich abgesichert, geht es weiter um angemessene Zuteilungskriterien und -verfahren. Dies bedeutet im Konzept der öV, dass die Zielsetzung der Emittenten in den Blick genommen werden kann. Bisher wird dies dadurch vermieden, dass Nutzungsberechtigungen verkauft oder versteigert werden. Es wäre aber auch zulässig, den sozialen Nutzen des jeweiligen Produzenten heranzuziehen. Wenn z. B. ein Emissionskontingent, das für eine Zeitspanne eine ganze Stadt versorgen würde, für touristische Flüge zum Mond aufgekauft wird, stellt sich die Frage, ob Geld allein ein faires Verteilungskriterium ist. Das hier einschlägige Grundrecht ist der Gleichheitssatz, der die unterschiedliche Behandlung der Vorhabenträger ermöglicht, wenn sachliche Differenzierungsgründe vorliegen.³³⁹

d) Einführung von öV – Schutzpflicht und Grundrecht?

Die bisherige verfassungsrechtliche Erörterung bezieht sich auf den Charakter der öV als Pflicht, die den Schutzbereich der Grundrechte formt oder, wenn sie gesetzlich normiert wird, ggf. legitimerweise in Grundrechte eingreift. Die Verfolgung der individuellen Wohlfahrtsziele, die durch die Grundrechte garantiert werden, etwa derjenigen des Konsums, der Berufstätigkeit und Eigentumsnutzung, werden im öffentlichen Interesse des Umweltschutzes beschränkt.

Angesichts der krisenhaften Schädigung mancher Umweltgüter stellt sich nun die Frage, ob die Einführung der öV, einschließlich Alternativen- und Zielpflicht, nicht nur eine Befugnis, sondern eine **verfassungsrechtliche**

338 S. dazu bereits oben A II. 3. c) bb).

339 BVerfG v. 13.3.2007, 1 BvF 1/05 (Zuteilungsplan für Treibhausgasemissionen) BVerfGE 118, 79 (99–102). S. dazu Winter (2022) S. 219 f.

Pflicht des Gesetzgebers ist.³⁴⁰ Eine solche Pflicht könnte sich objektiv aus Art. 20a GG und subjektiviert aus Grundrechten ergeben. Art. 20a GG soll hier nicht näher betrachtet werden. Er ist zu offen für unterschiedliche rechtspolitische Erwartungen. Grundrechtsdogmatisch ist dagegen mehr zu erreichen. Besonders prägnant und einflussreich sind die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Neubauer et al. und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Sachen KlimaSeniorinnen. Beide konstruieren die betroffenen Grundrechte unterschiedlich, das BVerfG als **Freiheitsrechte auf fairen Zugang zu Energie auch in der Zukunft**, der EGMR als **subjektivierte Pflicht des Staates, Gesundheit, Beruf und Eigentum gegen Klimafolgeschäden zu schützen**.³⁴¹ Dieser rechtsdogmatische Unterschied ist in unserem Zusammenhang von geringer Bedeutung, wichtiger ist, dass beide Konstrukte den Staat zum Handeln treiben, und zwar beide auch im Sinne einer Grundrechtsgarantie in der Zukunft.

Nun scheint aber ein **Paradox** zu entstehen: Einerseits ist die Auferlegung von Pflichten der öV ein legitimer Grundrechtseingriff, andererseits ist sie aber auch ein Recht. Hat der Einzelne also ein Recht darauf, dass er verpflichtet wird? Dieses Paradox löst sich auf, wenn man das Zweierschema Staat – Einzelne zu einem **Dreierschema Staat – Einzelne A – Einzelne B** ausbaut.³⁴² Die Einzelnen der Kategorie A sind durch die Auferlegung von öV Pflichten belastet, die Einzelnen der Kategorie B sind das nicht, sondern sie haben ein Recht darauf, dass die Einzelnen A belastet werden. Abstrakt ist das leicht konstruierbar, nur: wer ist A und wer B? Sicherlich gehört zu A das Kohlekraftwerk, das CO₂ emittiert, und zu B die Kleinbäuerin, deren Acker Extremwetter ausgesetzt ist. Nur wo ist die Grenze zu ziehen? Das Problem ist bereits bei der Frage aufgetaucht, inwieweit die Umwelt als ein öffentliches Gut angesehen werden muss, dessen Nutzung nur im Alltagsgebrauch frei ist, bei starker Nutzung dagegen bewirtschaftet werden darf.³⁴³ Verschiedene Kriterien kommen in Betracht:

340 Dies entspräche dann der oben besprochenen Konzeption von Murswiek, s. A VIII. 1. b).

341 BVerfG v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 78, 96, 288/20 (Neubauer et al.), BVerfGE 157, 30 (Rn 184–194); EGMR v. 9.4.2024, Appl. no. 53/600/20 (Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v. Schweiz) §§ 538–554.

342 Chr. Calliess (2002) S. 563–565 spricht von einem mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis.

343 Vgl. oben A X 1. b) bb).

- natürliche Personen versus juristische Personen, wie es Art. 19 Abs 3 GG impliziert
- Lebenswelt versus Arbeitswelt
- Konsumenten versus Produzenten
- Private versus Unternehmen
- Einzelne versus Organisationen
- Kleine und mittlere Unternehmen versus große Unternehmen
- Geringe Umweltnutzer versus starke Umweltnutzer

Die Unterscheidung ist sichtlich schwierig, aber im Grundansatz, dass **Kleines anders als Großes zu behandeln** ist, intuitiv naheliegend. Nun muss sie glücklicherweise im vorliegenden Zusammenhang nicht präzise getroffen werden, weil man sie der Praxis der Rechtsschutz Suchenden überlassen kann. Eine Klage **auf** mehr Klimaschutz wird nicht von einem „carbon major“ (einem großen Emittenten von Treibhausgasen) erhoben werden, sondern von Menschen, die unter dem Klimawandel leiden. Umgekehrt wird es sich verhalten, wenn **gegen** mehr Klimaschutz geklagt wird. Das angerufene Gericht kann dann in der Sache nach unterschiedlichen Betroffenen differenzieren. Wenn z. B. zu entscheiden ist, wie der Staat, grundrechtlich gesehen, mit einem knappen Budget von Treibhausgasemissionen umgehen soll, ist er befugt, die großen Emittenten (wie etwa Kohleverbrenner) prioritär zu beschränken.³⁴⁴

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das Grundrecht auf Erhaltung natürlicher Lebensbedingungen möglicherweise solche Umweltkomponenten nicht erreicht, die vom individuellen Leben und Arbeiten weiter entfernt sind als die gesunde Umgebungsluft und der Zugriff auf Kraftstoff. Deshalb ist ein **allgemeines Grundrecht auf Erhaltung der natürlichen Lebensbedingungen** in Betracht zu ziehen. Viele Verfassungen enthalten es bereits in unterschiedlicher Ausprägung. Es ist auch für eine Ergänzung des Grundgesetzes vorgeschlagen worden.³⁴⁵ Auf internationaler Ebene wird seine Einführung von der UN-Generalversammlung und der UN-Menschenrechtskommission unterstützt.³⁴⁶

344 BVerfG v. 13.3.2007, 1 BvF 1/05 (Zuteilungsplan für Treibhausgasemissionen) BVerfGE 118, 79 (107).

345 So z. B. in konkreter Form von Kersten (2022) S. 72 und Unverzagt (2024) S. 364.

346 UNGA, The human right to a clean, healthy and sustainable environment, A/RES/76/300 (28 July 2022); UNGA, HRC, A/HRC/RES/48/13 (18 October 2021). Erläuterung in UNHCHR, UNEP, UNDP (2023).

Trotz Zweifels, ob ein solches Recht praktisch wirksam werden kann, halte ich die Einführung eines solchen Rechts für sinnvoll, wenn auch mit der Einschränkung, dass das **Recht auf** mit einer **Pflicht zur** Erhaltung der natürlichen Lebensbedingungen verbunden werden müsste. Dies jedenfalls ist der Ansatz der öV.

2. Verfassungsrechtlicher Rahmen hoheitlicher Daseinsvorsorge und Planung

Es wurde oben zu VI 3 und 4 dargelegt, dass das Recht die öV für öffentliche Vorhaben besonders differenziert ausgebildet hat. Strukturunterschiede zwischen öffentlicher Hand und privaten Unternehmen, insbesondere hinsichtlich Rentabilität, Organisation und Klientelerwartungen, machen den Staat empfänglicher für solche rechtlichen Bindungen. Von besonderem Interesse für unsere Problemstellung sind die Behörden der **Daseinsvorsorge und Landnutzungsplanung**. Sie spielen, ähnlich wie auf dem Markt die Unternehmen, im Bereich der Infrastrukturleistungen die treibende Rolle. Dabei sind sie es gewohnt, in Alternativen zu denken, nur beschränkt sich ihr Horizont traditionell darauf, die Ziele und Mittel mit den finanzwirtschaftlichen Kosten in Beziehung zu setzen.³⁴⁷ Demgegenüber öffnet eine öV dieses Kalkül für die Beachtung ökologischer Belange. Es ist anzunehmen, dass viele Behörden im Wege der Selbstprogrammierung³⁴⁸ bereits von sich aus dazu bereit sind.

Zu fragen ist, inwieweit die daseinsvorsorgende und planerische Verwaltung hierzu nicht allein selbst motiviert und einfachgesetzlich angeleitet wird, sondern auch verfassungsrechtlich verpflichtet ist. Zunächst ist maßgeblich, dass anders als Private die Hoheitsträger, denen eine Alternativen- und Zielpflicht vorgeschrieben wird, sich nicht auf Grundrechte berufen können, weil Grundrechte sich gegen Hoheitsträger richten, also keinen Freiheitsraum für dieselben gewähren. Dies impliziert zugleich, dass es auch keine aus grundrechtlichen Schutzbereichen ableitbaren Grundpflichten der öffentlichen Hand geben kann. Pflichten können sich aber aus den objektiven Wertentscheidungen der Grundrechte ergeben. Die aus diesen folgenden **Schutzpflichten** werden zwar vor allem als Auftrag zu rechtlichen Regelungen herangezogen, es spricht aber nichts dagegen, sie als

347 Vgl. oben zu A VI.3.

348 Franzius (2023) S. 508–513.

vorgesetzliche Pflichten der daseinsvorsorgenden und planerischen Verwaltung anzusehen. Dadurch ergeben sich Pflichten zum Schutz der natürlichen Voraussetzungen unter anderem von menschlicher Gesundheit, Beruf und Eigentum. Diese sind durch Art. 20a GG insofern verstärkt worden, als die Garantie sich nicht nur auf die engeren Freiheitsvoraussetzungen, sondern auch auf die **natürlichen Lebensgrundlagen** in einem allgemeineren Sinn erstreckt. Art. 20a GG richtet sich ausdrücklich auch an die „vollziehende Gewalt“, womit nicht nur die gesetzesausführende, sondern auch die politisch aktive sog. gesetzesfreie Verwaltung gemeint ist.³⁴⁹

IX. Unionsverfassungsrecht

Da das Unionsrecht in vielerlei Rechtsakten Varianten der öV vorschreibt, und zwar auch manchmal (wie im Naturschutzrecht und im Chemikalienrecht) ziemlich weitgehende, stellt sich die Frage des verfassungsrechtlichen Rahmens auch auf dieser Ebene. Die Antwort fällt ähnlich aus wie auf nationaler Ebene. Die Regelungen enthalten Eingriffe in die entsprechenden Grundrechte der EU-Charta, so insbesondere die Berufs-, Unternehmens- und Eigentumsfreiheit³⁵⁰, die aber aus Gründen des Umweltschutzes gerechtfertigt werden können. Ob dabei **Schutzpflichten** zugunsten Drittbetroffener und Schutzansprüche von Drittbetroffenen mitwirken, ist unklar, weil die Rechtsdogmatik des GHEU insoweit bisher **nicht ausgeformt** ist.³⁵¹

Die **Avosetta-Gruppe**, ein Netzwerk von europäischen UmweltrechtlerInnen, hat einmal vorgeschlagen, eine solche Schutzpflicht im damaligen EG-Vertrag zu schaffen. Sie sollte lauten:

„Subject to imperative reasons of overriding public interests significantly impairing the environment or human health shall be prohibited.“³⁵²

Die Vorschrift war den Art. 28 – 30 EGV (jetzt Art. 34 – 36 AEUV) über die Warenverkehrsfreiheit nachgebildet und sollte – genau wie diese Artikel – sich an die EG-Organen und die Mitgliedstaaten richten und gleichzeitig

349 Jarass (2022) Art. 20a Rn 21.

350 Art. 15–17 GR-Charta.

351 Bisher gibt es nur die Herleitung aus Grundfreiheiten, s. EuGH v. 12.6.2003, Rs C-112/00 (Schmidberger) Rn 57; Ehlers/Germelmann (2023) S. 205–207.

352 Beschluss vom 13. Januar 2001. <https://www.avosetta.oer2.rw.fau.de/beschluss.html>.

subjektive Rechte Einzelner begründen. Der Vorschlag wurde aber nicht aufgegriffen. Heute wird weitergehend darüber diskutiert, auch auf Unions-ebene ein Grundrecht auf gesunde natürliche Lebensbedingungen zu schaffen. Aber auch dieses ist weit entfernt von den erforderlichen Mehrheiten, und es müsste, wie bereits zur nationalen Verfassung gesagt, mit einer Pflicht, diese Lebensbedingungen zu bewahren, verbunden werden.³⁵³

Noch weniger Akzeptanz würde es wohl finden, wenn man aus den Grundrechten der Grundrechtecharta Grundpflichten zur Alternativen- und Zielpflicht ableiten würde. Ganz fern liegt das zumindest sekundär-rechtlich nicht, weil umweltrechtliche Vorschriften der EU manchmal selbständige Grundpflichten aufführen, auf die dann bestimmte Instrumente (wie etwa Genehmigungsvorbehalte) bezogen werden. Diese Regelungstechnik kann man so interpretieren, dass die Grundpflichten auch unabhängig von spezifischen Regelungen beachtet werden müssen. Zum Beispiel stellt die Industrieanlagen-Richtlinie „**Grundpflichten der Betreiber**“ auf, zu denen insbesondere gehört, dass die besten verfügbaren Techniken angewandt werden.³⁵⁴

Jedenfalls aber existieren objektivrechtliche Pflichten, die auch die Einführung von Komponenten der öV umfassen. Dazu gehören nach Art. 191 AEUV das Vorsorgeprinzip und die rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen. Hervorzuheben ist das Integrationsprinzip des Art. 11 AEUV, nach dem die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen einbezogen werden müssen. Damit wird die für die öV wesentliche Abwägung von Wohlfahrtszielen mit Umwelteingriffen eingefordert.

X. Ökologische Verhältnismäßigkeit und andere umweltrechtliche Grundsätze

In der gegenwärtigen Situation ubiquitärer Verknappung von Umweltgütern ist nicht verwunderlich, dass allenthalben über neue Grundsätze diskutiert wird. In diesem Diskurs muss sich der von mir vorgeschlagene Grundsatz der öV behaupten. Was ist also seine Besonderheit im Vergleich zu anderen? Einige alternative Prinzipien möchte ich ansprechen, dies

353 S. näher oben A VIII. 1. a).

354 Art. 11 b) IVU-Richtlinie.

wegen meiner anderen Schwerpunktsetzung allerdings nur in sehr kursorischer Weise.³⁵⁵ Ich konzentriere mich auf die folgenden sieben Grundsätze:

- Grundrechte auf Umweltschutz
- Suffizienz
- Vorsorge
- Nachhaltigkeit
- Eigenrechte der Natur
- „*in dubio pro natura*“
- Kosten-Nutzen-Analyse

1. Grundrechte auf Umweltschutz

Die Grundrechte dienen seit Langem nicht mehr nur der Abwehr von „vertikalen“ staatlichen Maßnahmen, sondern beanspruchen staatlichen Schutz gegen „horizontale“ private Eingriffe. Dieser erstreckt sich auch auf Erhaltung derjenigen Umweltbedingungen, die für die Ausübung von Grundrechten notwendig sind, also z.B. gesunde Luft. Das Bundesverfassungsgericht und der EGMR haben dieses Recht auf die Bewahrung von lebenserhaltenden Klimabedingungen erweitert.³⁵⁶ Darüber hinaus wird ein allgemeines Grundrecht auf eine gesunde, ausgewogene, lebbare etc. Umwelt diskutiert und ist bereits von der UN-Generalversammlung und der UN-Menschenrechtskommission empfohlen worden.³⁵⁷ Es hat auch bereits Eingang in viele Verfassungen gefunden, findet aber für das deutsche und auch für das Unionsrecht bisher nicht die erforderlichen Mehrheiten.

Von dieser Begründung von subjektiven Rechten hebt sich die öV dadurch ab, dass sie die **Pflichtenstellung der Menschen** betont. Grundrechtsdenken will den Staat zwingen zu handeln. Aber die Bürger und Unternehmen müssen auch selbst in Pflicht genommen werden.³⁵⁸ Dies geschieht traditionell dadurch, dass Umweltnutzungen durch staatliche Regulierung begrenzt oder bepreist werden. Aber dies sind äußere Schranken. Darüber hinaus müssen Individuen und Organisationen ihre eigenen Entscheidungsprozesse umbauen, indem sie Verhaltensweisen suchen und Zie-

355 Ausführliche Darstellung bei Reh binder (2018) Rn 17–194; Krämer/Orlando (2018).

356 S. oben A VIII. 1. d).

357 S. oben A VIII. 1. d).

358 S. dazu den Vorschlag „Allgemeine Erklärung der Menschenpflichten“ (Schmidt (1997) und das Prinzip Umweltverantwortung des Art. 3 UGB-KomE).

le reflektieren, die „unterhalb“ der Grenzwerte und über Zahlungspflichten hinaus die Umwelt schonen.

2. Suffizienz

Dieser Gedanke kommt dem Grundsatz der Suffizienz nahe. Eine elaborierte Version dieses Grundsatzes hat kürzlich der SRU vorgelegt.³⁵⁹ Suffizienz setzt sich von Effizienz (weniger Input je Output) und Konsistenz (Substitution von mehr durch weniger umweltbelastende Inputs) dadurch ab, dass sie die absolute Menge des Ressourcenverbrauchs reduziert. Sie denkt von planetarischen Grenzen der lebensermöglichenden Ressourcen her, die nicht nur durch Effizienz und Konsistenz, sondern eben auch durch Suffizienz eingehalten werden müssen. Dabei wird besonders auf eine Reflexion über Ziele gesetzt. Wesentlich ist, dass sich der Suffizienzgrundsatz sowohl an Individuen wie auch an Organisationen richtet.³⁶⁰

In der Begrifflichkeit der öV ist Suffizienz insofern enthalten, als der Gesichtspunkt der **Mengenbegrenzung** bei der Auswahl und Bewertung von Alternativen maßgeblich werden kann, freilich neben anderen mehr qualitativen Kriterien. Besonders deutlich ist aber die Parallelität hinsichtlich der Betonung der **sozio-kulturellen Dimension der Zielsetzungen** wie auch deren kritischer Prüfung.³⁶¹ Dies entspricht der Darlegung und Rechtfertigung von Zielen im Konzept der öV. Ein Unterschied besteht darin, dass die öV nicht so sehr eine Strategie staatlichen Handelns ist als vielmehr ein **Sozialmodell** der Gesellschaft, und dass sie nicht – extern – von planetarischen Grenzen her denkt, sondern – intern – die Verfertigung von einzelnen Entscheidungen ausgestaltet. Vor allem aber präsentiert sie ein differenziertes Kalkül, nicht nur einzelne Leitgedanken.³⁶²

3. Vorsorge

Die allgemein akzeptierte Aussage des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips ist, dass Hoheitsträger wie auch Private Umweltschutzregelungen treffen dürfen und sollen, selbst wenn das Risiko schädlicher Kausalprozesse

359 SRU (2024). S. auch Reese (2023) und umfassend Jürschik (2024).

360 SRU (2024) S. 21.

361 SRU (2024) S. 47 ff.

362 Weitgehend wie hier dagegen Jürschik (2024) S. 203–331.

wissenschaftlich noch nicht aufgeklärt ist, immerhin aber Anhaltspunkte dafür bestehen. Mit dieser Bedeutung kann das Vorsorgeprinzip an verschiedenen Stellen in das Konzept der ökologischen Verhältnismäßigkeit eingebaut werden, und zwar bei der Bestimmung des Schutzbereichs (wird die Gefahrengrenze auf noch ungesichertes Wissen „abgesenkt“?), bei der Identifizierung von Handlungsalternativen (ist eine Maßnahme geeignet, ein Ziel zu erreichen?) und bei der Bewertung von Zielen (ist ein Ziel geeignet, ein höheres Ziel zu verwirklichen?).

Im deutschen Recht werden dem Vorsorgeprinzip noch zwei weitere Bedeutungen beigemessen.³⁶³

Erstens: Das Vorsorgeprinzip soll vorrangig nicht an Schädlichkeitsgrenzen (die normalerweise durch Immissionswerte konkretisiert werden) ansetzen, sondern an Grenzen der **Vermeidbarkeit** von schädigenden Handlungen (die normalerweise durch Emissionsgrenzwerte am Maßstab des Standes der Technik konkretisiert werden). Diese Funktion ist sicherlich bedeutsam, es sollte aber mitgedacht werden, dass es auch vorsorgliche Schädlichkeitsgrenzen gibt. Jedenfalls ist der Stand der Technik, wie unten zu B II erläutert, in der Alternativenprüfung aufgehoben.

Zweitens: Das Vorsorgeprinzip soll dafür sorgen, dass verfügbare natürliche **Ressourcen** (wie zum Beispiel Boden und Bodenschätze) möglichst **sparsam verwendet** werden. Aber dieser Gedanke sollte besser als eigener Grundsatz neben dem Vorsorgeprinzip gelten. Das ist in Art. 191 Abs. 1 3. Beistrich AEUV geschehen, der als Ziel die „umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen“ formuliert. Jedenfalls ist der Grundsatz – ob nun als Vorsorge oder selbständig gefasst – zentraler Bestandteil der Alternativenprüfung.

4. Eigenrechte der Natur

Ein weiterer Diskurs widmet sich Eigenrechten der Natur. Es gibt philosophische und praktische Argumente dafür, philosophische der Art, dass höhere Tiere Subjektivität besitzen, dass der Mensch die Natur sich nicht unterordnen sondern als gleichberechtigt anerkennen soll, etc., und praktische der Art, dass die Eigenrechte Basis einer Repräsentanz durch Verbände oder andere Organisationen sein können, auch, dass bei Eingriffen Ent-

363 Kloepper (2004) § 4 B I. Rn 8–28.

schädigung geleistet werden muss.³⁶⁴ Ich bin skeptisch, weil die Natur nicht verhandelt und wir von ihr eher abhängig sind als dass wir sie beherrschen können, sodass eigentlich eine Einordnung in die Leben ermöglichende umfassende Biosphäre angebracht wäre.³⁶⁵ Dies mag aber dahinstehen. Jedenfalls ist das Konzept der öV nicht auf eine Subjektivierung der Natur angewiesen. Eine Minimierung von Umwelteingriffen mag für bestimmte Arten oder Habitate, die allein sinnvoll subjektiviert werden könnten, an Überzeugung gewinnen, sie wäre aber zu kurz gegriffen, weil auch natürliche Medien, Systeme und Kreisläufe als Schutzgüter in den Anwendungsbereich der öV einbezogen werden.

5. Nachhaltigkeit

Schon recht betagt, aber immer noch hoch präsent ist der Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung. Von der Brundtland-Kommission ausgearbeitet³⁶⁶, wurde er auf der Rio-Konferenz von 1992 als ein Kompromiss zwischen sozio-ökonomischem Wachstum und Umweltschutz offiziell anerkannt. Inhaltlich ist er aber kaum aussagekräftig, weil er im Grunde nur eine Abwägung sozialer, ökonomischer und ökologischer Belange verlangt, ohne diese Abwägung zu strukturieren. Sinn würde er nur machen, wenn er als **starke Nachhaltigkeit** verstanden würde, in der die Natur die Basis darstellt und nicht leicht weg zu wiegen ist. Das ist rechtlich aber kaum durchsetzbar. Im Vergleich zu der Offenheit der Abwägung gibt der Grundsatz der ökologischen Verhältnismäßigkeit mehr Anleitung.³⁶⁷

6. In dubio pro natura

Ein Diskurs, der vor allem in Lateinamerika stattfindet und Europa bisher kaum berührt, widmet sich dem Grundsatz „*in dubio pro natura*“. Rechtslehre und Rechtsprechung haben ihn entwickelt, teils hat er auch Eingang in Verfassungen gefunden. Sein hauptsächliches Anwendungsfeld sind gerichtliche Entscheidungen, in denen die Beweislage nicht eindeutig ist oder

364 Wesche (2023) S. 149–202.

365 S. dazu oben A VII. 1. a) aa).

366 Bugge (2008) S. 3–9.

367 Winter (2013).

die Interpretation des Rechts unterschiedliche Meinungen zulässt. Daneben wird er auch angewendet, wenn nicht klar ist, welche Behörde zuständig und welches Recht anwendbar ist.³⁶⁸ Auch dieser Grundsatz ist, meine ich, nicht differenziert genug. Es bleibt unklar und schwer voraussehbar, wann eine Zweifelslage (dubium) vorliegt, wie gewichtig ein Belang im Vergleich zur Natur ist, und was Natur bedeutet.

7. Kosten – Nutzen – Analyse

Wie oben gezeigt, bezieht sich die rein ökonomische Kosten-Nutzen-Analyse (KNA) weder im Kosten- noch im Nutzenbegriff auf Umweltgüter. Im Gegenteil beruht sie auf einer Externalisierung von Umweltkosten. Wenn Umweltkosten eingerechnet werden, ergeben sich **zwei Versionen von KNA**: Die eine Version setzt Umweltschutz als Nutzen und den Aufwand für Umweltschutz als Kosten. Sie ist üblich für die Bewertung von Umweltschutzmaßnahmen, seien sie von Privaten oder Hoheitsträgern initiiert.³⁶⁹ Bei hoheitlichen Maßnahmen kann sie die staatsbürgerliche Verhältnismäßigkeit informatorisch bereichern. Die andere Version setzt Wohlfahrtsziele als Nutzen und Umwelteingriffe als Kosten. Sie ist üblich, wenn Private wirtschaftliche Tätigkeiten oder Hoheitsträger öffentliche Vorhaben kalkulieren. Ihre Denkweise entspricht genau derjenigen der ökologischen Verhältnismäßigkeit. Sie ist allerdings auf die Prüfung der Angemessenheit des Verhältnisses zwischen Umwelteingriff und Wohlfahrtsziel beschränkt. Die öV bleibt aber dadurch unterschieden, dass sie auf Risiko-Analysen für Alternativvorhaben besteht und als Nutzen unter Umständen nur solchen anerkennt, der rechtfertigungsfähig ist. Dabei verweigert sich die öV einer Monetarisierung nicht, soweit Kosten und Nutzen tatsächlich finanziell anfallen, es also nicht um intangible Werte geht.

368 Borràs (2023).

369 Als repräsentatives Beispiel hierfür s. Hansjürgens/Lienhoop (2015).