

B. Besonderer Teil

Ich komme nun zu besonderen Problemen der öV, in der Hoffnung, dass ihr Verständnis durch die im ersten Teil unternommene theoretische Erklärung, begriffliche Differenzierung und verfassungsrechtliche Ortsbestimmung erleichtert wird. Dabei soll nicht der ganze Katalog möglicher Fragen, wie sie zu A VII. aufgelistet worden sind, sondern nur eine signifikante Auswahl behandelt werden. Zugleich bietet sich an, an einigen Stellen rechtsdogmatisch oder rechtspolitisch vorzuschlagen, wie die öV konkretisiert und erweitert werden kann.

Eine Beschränkung ist hinsichtlich der einer öV ausgesetzten Vorhaben nötig.³⁷⁰ Ich werde mich auf die Entscheidung über Industrieanlagen (II.), Gewässernutzung (III.), Infrastrukturvorhaben (IV.), die Beeinträchtigungen von Naturschutzgebieten (V.), die Vermarktung von Gefahrstoffen und Pflanzenschutzmitteln (VI.), die Vermarktung von gentechnisch veränderten Organismen (VII.) und Vorhaben der Energieerzeugung (VIII) konzentrieren. Vorgeschaltet ist eine Untersuchung der im Querschnitt einzelner Sektoren anzuwendenden Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) und strategischen Umweltprüfung (SUP) (I.).

I. Umweltverträglichkeitsprüfung und strategische Umweltprüfung

Die UVP ist für die meisten genehmigungsbedürftigen industriellen Anlagen und die meisten planfeststellungsbedürftigen Infrastrukturanlagen vorgeschrieben. Soweit es die Alternativenprüfung angeht, steht die UVP in einem nicht ganz einfachen Verhältnis zu den Fachgesetzen. Sie ist ein **prozedurales Instrument** der Informationsbeschaffung und -bewertung, während die **Fachgesetze** vor allem **materielle Vorgaben** machen, die sich aber auch auf den Umfang der UVP auswirken.

Der Schutzbereich der Umwelt, m. a. W. die Basislinie des Umweltschutzes wird für die UVP-pflichtigen Vorhaben nicht durch das UVP-Recht festgelegt. Die UVP wird, wie gesagt, als ein Instrument der Sachverhaltsbe-

370 Ähnlich exemplarisch mit Betonung des Suffizienzaspekts Jürschick (2024) S. 238–270.

schreibung angesehen. Das Schutzniveau ergibt sich aus den materiellen Normen, die über die Zulässigkeit von Vorhaben entscheiden. Trotzdem orientiert sich die UVP, indem sie zunächst den gegenwärtigen Zustand der Umwelt erhebt und die Auswirkungen des Projekts auf ihn untersucht³⁷¹, am gegenwärtigen Zustand als vorläufiges Schutzniveau. Die endgültige Bewertung erfolgt dann auf der Grundlage der Fachgesetze. Soweit diese Ermessensspielräume öffnen, kann die UVP mit ihrer vorläufigen Beurteilung aber auch materiellen Einfluss gewinnen.

Die UVP ist unter dem Gesichtspunkt der öV ein **Pionier** vor allem **hinsichtlich der Alternativenprüfung, weniger** dagegen **hinsichtlich der Zielbewertung**. Die Prüfung von Alternativen wird im US-amerikanischen EIA-Konzept als „the heart of the environmental impact statement“ bezeichnet.³⁷² Dementsprechend ist die Prüfung von „reasonable alternatives“ obligatorisch. Das europäische Konzept wagte sich jedoch von Anfang nicht so weit vor, sondern beschränkte die Betrachtung auf vom Projektträger selbst geprüfte Alternativen.³⁷³ Ich werde zunächst das deutsche Recht und das Unionsrecht untersuchen (1.) und danach vergleichsweise das US-Amerikanische Recht skizzieren (2.).

1. Deutsches Recht und Unionsrecht

An sich war es ein Hauptergebnis der Konsultationen von 2010 in der Europäischen Gemeinschaft, dass die Alternativenprüfung gegenüber der älteren Rechtslage gestärkt werden sollte.³⁷⁴ Die Kommission schlug deshalb eine Pflicht zur Prüfung „**vernünftiger Alternativen**“ (reasonable alternatives) vor.³⁷⁵ Die Pflicht wurde dann aber nicht in die Neufassung der

371 § 16 Abs. 1 Nr. 2 und 5 UVPG.

372 40 CFR 1502.14.

373 Art. 5 Abs. 1 d) Richtlinie 2011/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, Abl. L 26/2011 S. 1 (UVP-RL).

374 Auf derselben Linie bereits vorher die Evaluierung der UVP-Praxis im Vergleich der EG-Mitgliedstaaten durch Wood/ Barker/Jones/Hughes (1996) S. 23.

375 Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 d) Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2011/92/EU über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, COM(2012) 628.

UVP-Richtlinie³⁷⁶ aufgenommen. Es blieb bei der subjektiven Auswahl des Projektträgers.

Eine Pflicht, Alternativen vorzulegen, kann sich deshalb lediglich aus **sektoralen Rechtsnormen** ergeben³⁷⁷, wie insbesondere als Element des Abwägungsgebots im Planfeststellungsrecht, bei Natureingriffen, bei Gewässerverschlechterungen, und bei Luftverschmutzung, hier allerdings weitgehend beschränkt auf technische Alternativen. Die Behörde kann dann eigene Alternativen einbringen und den Antragsteller verpflichten, diese in den Umweltbericht einzubeziehen.³⁷⁸

Neben der Frage der Pflicht zur Vorlage ist die Weite des Spektrums der zu prüfenden Alternativen problematisch. Auch diese ergibt sich aus dem Fachrecht. Im Querschnitt des Fachrechts gilt nach herrschender Meinung der Grundsatz, dass nur **projektinterne Varianten** zu prüfen sind, nicht auch **alternative Projekte**.³⁷⁹ Dies ist jedoch nirgends im Wortlaut der Richtlinie, des UVPG oder der Fachgesetze ausgedrückt. Die Unterscheidung beruht auf der Annahme, dass der Vorhabenträger selbst endgültig über das Ziel der Maßnahme bestimmt.³⁸⁰ Sein Ziel, das verständlicherweise möglichst konkret auf die Maßnahme bezogen sein wird, ist aber zunächst nur Gegenstand eines Antrags. Je nach Ausgestaltung des materiellen Rechts unterliegt es dann einer Bewertung, die zu einer Zurückweisung des Zieles führen kann, insbesondere wenn es im Vergleich mit anderen Zielen oder höheren Zielen als nicht gewichtig genug anzusehen ist.³⁸¹

376 Richtlinie 2014/52/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/92/EU über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten. Abl. L 124/2014 S. 1.

377 BVerwG v. 14.5.1996, 7 NB 3.95 (Abfallentsorgungsplan), BVerwGE 101, 166 (174 f.).

378 Gassner/Winkelbrandt/Bernotat (2010) S. 32 f.

379 BVerwG v. 17.1.2007, 9 A 20.05 (A 143 – Westumfahrung Halle) BVerwGE 128, 1 Rn 142 f. zum Planfeststellungsrecht; BVerwG v. 6.11.2012, 9 A 17.11 (A 33 Abschnitt 7.1) BVerwGE 145, 40 Rn 70 und BVerwG v. 6.11.2013, 9 A 14.12 (A 20 – Segeberger Kalkberghöhlen) BVerwGE 148, 373 Rnr. 74 zum Naturschutzrecht. S. näher unten zu B V.

380 Diese Unterscheidung sehen Peters/Weingarten/Schicketanz/Balla/Bunge (2020) zu wenig. S. a.a.O. S. 55: „Diese [die Prüfung von Alternativen] steht immer im Zusammenhang mit dem Gegenstand des Planungs-, Programmaufstellungs- oder Vorhabenzulassungsverfahrens, so dass es jeweils um Möglichkeiten geht, das vom Planungs- oder Vorhabenträger insgesamt angestrebte Ziel auch auf andere Weise zu erreichen als konkret zunächst in Aussicht genommen.“ Meine Hervorhebung.

381 S. dazu näher oben A VII. 3. c) cc) ii).

Es empfiehlt sich stattdessen, die Maxime **je stärker der Umwelteingriff ist, desto breiter das Alternativenspektrum** zugrunde zu legen.³⁸² Sie würde an den anerkannten Grundsatz anschließen, dass Vorsorgemaßnahmen „nach Umfang und Ausmaß dem Risikopotential der Immissionen, die sie verhindern soll, proportional sein“ sollen.³⁸³

Allerdings müsste eine Prüfung von alternativen Projekten im Gesamtverlauf der Entscheidungsbildung frühzeitig erfolgen. Denn die grundsätzliche Identifizierung eines Projekts kann kaum wieder geöffnet werden, wenn der Planungsprozess im Detail fortgeschritten ist. Aus diesem Grund ist die **Strategische Umweltprüfung** (SUP) eingeführt worden. Sie findet auf der Ebene vorgelagerter Pläne und Programme statt. Sie hat die Prüfung „vernünftiger Alternativen“ zum Gegenstand, überlässt die Auswahl also nicht dem Ermessen der betroffenen Vorhabenträger. Dadurch erhält sie eine materielle Bedeutung, die das von den einschlägigen Gesetzen eingeräumte Planungsermessen strukturiert.

Nach einer engeren Kommentarmeinung soll sich die SUP auf Varianten für einzelne planerische Festsetzungen oder Ausführungsmaßnahmen beschränken.³⁸⁴ Nach einer – mE überzeugenden – weiteren Auffassung³⁸⁵ ist die SUP dagegen ein **Suchprogramm** für die ökologisch verträglichste Erreichung des mit dem Plan oder Programm verfolgten politischen Ziels. Ein solches Ziel mag durchaus auch durch einen radikal anders konzipierten Plan erreichbar sein, wenn er ökologisch weniger eingreift. Eine interdisziplinäre Expertise³⁸⁶ spricht von einem „prozessorientierten Modell, welches Initiative ergreifen und nachhaltige Lösungen entwickeln soll“. „Während auf der Ebene der Projektzulassung in der UVP der Fokus auf technischen Varianten und womöglich Standortvarianten liegt, hat die SUP vor allem die Aufgabe, übergeordnete Systemalternativen zu prüfen“. In diese Richtung deutet auch z. B. § 53 UVPG, der fordert, dass in der Bundesverkehrswegeplanung auch „alternative Verkehrsnetze und alternative Verkehrsträger ermittelt, beschrieben und bewertet“ werden.

Wenn nun aber eine höhere Planungsebene nicht vorgesehen oder nicht durchschritten worden ist, muss auf der Ebene der Zulassung des Projekts eine Prüfung von alternativen Projekten, also nicht nur von projektinternen

382 So BVerwG v. 7.12.2024, 4 CN 6.22 (Kohlekraftwerk Datteln 4), BVerwGE 181, 99 (Rn 36).

383 BVerwG v. 17.2.1984, 7 C 8.82 (Ölfeuerungsanlage) BVerwGE 69, 37 (44).

384 Kment (2012) Rnr. 25.

385 Peters & Balla (2006) § 14g Rnr. 6–9; Gassner (2006) § 14g Rnr. 23 f.

386 Rehhausen et al. (2014) S. 97.

Varianten, möglich bleiben. Dies wird von der Rechtsprechung bisher nicht anerkannt, ja nicht einmal als Problem angesprochen.

2. US-Amerikanisches Recht

Ihre Wurzel hat die Alternativenprüfung im US-Amerikanischen Recht. Deshalb ist ein rechtsvergleichender Blick dorthin aufschlussreich. Er muss sich insbesondere auf die Regelung der UVP richten. Denn in den Vereinigten Staaten ist diese Regelung Sitz der Bestimmungen über die Alternativenprüfung. Im Unterschied dazu wird die deutsche Rechtslage, wie bereits gesagt, so verstanden, dass sich die wesentlichen Anforderungen aus den Fachgesetzen ergeben.³⁸⁷ Eine – geringere – fachrechtlich spezifische Differenzierung zeigt sich allerdings auch im US-Amerikanischen Recht.³⁸⁸

Die Umweltverträglichkeitsprüfung und mit ihr der Alternativenvergleich wurde bereits durch den **National Environmental Policy Act (NEPA)** von 1969 eingeführt. § 102 NEPA³⁸⁹ verlangt eine UVP für „major Federal actions significantly affecting the quality of the human environment“, d. h. nach der herrschenden Auslegung für „**policies, plans, programs, and projects**“, genannt „the four P’s“.³⁹⁰ Sie hat den folgenden Inhalt:

„a detailed statement by the responsible official on

- (i) the environmental impact of the proposed action,
- (ii) any adverse environmental effects which cannot be avoided should the proposal be implemented,
- (iii) alternatives to the proposed action,

...“.

Welcher Art diese Alternativen sind, und wer sie wie intensiv zu untersuchen hat, wurde in einem reichhaltigen Wechselspiel von Ausführungsregelungen durch den vom NEPA eingesetzten **Council on Environmental Quality (CEQ)**, der Verwaltungspraxis, der rechtsdogmatischen Debatte und der Judikatur konkretisiert.

387 BVerwG v. 14.5.1996, DÖV 1996, 916 ff. (918).

388 S. im einzelnen Schoenbaum/Rosenberg (1991) Kapitel 2.

389 42 U.S.C. § 4332.

390 Novick (1996) Sec. 9.01 [2] [a] [iii] [B], Stand 6/96.

Die letzte Fassung der **CEQ-Regelung** zur Alternativenprüfung lautet:³⁹¹

„Alternatives including the proposed action

The alternatives section is the heart of the environmental impact statement. The alternatives section should identify the reasonably foreseeable environmental effects of the proposed action and the alternatives in comparative form based on the information and analysis presented in the sections on the affected environment (§ 1502.15) and the environmental consequences (§ 1502.16). In doing so, the analysis should sharply define the issues for the decision maker and the public and provide a clear basis for choice among options. In this section, agencies shall:

- (a) Rigorously explore and objectively evaluate reasonable alternatives to the proposed action, and, for alternatives that the agency eliminated from detailed study, briefly discuss the reasons for their elimination. The agency need not consider every conceivable alternative to a proposed action; rather, it shall consider a reasonable range of alternatives that will foster informed decision making. Agencies also may include reasonable alternatives not within the jurisdiction of the lead agency.
- (b) Discuss each alternative considered in detail, including the proposed action, so that reviewers may evaluate their comparative merits.
- (c) Include the no action alternative.
- (d) Identify the agency's preferred alternative or alternatives, if one or more exists, in the draft statement and identify such alternative in the final statement unless another law prohibits the expression of such a preference.
- (e) Include appropriate mitigation measures not already included in the proposed action or alternatives.
- (f) Identify the environmentally preferable alternative or alternatives amongst the alternatives considered in the environmental impact statement. The environmentally preferable alternative will best promote the national environmental policy expressed in section 101 of NEPA by maximizing environmental benefits, such as addressing climate change-related effects or disproportionate and adverse effects on communities with environmental justice concerns; pro-

391 40 C. F. R. § 1502.14.

tecting, preserving, or enhancing historic, cultural, Tribal, and natural resources, including rights of Tribal Nations that have been reserved through treaties, statutes, or Executive Orders; or causing the least damage to the biological and physical environment. The environmentally preferable alternative may be the proposed action, the no action alternative, or a reasonable alternative.“ (meine Hervorhebungen)

Zum Spektrum der zu untersuchenden Alternativen gibt CEQ in lit. (a) einen Maßstab der „**reasonableness**“ vor, den vorher bereits der Supreme Court gefordert hatte, weil der im NEPA ohne erläuterndes Adjektiv gebrauchte Ausdruck „alternatives to the proposed action“ „not self-defining“ sei.³⁹² In lit. (c) der CEQ-Regelung heißt es weiter, dass auch die „**alternative of no action**“, auf Deutsch „Nullalternative“ genannt, einbezogen werden muss. Lit. (a) letzter Satz besagt, dass die Verwirklichung der zu untersuchenden Alternativen auch außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der federführenden Behörde liegen könne. Die Untersuchungstiefe für die Alternativen, die mit „Rigorously explore and objectively evaluate reasonable alternatives“ (lit. (a) umschrieben wird, geht über die nach dem deutschen UVPG geforderte „Übersicht“ über die Alternativen und „Angabe der wesentlichen Auswahlgründe unter besonderer Berücksichtigung der Umweltauswirkungen des Vorhabens“ hinaus. Die Umweltfolgen der Alternativen müssen nach der Rechtsprechung andererseits aber nicht erschöpfend geschildert werden. Als Messlatte gilt, dass im Hinblick auf die Umweltfolgen eine begründete Auswahl zwischen den Alternativen ermöglicht werden muss.³⁹³

Wie das **Environmental Impact Statement (EIS)** überhaupt, muss auch die in ihm enthaltene Alternativenprüfung von den Genehmigungsbehörden erarbeitet werden. Dies schließt nicht aus, dass der Projektbetreiber – sei dies ein Privater oder eine öffentliche Stelle – die relevanten Informationen zur Verfügung stellt und auch das **Environmental Assessment (EA)** vorlegt. Das EA enthält eine überschlägige Analyse, auf deren Grundlage entschieden wird, ob ein ausführliches EIS erforderlich oder ein „finding of no significant impact“ (FONSI) festzustellen ist. Die Genehmigungsbehör-

392 Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 435 U.S. 519, 551 (1978). Vgl. Schoenbaum/Rosenberg (1991) S. 136.

393 Natural Resources Defense Council, Inc. v. Morton, 458 F. 2d 827, 836 (D.C. Cir.1972).

de muss das EA und die für das EIS zusätzlich vorgelegten Informationen einschließlich der Alternativen jedoch selbständig prüfen und bewerten,³⁹⁴ oder, wie manche Gerichte gefordert haben, „a hard look“ anwenden.³⁹⁵ Dabei hat es den Anschein, dass in den Vereinigten Staaten das Dilemma zwischen der Wünschbarkeit einer Entbürokratisierung und der Notwendigkeit eines unabhängigen behördlichen Urteils stärker als in der deutschen Rechtspraxis zugunsten des letzteren Gesichtspunkts gelöst wird.³⁹⁶

Der „reasonableness test“ für das gebotene Spektrum von zu untersuchenden Alternativen wird allgemein als zu vage empfunden. Dementsprechend haben sich Gerichte und Literatur um eine Präzisierung bemüht. Dabei wird meist eine **Ziel-Mittel-Relation** hergestellt. So heißt es in einem Urteil des Bundesberufungsgerichts des 7. Circuit:

„Logic and law dictate that every time an agency prepares an environmental impact statement, it must answer three questions in order. First, what is the purpose of the proposed project (major federal action)? Second, given that purpose, what are the reasonable alternatives to the project? And third, to what extent should the agency explore each particular reasonable alternative?“³⁹⁷

Häufig behandelt wird dabei die Frage, wie konkret oder abstrakt das **Ziel** zu definieren ist. In dem genannten Fall ging es darum, dass die Stadt Marion, Illinois, ihre Wasserversorgung sichern und dafür ein großes Speicherbecken bauen wollte. Eine Alternative, der Anschluss an eine wenige Meilen entfernte bestehende Wasserleitung, wurde nicht geprüft, weil die Stadt das Speicherbecken als Ziel definierte. Das Gericht entschied, die Zielsetzung sei zu eng gefasst. Allgemeiner führte es dazu aus:

„The broader the purpose, the wider the range of alternatives; and vice versa. The „purpose“ of a project is a slippery concept, susceptible of no hard-and-fast definition. One obvious way for an agency to slip past the strictures of NEPA is to contrive a purpose so slender as to define competing „reasonable alternatives“ out of consideration (and even out of existence). The federal courts cannot condone an agency's

394 Novick (1996) § 9.01 [2] [b] [i].

395 Lackey (1992) S. 1240 unter Hinweis auf *Van Abbema v. Fornell*, 807 F. 2d 633 (7th Cir. 1986), wo es auf S. 634 heißt, daß „blind reliance on material prepared by the applicant in the face of specific challenges raised by opponents“ unzulässig sei.

396 Vgl. Novick (1996) § 9.01 [2] [b] [i]; Elliott/Esty (2021) S. 161-164.

397 *Simmons v. U.S. Army Corps of Engineers*, 120 F.3d 664, 668 (7th Cir. 1997).

frustration of Congressional will. If the agency constricts the definition of the project's purpose and thereby excludes what truly are reasonable alternatives, the EIS cannot fulfill its role. Nor can the agency satisfy the Act. 42 U.S.C. § 4332(2)(E).³⁹⁸

Weiteres **Anschaungsmaterial** gibt eine viel diskutierte Entscheidung des Bundesberufungsgerichts des 2. Circuit.³⁹⁹ Burlington Air Express, Inc., betrieb Luftfrachtdienste von Fort Wayne aus. Um sich zu vergrößern, hatte das Unternehmen 17 Standorte geprüft und sich für Toledo entschieden. Die Hauptgründe dafür waren die dort verfügbaren Arbeitskräfte, der gute Ruf des dortigen Flughafenbetriebs und Toledos Nähe zu Detroit und Chicago. Burlington veranlasste die Toledo-Lucas County Port Authority, einen Antrag auf Erweiterung des Flughafens zu stellen. Die Port Authority erwog als Alternative nur diejenige der „no action“. Dementsprechend bezog sich auch das EIS der Genehmigungsbehörde – der Federal Aviation Administration (FAA) – lediglich auf die vorgeschlagene Flughafenerweiterung und die Null-Variante. Als Ziel des Vorhabens gab die FAA die Schaffung von Arbeitsplätzen in der Region an. Die Region habe in den vergangenen Jahren 50 Unternehmen verloren. Die Ansiedlung von Burlington lasse 200 neue Arbeitsplätze und höhere Standortattraktivität für weitere Niederlassungen erwarten. Angesichts dieses Zieles schied die FAA alle Alternativen an anderen Standorten aus der näheren Untersuchung aus. Als Umweltfolgen wurde die teilweise Zerstörung eines Naturparks mit Savanneneichen (von denen es nur noch 12 Lebensgemeinschaften auf der Erde gab) eingeräumt.

Die Kläger, die den Park für Naturgenuss und zu sportlichen Zwecken nutzten, machten geltend, das Ziel sei zu eng definiert, und es müssten auch andere Standorte wie insbesondere der bisherige Standort Fort Wayne geprüft werden.

Das Gericht hielt eine Prüfung des Ziels daraufhin, ob es „properly defined“ sei, für erforderlich. Dabei schloss es sich mehrheitlich der Auffassung der FAA an, die entscheidende Behörde müsse, wenn sie nicht selbst Projektträgerin sei, den Präferenzen der Antragstellerin folgen. Die Bestimmung des Zieles durch die Port Authority, „helping to launch a new cargo hub in Toledo and thereby helping to fuel the Toledo economy“, sei legitim.

398 Ibid. p. 666.

399 Citizens against Burlington, Inc. v. Busey, 938 F 2d 190 (D.C. Cir.).

Der dissentierende Richter wandte ein, wenn das Projektziel so eng definiert werde, dass nur das vorgeschlagene Projekt oder die no action-Variante verbleibe, verkomme die Alternativenprüfung zu einem „empty exercise“. Die FAA müsse selbst bestimmen, welches Ziel legitim und welche Alternative „reasonably available“ sei. Das Ziel sei, der Fa. Burlington eine Landebahn für Frachttransporte zur Verfügung zu stellen. Dieses Ziel könne aber möglicherweise auch an anderen Standorten erfüllt werden. Deshalb hätten weitere Standorte untersucht werden müssen. Das heiße nicht, dass sich im Ergebnis eine andere „viable air cargo hub at acceptable cost“ herausgestellt hätte. Jedenfalls habe die FAA gegenüber dem definitiven Ausschluss anderer Varianten „a degree of scepticism in dealing with self-serving statements from a prime beneficiary of the project“ üben müssen.

In der Literatur ist die Mehrheitsmeinung deutlich kritisiert worden.⁴⁰⁰ Auch die frühere Rechtsprechung hatte gefordert, dass die entscheidende Behörde das Ziel des Vorhabens objektiv bestimmen müsse, nicht nach den individuellen Interessen des Antragstellers.⁴⁰¹

Für das deutsche Recht lassen sich aus dem Fall zwei Lehren ziehen. Zum einen bestätigt sich, dass die **Zielsetzung** so eng erfolgen kann, dass im Grunde nur das geplante Vorhaben in Betracht kommt. Dies sollte vermieden werden. Allerdings wäre im Kontext des deutschen Rechts wohl zu fragen, ob nicht auch am gewählten Standort noch Alternativen (wie z.B. eine andere Platzierung der Landebahn) zur Verfügung stehen.

Zum anderen verweist die Entscheidung auf das im deutschen Recht kaum thematisierte Problem der **Zuständigkeit für die Zieldefinition**. Paradoxerweise führte im Burlington-Fall das Abstellen auf den Antragsteller (die Port Authority) zu einer engeren Zielbestimmung (Wirtschaftssituation Toledos) als der Durchgriff auf den eigentlichen Betreiber (Verbesserung der Landemöglichkeiten für Burlington). Dies ist aber nicht notwendig so. Entscheidender ist, ob es auf den Antragsteller oder die Genehmigungsbehörde ankommt. M. E. spricht nichts dagegen, soweit wie möglich den Antragsteller zum Zuge kommen zu lassen, sofern der o.g. Grundsatz, eine Identität von Ziel und Mittel zu vermeiden, beachtet wird. Die Kritik der amerikanischen Literatur an der „deference“ (Nachgiebig-

400 Lackey (1992) S.1272; Hartmann (1994) S. 734. Zu einem ähnlichen Fall Angel (2002) 1009–1014.

401 Van Abbema v. Fornell, 807 F. 2d 633, S. 638; Sierra Club v. Marsh, 714 F. Supp. 539, S. 574.

keit) gegenüber dem Antragsteller ist dennoch im Ergebnis berechtigt; nur ist sie ihrerseits problematisch, weil sie nicht davor schützt, dass sich die entscheidende Behörde zu weit von dem vom Antragsteller erreichbaren Ziel entfernt. Gesucht ist also ein inhaltlicher Gesichtspunkt, der die „deference“ begrenzt.

Im Rahmen der hier vertretenen Sichtweise, nach der bei der Aufopferung besonders wertvoller Natur auch eine Erwägung von Zielalternativen zu fordern ist, ließe sich der Burlington-Fall auch wie folgt darstellen: Das Ziel der Port Authority, die lokale Wirtschaft zu fördern, wird zunächst als legitim anerkannt. Da der Ausbau des Toledo-Flughafens aber Bestände einer seltenen Eichenart zerstört, muss sich das lokale Ziel anderen Zielvarianten stellen. Zu diesen gehört der infrastrukturelle Ausbau in anderen Regionen als Toledo. Die Erreichung dieser Zielvarianten liegt im Prinzip in der Dispositionsmöglichkeit des Vorhabenträgers, wobei vorbehalten bleibt, dass manche Alternativen wegen mangelnder Rentabilität ausscheiden.⁴⁰² In der UVP ist dann zu untersuchen, welches Ziel mit geringeren Umweltkosten verwirklicht werden kann.

Ein weiterer Streit zur Weite des zu prüfenden **Alternativenspektrums** betrifft die Frage, ob bei Genehmigung von umweltbelastenden Stromerzeugungsanlagen alternativ auch Möglichkeiten der Stromeinsparung zu untersuchen sind. Der Supreme Court hat hierzu eine mittlere Linie vertreten, die gegenüber der kategorischen Ablehnung entsprechender Prüfungen im deutschen Recht den Vorzug verdient. In *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*⁴⁰³ setzt er nicht etwa darauf, dass Maßnahmen der Energieeinsparung gar nicht in der Dispositionsmöglichkeit des Antragstellers liegen. Implizit geht er vielmehr von der Notwendigkeit der **Einbeziehung von für den Vorhabenträger nicht disponiblen Varianten** aus, oder, bei Betrachtung im Rahmen einer Verwendung des Ziel-Mittel-Schemas, von einer **Zielbestimmung höherer Ebene**, nämlich der Erforderlichkeit einer ausreichenden Stromversorgung. Daran gemessen wäre die Stromeinsparung im Prinzip eine relevante Alternative. Das Gericht verwendet dagegen jedoch ein Argument, das aus dem Horizont des zur jeweiligen Zeit verfügbaren Wissens stammt. Es meint,

402 Der Fall gibt zu der Präzisierung Anlass, dass es auf die Disponibilität für denjenigen ankommt, der das Projekt wirtschaftlich betreibt, nicht für eine zwischengeschaltete Behörde (hier: die Port Authority), die nur als Vertretung fungiert.

403 435 U.S. 519; vgl. Schoenbaum/Rosenberg (1991) S. 136 f.

„the concept of ‚alternatives‘ is an evolving one, requiring the agency to explore more or fewer alternatives as they become better known and understood“.⁴⁰⁴

Die Frage nach Alternativen der Energieeinsparung sei erst nach der Ölkrise von 1973 aufgetreten; zur Zeit der Genehmigungserteilung sei sie weitgehend unbekannt gewesen. Zwar hätten Einwander im Genehmigungsverfahren sie aufgeworfen, sich jedoch geweigert, dazu substantiiert vorzutragen. Im Prinzip habe die Behörde aber die Befugnis, Energieeinsparung als Alternative zu erwägen. Dass sie dies nicht getan habe, sei jedoch nicht „arbitrary and capricious“ gewesen, ein Maßstab, auf dessen Prüfung sich die Gerichte beschränken müssten.⁴⁰⁵

Von Interesse für das deutsche Fachplanungsrecht, insbesondere die Frage der **Zielfestlegung durch Gesetz**, ist weiterhin die amerikanische Rechtsprechung zur UVP bei Zustimmung des Kongresses zu einem Vorhaben. Ähnlich wie im deutschen Recht erkennt sie an, dass das Spektrum der zu prüfenden Alternativen eingengt wird, soweit die Entscheidung des Kongresses verbindliche Aussagen über das Ziel des Vorhabens treffe.⁴⁰⁶

Schließlich ist rechtsvergleichend bedeutsam, dass NEPA zwar auch **materielle Vorgaben** des Umweltschutzes enthält, die Vorschrift über die UVP aber nach ständiger Rechtsprechung des Supreme Court als eine im Wesentlichen **prozedurale** verstanden wird. Zugespitzt bedeutet dies, dass aus den Alternativen die die Umwelt stärker belastende ausgewählt werden darf, vorausgesetzt, sie ist pflichtgemäß untersucht worden. Man vertraut darauf, dass die Behörde sich durch das EIS in ihrem materiellen Ermessen beeinflussen lässt, verpflichtet ist sie dazu jedoch nicht, solange sie sich in den allgemeinen Ermessensgrenzen des „arbitrary and capricious-test“ hält. Dazu heißt es in der Entscheidung *Robertson v. Methow Valley Citizens Council* des Supreme Court:

„Although these procedures are almost certain to affect the agency's substantive decision, it is now well settled that NEPA itself does not mandate particular results, but simply prescribes the necessary process. [...] If the adverse environmental effects of the proposed action are adequately identified and evaluated, the agency is not constrained by

404 435 U.S. 519, 553.

405 *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 435 U.S. 519 (1978), 550–556.

406 Nachweise bei Lackey (1992) S. 1240.

NEPA from deciding that other values outweigh the environmental costs. In this case, for example, it would not have violated NEPA if the Forest Service, after complying with the Act's procedural prerequisites, had decided that the benefits to be derived from downhill skiing at Sandy Butte justified the issuance of a special use permit, notwithstanding the loss of 15 percent, 50 percent, or even 100 percent of the mule deer herd."⁴⁰⁷

Das Gericht weist allerdings darauf hin, dass andere Gesetze als NEPA – z.B. der Endangered Species Act – präzise materielle Vorgaben enthalten können:

„Other statutes may impose substantive environmental obligations on federal agencies, but NEPA merely prohibits uninformed – rather than unwise – agency action.“⁴⁰⁸

Demgegenüber werden die Environmental Policy Acts einiger US-Staaten so interpretiert, dass das EIS auch materielle Bedeutung hat.⁴⁰⁹

Soweit das Fachrecht eine Untersuchung und Bewertung der **sozio-ökonomischen Wirkungen von Projekten** vorschreibt, stellt sich die Frage, ob diese Prüfung Gegenstand der UVP werden sollte. Jedenfalls wäre dann erforderlich, dass der für UVP übliche geographische und biologische Sachverstand um ökonomische und soziologische Expertise ergänzt wird. Gegen die Erweiterung spricht allerdings, dass die Umweltbelange im Potpourri der anderen Belange relativiert werden könnten und die UVP so an Prägnanz verlöre.

Man kann dies an US-amerikanischen Beispielen zeigen. Im Beispiel eines EIA für die Erweiterung eines Skigebiets werden z.B. einerseits mit großer Verve die touristischen Vorteile ausgebreitet, während andererseits die ökologischen Nachteile wie z.B. die Verkleinerung des Lebensraums von Luchsen nur mehr oder weniger lakonisch festgestellt werden. Die UVP mündet nicht in eine Abwägung und zieht keine Schlussfolgerungen.⁴¹⁰ In der Entscheidung der zuständigen Behörde ist dann fachrechtlich eine Abwägung vorgesehen, die sich aber gern den Vorteilen anschließt und für die Luchse nur mit der Absicht aufwartet, dass die Skifahrer zu

407 Robertson v. Methow Valley Citizens, 490 U.S. 332 (1989), 351. Diese mittelbar materielle Wirkung des EIS betonen auch Ashford/Caldart (2008) S. 335.

408 Ibid.

409 S. dazu Schoenbaum/Rosenberg (1991) S. 155 ff.

410 USDA Forest Service (2016a).

rücksichtsvoller Nutzung des Gebiets angehalten werden sollen.⁴¹¹ Deshalb dürfte es zweckmäßiger sein, wenn für die Feststellung des Nutzens, oder, im Sinne der öV, der Zielsetzung des Vorhabens ein **eigenes Instrument der Prognose und Bewertung** eingeführt würde.⁴¹²

II. Industrieanlagen

Der **Schutzbereich**, der die umweltrechtliche Zulässigkeit von Industrieanlagen bestimmt, wird für das Umweltmedium Luft⁴¹³ als Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen umschrieben.⁴¹⁴ Dem liegt die Vorstellung einer für Menschen, Tiere und Pflanzen unschädlichen Luftqualität zu Grunde. Diese wird für bestimmte Schadstoffe durch Immissionswerte, oder, wie sie im Unionsrecht genannt werden, Grenzwerte konkretisiert. Soweit solche Grenzwerte nicht existieren, ist das geforderte Niveau aus dem Begriff „schädliche Umwelteinwirkungen“ abzuleiten.

Grenzwerte sind Obergrenzen für ein normales Verhalten, das sich unterhalb von ihnen abspielt und sie nicht in jedem Fall ausnutzt. In dieser Beziehung unterscheiden sich Grenzwerte von Emissionsberechtigungen. Letztere stellen einen ökonomischen Wert dar, der genutzt und gehandelt wird. Ihn nicht auszunutzen bedeutet, einen Wert zu verschwenden.⁴¹⁵

Die öV kann dazu dienen, zu einer **Unterschreitung der Grenzwerte** anzureizen. Dies kommt in Hinsicht auf vier Vorhabenkomponenten in

411 USDA Forest Service (2016b).

412 Für ein Beispiel, die sozio-ökonomische Analyse im Chemikalienrecht, s. unten B VI. 1. c).

413 Im Hinblick auf Gewässerqualität s. unten B III.

414 Vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 mit § 3 Abs. 1, 2 und 4 BImSchG. Die Grenze wird durch verschiedene Differenzierungen zwischen Betroffenen (Mensch, Tier, Pflanzen) und zwischen Intensitäten (Erheblichkeit, Vorbelastungen) komplexer umschrieben (s. dazu die Kommentierung von Jarass (2024) zu §§ und 5). Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über Emissionen aus Industrie und Tierhaltung (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung) (Neufassung), Abl. L 334 vom 17.12.2010, S. 17 (IVU-RL) spricht in Art. 11 c) von „keine erheblichen Umweltverschmutzungen“. Richtlinie 2008/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über Luftqualität und saubere Luft für Europa, Abl. L 152 vom 11.6.2008, S. 1, zielt in Art. 2 Nr. 5 darauf, „schädliche Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und/oder die Umwelt insgesamt zu vermeiden, zu verhüten oder zu verringern“. Auf die Interpretation und Systematik der einschlägigen Begriffe kann hier nicht näher eingegangen werden.

415 Winter (2009) S. 396.

Betracht, nämlich die technischen Verfahren (1.), den Standort (2.), das Herstellungskonzept (3.) und die Produktionsziele (4.). In dieser Reihenfolge nimmt auch die Stärke der Einschränkung des Entscheidungsspielraums der Vorhabenträger zu.

1. Technische Verfahren

Anlagen, die wegen ihrer besonderen Umweltgefährlichkeit nicht nur nach dem allgemeinen Baurecht, sondern auch nach den gesteigerten Anforderungen des Immissionsrechts zu beurteilen sind, müssen den „**Stand der Technik**“ der Emissionsbegrenzung verwirklichen.⁴¹⁶ Der „Stand der Technik“ wird definiert als

„der Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen, der die praktische Eignung einer Maßnahme zur Begrenzung von Emissionen [...] als gesichert erscheinen lässt“.⁴¹⁷

Der entsprechende unionsrechtliche, ähnlich definierte Terminus ist „**beste verfügbare Techniken**“.⁴¹⁸

Unter dem Gesichtspunkt der öV erläuterungsbedürftig sind die subjektive oder objektive Auswahl und die Beibringungslast von Alternativen (a), die Beurteilung der Alternativen nach dem Ausmaß ihres Umwelteingriffs oder dessen Verhinderung (b), sowie die Berücksichtigung der Kosten der Umweltschutzmaßnahmen (c).

a) Beibringungslast und subjektive oder objektive Auswahl

Im Genehmigungsverfahren für Anlagen, die den Stand der Technik zu verwirklichen haben, stellt sich die Frage, wer die technischen Verfahrensalternativen einzubringen hat.⁴¹⁹ Die an sich nach allgemeinem Verfahrensrecht geltende Untersuchungsmaxime erlegt die Last der Behörde auf, wobei aber eine Mitwirkungspflicht des Betreibers besteht.⁴²⁰ Diese Pflicht wird durch § 10 Abs. 1 Satz 2 BImSchG verstärkt, nach dem dem Antrag die

416 § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG.

417 § 3 Abs. 6 BImSchG.

418 § 3 Abs. 1 Nr. 10 IVU-RL.

419 S. dazu allgemein oben A VII. 2. a) bb).

420 §§ 24 Abs. 1 und 26 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlichen Unterlagen beizufügen sind. Damit wird im Hinblick auf gefährliche Industrieanlagen die **Beibringungslast dem Betreiber zugeschoben**. Die Behörde kann die Genehmigung schon dann verweigern, wenn – nach Abmahnung – die Unterlagen unvollständig bleiben.

Diese gesetzliche Regelung wird durch § 4a Abs. 1 Nr. 7 der 9. BImSchV dahin konkretisiert, dass eine Übersicht über „die wichtigsten vom Antragsteller gegebenenfalls geprüften Alternativen“ vorzulegen ist.⁴²¹ Soweit eine UVP erforderlich ist, wird diese Anforderung weiter ausdifferenziert zu einer „Beschreibung der vernünftigen Alternativen zum Schutz vor und zur Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen [...], die [...] von dem Träger des [...] Vorhabens geprüft worden sind, und die Angabe der wesentlichen Gründe für die getroffene Wahl unter Berücksichtigung der jeweiligen Auswirkungen auf die in § 1a genannten Schutzgüter [...]“.

Nach der oben⁴²² vorgeschlagenen Terminologie ist damit eine **subjektive Auswahl** der Alternativen vorgesehen. Andererseits ist der Maßstab „Stand der Technik“ aber ein objektiver. Wenn der Betreiber „mauert“ und Alternativen nicht prüft oder nur vorgibt geprüft zu haben⁴²³, darf und muss die Behörde eigene Alternativen einbringen, trägt dann aber die Darlegungs- und Beweislast. Sie ist dabei nicht auf eine nur nachvollziehende Überprüfung der Unterlagen des Betreibers beschränkt. Besitzt sie allerdings das erforderliche fachkundige Personal nicht, um technische Alternativen zu ermitteln und zu bewerten, wird die Genehmigung erteilt werden, ohne dass die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen gesichert ist.

Eine Konkretisierung des Spektrums können die Beteiligten dadurch erreichen, dass in den **Vorgesprächen** (bei UVP-pflichtigen Vorhaben im scoping-Termin, im Übrigen aufgrund der Beratungspflicht nach § 25 Abs. 2 und § 71c Abs. 2 VwVfG) eine Abstimmung erfolgt. Auch kann die Behörde entscheiden, dass der Betreiber hinsichtlich der Alternativen, die er selbst ausscheiden möchte, nur eine Übersicht und Angabe der Auswahlgründe vorlegen muss. Der Behörde muss es aber vorbehalten bleiben, ggf. weitere Informationen über die kursorisch beschriebenen Alternativen zu verlangen. Diese Befugnis kann auf § 10 Abs. 1 Satz 2 BImSchG gestützt

421 Ebenso Art. 12 (1) (k) IVU-RL.

422 S. oben zu A VII. 2. a) bb).

423 Vgl. Gawel (2009) S. 211.

werden, wonach die Behörde eine Ergänzung der Unterlagen verlangen kann, wenn „die Unterlagen für die Prüfung nicht aus[reichen]“.⁴²⁴

Insgesamt empfiehlt es sich, die behördliche **Prüfung eher prozedural als ergebnisbezogen** anzulegen, denn es kann sein, dass ein Verfahren nach Literaturlage, aber nicht in der Praxis funktioniert. Ein Beispiel bietet der folgende Erfahrungsbericht:

„Wir hatten bei unseren Kraftwerken Nassentschwefelungsverfahren ausgewählt, und die Behörde hat uns gefragt, ob wir denn nicht das Wellmann-Lord-Verfahren einsetzen könnten. Das ist ein Verfahren, von dem man vermutet, dass es leichter verwertbare Reststoffe – nämlich elementaren Schwefel – entstehen lässt und nicht das Gips-Problem aufwirft. Ich kann nur sagen, wir haben uns glücklicherweise verneinend geäußert, und die Behörde hat das auch akzeptiert, nachdem das geprüft worden ist. Das war gut so, denn nicht viel später kamen die Probleme mit dem Kraftwerk Buschhaus, wo sich herausstellte, dass das Verfahren überhaupt nicht funktionierte.“⁴²⁵

Die Prüfung von Alternativen im einzelnen Genehmigungsverfahren wird dadurch entlastet, dass bestimmte Techniken durch untergesetzliche Normierung vorgeschrieben werden, oder dass Emissionsgrenzwerte festgelegt werden, die bestimmte fortschrittliche Techniken repräsentieren, aber einen Spielraum für eine eigene Technikwahl belassen. Solche **Standardsetzung** beruht auf einer Erhebung möglicher Alternativen. In großem Umfang findet dies in nationalen und transnationalen Normungsorganisationen statt, die selbst kein verbindliches Recht setzen können, aber durch staatliche Regulierung in Bezug genommen werden.⁴²⁶ In der EU wurde dafür ein eigener Such- und Beschlussmechanismus eingesetzt, nämlich das Verfahren der Erstellung von **Merkblättern der besten verfügbaren Technik**.⁴²⁷

424 § 7 9. BImSchV verengt diese Voraussetzung auf den Fall, dass die Unterlagen nicht „vollständig“ sind. Auch bei vollständigen Unterlagen, etwa, wenn die nach § 4 e Abs. 5 der 9. BImSchV erforderliche Übersicht über die Alternativen eingereicht worden ist, kann aber die Situation entstehen, dass dies für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen nicht ausreicht.

425 Dienes (1991) S. 101.

426 Fluthwedel (2016) S. 513 ff.

427 Art. 13 IVU-RL.

b) Wirksamkeit der Alternativen

Die Definition des Standes der Technik ist so angelegt, dass es nicht jeweils nur ein bestes Verfahren zur Begrenzung von Emissionen gibt. Es muss also ein **Alternativenvergleich** stattfinden. Wenn § 3 Abs. 1 Nr. 6 BImSchG eine „praktische Eignung einer Maßnahme zur Begrenzung von Emissionen“ verlangt, so heißt dies, dass nicht jede Alternative gleichermaßen wirksam sein muss. Art. 3 (1) Nr. 10 c) RL 2010/75 scheint insoweit strenger zu sein, weil er „beste [...] Techniken“ fordert und als diejenigen definiert, die „am wirksamsten zur Erreichung eines allgemein hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt sind“. Aber da die Techniken auch „verfügbar“ sein müssen, wird der hohe Anspruch etwas gemildert.

Implizit selbstverständlich ist, dass die technischen Varianten auch zur Erreichung des Unternehmensziels geeignet sein müssen. Denn es macht keinen Sinn, Techniken zu verlangen, die mit dem Unternehmensziel nichts zu tun haben. Allerdings ist es so, dass hinsichtlich der Wirksamkeit schon aus technischen Gründen, aber auch bei Abwägung mit den Umweltbeeinträchtigungen, keine exakte Gleichheit verlangt werden kann. Es geht jedoch zu weit zu fordern, dass das alternative Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Anlagenleistung führen dürfe.⁴²⁸

In terms der öV handelt es sich bei dieser zweiten Beziehung um das Erfordernis, dass eine Alternative geeignet sein muss, das Ziel zu erreichen. Die erste Beziehung, nämlich die Umweltschutzrelevanz der Alternativen, hat ihren Platz bei der Bestimmung der Erforderlichkeit des Eingriffs in Umweltgüter.

c) Kosten der Alternativen

Alternative Techniken können unterschiedlich kostspielig sein.⁴²⁹ Dies macht es erforderlich, Kriterien für die Tragbarkeit von Kosten zu finden. Zwei Maßstäbe sind denkbar: eine Relation zwischen Kosten und Umweltnutzen, und eine Relation zwischen Kosten und Unternehmensnutzen.

Die **Relation von Kosten und Umweltnutzen** postuliert das deutsche Recht durch den Maßstab der „Verhältnismäßigkeit zwischen Aufwand und

428 So aber Landmann/Rohmer UmweltR/Thiel (2024) BImSchG § 3 Rn. 108, 109 m.w.N.

429 S. Grundsätzliches dazu oben zu A VII 2. c) bb).

Nutzen möglicher Maßnahmen“.⁴³⁰ In der gleichen Weise schreibt Art. 3 Nr. 10 c) RL 2010/75 vor, dass das Kosten/Nutzen-Verhältnis zu berücksichtigen ist, womit die Relation zwischen dem Aufwand für die Umweltschutzmaßnahmen und dem Nutzen des erzielbaren Umweltschutzes gemeint ist. Je positiver die Relation für den Umweltschutz ist, desto eher ist eine Maßnahme vorzuziehen. Dies bedeutet umgekehrt, dass eine Maßnahme, die sehr teuer ist und nur geringen Nutzen bringt, nicht berücksichtigt wird.

Die **Relation von Kosten und Unternehmensnutzen** wird durch Art. 3 (1) Nr. 10 (b) RL 2010/75/EU statuiert, nach dem die wirtschaftliche und technische Vertretbarkeit der Techniken in dem betreffenden industriellen Sektor zu berücksichtigen ist. Man kann dies so deuten, dass ein Unternehmen eine Variante zurückweisen kann, wenn es wegen deren Kosten unrentabel wird. Dabei kommt es aber auf den Durchschnitt des betroffenen industriellen Sektors an, also nicht auf die spezifische Lage jedes einzelnen Unternehmens. Das deutsche Recht kennt diese Voraussetzung nicht und ist insoweit strenger als das Unionsrecht, was aber nach Art. 193 AEUV zulässig ist.

Die Situation kann einigermaßen brisant werden, wenn es um enorme Umweltschäden geht, deren Vermeidungskosten die betreffende Branche in den Konkurs drängt. Dies gilt z.B. für Unternehmen, die ausschließlich Kohlekraftwerke betreiben. Sie würden, wenn sie wegen der Klimaeffekte stillgelegt werden, insolvent, obwohl für die Stilllegung das Verhältnis von Umweltnutzen und Aufwand vermutlich positiv wäre.

Man kann darin eine **Enteignung** sehen. Das ist nach deutschem Recht jedoch rechtsdogmatisch nicht der Fall, da Enteignung die Übertragung von Eigentumsgegenständen voraussetzt.⁴³¹ Die Aufhebung von Eigentumspositionen fällt dann in die Kategorie der **Nutzungsregulierung** (oder **Inhaltsbestimmung** nach der deutschen Dogmatik), die dem (staatsbürgerlichen) Verhältnismäßigkeitsgebot unterliegt. Dieses ist nicht verletzt, wenn der bezweckte Umweltschutz dringlich ist und Übergangsfristen eingeräumt werden, in denen sich das Unternehmen neu orientieren kann.

430 Anlage I zum BImSchG.

431 BVerfG 143, 246 (Ausstieg aus Kernenergienutzung) S. 334–339. Ob der GHEU mit dem EGMR eine Enteignung auch dann annimmt, wenn das Recht nicht entzogen, jedoch seine Nutzung faktisch stark eingeschränkt wird, ist noch nicht klar entschieden. S. dazu Chr. Calliess (2021) Art. 17 GRCh Rn 19 f.

Versucht man, die beiden Relationen auf den Begriff der öV zu bringen, so hilft das oben vorgeschlagene **Matrix-Verfahren** weiter. Die zur Prüfung stehende technische Variante wird im Hinblick auf drei Kriterien untersucht, nämlich im Hinblick auf das Gewicht des Umwelteingriffs (m. a. W. den Nutzen seiner Vermeidung), den Unternehmensnutzen (m. a. W. das Wohlfahrtsziel) und die Investitionskosten für Umweltschutz. Im Vergleich mit anderen technischen Alternativen ergibt sich dann eine Bewertungsmöglichkeit.⁴³²

2. Standortalternativen

Solange der Stand der Technik noch nicht so weit ist, Emissionen von Schadstoffen auf praktisch Null zu reduzieren, ist die Standortwahl ein wichtiges Mittel der Einstellung der Anlage auf die Umwelanforderungen. Während bei den technischen Alternativen im Maßstab des Standes der Technik eine Ergebniskontrolle deutlich vorgeschrieben ist und das Problem lediglich in der Verteilung der Beibringungslast liegt, ist bei den Standortalternativen zweifelhaft, ob der vom Betreiber beantragte Standort von der Behörde überhaupt im Hinblick auf potentiell bessere Standorte verglichen und womöglich abgelehnt werden darf. Es könnte sein, dass die Behörde nur bestimmte Ausschlusskriterien anwenden darf, die allein in ziemlich eindeutigen Fällen zu einer Ablehnung des Antrags berechtigen, während eine Feineinstellung nur in der Gestalt von Auflagen hinsichtlich der Ausgestaltung der Anlage, nicht aber durch Standortverschiebung zulässig wäre.

Ein solches **Ausschlusskriterium** enthält § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG in Gestalt des Gebots, dass schädliche Umwelteinwirkungen, d. h. Immissionen, die Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen hervorrufen, zu vermeiden sind. Wählt ein Betreiber für seine Anlage einen bestimmten Standort und entstehen trotz der Verwirklichung des Standes der Technik schädliche Umwelteinwirkungen, wie sie etwa durch Immissionsgrenzwerte konkretisiert werden, so muss die Genehmigung abgelehnt werden. Hält sich die Anlage aber in diesem Rahmen, so kann sie nach **diesem** Kriterium nicht im Hinblick darauf in Zweifel gestellt werden, dass es vielleicht einen Standort gibt, der zu noch geringeren Beeinträchtigung-

432 S. dazu oben A IV.

gen führt (z.B., wenn in Umgebung weniger Menschen wohnen, weniger empfindliche Pflanzen wachsen, etc.).

Nun unterliegen die hier behandelten Industrieanlagen aber zusätzlich dem **Vorsorgegebot**. Die Frage ist, ob sich aus diesem eine behördlich kontrollierte Pflicht zur Optimierung des Standorts auch unterhalb der Gefahrengrenze ergibt. Zwei Auffassungen werden dazu vertreten.⁴³³

Die eine Auffassung versteht das Vorsorgegebot als **technisches Gebot**. Nach ihr verlangt dieses die Realisierung des Standes der Technik der Emissionsvermeidung, u. U. auch zusätzliche Maßnahmen, wie die Wahl emissionsarmer Einsatzstoffe oder Betriebsbeschränkungen. Wenn dieses Potential aber ausgeschöpft ist (und zugleich die Gefahrengrenze eingehalten wird), muss die Anlage genehmigt werden.⁴³⁴ Für die räumliche Abstimmung u. U. lästiger Restimmissionen mit unterschiedlichen Nachbarschaften und Umwelten ist auf das Bauplanungsrecht zurückzugreifen. Durch Bebauungspläne können neben verschiedenen Nutzungszonen (z.B. für Gewerbe, für Wohnen) Abstandsflächen, Schutzwälle und technische Vorkehrungen an den Gebäuden und nach – freilich umstrittener – Meinung⁴³⁵ auch flächenbezogene Immissionswerte festgelegt werden.

Die andere Auffassung versteht das Vorsorgegebot dagegen als eine Befugnis und Pflicht zu **planerischer Bewirtschaftung** des Mediums Luft.⁴³⁶ Dementsprechend können hinsichtlich der Immissionsbelastung örtliche Differenzierungen vorgenommen werden, insbesondere derart, dass Gebiete mit Niedrigbelastung für andere Nutzungen vorbehalten werden oder Anforderungen an Anlagen in Belastungsgebieten gestellt werden, die Raum für andere Nutzungen schaffen sollen. Dies impliziert (wird aber nicht von allen Vertretern dieser Auffassung auch offen konzediert), dass

433 Eine gründliche Aufarbeitung der Diskussion findet sich u. a. bei Schmidt (1992) und Kloepfer (2004) § 4 Rn. 16–25.

434 Breuer (1992) S. 486; Landmann/Rohmer UmweltR/Dietlein (2024) BImSchG § 5 Rn. 139, 140.

435 § 9 Nr. 24 Baugesetzbuch (BauGB) hat die nach h.M. früher zulässige bauplanerische Festsetzung von Immissionsgrenzwerten als solche abgeschafft, aber gleichwohl sind solche Grenzwerte noch zulässig, die die baulichen und technischen Vorkehrungen nur in eine bestimmte Regelungsform gießen, insofern sie also nicht von diesen „isoliert“, sondern mit ihnen verbunden sind (Löhr in Battis/Krautzberger/Löhr (1994), § 9 Rnr. 90–92; anders anscheinend Mitschang/Reidt in Battis/Krautzberger/Löhr (2022), § 9 Rnr. 144).

436 Feldhaus (1980) S. 135; Sellner (1980) S. 1257; Sendler (1983) S. 40 ff. Sympathisierend, aber unentschieden BVerwG v. 18.5.1982, 7 C. 42.80 (schweres Heizöl) BVerwGE 65, 313 (320).

die Behörde auch im Genehmigungsverfahren Standortvarianten prüfen kann und konsequenterweise den Antragsteller ggf. auch auf einen besseren Standort verweisen können muss.⁴³⁷

Man könnte erwarten, der Streit lasse sich durch Heranziehung der Regelungen zur Umweltverträglichkeitsprüfung entscheiden. Aber dies führt nicht oder doch nur nach einigen Umwegen weiter. Obwohl die im Verfahren der Erstellung der UVP vorgesehene Darlegung von Alternativen nicht auf technische Verfahren begrenzt ist und deshalb – jedenfalls bei großen Projekten – auch Standortalternativen mitumfasst⁴³⁸, können sie nach § 12 UVPG letztlich materiell nur berücksichtigt werden, wenn die einzelgesetzlichen Kriterien insoweit offen sind.⁴³⁹ Man ist also wieder auf das immissionsrechtliche Vorsorgeprinzip und damit auf den Streit um dessen Interpretation verwiesen.

Für diese Interpretation kommt aber immerhin eine richtlinienkonforme Orientierung in Betracht. Wenn nämlich Art. 8 der UVP-Richtlinie vorschreibt, dass die eingeholten Angaben zur Umweltverträglichkeit „im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu berücksichtigen“ sind, so ist damit gemeint, dass sie sich materiell auswirken können müssen, soweit **Ermessens- oder Abwägungsspielräume** bestehen.⁴⁴⁰ Zu den Angaben gehören auch Alternativen; folglich müssen auch die Alternativen im Ergebnis berücksichtigungsfähig sein. In Konsequenz dessen sind die fachgesetzlichen Maßstäbe, soweit es ihr Wortlaut zulässt, richtlinienkonform so auszulegen, dass sie für eine Berücksichtigung von Alternativen offen sind.

Dies spricht für die planerische Deutung des Vorsorgeprinzips. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Standortoptimierung auf planerischen Vorstufen der immissionsrechtlichen Genehmigung erfolgen kann, und zwar insbesondere durch **Raumordnungs- und Bauleitplanung**. Aber nicht immer geschieht das auch wirklich. Im Bebauungsplan können zwar nach § 9 Nr. 24 BauGB, wie bereits oben erwähnt, Festsetzungen zur Vermeidung von schädlichen Umwelteinwirkungen getroffen werden, aber davon wird selten Gebrauch gemacht. Oft fehlt es überhaupt an einem Bebauungsplan

437 So in aller Deutlichkeit Hoffmann-Riem (1994) S. 609 r. Sp.

438 Erbguth/Schink (1996) § 2 Rnr. 21 f., 25; Bunge (1986) S. 33; Kloepfer/Rehbinde/Schmidt-Assmann/ Kunig (1990) S. 242 f. Dass mehr als technische Alternativen gemeint sind, ergibt auch eine richtlinienkonforme Auslegung, denn Anhang III Nr. 2 der UVP-Richtlinie benutzt den recht umfassenden Ausdruck „andere Lösungsmöglichkeiten“.

439 Erbguth/Schink (1996) § 12 Rnr. 40.

440 Cupei (1986) S. 172; Winter (1989) S. 203 r. Sp. S. auch Schneider (1991) S. 45 ff.

oder höherstufiger Planung.⁴⁴¹ Zumindest in diesen Fällen ist auf der Genehmigungsstufe ein planerisches Element erforderlich. In Betracht kommt eine entsprechende Auslegung der baurechtlichen Vorschriften für den unbeplanten Innen- und Außenbereich⁴⁴², oder eben die planerische Deutung des Vorsorgeprinzips. Jedenfalls ergäbe sich auf diese Weise, dass bei großen Projekten in der Tat noch im Genehmigungsverfahren Standortalternativen geprüft werden dürfen⁴⁴³, soweit nicht auf planerischen Vorstufen bereits eine Abschichtung erfolgt ist.

Allerdings stellt sich die Frage, wie berücksichtigt werden kann, dass private Betreiber in der Regel bereits ein Grundstück erworben haben werden, wenn sie den Genehmigungsantrag für die Anlage einreichen. Man macht es sich zu einfach, wenn man schlicht auf die nach h. M. mit dem Grundeigentum verbundene grundsätzliche **Baufreiheit** verweist und daraus einen Anspruch auf Genehmigung ableitet, sofern das Gefahrvermeidungsgebot eingehalten wird.⁴⁴⁴ Denn das planerische Verständnis des Vorsorgegebots modifiziert die Baufreiheit durch Inhaltsbestimmung des Eigentums.⁴⁴⁵

Will der Betreiber hinsichtlich des Standortes sichergehen, hat er die Möglichkeit, einen **Standortvorbescheid** gemäß § 9 BImSchG zu beantragen, in dem über Standortalternativen endgültig entschieden würde. Ein solcher Standortvorbescheid könnte auch die einschlägigen bauplanungsrechtlichen Kriterien abarbeiten, die durch § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG in das immissionschutzrechtliche Anforderungsprofil einbezogen werden. Für den unbeplanten Innenbereich ist vorgeschrieben, dass sich das Vorhaben in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen muss, und für den unbeplanten Außenbereich, dass ein besonderer Grund für die Verlagerung in diesen an sich freizuhaltenden Raum vorliegen muss und zudem öffentliche Belange nicht entgegenstehen dürfen.⁴⁴⁶ Sollte das Vorhaben mit einem Eingriff in Natur und Landschaft verbunden sein, ist über § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG

441 Das wird von denjenigen, die auf die planerischen Vorstufen verweisen (s. z.B. Erbguth/Schink (1996) § 12 Rnr. 39 ff. m.w.N.) zu wenig in Rechnung gestellt.

442 §§ 34 und 35 BauGB.

443 Im Ergebnis ebenso Hoffmann-Riem (1994) S. 607, 609.

444 So Schink (1994) S. 253 r. Sp.

445 Vgl. BVerwG v. 23.7.2013, 7 C 10.13 (Bioaerosole von Hähnchenmastanlage), BVerwGE 152, 319 Rn 26. Das Gericht verweist auf eine andere Standortsuche, wenn eine erforderliche Vorsorgemaßnahme über den Stand der Technik hinausgeht, aber für den konkreten Betreiber unwirtschaftlich ist.

446 Zum wertenden Gehalt der im vorliegenden Zusammenhang nächstliegenden Klausel des § 35 Abs. 1 Nr. 4, dass das Vorhaben „nur im Außenbereich ausgeführt werden soll“, s. BVerwG v. 16.6.1994, 4 C 20.93 (Windenergieanlage im Außenbereich)

auch das Gebot der Abwägung zwischen den Vorteilen des Vorhabens mit der Schwere des nach unterstellten Ausgleichsmaßnahmen verbleibenden Eingriffs zu beachten.⁴⁴⁷ In allen Fällen kann ein Standort abgelehnt werden, wenn eine Alternative vorhanden ist, die sich besser in die vorhandene Bebauung einfügt, oder statt im Außenbereich auch im Innenbereich ausführbar ist, oder einen geringeren Natureingriff bzw. ein besseres Verhältnis zwischen Vor- und Nachteilen mit sich bringt. Besonders deutlich wird die bei der Abwägung erforderliche Alternativenprüfung in Art. 6 Abs. 4 der FFH-Richtlinie hervorgehoben, einer Bestimmung, die auch für Industrieanlagen gilt, wenn sie ihren Standort in besonders geschützten Gebieten haben sollen.

Soweit keine Opferlage gegeben ist, die die Zerstörung von Natur unvermeidlich fordert, soweit es vielmehr nur um eine **Optimierung des Standorts** geht, besteht ein größerer Raum für die Berücksichtigung der Interessen des Betreibers, und zwar nicht nur materiell im Sinne der Verfügbarkeit von Alternativstandorten⁴⁴⁸, sondern auch prozedural: Wenn der Betreiber zeigen kann, dass er selbst die relevanten Alternativen untersucht und verglichen hat, hat die von ihm getroffene Auswahl besonderes Gewicht. Insoweit ist das planerische Element sowohl im Vorsorgegebot wie in den baurechtlichen und naturschutzrechtlichen Kriterien bei dem Vergleich von Standortalternativen eher in einem prozeduralen Sinn zu verstehen.

3. Herstellungskonzept

Wie oben⁴⁴⁹ dargelegt, ist denkbar, dass das Recht nicht nur eine Prüfung von einzelnen technischen Verfahrensalternativen, sondern auch von solchen Alternativen vorschreibt, die das Herstellungskonzept betreffen.

Das **Herstellungskonzept** wäre angesprochen, wenn z.B. bei der Zulassung einer Anlage zur Herstellung von Insulin aus Tierleber zu erörtern wäre, ob das Insulin stattdessen aus gentechnisch veränderten Bakterien gewonnen werden kann. Der Übergang zur Prüfung alternativer technischer

BVerwGE 96, 95 S.104. Für Kernkraftwerke enthält § 7 Abs. 2 Nr. 6 AtomG eine spezielle Klausel der Standortoptimierung.

447 § 15 Abs. 5 BNatSchG. Zum Abwägungscharakter dieser Vorschrift s. BVerwG v. 27.9.1990, 4 C 44.87 (Fischteiche) BVerwG E 85, 348 (362).

448 Soell/Dirnberger (1990) S. 711 f.

449 A VII. 2. d).

Verfahren ist dabei fließend, aber es ist doch ein Unterschied, ob einzelne Prozessphasen variiert werden, oder ob das ganze Herstellungskonzept betrachtet wird und damit womöglich auch das Produkt selbst andere Eigenschaften erhält. Wie oben geschildert, kann dies so weit gehen, dass das andere Herstellungskonzept für den Betreiber gar nicht realisierbar ist, so zum Beispiel, wenn der Genehmigung eines Kernkraftwerks entgegeng gehalten wird, es gebe weniger gefährliche Techniken der Stromerzeugung ohne Nutzung der Kernenergie. Dies einzubeziehen hat das Bundesverwaltungsgericht aber bereits 1982 abgelehnt.⁴⁵⁰

4. Produktionsziel

Für welche Art Erzeugnis eine Anlage gebaut und betrieben wird, ist im Anlagenrecht nur unter dem Gesichtspunkt möglicher produktionsbedingter Umweltbeeinträchtigungen relevant. Ob das Erzeugnis auf Nachfrage stößt, einen Gebrauchswert hat oder gar selbst gefährlich ist, wird nicht geprüft. Ist es bei seiner Verwendung gefährlich, greift produktbezogenes Recht ein, wie zum Beispiel das Chemikalienrecht bei Gefahrstoffen.

Trotzdem gibt es gewisse **Verbindungen zwischen Anlagenrecht und Produktqualität**. Herstellungsrisiken, die durch ein Produktionsziel beeinflusst werden, entstehen zum Beispiel bei der Herstellung von überdimensionierten SUVs wegen des pro Einheit vergleichsweise hohen Material- und Energieeinsatzes. Insofern stellt sich die Frage, ob die Genehmigung für eine dafür gewidmete Anlage verweigert werden kann, weil es weniger aufwendige Kraftfahrzeuge gibt. Für immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen wäre insoweit § 6 Abs. 2 BImSchG das Einfallstor. Es müsste also Vorschriften geben, die die Materialintensität solcher Produkte regelt – was wohl nicht der Fall ist.

Immerhin gibt es im Anlagenrecht **Anstöße für selbstorganisatorische Mechanismen**. So haben der Betriebsbeauftragte und die Betriebsprüfer im Rahmen des Umweltaudit die Aufgabe, auf umweltfreundliche Produkte hinzuwirken.⁴⁵¹ Vorstellungen von einer ökologischen Unternehmensbilanz

450 BVerwG v. 9.7.1982 (KKW Würigassen), DVBl. 1982, 960; ebenso OVG Münster v. 7.7.1976 (KKW Mülheim), NJW 1976, 2361 (2365); a. A. OVG Lüneburg v. 20.1.1982 (KKW Unterweser), ET 1982, 949 (954).

451 § 54 Abs. 1 Nr. 1 b) und Nr. 2 BImSchG bzw. Anhang I C der VO (EWG) 1836/93.

könnten diese Ansätze verstärken.⁴⁵² Hierbei handelt es sich um zwar freiwillige, aber eben doch rechtlich vorgeformte Maßnahmen.

Einen stärker regulativen Zugriff gibt es im Bereich Energieerzeugung. Denkbar ist zum Beispiel, dass bei Genehmigung einer Biogasanlage geprüft wird, ob es energetisch effizienter ist, das Gas für Stromerzeugung oder zur Einspeisung in ein Gasnetz zu nutzen.⁴⁵³

Möglichkeiten für Zielbewertungen ergeben sich für immissionsrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen zudem dann, wenn die **naturschutzrechtliche Eingriffsregelung** anwendbar ist. Liegt das Vorhaben im Außenbereich und ist es mit Eingriffen in Natur und Landschaft verbunden, die nicht vermeidbar und nicht ausgleichbar sind, so sind die verbleibenden Beeinträchtigungen mit dem Nutzen des Vorhabens abzuwägen.⁴⁵⁴ Überwiegt der Nutzen nicht, ist das Vorhaben abzulehnen. Sind Lebensräume im Sinne der Habitatrichtlinie betroffen, muss das Ziel darüber hinaus im öffentlichen Interesse stehen.⁴⁵⁵

Ein besonderes Problem ist, ob die Genehmigung einer gefährlichen Anlage, die an sich den geltenden Sicherheitsstandards genügt, verweigert werden darf, wenn für das angestrebte Produkt gar kein **Bedarf** besteht. Denn dann würde ein an sich unsinniges Risiko eingegangen. So hat der US Supreme Court im Hinblick auf die Genehmigung eines Kernkraftwerks die zuständige Behörde für ermächtigt gehalten zu berücksichtigen (und letztlich abzulehnen), ob es Energieeinsparungsmöglichkeiten gibt, die den Bau überflüssig machen würden.⁴⁵⁶

Ähnlich könnte bei Zulassung einer Abfallverwertungsanlage geprüft werden, ob die Abfallmenge durch Vermeidungsmaßnahmen reduziert werden kann und die neue Anlage deshalb überflüssig ist. Zu den „sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ gemäß § 6 Abs. 2 BImSchG gehören auch Grundpflichten aus anderen Gesetzen. Einschlägig könnte insoweit das Abfallvermeidungsgebot nach § 4 KrW/AbfG sein. Allerdings müssen solche genehmigungsrelevanten Grundpflichten abschließend bestimmt sein und unmittelbar und nicht erst über ausführende Verordnungen gel-

452 Zu diesen s. Corino (1995).

453 Nach § 2 mit § 1 Abs. 4 Nr. 3 EnWiG sind Erzeugungsanlagen in der Tat „effizient“ einzusetzen. Dies ist nach § 6 Abs. 2 BImSchG bei der Anlagengenehmigung zu beachten.

454 § 15 Abs. 5 BNatSchG. Zur Beschränkung auf den Außenbereich vgl. § 18 Abs. 2 S. 2 BNatSchG.

455 S. Art. 6 Abs. 4 Habitatrichtlinie. Vgl. oben A VII 3. c) cc).

456 S. Näheres oben zu B I. 2.

ten. Das **Abfallvermeidungsgebot** gilt aber in der Fassung sowohl von § 1 a AbfG⁴⁵⁷ wie von § 5 KrW-/AbfG nur aufgrund von ausführenden Rechtsverordnungen. Dieses Abschneiden der Prüfung von Zielalternativen ist Folge der Verschiebung der Abfallverwertungsanlagen vom Fachplanungsrecht in das Immissionsrecht.⁴⁵⁸ Unterlägen sie Planfeststellungsrecht, könnte der Bedarf als Anforderung der Planrechtfertigung geprüft werden.

Rechtspolitisch sind Prüfungen alternativer Produktionsziele im Zusammenhang mit der Anlagenzulassung eher skeptisch zu beurteilen, jedenfalls soweit es Ergebniskontrollen angeht. Denn die Behörde wächst hier in einen Entscheidungszusammenhang hinein, in dem vor allem hinsichtlich des Alternativprodukts, auf das sie verweisen könnte, genaue Marktkennntnis erforderlich ist. Der Normalfall ist deshalb, Kontrollen hinsichtlich der Produkte, wenn überhaupt, nicht an der Anlage, sondern am Inverkehrbringen und an der Verwendung anzuknüpfen.

Verfassungsrechtlich betrachtet stellt die Prüfung von alternativen Produktionszielen einen – besonders starken – Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar, zumal dann, wenn die Alternativen für das Unternehmen gar nicht disponibel sind. Andererseits sind subjektivierte staatliche Schutzpflichten gegenüber Drittbetroffenen zu beachten. Zudem kommen mit immer stärkerem Gewicht Schutzpflichten gegenüber der Umwelt hinzu. In diesem mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis sind aber starke Eingriffe in die Unternehmensfreiheit, wie eben die Prüfung von Produktionszielen, nicht von vornherein ausgeschlossen. Sie sind jedoch nur zulässig, wenn der Schutz eines überragenden Gemeinschaftsguts dies erforderlich macht und hinreichende Informationen über die Machbarkeit von Alternativzielen vorliegen.⁴⁵⁹

III. Gewässernutzung

Das **Schutzniveau** für Gewässer wird durch die EU-Wasserrahmenrichtlinie und das Wasserhaushaltsgesetz in zwei Richtungen definiert. Gemeinsamer Orientierungspunkt ist zunächst der Zustand der Gewässer, der durch

457 Kritisch Böhm (1991) S. 243.

458 Durch Art. 2 des Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetzes v. 22.4.1993, BGBl. I 466; vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 BImSchG und § 31 Abs. 1 KrW/AbfG.

459 Chr. Calliess (2009) S. 239. S. auch oben A VIII 1. b).

sog. Bewirtschaftungspläne zu erheben und zu klassifizieren ist.⁴⁶⁰ Für diesen Zustand gilt für Oberflächengewässer einerseits ein Verschlechterungsverbot und, soweit der Zustand nicht ökologisch und chemisch gut ist, ein Erhaltungs- und Verbesserungsgebot. Art. 4 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie schreibt vor:

- „i) die Mitgliedstaaten führen [...] die notwendigen Maßnahmen durch, um eine Verschlechterung des Zustands aller Oberflächenwasserkörper zu verhindern;
- ii) die Mitgliedstaaten schützen, verbessern und sanieren alle Oberflächenwasserkörper [...] mit dem Ziel, spätestens 15 Jahre nach Inkrafttreten dieser Richtlinie einen guten Zustand der Oberflächengewässer zu erreichen.“⁴⁶¹

Für sog. künstliche oder durch den Menschen physikalisch erheblich veränderte Wasserkörper gilt ebenfalls sowohl ein Verschlechterungs- wie ein Verbesserungsgebot. Das Schutzniveau des Verbesserungsgebots ist allerdings vom „guten Zustand“ auf ein „gutes ökologisches Potential“ herabgestuft.⁴⁶²

In beide Richtungen sind Ausnahmen vorgesehen, die Elemente der öV enthalten. Die Voraussetzungen sind in § 31 Abs. 2 WHG für beide gleich formuliert.

„(2) Wird bei einem oberirdischen Gewässer der gute ökologische Zustand nicht erreicht oder verschlechtert sich sein Zustand, verstößt dies nicht gegen die Bewirtschaftungsziele nach den §§ 27 und 30, wenn

1. dies auf einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften [...] beruht,
2. die Gründe für die Veränderung von übergeordnetem öffentlichem Interesse sind oder wenn der Nutzen der neuen Veränderung für die Gesundheit oder Sicherheit des Menschen oder für die nachhaltige Entwicklung größer ist als der Nutzen, den die Erreichung der Bewirtschaftungsziele für die Umwelt und die Allgemeinheit hat,

460 Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik (Wasserrahmen-RL), ABl. L 327 vom 22.12.2000, S. 1, Art. 13 mit Anhang VII Ziff. 1. bis 3; § 83 WHG.

461 Ähnlich § 27 Abs. 2 WHG.

462 Art. 4 Abs. 1 lit. a) iii) Wasserrahmen-RL.

3. die Ziele, die mit der Veränderung des Gewässers verfolgt werden, nicht mit anderen geeigneten Maßnahmen erreicht werden können, die wesentlich geringere nachteilige Auswirkungen auf die Umwelt haben, technisch durchführbar und nicht mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden sind und
4. alle praktisch geeigneten Maßnahmen ergriffen werden, um die nachteiligen Auswirkungen auf den Gewässerzustand zu verringern.“

Die Formulierung „der gute ökologische Zustand nicht erreicht“ verweist auf das **Verbesserungsgebot**, die Formulierung „verschlechtert sich sein Zustand“ auf das **Verschlechterungsverbot**. Unter dem Gesichtspunkt der öV werden folgende Komponenten angesprochen:

- der Umwelteingriff wird durch die Veränderung der physischen Gewässer-eigenschaften beschrieben,
- Kriterien für die Bewertung des Eingriffsziels sind ein übergeordnetes öffentliches Interesse oder ein Nutzenvergleich zwischen dem Eingriff und dem Bewirtschaftungsziel⁴⁶³,
- Wahl und Vergleich der Alternativen werden in Nr.3 vorgeschrieben, wobei die Auswahl objektiv gestaltet ist, aber durch technische Durchführbarkeit und den Kostengesichtspunkt qualifiziert wird.

Im Hinblick auf das Verbesserungsgebot sei hervorgehoben, dass es sich hier um den Fall einer Beschreibung des **zukünftigen Schutzniveaus** handelt, von dem aus der Umwelteingriff definiert und bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen ausnahmsweise zugelassen werden kann.⁴⁶⁴ Handelt es sich dagegen um einen Eingriff in den **gegenwärtigen Zustand**, ist dies vorrangig zu prüfen.⁴⁶⁵ Es ist also zunächst zu klären, ob eine Verschlechterung zu erwarten ist. Ist dies nicht der Fall, ist zu prüfen, ob eine Verbesserung erfolgen muss oder deren Unterlassung ausnahmsweise genehmigt werden kann.

Die genannten Vorschriften sind nicht lediglich Vorgaben für die Ausarbeitung von **Bewirtschaftungsplänen und Maßnahmenprogrammen**,

463 Die deutsche Bezugnahme auf Bewirtschaftungsziele ist nicht ganz exakt. Eigentlich müsste für die Ausnahme vom Verschlechterungsverbot auf den faktischen Zustand verwiesen werden, weil dieser in Art. 4 Abs.1 der Wasserrahmen-RL in Bezug genommen wird.

464 Vgl. dazu oben A VII. 1. a) bb).

465 So auch BVerwG v. 11.8.2016, 7 A 1.15 (Weservertiefung), BVerwGE 156, 20 Rn 169.

m.a.W. für generelle Regelungen, sondern auch für **Entscheidungen im Einzelfall**.⁴⁶⁶ Zwei Beispiele mögen dies illustrieren:

Zum **Verschlechterungsverbot**: Ein Unternehmen beantragt eine Erlaubnis zur Einleitung von Abwasser in ein Gewässer, dessen Zustand als gut klassifiziert ist. Die Einleitung würde den Zustand verschlechtern. Dies ist grundsätzlich nicht zulässig. Eine Ausnahme ist jedoch möglich, wenn keine weniger schädliche Alternative (wie etwa eine bessere Klärung des Abwassers) verfügbar ist, weil sie z.B. enorme Kosten verursachen würde, und die Einleitung im übergeordneten öffentlichen Interesse steht, weil z.B. das Unternehmen andernfalls seinen Standort verlagern würde und die Arbeitsplätze verloren gingen.

Zum **Verbesserungsgebot**: Eine Gemeinde leitet mit Erlaubnis Abwasser in ein Gewässer ein, dessen Zustand als schlecht eingestuft ist. Die Erlaubnis läuft aus. Die Gemeinde beantragt eine neue Einleitungserlaubnis. Diese kann nur erteilt werden, wenn das Abwasser nun weniger Schadstoffe enthält als vorher und deshalb den Zustand des Gewässers verbessert. Ausnahmsweise ist eine Erlaubnis aber zulässig, wenn keine bessere Alternative (wie etwa die vollständige Klärung des Abwassers) verfügbar ist, weil sie z.B. enorme Kosten verursachen würde, und die Einleitung im übergeordneten öffentlichen Interesse steht, weil z. B. die Gemeinde ihr Abwasser mittelfristig in die besser ausgestattete Kläranlage des Landkreises leiten will, so dass die Erlaubnis befristet werden kann.

IV. Öffentliche Infrastruktur

Die öV hat sich im Bereich der Zulassung von Infrastrukturvorhaben in besonders differenzierter Weise entwickelt. Dementsprechend ist eine große Anzahl von Aspekten zu erörtern. Dazu gehören

- der Kontrolltypus Planfeststellung (1.)
- dessen Anwendungsbereich (2.)
- das Anforderungsprofil im Überblick (3.)
- das Verhältnis von Planrechtfertigung und Abwägungsgebot (4.)
- die Stellung der Alternativenprüfung im Abwägungsgebot (5.)
- Ausgestaltungsunterschiede für private und öffentliche Vorhabenträger (6.)

466 EuGH v. 1.7.2015, Rs C-461/13 (Weservertiefung) ECLI:EU:C:2015:433, Rn 47.

- Spektrum und Kosten der Alternativen (7.)
- Untersuchungstiefe hinsichtlich Alternativen (8.)
- Dringlichkeit von Zielen (9.)
- Besonderheiten der Errichtung von Flüssiggasterminals (10.)
- Grundsatz der Planerhaltung (11.)
- Planfeststellung durch Gesetz (12.)
- Rechtsschutz (13.)

1. Planfeststellung als Kontrolltypus

Industrieanlagen unterfallen mit der immissionsrechtlichen Genehmigung einem Kontrolltypus, der sich im Prinzip an einem festen Rahmen orientiert und alles als zulässig definiert, was den Rahmen nicht überschreitet. Wie beschrieben, hat dieser Kontrolltypus sich allerdings mit dem Vorsorgegebot in den Raum diesseits jenes Rahmens vorgetastet und verlangt hier nun die Einstellung des Umweltschutzes in das Optimierungskalkül des Unternehmens, jedoch bei dessen eigener Alternativenwahl und unter Konzentration auf Alternativen, die eher technische Verfahren und nicht oder nur in Maßen auch Standorte, Herstellungskonzepte und Produktionsziele betreffen.

Für Anlagen der öffentlichen Infrastruktur hat sich dagegen mit der Planfeststellung ein Kontrolltypus herausgebildet, der eine regulatorisch weniger umzäunte Abstimmung zwischen dem Vorhaben und seiner Umwelt verfolgt. Er ermöglicht, dass bei Beachtung gewisser äußerster Ausschlusskriterien Beeinträchtigungen mancher Umweltgüter hingenommen werden. Im Gegenzug ist die Prüfung von Vorhabenalternativen und von Zielsetzungen anspruchsvoller ausgestaltet.

Die Planfeststellung hat sich für bestimmte Vorhabenbereiche entwickelt und ist erst langsam zu einem allgemeinen Typus geworden, der schließlich im Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), nämlich in §§ 72 bis 78, kodifiziert wurde. Erste Formen hatten noch mit horizontalen Konflikten zwischen privaten Nutzern von Ressourcen öffentlichen Interesses zu tun, wie insbesondere Landwirten, die ihre Ländereien be- und entwässerten, und Wassermüllern, die Gewässer aufstauten.⁴⁶⁷ In den Verfahren sollten Nutzungsprioritäten und ggf. Entschädigungspflichten festgestellt werden.

467 Fisahn (2002) S. 16–19; Cancik (2007) S. 210 f., 248–256.

Mehr und mehr ging es jedoch um öffentliche Infrastruktur, wie zum Beispiel Eisenbahn- und Straßenbau. Der zu lösende Konflikt verlagerte sich von der **horizontalen Ebene privater Nutzungskonkurrenzen** in die **vertikale Dimension der Priorisierung öffentlicher Projekte gegenüber privaten Interessen**. Auf der einen Seite wurde ein öffentliches Interesse gefordert, auf der anderen eine Abwägung mit anderen Interessen, und insbesondere mit denen betroffener Eigentümer. Dementsprechend galt das Planfeststellungsverfahren auch als Vorstufe von Enteignungen, die für die Durchführung der Vorhaben erforderlich waren und dem Planfeststellungsverfahren nachgeschaltet wurden.⁴⁶⁸

2. Anwendungsbereich

Welche Art von Anlagen dem Kontrolltypus Planfeststellung unterliegen, ist historisch gewachsen. Folgende Anlagen gehören heute dazu⁴⁶⁹: Straßen, Schienenwege, Wasserleitungen, Telekommunikationslinien, Energieversorgungsnetze, Flughäfen, Häfen, Linienführung der Personenbeförderung, Abfalldeponien, Bundeswasserstraßen, Gewässerausbau, Deiche, atomare Zwischen- und Endlager, Flurbereinigung, Bergbau.

Will man die einzelnen Vorhabentypen zusammenfassend charakterisieren, bietet sich der Begriff **„öffentliche Infrastruktur“** an. Er ist nicht als Rechtsbegriff eingeführt, kann aber durch Rückgriff auf ökonomische Begrifflichkeit näher bestimmt werden.

Öffentliche Infrastruktur⁴⁷⁰ wird in der **ökonomischen Literatur** durch eine Vielfalt von Kriterien charakterisiert.⁴⁷¹ Drei Kriterien sind besonders prägend.⁴⁷² Sie beschreiben erstens die Benutzer, zweitens die Erstellung der Leistungen und drittens die Leistungen selbst.

Die **Benutzerseite** ist dadurch gekennzeichnet, dass die Benutzer auf die Infrastrukturleistungen angewiesen sind, und dass auch diejenigen sie nutzen können sollen, die den Kostenpreis nicht bezahlen könnten (sog. social wants), oder die versäumt haben, dafür Geld anzusparen (sog. merit

468 Fisahn (2002) S. 43 f.; Cancik (2007) S. 342–360.

469 Sie werden von Stürer und Probstfeld (2016), Teil B im Einzelnen abgehandelt.

470 Der Ausdruck soll der militärischen Terminologie der NATO entstammen und bedeutet dort „Unterbau der Organisation“. S. Stohler (1977) S. 16.

471 S. die übersichtliche Zusammenstellung bei Stohler (1977) S. 22.

472 Vgl. Stohler (1977) S. 16 ff.; s. auch Kern (2022) S. 181 f. mit Bezug auf den Begriff der Daseinsvorsorge und deren Übernahme durch den Staat.

wants). Für die Seite der **Leistungserstellung** ist wesentlich, dass die Anlagensinvestition besonders kostspielig und nicht in einzelne kleine Einheiten aufteilbar ist. Die **Leistungen selbst** sind so geartet, dass ein **Ausschluss von Nutzern** (insbesondere auch solchen, die nicht zahlen) nicht oder schwer möglich ist, dass die Nutzung der Leistung aber „**rivalisierend**“ ist, d. h. die Leistung durch Nutzung verbraucht wird⁴⁷³, und dass sog. **externe Effekte** auftreten, und zwar positive, d. h. Nutzen, für den die Benefiziere nichts zahlen, und negative, d.h. Kosten, für die der Träger des Vorhabens nichts zahlt.

Diese Kriterien werden (überwiegend) erfüllt von so unterschiedlichen Leistungen wie Ausbildung, Forschung, Gesundheitspflege, Verteidigung und sozialem Wohnungsbau. Für unseren Zusammenhang, in dem es um die Inanspruchnahme der Umwelt geht, sind die oben aufgezählten planfeststellungsbedürftigen Vorhaben relevant. Straßen, zum Beispiel, sollen allgemein nutzbar sein, sie erfordern hohe, nur begrenzt auf Nutzer umlegbare Kosten, sie sind überwiegend nur so anzulegen, dass Nutzer nicht ausgeschlossen werden können, sie werden durch Gebrauch vernutzt, und sie verursachen externe Vorteile für Unternehmen, deren Kunden die Straße nutzen, sowie externe Kosten z.B. bei den vom Verkehrslärm Betroffenen.

Wegen dieser teils naturgegebenen, teils politisch gesetzten Charakteristika ist der Markt nicht oder nur schlecht in der Lage, solche Infrastruktur von sich aus anzubieten. Infrastruktur wird jedoch politisch für unverzichtbar gehalten, weshalb sie als **Daseinsvorsorge** vorgehalten wird. Herkömmlicherweise geschieht dies im Wege der **Eigenvornahme** durch die öffentliche Hand.

Zusammenfassend ist die Qualifizierung als öffentliche Infrastruktur ein gewichtiger Grund dafür, dass die jeweiligen Vorhaben **andere Belange verdrängen** können. Allerdings ist mit dieser Qualifizierung eine Priorisierung nicht auch schon im Einzelfall gegeben. Vielmehr muss das Gewicht des Ausbauzieles im Verhältnis zum Umwelteingriff, einschließlich Alternativenprüfung, jeweils konkret bestimmt werden.

Wenn die **Vorhabenträger privat organisiert** sind, sei es nur der Form nach, sei es in privater Eigentümerhand, ist allerdings fraglich, ob sich dadurch etwas an dem öffentlichen Charakter der entsprechenden Leistungen

473 In der ökonomischen Literatur gelten Nichtausschluss und Rivalität als zentrale Eigenschaften eines Gemeinschaftsgutes („common property resource“; s. Goodwin et al. (2023) S. 447). Infrastruktur ist danach als Gemeinschaftsgut zu kategorisieren. Großen Erkenntniswert hat dies allerdings nicht, weil unklar bleibt, ob die Kriterien vor oder nach einer rechtlichen Verfassung des jeweiligen Gutes gedacht werden.

ändert. Manche Segmente können vielleicht tatsächlich als reine Marktleistungen angeboten werden, z.B. bestimmte vielbefahrene Verkehrsstrecken oder die Verwertung von dafür geeigneten Abfällen. Wenn das private Unternehmen als Leistungsträger aber in bestimmter Weise privilegiert (insbesondere bezuschusst oder zu Eingriffen ermächtigt) wird und andererseits auch zu – womöglich unrentablen – Leistungen verpflichtet wird, ist dies ein Zeichen dafür, dass das Vorhaben der Sache nach dennoch zum Bereich der öffentlichen Infrastruktur gehört.

3. Anforderungsprofil der Planfeststellung

Das Anforderungsprofil der Planfeststellung ist im Wesentlichen richterrechtlich entwickelt worden und besteht aus **vier Hauptanforderungen**.⁴⁷⁴

- (1) Strikte gesetzliche Vorgaben (sog. Planungsleitsätze) sind einzuhalten
- (2) Festlegungen von Raumordnungs- und Bauleitplänen sind zu beachten
- (3) Die Vorhabenalternativen müssen im öffentlichen Interesse erforderlich sein (sog. Planrechtfertigung)
- (4) Die von den Vorhabenalternativen betroffenen Belange müssen gerecht abgewogen werden

Unter dem Gesichtspunkt der öV können die Planungsleitsätze und planerischen Vorgaben als Festlegung des **Schutzbereichs der Umwelt** angesehen werden. Das Vorhaben stellt den **Umwelteingriff** dar, die Planrechtfertigung repräsentiert die **Zielsetzung** und die **Alternativenprüfung** erscheint als eine Komponente des Abwägungsgebots.

4. Planrechtfertigung und Abwägungsgebot

Zu klären sind die Gründe für die Anforderung der Planrechtfertigung (a), das Verhältnis verschiedener Ebenen der die Planfeststellung rechtfertigenden Zielsetzungen (b) sowie das Verhältnis der Planrechtfertigung zum Abwägungsgebot (c).

474 Zuerst im Urteil des BVerwG vom 12.12.1969, IV C 105.66 (Ortsteilerweiterung), BVerwGE 34, 301 ff. für Bebauungspläne aufgestellt und im Urteil BVerwG v. 14.2.1979, IV C 21.54 (B 42) BVerwGE 48, 56 ff. (59) auf Planfeststellungen übertragen.

a) Gründe für die Anforderung der Planrechtfertigung

An sich ist ein öffentliches Interesse an einem Infrastrukturvorhaben schon begrifflich deshalb gegeben, weil das Vorhaben auf dem Markt nicht angeboten würde, aber einem „social want“ entspricht. Diese Eigenschaft ist aber merkwürdigerweise kein Definitionsmerkmal des Anwendungsbereichs der Planfeststellung. Das öffentliche Interesse wird vielmehr als Rechtfertigung für negative Auswirkungen des Vorhabens gefordert. Dabei ging es ursprünglich um **Eigentumsschutz**. Die durch das Projekt möglicherweise erforderliche Enteignung von Grundstücken sollte bereits auf der Stufe der Planfeststellung, also nicht erst im Enteignungsverfahren, geprüft werden.⁴⁷⁵ Bereits auf dieser Stufe sollte deshalb das die Enteignung legitimierende öffentliche Interesse zu untersuchen sein.

Obwohl der Enteignungsschutz als Auslöser der Planrechtfertigung immer noch die herrschende Meinung darstellt⁴⁷⁶, ist der Ansatz meines Erachtens von der Sache her überholt. Es gab immer schon und es gibt heute verstärkt **wesentliche andere Gründe**, für öffentliche Infrastrukturvorhaben das Vorliegen eines öffentlichen Interesses zu fordern. Es sind dies

- (1) der Einsatz öffentlicher Mittel
- (2) die Beeinträchtigung des Eigentums und der Gesundheit Dritter
- (3) die Schädigung der Umwelt

Hinsichtlich des **Einsatzes öffentlicher Mittel** ergibt sich die Notwendigkeit eines öffentlichen Interesses bereits aus dem Haushaltsrecht. Die Finanzierbarkeit des Vorhabens wird aber auch fachplanerisch vorentschieden, oft, wie im Beispiel der Bundesverkehrswegeplanung, im Wege der vorstufigen Bedarfsplanung, die durch Gesetz verbindlich gemacht wird. Diese Praxis widerspricht in gewisser Weise der herrschenden Rechtsprechung, dass die Finanzierbarkeit nicht Gegenstand der Planfeststellung sei und deshalb gerichtlich nicht überprüft werden könne. Andererseits hat das BVerwG aber anerkannt, dass es an der Planrechtfertigung fehle, wenn das Vorhaben aus finanziellen Gründen nicht realisierbar sei, z.B. weil es eine unionsrechtlich nicht genehmigungsfähige Beihilfe darstelle.⁴⁷⁷

475 Zur historischen Entwicklung am Beispiel des preußischen Enteignungsgesetzes Fisahn (2002) S. 43–51.

476 Ziekow (2024) § 5 Rnr. 2.

477 BVerwG v. 3.11.2020, 9 A 12.19 (Fehmarnbeltquerung I), BVerwGE 170, 33 Rn 134–139.

Hinsichtlich der Beeinträchtigung **individueller Eigentumspositionen** derjenigen Personen, die nicht durch Enteignung betroffen sind, ist die Erforderlichkeit eines öffentlichen Interesses weniger evident. Dabei spielt die rechtsdogmatische Einordnung der Betroffenheit eine Rolle. BGH und BVerwG verfolgen insoweit unterschiedliche Ansätze. Der BGH hält die Beeinträchtigungen von einer gewissen Schwere an für Eingriffe mit enteignender Wirkung, mit der Folge, dass (richterrechtlich) Entschädigung auch dann gezahlt werden muss, wenn diese gesetzlich (wie z.B. durch § 74 Abs. 2 Satz 3 VwVfG) nicht vorgesehen ist. Das BVerwG stuft solche Bestimmungen dagegen als (u.U. entschädigungspflichtige) Inhaltsbestimmung des Eigentums ein.⁴⁷⁸ In beiden Konstruktionen wird wenig thematisiert, ist aber naheliegend, dass ähnlich wie bei Enteignungen (und auf sie vorwirkenden Entscheidungen) ein öffentliches Interesse gegeben sein muss.

Soweit es die Beeinträchtigung der **Gesundheit der Anwohner**, z.B. durch Lärm- oder Schadstoffimmissionen, angeht, gilt zunächst ein Ausschlusskriterium: schädliche Umwelteinwirkungen durch Verkehrsgeräusche, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, sind nach § 41 BImSchG unzulässig. Unterhalb dieses verbindlichen „Planungsleitsatzes“⁴⁷⁹ werden aber dennoch häufig Beeinträchtigungen vorkommen. Die Forderung, dass dann ein öffentliches Interesse vorliegen muss, kann auf zweierlei Weise rechtsdogmatisch begründet werden: entweder, indem die Zumutung, die Beeinträchtigung zu dulden, als Grundrechtseingriff anzusehen ist, der durch ein Gemeinschaftsinteresse gerechtfertigt werden muss, oder indem in der Abwägungsstruktur das öffentliche Interesse als Gegengewicht gegen die betroffenen privaten Interessen angesetzt wird. Dabei ist Art. 20a GG in doppelter Funktion heranzuziehen, nämlich als interpretative Stärkung zum einen des Freiheitsrechts auf Gesundheit und zum anderen der entsprechenden Schutzpflicht des Staates.⁴⁸⁰

Ein dritter Grund sind **Umweltbelastungen**. Für sie zu fordern, dass von einem gewissen Umfang an ein öffentliches Interesse, und bei Eingriff exorbitanten Ausmaßes oder besonderer Tiefe ein gesteigertes öffentliches

478 S. dazu im Einzelnen Ossenbühl/Cornils (2013) S. 325-346.

479 Vgl. BVerwG v. 22.2.1985, 4 C 73.82 (B 16) E 71, 163 (164 f.).

480 Das Erfordernis eines öffentlichen Interesses führt nach hM allerdings nur zu einer Abwägung der eigenen Belange der Betroffenen. St. Rspr., s. zB BVerwG v. 24.2.2021, 9 A 8.20 (A 20 Nord-Westumfahrung Hamburg, Abschnitt 4) BVerwGE 171, 345 (Rn 16). S. dazu – kritisch – noch unten B IV. 13.

Interesse zu fordern ist, ist schon deshalb geboten, weil es Infrastrukturvorhaben gibt, die zu niemandes Enteignung führen und bei denen dennoch eine Planrechtfertigung gefordert wird, wie der Bau einer Fernstraße durch ein in staatlichem Eigentum befindliches Waldgebiet.⁴⁸¹ Signifikante Fälle dieser Art sind die Vertiefung der Weser und der Elbe zu Schifffahrtszwecken, für die das BVerwG eingehend die Planrechtfertigung geprüft hat, obwohl Enteignungen nicht anstanden.⁴⁸² Ein fallübergreifender Beleg ist auch die ausnahmsweise Zulassung einer Beeinträchtigung von Natura 2000-Gebieten: sie ist vom Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses abhängig, nicht aus Gründen des Eigentums-, sondern aus Gründen des Natureingriffs.

Gewichtig ist dabei die Überlegung, dass die zunehmende Verknappung der Umweltgüter es erforderlich macht, nicht jedes private Interesse genügen zu lassen, wenn an diesen Gütern ein Opfer gebracht werden muss. Verfassungsrechtlich lässt sich dies erneut auf Art. 20a GG stützen. Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, zu dem der Staat verpflichtet ist, umfasst auch das Klima und die Biodiversität.⁴⁸³

b) Ebenen der die Planfeststellung rechtfertigenden Vorhabenziele

Das öffentliche Interesse ist nicht ein fest umrissener konsentierter Bestand, sondern ein Ergebnis von politischen Entscheidungsprozessen, das gleichwohl einer rechtlichen Bewertung unterworfen ist. Das Ergebnis manifestiert sich vor allem in der Festlegung eines Projektzieles.

Wie bereits erörtert⁴⁸⁴, kann ein **Ziel** bewertet werden, indem es **mit anderen verglichen wird und beide an einem höheren Ziel gemessen** werden. Wenn zum Beispiel eine geplante Autobahn dem Ziel dienen soll, den Autoverkehr zwischen dem Ballungsraum A und dem Randraum B zu erleichtern, so hat dieses konkrete Ziel ein allgemeineres Ziel, nämlich den Verkehr von Personen und Waren zwischen A und B zu verbessern. Dieses ist ein begründbares öffentliches Ziel, zumal wenn es auch durch Raumplanung abgestützt ist. Es lässt sich womöglich aber durch ein ande-

481 Winter (1985) S. 41.

482 BVerwG v. 11.8.2016, 7 A 1.15 (Weservertiefung) BVerwGE 156, 20 Rn 59; BVerwG v. 9.2.2017, 7 A 2.15 (Elbevertiefung) BVerwGE 158, I Rn 208–210.

483 Zum Klima s. insbes. BVerfG v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 78, 96, 288/20 (Klimabeschluss) BVerfGE 157, 30, Rn 112, 198.

484 Oben A VII. 3. c) cc) ii).

res konkretes Ziel erreichen, nämlich z.B. durch Ausbau des Bahnverkehrs. Erst wenn sich zeigt, dass diese konkrete Zielvariante und die ihm dienende Vorhabenalternative das Oberziel nicht ausreichend bedient oder ihre Verwirklichung vergleichsweise gewichtige negative Nebenfolgen hat, kann festgestellt werden, dass das gewählte konkrete Ziel einem öffentlichen Interesse entspricht.

Zu einem solchen **Zielevergleich anhand eines Oberzieles** kommt es allerdings in Planfeststellungsverfahren nur selten. Die Prüfung verbleibt meist auf der Ebene des konkreten Ziels. Dies wird rechtsdogmatisch auf vier Weisen begründet.

Erstens hat die Rechtsprechung die Formel statuiert, eine Planrechtfertigung sei schon dann anzunehmen, wenn die Planung „**vernünftigerweise geboten**“ ist. Dafür soll es genügen, wenn nur irgendein sinnvoller Grund vorliegt.⁴⁸⁵ Diese Vorgabe fordert kaum zur Erörterung konkurrierender Begründungen auf.

Zweitens diagnostizieren die Gerichte Projekte, die einem anderen Unterziel entsprechen, meist als **andere Projekte**, nicht als Alternativen innerhalb eines Projekts. Die Berücksichtigung anderer Projekte solle ausscheiden. Diese Haltung blendet jedoch aus, dass die zunehmende Verknappung von Umweltgütern die Einbeziehung grundsätzlicher Alternativen erforderlich macht.

Drittens verweisen die Gerichte oft darauf, dass sich die konkrete Zielsetzung aus den einschlägigen **Fachgesetzen** ergebe. Das trifft jedoch nicht zu, denn die meisten dieser Gesetze schreiben den Ausbau nicht vor, sondern ermöglichen ihn nur durch Bereitstellung eines verfahrens- und materiellrechtlichen Rahmens.⁴⁸⁶ Ob und wie gebaut wird, stellen sie in das planerische Ermessen der zuständigen Organe.

Viertens wird darauf verwiesen, dass die Planrechtfertigung oft durch **gesetzgeberische Vorentscheidung** determiniert werde. In der Tat ist dies bei Bundesfernstraßen der Fall, weil deren Ziel durch das Fernstraßenausbaugesetz festgelegt wird. Dieses bindet die Planfeststellungsbehörde bei der

485 St. Rspr. seit BVerwG v. 14.2.1979, IV C 21.54 (B 42) BVerwGE 48, 56 (60); BVerwG v. 7.7.1987, 4 C 79.76 u.a. (Ausbau Flughafen Frankfurt) BVerwGE 56, 110 (119); BVerwG v. 22.3.1985, 4 C 15.83 (B 16) BVerwGE 71, 166 (168).

486 Friedrichsen (2004) S.64; Groß (1997) 95. Anders dagegen die entschiedene Zielsetzung durch § 3 Abs. 2 Satz 1 LNG; dazu s. BVerwGE 179, 226 (Energietransportleitung Brunsbüttel) Rn 24.

Prüfung der Planrechtfertigung⁴⁸⁷, allerdings vorbehaltlich eines Abgleichs mit anderen Belangen im Rahmen des Abwägungsgebots⁴⁸⁸ und einer verfassungsrechtlichen Überprüfung des Ausbaugesetzes.⁴⁸⁹

Trotzdem bleibt ein Raum, der Begründungen erfordert, und zwar dann, wenn es für Vorhaben keine Ausbaugesetzgebung gibt, wenn ein vorhandenes Ausbaugesetz verfassungsrechtlich zweifelhaft ist⁴⁹⁰, und wenn das Ausbauziel im Rahmen des Abwägungsgebots gegen andere Belange abgewogen werden muss.

In diesen Fällen wird meist einfach hingenommen, was der Vorhabenträger festlegt. Dass dies problematisch ist, lässt sich am Straßenrecht zeigen. Bei Planfeststellungen für Straßen wird in ständiger Rechtsprechung die **Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs** als Ziel akzeptiert. Lange Zeit genügte es zu zeigen, dass das Vorhaben dem Ausbau der Verkehrsverbindungen diene. Der **wirkliche Bedarf** wurde gar nicht oder nur sehr cursorisch geprüft. Später wurde immer häufiger von Ausbaugegnern vorgetragen, dass es gar keinen zusätzlichen Verkehrsbedarf gebe. Dementprechend gingen die Gerichte hin und wieder dazu über, dies genauer zu untersuchen. Dies führte zu aufwendigen Prognosen über die Verkehrsnachfrage. Für die Überprüfung von Ausbaugesetzen wird das Prüfprogramm allerdings zurückgefahren:

„Anhaltspunkte für eine Überschreitung des weiten Gestaltungs- und Prognoseermessens des Gesetzgebers liegen nur dann vor, wenn die Bedarfsfeststellung evident unsachlich ist, weil es für die Aufnahme des Vorhabens in den Bedarfsplan im Hinblick auf die bestehende oder künftig zu erwartende Verkehrsbelastung oder auf die verkehrliche Erschließung eines zu entwickelnden Raums an jeglicher Notwendigkeit fehlt, oder wenn sich die Verhältnisse seit der Bedarfsentscheidung des

487 So die Ausbaugesetze selbst, s. zB § 1 Abs. 2 Satz 2 des Fernstraßenausbaugesetzes v. 15.11.1993 (BGBl. 1993 I 1878), der lautet: „Die Feststellung des Bedarfs ist für die Linienbestimmung nach § 16 des BFStrG und für die Planfeststellung nach § 17 BFStrG verbindlich.“ Ebenso die st. Rspr., s. zB BVerwG v. 17.1.2007, 9 A 20.05 (A 143 – Westumfahrung Halle) BVerwGE 128, 1 Rn 133; BVerwG v. 11.7.2019 (A 39 Lüneburg) BVerwGE 166, 132 Rn 47.

488 So st Rspr., s. zB BVerwG v. 17.1.2007, 9 A 20.05 (A 143 – Westumfahrung Halle) BVerwGE 128, 1 Rn 133–138; BVerwG v. 3.11.2020, 9 A 12.19 (Fehmarnbeltquerung I) BVerwGE 170, 33 Rn 676; BVerwGE 176, 94 (A 20) Rn 47.

489 Dazu unten B IV. 13.

490 S. dazu BVerwG v. 4.5.2022, 9 A 7.21 (A 14 – Magdeburg-Wittenberge-Schwerin), BVerwGE 175, 312 Rn 17 f.

Gesetzgebers so grundlegend gewandelt haben, dass das angestrebte Planungsziel unter keinen Umständen auch nur annähernd erreicht werden kann (...)“⁴⁹¹

M.E. ist diese Fixierung auf die Verkehrsnachfrage grundsätzlich fehlgerichtet. Es gehört zum Stand der verkehrswissenschaftlichen Forschung, dass neue Straßen nicht lediglich eine bestehende Verkehrsnachfrage bedienen, sondern neuen Verkehr generieren.⁴⁹² Für ein paar Jahre mag die Straße genügen, aber bald ist sie wieder voll und es steht ein neuer Ausbau an. Die nackte Schaffung zusätzlichen Verkehrsraums steht deshalb nicht im öffentlichen Interesse. „**Predict and provide**“, m.a.W. die Verkehrsnachfrage zu kalkulieren und zu bedienen, ist kein legitimes Ziel mehr.⁴⁹³ Kurz gesagt: das neue Vorhaben stillt nicht, sondern befeuert die Verkehrsnachfrage. In diesem Sinn hat der UGB-KomE folgenden Planungsgrundsatz vorgeschlagen:

„bei der Ermittlung der Vorteile sind durch das Vorhaben geweckter zusätzlicher Straßen- und Luftverkehr sowie der Umstand, dass infolge des Vorhabens Orte im Nahbereich über die Straße oder auf dem Luftweg besser erreicht werden, außer Betracht zu lassen;“⁴⁹⁴

Es muss folglich weiter gefragt werden, **ob ein öffentliches Interesse über die bloße zusätzliche Transportleistung hinaus besteht**, wie etwa die Schaffung von Raum für den öffentlichen Verkehr, die Beseitigung gefährlicher Stellen oder eine regionalpolitisch begründete Wirtschaftsentwicklung. Im letzteren Fall ist sogar eine Angebotsplanung rechtfertigungsfähig.⁴⁹⁵ Aber es genügt nicht, pauschal auf Entwicklungswünsche hinzuweisen, vielmehr muss eine entsprechende Planung nachgewiesen werden.⁴⁹⁶ Der bloße Hinweis auf eine „Verbesserung der Verkehrsverbindung“ zwi-

491 BVerwGE 175, 312, Rn. 17.

492 Bratzel (2024).

493 S. dazu SRU (2005) Ziff. 134; Winter (2010); Mecklenburg (2003) S. 128. Hinzu kommen die umfangreichen externen Kosten des Verkehrs, die kaum in die konkrete Abwägung anlässlich eines neuen Bauvorhabens einfließen. S. die Zusammenstellung von Friedrich (2024).

494 UGB-KomE § 533 Nr. 3.

495 BVerwG v. 4.5.2022, 9 A 7.21 (A 14 – Madgeburg-Wittenberge-Schwerin), BVerwGE 175, 312 Rn. 18; am Beispiel der Flughafenplanung BVerwGE 114, 364 (Flughafen Bitburg), S. 374–376; BVerwG v. 20.4.2005, 4 C 18.03 (Nachtflugregelung für Flughäfen München) BVerwGE 123, 261 (272 f.).

496 So geschehen im Urteil BVerwGE 175, 312 Rn. 17–21.

schen zwei Orten und die „verkehrsmäßige Aufschließung eines unterentwickelten Raumes“⁴⁹⁷ ist mE nicht hinreichend. Eine bloße Vorratsplanung wird auch vom BVerwGE nicht für zulässig gehalten.⁴⁹⁸

c) Planrechtfertigung und Abwägung

Ist eine Planrechtfertigung gegeben, ist im nächsten Schritt das Gebot gerechter Abwägung aller betroffenen öffentlichen und privaten Belange zu prüfen.

Rechtssystematisch fragt sich allerdings, ob es sinnvoll ist daran festzuhalten, dass die Planrechtfertigung ein separates Prüfprogramm neben der Abwägung darstellt. Sie tritt nämlich ein zweites Mal innerhalb der Abwägung wieder in Erscheinung, und zwar selbst dann, wenn das öffentliche Interesse an einem Projekt durch Gesetz, wie etwa durch das Fernstraßenausbaugesetz, bereits entschieden ist.⁴⁹⁹ Für die **Separierung** spricht, dass so die Prüfung des Planungsinteresses differenzierter erfolgen kann als im Einerlei der Abwägungsgesichtspunkte, oder jedenfalls differenzierter erfolgen könnte, wenn die Formel „vernünftigerweise geboten“⁵⁰⁰ anspruchsvoller gefasst würde. Für die **Einbeziehung in die Abwägung** spricht, dass eine Planfeststellungsbehörde einen einmal festgestellten Bedarf in der Abwägung kaum je als nachrangig ansehen wird. Wenn das öffentliche Interesse an dem Projekt in die Abwägung eingestellt wird, wird zudem deutlicher, dass es – neben privaten Belangen – andere öffentliche Interessen gibt, mit denen oder auch gegen die es sich behaupten muss, wie etwa – in zunehmender Dringlichkeit – mit oder gegen die Erfordernisse des Klimas und der Biodiversität. Ich halte deshalb die integrierte Lösung für besser.⁵⁰¹

497 So BVerwG v. 22.3.1985, 4 C 15.83 (B 16), BVerwGE 71, 166 (169 f.).

498 BVerwG v. 20.4.2005, 4 C 18.03 (Nachtflugregelung für Flughafen München) BVerwGE 123, 261 (273).

499 BVerwG v. 17.1.2007, 9 A 20.05 (A 143 – Westumfahrung Halle) BVerwGE 128, 1 Rn 133–138; BVerwG v. 11.7.2019 (A 39 Lüneburg) BVerwGE 166, 132 Rn 47; BVerwGE 170, 33 (Fehmarnbeltquerung I) Rn 676; BVerwGE 176, 94 (A 20) Rn 47.

500 Vgl. oben B IV. 4. a).

501 Im Ergebnis ebenso, aber mit eher formalen Gründen Müller (2005).

5. Alternativenprüfung und Abwägungsgebot

Das Abwägungsgebot beruht auf der Annahme eines Gestaltungsspielraums, den es jedoch durch bestimmte Anforderungen begrenzt. Das in Rechtsprechung und Literatur entwickelte Prüfraster ist in sich bereits sehr differenziert. Da es ursprünglich unterstellt, dass nur eine Variante zu beurteilen ist, wird es durch die Alternativenprüfung noch komplexer. Ich werde zunächst das Abwägungsgebot rekonstruieren und soweit sachgerecht vereinfachen, um es auf die Alternativenprüfung einzustellen.

Das klassische Anforderungsprofil des Abwägungsgebots unterscheidet zwischen dem **Abwägungsvorgang** und dem **Abwägungsergebnis**.⁵⁰² Die Anforderungen lauten:

- 1) Abwägungsvorgang
 - (a) überhaupt abwägen
 - (b) alle betroffenen Belange einstellen
 - (c) die einzelnen Belange angemessen gewichten
 - (d) die Belange im Verhältnis zueinander angemessen zum Ausgleich bringen
- 2) Abwägungsergebnis
 - (a) alle betroffenen Belange müssen berücksichtigt sein
 - (b) die einzelnen Belange müssen in sich angemessen gewichtet sein
 - (c) die Belange müssen im Verhältnis zueinander angemessen gewichtet sein

Diese Anforderungen sind aus rechtspraktischer Perspektive übermäßig differenziert. Folgende Vereinfachung bietet sich an⁵⁰³:

Schritt (1) (a) bedeutet, dass ein planerischer Prozess organisiert werden muss, der verhindert, dass ein Ergebnis dezisionistisch statuiert wird. Insbesondere müssen Vorabbindungen vermieden werden, es sei denn, diese unterliegen selbst einem vorherigen Abwägungsprozess.⁵⁰⁴

Die Schritte (1) (c) und (d) können mit den Schritten (2) (b) und (c) zusammen ausgeführt werden, denn die richtige Gewichtung kann eigentlich nur im Ergebnis nachvollzogen werden. Es ist schwer vorstellbar, dass

502 Begründet durch BVerwG v. 12.12.1969, IV C 105.66 (Ortsteilerweiterung), BVerwGE 34, 302 (309); BVerwG v. 5.7.1974, IV C 50.72 (Flachglas), BVerwGE 45, 309 (321).

503 Über ähnliche Vereinfachungsversuche s. Erbguth (2009) S. 155-175.

504 Ein Beispiel bringt BVerwG v. 5.7.1974, IV C 50.72 (Flachglas), BVerwGE 45, 309 (321).

ein richtiges Ergebnis deshalb abgelehnt wird, weil die Belange im Abwägungsvorgang falsch gewichtet worden sind, oder dass ein falsches Ergebnis aus einer richtigen Gewichtung im Abwägungsvorgang hervorgeht. Allerdings kann eine Separierung des Abwägungsvorgangs dann sinnvoll sein, wenn nur prozedurale Anforderungen gestellt werden sollen und auf eine Inhaltskontrolle ganz verzichtet wird. Da im Fachplanungsrecht aber eine Inhaltskontrolle vorgesehen ist, bleibt es bei der vorgeschlagenen Zusammenführung der Schritte (1) (c) (d) und (2) (b) (c).

Man könnte weiter überlegen, die Schritte (2) (b) und (c) zu einem Schritt zusammenzufassen, weil die Gewichte einzelner Belange sich häufig nicht absolut, sondern besser im Verhältnis zu anderen bestimmen lassen. Es kann aber sein, dass bestimmte Belange durch Gesetzgebung, gesellschaftliche Prioritäten oder die konkrete Fallkonstellationen schon in sich gesehen als mehr oder weniger gewichtig eingestuft werden. Trotzdem können die Schritte zu einem gestuften Schritt zusammengeführt, der die Belange ggf. zunächst in sich und dann vergleichend bewertet.

Weiterhin können die Schritte (2) (a) und (1) (b) miteinander verbunden werden. Dass alle betroffenen Belange identifiziert werden müssen, ist eine typische prozedurale Anforderung. Ist sie erfüllt, kann nicht mehr im Ergebnis gesagt werden, dass Belange nicht gesehen worden sind. Vielmehr sind sie dann womöglich falsch gewichtet worden. Wenn z.B. beim Bau einer Straße zwar prozedural erkannt worden ist, dass die Anliegerzufahrten abgeschnitten werden, es im Ergebnis aber bei der Abschneidung bleibt, ist der Belang der Anlieger u. U. falsch gewichtet worden; eingestellt worden ist er dagegen. Zudem gleichen sich die Schritte (1) (b) und (2) (b), weil sie beide kognitiv orientiert sind, im Unterschied zu den Schritten (1) (b) und (c) sowie 2 (b) und (c), die bewertenden Charakter besitzen.

Diese Vereinfachungen führen zu folgendem Profil des Abwägungsgebots:

- (1) Den planerischen Prozess organisieren
- (2) Alle betroffenen Belange einstellen
- (3) Die Belange in sich und im Verhältnis zueinander angemessen gewichten

Das Gebot der **Alternativenprüfung** bedeutet nun, dass dieses Abwägungsprofil auf alle in Betracht kommenden Alternativen anzuwenden ist.

Das Abwägungsgebot impliziert nach seiner gesetzlichen und richterrechtlichen Fassung, dass zwischen **privaten und öffentlichen Belangen**

unterschieden wird.⁵⁰⁵ Obwohl die Abgrenzung schwierig ist, weil z. B. private Belange zugleich als öffentliche Belange angesehen werden können, lohnt sich doch, an dieser Unterscheidung festzuhalten, weil öffentliche Belange *per se* besonderes Gewicht besitzen. Dies gilt besonders, wenn wie hier vorgeschlagen, die Planrechtfertigung in die Abwägung einbezogen wird.⁵⁰⁶ So ergeben sich folgende Schritte:

- (1) Die in Betracht kommenden Varianten identifizieren
- (2) Die von den Varianten betroffenen öffentlichen und privaten Belange ermitteln
- (3) Die Belange in sich und im Verhältnis zueinander angemessen gewichten

Ein **Beispiel** mag dieses Konzept der Abwägung von Alternativen illustrieren. Dabei füge ich noch die Planungsleitsätze hinzu. Die Planrechtfertigung wird in die Abwägung integriert, und zwar als Komponente der öffentlichen Interessen. Die Belange, gleich ob öffentlich oder privat, können positiv oder negativ betroffen sein. Angenommen werden drei Trassen, A, B, und C, eines Straßenbauvorhabens:

- A: Umgehungsstraße, die am Rande eines Wohngebiets liegt und durch Ackerland führt, aber zur Ansiedlung von Gewerbe geeignet ist
- B: Umgehungsstraße, die ein in Landeseigentum befindliches brachliegendes Natura 2000-Gebiet durchschneidet
- C: Beibehaltung der innerörtlichen Durchgangstraße, die einerseits ständig Immissionswerte für Luftreinhaltung übersteigt, aber andererseits den innerörtlichen Handel bedient

Alternativen	Planungsleitsätze	Abwägungsgebot					
		Öffentliche Belange				Private Belange	
		Ziel (Verkehrsbedarf, Arbeitsplätze)	Menschl. Gesundheit (Luftbelastung)	Umweltgüter (Natura 2000)	Öff. Haushalt	Wirtschaft (Landwirte, Handel)	Gesellschaft (Lärm für Anwohner)
A	+	++++	+	+	--	--	-
B	+	+++	+	---	-	-	+
C	-						

505 Vgl. § 1 Abs. 7 BauGB.

506 S. oben B IV 4 c).

Im Beispiel wird Alternative C schon deshalb ausgeschieden (und folglich nicht weitergeprüft), weil sie wegen Verletzung eines Planungsleitsatzes (Immissionswerte) an einem Ausschlusskriterium scheitert. A und B passieren diese Hürde. Sie bedienen auch das öffentliche Interesse (Verkehrsbedarf) gleichermaßen; ebenso schützen sie die menschliche Gesundheit im Vergleich mit der gegenwärtigen Belastung durch Luftschadstoffe. A liegt hinsichtlich sonstiger öffentlicher Vorteile (Arbeitsplatzschaffung) aber besser als B, andererseits sind die öffentlichen Haushaltskosten höher als bei B (Ankauf von Ackerland). Im Hinblick auf die betroffene private Wirtschaft sind A und B gleich ungünstig für den innerörtlichen Handel, A ist jedoch ungünstiger, weil Landwirte Ackerland verlieren. A ist auch ungünstiger hinsichtlich gesellschaftlicher Belange (Lärm für Wohngebiet). A ist aber weniger umweltschädlich als B (Natura 2000-Gebiet). In der Summe bietet A mehr Vor- als Nachteile (6 zu 5), während sich bei B Vor- und Nachteile die Waage halten (5 zu 5). Die Bewertungen sind hier selbstverständlich nur modellhaft gemeint. In der Realität können sie anders ausgehen. Sie eröffnen schon in sich und mehr noch im Verhältnis der Belange untereinander den planerischen Spielraum, der der projektierenden und der überprüfenden Verwaltung zukommt.

6. Adressaten des Fachplanungsrechts

Zu unterscheiden ist zwischen den Trägern von Vorhaben und der Behörde, die über die Planfeststellung entscheidet. Der Vorhabenträger ist wegen des Infrastrukturcharakters der Vorhaben meist die öffentliche Hand. Er kann aber auch ein Privater sein. Beide werfen Fragen der Anwendung des Planfeststellungsrechts auf. Ich behandle zunächst die privaten (a), dann die öffentlichen Träger (b).

a) Private Träger

Vorhaben von privaten Trägern, die dem Fachplanungsrecht unterfallen, werden meist als privatnützige Vorhaben bezeichnet. Der Ausdruck hat aber eher Verwirrung gestiftet, weil oft nicht geklärt wurde, was privatnützig bedeutet, und dann trotzdem Schlüsse für das Anforderungsprofil und die Wirkungen der Planfeststellung gezogen wurden.

Das zu lösende Problem besteht darin, dass, wie bereits ausgeführt, Infrastrukturvorhaben manchmal auch von privaten Trägern unternommen werden. Die prinzipiell mangelnde Marktgängigkeit der Investition wird dann z.B. durch öffentliche Subventionen oder Ermöglichung von Nutzungsgebühren überwunden. Es kann aber auch sein, dass eine Anlage ganz für einen Kreis finanzkräftiger Nutzer erstellt wird, wie z.B. ein privater Flughafen, eine Teststrecke eines Kraftfahrzeugherstellers oder der Abbau von Kies als wasserbauliche Maßnahme. Im ersten Fall kann man von (nur) formell und im zweiten von formell und materiell privatnützigen Vorhaben sprechen.

Da das Fachplanungsrecht am äußerlichen Erscheinungsbild des Vorhabens – Straße, Flughafen, etc. –, also nicht an dessen sozio-ökonomischer Funktion (wie z.B. Infrastruktur) anknüpft, muss entschieden werden, wie es auf solche Vorhaben, wenn sie privatnützig sind, anzuwenden ist.

Für **formell und materiell privatnützige Vorhaben** hat das BVerwG (mit Bezug auf rein private Flughäfen) entschieden, dass sie in Rechte Dritter nicht eingreifen dürfen, dass deshalb auch keine Planrechtfertigung möglich ist:

„Solche allein privatnützigen Planungen vermögen Eingriffe in Rechte Dritter nicht zu rechtfertigen. Sie müssen vielmehr an entgegenstehenden Rechten Dritter ebenso wie an entgegenstehenden öffentlichen Belangen scheitern und bedürfen deshalb in Richtung auf solche Rechte und Belange keiner Rechtfertigung ...“⁵⁰⁷

Dies bedeutet, dass die formell und materiell privatnützigen Vorhaben ohne Prüfung eines öffentlichen Interesses planfestgestellt werden dürfen. Materiell gilt ein strenger Maßstab, weil in Rechte Dritter nicht eingegriffen werden darf und entgegenstehende öffentliche Belange durchschlagen, ohne dass dies durch ein öffentliches Interesse aufgewogen werden kann. Zum Beispiel bedeutet dies, dass eine Rennstrecke zum Test von Rennwagen eines Autoproduzenten nicht genehmigt werden kann, wenn in den Naturhaushalt eingegriffen und die Gesundheit von Bewohnern beeinträchtigt wird.

Wenn es sich dagegen um **formell privatnützige, aber materiell gemeinnützige Vorhaben** handelt, m.a.W. um solche Vorhaben, die öffentli-

507 BVerwG v. 7.7.1978, 4 V 79.76 u.a. (Startbahn Frankfurter Flughafen) BVerwGE 56, 110 (119). Mit Bezug auf ein Kiesabbauvorhaben ebenso BVerwG v. 10.2.1978, 4 C 25.75 (Kiesabbau) BVerwGE 55, 220 (229).

che Infrastruktur zur Verfügung stellen, kommt in Betracht, dass sie sich gegen entgegenstehende private oder öffentliche Belange durchsetzen und auch zu Enteignung von Grundstücken führen, somit eine enteignungsrechtliche Vorwirkung haben können. Sie müssen dann aber überwiegende öffentliche Interessen verwirklichen⁵⁰⁸, und zwar, meine ich, solche, die sich nicht in der Kategorisierung als Infrastruktur erschöpfen, sondern im konkreten Fall belegt sind. Ob die entsprechende Prüfung als Planrechtfertigung oder im Rahmen des Abwägungsgebots erfolgt, ist dabei m. E. nicht erheblich.

Im vorliegenden Zusammenhang ist bedeutsam, dass Alternativen und Ziele bei nur formell privatnützigen Vorhaben nicht subjektiv zur Disposition des Antragstellers stehen, sondern objektiv bestimmt sind und behördlich überprüft werden. Dies gilt nicht für formell und materiell privatnützige Vorhaben, weil sie aus dem Abwägungsgebot keinen Nutzen ziehen können. Es gilt für sie jedoch insoweit, wie Planungsleitsätze entsprechende Vorgaben machen.

b) Öffentliche Träger

Es wäre eine Verkürzung der rechtsdogmatischen Sichtweise, wenn als Adressaten des Rechts der Infrastrukturverwaltung, z.B. des Fachplanungsrechts, nur die Behörden, die die Projekte genehmigen, in den Blick genommen würden. Dabei würde der **Unterschied zwischen der Leistungs- und der Kontrollbehörde** (z.B. zwischen dem Straßenbauamt und der Planfeststellungsbehörde) vernachlässigt. Fasst man diesen Unterschied stärker ins Auge, müsste deutlich werden, dass das einschlägige Recht auch die Tätigkeit der Leistungsbehörde regelt. Friedrichsen schlägt vor, die Aufgaben so zu teilen, dass die Leistungsbehörde für die Planung und die Planfeststellungsbehörde für die Entscheidung zuständig ist.⁵⁰⁹ Das ist insoweit richtig, als die Planfeststellungsbehörde die planerischen Vorarbeiten nicht selbst übernehmen kann. Aber die Leistungsbehörde muss selbst auch das gesetzliche Programm einschließlich Planrechtfertigung, Abwägung und Alternativenprüfung anwenden. Ihr ist das planerische Ermessen zuzuordnen, das auch von der Planfeststellungsbehörde zu beachten ist. Man

508 So wohl BVerwG v. 24. 11. 1994, 7 C 25.93 (Sonderabfallumschlaganlage), BVerwGE 97, 143 (150); ebenso Jarass (2003) S. 27–32; Ramsauer/Bieback (2002) 281.

509 Friedrichsen (2004) S. 103–113.

kann deren Kontrolle als **nachvollziehende Überprüfung** bezeichnen⁵¹⁰, sollte aber die verbleibenden Prüfungskompetenzen konkretisieren. Am Fall Fehmarnbeltquerung hat das BVerwG zum Beispiel ausgeführt, die Planfeststellungsbehörde sei dem Untersuchungsgrundsatz verpflichtet, was bedeute,

„die ihr vorgelegten Planunterlagen einer eigenständigen Prüfung zu unterziehen und ggf. eigene Ermittlungen anzustellen. Indes bedeutet dies nicht, dass sie sich sämtliche in den Antragsunterlagen des Vorhabenträgers erwähnten Dokumente vorlegen lassen muss. Vielmehr darf sie sich auf eine Plausibilitätskontrolle beschränken und muss vor allem (nur) dann Nachermittlungen anstellen, wenn sie die Unterlagen für unvollständig hält oder bestimmte Annahmen als nicht ausreichend begründet ansieht.“⁵¹¹

7. Spektrum der Alternativen

Für die Auswahl der in Betracht zu ziehenden Alternativen werden bestimmte Kriterien herangezogen, von denen einige näher untersucht werden sollen. Hierzu gehören die realen Umstände (a), die Kosten (b), die Zielsetzung (c) und die Tiefe des Umwelteingriffs (d).

a) Reale Umstände

Der Ausgangspunkt der Alternativenauswahl liegt darin, dass

„einerseits alle ernsthaft in Betracht kommenden Alternativlösungen berücksichtigt und mit der ihnen zukommenden Bedeutung in die vergleichende Prüfung der jeweils berührten öffentlichen und privaten Belange eingestellt werden“⁵¹²

Was „ernsthaft“ bedeutet, bleibt freilich unklar, öffnet aber ein der Sache nach **weites Spektrum von Alternativen**, solange reine Spekulation vermieden wird. Das BVerwG schränkt diesen großzügigen Ansatz aber sogleich wieder ein:

510 So Kodal/Krämer (1996), S. 992; Schneider (1991) S. III f. Vgl. noch oben A VI. 3.

511 BVerwG v. 3.II.2020, 9 A 12.19 (Fehmarnbeltquerung I) BVerwGE 170, 33 Rn 33.

512 BVerwG v. 5.II.2021, 7 A 13.20 (S-Bahnlinie (Ost) Hamburg) BVerwGE 173, 296 Rn 77.

„Eine Planfeststellungsbehörde handelt andererseits nicht schon dann abwägungsfehlerhaft, wenn eine von ihr verworfene Alternative ebenfalls mit guten Gründen vertretbar gewesen wäre. Vielmehr sind die Grenzen der planerischen Gestaltungsfreiheit erst dann überschritten, wenn sich eine andere als die gewählte Lösung unter Berücksichtigung aller abwägungserheblichen Belange eindeutig als die bessere, weil öffentliche und private Belange insgesamt schonendere, hätte aufdrängen müssen, ...“⁵¹³

Wenn das „Sichaufdrängen“ ernst gemeint ist, müsste es auf einer Vertiefung in die Sachlogik des zu lösenden Problems beruhen.⁵¹⁴ Es ist fraglich, ob dies immer geschieht.

b) Kosten

Ein weiterer Gesichtspunkt sind die **Kosten der Alternative**. Es wurde oben bereits⁵¹⁵ dargelegt, dass eine Alternative kostspieliger sein darf als die vom Vorhabenträger bevorzugte. Sie darf aber nicht einen „unverhältnismäßigen Aufwand“ verursachen. Dabei kann eine Relation zwischen den Kosten zweier Varianten und dem erreichbaren Ziel betrachtet werden. Zum Beispiel mag eine Trasse, die ein Naturschutzgebiet umfährt, im Vergleich zu einer das Gebiet durchschneidenden Trasse teurer sein. Die Zusatzkosten sind dann womöglich tragbar, wenn es sich um wertvolle Natur handelt. Das BVerwG hat im Fall der Westumfahrung von Halle einen relativ naturfreundlichen Maßstab genannt:

„Das zumutbare Maß an Vermeidungsanstrengungen darf nicht außerhalb jeden vernünftigen Verhältnisses zu dem damit erzielbaren Gewinn für Natur und Umwelt stehen.“⁵¹⁶

Das Gericht befand dann die Tunnellösung wegen der Mehrkosten in zweistelliger Millionenhöhe für zu teuer, ohne eine genauere Relation mit dem „Gewinn für Natur und Umwelt“ anzustellen. Dieses Ergebnis war von den Klägern allerdings auch nicht bestritten worden.

513 BVerwG v. 5.10.2021, 7 A 13.20 (S-Bahnlinie (Ost) Hamburg) BVerwGE 173, 296 Rn 77.

514 Vgl. dazu oben A III 2.b).

515 Oben zu A VII. 2. c) bb).

516 BVerwG v. 17.1.2007, 9 A 20.05 (A 143 – Westumfahrung Halle) BVerwGE 128, 1 Rn 142.

c) Konkrete und allgemeinere Zielsetzungen

Sehr folgenreich ist die im Fachplanungsrecht vorherrschende Unterscheidung zwischen **Alternativen im Projekt und Alternativen zum Projekt**.⁵¹⁷ Die Unterscheidung wird u.a. damit begründet, dass das Planungsziel oder -konzept die Alternativenwahl steuere, und das Ziel oder Konzept meist nur durch ein relativ genau bestimmtes Projekt zu verwirklichen sei; dann könnten andere Projekte nicht einbezogen werden. Am Beispiel der A 20 und der Varianten Nord- oder Südumgehung der Stadt Lübeck führt das BVerwG aus:⁵¹⁸

„Die Frage nach einer Alternative ist stets abhängig von dem jeweiligen Planungskonzept. Dieses verfolgt stets bestimmte Ziele, die ihrerseits von einem Bewerten und Gewichten anderer Zielsetzungen abhängig sind. Für die Süd-Trassierung ist ein Planungskonzept entwickelt worden, auf dessen Grundlage die Nord-Trassierung nicht (mehr) als eine Planungsalternative in Betracht kam.“

Das Gericht hält die planerischen Erwägungen für die Süd-Trassierung im Ergebnis für begründet. Es meint, die Erwägungen wiesen darauf hin, dass die Nord-Trassierung ein anderes Projekt sei.

„Die Gerichte können nur prüfen, ob die gesetzliche Ermächtigung zur Planung und die mit ihr der Planung gesetzten rechtlichen Schranken beachtet wurden. Sie können dagegen nicht – wie der Kläger möglicherweise annimmt – ihrer Kontrolle die Annahme zugrunde legen, eine bestimmte Verkehrspolitik sei verfehlt und daraus folge auch im Rechtssinne ihre Unbeachtlichkeit.“⁵¹⁹

Indem diese Argumentation das **konkrete Projektziel** zum Ausgangspunkt macht, verweigert sie sich einer Bewertung dieses Zieles am **Maßstab höherer Ziele**. Es steht aber nirgends im Gesetz, dass dem so sein muss. Die Unterstellung, dass sonst im Gerichtssaal die allgemeine Verkehrspolitik diskutiert werde, ist unfair, weil es um sehr viel konkretere Vorhabenalternativen geht. Eine **mittlere Abstraktionshöhe** wäre hinreichend, wie etwa die lokale Netzverknüpfung, Auflösung von Staus, Entlastung des innerstädtischen Verkehrs, Erreichbarkeit von Gewerbegebieten, etc., Ziele, die

517 St. Rspr., s. z.B. BVerwGE 128, 1 (A 143 – Westumfahrung Halle) Rn 142 f.; BVerwG v. 5.10.2021, 7 A 13.20 (S-Bahnlinie (Ost) Hamburg) BVerwGE 173, 296 Rn 77.

518 BVerwG v. 19.5.1998, 4 A 9.97 (A 20 – Wakenitzniederung) BVerwGE 107, 1 (13 f.).

519 Ibid.

wenn (in der Tat) nicht durch die Nord-Trassierung so doch durch andere Mittel wie etwa den Ausbau des öffentlichen Verkehrs erreichbar gewesen wären.

Dass Gerichte – anscheinend gedrängt von in der Öffentlichkeit diskutierten grundsätzlichen Zweifeln an einem Projekt – trotzdem hin und wieder auf **Alternativen des Projekts** eingehen, zeigt sich am Beispiel der Planfeststellung zur Elbevertiefung. In dem 1. Ergänzungsbeschluss zur Planfeststellung wird recht ausführlich auf die Alternativen „Anlandung im Tiefseehafen Wilhelmshaven sowie im Ostseeraum wie insbesondere Danzig“ eingegangen⁵²⁰. Dies sind Alternativen zum Projekt, die im Hinblick auf das öffentliche Interesse an einer maximalen Erreichbarkeit des Hamburger Hafens zurückgewiesen wurden. In ähnlicher Weise hat das BVerwG im Urteil zur Erweiterung des Frankfurter Flughafens – wenn auch kursorisch – immerhin die Alternative Verlagerung des Verkehrs auf die Bahn oder auf einen anderen Flughafen geprüft, womit eine allgemeinere Zielsetzung der Bewältigung des überregionalen Verkehrs impliziert wurde.⁵²¹ Im Urteil über einen Abschnitt der A 20 (Westumfahrung Hamburg) hat es den Ausbau einer Stadtautobahn als Alternative erwogen.⁵²² Rechtsvergleichend sei darauf hingewiesen, dass das US-Amerikanische Recht im Kontext der UVP insoweit großzügiger ist.⁵²³

d) Tiefe des Umwelteingriffs

Das Spektrum der zu betrachtenden Alternativen erweitert sich auch je mit der **Tiefe des Umwelteingriffs**. Dies hat nunmehr auch das BVerwG für die Standortsuche für Großvorhaben anerkannt:

„Der Standort insbesondere von Großvorhaben, mit denen Umweltauswirkungen in bedeutendem Ausmaß verbunden sein können, soll nicht auf der Grundlage einer räumlich unangemessen verengten Perspektive festgelegt werden, die die Möglichkeit einer Reduzierung von Umweltbelastungen durch eine optimierte Standortwahl nicht hinreichend

520 Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt (2013) 66–69.

521 BVerwG v. 4.4.2012, 4 C 8.09 u.a. (Flughafen Frankfurt/M) BVerwGE 142, 234 Rn 134–138.

522 BVerwG v. 6.11.2013, 9 A 14.12 (A 20 – Seeberger Kalkberghöhle) BVerwGE 148, 373 Rn 78 f.

523 S. näher oben B I. 2.

in den Blick nimmt. Eine so verstandene „je-desto-Formel“, die auf eine Relation zwischen zu erwartenden Umweltauswirkungen und der Bemessung des Untersuchungsraums verweist, begegnet keinen grundsätzlichen Bedenken, sondern bringt eine im Interesse der Effektivierung des Umweltschutzes naheliegende Überlegung zum Ausdruck.“⁵²⁴

Diese Relationierung des Alternativenspektrums mit der Tiefe des Umwelteingriffs sollte nicht nur auf die Standortwahl erstreckt werden. Auch alternative Konfigurationen des Vorhabens sollten einbezogen werden, wie im Beispiel der Elbevertiefung die Verkehrsverlagerung auf einen anderen Hafen.

8. Untersuchungstiefe

Es wurde oben bereits erwähnt, dass der **Vergleich von Alternativen geeignet ist, umfangreiche Untersuchungen zu vermeiden**, wenn Alternativen in Betracht kommen, die schon auf den ersten Blick keine oder nur geringfügige Umwelteingriffe mit sich bringen. Auf diese müsste sich das Verfahren im Weiteren konzentrieren. So ist das BVerwG zu verstehen, wenn es sagt:

„Die Planfeststellungsbehörde ist dabei nicht verpflichtet, die Variantenprüfung bis zuletzt offenzuhalten und alle von ihr zu einem bestimmten Zeitpunkt erwogenen oder von dritter Seite vorgeschlagenen Alternativen gleichermaßen detailliert und umfassend zu untersuchen.“⁵²⁵

Allerdings wird der Spieß in der weiteren Argumentation dann umgekehrt. Alternativen, die der Behörde aufgrund einer Grobanalyse als weniger geeignet erscheinen, dürfen schon **in einem frühen Verfahrensstadium ausgeschieden** werden.“⁵²⁶ Das geht mE zu weit, weil der Untersuchungsstopp bereits einsetzen soll, wenn eine Variante „als weniger geeignet“ „erscheint“. Sie müsste schon erheblich und ersichtlich schlechter geeignet sein, um aus der weiteren Betrachtung auszuschneiden.

524 BVerwG v. 7.12.2023, 4 CN 6.22 (Kohlekraftwerk Datteln 4), BVerwGE 181, 99 (Rn 36).

525 BVerwG v. 5.10.2021, 7 A 13.20 (S-Bahnlinie (Ost) Hamburg) BVerwGE 173, 296 Rn 77.

526 BVerwGE 173, 296 (S-Bahnlinie (Ost) Hamburg) Rn 77.

9. Dringlichkeit von Zielen

Während das Planfeststellungsrecht die Abwägung zwischen Umweltein-
griff und Vorhabenziel grundsätzlich offenhält, kann es sein, dass gesetzlich
für Vorhaben ein Vorrang ausgewiesen wird. Dadurch wird ein Anschub
von politisch als wichtig angesehenen Vorhaben bezweckt.⁵²⁷ Dies ist kürz-
lich im Fernstraßenausbaugesetz geschehen, das für alle gelisteten Vorha-
ben statuiert, dass sie „**im überragenden öffentlichen Interesse**“ stehen.⁵²⁸
Bisher wurde durch das Gesetz nur über den Bedarf entschieden, nicht
auch über dessen Vorrang vor anderen betroffenen Belangen wie etwa dem
Naturschutz. Diese **pauschale Festlegung eines Vorrangs** ist abzulehnen,
weil, wie bereits erwähnt, der immer weitere Ausbau von Fernstraßen letzt-
lich nur immer neuen Verkehr generiert.⁵²⁹

Vorrang sollte m.E. nur für gut begründbare Ziele eingeräumt werden.
Ein Beispiel dafür ist der Stromleitungsbau. Es besteht Dringlichkeit von
Bau und Betrieb von **Höchstspannungsleitungen** als wesentlicher Infra-
struktur für die Erschließung erneuerbarer Energie. Sie hat dazu geführt,
dass die Alternativenwahl und Zielsetzung aktiv und hochrangig erfolgt,
statt wie bei normaler Infrastruktur eher passiv und niederrangig geprüft zu
werden.⁵³⁰

Den Auftakt dieses – top-down angelegten – Prozesses macht die Bun-
desbedarfsplanung. Alle drei Jahre stellt die Bundesnetzagentur einen Netz-
entwicklungsplan und einen Offshore-Netzentwicklungsplan auf, die dann
in Gesetzesform, nämlich als **Bundesbedarfsplangesetz** beschlossen wer-
den. Für die darin ausgewiesenen Vorhaben gilt „die energiewirtschaftliche
Notwendigkeit und der vordringliche Bedarf“ als für die weitere Planung
verbindlich festgestellt. Die Vorhaben sind örtlich in der Weise konkreti-
siert, dass die Orte, die verbunden werden sollen, bereits benannt werden.
Ein Beispiel einer solchen Benennung ist eine Höchstspannungsleitung für
Drehstrom von Stade über Sottrum und Grafschaft Hoya nach Landesber-
gen. Es wird zugleich auch festgelegt, welche Leitungen als Freileitung und
welche als Erdkabel errichtet werden sollen, wobei aber ein Naturschutz-
vorbehalt gilt.⁵³¹

527 Dazu kategorial oben A III. 3. c).

528 § 1 Abs. 3 FStrAG.

529 S. oben zu B IV. 4. b).

530 Franzius (2018) S. 57.

531 § 3 Abs. 2 BBPlG.

Auf einer nächsten Stufe findet die **Bundesfachplanung** statt. Sie legt in einem der Planfeststellung ähnlichen Verfahren Korridore für die Leitungen fest. Unter Alternativaspekten ist § 5 Abs. 4 NABEG relevant, der lautet:

„Gegenstand der Prüfung sind auch etwaige ernsthaft in Betracht kommende Alternativen von Trassenkorridoren. Bei der Durchführung der Bundesfachplanung für Vorhaben im Sinne von § 2 Absatz 6 des Bundesbedarfsplangesetzes zählen zu solchen Alternativen auch die Verläufe von Trassenkorridoren, die sich aus der Berücksichtigung von möglichen Teilverkabelungsabschnitten ergeben und insbesondere zu einer Verkürzung des Trassenkorridors insgesamt führen können.“

Dies wäre ohnehin auch deshalb geboten, weil die Bundesfachplanung der Strategischen Umweltprüfung unterliegt, die per se eine Alternativenprüfung verlangt.

Allerdings darf auf der Stufe der Bundesfachplanung der Bedarf nicht mehr in Frage gestellt werden.

Auf der dritten Stufe findet ein **Planfeststellungsverfahren** statt. Auch auf dieser Stufe darf die Bedarfsfrage nicht erneut aufgeworfen werden.⁵³² Desgleichen bleibt für Alternativen kaum noch Spielraum. Trassen müssen im Rahmen des festgestellten Korridors verbleiben.⁵³³ Ausführungsvarianten kommen nur in Betracht, wenn sie „sich nach den in dem jeweiligen Stadium des Planungsprozesses angestellten Sachverhaltsermittlungen auf Grund einer überschlägigen Prüfung der insoweit abwägungsrelevanten Belange nach § 1 Absatz 2 und § 18 Absatz 4 als eindeutig vorzugswürdig erweisen könnten.“⁵³⁴

Immerhin hat das BVerwG in seinem Urteil zur Höchstspannungsfreileitung Rommerskirchen – Sechtem gerügt, dass die Behörde eine bestimmte Trasse nicht hinreichend in die Abwägung einbezogen habe. Dabei wendet es das übliche Kriterium an, nämlich, dass die Alternativenwahl fehlerhaft ist, wenn sich eine andere Lösung hätte aufdrängen müssen oder wenn einzelne Belange fehlerhaft ermittelt, bewertet oder gewichtet wurden. Es weist

532 BVerwG v. 14.3.2018, 4 A 5.17 (Höchstspannungsleitung Rommerskirchen – Sechtem) BVerwGE 161, 263 (Rn 39).

533 § 4 NABEG.

534 § 18 Abs. 4a NABEG.

nach, dass einzelne Belange nicht einbezogen oder fehlgewichtet worden seien.⁵³⁵

Insgesamt handelt es sich bei dem NABEG um einen Regelungsansatz, der als **Anschubprogramm** bezeichnet werden kann und sich als solches vom Konditionalprogramm des Industriebau- und Gefahrstoffrechts sowie vom Zweckprogramm des traditionellen Infrastrukturrechts unterscheidet. Das Anschubprogramm baut auf eindeutigen politischen Prioritäten auf, die hinsichtlich des NABEG aus der Dringlichkeit neuer Infrastruktur in der Energiewende begründet sind.

10. Besonderheiten der Errichtung von Flüssiggasterminals

Eine noch gesteigerte Anschubwirkung wird mit dem **Gesetz zur Beschleunigung des Einsatzes verflüssigten Erdgases** (LNGG) angestrebt. Das Gesetz führt nicht ein eigenständiges Planungsverfahren ein, sondern baut auf den vorhandenen Verfahren insbesondere nach BImSchG, WHG und EnWG auf. Es sorgt aber für deren Beschleunigung, indem es Anlagen von der **UVP-Pflicht** freistellt und dem Entscheidungsprozess einschließlich **Öffentlichkeitsbeteiligung** enge Fristen setzt. Die in Betracht kommenden schwimmenden und landgebundenen Anlagen werden in der LNGG-Anlage örtlich spezifiziert. Dies schließt stark abweichende Standortalternativen aus.⁵³⁶ Zwar besteht keine Verpflichtung zur Errichtung der Anlagen, aber wenn sie auf den Weg gebracht werden, scheiden Nullalternativen aus.⁵³⁷

Das Ziel der Anlagen wird ebenfalls im Gesetz festgelegt, und zwar als „Sicherung der nationalen Energieversorgung durch die zügige Einbindung verflüssigten Erdgases in das bestehende Fernleitungsnetz“. Dies wird durch § 3 bekräftigt:

„Die Vorhaben nach § 2 Absatz 2 sind für die sichere Gasversorgung Deutschlands besonders dringlich. Für diese Vorhaben wird die energiewirtschaftliche Notwendigkeit und der Bedarf zur Gewährleistung der Versorgung der Allgemeinheit mit Gas festgestellt. Die schnellstmögliche Durchführung dieser Vorhaben dient dem zentralen Interesse

535 BVerwG v. 14.3.2018, 4 A 5.17 (Höchstspannungsleitung Rommerskirchen – Sechtem) BVerwGE 161, 263 (Rn 82–102).

536 Vgl. BVerwGE 179, 226 (Energietransportleitung Brunsbüttel – Hetlingen) Rn 30 mit 32.

537 BVerwG v. 22.6.2023, 7 VR 3.23 (Energietransportleitung Brunsbüttel – Hetlingen) BVerwGE 179, 226 (Rn 30).

an einer sicheren und diversifizierten Gasversorgung in Deutschland und ist aus Gründen eines überragenden öffentlichen Interesses und im Interesse der öffentlichen Sicherheit erforderlich.“

Diese Vorgabe ist für die Planrechtfertigung verbindlich. Das BVerwG hält dennoch eine **Abweichung von gesetzlichen Bedarfsfestlegungen** für möglich⁵³⁸:

„Die gesetzliche Bedarfsfeststellung ist für die Planfeststellung und das gerichtliche Verfahren grundsätzlich verbindlich und vom Gericht nur darauf zu überprüfen, ob der Gesetzgeber den ihm insoweit zukommenden weiten Gestaltungs- und Prognosespielraum überschritten hat, weil die Bedarfsfeststellung evident unsachlich ist, es also für das Vorhaben offensichtlich keinerlei Bedarf gibt, der die Annahme des Gesetzgebers rechtfertigen könnte (...).“

Dies ist rechtsdogmatisch wohl so gemeint, dass das Gericht, wenn solche Zweifel zutreffen, das Gesetz nach Art. 100 GG dem BVerfG vorlegen muss. Im vorliegenden Fall verneint das Gericht aber, dass die Voraussetzungen gegeben sind.

Es könnte aber immerhin sein, dass die volle Anzahl der gelisteten Projekte evident nicht erforderlich ist. Hierfür könnte die etwas verräterische Versicherung des § 3 Abs. 2 virulent werden, die lautet: „die schnellstmögliche Durchführung der gelisteten Vorhaben dient dem zentralen Interesse an einer sicheren und diversifizierten Gasversorgung in Deutschland“. Das ist eine faktische und deshalb verifizierbare Aussage. Es kann ja sein, dass die sichere und diversifizierte Gasversorgung nicht auf alle der genannten Vorhaben angewiesen ist. Was dann? Kann man die Aussage als eine Bedingung lesen, die, wenn sie nicht erfüllt ist, den Anordnungsgehalt relativiert?

Jedenfalls **kann das Ausbauziel** – der Dogmatik von Planrechtfertigung und Abwägung entsprechend – im Rahmen der planerischen Abwägung **relativiert** werden. Das führt zu einer merkwürdigen Inkonsistenz der Bedarfsbeurteilung. Wenn der Bedarf auf der Stufe der Planrechtfertigung als überzogen anzusehen ist, muss das BVerfG angerufen werden. Wenn er auf der Abwägungsstufe weggewogen wird, liegt das in der Kompetenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das zeigt einmal mehr, welche Probleme entstehen, wenn der Gesetzgeber sich als Exekutive geriert.

538 BVerwG v. 22.6.2023, 7 VR 3.23 (Energietransportleitung Brunsbüttel – Hetlingen) BVerwGE 179, 226 (Rn 25).

Soweit es die Abwägung selbst angeht, steht der Bedarf an Energieversorgung durch Flüssiggas gegen den Klimaschutz. Im Fall Energietransportleitung Brunsbüttel – Hettlingen wurde vorgetragen, dass Treibhausgasemissionen aus dem Verbrauch des Gases in die Abwägung einzustellen seien. Das BVerwG blockt dies ab, indem es nur die Emissionen der Anlage selbst einbezieht. Die Planfeststellung sei auf ein Vorhaben bezogen, deshalb zählten **nur die Emissionen aus dem Bau und Betrieb des Terminals** und der Leitung. Zwar müssten auch mittelbare Auswirkungen betrachtet werden, aber nur wenn sich darin ein „vorhabensspezifisches Risiko realisiert“. „Die bestimmungsgemäße Nutzung der Anbindungsleitung liegt im Gastransport und erschöpft sich darin“.⁵³⁹ Das sind mE nur rhetorische Floskeln. Der Transport dient doch unzweifelhaft der Verbrennung des Gases.

Eher diskutabel als solche begrifflichen Kunstgriffe sind Erwägungen der Abgrenzung von **Anwendungsbereichen verschiedener Rechtsnormen**. Das BVerwG meint, der spätere Verbrauch des Gases unterliege eigenen Rechtsregimen wie dem Anlagenzulassungsrecht, dem Emissionshandel und den Energieregeln für Gebäude. Auch die Emissionskontingente des KSG regelten die Emissionssektoren je für sich, während die Gasleitungen sektorneutral angelegt sei.⁵⁴⁰ Andererseits spricht das Verursacherprinzip dafür, Umweltbeeinträchtigungen am Ursprung zu bekämpfen, und der Ursprung ist – national gesehen – eben die Anlandung und der Weitertransport von Flüssiggas.

11. Grundsatz der Planerhaltung

Angesichts der Komplexität der Kriterien und Verfahren der Planfeststellung ist mit Fehlern zu rechnen. Schrittweise sind deshalb Regeln erlassen und später kodifiziert worden, die verhindern sollten, dass die mühsam erstellte Planfeststellung aufgehoben wird und alles neu begonnen werden muss. Neben die klassischen Vorschriften über die Heilung und die Unbeachtlichkeit von Fehlern traten Regelungen der Irrelevanz von Fehlern bei der Abwägung und die Ermöglichung der Planergänzung. In der Zu-

539 BVerwGE 179, 226 (Energietransportleitung Brunsbüttel-Hettlingen) (Rn 45); ebenso BVerwG v. 22.6.2023, 7 A 9.22 (LNG-Anbindungsleitung Wilhelmshaven – Etzel) BVerwGE 179, 239 (Rn 39).

540 BVerwGE 179, 226 (Energietransportleitung Brunsbüttel-Hettlingen) (Rn 46–47); BVerwGE 179, 239 (LNG-Anbindungsleitung Wilhelmshaven – Etzel) Rn. 40–41.

sammenschau der einzelnen Vorkehrungen wurde dann der **Grundsatz der Planerhaltung** entdeckt.⁵⁴¹ Obwohl Planerhaltung eigentlich nur eine Ausnahme von dem Grundsatz rechtmäßigen Handelns darstellt, ist sie inzwischen zur Regel geworden.⁵⁴² Ich kenne kaum ein Urteil des BVerwG, in dem es nicht nach langen, differenzierten und kritischen Ausführungen nur zu der Feststellung der Rechtswidrigkeit kommt und eine Ergänzung ermöglicht. Dies widerspricht mE der sehr abgewogenen Vorstellung von *Sendler*, der vorschlug, das Gericht solle die Gesamtkonzeption der Planung in den Blick nehmen und von dieser her beurteilen, welche Fehler untergeordneten oder bedeutenden Charakter haben. Als Praktiker setzt *Sendler* hinzu:

„Erfahrene Richter werden im allgemeinen zu unterscheiden wissen, wo die Erhaltung des Planes angestrebt werden sollte, wo hingegen nicht; denn sie wissen leider auch ein Lied davon zu singen, dass bei Planungen – natürlich auch sonst – nicht selten mit gezinkten Karten gespielt, Karten gar nicht auf den Tisch gelegt oder Probleme unter den Teppich gekehrt werden, statt sie zu lösen.“⁵⁴³

12. Planfeststellung durch Gesetz

Wenn ein Vorhaben durch Gesetz im Einzelnen beschlossen und dann durch Planfeststellung nur noch formal ratifiziert wird, ist in besonderer Weise der Grundsatz der **Gewaltenteilung** betroffen. Das BVerfG hat hierzu im Fall der **Eisenbahnstrecke Südumfahrung Stendal** Stellung genommen.⁵⁴⁴ Im Prinzip falle dem Parlament als Legislative die Aufgabe der Normsetzung und der Exekutive die Aufgabe der Regierung und Verwaltung zu. Aber staatliche Planung könne weder der einen noch der anderen Gewalt zugeordnet werden. Sie sei weder Vollzug von Gesetzen noch generell-abstrakte Normsetzung, sondern ein komplexer Prozess der Informationssammlung, Zielsetzung und Mittelauswahl. Allerdings müssten sich die Gewalten gegenseitig mäßigen. Dies bedeutet:

541 Maßgeblich vor allem von *Sendler* (1994) S. 32–36.

542 Ebenso *Friedrichsen* (2004) S. 272.

543 *Sendler* (1994) S. 34.

544 BVerfG v. 17.7.1996, 2 BvF 2/93 (Südumfahrung Stendal), BVerfGE 95, 1.

„Eine Entscheidung über eine konkrete Fachplanung ist nach den einschlägigen Fachplanungsgesetzen üblicherweise der Verwaltung vorbehalten, die dafür den erforderlichen Verwaltungsapparat und Sachverstand besitzt. Das Parlament darf durch Gesetz eine solche Entscheidung nur dann an sich ziehen, wenn hierfür im Einzelfall gute Gründe bestehen, etwa weil die schnelle Verwirklichung eines Vorhabens von besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl ist. Insofern steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum zu.“⁵⁴⁵

Im Fall Stendal fand das Gericht solche Gründe in der **Dringlichkeit des wirtschaftlichen Aufschwungs** in den neuen Bundesländern und deren Zusammenwachsen mit den alten Bundesländern. Eine generelle Kompetenz zur Zulassung von Verkehrsvorhaben sei nicht beansprucht.

Inzwischen hat aber der Bundesgesetzgeber im Grunde die generelle Kompetenz für die Bedarfsplanung im Fernstraßen- und Eisenbahnbau an sich gezogen. Es geht aber über die Stendal-Kriterien hinaus, wenn in den Ausbaugesetzen sehr konkrete Festlegungen über Vorhaben erfolgen.⁵⁴⁶ Zudem treten dann **Spannungen mit der Umweltverträglichkeitsprüfung** auf. Zwar ist nach Art. 2 Abs. 5 RL 2011/92 das volle Programm der UVP auf durch Gesetz zugelassene Vorhaben nicht anwendbar. Trotzdem müssen aber die Ziele der UVP-Richtlinie verwirklicht werden. Diese Vorgabe hat der EuGH relativ streng so ausgelegt, dass der Gesetzgeber über folgende Informationen verfügen muss:

„eine Beschreibung des Projekts nach Standort, Art und Umfang, eine Beschreibung der Maßnahmen, mit denen erhebliche nachteilige Auswirkungen vermieden, verringert und soweit möglich ausgeglichen werden sollen, sowie die notwendigen Angaben zur Feststellung und Beurteilung der Hauptauswirkungen, die das Projekt voraussichtlich auf die Umwelt haben wird“.⁵⁴⁷

Der Grundgedanke, **den Gesetzgeber insoweit doch relativ deutlich zu binden**, ist bisher zwar nur für UVP-pflichtige Vorhaben ausgesprochen; er lässt sich aber auch auf die vorstufige gesetzliche Bedarfsplanung übertragen, weil diese das Vorhaben in einem Teilaspekt – dem Bedarf als Kompo-

545 BVerfG v. 17.7.1996, 2 BvF 2/93 (Südumfahrung Stendal), BVerfGE 95, 1 (16 f.).

546 Die Frage wird von Heidmann, die das Problem an sich differenziert erörtert, leider offengelassen. S. Heidmann (2012) S. 112.

547 EuGH Rs C-182/10 (Marie-Noëlle Sovay gg Région wallone) ECLI:EU:C:2012:82, Rn 37.

nente öffentlichen Interesses – festlegt. Soweit das den Bedarf feststellende Gesetz auf einem Plan oder Programm beruht, ist nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/42/EG eine SUP vorgeschrieben.⁵⁴⁸ Dies gilt dagegen nicht für ein Gesetz, dem kein Plan oder Programm vorausgeht. Trotzdem sollte das Gesetz in analoger Interpretation wie im Fall Sovay⁵⁴⁹ den Zielen der SUP genügen müssen.

13. Rechtsschutz

Aus der Fülle von Rechtsschutzfragen sollen nur die Rechtswege (1.), die Rügebefugnis (2.), die Verbands- und Kommunalklage (3.) und die Kontrollrichte (4.) angesprochen werden.

a) Rechtswege

Wenn ein Vorhaben ganz oder hinsichtlich einzelner Aspekte wie insbesondere des öffentlichen Interesses durch Gesetz beschlossen wird, ist Rechtsschutz nur durch verfassungsgerichtliche Entscheidung erreichbar. Als Rechtswege stehen die Vorlage durch ein Gericht oder die Verfassungsbeschwerde gegen ein abschlägiges Urteil zur Verfügung. Das ist jedoch aufwendig und langwierig. Der Rechtsschutz wird so im Vergleich zu verwaltungsgerichtlichen Verfahren erheblich erschwert.

b) Rügebefugnis

Aber auch auf der Ebene des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gibt es Schwierigkeiten. Dies gilt vor allem für die Rügebefugnis. Wie bereits erwähnt⁵⁵⁰, behandelt die Rechtsprechung die (potentiell) **durch Enteignung Betroffenen** und die **sonstigen Betroffenen** eines Vorhabens unterschiedlich. Die ersteren können eine volle Nachprüfung des Vorhabens verlangen,

548 Paradoxerweise gilt die SUP-Pflicht allerdings nicht, wenn der Gesetzgeber ohne vorherige Planung entscheidet.

549 EuGH Rs C-182/10 (Marie-Noëlle Sovay gg Région wallone) ECLI:EU:C:2012:82, Rn 37.

550 Oben zu A VII 5.

die letzteren nur die Prüfung, ob ihre individuellen Belange angemessen berücksichtigt wurden. Diese Differenzierung hängt mit der älteren Tradition des Rechts der Landnutzungsplanung zusammen, das vor allem Konflikte von Eigentümern wahrnahm und lösen wollte. Mittlerweile sind die Umweltfolgen der Landnutzung einschließlich ihrer Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit jedoch stärker bewusst und Regelungsgegenstand geworden, so dass gute Gründe auch für Rechtsschutz gegen umweltbedingte Beeinträchtigungen sprechen. Denn ein von der Emissionsquelle weit entfernt wohnender Eigentümer, der auch nur einen Quadratmeter Grundstück verliert, hat den vollen Anspruch, während ein unmittelbarer Nachbar, der schwer unter Lärm und Luftverunreinigung leiden wird, nur geltend machen kann, seine Gesundheit sei beeinträchtigt.⁵⁵¹

Das ist m. E. **rechtslogisch falsch**, weil im Abwägungsmodell alle Belange zählen. Eine Beispielsrechnung möge das erläutern:

- Ausgangsannahme ist, dass sich das jeweilige Gewicht der abzuwägenden Belange „absolut“ nur vorläufig, im Ergebnis aber nur in Relation zueinander bestimmen lässt.
- Fallbeispiel: Eine neuzubauende Straßentrasse steigert die Lärmbelastung für die Nachbarn. Es zerstört zugleich ein Biotop.
- Es ist im Fall begründbar, dass der Verkehrsbedarf mehr Gewicht hat als der Lärmschutz.
- Es ist im Fall zudem begründbar, dass die Erhaltung des Biotops mehr Gewicht hat als der Verkehrsbedarf.
- Dadurch wird das Gewicht des Verkehrsbedarfs reduziert.
- Dieses wirkt sich auf die Relation mit dem Lärmschutz so aus, dass dieser einem weniger gewichtigen Verkehrsbedarf gegenübersteht.
- Hierauf muss sich der durch Lärm gestörte Nachbar berufen können.

Über solche rechtlogischen Bedenken hinaus ist die Ungleichbehandlung unionsrechtlich zweifelhaft, weil sie gegen den Grundsatz der **Effektivität des Rechtsschutzes** in den harmonisierten Rechtsbereichen verstoßen dürfte. Sie ist auch im Hinblick auf die Gleichbehandlungsgarantie zweifel-

551 Immerhin kann der Nachbar sich darauf berufen, dass auch viele andere betroffen sein werden. S. BVerwG v. 16.3.2006, 4 A 1075.04 (Flughafen Berlin-Schönefeld) BVerwGE 125, 116 (Rn 279–288). Das ist dogmatisch eigentlich inkonsequent, weil nach der Schutznormtheorie nur die Betroffenheit des Individuums zählt. Die Rechtsprechung macht damit im Grunde einen Schritt in die hier propagierte Richtung, dass das öffentliche Interesse vor allem mit den Umwelteingriffen und nur akzidentiell mit Eigentumseingriffen abzuwägen ist.

haft, weil schwerwiegende Gesundheitsbeeinträchtigungen im Vergleich zu einer nur marginalen Enteignung ohne vernünftigen Grund benachteiligt werden.

Die Rechtsprechung hat diese Ungleichbehandlung zwar abzumildern versucht, jedoch in die falsche Richtung einer Annäherung an die schlechtere Position der sonstigen Betroffenen. Sie verlangt für die vom Eigentümer geltend zumachenden Belange eine **kausale Beziehung** zwischen diesen Belangen und der Enteignung. Gemeint sind Situationen, in denen der gerügte Abwägungsfehler sich nur auf die Dimensionierung des Vorhabens ausgewirkt, an der Enteignung des Klägergrundstücks aber nichts geändert hätte. Ein Anwendungsfall waren Fehler hinsichtlich des Vermeidungs- und Ausgleichskonzepts im Rahmen der naturschutzrechtliche Eingriffsregelung.⁵⁵²

M.E. verlässt die Rechtsprechung damit den eigentumsrechtlichen Ausgangspunkt der Rügebefugnis des Eigentümers. Eine Enteignung ist nach Art. 14 Abs. 3 GG nur „zum Wohle der Allgemeinheit“ zulässig. Das Wohl der Allgemeinheit wird durch den Gesetzgeber als vorwirkende Planfeststellung und deren Voraussetzungen einschließlich Planrechtfertigung und Abwägungsgebot bestimmt. Dieses Gesetzesprogramm muss eingehalten werden, bevor eine Enteignung erfolgen kann.⁵⁵³ Das Konzept der kausalen Beziehung bedeutet dagegen, dass eine Enteignung erfolgen kann, obwohl der zu Grunde liegende Planfeststellungsbeschluss rechtswidrig ist. Es wäre misslich, wenn dies erst implizit in Klageverfahren gegen den späteren Enteignungsbeschluss geklärt werden könnte und müsste.

c) Verbands- und Kommunalklage

Der Umstand, dass einzelne Betroffene, die nicht Eigentümer sind, kollektive Beeinträchtigungen nicht geltend machen können, kann teilweise durch **Verbandsklagen** ausgeglichen werden. Klagebefugte Verbände müssen aber bestimmte Kriterien erfüllen, insbesondere längerfristig bestehen, sodass sie

552 BVerwG v. 21.3.1996, 4 C 19.94 (Autobahnring München) BVerwGE 100, 370 (382); ähnlich BVerwG v. 12.8.2009, 9 A 64/07 (A 33 zwischen A2 (Bielefeld) und A 44 (Borgholzhausen)) BVerwGE 134, 308 (Rn 24) und BVerwG v. 14.3.2018, 4 A 5.17 (Höchstspannungsleitung Rommerskirchen-Sechtem) BVerwGE 161, 263 (Rn 15).

553 So sehr klar BVerwG v. 18.3.1983, 4 C 80.79 (Landstraße 654 in NRW) BVerwGE 67, 74 (76 f.).

als Kläger gegen kurzfristig realisierte Projekte nicht zur Verfügung stehen. Auch sind Verbände häufig „weiter weg“ von den lokalen Gegebenheiten.

Deshalb kommt jedenfalls für lokale Kollektivinteressen, also für Lärmschutz und Luftreinhaltung, weniger dagegen für überörtlichen Natur- und Klimaschutz die **Gemeinde** in Betracht. Sie ist nach herrschender Rechtsprechung jedoch nicht für das Allgemeininteresse der Bürger klagebefugt. Das BVerwG führt dazu aus:

„Eine Gemeinde ist dagegen nicht befugt, die Lärmschutz- oder Luftreinhaltungsinteressen der Bewohner in ihren Baugebieten gerichtlich geltend zu machen. Ihre Rügebefugnis umfasst nicht den Belang der Luftreinhaltung ohne Bezug zu einer gemeindlichen Rechtsposition; Art. 28 Abs. 2 GG vermittelt den Kommunen keinen Anspruch auf Lärmsanierung im Einflussbereich von Straßenbauvorhaben in ihrem Gemeindegebiet anlässlich eines solchen Vorhabens [...]. Deshalb kann die Klägerin hier nicht geltend machen, die Verkehrsbelastung auf den über die A 46 hinweggeführten Straßen sei zu gering angesetzt worden und die Bewohner im Geltungsbereich ihrer Bebauungspläne mit Wohnnutzung seien teilweise gesundheitsgefährdenden Lärmbeeinträchtigungen durch den Straßenverkehr ausgesetzt. Entsprechendes gilt für die ohne Bezug zu kommunalen Einrichtungen erhobene Rüge, zusätzliche Schutzmaßnahmen wie die Erhöhung oder Anbringung von Lärmschutzwänden auf dem Mittelstreifen seien zu Unrecht nicht angeordnet worden. Ebenso gilt dies für die generelle Kritik am Prognosezeitpunkt für die Luftschadstoffberechnung und für den Einwand, der Einbau des lärm mindernden Fahrbahnbelags mit einem Korrekturwert von -5 dB(A) auf der Brücke Westring sei im Planfeststellungsbeschluss nicht angeordnet.“⁵⁵⁴ (meine Hervorhebungen)

Die Gemeinde als Gebietskörperschaft wird also so konstruiert, dass sie nur institutionelle Eigeninteressen geltend machen kann, wie etwa bereits realisierte Landnutzungsplanungen.⁵⁵⁵ Damit ist die Grundsatzfrage aufgeworfen, ob die gemeindliche Selbstverwaltung „top down“ als **dezentrale Staatsverwaltung** oder „bottom up“ als wirkliche „**Selbstverwaltung**“ konstruiert wird.⁵⁵⁶ Aber selbst wenn man mit der h. M. die erste Variante

554 BVerwG v. 10.4.2019, 9 A 22.18 (A 46 Wuppertal) BVerwGE 165, 185 (Rn 11).

555 BVerwG v. 10.4.2019, 9 A 22.18 (A 46 Wuppertal) BVerwGE 165, 185 (Rn 12).

556 Mit überzeugenden Argumenten für die zweite Auffassung Gönnerwein (1963) S. 59–66.

vertritt, ist mit ihr durchaus vereinbar, dass die Gemeinde auf der unteren staatlichen Stufe Interessen ihrer Bürger gebündelt vertreten darf. Denn die Lärm- und Luftbelastung der Gemeindebürger ist eine typische „Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft“ i.S.v. Art. 28 Abs. 2 GG.

Ein anderer Grund für die Beschneidung der kommunalen Rügebefugnis ist der Umstand, dass die Gemeinde sich nicht auf den **Grundrechtsschutz des Art. 14 GG** berufen kann.

„Dass ein Privater eine umfassende gerichtliche Kontrolle eines Planfeststellungsbeschlusses mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung verlangen kann, insbesondere auch eine Überprüfung der Einhaltung des Abwägungsgebots in Bezug auf öffentliche, nicht seinem Schutz dienende Belange, beruht darauf, dass Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG eine Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässt und damit eine dem objektiven Recht nicht entsprechende Enteignung ausschließt [...]. Dieser Schutz kommt einer Gemeinde nicht zu, da sie nicht Grundrechtsträger ist, sich damit also auch nicht auf Art. 14 Abs. 1 Satz 3 GG berufen kann.“⁵⁵⁷

Diese Argumentation halte ich für nicht mehr zutreffend, weil das Erfordernis eines öffentlichen Interesses an einem Vorhaben nicht nur auf mögliche Enteignungen gestützt werden kann, sondern auch und oft ausschließlich auf Auswirkungen, die die Umwelt schädigen.⁵⁵⁸

c) Kontrolldichte

Unterscheidet man zwischen einer Handlungs- und einer Kontrollperspektive⁵⁵⁹, wird verstehbar, dass das Handlungsprogramm der projektierenden Verwaltung aus den realen Umständen entwickelt werden sollte, also nicht als reines gesetzliches und gerichtlich konkretisiertes Anforderungsbündel mit Beurteilungs- und Ermessensspielraum. Im Hinblick auf die öV bedeutet dies, dass die projektierende Verwaltung in Auseinandersetzung mit dem Kräftefeld von Interessenten konkrete Ziele an höheren Zielen bewerten und statt Alternativen der Projektgestaltung auch alternative Projekte in Betracht ziehen kann. **Das autonome Handlungsprogramm kann also weitergehen als das Kontrollprogramm.** Dieses wird als nachvollzie-

557 BVerwG v. 21.3.1996, 4 C 26.94 (A 99 München) BVerwGE 100, 388 (391).

558 Vgl. oben zu B IV. 4. a).

559 Jestaedt (2015) S. 297.

hende Prüfung bezeichnet. Sie führt dazu, dass es als Verstoß gegen das Abwägungsgebot nur angesehen wird, wenn eine naheliegende oder sich aufdrängende Alternative übersehen worden ist, nicht dagegen, wenn eine wenig evidente Alternative unberücksichtigt blieb.

Zu überlegen ist, ob die Unterscheidung zwischen Handlungs- und Kontrollperspektive auch auf das Verhältnis von projektierender und kontrollierender Verwaltung angewendet werden sollte. Doch wäre das wohl ein Zuviel von rechtsdogmatischer Ziselierung. Es genügt vorzuschlagen, dass im Verhältnis der beiden Behörden (oder Behördenteile) die Dynamik der projektierenden Einheit ermutigt und respektiert werden sollte.⁵⁶⁰

V. Natura 2000

Ein Beispiel für eine sehr differenzierte Version der öV hat sich im Schutzregime für sog. Natura 2000-Gebiete ausgeprägt. Die einschlägige Vorschrift, Art. 6 der FFH-Richtlinie⁵⁶¹, lautet in den Absätzen 2 bis 4:

- „(2) Die Mitgliedstaaten treffen die geeigneten Maßnahmen, um in den besonderen Schutzgebieten die Verschlechterung der natürlichen Lebensräume und der Habitate der Arten sowie Störungen von Arten, für die die Gebiete ausgewiesen worden sind, zu vermeiden, sofern solche Störungen sich im Hinblick auf die Ziele dieser Richtlinie erheblich auswirken könnten.
- (3) Pläne oder Projekte, die nicht unmittelbar mit der Verwaltung des Gebietes in Verbindung stehen oder hierfür nicht notwendig sind, die ein solches Gebiet jedoch einzeln oder in Zusammenwirkung mit anderen Plänen und Projekten erheblich beeinträchtigen könnten, erfordern eine Prüfung auf Verträglichkeit mit den für dieses Gebiet festgelegten Erhaltungszielen. Unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Verträglichkeitsprüfung und vorbehaltlich des Absatzes 4 stimmen die zuständigen einzelstaatlichen Behörden dem Plan bzw. Projekt nur zu, wenn sie festgestellt haben, dass das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt wird, und nachdem sie gegebenenfalls die Öffentlichkeit angehört haben.

560 In diesem Sinn wohl auch Hoffmann-Riem/Pilniok (2022) § 12 im Zusammenhang mit der Innovationsfunktion der Verwaltung.

561 Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, Abl. L 206 vom 22.7.1992, S. 7 i.d.F. der Richtlinie des Rates v. 13. Mai 2013, Abl. L 158 v. 10.6.2013, S. 193.

- (4) Ist trotz negativer Ergebnisse der Verträglichkeitsprüfung aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art ein Plan oder Projekt durchzuführen und ist eine Alternativlösung nicht vorhanden, so ergreift der Mitgliedstaat alle notwendigen Ausgleichsmaßnahmen, um sicherzustellen, dass die globale Kohärenz von Natura 2000 geschützt ist. Der Mitgliedstaat unterrichtet die Kommission über die von ihm ergriffenen Ausgleichsmaßnahmen.

Ist das betreffende Gebiet ein Gebiet, das einen prioritären natürlichen Lebensraumtyp und/oder eine prioritäre Art einschließt, so können nur Erwägungen im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen und der öffentlichen Sicherheit oder im Zusammenhang mit maßgeblichen günstigen Auswirkungen für die Umwelt oder, nach Stellungnahme der Kommission, andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses geltend gemacht werden.“ (meine Hervorhebungen)

In diesem System wird die **Basislinie**, an der die öV ansetzt, mit besonderer Sorgfalt und Strenge identifiziert. Sie besteht aus einem Schutzgebiet mit bestimmten Schutzziele, der Abschätzung, ob ein Plan oder Projekt ein Gebiet erheblich beeinträchtigen kann⁵⁶², der Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung und je nach Feststellung einer Beeinträchtigung der Zulassung oder Ablehnung des Planes oder Projekts.

Ausnahmsweise kann der Plan oder das Projekt aber zugelassen werden,

- wenn er/es „aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ „durchzuführen“ ist,
- „eine Alternativlösung nicht vorhanden ist“,
- „der Mitgliedstaat alle notwendigen Ausgleichsmaßnahmen, um sicherzustellen, dass die globale Kohärenz von Natura 2000 geschützt ist“ ergreift, und
- die Kommission über die ergriffenen Ausgleichsmaßnahmen informiert wird.

562 Die Schwelle wird rechtlich recht streng definiert. S. BVerwG v. 17.01.2007, 9 A 20.05 (A 143, Westumfahrung Halle) Rn 41 und EuGH v. 7.9.2004, Rs C-127/02. Sie wird mit Hilfe sog. Fachkonventionen des Naturschutzes konkretisiert. Vgl. Lambrecht/Trautner (2007).

Während die „öffentlichen Interessen“ für normal geschützte Gebietstypen und Arten auch solche sozialer und wirtschaftlicher Art sein können, ist dies für prioritäre Lebensraumtypen oder Arten nur nach Stellungnahme der Kommission zulässig.⁵⁶³ Normalerweise sind dann nur Gründe des Schutzes der menschlichen Gesundheit, der öffentlichen Sicherheit und günstiger Auswirkungen auf die Umwelt maßgeblich.

Nach dem oben gelisteten Schema scheinen das **öffentliche Interesse** und die **Alternativlösungen unabhängig voneinander** zu prüfen zu sein. Alternativen kann man aber nur bestimmen, wenn sie auf ein gemeinsames Ziel bezogen werden, so dass es angebracht ist, zunächst dieses Ziel zu identifizieren und an seinem Maßstab das Spektrum der zu betrachtenden Alternativen zu bestimmen.⁵⁶⁴

Hinsichtlich des zu betrachtenden **Spektrums von Alternativen**⁵⁶⁵ ist festzuhalten, dass nach der FFH-RL und ihr folgend dem § 34 BNatSchG die Alternativen **objektiv**, also nicht nach Wahl des Vorhabenträgers zu bestimmen sind. Es kommt auch nicht darauf an, ob sich eine Alternative „aufdrängt“. Vielmehr ist jeweils der objektive Grad des Natureingriffs ausschlaggebend.⁵⁶⁶

Der EuGH hat weiterhin im Falle einer Trassenvariante für eine Straße entschieden, dass **Kostengesichtspunkte** allein die Auswahl einer Variante nicht determinieren dürfen.⁵⁶⁷

Auch im Hinblick auf die Untersuchungstiefe und Beibringungslast⁵⁶⁸ ist die öV recht streng, denn die Beeinträchtigungslage muss im Einzelnen und vor Genehmigung des Vorhabens untersucht worden sein.⁵⁶⁹ Gleiches gilt

563 Die Praxis der Stellungnahmen der Kommission ist mehrfach als zu projektfreundlich kritisiert worden. S. Garcia Ureta (2020) S. 320–325; Krämer (2024) S. 206; Holder (2004) S. 158–162.

564 In ihren Methodik-Leitlinien startet die Kommission mit einer scheinbar zielunabhängigen Prüfung von Alternativen und beurteilt erst danach die Zielvorgaben. Dies wir jedoch nicht durchgehalten. Vielmehr fließt in die Beurteilung des Spektrums der Alternativen eine Betrachtung der Zielvorgaben ein. S. Europäische Kommission, Prüfung von Plänen und Projekten in Bezug auf Natura-2000-Gebiete - Methodik-Leitlinien zu Artikel 6 Absätze 3 und 4 der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, 2021/C 437/01, S. 47, 49 Fn 32, 50 Tabelle 10, 54.

565 S. dazu oben A VII. 2. a) bb).

566 Gellermann (2001) S. 90.

567 EuGH v. 16.7.2020, Rs 411/19 (WWF Italia Onlus) ECLI:EU:C:2020:580 Rn 41.

568 S. dazu oben A VII. 2.b) bb).

569 EuGH v. 16.7.2020, Rs 411/19 (WWF Italia Onlus) ECLI:EU:C:2020:580, Rn 49.

auch für die Alternativen.⁵⁷⁰ Zudem ist die Prüfung der Verträglichkeit mit dem Schutzstatus Sache der Behörde, nicht des Antragstellers. Jedoch kann eine andere Behörde dafür zuständig gemacht und der Antragsteller zur Vorlage geeigneter Studien aufgefordert werden.⁵⁷¹

Zum Gewicht des öffentlichen Interesses⁵⁷² hat der EuGH im Fall der Umleitung des **Acheloos-Flusses** insistiert, dass das **Interesse sowohl ein öffentliches wie ein überwiegendes** sein muss. Das Interesse müsse

„so wichtig sein, dass es gegen das mit dieser Richtlinie verfolgte Ziel der Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere, einschließlich der Vogelwelt, und Pflanzen abgewogen werden kann“.⁵⁷³

Nicht ganz klar wird, ob das Gericht das Gewicht des öffentlichen Interesses zunächst separat oder nur im Verhältnis zum Natureingriff abschätzen will. Klarer wäre es jedenfalls, wenn das Gewicht zunächst im Verhältnis zu anderen öffentlichen Interessen bestimmt und erst dann ins Verhältnis mit dem Natureingriff gesetzt würde. So wird, wie weiter oben geschildert, im Abwägungsgebot der Planfeststellung vorgegangen.⁵⁷⁴

In diesem Sinn sind auch weitere Entscheidungen des EuGH zu verstehen. Was den öffentlichen Charakter des Interesses angeht, hat das Gericht für Bauten für die Ansiedlung oder Erweiterung eines privaten Unternehmens nur in Ausnahmefällen ein öffentliches Interesse angenommen, dann nämlich, wenn ein Vorhaben, obwohl privater Natur, „sowohl seinem Wesen nach als auch aufgrund seines wirtschaftlichen und sozialen Kontextes tatsächlich von überwiegendem öffentlichen Interesse ist“.⁵⁷⁵ Besonders trennscharf ist diese Formulierung allerdings nicht. Im Fall Acheloos hat das Gericht die Bewässerung und die Trinkwasserversorgung als öffentliche Interessen sozialer und wirtschaftlicher Art anerkannt, und dies – vorbehaltlich konkreter Umstände – sogar als maßgeblich günstige Auswirkung auf die Umwelt bzw. als der menschlichen Gesundheit dienend, mit der Folge, dass auch prioritäre Lebensräume oder Arten beeinträchtigt werden

570 Vgl. EuGH v. 16.7.2020, Rs 411/19 (WWF Italia Onlus) ECLI:EU:C:2020:580, Rn 52.

571 EuGH v. 16.7.2020, Rs 411/19 (WWF Italia Onlus) ECLI:EU:C:2020:580, Rn 74.

572 S. dazu oben A VII. 3. c) cc) iii).

573 EuGH v. 11.9.2012 Rs C-43/10 (Acheloos) ECLI:EU:C:2012:560 Rn 121. Vgl. Miron/Cashman (2024) S. 123 f.

574 Vgl. dazu oben B IV. 4. c).

575 EuGH v. 16.2.2012, Rs C-182/10 (Solvay) ECLI:EU:C:2012:82, Rn 77.

durften.⁵⁷⁶ Was in dem Urteil allerdings fehlt, ist eine Erörterung möglicher Alternativlösungen. Aber dies war in den Vorlagefragen auch nicht angesprochen worden.

Bemerkenswert ist bei all diesen Abwägungen von Zielen und Eingriffen, dass die Gerichte nicht im Entferntesten daran denken, die Vor- und Nachteile des Vorhabens im Fall oder auch allgemein **monetär** auszudrücken und zu vergleichen.⁵⁷⁷

Ein besonderes Problem ist die Rolle der **Ausgleichsmaßnahmen**. In manchen Fällen ist versucht worden, Ausgleichsmaßnahmen als Abschwächung der Beeinträchtigung des Schutzgebietes einzustufen und folglich eine Zulassung des Vorhabens nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL zu ermöglichen. Der EuGH hat dies mehrfach zurückgewiesen. Im Fall *Briels* ging es um die Verbreiterung einer belgischen Autobahn, die durch Stickstoffeinträge benachbarte Pfeifengraswiesen schädigen würde. Zur Abschwächung dieser Folgen sollten die Wiesenflächen erweitert werden. Der EuGH sah dies als Ausgleichsmaßnahme an, die lediglich im Rahmen des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL in Betracht gezogen werden könne, wobei aber die weiteren Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 4 vorliegen müssten. Im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 könnten nur sog. Schutzmaßnahmen berücksichtigt werden, d.h. solche Maßnahmen, „mit denen die etwaigen unmittelbar verursachten schädlichen Auswirkungen auf das Gebiet verhindert oder verringert werden sollen, um dafür zu sorgen, dass das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt wird.“⁵⁷⁸ Diese Einstufung gelte auch dann, wenn die Erweiterung des Schutzgebietes bereits vor Verwirklichung des Vorhabens vorgeschrieben und begonnen werde. Denn zu dem Zeitpunkt der Genehmigung sei nicht mit Sicherheit vorauszusehen, ob die Maßnahme gelingen werde.⁵⁷⁹

VI. Produktrecht, insbesondere Gefahrstoff- und Pflanzenschutzmittelrecht

Ebenso wie das Anlagenrecht nahm auch das umweltbezogene Produktrecht lange Zeit einzelne Gefährdungsursachen, hier also das Inverkehr-

576 EuGH v. 11.9.2012 Rs C-43/10 (*Acheloos*) ECLI:EU:C:2012:560 Rn 123–126.

577 Über solche Monetarisierung im Chemikalienrecht s. unten B VI. 1. c) cc).

578 EuGH v. 15.5.2014, Rs C-521/12 (*Briels*) ECLI:EU:C:2014:330 Rn 28–29.

579 EuGH v. 21.7.2016, Rs C-387/15 und C-388/15 (*Orléans*) ECLI:EU:C:2016:583, Rn 52. M.E. ist dies nicht ganz logisch, weil ja selbst bei Sicherheit des Erfolgs noch eine Schädigung des Gebietes vorliegt. Diese soll ausgeglichen werden, weil sie selbst nicht verhindert wird.

bringen bestimmter einzelner Produkte, in den Blick. Sukzessive ist aber die Prüfung von Alternativen hinzugetreten, und zwar als objektives Gebot, soweit es um besonders gefährliche Produkte geht. In ähnlicher Weise kamen auch die Ziele der Produktherstellung und -vermarktung ins Visier der Gesetzgebung. Während dies unter weitgehender Anerkennung der Autonomie der Betreiber bei der Zielsetzung geschah, wurde für besonders gefährliche Produkte aber auch eine behördliche Zielprüfung eingeführt. Entwicklungen dieser Art gibt es im allgemeinen Chemikalienrecht (1.) und im Pflanzenschutzmittelrecht (2.).

1. Chemikalienrecht

a) Überblick

Ein Beispiel für einen älteren Ansatz ist das deutsche Chemikaliengesetz von 1980⁵⁸⁰, dessen § 17 die Bundesregierung ermächtigte, durch Verordnung die Herstellung und/oder Vermarktung bestimmter für gefährlich befundener Stoffe zu regulieren. 1994 kam dann eine Erweiterung „unter Berücksichtigung der Entwicklung“ von weniger umweltbelastenden Lösungen.⁵⁸¹ § 17 Abs. 2 ChemG besagt seitdem:

„Durch Verordnung nach Absatz 1 können auch Verbote und Beschränkungen unter Berücksichtigung der Entwicklung von Stoffen, Zubereitungen, Erzeugnissen oder Verfahren, deren Herstellung, Verwendung, Entsorgung oder Anwendung mit einem geringeren Risiko für Mensch oder Umwelt verbunden ist, festgesetzt werden.“

Hiermit war beabsichtigt, bei der Setzung von Standards für die Gegenwart anzugeben, wann und wie diese in Zukunft verschärft werden, um **in Entwicklung befindlichen chemischen Innovationen** Rechnung zu tragen.⁵⁸² Umstritten war, ob auf dieser Grundlage eine Stoffbeschränkung bereits angeordnet werden durfte, wenn ein Alternativstoff noch nicht verfügbar war.⁵⁸³

580 BGBl. I 1980, 1718.

581 BGBl. I 1994, 1703.

582 SRU, Umweltgutachten 1994 Nr. 305.

583 Dazu s. Winter (1997) S. 134–136.

Inzwischen ist das deutsche Chemikalienrecht fast gänzlich durch Unionsrecht ersetzt worden, und zwar vor allem durch die **REACH-Verordnung** von 2006.⁵⁸⁴ Diese Verordnung sieht eine Alternativen- und Zielpflicht in zwei Zusammenhängen vor: wenn für einen Stoff, der bereits hergestellt und auf dem Markt angeboten wird, eine Beschränkungsregelung getroffen werden soll⁵⁸⁵, und wenn ein Stoff, weil er besonders gefährliche Eigenschaften hat, einer Zulassungspflicht unterliegt (Art. 55 ff. REACH-VO).⁵⁸⁶ Ich werde beide Zusammenhänge schildern, dabei aber den ersten nur skizzieren (b) und den zweiten ausführlicher darstellen (c).

b) Regulierung auf dem Markt befindlicher Stoffe

Eine Beschränkung der Herstellung und Vermarktung eines bereits im Verkehr befindlichen Stoffes kann erfolgen, wenn er „ein unannehmbares Risiko für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt“ mit sich bringt. „Bei einer solchen Entscheidung werden die sozioökonomischen Auswirkungen der Beschränkung einschließlich der Verfügbarkeit von Alternativen berücksichtigt.“⁵⁸⁷

In terms der öV wird der **Schutzbereich der Umwelt** hiernach als Zustand ohne unannehbare Stoffrisiken angesehen. Ein Eingriff liegt vor, wenn ein Stoff ein unannehmbares Risiko darstellt. Er ist im Prinzip zu untersagen, jedoch vorbehaltlich einer öV.

Die Alternativenprüfung wird relativ eng formuliert, indem nur **verfügbare Varianten** in Betracht kommen.⁵⁸⁸ Das technology forcing, das im deutschen Chemikalienrecht noch angelegt war, ist also entfallen. Im Gegenteil wird die Hinnahme des Risikos ermöglicht, solange keine Alternative verfügbar ist.

Allerdings wird das Risiko noch mit den sozio-ökonomischen Auswirkungen der Regulierung in Beziehung gesetzt. Dies kann in der Terminologie der öV als eine Bewertung der Zielsetzung der Herstellung und des

584 Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH-VO), ABl. L 396 vom 30.12.2006, S. 1 (REACH-VO).

585 Art. 68 ff. REACH-VO.

586 Garnett/van Calster (2021).

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

588 Oben zu A VII. 2. b) cc) wurde bereits erörtert, dass hierfür die zuständige Behörde die Beibringungslast trägt.

Inverkehrbringens angesehen werden, und zwar aus negativer Perspektive, indem nämlich gefragt wird, ob die Regulierung die Befriedigung der Nachfrage und deren Profitabilität behindert. Ob dies der Fall ist, wird mittels eines besonderen Instruments untersucht, nämlich der sog. **sozio-ökonomischen Analyse**. Die einschlägige Vorschrift macht nicht explizit, ob die Vermarktungsziele mit den verbleibenden Risiken abgewogen werden müssen, aber dass das Risiko „unannehmbar“ sein soll und die Auswirkungen zu „berücksichtigen“ sind, deutet auf eine solche Relationierung hin. Jedenfalls ist diese in der Praxis verbreitet.⁵⁸⁹

c) Zulassung besonders gefährlicher Stoffe

Wie gesagt, unterliegen besonders gefährliche Stoffe einem Zulassungserfordernis. Ich behandle die einschlägigen Rechtsgrundlagen (aa), die Bestimmung der Alternativen und Zielsetzung (bb) und spezifische Fragen der Monetarisierung von Risiken und Nutzen (cc).

aa) Rechtsgrundlagen der Stoffzulassung

Nach Art. 55 REACH-VO ist es Zweck der Zulassungsregeln

„sicherzustellen, dass der Binnenmarkt reibungslos funktioniert und gleichzeitig die von besonders besorgniserregenden Stoffen ausgehenden Risiken ausreichend beherrscht werden und dass diese Stoffe schrittweise durch geeignete Alternativstoffe oder -technologien ersetzt werden, sofern diese wirtschaftlich und technisch tragfähig sind. Zu diesem Zweck prüfen alle Hersteller, Importeure und nachgeschalteten Anwender, die einen Antrag auf Zulassung stellen, die Verfügbarkeit von Alternativen und deren Risiken sowie die technische und wirtschaftliche Durchführbarkeit der Substitution.“ (Meine Hervorhebungen)

In der Begrifflichkeit der öV wird der **Schutzbereich der Umwelt** hier so definiert, dass besonders besorgniserregende Stoffe vorläufig hingenommen werden, wenn ihr Risiko beherrscht wird, dass aber ein zukünftiger Zustand angestrebt wird, in dem sie durch weniger gefährliche Alternativen ersetzt werden.

589 S. dazu näher unten B VI. 1. c) bb).

Die **besonders besorgniserregenden Stoffe**⁵⁹⁰ werden zunächst identifiziert und auf Grund einer Risikobewertung in eine Liste aufgenommen, nämlich **Anhang XIV** der REACH-VO. Dazu gehören Stoffe, die als hochgradig krebserregend, erbgutverändernd, oder fortpflanzungsgefährdend⁵⁹¹, sowie Stoffe, die als persistent, bio-akkumulierbar und toxisch⁵⁹² eingestuft wurden.⁵⁹³ Die Unternehmen müssen eine Zulassung für das Inverkehrbringen solcher Stoffe beantragen und dafür ein Dossier über den Stoff und seine Wirkungen einreichen.⁵⁹⁴ Schon die Erstellung der Liste soll jedoch eine erzieherische Wirkung haben⁵⁹⁵, dies insbesondere, weil dadurch die Chancen der Zulassung⁵⁹⁶ antizipiert werden.

Gemäß Artikel 62 Absatz 4 der REACH-VO muss das mit dem Antrag eingereichte Dossier **Informationen über Alternativen** enthalten, und zwar

- „(e) eine Analyse der Alternativen unter Berücksichtigung ihrer Risiken und der technischen und wirtschaftlichen Durchführbarkeit der Substitution, gegebenenfalls einschließlich Informationen über einschlägige Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten des Antragstellers;
- (f) sofern die unter Buchstabe e genannte Analyse erweist, dass unter Berücksichtigung der in Artikel 60 Absatz 5 genannten Aspekte geeignete Alternativen verfügbar sind, einen Substitutionsplan einschließlich eines Zeitplans für die vom Antragsteller vorgeschlagenen Maßnahmen.“

Gemäß Artikel 64 Absatz 2 der REACH-Verordnung können Informationen über Alternativstoffe oder -technologien auch von **interessierten Dritten** eingereicht werden. Sie werden auf der Website der Chemikalienagentur zugänglich gemacht.

Die Prüfung von Alternativen erfolgt jedoch nicht für jeden Stoff des Anhangs XIV, sondern nur, wenn zusätzliche Voraussetzungen gegeben sind. Art.60 Abs. 4 REACH-VO unterscheidet zwei Situationen:

Wenn „das **Risiko** für die menschliche Gesundheit und Umwelt“ „**beherrscht**“ wird, wird die Zulassung **ohne Alternativenprüfung** erteilt

590 Englisch: substances of very high concern (SVHC).

591 Englisch: cancerogenic, mutagenetic or teratogenetic (CMT).

592 Englisch: persistent, bioaccumulative or toxic (PBT).

593 Artikel 56 bis 59 REACH-VO.

594 Anhang XV, Abschnitt 2 REACH-VO.

595 Hansson/Molander/Rudén (2011) 454–460.

596 Artikel 60 bis 64 REACH-VO.

(Art. 60 Abs. 2 REACH-VO). Dies ist problematisch, weil es eigentlich keine absolute Beherrschung von Risiken gibt und deshalb das Potential von Alternativen ausgeschöpft werden sollte.⁵⁹⁷

Andererseits, wenn das **Risiko** für einen Stoff **nicht beherrscht** wird, oder wenn es sich um einen **besonders gefährlichen Stoff** handelt, für den kein Schwellenwert festgelegt werden kann, ist eine komplexe Abwägung erforderlich, die eine **Alternativenprüfung** einschließt. Eine Zulassung kann dann nur erteilt werden,

„wenn nachgewiesen wird, dass der sozioökonomische Nutzen die Risiken überwiegt, die sich aus der Verwendung des Stoffes für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt ergeben, und wenn es keine geeigneten Alternativstoffe oder -technologien gibt.“⁵⁹⁸

Eine Zulassung in der zweiten Situation setzt also voraus, dass der **sozio-ökonomische Nutzen die Risiken überwiegt** und dass es **keine geeigneten Alternativstoffe oder -technologien** gibt.⁵⁹⁹

597 Die ECHA empfiehlt, Alternativen auch dann vorzulegen, wenn der Fall beherrschten Risikos reklamiert werden. S. ECHA (2011) Ziff. 1.1.

598 Art. 60 Abs. 4 REACH-VO.

599 Zum Vergleich ein Blick in das US-amerikanische System: Unerwünschte Stoffe werden hier schrittweise aus dem Verkehr gezogen, je nachdem, ob es Alternativen gibt. Der Administrator muss innerhalb bestimmter Fristen eine Regelung für solche chemischen Stoffe vorschlagen und verabschieden, die in Bezug auf Persistenz und Bioakkumulation hohe Werte aufweisen. Dabei prüft er, ob bei Inkrafttreten der vorgeschlagenen Beschränkung solche technisch und wirtschaftlich realisierbaren Alternativen, die im Vergleich für die Gesundheit oder die Umwelt von Vorteil sind, in zumutbarer Weise als Ersatz zur Verfügung stehen werden. S. Toxic Substances Control Act (TSCA), 15 USC Ch. 53, Subch. I § 2605(c)(2)(C) Toxic Substances Control Act (TSCA), geändert durch den Frank R. Lautenberg Chemical Safety for the 21st Century Act of 2016, <https://www.epa.gov/sites/production/files/2016-06/documents/bills-114hr2576eah.pdf>. Es gibt jedoch einen Unterschied in der Rechtstechnik. In der EU unterliegt der Hersteller oder Händler der Stoffe einer Zulassungspflicht, während in den USA der Administrator die Regulierungsinitiative ergreifen muss. Dies hat erhebliche Auswirkungen auf die Beweislast, die in der EU beim Hersteller/Händler liegt, während in den USA die Behörde sie trägt und nur berechtigt ist, gegebenenfalls die Vorlage zusätzlicher Informationen zu verlangen. TSCA § 2603(2)(A)(ii) in Verbindung mit § 2605(a). Darüber hinaus schreibt der TSCA nicht vor, dass der Hersteller/Vertreiber Informationen über Alternativen vorlegen muss. Dies hat vermutlich nicht nur dann Auswirkungen, wenn der Administrator ein Verbot eines Stoffes in Erwägung zieht, sondern auch, wenn eine Ausnahme für kritische oder wesentliche Verwendungszwecke gewährt werden soll, was möglich ist, wenn keine wirtschaftlich und technisch machbare sicherere Alternative zur Verfügung steht. TSCA § 2605(g)(1)(A).

bb) Alternativen und Abwägung ihrer Risiken und Nutzen

Hinsichtlich des Spektrums der zu erwägenden Alternativen ist zunächst festzuhalten, dass nicht nur **Alternativstoffe**, sondern auch **Alternativtechnologien** in Betracht kommen. Zum Beispiel ist es möglich, dass ein Stoff nicht zugelassen wird, wenn ein Abnehmer des Stoffes sein Produktionsverfahren so umstellen kann, dass der Stoff verzichtbar wird.

Andererseits muss nach Art. 60 Abs. 4 REACH-VO die **Alternative verfügbar** sein. Dies wird durch lit. c) desselben Absatzes immerhin insofern etwas dynamischer gestaltet, als ein Substitutionsplan des Antragstellers berücksichtigt wird. Unter Innovationsaspekten noch wichtiger ist aber die Vorschrift, dass die Zulassung einer befristeten Überprüfung unterliegt, die dann inzwischen entwickelte Alternativen berücksichtigt.⁶⁰⁰ Darüber hinaus muss der Antragsteller die im Antrag vorzulegende Analyse von Alternativen aktualisieren und ggf. einen Substitutionsplan vorlegen.⁶⁰¹ Zudem kann die Kommission die Zulassung jederzeit überprüfen, wenn neue Informationen über Ersatzstoffe vorliegen.⁶⁰²

Alternativen müssen weiterhin in der Lage sein, die **Funktion** der primären (bestehenden oder beantragten) Variante zu erfüllen. Dies ergibt sich daraus, dass nach Art. 62 Abs. 2 die Alternative „geeignet“ sein muss. Das ist schwierig zu bestimmen, wenn ein Stoff mehrere Funktionen hat und der Alternativstoff nur eine davon erfüllt. Dann muss nach mehreren Alternativstoffen gefragt werden.

Des weiteren kommt es darauf an, ob die Alternative für den Antragsteller **technisch und wirtschaftlich durchführbar** ist.⁶⁰³ Dieser Umstand ist aber keine harte Voraussetzung, sondern von der Kommission nur „zu berücksichtigen“.⁶⁰⁴ Trotzdem scheint er in der Praxis als definitive Schranke angesehen zu werden.⁶⁰⁵

Im Hinblick auf die Feststellung, ob der Nutzen die Risiken überwiegt, ist zu klären, was unter Nutzen und Risiken zu verstehen ist. Als Risiken gelten Risiken, „die sich aus der Verwendung des Stoffes für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt ergeben“, und als Nutzen der „sozioöko-

600 Art. 60 Abs. 8 mit Art. 61 REACH-VO.

601 Art. 61 Abs. 1 UA 2 REACH-VO.

602 Art. 61 Abs. 2 REACH-VO.

603 Art. 60 Abs. 5 lit. b) REACH-VO.

604 Art. 60 Abs. 5 lit. b) REACH-VO.

605 ECHA (2011) S. 42 Tabelle 2 Nr. 2: als nicht wirtschaftlich wird angesehen, wenn aus der Verwendung der Alternative „kein oder geringerer Gewinn“ resultiert.

nomische[r] Nutzen seiner [scl. des beantragten Stoffes] Verwendung und die vom Antragsteller oder anderen interessierten Kreisen dargelegten sozioökonomischen Auswirkungen einer Zulassungsversagung;⁶⁰⁶ In terms der öV handelt es sich also um die **Abwägung zwischen Zielen** (m.a.W. dem Nutzen) **und dem Umwelteingriff** (m.a.W. den Risiken für Gesundheit und Umwelt), die jeweils auf die in Betracht kommenden Alternativen anzuwenden ist.

Für die Ermittlung des Nutzens ist ein eigenes Instrument vorgesehen, nämlich die „**sozioökonomische Analyse**“. Deren Parameter werden in Anhang XVI der REACH-VO wie folgt umfänglich konkretisiert:

„Anhang XVI Sozioökonomische Analyse

- Folgen der Erteilung oder der Verweigerung der Zulassung für den/die Antragsteller oder, im Falle einer vorgeschlagenen Beschränkung, Folgen für die Industrie (z.B. Hersteller und Importeure). Folgen für alle übrigen Akteure der Lieferkette, nachgeschaltete Anwender und mit diesen verbundene Betriebe in Form von wirtschaftlichen Folgen wie Auswirkungen auf Investitionen, Forschung und Entwicklung, Innovationen, einmalige Kosten und Betriebskosten (z.B. Erfüllung von Anforderungen; Übergangsregelungen; Änderungen an laufenden Verfahren, Berichts- und Überwachungssystemen; Einführung neuer Technologien; usw.) unter Berücksichtigung allgemeiner Markt- und Technologieentwicklungen.
- Folgen der Erteilung oder der Verweigerung der Zulassung oder einer vorgeschlagenen Beschränkung für die Verbraucher. Beispielsweise Produktpreise, Änderungen der Zusammensetzung oder der Qualität oder der Leistung eines Produkts, Verfügbarkeit der Produkte, Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher sowie Folgen für die menschliche Gesundheit und die Umwelt, soweit sie die Verbraucher betreffen.
- Gesellschaftliche Folgen der Erteilung oder der Verweigerung der Zulassung oder einer vorgeschlagenen Beschränkung, beispielsweise hinsichtlich der Sicherheit der Arbeitsplätze und der Beschäftigung.
- Verfügbarkeit, Eignung und technische Durchführbarkeit bei Ersatzstoffen und/oder -technologien und deren wirtschaftliche Folgen, sowie Informationen über die Geschwindigkeit des Technologischen Wandels und das diesbezügliche Potenzial in dem betroffenen Wirtschaftszweig/den betroffenen Wirtschaftszweigen. Im Falle eines Zulassungsan-

606 Art. 60 Abs. 4 Satz 2 lit. b) REACH-VO.

trags sind die gesellschaftlichen und/oder wirtschaftlichen Folgen der Nutzung vorhandener Alternativen anzugeben.

- Weiter reichende Folgen für Handel, Wettbewerb und wirtschaftliche Entwicklung (insbesondere für KMU und in Bezug auf Drittländer) der Erteilung oder der Verweigerung einer Zulassung oder einer vorgeschlagenen Beschränkung. Dabei können lokale, regionale, nationale oder internationale Aspekte berücksichtigt werden.
- Im Falle einer vorgeschlagenen Beschränkung sind Vorschläge für andere regulatorische oder nichtregulatorische Maßnahmen vorzulegen, mit denen das Ziel der vorgeschlagenen Beschränkung erreicht werden könnte (dabei ist das geltende Recht zu berücksichtigen). Dazu gehört auch eine Beurteilung der Wirksamkeit und der Kosten im Zusammenhang mit alternativen Risikomanagementmaßnahmen.
- Im Falle einer vorgeschlagenen Beschränkung oder der Verweigerung einer Zulassung sind der Nutzen für die menschliche Gesundheit und die Umwelt sowie der gesellschaftliche und wirtschaftliche Nutzen der vorgeschlagenen Beschränkung anzugeben, beispielsweise in Bezug auf die Gesundheit der Arbeitnehmer, den Umweltschutz und die Verteilung dieses Nutzens (beispielsweise geografisch oder nach Bevölkerungsgruppen).
- Eine sozioökonomische Analyse kann auch andere Fragen betreffen, die der/die Antragsteller oder der Betroffene für relevant halten.“ (meine Hervorhebungen)

Die ECHA hat diese Liste in eine Struktur gebracht, nach der Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit, die Umwelt und die Wirtschaft unterschieden werden. Hinzu kommen weiterreichende wirtschaftliche Auswirkungen wie auf Innovation und internationale Konkurrenz. Für jeden Bereich stellt sie umfangreiche und detaillierte Fragen, die im Zulassungsantrag zu beantworten sind.⁶⁰⁷

Eine Lektüre der Fragen zeigt, dass die **Parameter praktisch kaum abzudecken** sind.⁶⁰⁸ Es ist illusorisch zu erwarten, dass für alle Parameter die erforderlichen Informationen überhaupt existieren oder, wenn sie existieren, vorgelegt werden.⁶⁰⁹ In der Praxis wird es deshalb nur **partielle**

607 ECHA (2011) Anlage G.

608 Garnett/van Calster (2021) S. 177–179. ECHA (2011) Anlage G.

609 Vgl. Wu/ Zhang/ Zhi/ Yu/ Cao (2024) S. 8–9, die aber trotz dieses Befundes tapfer für weiteren Ausbau der Analysen plädieren.

Analysen geben. So ist an Beispielen festgestellt worden, dass menschliche Mortalität, nicht dagegen Krankheiten im Vordergrund standen, dass sich die Folgen auf die Arbeitskräfte in der Stoffherstellung konzentrierten, und dass Auswirkungen auf die Gesundheit der Konsumenten und auf die Umwelt vernachlässigt wurden.⁶¹⁰ Da sich die Vorteile der Vermarktung des beantragten Stoffes für die Produzenten und nachgeschalteten Verwendern leichter abschätzen lassen, ergibt sich fast durchweg, dass diese die Umwelt Risiken weit überwiegen und der Stoff deshalb zugelassen wird.⁶¹¹

Immerhin kann sich eine Vereinfachung daraus ergeben, dass die Analyse komparativ angelegt wird, nämlich in der Weise, dass der beantragte Stoff mit einem anderen Stoff verglichen wird. Dann genügt es festzustellen, ob der beantragte Stoff besser oder schlechter abschneidet.⁶¹² Eine absolute Bestimmung der Risiken wäre nicht erforderlich. Dies ist allerdings insofern unbefriedigend, als der komparative Ansatz nicht ausschließt, dass ein problematischer Stoff auf dem Markt bleibt.

Zudem fehlt es an einer **Taxonomie der Wertgrößen**. Normalerweise würde man erwarten, dass der Nutzen in Gebrauchswerten dargestellt wird, indem gezeigt wird, dass eine Chemikalie im Vergleich zu einer anderen bessere Leistungen erbringt, wie etwa die bessere Haltbarkeit einer Farbe oder Funktionalität eines Kunststoffes. Stattdessen zählt auch der Tauschwert, also der Absatzerfolg auf dem Markt, gleich, ob der durch einen Gebrauchswert gestützt ist oder nicht. Gleiches gilt für die Auswirkung auf Arbeitsplätze. Auch bei ihnen zählt nur die Quantität, nicht die Qualität.

Als ein Beispiel, in Gebrauchswerten zu denken, sei der Ansatz für die nicht abbaubaren sog. Ewigkeitschemikalien Per- und Polyfluoroalkyl Substanzen (**PFAS**) erwähnt.⁶¹³ Da nicht alle der immerhin etwa 4.700 Substanzen sofort verboten werden können, sollen sie nach ihren Funktionen in drei Kategorien eingeteilt und sukzessive ausgeschieden werden, nämlich non-essential use (z.B. Bratpfannen), substitutable use (z.B. wasserabweisende Kleidung) und essential use (z.B. medizinische Geräte).⁶¹⁴

610 Wu/ Zhang/ Zhi/ Yu/ Cao (2024) S. 5–7.

611 Wirth/Reihlen/Jepsen/Bunke (2021) S. 75.

612 Als ein Beispiel s. ECHA (2011) S. 116 f.

613 Commission Staff Working Document, „Poly- and Perfluoroalkyl Substances (PFAS)“, 14 Oct. 2020, SWD(2020) 249, zugänglich unter https://ec.europa.eu/environment/pdf/chemicals/2020/10/SWD_PFAS.pdf.

614 Garnett/van Calster (2021) 167; Cousins et al. (2019) S. 1805.

cc) Monetarisierung von Risiken und Nutzen

Besonders problematisch ist, dass Risiko und Nutzen monetär kalkuliert werden dürfen und in der Praxis auch tatsächlich kalkuliert werden. Dies sei am **Beispiel** der Bewertung des Stoffes Bis(2-ethylhexyl)phthalate (**DEHP**) demonstriert. Der Stoff ist ein Weichmacher für Plastikmaterial. Er ist als fruchtschädigend klassifiziert. Das RAC (Committee for Risk Assessment) und das SEAC (Committee for Socio-Economic Analysis) haben über den Stoff die folgende Analyse vorgenommen, die eine „socio-economic analysis“ (SEA) mit einer „risk analysis“ (RA) verbindet:⁶¹⁵

„SEAC assessed the social cost of continued use per case of fertility impairment. For that purpose, SEAC used information from the applicant's SEA and other sources of economic information on valuation of fertility impairment. Both tangible (cost of Assisted Reproductive Technology) (ART) and intangible economic issues (intangible value of fertility) are taken into account.

The SEA reported a range of 32 500 € to 77 500 € per fertility impairment case, combining both ART costs and willingness to pay (WTP) for having a baby with ART. SEAC reviewed this assessment and proposes a similar range of 58 200 € to 67 200 € per case. The difference lies in additional indirect costs of ART (Connelly et al., 2010) that were included by SEAC, and also the use of a different upper bound for the range of WTP for having a baby with ART.“

Mit anderen Worten: das **Risiko** für die Arbeiterinnen und sonstigen Personen, die dem Stoff exponiert sind, wurde kalkuliert als der **Wert, ein Kind statt durch normalen Geschlechtsverkehr nur mit assistierter Reproduktionstechnologie zu gebären, plus die realen Kosten dieses Technologieeinsatzes**. Der Wert wird auf Grund von „willingness to pay“ ermittelt. Die Summe wird dann mit 58.200 bis 67.200 € pro Person angenommen. Mangels entsprechender Daten quantifiziert der Bericht nicht, bei wie vielen Personen dieser Fall eintritt.

615 Committee for Risk Assessment (RAC), Committee for Socio-economic Analysis (SEAC), Opinion on an Application for Authorisation for Bis(2-ethylhexyl) phthalate (DEHP) used in formulation of DEHP in compounds, dry-blends and Plastisol formulations. ECHA/RAC/SEAC: AFA-O-0000004274-77-12/D. <https://echa.europa.eu/documents/10162/60f338a5-09ac-423a-b7c1-2511ee2d9b77>.

Der Bericht untersucht weiterhin die Risiken möglicher Alternativprodukte. Von diesen gibt es mindestens 11, die bereits benutzt werden. RAC stellt fest, dass sie geringere Gesundheitsrisiken darstellen.

Den Risiken stellt das SEAC dann den **Nutzen** gegenüber. Dabei wird der Nutzen einer Weiterverwendung von DHEL mit dem Nutzen der Verwendung der Alternativprodukte verglichen. Das SEAC stellt zunächst fest, dass die Umstellung auf Alternativprodukte technisch machbar sei. Es bestimmt dann den ökonomischen Nutzen der Beibehaltung des Stoffes. Dies erfolgt durch Berechnung der Kosten der Umstellung, einschließlich Wegfall von Erträgen aus dem bisher verwendeten DHEL. Dabei blendet es die Folgen für den Antragsteller, insbesondere den Ertragsverlust bei Einstellung der DHEL-Produktion, aus, weil diese nicht hinreichend bewiesen worden seien. Stattdessen konzentriert es sich auf die Situation der „downstream users“, d.h. diejenigen Unternehmen, die DHEL vom antragstellenden Hersteller erwerben. Für die „compounder“ (die mit Hilfe von DHEL weitere Verbindungen herstellen) nimmt es an, dass sie bei Verwendung von Alternativstoffen ihre Produkte um zehn Prozent teurer machen müssen. Für Hersteller von Endprodukten sei die Verteuerung „marginal to significant“. Hieraus schließt das SEAC:

„This suggests that significant economic impacts are likely in the non-use scenario for a proportion of the article manufacturers, especially when they are competing with imported articles manufactured with DEHP.“

Insgesamt stellt es fest:

„Overall, there are consistent indications that to a significant proportion of compounders and article manufacturers alternatives are not economically feasible. SEAC considers that, as a whole, alternatives are not economically feasible.“

Es kommt dann zum sog. **break-even**, d.h. dem Vergleich von Risikokosten und Nutzen. Dazu heißt es:

„Given the limitations in the available information on risks, it was not possible to carry out a realistic assessment of the human health impact of the continued use scenario. However, the benefits (avoided costs in terms of substitution costs for downstream users) and the estimate of the monetary value of infertility cases could be used to carry out a break-even analysis.“

Nach allem ist die Schlussfolgerung:

„Therefore, SEAC concluded that the analysis indicated that the benefits of continued use of DEHP outweigh the risks.“

Dies bedeutet: Das SEAC kann das Risiko nicht abschätzen, nimmt aber trotzdem einen Geldwert je Unfruchtbarkeitsfall an, ohne freilich die Anzahl der Fälle zu quantifizieren. Im Vergleich zu diesen sehr schwammigen Risikokosten hält es den Nutzen, der bei Umstellung auf Alternativprodukte aus der vermiedenen Preiserhöhung um zehn Prozent für die „compound-er“ und in einem nicht quantifizierten Umfang für die Produkthersteller entsteht, für höher, mit der Folge, dass der Stoff wegen einer positiven Nutzen-Risiko-Bilanz auf dem Markt bleiben darf.

Aus dem Beispiel lässt sich vielerlei für die Risiko-Nutzen-Bilanz und Alternativenprüfung lernen:

- Als Alternativen werden nur andere Weichmacher erwogen, nicht – grundsätzlicher – die Ersetzung von PVC in Endprodukten durch anderes Material.
- Die Bewertung einer Nicht- oder Fehlgeburt erfolgt nicht, indem der Wert eines gesunden Kindes, sondern nur, indem der Wert eines mit Hilfe assistierter Reproduktionstechnologie geborenen Lebens geschätzt wird.
- Die Bewertung einer Nicht- oder Fehlgeburt erfolgt nicht qualitativ, sondern durch die „willingness to pay“-Methode.
- Obwohl die Anzahl der zu erwartenden Fälle von Unfruchtbarkeit nicht ermittelt werden kann, wird behauptet, man gehe von einem worst case scenario aus, das aber nicht beschrieben und letztlich als irrelevant angesehen wird.
- Für die Nutzenschätzung wird eine Preissteigerung um zehn Prozent als ökonomisch zu belastend angesehen.
- Der „break even“ mit dem Risiko wird nicht begründet. Es wird einfach postuliert, dass der Nutzen höher sei als das Risiko.

Insgesamt ergibt sich, dass die sozio-ökonomische Analyse **unrealistisch umfassende Parameter** aufstellt und die Verfügbarkeit von zu vielen Informationen voraussetzt. Soweit die Parameter monetarisiert werden, führt die **Analyse von Zahlungsbereitschaften** von (welchen?) Privatpersonen in die Irre, weil der Wert des menschlichen Lebens und der Natur sich

nicht in Geldwerten bestimmen lässt.⁶¹⁶ Dies wäre auch verfassungsrechtlich nicht zulässig.⁶¹⁷ Zwar können Marktpreise und -kosten ermittelt werden (wie z.B. Krankheitskosten bzw. Ertragseinbußen der Naturnutzung) und Präferenzen der Bürger durch Befragungen erhoben werden, aber solche Informationen mögen den qualitativen Diskurs über Werte bereichern, sie füllen ihn aber nicht aus. Im Zusammenhang der öV ist jedenfalls festzuhalten, dass die Suche nach Alternativstoffen und Alternativtechnologien es ermöglicht, solche zu identifizieren, die sich ohne großen Untersuchungs- und Bewertungsaufwand evident als günstiger erweisen.

2. Pflanzenschutzmittelrecht

Auch im Recht der **Zulassung von Pflanzenschutzmitteln**, das durch VO(EG) 1107/2009⁶¹⁸ harmonisiert wurde, ist eine Alternativenprüfung vorgesehen. Sie basiert ähnlich wie im allgemeinen Chemikalienrecht auf einer Liste besonders gefährlicher Stoffe, die im PSM-Recht als Substitutionskandidaten bezeichnet werden. Ein Unterschied besteht darin, dass die fraglichen Stoffe an sich die Zulassungskriterien für PSM nach Art. 4 VO (EG) 1107/2009 erfüllen, insbesondere weil Vorkehrungen zur Vermeidung von Expositionen getroffen werden. Trotzdem sollen sie aber wegen ihrer besonders gefährlichen Eigenschaften sukzessive ausgeschieden werden.⁶¹⁹

616 Ackerman/Heinzerling (2004) S. 94–98, 172–173; Hansjürgens/Lienhoop (2015) S. 95 f.; Ekardt (2018) S. 107–118.

617 Das BVerfG kam in zwei Fällen in die Nähe der Bewertung von Menschenleben, nämlich im Hinblick auf den Abschuss eines Zivilflugzeugs, das als zerstörerische Waffe benutzt wird (BVerfG v. 15.6.2006, 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118 ff.), und im Hinblick auf die Priorisierung von Kranken bei knapper Verfügbarkeit von Behandlungsmöglichkeiten (sog. triage) (BVerfG v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, BVerfGE 160, 79 ff.). Das Gericht lehnte quantifizierende Kriterien ab und ging auf Möglichkeiten der Monetarisierung erst recht nicht ein.

618 Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln und zur Aufhebung der Richtlinien 79/117/EWG und 91/414/EWG des Rates, Abl. L 309 v. 24. November 2009, S. 1–50 (PSM-VO).

619 Diese liegen vor, wenn der Stoff besonders toxisch ist, zwei der Kriterien Persistenz, Bioakkumulation und Toxizität erfüllt, auch bei sehr restriktiven Risikomanagementmaßnahmen Anlass zur Besorgnis gibt, als karzinogen oder reproduktionstoxisch eingestuft ist, oder endokrine Eigenschaften besitzt. S. Art. 24 VO 1107/2009.

Sie gelten als sog. **Substitutionskandidaten** und werden nur für 7 Jahre genehmigt, allerdings mit Verlängerungsmöglichkeit.⁶²⁰

Während diese Regelung sich auf die Zulassung von **Wirkstoffen** auf Unionsebene bezieht, bedürfen die einzelnen auf den Wirkstoffen basierenden **Pflanzenschutzmittel** (PSM) einer Zulassung durch mitgliedstaatliche Behörden. Dabei spielen Wirkstoffe, die Substitutionskandidaten sind, insofern eine Rolle, als die zuständige nationale Behörde nach Art. 50 VO 1107/2009 eine vergleichende Bewertung vornehmen muss, wenn das beantragte PSM einen Substitutionskandidaten enthält. Sie erteilt dann keine Genehmigung oder beschränkt die Verwendung des PSM auf eine bestimmte Kulturpflanze

„wenn die vergleichende Bewertung der Risiken und des Nutzens gemäß Anhang IV ergibt, dass

- a) für die im Antrag genannten Verwendungen bereits ein zugelassenes Pflanzenschutzmittel oder eine nichtchemische Bekämpfungs- oder Präventionsmethode besteht, das/die für die Gesundheit von Mensch oder Tier oder für die Umwelt deutlich sicherer ist, und
- b) die Substitution durch die Pflanzenschutzmittel bzw. die nichtchemischen Bekämpfungs- oder Präventionsmethoden gemäß Buchstabe a keine wesentlichen wirtschaftlichen oder praktischen Nachteile aufweist, und
- c) gegebenenfalls die chemische Vielfalt der Wirkstoffe oder die Methoden und Verfahren der Kulturführung und der Schädlingsprävention ausreichend sind, um das Entstehen einer Resistenz beim Zielorganismus zu minimieren, ...“

Es handelt sich also um eine Prüfung des beantragten PSM im Vergleich zu Alternativen, die bereits auf dem Markt sind. Dies bedeutet, dass nicht auch auf mögliche zukünftige Entwicklungen und nicht einmal auf bereits vorhandene, aber noch nicht zugelassene Alternativen geblickt wird. Zudem sind die **Voraussetzungen für die Einbeziehung von Alternativen** („deutlich sicherer“, „keine wesentlichen wirtschaftlichen oder praktischen Nachteile“) recht hoch. Das bedeutet, dass das PSM-Recht im Grunde weniger streng ist als das allgemeine Chemikalienrecht, obwohl es eigentlich mehr Risiken verursacht, weil die Produkte in die Umwelt ausgebracht werden,

620 Als Beispiel für die Genehmigung eines Substitutionskandidaten s. Durchführungs-VO (EU) 2021/2049 der Kommission (Wirkstoff Cypermethrin).

während viele sonstige Chemikalien teilweise in geschlossenen Systemen gehalten werden.⁶²¹

VII. Gentechnikrecht

Ähnlich wie das Chemikalienrecht ist das Gentechnikrecht kaum noch national determiniert, sondern weitgehend auf Unionsebene harmonisiert. Ich konzentriere mich dabei auf die Regulierung der Ausbringung von gentechnisch veränderten Organismen (GVO) in die Umwelt. Zentral sind hierfür die Richtlinie 2001/18/EG⁶²² sowie für Lebensmittel einschließlich Saatgut die Verordnung (EG) 1829/2003.⁶²³ Sie regeln die sog. **Freisetzung** von GMO an einem bestimmten Ort sowie das sog. **Inverkehrbringen** von GMO, d.h. die Vermarktung und anschließende Ausbringung an beliebigen Orten, soweit diese nicht beschränkt werden. Die Freisetzung und das Inverkehrbringen sind zulassungsbedürftig.

Hauptkriterium der Zulassung ist die Vermeidung von schädlichen Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und Umwelt. So heißt es in Art. 4 Abs. 1 RL 2001/18:

„Die Mitgliedstaaten tragen im Einklang mit dem Vorsorgeprinzip dafür Sorge, dass alle geeigneten Maßnahmen getroffen werden, damit die absichtliche Freisetzung oder das Inverkehrbringen von GMO keine schädlichen Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und die Umwelt hat.“

Eine **Alternativenprüfung ist nicht vorgesehen**, noch ist zu prüfen, welches Ziel mit der Ausbringung verfolgt wird. Im deutschen Gentechnikgesetz wird zwar vorgeschrieben, dass „im Verhältnis zum Zweck der Freisetzung [bzw. des Inverkehrbringens] unververtretbare schädliche Einwirkungen“

621 Diese Unterschiedlichkeit der Alternativenprüfung wird in der sonst sehr informativen Studie von Coors/Vollmar (2018) nicht genau genug untersucht.

622 Richtlinie 2001/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. März 2001 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/EWG des Rates, Abl. L 106 vom 17.4.2001, S. 1 i.d.F. der Richtlinie (EU) 2015/412 des EP und des Rates, Abl. L 68 vom 13.3.2015, S. 1.

623 Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. 9. 2003 über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel, Abl. L 268 vom 18.10.2003, S. 1, i.d.F. der Verordnung (EU) 2019/1381 des EP und Rates, Abl. L 231 v. 6.9.2019, S. 1.

auf Mensch oder Umwelt nicht eintreten dürfen.⁶²⁴ Aber diese Zweck-Mittel-Relation wird in Praxis und Literatur abgelehnt oder ignoriert.⁶²⁵

Ein neues Kapitel wird nun aber im Hinblick auf **neue genomische Techniken (NGT)** an Pflanzen aufgeschlagen. Grob gesagt, war die ältere Gentechnik auf die Übertragung von genetischem Material von einer Organismenart auf eine nicht kreuzungsfähige andere Art bezogen (sog. **Trans-genese**), während die neuen Techniken Veränderungen innerhalb einer Art (sog. **Gen-Editierung** durch Cisgenese und Intragenese) ermöglichen.

Ein Kommissionsvorschlag dereguliert Veränderungen, die durch die neuen Techniken vorgenommen werden, in bestimmter Weise, und zwar so, dass geringe Veränderungen (NGT 1) von dem Zulassungserfordernis freigestellt werden, während umfänglichere Veränderungen (NGT 2) einer erleichterten Risikoprüfung unterworfen werden.⁶²⁶

Für diese **Deregulierung** gibt es vier Hauptgründe: Erstens wird angenommen, dass die geringfügigen Veränderungen durch NGT auch durch natürliche oder züchterische Mutationen entstehen können, so dass kein Anlass bestehe, sie einer Risikoprüfung zu unterwerfen. Zweitens sei wegen dieser gleichartigen Ergebnisse nicht zu ermitteln, ob eine Veränderung künstlich oder natürlich erfolgt ist.⁶²⁷ Drittens verursachten Cis- und Intragenese weniger Risiken als Transgenese.⁶²⁸ Und viertens sollten NGT freier und aktiver genutzt werden können, um in der Landwirtschaft Nachhaltigkeit zu fördern, so z.B., indem Saatgut erzeugt wird, das gegenüber dem Klimawandel resilient ist.⁶²⁹

Die drei ersten Gründe sind sehr umstritten. Es wird eingewendet, dass bestimmte Bereiche des Genoms natürlicher Veränderung verschlossen sind, von NGT dagegen verändert werden können, dass Methoden existieren oder in Entwicklung begriffen sind, die die künstliche Veränderung entdecken, und dass quantitativ geringfügige genomische Verände-

624 § 16 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 Satz 1 GenTG.

625 Vgl. Jörgensen/Winter (1996) S. 295.

626 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über mit bestimmten neuen genomischen Techniken gewonnene Pflanzen und die aus ihnen gewonnenen Lebens- und Futtermittel sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/625, COM(2023) 411 final; ANHÄNGE des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über mit bestimmten neuen genomischen Techniken gewonnene Pflanzen und die aus ihnen gewonnenen Lebens- und Futtermittel, COM(2023) 411 final.

627 Erwägungsgründe (7) und (14) des Kommissionsvorschlags.

628 Vorschlag der Kommission S. 2 2. Absatz.

629 Vorschlag der Kommission S. 2. 3. Absatz.

rungen erhebliche qualitative Funktionsänderungen bewirken können.⁶³⁰ Unbestritten ist dagegen das Ziel einer **Verknüpfung der Deregulierung mit dem Ziel einer Stärkung landwirtschaftlicher Nachhaltigkeit**. Nur ist dieses Ziel rechtstechnisch gesehen kaum verbindlich ausgestaltet, weil es nicht Voraussetzung der Freistellung der NGT 1-Erzeugnisse vom Zulassungserfordernis ist und hinsichtlich der NGT 2-Verfahren nur Beratungschancen auslöst. Zudem wird sehr weit definiert, was Nachhaltigkeit bedeutet. Zum Beispiel gilt bereits jede Ertragssteigerung als nachhaltig.⁶³¹

Insgesamt kann der NGT-Ansatz als eine **Ermöglichung von Risiken** im Austausch gegen ein **vages Nachhaltigkeitsversprechen** charakterisiert werden. Bezieht man ihn auf das Konzept der öV, so lässt sich Folgendes festhalten: Der Schutzbereich von Gesundheit und Umwelt, der durch Art. 4 der RL 2001/18 wie gezeigt streng formuliert ist, wird leicht abgesenkt, indem NGT 1 – Pflanzen als sicher statuiert werden, obwohl es Anhaltspunkte für Risiken gibt. Für NGT 2 – Pflanzen bleibt es dagegen bei dem strengen Schutzniveau. Sie gelten als potentielle Umwelteingriffe, was im Zulassungsverfahren zu überprüfen ist. Das Nachhaltigkeitsziel kann zwar herangezogen werden, aber nur, wenn der Antragsteller die Beratung und Beschleunigung in Anspruch nehmen will. Alternativen, insbesondere solche konventioneller Züchtung, werden nicht geprüft. Insofern handelt es sich um ein sehr unvollkommenes Konzept der öV.

VIII. Energierecht

Das Energierecht hat lange Zeit die Energieerzeugung und -versorgung als monopolartige öffentliche Wirtschaft organisiert. Es wurde dann unter Einfluss des Gemeinschaftsrechts für den Wettbewerb bei Erzeugung, Leitung und Lieferung zB von Elektrizität geöffnet.⁶³² Dies beruhte auf der Überzeugung, dass der Wettbewerb für das Wohlfahrtsziel – die sichere und unbegrenzte Energieversorgung – solche Varianten sucht, die vergleichsweise geringere Preise fordern. Dabei auftretende Umweltschäden waren und

630 Zusammenfassend Winter (2024).

631 Annex III des Kommissionsvorschlags.

632 Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Abl. L 27 v. 30.1.1997, S. 20; Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt, Abl. L 158 vom 14.6.2019, p. 54. S. dazu Kühling/Rasbach/ Busch (2022) S. 17–22.

sind je nach dem gesetzlichen einschlägigen Rahmen der Anlagenzulassung zu beachten, insbesondere durch UVP und materielle Vorgaben des Anlagen- und Planfeststellungsrechts. Wie dargelegt, kam und kommt dabei auch die öV zum Zuge.⁶³³

Mit der öffentlichen Wahrnehmung des Klimawandels veränderte sich dann aber die Zielsetzung. Es geht nun nicht mehr nur abstrakt um Energieversorgung, sondern um Versorgung mit einer bestimmten Art von Energie, nämlich solcher aus regenerativen Quellen. Dieses qualitativ aufgeladene Wohlfahrtsziel wird Gegenstand eines sich ausdifferenzierenden Rechts des Klimaschutzes und der erneuerbaren Energie. Während das Klimaschutzrecht sich auf den Ausstieg konzentriert, und zwar vor allem auf die Senkung von Treibhausgasemissionen, sorgt das Recht der erneuerbaren Energie für den Anschub regenerierbarer Quellen, und zwar durch verschiedene Instrumente der Förderung, namentlich durch Subventionen, Freistellung von ordnungsrechtlichen Anforderungen, Priorisierung im Rahmen von Abwägungsgeboten, etc.

Die qualitative Aufladung der Wohlfahrtsziele mit Anforderungen des Klimaschutzes tritt in eine **innerökologische Spannung** mit anderen Umweltbelangen, und insbesondere der Biodiversität. Dies geschieht dadurch, dass einerseits das Ziel absolut gesetzt und so einer Abwägung am Maßstab höherer oder alternativer Ziele (wie Effizienz und Suffizienz) entzogen wird, und andererseits das Spektrum in Betracht kommender Alternativen auf solche Vorhaben, die erneuerbare Energien erzeugen, verengt wird. Dies erhöht den Druck auf den Naturhaushalt. Die *baseline* des Umweltschutzes wird auf diese Weise einerseits, nämlich unter Klimaschutzaspekten, erhöht, andererseits, nämlich unter Biodiversitäts- und anderen Umweltaspekten, verringert.

Ein Beispiel, die Planung des **Ausbaus von Stromleitungsnetzen**, ist bereits geschildert worden.⁶³⁴

Ein weiteres Beispiel ist die Herstellung von **Windenergieanlagen auf See**. Auf Grund des WindSeeG werden durch Flächennutzungsplan Gebiete und Flächen als geeignete Standorte für Windenergieanlagen ausgewiesen⁶³⁵ und in Ausschreibungsverfahren an Vorhabenträger zugeteilt („bezuschlagt“).⁶³⁶ Mit dem Zuschlag wird zugleich ein Recht auf Subventionie-

633 S. oben B II und IV.

634 S. oben B IV 9.

635 § 4 WindSeeG.

636 § 14 Abs. 2 WindSeeG.

rung durch die sog. Marktprämie gewährt.⁶³⁷ Für einzelne bezugschlagte Projekte werden dann Planfeststellungsverfahren durchgeführt.

Im Verfahren der Flächennutzungsplanung gilt das Abwägungsgebot, d.h. alle privaten und öffentlichen Belange sind gerecht abzuwägen. Zu den öffentlichen Belangen zählt selbstverständlich die Erzeugung erneuerbarer Energie. Diesem Ziel wird ein überragendes öffentliches Interesse attestiert⁶³⁸, das sich in Abwägung mit anderen Umwelteingriffen normalerweise durchsetzen wird. Obwohl es sich um eine hochstufige planerische Ebene handelt, findet eine Bewertung mit Hilfe konkurrierender Ziele wie dem Potential von Energieeffizienz und Suffizienz nicht statt. Es ist zudem unklar, inwieweit eine Prüfung von Gebiets- und Flächenalternativen vorgesehen ist. Genannt wird sie nur im Extremfall der Nutzung von Meereschutzgebieten: Gebiete und Flächen für Windenergieanlagen dürfen dort nur festgelegt werden, wenn die Ausbauziele anderswo nicht erreicht werden können.⁶³⁹

Noch ein drittes Beispiel, diesmal aus dem Produktrecht: Nach der Verordnung (EU) 2024/1735⁶⁴⁰ können die Mitgliedstaaten, um den Ausbau erneuerbarer Energie zu steigern, die Fertigung von sog. **Netto-Null-Technologien**⁶⁴¹ fördern. Dadurch wird eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV geschaffen. Wenn Auktionen für förderungsfähige Projekte erneuerbarer Energie erfolgen, werden die angebotenen Technologien primär nach Kriterien der Effektivität und Preisgestaltung beurteilt, m.a.W. im Hinblick darauf, inwieweit sie der Zielsetzung entsprechen. Zugleich wird aber auch der Beitrag der Vorhaben zu „Nachhaltigkeit und Resilienz“ bewertet. Was diese Maßstäbe im Einzelnen bedeuten, wird von der Kommission durch Durchführungsrechtsakt konkretisiert.⁶⁴² Das Gewicht dieser Kriterien muss mindestens 15 % der gesamten Zuschlagskriterien ausmachen.⁶⁴³ Wenn Maßnahmen wegen der Beachtung

637 § 24 Abs. 1 Nr. 2 WindSeeG.

638 § 5 Abs. 3 WindSeeG.

639 § 5 Abs. 6 WindSeeG.

640 Verordnung (EU) 2024/1735 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Schaffung eines Rahmens für Maßnahmen zur Stärkung des europäischen Ökosystems der Fertigung von Netto-Null-Technologien, Abl. L 2024/1735. 28.6.2024.

641 Mit „Technologie“ sind Endprodukte und zu deren Herstellung verwendet spezifische Bauteile und Maschinen gemeint. S. VO (EU) 2024/1735 Art. 3 Nr. 1.

642 Art. 26 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 und Abs. 3 VO (EU) 2024/1735.

643 Art. 26 Abs. 4 VO (EU) 2024/1735.

der Nachhaltigkeitskriterien jedoch mehr als 15 % der Gesamtkosten des Vorhabens verursachen, können sie zurückgewiesen werden.⁶⁴⁴

Unter dem Gesichtspunkt der öV ergibt sich folgendes Bild: Da die Regelung die Mitgliedstaaten ermächtigt, aber nicht drängt, geht die Anschubwirkung weiter von den Mitgliedstaaten aus, aber eben angestoßen durch die Union. Das Wohlfahrtsziel ist qualitativ aufgewertet durch Orientierung auf erneuerbare Energien. Technologie-Alternativen werden berücksichtigt. Sie werden im Hinblick auf die Eignung zur Zielerreichung bewertet. Weiterhin werden sie im Hinblick auf den mit ihnen verbundenen Umwelteingriff geprüft. Varianten, deren Kosten eine bestimmte Grenze überschreiten, können unberücksichtigt bleiben. Eine Abwägung der verbleibenden Umwelteingriffe mit dem Gewicht des Zieles, erneuerbare Energie zu erzeugen, können die Mitgliedstaaten vornehmen.

Kritisch ist anzumerken, dass eine **Bewertung des Zieles am Maßstab höherer und anderer Ziele ausgeschlossen** ist. Wenn z. B. eine Technologie zugleich Effizienz oder Suffizienz bewirkt, ist das unbeachtlich; es kommt allein auf die Steigerung der Energieerzeugung an. Weiterhin: Es wird wohl erstmals eine Kostengrenze quantifiziert. Deren Angemessenheit ist aber sehr zweifelhaft: Wenn z. B. Technologien der Kernenergie gefördert werden, können die Kosten der Endlagerung radioaktiven Abfalls leicht die 15 %-Grenze übersteigen. Dies kann dann als unbeachtlich angesehen werden. Schließlich: eine Abwägung zwischen dem Gewicht des Zieles und dem des Umwelteingriffs wird nicht vorgeschrieben. Dies dürfte dazu führen, dass der angebotenen Technologie meist der Vorrang eingeräumt wird.

644 Art 26 Abs. 5 VO (EU) 2024/1735.

