

# Martin Führ

## Widerspruchsfreies Recht im uniformen Bundesstaat?

### Zum Sonderabfallabgaben-Urteil des Bundesverfassungsgerichts

*Das Bundesverfassungsgericht hat häufig schon verfassungsrechtliche Kategorien neu bestimmt. Der Autor analysiert zwei Entscheidungen des Gerichts aus dem Bereich des Umweltrechts und kommt zu dem Ergebnis, daß sie sich zum Teil nicht im Gesetzgebungsprozeß realisieren lassen.*

*Die Red.*

In zwei Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht auf alten Pfaden juristisches Neuland betreten. Es hat den Grundsatz der »Bundestreue« umgeformt zu einer Forderung nach »Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung«. In beiden Fällen ging es um ökonomische Instrumente im Umweltrecht, nämlich um die Sonderabfallabgabengesetze einer Reihe von Bundesländern<sup>1</sup> sowie um kommunale Verpackungssteuern<sup>2</sup>. Beide scheiterten am neuentwickelten Kompetenzabgrenzungskriterium der Widerspruchsfreiheit.

Die Entscheidungen berühren das fundamentale Rationalitätspostulat des Rechts ebenso wie das Verhältnis zwischen Bund und Ländern und das Nebeneinander verschiedener Regulierungsansätze zur Bewältigung der ökologischen Herausforderung, vor der die Industriegesellschaft trotz der zweifellos erreichten umweltpolitischen Erfolge noch immer steht. Diesen Punkten soll im folgenden anhand der Entscheidung zum Sonderabfallabgabengesetz<sup>3</sup> weiter nachgegangen werden. Lediglich zu konstatieren ist das Phänomen einer verfassungsrichterlichen Neuinterpretation des immissionsschutzrechtlichen Instrumentariums, die sich über den Wortlaut des Gesetzes, die Fachgerichtsbarkeit und die einschlägige Fachdiskussion hinwegsetzt. Die oftmals geforderte Zurückhaltung des Verfassungsgerichts gegenüber den Fachgerichten mußte im Hinblick auf das angestrebte Ergebnis offenbar zurückstehen.

#### *I. Abproduktregulierung im Bundesstaat*

Wer die Rechtsordnung auf Widerspruchsfreiheit durchmustern will, bedarf eines Prüfungsmaßstabes. In den Entscheidungen zeichnet das Bundesverfassungsgericht

<sup>1</sup> BVerfG vom 7. 5. 1998 – 2 BvR 1876/91 u. a. – ZUR 1998, 144 m. Anm. Schrader (= DVBl. 1998, 702 = UPR 1998, 265 = EuGRZ 1998, 285 = DOV 1998, 647 = NJW 1998, 2346 m. Anm. Bothe, 2333 = NJ 1998, 366 m. Anm. Sendler).

<sup>2</sup> BVerfG vom 7. 5. 1998 – 2 BvR 1991 u. 2004/95 – ZUR 1998, 147 (= DVBl. 1998, 705 = UPR 1998, 260 = DOV 1998, 642 NJW 1998, 2341 = NJ 1998, 364).

<sup>3</sup> Zu der Parallelentscheidung vgl. die Besprechungen von Schrader, Sendler und Bothe (Fn. 1).

ein Bild kooperativer Abprodukt<sup>4</sup>-Verminderung auf Bundesebene, dem die landesgesetzlichen Regelungen in verfassungswidriger Weise widersprechen soll. Dieses Kooperationskonzept ist im folgenden zunächst zu skizzieren und sodann einer umfassenderen Analyse des Regelungszusammenhanges gegenüberzustellen.

### A. Kooperationskonzept als Prüfungsmaßstab

Das Gericht entwickelt seine Interpretation der Kooperationsoffenheit aus dem anlagenbezogenen Immissionsschutzrechts des Bundes in § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG und dessen prozeduraler Umsetzung. Es sieht in den Mitwirkungslasten, die den Antragsteller im Rahmen des Genehmigungsverfahrens treffen, der Beratungspflicht der Behörde<sup>5</sup> und einer – vom Gericht angenommenen – Begrenzung der behördlichen Entscheidung auf eine bloße »nachvollziehende Amtsermittlung« die Ausprägung eines Kooperationskonzeptes. Dieses übergreifende Konzept bestimme »den Maßstab, dem eine in den Anwendungsbereich des Bundes-Immissionsschutzgesetzes einwirkende Lenkungsabgabe nicht zuwiderlaufen darf«. Daran gemessen kommt das Gericht zu dem Ergebnis, daß »die Lenkungsabgaben den Vorgaben des Bundes-Immissionsschutzgesetzes widersprechen und schon deshalb insgesamt verfassungswidrig sind«. Weil die abgabenrechtliche Lenkung zusätzlich auf den Adressaten einwirke, nehme sie »den Instrumenten einer bloßen Beratung, einer Verfahrensbeschleunigung oder zukünftiger Anordnungen ihre Offenheit und einen Teil ihrer Wirkungskraft.«

Nur am Rande sei vermerkt, daß zur Begründung des vermeintlichen Kooperationskonzeptes verblüffenderweise ausgerechnet das Instrument der nachträglichen Anordnung herangezogen wird. Die Anordnung nach § 17 BImSchG ist jedoch ein klassisches hoheitliches Instrument, welches einseitige Eingriffe in die bestehende Genehmigungssituation ermöglicht.<sup>6</sup> Daß im immissionsschutzrechtlichen Industrieanlagenrecht das reine Kooperationsprinzip walte, hatte dementsprechend vor der Entscheidung aus Karlsruhe kein Umweltrechtler vertreten. Auch die vom Gericht zum Beleg herangezogene Literatur trägt diese Ansicht nicht.<sup>7</sup> Es bleibt zu hoffen, daß die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts in der weiteren umweltrechtlichen Diskussion nur in der Bedeutung gewürdigt werden, die ihnen zukommt, nämlich als eine bestreitbare Interpretation des geltenden Rechts.<sup>8</sup>

Aber selbst wenn man unterstellt, das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren sei durch und durch geprägt von einem Kooperationsprinzip, welches durch »Wahlfreiheiten« des Verursachers gekennzeichnet ist,<sup>9</sup> bleibt noch fraglich,

<sup>4</sup> So die treffende Bezeichnung für Produktionsrückstände in der Terminologie der DDR-Wirtschaft.

<sup>5</sup> Das Gericht verweist auf die Spezialvorschrift in § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV. Damit läßt sich aber ein besonderes Kooperationsverhältnis kaum begründen. Denn eine Beratungspflicht besteht generell im Rahmen von Verwaltungsverfahren. Sie ergibt sich – auch ohne Spezialregelung – aus dem allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht (§ 25 VwVfG), welches wiederum Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens zum Tragen bringt (vgl. Stelkens/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 25 Rn. 1 unter Verweis auf BVerfG E 42, 64).

<sup>6</sup> Koch, in: Koch/Scheuing (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Bundes-Immissionsschutzgesetz, 1998, § 17 Rn. 59 ff.

<sup>7</sup> Vgl. die Urteilsanmerkungen von Schrader, ZUR 1998, 152/154 und Sandler NJ 1998, 365.

<sup>8</sup> Bothe, Zulässigkeit landesrechtlicher Abfallabgaben, NJW 1998, 2333/2335.

<sup>9</sup> Dazu müßte man – contra legem – annehmen (und für die weiteren Erörterungen soll dies zunächst einmal unterstellt werden), im Bundes-Immissionsschutzgesetz stünden »ungeschrieben« Vorschriften mit in etwa folgendem Inhalt:

- § 1: Zweck des Gesetzes ist die Verwirklichung des Kooperationsprinzips, lediglich ergänzend kommen Gefahrenabwehr und Vorsorge sowie das Verursacherprinzip zur Anwendung.
- § 12: Auflagen und Nebenbestimmungen darf die Behörde nur auf Vorschlag des Antragstellers und mit dessen Einverständnis in den Genehmigungsbescheid aufnehmen.
- § 17: Nachträgliche Anordnungen darf die Behörde nur mit Zustimmung des Betreibers erlassen.

ob die Begründung der Entscheidung zu halten ist. Dies gilt für beide Seiten des vermeintlichen Widerspruchs: Hinsichtlich der Wirkungsweise der landesrechtlichen Vorschriften als auch im Hinblick auf die weiteren reststoffbezogenen Regelungen des Bundesrechts.

### *B. Verhältnis zur landesrechtlichen Abfallabgabe*

Daß die Abfallabgabe dem Immissionsschutzrecht Offenheit und Wirkungskraft nehme, begründet das Gericht wie folgt: »Die generelle Lenkung des Abgabenrechts kann nicht nach individualisierender Verhältnismäßigkeit zugemessen und auf die Besonderheiten der einzelnen Anlage abgestimmt werden. Auch erlaubt eine Abgabepflicht nicht ein Zurückstellen möglicher Sanktionen, um dem Betroffenen einen Anpassungszeitraum zu deren Vermeidung zu geben.«

In seiner weiteren Begründung stellt das Gericht vorrangig auf die »Offenheit« des Immissionsschutzrechts ab, die dem Betreiber »Wahlfreiheiten« einräume. Der ökonomische Anreiz der Abgabe widerspreche dieser Wahlfreiheit.

In welcher Weise die »Wirkungskraft« des Immissionsschutzrechts eingeschränkt wird, begründet das Gericht nicht weiter. Dies mag daran liegen, daß sich diese Aussage auch nur schwerlich belegen läßt. Denn § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG und Abfallabgabe weisen grundsätzlich in die gleiche Richtung. Gemeinsames Ziel ist die Verminderung industrieller Produktionsrückstände.

Das Gericht stellt vielmehr darauf ab, daß die abgabenbedingte finanzielle Belastung in die »Kooperationsoffenheit« eingreife und den »Investitionsspielraum auch im Hinblick auf abfallärmere Produktionsverfahren verengt«. Dabei übersieht das Gericht aber, daß die angegriffenen Abfallabgabengesetze zugleich Angebote qualifizierter Beratung und Möglichkeiten der finanziellen Förderung abfallarmer Verfahren beinhalten.<sup>10</sup> Sie nehmen damit Elemente des Kooperationsprinzips und – im Rahmen der Zumessung von Förderbeiträgen – der einzelfallbezogenen Verhältnismäßigkeitsbetrachtung auf.

Alle Unternehmen können auf die hochwertigen Beratungsressourcen der Abfallverminderungsagenturen zurückgreifen.<sup>11</sup> Eine Steigerung der Kooperationsoffenheit ist kaum vorstellbar. Und für die Vorreiter erweitert sich sogar der Investitionsspielraum. Unternehmen, die vorbildhafte Investitionen zur Abfallverminderung in Angriff nehmen – und damit der dynamischen Grundpflicht aus § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG entsprechen –, können daher absolut und im Verhältnis zu ihrer weniger innovativen Konkurrenz sogar ökonomisch vorteilhafter dastehen als ohne landesrechtliche Abfallabgabe. Zum Teil ist eine Verrechnung von abfallvermindernden Investitionen mit der Abgabepflicht möglich.<sup>12</sup>

Zudem zeigt die vorliegende empirische Analyse der praktischen Auswirkungen der Landesabfallabgabe,<sup>13</sup> daß es keinesfalls zu einer »erdrosselnden« Lenkungswirkung kam. Vielmehr verschiebt sich die Kostenrelation zwischen den Optionen »Verwer-

<sup>10</sup> Die mit der Abgabe erhobenen Mittel fließen so zu einem erheblichen Teil an die zahlungspflichtigen Verursacher zurück.

<sup>11</sup> So etwa auf die der Abfallberatungsagentur in Baden-Württemberg mit der von ihr herausgegebenen Informationszeitschrift »Der Dialog«.

<sup>12</sup> Vgl. § 11 Landesabfallabgabengesetz Schleswig-Holstein, der dies für einen Zeitraum von vier Jahren ermöglicht.

<sup>13</sup> Öko-Institut e. V., Auswirkungen der Abfallabgabe in Baden-Württemberg, 1994; Prognos AG, Auswirkungen der Erhebung der Abfallabgabe in Hessen, 1994; Fichtner GmbH, Auswirkungen der Abfallabgabe in Niedersachsen, 1995.

tung« und »Beseitigung« zugunsten der – auch durch § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG präferierten – Verwertung.<sup>14</sup> Zu verweisen ist im übrigen darauf, daß die Abfallentsorgungskosten – u. a. in der Folge der Öffnung von Mitverbrennungsmöglichkeiten bei bestimmten industriellen Prozessen<sup>15</sup> sowie durch die Entwicklung eines europäischen Entsorgungsmarktes<sup>16</sup> – im Sinken begriffen sind.

Das Gericht verweist weiter darauf, der Anlagenbetreiber werde »einen umweltschädlichen Umgang mit Abfällen vorziehen, wenn er dadurch der Abgabelast entgehen kann«. An dieser Stelle übersieht das Gericht das ergänzende Verhältnis von Ordnungsrecht und Abfallabgabe. So fordert § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG nicht etwa »irgendeine« Verwertung, sondern eine, die »ordnungsgemäß und schadlos« erfolgt. Zwar ist es richtig, daß durch die Abgabe der Anreiz gesteigert wird, statt der ordnungsgemäßen Entsorgung »graue« (oder noch dunklere) Pfade zu wählen. Dieser Anreiz, dessen ökonomische Vorteilhaftigkeit auch ohne die Abfallabgabe so hoch ist, daß er von Experten mit denen im Bereich des illegalen Handels mit Waffen oder Rauschgiften verglichen wird, beruht allerdings im wesentlichen auf den Schwächen in der ordnungsrechtlichen Definition des Abfallbegriffes im Bundesrecht.<sup>17</sup> Diese tatsächlich bestehende Schwachstelle, die im Ergebnis in klarem Widerspruch zu den abfallrechtlichen Zielen steht,<sup>18</sup> kann allerdings kaum dem Landesgesetzgeber angelastet werden.

### C. Verhältnis zur Reststoff-Regulierung des Bundes

Betrachtet man auf Bundesebene nicht allein das Immissionsschutzrecht, sondern bezieht den anlagentechnischen, ökonomischen und juristischen Gesamtzusammenhang der Entstehung und »Entsorgung« industrieller Produktionsrückstände mit ein, zeigt sich auch hier ein differenzierteres Bild: Bei industriellen Prozessen entstehen – »Wo gehobelt wird, da fallen Späne« – stoffliche Rückstände in den Aggregatzuständen gasförmig, flüssig und fest.<sup>19</sup> Je nach dem, auf welchem Weg die Rückstände die Fabrik<sup>20</sup> verlassen, greifen unterschiedliche rechtliche Regelungen ein:

– Gasförmige und »luftgängige« Rückstände werden über den Luftpfad entsorgt. Hier gelten die Pflichten aus § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BImSchG. Die Gefahrenschwelle darf nicht überschritten werden; darüber hinaus ist Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen zu treffen. Die Regulierungsdichte des Bundes-

<sup>14</sup> Vgl. Bizer/Dopfer/Ewen, Die Abgabe auf Sonderabfall in Baden-Württemberg – eine empirische Analyse, ZAU 1994, 554/559, die zudem darauf hinweisen, daß die Abfallabgabe oftmals technische und institutionelle Innovationen in den Betrieben »angestoßen« hat; u. a. wurde vielen Unternehmen erst deutlich, daß sie Abfallkosten in ihrer betrieblichen Kostenrechnung bislang nicht berücksichtigten (a. a. O., 561).

<sup>15</sup> Böhm, Abfallverbrennung in Industrieanlagen, DVBl. 1991, 242.

<sup>16</sup> Lueder, Die Angst vor dem Umweltbinnenmarkt – Der Abschied von einer binnenmarktorientierten europäischen Abfallwirtschaftspolitik?, ZUR 1994, 165.

<sup>17</sup> Vgl. Klöck, Stoffliche und energetische Verwertung im Krw-/AbfG, ZUR 1997, 117; Kunig, Der Abfallbegriff, NVwZ 1997, 209 sowie Bizer/Dopfer/Ewen (Fn. 14), 563.

<sup>18</sup> Diese Schwachstelle beruhte im übrigen – jedenfalls bis zum Erlaß des Abf-/KrwG – auch auf Mißachtung europarechtlicher Vorgaben, vgl. EuGH vom 10. 5. 1995 – Rs. C-422/92 – EuZW 1995, 614.

<sup>19</sup> Wobei durch physikalisch-chemische Maßnahmen Verschiebungen möglich sind, die z. T. gesetzlich vorgeschrieben sind (etwa im Rahmen der Abluftreinigung oder bei der Abwasserbehandlung), z. T. in der Praxis aber auch im Hinblick auf die ökonomisch-juristisch günstigste Lösung hin genutzt werden (etwa die bekannte »Entsorgung auf dem Abwasserpfad«, auch »Kanalisation« genannt, wie sie etwa nach den in Strafbefehlen niedergelegten Feststellungen der Staatsanwaltschaft von dem Werk Rheinfelden der HÜLS AG in den Jahren 1990 bis 1994 in 321 Fällen contra legem praktiziert wurde; siehe BBU-Wasserrundbrief Nr. 461 v. 5. 7. 1998).

<sup>20</sup> Dieser »untechnische« Begriff wird hier bewußt gewählt, weil mit anderen Begriffen wie »Betriebsstätte«, »Anlage« oder »Standort« jeweils spezifische juristische Bedeutungen verknüpft sind, die für die Beschreibung des hier interessierenden Sachzusammenhangs nicht förderlich sind.

rechts ist hier als relativ hoch zu bezeichnen.<sup>21</sup> Die Freiheitsgrade des Betreibers sind dementsprechend gering.

- Alles, was die Anlage nicht auf dem Luftpfad verläßt, fällt unter den Anwendungsbereich von § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG. Für die auch nach Erfüllung der daraus resultierenden Pflichten dennoch anfallenden Rückstände stehen zwei »Entsorgungspfade« zur Verfügung: der über das Abwasser und die Verwertung oder Beseitigung als Abfälle.

Die Streitgegenständlichen Sonderabfallabgaben betrafen nur den Abfallpfad. Hier verortet der Zweite Senat den mit der Verfassung unvereinbaren Widerspruch zwischen ökonomischen Lenkungseffekten und Umweltordnungsrecht.

Wie aber ist die Situation beim Wasserpfad? Die anfallenden Abwässer werden einer Abwasserbehandlungsanlage zugeführt<sup>22</sup> und dort im Hinblick auf die Einleitbedingungen behandelt. Die in der wässrigen Phase verbleibenden Produktionsrückstände finden den Weg in ein Gewässer;<sup>23</sup> dafür ist eine Abgabe nach dem Abwasserabgabengesetz zu entrichten. Auf dem Abwasserpfad entstehen dem Unternehmen damit – obwohl es die produktionsbezogenen Vorgaben des § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG erfüllt – weitere Kosten für die Rückstandsbehandlung. Vor allem aber hat der Bundesgesetzgeber sich dafür entschieden, die verbleibende »Restverschmutzung« dieses Pfades mit einer Abgabe zu belegen.

Für die Motivationslage des Regelungsadressaten, den vor Widersprüchlichkeiten zu schützen sich das Gericht zur Aufgabe gemacht hat, ist nicht allein das Immissionschutzrecht, sondern auch das Wasser- und Abfallrecht ausschlaggebend. Wer die Problemgrenzen im Hinblick auf die Sach- und Motivationslage angemessen bestimmen will, darf die Grenzen nicht bei der immissionsschutzrechtlichen »Anlage«<sup>24</sup> ziehen, sondern muß den gesamten Regelungsbereich »industrielle Produktionsrückstände«<sup>25</sup> betrachten.<sup>26</sup> Der Bundesgesetzgeber hat hier mitnichten ein reines Kooperationsmodell gewählt. Vielmehr hat er sich für den Abwasserpfad dafür entschieden, die nach Anwendung des Umweltordnungsrechts verbleibenden Rückstände mit einer Abgabe zu belegen. Selbst dann, wenn man für das Immissionschutzrecht eine reststoffbezogene »Wahlfreiheit« des Betreibers unterstellt, wird diese bundesrechtlich durch weitere Vorschriften überlagert, die auch das ökonomische Instrument der Abgabe beinhalten. Nach dem Grundsatz der »Einheit der Rechtsordnung« ist aber der gesamte Regelungszusammenhang des Bundesrechts als Prüfungsmaßstab heranzuziehen.

21 Neben mehreren Durchführungsverordnungen ist die Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft einschlagig; vgl. Roßnagel, in: GK-BImSchG § 5 Rn. 141 ff.

22 Gegebenenfalls nach einer Teilstromvorbehandlung; vgl. § 7a Abs. 1 Satz 4 WHG.

23 Die Alternative ist das Einbringen in das kommunale Kanalsystem; dann sind Abwassergebühren nach der jeweiligen Gebührensatzung zu entrichten, die wiederum anteilig die am Auslauf der kommunalen Klaranlage anfallenden Abwasserabgabe enthalten muß; vgl. dazu Bohm, Die Wirksamkeit von Umweltlenkungsabgaben – am Beispiel des Abwasserabgabengesetzes, 1990.

24 Deren Umfang alles andere als einfach zu bestimmen ist. So ist es durchaus denkbar, daß auch die Klaranlage als »Nebeneinrichtung« vom Anlagenbegriff des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG (»Betriebsstätten und sonstige ortsfeste Einrichtungen«) erfaßt wird; ebenso wie Einrichtungen zur Abwasser- oder Abfall(-vor-)behandlung (siehe Fuhr, Sanierung von Industrieanlagen, 1989, 101 ff.).

25 Daß sich die Anwendungsbereiche unterschiedlicher umweltrechtlicher Normenwerke überlagern und dementsprechend »Parallelzuständigkeiten« auftreten (Paetow, in: Kunig/Paetow/Versteyl, Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz 1998, § 40 Rn. 10 m.w.N.), ergibt sich mehr oder minder zwingend aus ihrem je spezifischem Regelungsansatz: Das Wasserrecht regelt medienbezogen die Einwirkungen auf sein Schutzgut; das Abfallrecht versucht, den Gefährdungen, die sich aus diesem »besonderem Stoff« ergeben, in den Griff zu bekommen, und das Immissionschutzrecht will als »Industrieanlagen-Zulassungsgesetz« umfassend die anlagenbezogenen Anforderungen bündeln (vgl. Fuhr, in: GK-BImSchG § 1 Rn. 167 ff.).

26 Als räumliche Grenze des unternehmerischen Verantwortungsbereiches heranzuziehen wäre der jeweilige Unternehmens-Standort (siehe Art. 2 lit. k EG-Verordnung zum Umweltmanagement, EMAS 1836/93), meist gekennzeichnet durch den Werkszaun. Dazu zählt die von dem Werksgelände ausgehende Abwasserfracht.

Stellt man auf der Grundlage dieser Ergebnisse die Regelungskonzepte und ihre Wirkungen der Bundes- und der Landesebene gegenüber, bleibt wenig übrig von dem »Schwarz-Weiß-Kontrast«, den das Bundesverfassungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. Die landesrechtlichen Regelungen sind kooperationsoffener und eröffnen mehr Investitionsfreiräume als angenommen, und im Abproduktrecht des Bundes dominiert das Kooperationsprinzip, selbst wenn man es contra legem dem Immissionsschutzrecht zugrundelegen wollte, nicht so absolut wie das Gericht meint. Vielmehr hat es der Bundesgesetzgeber selbst durch das ökonomische Instrument der Abwasserabgabe modifiziert.

#### *D. Verhaltenssteuerung durch Instrumenten-Mix*

Nach dem Ergebnis der vorstehend skizzierten Normbereichsanalyse hätte der Zweite Senat also nur die Wahl gehabt, dem Bundesgesetzgeber selbst einen Verstoß gegen das Prinzip der Widerspruchsfreiheit vorzuwerfen.<sup>27</sup> Dies verbietet sich allerdings von selbst. Denn auch das Bundesrecht ist insoweit nicht widersprüchlich. Vielmehr ist es seit langem Stand der Wirkungsforschung, daß zur Steuerung der komplexen Motivationslage der Akteure im Umweltschutz, insbesondere bei der Sonderabfallverminderung, nur ein »Instrumentenmix«<sup>28</sup> geeignet ist, die Steuerungsziele zu erreichen.<sup>29</sup> Wer dagegen ein monoinstrumentelles Regulierungsmuster zugrundelegt, muß sich den Vorwurf gefallen lassen, ein mechanistisches Bild der Verhaltenssteuerung zu pflegen, welches dem »reduktionistischen Denken« in den Naturwissenschaften<sup>30</sup> nahekommt. Die Erkenntnisse der Sozialwissenschaften über die Vielfalt verhaltensbestimmender Parameter werden dabei ignoriert. Dies ist auch aus juristischer Perspektive bedenklich, weil damit der Gesetzgeber seine Aufgabe verfehlen muß, nur mit geeigneten Instrumenten auf möglichst schonende Weise und auch nicht übermäßig in die Grundrechtsfreiheit einzugreifen.

Wer dies möglichst sachgemäß erreichen will, muß zuvor eine Analyse der tatsächlichen Situation vornehmen. Er muß nach dem Grad der Zielerreichung (bzw. nach dem Ausmaß der Defizite) fragen, muß die Handlungsbeiträge der verschiedenen Akteure einordnen und die motivationsbestimmenden Faktoren ergründen. Eine derartige »Realanalyse«<sup>31</sup> hat sich den vielgestaltigen, oftmals partiell widersprüchlichen Motivationsimpulsen der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu stellen. Sie bildet die Grundlage für eine Antwort des Rechts, die möglichst »maßgeschneidert« an die jeweilige Problem- und Handlungssituation anzupassen ist, wenn den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprochen werden soll.

27 So konstatiert das Gericht apodiktisch, die steuerliche Lenkung sei »mit der Offenheit der Handlungsmittel, die das Kooperationskonzept des Abfallgesetzes prägt, grundsätzlich unvereinbar« (in der Entscheidung zur kommunalen Verpackungssteuer, ZUR 1998, 151).

28 Der Rat der Sachverständigen für Umweltfragen (SRU) verweist in seinem Umweltgutachten 1996 (BT-Drs. 13/4108, Stuttgart 1996, Tz. 1254) darauf, daß im Bereich der Abfallpolitik die Möglichkeiten, »über das bestehende Ordnungsrecht hinaus (...) mit ökonomischen Instrumenten auf Vermeidung und Verminderung hinzuwirken, nicht ausgeschöpft« seien; vgl. das im Umweltgutachten 1998 (BT-Drs. 13/10195, Tz. 695 ff., insbesondere Tz. 723 ff.) vom SRU entwickelte »Konzept für eine künftige, stärker marktorientierte Abfallwirtschaft«. Siehe auch Ewen, Sondermüllvermeidung – Warum und wie?, Öko-Mitteilungen 2/88, 4 sowie den Vorschlag für ein Instrumentenmix bei Führ, Maßnahmen zur Sondermüllvermeidung, a.a.O., 16.

29 Vgl. Gawel, Umweltpolitik durch gemischten Instrumenteneinsatz – Allokative Effekte instrumentell diversifizierter Lenkungsstrategien für Umweltgüter, 1991. Siehe auch Hansmeyer, Marktwirtschaftliche Instrumente in der Umweltpolitik, ZfU 1988, 231 ff.

30 Vgl. Treppl, Holism and Reductionism in Ecology: Technical, Political and Ideological Implications, CNS 5 (4), 1994, 13 ff. sowie Hodyson, Economics and Evolution, 1993.

31 Denninger, Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung, JZ 1975, 545/546.

Die verschiedenen Impulse des (vermeintlich kooperativen) Ordnungsrechts sowie des Umweltabgabenrechts sind damit nicht widersprüchlich. Selbst wenn sie in Einzelfällen zu suboptimalen Ergebnissen führen sollten,<sup>32</sup> wird damit die Gesamtregulierung noch nicht derart widersprüchlich, daß ein Verstoß gegen das Rationalitätspostulat des Grundgesetzes anzunehmen ist. Zutreffend ist vielmehr das Gegenteil: Angesichts der (partiellen) Widersprüchlichkeit menschlichen Verhaltens muß sich die Rechtsordnung der daraus resultierenden Vielfalt stellen und für ihre Steuerungsimpulse in der ganzen Bandbreite berücksichtigen.<sup>33</sup>

Wenn ein Landesgesetzgeber diese Erkenntnis auf die industriellen Sonderabfälle anwendet und dabei das gleiche Instrument einführt, welches bundesrechtlich für den parallel gelagerten Abwasserpfad gültig ist, kann darin kaum ein Verstoß gegen ein Prinzip der Widerspruchsfreiheit liegen. Zwar mag man der Auffassung sein, Reststoffregulierung mittels ökonomischer Instrumente könne angesichts der Schwachstellen des Ordnungsrechts kaum mehr als ein hilfloser Steuerungsversuch sein,<sup>34</sup> dies allein begründet aber noch nicht das Verdikt der Verfassungswidrigkeit.

Als Zwischenergebnis bleibt damit festzuhalten, daß auch dann, wenn man mit dem Zweite Senat ein immissionsschutzrechtliches Kooperationskonzept zugrundelegt, das gewonnene Ergebnis nicht zu halten ist, weil das Gericht das ökonomische Instrument der Abwasserabgabe als Bestandteil der bundesrechtlichen Reststoffregulierung ohne sachlichen Grund ausgeklammert und die kooperativen und fördernden Elemente des Landesrechts nicht zur Kenntnis genommen hat.

## II. Auflösung von Widersprüchen

Nach den bisherigen Überlegungen läßt sich die zentrale Begründung für den Verfassungsverstoß nicht aufrechterhalten, da der angenommene Widerspruch zum Bundesrecht nicht besteht. Gleichwohl ist im folgenden der Frage nachzugehen, in welcher Weise das Gericht den Verfassungsverstoß dogmatisch verortet hat. Denn es besteht die Gefahr, daß sich die Argumentationsfigur der Widerspruchsfreiheit trotz fehlerhafter Anwendung bei ihrem erstmaligen Einsatz in der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung verselbständigt.

### A. Allgemeine Regeln

Die Rechtsordnung ist nicht frei von Widersprüchen. Das ist keine neue Erkenntnis. Dementsprechend sind der Rechtswissenschaft und der Gerichtspraxis eine ganze Reihe von Regeln zur »Auflösung« derartiger Widersprüche geläufig. Zu verweisen

<sup>32</sup> Dies unterstellt das Bundesverfassungsgericht, wenn es ausführt: »Die Adressaten des Steuergesetzes werden die nicht-abgabepflichtigen Verhaltensweisen bevorzugen, selbst wenn andere Formen einer Verwirklichung der Kooperationsziele ökologisch und ökonomisch sinnvoller wären und die jeweilige Verantwortung der Kooperationspartner sachgerechter in Anspruch nahmen« (ZUR 1998, 149). Siehe zu dieser Problematik bereits bei Fn. 17.

<sup>33</sup> Vgl. dazu den Überblick bei Rainer Wolf (Der ökologische Rechtsstaat als prozedurales Programm, in: Roßnagel/Neuser (Hrsg.), Reformperspektiven im Umweltrecht, Baden-Baden 1996, 57/90 ff.), der von einem »Recht der Imperfektion« spricht.

<sup>34</sup> Einige Landesgesetzgeber hatten dies bereits vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht erkannt und die Abfallabgabengesetze außer Kraft gesetzt; in Hessen allerdings in Verknüpfung mit einer Selbstverpflichtung der Wirtschaft und für einen Zeitraum von drei Jahren (vgl. das Gesetz über das befristete Nichtentstehen der Abgabe nach dem Hessischen Sonderabfallabgabengesetz vom 16. Dezember 1996, GVBl. Hessen vom 23. 12. 1996, S. 535).

ist etwa auf die klassischen Sätze »lex posterior derogat priori«<sup>35</sup> und »lex specialis derogat legi generali«<sup>36</sup>.

Soweit innerhalb des Verfassungsrechts Kollisionen auftreten, gilt es nach dem Grundsatz der Einheit der Verfassung, alle Verfassungsnormen so zu interpretieren, daß Widersprüche zu anderen Verfassungsnormen vermieden werden.<sup>37</sup> Für das Verhältnis von sich widersprechendem Bundes- und Landesrecht enthält Art. 31 GG eine einschlägige Kollisionsauflösungsregel. Daneben hat das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz »gemeinschaftsfreundlichen Verhaltens«<sup>38</sup> entwickelt, der sich sowohl an den Bundes- als auch an den Landesgesetzgeber richtet.<sup>39</sup>

### B. Begründung des Verfassungsverstößes

Das Grundgesetz enthält mit Art. 31 eine Vorschrift, deren Funktion darauf gerichtet ist, Widersprüche zwischen Bundes- und Landesrecht aufzulösen. Es hätte nahe gelegen, daß sich der Senat mit dem Normbereich dieser Vorschrift auseinandersetzt. Das Gericht befaßt sich jedoch allein mit Kompetenzfragen. Die Landesabfallgesetze sind nach der Entscheidung verfassungswidrig, »weil sie mit der bundesstaatlichen Ordnung der Gesetzgebungskompetenzen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24, 105 Abs. 2 GG) i.V. mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar sind.«<sup>40</sup>

Dieses Vorgehen ist insofern vom Ansatz her methodisch konsequent, als es auf Art. 31 GG dann nicht ankommen soll, wenn es bereits an der landesrechtlichen Gesetzgebungskompetenz mangelt.<sup>41</sup> Es fragt sich aber, ob an dem absoluten Vorrang der Kompetenzbetrachtung festzuhalten ist.

#### 1. Abgrenzung der Kompetenzen

Die Schwierigkeit der Kompetenzabgrenzung lag im vorliegenden Fall in der parallel gelagerten Sach- und Steuergesetzgebungskompetenz. Nachdem die Entscheidung klarstellt, daß es für steuerrechtliche Regelungen mit Lenkungswirkung nicht einer zur Steuergesetzgebungskompetenz hinzutretenden Sachgesetzgebungskompetenz bedarf, reicht für den Erlass der Abfallabgaben die zweifellos bestehende Steuerkompetenz der Länder aus. Von daher erscheint eine Kompetenzprüfung am Maßstab der Art. 70 ff. GG entbehrlich zu sein.<sup>42</sup> Zur Begründung der Kompetenzschranken greift das Gericht stattdessen auf die »Verpflichtung zur Beachtung bundesstaatlicher Kompetenzgrenzen und zur Ausübung der Kompetenz in wechselseitiger bundesstaatlicher Rücksichtnahme« zurück.

Der Senat ist darüber hinaus der Auffassung, diese Verpflichtung werde »durch das Rechtsstaatsprinzip in ihrem Inhalt verdeutlicht und in ihrem Anwendungsbereich

35 BVerfG E 18, 407 (Prostitution); BVerfG E 82, 149 (Absatzfonds).

36 Siehe etwa BVerfG E 92, 91 (Feuerweherschutzabgabe).

37 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, Rn. 71.

38 Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 1994 Art. 20 IV Rn. 64.

39 Vgl. BVerfG E 36, 342/368 (\*Landesgrundrechte\*).

40 BVerfG DVBl. 1998, 702.

41 So die wohl h. M. (vgl. Bernhardt/Sacksofsky, in: Bonner Kommentar, 1998, Art. 31 Rn. 91 ff.); a. A. Maunz (Fn. 38), Art. 31 Rn. 21 f.

42 Auch danach läßt sich aber eine ergänzende Gesetzgebungskompetenz der Länder zu Abfallverminderung bejahen; so BayVerfGH vom 27. 3. 1990 – Vf. 123 IX/89 –, DVBl. 1990, 692/694 und VG Stuttgart vom 8. 11. 1995 – 16 K 18980/94 –, NVwZ 1996, 614/616.

erweitert«. Das Rechtsstaatsprinzip verpflichte »alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder, die Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, daß den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen.« Der Senat sieht – ohne weitere Begründung – eine funktionale Abgrenzung im Grundgesetz verankert, nach der »der Sachgesetzgeber Verhaltenspflichten, der Steuergesetzgeber Zahlungspflichten regelt«, womit Widersprüche vermieden würden. Wenn aber der Steuergesetzgeber Lenkungswirkungen erzielen wolle, dürfe er »nur insoweit lenkend und damit mittelbar gestaltend in den Kompetenzbereich des Sachgesetzgebers übergreifen, als die Lenkung weder der Gesamtkonzeption der sachlichen Regelung noch konkreten Einzelregelungen zuwiderläuft«.

Aus diesen »rechtsstaatlichen Vorgaben« ergäben sich zugleich »Schranken der Kompetenzausübung«. Der Steuergesetzgeber dürfe »die vom Sachgesetzgeber getroffenen Entscheidungen nicht durch Lenkungsregelungen verfälschen, deren verhaltensbestimmende Wirkungen dem Regelungskonzept des Sachgesetzgebers zuwiderlaufen.« Vom Sachgesetzgeber getroffene »Regelungen« seien vom Steuergesetzgeber zu beachten. Einwirkungen des Steuerrechts seien unzulässig, »wenn dieser den steuerlich verfolgten Lenkungszweck ausgeschlossen oder gegenläufige Lenkungswirkungen oder Handlungsmittel vorgeschrieben hat.«<sup>43</sup>

In welcher Weise das Rechtsstaatsprinzip hier die Konturen der Bundestreue weiter »verdeutlicht« und »erweitert«, bleibt unklar. Aus der Sicht des Regelungsadressaten ist es unerheblich, in Wahrnehmung welcher Kompetenz der Gesetzgeber tätig wurde. Für die Verwirklichung der Grundrechte ist entscheidend, daß die Rechtsordnung an ihn keine in solcher Weise widersprüchlichen Signale sendet, daß die Wahrnehmung der grundrechtlichen Freiheit dadurch unangemessen belastet wird. Dies wäre der Fall, wenn zwei Regelungen auf ein Verhalten anzuwenden wären, aus denen sich Verhaltensanforderungen ergeben, die sich mehr als nur unbedeutend widersprechen. Für eine derartige Konstellation stellt das Grundgesetz aber mit Art. 31 eine einschlägige Kollisionsauflösungsregel bereit. In welcher Weise sich aus dem Rechtsstaatsgebot weitergehende Anforderungen an die Widerspruchsfreiheit föderalen Rechts ergeben können, sagt das Urteil nicht.

Zur Begründung verbleibt daher allein der Grundsatz bundesstaatlicher Rücksichtnahme. Dieser Grundsatz findet sich im Text der Verfassung allerdings nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat ihn in ständiger Rechtsprechung entwickelt und ist damit überwiegend auf Zustimmung gestoßen.<sup>44</sup> Auch unter den Befürwortern besteht allerdings Einigkeit darüber, daß dieser Grundsatz nur dann zur Anwendung gelangen soll, wenn geschriebenes Verfassungsrecht keinen »hinreichend justiziablen Rechtsfindungsmaßstab abgibt«<sup>45</sup>.

## 2. Widerspruchsauflösung nach Art. 31 GG

Bevor die schwer greifbaren Maßstäbe ungeschriebener Verfassungsgebote herangezogen werden, wäre demnach eine Auseinandersetzung mit dem Regelungsgehalt des Art. 31 GG erforderlich gewesen, der eine für das Verhältnis von Landesrecht zu entgegenstehendem Bundesrecht unmittelbar einschlägige Regel enthält. Dort hätte

43 BVerfG vom 7. 5. 1998 – 2 BvR 1991 u. 2004/95 –, ZUR 1998, 147/148.

44 Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 699 ff. m.w.N.; kritisch Hesse (Fn. 37), Rn. 268 ff.

45 Stern (Fn. 44), 701.

sich das Bundesverfassungsgericht auf (vergleichsweise) gesichertem dogmatischen Boden bewegt.<sup>46</sup> Es hätte insbesondere fragen müssen, ob die erste Voraussetzung für die Anwendung einer Kollisionsvorschrift erfüllt ist, ob nämlich überhaupt zwei Normen miteinander kollidieren.

Schon hier wäre das Gericht in Begründungsnot geraten. Denn das von ihm »erfundene« immissionsschutzrechtliche Kooperationsprinzip läßt sich eben nur schwerlich an Normen des Bundesrechts festmachen. Art. 31 GG setzt aber die Existenz »gültigen Bundesrechts« voraus. Daß programmatische Erklärungen der Bundesregierung in der Lage sein sollen, Landesrecht zu brechen, wird sich aber im Rahmen des Art. 31 GG schwerlich vertreten lassen (während sich unspezifische bundesstaatliche Treuepflichten damit offenbar gut auffüllen lassen). Bereits an dieser Stelle wäre die Unhaltbarkeit der richterlichen Argumentation kaum mehr zu verdecken gewesen.

Aber selbst bei Bejahung des Normcharakters des Kooperationsprinzips erscheint es fraglich, ob tatsächlich eine Kollision vorliegt. Denn dies setzt voraus, daß beide Normen auf einen Sachverhalt anwendbar sind und bei ihrer Anwendung zu verschiedenen Ergebnissen führen. Dabei liegt ein Normwiderspruch nicht bereits dann vor, wenn die eine Norm weiter geht als die andere oder hinter ihr zurückbleibt, sondern erst dann, wenn sich »unvereinbare Normbefehle gegenüberstehen«.<sup>47</sup>

Wenn es nicht mehr um vorwiegend ideologische Unvereinbarkeiten (Wahlfreiheit im Rahmen des Kooperationsprinzips versus ökonomische Zwangswirkung der Lenkungsabgabe), sondern um konkrete Rechtsfolgenanalyse geht, wird deutlich, daß sowohl die Regelung in § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG als auch die Lenkungswirkung der Abgabe grundsätzlich in die gleiche Richtung weisen, nämlich auf die Verminderung der anfallenden Rückstände. Nimmt man zudem die Steuerungswirkung der Abwasserabgabe sowie den jetzt in § 4 Abs. 1 Nr. 1 Krw-/AbfG verankerten Grundsatz des Vorrangs der Abfallvermeidung, den das Gericht in beiden Entscheidungen unerwähnt läßt, mit in den analytischen Horizont auf, ist eine noch weitergehende Übereinstimmung zwischen bundes- und landesrechtlicher Reststoffregulierung festzustellen. Die landesrechtliche Abfallabgabe wirkt daher unterstützend zum Regulierungsziel des Bundesrechts. Soweit danach eine Wahlfreiheit besteht, bleibt diese grundsätzlich auch beim Bestehen der Abgabepflicht erhalten. Der dadurch vermittelte (negative) ökonomische Impuls tritt lediglich zu den bereits bestehenden Kostenfaktoren hinzu. Die aus dem Abgabenaufkommen finanzierten ergänzenden Instrumente der Beratung und Förderung wenden diesen Impuls (positiv) in Richtung auf das gemeinsame Steuerungsziel.

Nach alledem wäre eine Kollisionslage nach Art. 31 GG nicht zu begründen gewesen. Wenn aber im Anwendungsbereich der Norm, deren originäre Funktion es ist, »die Widerspruchsfreiheit der Teilrechtsordnungen im Bundesstaat zu sichern«,<sup>48</sup> nach den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Auslegungsregeln eine Kollisionslage zu verneinen ist, verbietet es der Grundsatz der Einheit der Verfassung ebenso wie der verfassungsinterpretatorische Maßstab funktioneller Richtigkeit,<sup>49</sup> ergänzend auf das richterrechtliche Treueprinzip zurückzugreifen und damit im Ergebnis die Verteilung legislativer Staatsfunktionen zwischen Bund und Ländern zu verschieben.

46 Vgl. BVerfG E 36, 342/363 (Landesgrundrechte); Bernhardt/Sacksofsky (Fn. 41), Rn. 53 ff.

47 Pietzcker, Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat, HStR IV, 1990, § 99 Rn. 34.

48 Pietzcker (Fn. 47), § 99 Rn. 25; vgl. auch Bothe, in: Alternativkommentar zum GG, 1989, Art. 70 Rn. 24.

49 Hesse (Fn. 37), Rn. 73.

Das Vorgehen der Entscheidung verwundert aber noch aus einem weiteren Grund. Das Bundesverfassungsgericht nimmt in seiner bisherigen Rechtsprechung einen Verstoß gegen Bundestreue dann an, wenn eine Seite die ihr zustehenden Rechte »offenbar mißbraucht«. Darin wurde zu Recht die Ausformung eines allgemeinen Mißbrauchsverbots gesehen.<sup>50</sup>

In der vorliegenden Entscheidung wird das Mißbrauchskriterium auf die formale Feststellung eines Widerspruchs reduziert. Damit wird der Gestaltungsspielraum der Länder im föderalen System massiv eingeschränkt. Das Grundgesetz nimmt aber im Rahmen der Länderzuständigkeit unterschiedliche Regelungen bewußt in Kauf; es kennt – über Art. 31 GG hinaus – keinen Zwang zur Unitarität.<sup>51</sup> Gefordert ist lediglich ein »Mindestmaß an Homogenität«.<sup>52</sup>

Wenn der Zweite Senat bei der Bestimmung der Kompetenzgrenzen das Kriterium der Widerspruchsfreiheit in dieser Form heranzieht, ergibt sich daraus eine weitreichende, beliebig zu erweiternde Kompetenzbegrenzung. Jedwede konkurrierende Landesgesetzgebung, die sich nicht vollständig in der Ausführung bundesrechtlicher Vorgaben erschöpft, steht unter dem Damoklesschwert der ex-tunc-Nichtigkeit, mit weitreichenden Restitutionsfolgen. Daraus resultiert ein starker Druck in Richtung auf bundesstaatliche Uniformität; ein Ergebnis, welches im Text der Verfassung nicht enthalten ist und dem föderalen Verständnis des Grundgesetzes widerspricht. Geht es nicht um Uniformität, sondern um Homogenität, dann ist innerhalb einer gewissen Spannweite durchaus eine lebendige Vielfalt zu ermöglichen. Dies gilt nicht allein für das Landesverfassungsrecht (Art. 28 Abs. 1 GG),<sup>53</sup> sondern grundsätzlich auch für das einfache Landesrecht. Hier sind im Einzelfall die Kollisionslagen zu analysieren, wobei sich aus dem föderalen Grundsatz des »gemeinschaftsfreundlichen Verhaltens« durchaus auch eine landesfreundliche Auslegung des Bundesrechts ergeben kann. Das auf europäischer Ebene oftmals eingeforderte Subsidiaritätsprinzip könnte sich im Bund-Länder-Verhältnis bewähren: Von den »unteren Ebenen« sind aufgrund ihrer Problemnähe innovative Impulse zu erwarten, die dann die bundesrechtliche Entwicklung bereichern können. Dies läßt sich gerade für den Bereich des Abfallrechts demonstrieren. Die rechtspolitische Entwicklung war hier von einem Prozeß wechselseitiger Befruchtung gekennzeichnet. Eine ganze Reihe von Bestimmungen des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes gehen zurück auf Vorbilder in fortschrittlichen Landesabfallgesetzen.<sup>54</sup>

Die Anwendung einer Forderung nach abstrakter Widerspruchsfreiheit schränkt damit auch die Lern- und Anpassungsfähigkeit des Rechtssystems ein. Problemnah entwickelte Lösungen haben es schwerer, sich »im kleinen« zu bewähren, um dann von der höheren Ebene aufgegriffen zu werden.

<sup>50</sup> BVerfG E 61, 149/205 (Staatshaftung); Herzog (Fn. 38), Art. 19 IV Rn. 63.

<sup>51</sup> Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz, 1994, Art. 70 Rn. 55.

<sup>52</sup> BVerfG E 36, 342/361 (»Landesgrundrechte«). Vgl. dazu auch Denninger, Zum Verhältnis von Landesverfassung und Bundesrecht, in: Eichel/Möller, FS 50 Jahre Verfassung des Landes Hessen, Wiesbaden 1997, 343/349 ff.

<sup>53</sup> Denninger (Fn. 52), 352 f.

<sup>54</sup> Solche Vorbilder finden sich etwa den Landesabfallgesetzen in Sachsen und Nordrhein-Westfalen sowie in dem – infolge des Volksbegehrens »Das bessere Müllkonzept« – zweimal novellierten bayerischen Landesabfallgesetz.

Die Forderung nach Widerspruchsfreiheit des Rechts erinnert an die ältere Forderung nach Systemgerechtigkeit, erscheint jetzt allerdings in neuem, weiter geschnittenen Gewande. Obwohl bereits fraglich ist, was unter Systemgerechtigkeit zu verstehen ist, zog das Bundesverfassungsgericht den Begriff in einer Reihe von Entscheidungen zur Prüfung heran.<sup>55</sup> An anderer Stelle stellt das Gericht dagegen fest: »Der Gedanke der ›Systemgerechtigkeit‹ und organisatorischer Reinheit, der im übrigen auch bisher nicht ausnahmslos verwirklicht worden war (vgl. § 368n Abs. 2 Satz 3 RVO), stellt keinen selbstständigen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab dar.«<sup>56</sup>

Zutreffend dürfte daher sein, in dem Gedanken der Systemgerechtigkeit lediglich ein methodisches Hilfsmittel im Rahmen der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes zu sehen. Bei der Frage, ob das Verbot willkürlicher Differenzierung oder Gleichsetzung verletzt ist, sei die angegriffene Regelung »der Gesamtkonzeption des Regelungssystems«, dem sie angehört, gegenüberzustellen. Trete dabei ein »innerer Widerspruch« zu Tage, so liege darin ein Indiz für eine Verletzung des Gleichheitssatzes.<sup>57</sup> Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts formuliert noch vorsichtiger und ist der Auffassung, eine Systemwidrigkeit könne »allenfalls« einen Gleichheitsverstoß indizieren.<sup>58</sup> Deutlich wird damit, daß es nicht auf eine abstrakte Systemgerechtigkeit als solche ankommt, sondern im konkreten Fall ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu prüfen ist.

In die gleiche Richtung weist auch die verwandte Forderung nach »Folgerichtigkeit«, die ebenfalls im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 angesiedelt wird.<sup>59</sup> Gemeint ist damit, daß jede Regelung auf ihr rechtliches Umfeld abzustimmen ist, wobei Widersprüche zu rechtlichen Vorgaben zu vermeiden und vorgegebene Rechtsgedanken weiterzuführen sind.<sup>60</sup> Offen ist dabei allerdings, wie im Einzelfall die Grenzen des »Umfeldes« auszuwählen und abzugrenzen sind<sup>61</sup> und wie zwischen determinierenden »Grundwertungen« und daran auszurichtenden »Folgewertungen« zu differenzieren ist.<sup>62</sup> Zusätzlich ist zu fragen, wie der Maßstab hinreichender Folgerichtigkeit zu bestimmen ist bzw. wie sich Abweichungen rechtfertigen lassen. Nach neuerer Rechtsprechung sollen dafür bereits »plausible« oder »hinreichende« Gründe ausreichen.<sup>63</sup> Im Ergebnis handelt es sich damit um eine Forderung nach Wertungs- und Begründungsrationalität im Rahmen der Prüfung des Gleichheitsgrundsatzes.

Demgegenüber greift die Forderung nach Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung deutlich weiter. Im allgegenwärtigen Rechtsstaatsprinzip verortet, ist ihr Anwendungsbereich unbegrenzt. Und die Forderung selbst erscheint grundsätzlich unbeding, wenn den Rechtsadressaten keine widersprüchlichen Signale erreichen dürfen. Das Gericht überschreitet damit die dogmatischen Einschränkungen, die den Kriterien der Systemgerechtigkeit und der Folgerichtigkeit auferlegt wurden und eröffnet der Jurisdiktion weitreichende Kassationsmöglichkeiten.

55 Vgl. etwa BVerfG E 76, 256/336 f. (Doppelsonnenschein), wo das Gericht positiv feststellt, die Sach- und Systemgerechtigkeit sei gegeben.

56 BVerfG vom 8. 12. 82 – 2 BvL 12/79 – E 62, 354/370 (Heilfürsorge für Beamte).

57 Hesse (Fn. 37), Rn. 439. Nicht gesagt ist dabei allerdings, wie die Grenzen des »Regelungssystems« zu bestimmen, anhand welcher Kriterien die »Gesamtkonzeption« zu ermitteln und ab welchem Grad der Abweichung von einem »inneren Widerspruch« zu sprechen ist.

58 BVerfG E 81, 156/207 (§ 128 AFG).

59 BVerfG E 84, 239/271 (Beststeuerung der Zinserträge).

60 Vgl. Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitssatz, HStR V, 1992, § 124, Rn. 205 ff. u. 222 ff.

61 Das Bundesverfassungsgericht bemüht sich in diesem Zusammenhang, jeweils das gesamte relevante »Normengeflecht« in den Blick zu nehmen; vgl. BVerfGE 82, 60/84 (Kindergeld).

62 Osterloh, in: Sachs, Grundgesetz, München 1996, Art. 3 Rn. 98 ff. m.w.N.

63 BVerfGE 81, 156/207 (§ 128 AFG); vgl. Osterloh (Fn. 62), Rn. 100.

Die möglichen Konsequenzen des Kriteriums der Widerspruchsfreiheit für das politisch von verschiedenen Seiten diskutierte Vorhaben einer sog. »ökologischen Steuerreform« (gemeint ist in der Regel ein stärkere Besteuerung von Energie) sind nicht leicht zu bestimmen. Ausdrückliche Aussagen – und sei es in Form von obiter dicta – zu den im Zusammenhang mit einer Energiesteuer zu beantwortenden Verfassungsfragen<sup>64</sup> lassen sich dem Urteil nicht entnehmen.<sup>65</sup>

Wenn im Bund eine »Ökologische Steuerreform« verabschiedet wird, kann es zu Widersprüchen zu – anderem – Bundesrecht sowie zum Landesrecht kommen.

Innerhalb des Bundesrechts ist es dem Gesetzgeber – selbst dann, wenn er bislang auf dem Feld der Energiepolitik eine bestimmte (de facto ebenfalls von einem »Instrumenten-Mix« gekennzeichnete<sup>66</sup>) Konzeption verfolgt hat, grundsätzlich möglich, sein Regulierungskonzept zu ändern. Der Gesetzgeber kann dabei auch bestehende Rechtspositionen umgestalten. Bei den in Rede stehenden Freiheitsrechten (vor allem aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG) nimmt die Schutzintensität mit zunehmender Entfernung von der Verwirklichung individueller, personeller Freiheit und stärkerem Sozialbezug ab.<sup>67</sup> Gegebenenfalls muß er für besonders gelagerte Einzelfälle aus Gründen des Vertrauensschutzes Übergangsregeln vorsehen.<sup>68</sup> Der materielle Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist bei wirtschaftslenkenden Gesetzen anerkanntermaßen weit.

Ob und inwieweit der Gesetzgeber verpflichtet ist, Regelungen mit gegenläufigen Motivationsimpulsen bei einer Neuregelung einander anzugleichen, läßt sich den Urteilen nicht entnehmen, da diese Frage nicht zur Entscheidung stand. Nimmt man die beiden Entscheidungen zum Maßstab richterlicher Findigkeit, so dürfte es nicht schwerfallen, bei der Fülle bundesrechtlicher Vorschriften an der einen oder anderen Stelle Widersprüche aufzuspüren. Auch der Fundus möglicher Prinzipien, die sich dogmatisch überhöhen lassen, dürfte noch nicht erschöpft sein. Dementsprechend besteht die Gefahr, daß die Verfassungsrichter sich erneut der Forderung nach Widerspruchsfreiheit bedienen. Die Möglichkeit, das Prinzip der Widerspruchsfreiheit bei dieser Gelegenheit wieder zum Einsatz zu bringen, hat sich das Bundesverfassungsgericht jedenfalls eröffnet. Ein wirklicher Bedarf für den Einsatz des »Jokers« ist aber nicht festzustellen: Sollten nach der Verabschiedung eines »Ökosteuergesetzes« Widersprüche zu bestehenden Vorschriften des Bundes sichtbar werden, sind diese unter Anwendung der klassischen Interpretations- und Kollisionsregeln zu lösen. Eines ergänzenden Rückgriffs auf ein Prinzip der Widerspruchsfreiheit bedarf es dazu nicht.

Widersprüche können allerdings auch im Verhältnis zum Landesrecht auftauchen. Da die »Bundestreue« wechselseitige bundesstaatliche Rücksichtnahme verlangt, ließen sich richterrechtliche Kompetenzschränken grundsätzlich auch zugunsten der Länder errichten. Der Bund verfügt aber zweifellos sowohl über Sach- als auch über die Steuergesetzgebungskompetenz und ist auch in der Lage, sich im Bereich konkurrierender Gesetzgebung gegen entgegenstehendes Recht der Länder durchzusetzen,

64 Vgl. etwa Kloepfer, FS Hansmeyer, 1994, 161 sowie Arndt, ZRP 1996, 176 ff.

65 Daraus leitet Meßerschmidt (Ökonomisch rationale Umweltpolitik – rechtswidrig?, in: Gawel/Lubbe-Wolff, Rationale Umweltpolitik – Rationales Umweltrecht, i.V.) die Vermutung ab, die Einstimmigkeit der Entscheidung sei auf eben diese »Enthaltbarkeit« zurückzuführen.

66 Man denke nur an die Instrumente der Anzeige und der Preisaufsicht im Energiewirtschaftsrecht, die bereits bestehende Besteuerung von Energieträgern sowie an die gesetzlich garantierte Einspeisevergütung für Strom aus regenerativen Quellen im Stromeinspeisungsgesetz.

67 BVerfGE 50, 290/340 ff. (Mitbestimmung).

68 Vgl. Roller, Genehmigungsaufhebung und Entschädigung im Atomrecht, 1994, 325 ff. m.w.N.

wobei die Rechte der Länder über die Beteiligung des Bundesrates in den Gesetzgebungsprozeß eingebracht werden. Einer gegen den Bund gerichteten Anwendung des Prinzips der Widerspruchsfreiheit dürften daher zu viele juristische Hürden entgegenstehen. Zudem ist die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts überwiegend bundesfreundlich.

Die föderale Komponente der Forderung nach Widerspruchsfreiheit dürfte daher für eine ökologische Steuerreform auf Bundesebene kaum Bedeutung erlangen. Und auch mögliche Widersprüche innerhalb des Bundesrechts müßten sich auf »klassischem« Wege lösen lassen.

### V. Fazit

Das generelle Ziel, Widersprüche in der Rechtsordnung nach Möglichkeit zu vermeiden, dürfte allgemeine Zustimmung finden. Da das Recht von Menschen für Menschen gemacht wird, kann es aber kein vollständig widerspruchsfreies Recht geben. Die klassischen *lex posterior-* und *lex specialis-*Regeln, aber auch Art. 31 GG erlauben es der Rechtsordnung, die unvermeidlich auftretenden Widersprüche aufzulösen.

Dagegen ist das Kriterium abstrakter Widerspruchsfreiheit, verstanden als harte Klippe verfassungsgerichtlicher Prüfung (mithin als ein rechtssatzförmiges Prinzip mit Normcharakter) unangemessen und verlangt vom Gesetzgeber etwas, was zu erfüllen er angesichts der Widersprüchlichkeit der menschlichen Existenz und der durch den Menschen geschaffenen gesellschaftlichen Realität schlechterdings nicht in der Lage ist. Darin liegt ein Verstoß gegen Grundgedanken des Rechts, wie sie auch im »*ultra posse nemo obligatur*« ausgedrückt sind.

Bemerkenswert an den Entscheidungen ist die Konstruktion einer Kompetenzzuschranke, die das Gericht aus dem Prinzip wechselseitiger bundesstaatlicher Rücksichtnahme ableitet, durch Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip zu stärken versucht und an den einschlägigen Verfassungsbestimmungen vorbei zu einem Kriterium der Widerspruchsfreiheit weiterentwickelt. Ob Widersprüche vorliegen, wird dann nicht etwa an konkreten Normen und deren Rechtsfolgen geprüft, sondern anhand eines nirgendwo klar definierten umweltrechtlichen »Prinzips«. Dabei erweist sich die Analyse des maßgeblichen Normengeflechts durch das Bundesverfassungsgericht als oberflächlich und zudem gekennzeichnet von sachfremder Verengung des Betrachtungshorizontes; ein Vorgehen, welches offenbar geprägt ist von grundsätzlichen Vorbehalten gegen einzelne Instrumente und sich mit den Regeln der juristischen Kunst nicht mehr vereinbaren läßt.

Aber wer als Verfassungsrichter nur noch den »bestirnten Himmel« über sich weiß, mag sich entsprechend frei fühlen. Kant allerdings erfüllten bei dieser Vorstellung »Bewunderung und Ehrfurcht«; er spürte einen Drang zur »Nachforschung«. Für den Fall, daß es an letzterem mangelt, warnte er vor einer Weltbetrachtung als »Sterndeutung«. <sup>69</sup> Diese Gefahr scheint sich in den Entscheidungen realisiert zu haben: Das Gericht versucht sich in einer Verfassungsinterpretation unter Orientierung am vermeintlichen Fixstern der Widerspruchsfreiheit.

Verstünde die richterliche Zunft dieses Vorgehen als »interpretatorischen Imperativ«, stünde es schlecht um den deutschen Rechtsstaat. Umfassend angewandt, stünden damit weite Teile der Rechtsordnung zur Disposition. So elementare Grundsätze wie

69 Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, (Hrsg. Weischedel) 1968, 300f. (Akademieausgabe, 289).

die Gewaltenteilung und die Rechtssicherheit blieben auf der Strecke. Denn mit ähnlich tragfähiger Begründung, wie sie die Bundesverfassungsrichter für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren entwerfen, ließe sich etwa auch behaupten, die Strafprozeßordnung und insbesondere die Hauptverhandlung seien vom Kooperationsprinzip bestimmt. Gibt es nicht – zusätzlich zu den Vorschriften §§ 153a, 266 StPO – eine Vielzahl von Veröffentlichungen zum »Deal« im Strafprozeß, die klassische Form der prozessualen Kooperation?<sup>70</sup> Und wird nicht die damit zum Prinzip zu erhebende »Wahlfreiheit« des Angeklagten durch die Möglichkeit des einseitig durch das Gericht auszusprechenden Strafurteils, welches gar ökonomisch lenkende Geldstrafen umfassen kann, in unvereinbarer Weise eingeschränkt? Man darf gespannt sein, welche Widersprüche sich durch prinzipiengeleitete interpretatorische Aufladungen in die Rechtsordnung hineinlesen lassen und welche Lösungen die verfassungsrichterliche Kreativität dafür bereit hält. Der »kassatorische Joker« im Gewande der im Rechtsstaatsprinzip verorteten Forderung nach Widerspruchsfreiheit eröffnet jedenfalls ungeahnte Möglichkeiten.

Wenn eine derart problematische und angreifbare Entscheidung gleichwohl einstimmig ergeht, muß es dafür tiefere Gründe geben, die über die juristische und politische Opportunität verfassungsrichterlicher Abstimmungsmotive hinausweisen und eher sozialpsychologisch zu verorten sein dürften. Möglicherweise spiegelt sich hier der tiefsetzende Konflikt zwischen Ökonomen und Juristen. Wer die Entwicklung des Disputes über die angemessenen umweltpolitischen Steuerungsinstrumente Revue passieren läßt,<sup>71</sup> dem drängt sich der Eindruck auf, beide Seiten fühlten sich getragen von dem Gefühl einer kämpferischen, ja fast schon kriegerischen Auseinandersetzung.<sup>72</sup> Die Juristen spüren die beharrlichen Angriffe der Ökonomen und wähen sich offenbar in einer Art »Belagerungszustand«.<sup>73</sup> Die Besatzung einer belagerten Festung muß aber interne Differenzen zurückstellen. Wenn es gegen die Ökonomen geht, kommt es auf die feinen (partei- und rechts-)politischen Unterschiede nicht mehr an. Dann kennt das höchste deutsche Gericht nur noch Juristen,<sup>74</sup> die gegen die vor den Toren lauenden Ökonomen und deren zweifelhafte Instrumente zusammenstehen müssen.

Ob die Verteidigungsstrategie der Juristen aber auf Dauer zu halten sein wird, ist mehr als fraglich. Daß eine marktwirtschaftlich dominierte Gesellschaft sich zur Bewältigung ihrer Zukunftsaufgaben auch verstärkt marktanaloger Instrumente<sup>75</sup> zu bedienen hat,<sup>76</sup> wird sich nicht auf Dauer leugnen lassen.

70 Vgl. etwa Nestler-Tremel, Der »deal« aus der Sicht des Beschuldigten, KJ 1989, 448 m.w.N.

71 Vgl. Kirchhof, P., Mit Steuern gegen Qualm und Gifte, FAZ Nr. 82 vom 9. 4. 1994, 11; Köck, Umweltökonomie, Umweltpolitik und Umweltrecht, in: Roßnagel/Neuser (Fn. 33), 141 ff., sowie die Beiträge in Gawel/Lübbe-Wolff (Fn. 65).

72 W. Lübke (Eine ratio – viele Rationalitäten?, in: Gawel/Lübbe-Wolff, Fn. 65) bemerkt dazu: »Disziplinengrenzen haben oft den Charakter von Frontlinien. Man zieht sich hinter sie zurück, weil jenseits das Feuer zu heftig ist – und nicht, weil man alle Ansprüche auf Landgewinn aufgegeben hätte.«

73 Beispielhaft seien genannt Gawel/Ewringmann, StuW 1994, 295 sowie Arndt (Fn. 64), 183.

74 Bothe (NJW 1998, 2333/2334) weist zu Recht darauf hin, das Urteil nehme – anders als jenes zum Wasserpfeffig (BVerfGE 93, 319/340) – »ganze Bibliotheken von Umweltökonomie in souveräner Weise nicht zur Kenntnis«. Dies überrascht, da in beiden Fällen der Zweite Senat zuständig war. Allerdings wirkte an der Bundesverfassungsrichter Kirchhof an der Wasserpfeffig-Entscheidung befangenheitsbedingt nicht mit, da er vor seiner Amtszeit ein zugrundeliegendes Landesgesetz verfassungsrechtlich (positiv) begutachtet hatte (BVerfGE 82, 30).

75 Dies gilt im übrigen nicht nur für die Bewältigung der Zielkonflikte in den Bereichen Abfall und Energie, sondern auch in anderen Handlungsfeldern; vgl. etwa Bizer, K., Marktanaloge Instrumente im Natur- und Landschaftsschutz, 1997 sowie die Empfehlungen des Rates der Sachverständigen für Umweltfragen im Umweltgutachten 1998 (Fn. 28) und im Sondergutachten »Flächendeckend wirksamer Grundwasserschutz«.

76 Wobei selbstverständlich auch das Ordnungsrecht die Rahmenbedingungen des Marktes ganz wesentlich mit bestimmt.