

# Rainer Wolf

## Das Bundesverfassungsgericht – Hüter der Umwelt?

### *I. Zwei alternative Konzepte politischer Steuerung und rechtlicher Kontrolle: Umweltrecht zwischen Ergebnisorientierung und Prozeduralisierung*

Umweltschutz findet heute zumindest in rhetorischen Beschwichtigungsformeln »als Schicksalsaufgabe des modernen Staates«<sup>1</sup> allgemeine Aufmerksamkeit. Gleichwohl fehlt eine verfassungsrechtliche Justierung eines ökologischen Überlebensprogrammes im Grundgesetz. Die legiferenda scheint ein Grundrecht auf menschenwürdige Umwelt nach den anfänglichen Ambitionen der sozial-liberalen Koalition in den frühen siebziger Jahren mittlerweile ohne Chancen zu sein.<sup>2</sup> Hingegen ist die Einfügung einer neuen Staatszielbestimmung »Umweltschutz« inzwischen fast schon zum verfassungspolitischen Markenzeichen konservativer Umweltpolitik avanciert, dem die Opposition kaum mehr entgegenzusetzen vermag als den Anspruch, diese Position bereits von Anfang an vertreten zu haben. Die dahinterstehende politische Intention ist leicht auszumachen. Während ein Umweltgrundrecht eine von den Gerichten nur schwer zu bewältigende Anspruchslawine auf bisher versäumte Maßnahmen zum Schutz der Umwelt auslösen müßte, verspricht eine für das System des Individualrechtsschutzes weit weniger folgenreiche Staatszielbestimmung vor allem einen legitimatorischen Effekt.<sup>3</sup>

Im Zusammenhang mit diesen verfassungsinnovativen Aktivitäten der politischen Parteien erscheint die hier zu konstatiereende Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts bemerkenswert. Ist es doch seit mehreren Jahren in die umweltpolitische Kontroverse und ihre rechtsförmigen Muster der Konfliktbearbeitung involviert, ohne die Normierung eines Umweltgrundrechts oder einer umweltschützenden Staatszielbestimmung für verfassungsrechtlich erforderlich zu erklären.<sup>4</sup> Vielmehr entwickelt es seine Rechtsprechung zum Umweltschutz aus seiner allgemeinen Verfassungsrechtsdogmatik heraus.

Daß der Verfassungsgesetzgeber im Ansatz des Bundesverfassungsgerichts für die

<sup>1</sup> R. Breuer, Umweltschutzrecht, in: v. Münch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 6. Aufl. Berlin-New York 1982, S. 644.

<sup>2</sup> Vgl. Umweltprogramm der Bundesregierung von 1971, BT-Drs VI/2710; Die Freiburger Thesen der Liberalen, Reinbek 1972, S. 109 ff.; Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen, ZRP 72, 76; Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 1976, Rdn. 634 ff.; zum derzeitigen Meinungsgesetz vgl. Sendler, UPR 81, 3; Benda, UPR 82, 244; Breuer, a. a. O.

<sup>3</sup> Wie die politische Wissenschaft hinreichend belegt hat, ist die Präferenz für »symbolic use of politics« (vgl. dazu Murray Edelman, Politik als Ritual. Die symbolischen Funktionen staatlicher Institutionen und politischen Handelns. Frankfurt 1976, S. 22 ff.) immer dann zu beobachten, wenn reale Veränderungen auf starken Widerstand stoßen würden. Dies ist auch in Bezug auf die neueste Diskussion über die Änderung von Landesverfassungen und des Grundgesetzes festzustellen (vgl. dazu *Der Spiegel*, 28/1984). Wollte man wirklich die rechtliche Kontrolldichte erhöhen, wäre die Einführung der Verbandsklage wohl das tauglichere Mittel als eine Verfassungsänderung.

<sup>4</sup> Vgl. dazu Sendler, a. a. O.

rechtlichen Grundlagen der Umweltpolitik nicht gefordert ist, läßt den Schluß zu, die vom Bundesverfassungsgericht ausgeübten Funktionen der politischen Steuerung und Kontrolle im Integral der *suprema potestas*<sup>5</sup> seien mittlerweile so unangreifbar, daß sie von einem neuen verfassungsreformatorischen Verrechtlichungsschub keinen wesentlichen politischen Zugewinn erwarten könnten. Somit dokumentiert gerade die ohne formelle verfassungsmäßige Institutionalisierung des Umweltschutzes ausgeübte Judikatur des Bundesverfassungsgerichts den Spielraum seiner politischen Gestaltungsmacht.

Vier Entscheidungen haben hier besondere Beachtung verdient<sup>6</sup>:

- (1) Der »Kalkar-Beschluß« zum »Schnellen Brüter« vom 8. 8. 1978 (BVerfGE 49, 89 ff.)
- (2) Der »Mülheim-Kärlich-Beschluß« vom 20. 12. 1979 (BVerfGE 53, 30 ff.)
- (3) Der »Fluglärm-Beschluß« zum Flughafen Düsseldorf-Lohausen vom 14. 1. 1981 (BVerfGE 56, 54 ff.)
- (4) Der »Naßauskiesungs-Beschluß« zum Wasserhaushaltrecht vom 15. 7. 1981 (BVerfGE 58, 300 ff.)

Im folgenden wird untersucht, auf welche verfassungsrechtlichen Konfliktkonstellationen sich die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts beziehen und mit welchen normativen Leitbildern die Lösungsversuche der Rechtsprechung operieren. Obwohl der Umweltschutz im Zentrum der politischen Aufmerksamkeit liegt, zeigt bereits die prozessuale Ausgangsposition – Verfassungsbeschwerden und Vorlagebeschlüsse –, daß hier vor dem Verfassungsgericht kein Konflikt zwischen den dominierenden Machtträgern des politischen Systems ausgetragen wird. Vielmehr scheint das Bundesverfassungsgericht einmal mehr als »Superrevisionsinstanz« angerufen zu werden, um Konsistenzprobleme der Verrechtlichung des Umweltschutzes und die Akzeptanzprobleme bereits justitiierter Konfliktentscheidungen zu lösen. Damit wird deutlich, wo die politische Konfrontationslinie verläuft, über die das Gericht zu befinden hat. Es geht um die Kritik, die von der Peripherie des politischen Systems durch Bürger, die mit den tradierten Lösungsmustern der Programmentwicklung und Implementation des Umweltschutzes nicht mehr zufrieden sind, artikuliert wird, während die Grundstrukturen der Umweltpolitik im Zentrum der politischen Herrschaft unter Parteien, Regierungen und Behörden weithin unbestritten sind.

Angerufen zur Kompensation der selektiven Problem- und Interessenberücksichtigungsmuster der dominierenden Machtkoalition kann sich das Bundesverfassungsgericht an zwei begrifflich zu unterscheidenden Kontrollmodellen orientieren. Den Ansprüchen der deutschen Rechtsstaatsentwicklung entsprechend liegt ein Schwerpunkt der justizförmigen Kontrolle politisch-administrativen Handelns in materiell-rechtlichen Richtigkeitserwägungen, die sich primär auf das Ergebnis der jeweiligen Entscheidungen beziehen<sup>7</sup>. Dem entspricht die Lehre zu den im Umweltrecht so zentralen unbestimmten Rechtsbegriffen, nach der die juristische Operationalisierung von gesetzlichen Blankettsformeln wie »Gefahr« (§ 5 Nr. 1 BImSchG), »Vorsorge« (§ 5 Nr. 2 BImSchG und § 7 II Nr. 3 AtG), »allgemein anerkannte Regeln der

<sup>5</sup> Vgl. zur politikwissenschaftlichen Analyse Otwin Massing, Das Bundesverfassungsgericht als Instrument sozialer Kontrolle, in: Mehdi Tohidipur (Hrsg.), Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Poliük, Frankfurt/Main 1976, S. 30 (38 f.).

<sup>6</sup> Damit ist jedoch das Arsenal der umweltrelevanten Entscheidungen des Gerichts noch nicht erschöpft. Neben den späteren Judikaten zum atomaren Genehmigungsrecht (BVerfGE 61, 82 ff.) liegen den allerdings primär im enteignungs- und planungsrechtlichen Kontext ergangenen Entscheidungen zur »Hamburger U-Bahn« (BVerfGE 45, 297 ff.) und zur »Bad Dürkheimer Gondelbahn« (BVerfGE 56, 248 ff.) wichtige umweltpolitische Problemlösungen zugrunde.

<sup>7</sup> Vgl. dazu F. W. Scharpf, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, Tübingen 1970.

Technik« (§ 7a WHG), »Stand der Technik« (§ 5 Nr. 2 BImSchG) oder »Stand von Wissenschaft und Technik« (§ 7 II Nr. 3 AtG) nur *eine* rechtlich zutreffende Entscheidung ermöglicht. Dieser essentialistische Rechtsbegriff verlangt nach einer aus dem Recht definitiv ableitbaren Entscheidung über die Fragen:

- Wie sicher ist sicher genug?
- Welche umweltpolitischen Grenzwertbestimmungen ergeben sich aus dem Schutzzweck des Gesetzes?
- Welche umweltgefährdenden Handlungen sind grundsätzlich zu unterbinden?

Dem entspricht ein verbreiteter Politikbegriff, der gleichfalls allein auf Inhalte fixiert ist. Wie unpolitisch solche Auffassungen sind, zeigt sich darin, daß sich hier die Sichtweisen von fetischisierten ökonomischen und ökologischen Positionen treffen. Für die einen ist die Umweltpolitik durch die Kalküle volkswirtschaftlicher Rationalitätsberechnungen bestimmbar, für die anderen gibt die Integrität ökologischer Kreisläufe die unabänderliche Marschzahl für die Umweltpolitik vor. Zu Recht konstatiert ein kritischer Beobachter umweltpolitischer Grenzwertkonzepte für beide kontroversen Standpunkte ein geheimes Einverständnis: »for both of them, the important thing is outcome, not process; both are interested in the decisions that are made, not how they are made<sup>8</sup>.

Damit ist das alternative Kontrollmodell bereits angedeutet: »rationality of process, not of outcome<sup>9</sup>. Eine prozeßorientierte Rechtmäßigkeitskontrolle hat demgemäß darauf abzustellen,

- auf welcher Ebene der horizontalen Gewaltenteilung die umweltpolitischen Leitentscheidungen fallen müssen,
- in welchen Formen die Programmentwicklung stattzufinden hat,
- welche Verfahren und Beteiligungen die administrativen Implementationsprozesse zu beachten haben und welche Abwägungsvorgänge den Einzelenentscheidungen zugrunde liegen müssen.

Die eben skizzierte Differenzierung zwischen ergebnis- und prozeßorientierten Rechtmäßigkeitskriterien ist Juristen aus dem Planungsrecht bekannt, wo zwischen Planen als Vorgang und dem Plan als Produkt dieses Vorganges unterschieden wird<sup>10</sup>. Sie wird dort als komplementäre Anlage von richterlichen Prüfungsdimensionen verstanden. Zumindest für die hier zu behandelnde Ebene der verfassungsrechtlichen Justierung der Umweltpolitik ergeben sich aber auch unterschiedliche Kontrollfunktionen. Während eine ergebnisorientierte Judikatur dem Gesetzgeber den Inhalt der Umweltpolitik vorgibt bzw. den von ihm verfolgten Kurs positiv legitimiert, readressiert eine prozeßorientierte Kritik umweltpolitischer Entscheidungen die Problemlösung lediglich erneut an die primär zuständigen politisch-administrativen Instanzen mit der Maßgabe der form- und funktionsgerechten Wahrnehmung ihrer Aufgaben. Suggeriert die erste Lösung leicht die verfassungsrechtlich zu gewährleistende Garantie eines ökologischen »juste milieu«<sup>11</sup>, so präzisiert die zweite Lösung in bezug auf die Politikinhalte die Deklaration des »judicial self restraint« und der »political question« und setzt statt dessen auf die korrektive Kraft von formal-rationalen Entscheidungsbindungen, die die Theorie demokratischer und rechtsstaatlicher Verfahren postuliert<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> G. Majone, ZfU 82, 305 (306).

<sup>9</sup> A. a. O., S. 307.

<sup>10</sup> Vgl. dazu BVerwGE 41, 67 (71); 45, 309 (312) »Floaglas« und jüngst Ladeur, UPR 84, 1 ff. mit der Betonung prozeduraler Abwägungskriterien.

<sup>11</sup> Vgl. zu ähnlichen Tendenzen des »Wirtschaftsverfassungsrechts« die hier adaptierte Kritik von H. Ehmkem (Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1961, S. 57 ff.).

<sup>12</sup> Auf den rechtstheoretischen Hintergrund dieser Überlegungen kann hier nur kurz hingewiesen werden: Seit einiger Zeit wird die bereits von Max Weber diagnostizierte Krise des formalen Rechts angesichts

## II. Die »praktische Vernunft« als Garant eines »dynamischen Grundrechtsschutzes«?

Der »Kalkar-Entscheidung« (BVerfGE 49, 89) liegt ein Vorlagebeschuß des OVG Münster gemäß Art. 100 I GG zugrunde (NJW 78, 439), der auf prozeßorientierten Erwägungen beruht. Hatte das OVG Münster unter Hinweis auf die Wesentlichkeitstheorie<sup>13</sup> die Entscheidung des Parlaments über den Einstieg in eine so folgenreiche Technologie wie die des »Schnellen Brüters« für verfassungsrechtlich unabdingbar gehalten, so zielt der Beschuß des Bundesverfassungsgerichts im Gegensatz dazu gerade auf die Thematisierung ergebnisorientierter Erwägungen. Im gleichen Umfang wie hier der »dynamische Grundrechtsschutz« (S. 137) durch eine Risikoabschätzung nach dem Standard »praktischer Vernunft« (S. 143) materiell als gewährleistbar erachtet wird, verlieren die prozeduralen Bedenken des OVG Münster an Gewicht, nur durch eine förmliche Parlamentsentscheidung könne die Substanz des demokratischen Rechtstaates bei der Kontrolle moderner Technologieentwicklung erhalten bleiben.

Damit erhält der in der Wesentlichkeitstheorie dahingehend präzisierte Grundsatz des allgemeinen Gesetzesvorbehalts, der Gesetzgeber müsse in den von ihm erlassenen Normen das Wesentliche eines Politikbereiches selbst festlegen und dürfe dies nicht der Ausgestaltung durch die Verwaltung überlassen, für das Recht des Umweltschutzes und der technischen Sicherheit einen grundsätzlich weniger anspruchsvollen Rang als etwa im Schulrecht. Hier ist die Einführung der obligatorischen Förderstufe<sup>14</sup>, die Regelung des Schulabschlusses<sup>15</sup>, die Einrichtung der reformierten Oberstufe<sup>16</sup> und sogar des Sexualkundeunterrichts<sup>17</sup> für parlamentspflichtig erachtet worden. Die 1959 für die Genehmigung von Kernenergianlagen formulierte gesetzliche Voraussetzung, die nach dem »Stand von Wissenschaft und Technik« erforderliche Vorsorge gegen die Gefahren ionisierender Strahlen müsse gewährleistet sein (§ 7 II Nr. 3 AtG), reicht nach Ansicht des Zweiten Senates aus, um das Wesentliche der durch die Kernenergie verursachten Gefahrendimensionen als parlamentsförmig geregelt zu sehen (S. 129 ff.). Das damals bereits 20 Jahre alte Gesetz vermag so die Abfolge ganze Reaktorbaulinien und den Paradigmenwandel in den »Sicherheitsphilosophien« ohne normativen Schaden an seiner Regelungsqualität zu überstehen.

Damit verbunden ist das höchstrichterliche Attest der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zur legislativen Konturierung der erforderlichen Umweltqualität und der zu tolerierenden Risiken (S. 133 ff.). Ganz ausdrücklich stellt der Senat fest, der Gesetzgeber sei »nicht gehalten, die möglichen Risikoarten, Risikofaktoren, die Verfahren zu ihrer Ermittlung oder feste Toleranzwerte zu bestimmen« (S. 139). Gerade dies macht jedoch den Kernbestand aller auf quantifizierte Grenzwerte hin angelegten umweltpolitischen Regelungskonzepte aus<sup>18</sup>. Angesichts der für den Normalbetrieb von Kernkraftwer-

zunehmender materialer – d. h. für ihn vor allem ökonomischer – Rationalisierungstendenzen (vgl. Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1972, S. 510 ff.) durch die Ansätze zur »Prozeduralisierung« des Rechts (vgl. dazu R. Wiethölter, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 8 (1982), S. 38 ff.) und zum »reflexiven Recht« (vgl. dazu G. Teubner, ARSP 58 (1982), S. 13 ff.) zu verarbeiten versucht.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Kisker, NJW 77, 1313.

<sup>14</sup> BVerfGE 34, 165 (192).

<sup>15</sup> BVerfGE 41, 251 (260).

<sup>16</sup> BVerfGE 45, 400 (417).

<sup>17</sup> BVerfGE 47, 194 (197).

<sup>18</sup> Vgl. dazu Koepfel/Weidner, Normbildung und Implementation. Interessenberücksichtigungsmuster in Programmstrukturen von Luftreinhaltepolitiken, in: R. Mayntz (Hrsg.), Implementation politischer

ken in § 45 i.V.m. Anhang X, Spalte 2 StrSchV höchstzulässigen Strahlendosen von 30 mrem/a und der Definition des zu beherrschenden »größtanzunehmenden Unfalls« (GAU) in den Leitlinien der Reaktorsicherheitskommission<sup>19</sup> bleibt die gesetzliche Genehmigungsgrundlage, Vorsorge nach dem »Stand von Wissenschaft und Technik« (§ 7 II Nr. 3 AtG) zu treffen, kaum mehr als eine »aspirative Zielformel«<sup>20</sup> für eine reaktorsicherheitstechnische Programmentwicklung jenseits parlamentarischer Steuerungsinstrumente.

Daß damit »Behörden und Gerichte . . . das Regelungsdefizit der normativen Ebene ausgleichen« müssen (S. 139), rechtfertigt das Bundesverfassungsgericht mit den »besonderen Schwierigkeiten, die in der Natur des Regelungsgegenstandes liegen« (S. 134). Dem liegt ein Vorverständnis über das Verhältnis von Recht und Technik zugrunde, das Juristen immer wieder in besinnlichen Wesensschauen über die »Dynamik der Technik« und die »Statik des Rechts« kultiviert haben<sup>21</sup>. Danach zeichnet sich die Technik durch ihre ständige Innovationsfähigkeit und ihre immer differenzierter werdenden sicherheitstechnischen Anforderungen aus, während dem Recht gerade nicht die Fähigkeit zu detaillierten Regelungen und ständigen Novellierungen, sondern eine auf Dauerhaftigkeit und Allgemeinheit angelegte Regelungsqualität zu eigen sei. Dies mache den legislativen Gebrauch unbestimmter Rechtsbegriffe erforderlich, um den technischen Entwicklungen offene »adaptive Scharnierbegriffe« zur Seite zu stellen<sup>22</sup>. Die in § 7 II Nr. 3 AtG enthaltene Genehmigungsformel, kerntechnische Risikovorsorge sei nach dem »Stand von Wissenschaft und Technik« zu treffen, wird geradezu zum Garanten des postulierten »dynamischen Grundrechtsschutzes« (S. 137) überhöht: »Sie hilft, den Schutzzweck des § 1 Nr. 2 AtomG jeweils bestmöglich zu verwirklichen. Die gesetzliche Fixierung eines bestimmten Sicherheitsstandards durch die Aufstellung starrer Regeln würde demgegenüber, wenn sie sich überhaupt bewerkstelligen ließe, die technische Weiterentwicklung wie die ihr jeweils angemessene Sicherung der Grundrechte eher hemmen als fördern.« (S. 137)

Dieser Ansicht liegen zwei Mißverständnisse zugrunde. Zum einen unterschätzt das Bundesverfassungsgericht den hohen immanenten Normierungsbedarf der Großtechnologie, zum anderen überschätzt es die Leitbildfunktion, die die technikbezogenen unbestimmten Rechtsbegriffe auf die Entwicklung untergesetzlicher Normwerke und des technischen Fortschritts selbst haben können. Häite das Bundesverfassungsgericht die Struktur der »Normypyramide«<sup>23</sup>, die von der formellen Spitze des Atomgesetzes über Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften, Empfehlungen von Sachverständigengremien, Regeln des durch einen Organisationserlaß des BMI konstituierten Kerntechnischen Ausschusses bis hin zur privaten technischen Normung reicht, kritisch untersucht, wäre die Frage nach möglichen Steuerungsbrüchen im Normentwicklungsprozeß unabweislich geworden.

Programme, Königstein/Ts. 1980, S. 82; R. Wolf, Rechtsordnung und Technostruktur. Die Grenzen regulativer Politik im Bereich der Kernenergie, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band 8 (1982), S. 240 ff.

<sup>19</sup> Vgl. dazu RSK-Leitlinien für Druckwasserreaktoren, 2. Ausgabe vom 24. 1. 1979, Köln 1979.

<sup>20</sup> Blankenburg/Kraukrämmer, Ein Verwaltungsprogramm als Kaskade von Rechtsvorschriften: Das Arbeitsförderungsgesetz, in: Mayntz (FN 18), S. 138 (139).

<sup>21</sup> Vgl. dazu Breuer, AoR 101 (1976), 46 ff.; Lukes, NJW 78, 242; Bender, NJW 78, 1945; Backherms, JuS 80, 9; Ossenbühl, DÖV 82, 833 und meine Kritik in: R. Wolf, Der Stand der Technik. Geschichte, Strukturelemente und Funktion der Verrechnung technischer Risiken am Beispiel des Immissionschutzes, eingereichte Diss. Hannover 1984, S. 270 ff.

<sup>22</sup> Vgl. dazu kritisch Ladeur, Leviathan 1979, S. 360 ff. und speziell für das Verfassungsrecht Hase/Ladeur, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System*, Frankfurt/Main-New York 1980, S. 265 ff.

<sup>23</sup> Vgl. dazu Becker, DIN-Mitt. 78, 690.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß der Bedarf an einer Vielzahl von Normwerken zur Regulierung der kerntechnischen Entwicklung unbestreitbar ist. Ihre Zahl wird heute mit ca. 400 Regelwerken angegeben<sup>24</sup>. Neben einem Dutzend Rechtsvorschriften finden sich dort 51 Festlegungen des Länderausschusses für Atomkernenergie. Mit über 200 DIN-Normen und über 100 geplanten Regeln des Kerntechnischen Ausschusses und einer Vielzahl von »Empfehlungen« und »Leitlinien« von ministeriellen Beratungsgremien wie Reaktorsicherheitskommission und Strahlenschutzkommission dominieren jedoch die Vorschriftenwerke substaatlicher Organisationen<sup>25</sup>. Während sich die staatlichen Vorschriften auf formell-prozedurale Ablaufstadien der administrativen Bearbeitung des Genehmigungsverfahrens konzentrieren, definiert das vielfach vernetzte Regelwerk substaatlicher Organisationen die sicherheitstechnisch entscheidenden Risikoschwellen<sup>26</sup>.

Dieses technologiepolitisch zentrale Problem der Auslagerung der Risikobewertung an nichtstaatliche Gremien, in denen durch immer weiter arbeitsteilig vorangetriebene Delegation und Subdelegation der Normerstellung die einschlägig »interessierten Kreise« von Reaktorindustrie und Energiewirtschaft eine informale Normungskompetenz über die Dimensionierung von Sicherheitskonzepten und Risikobereichen erhalten<sup>27</sup>, nimmt das Bundesverfassungsgericht nicht zur Kenntnis. Die unbestimmten Rechtsbegriffe haben nach seiner Betrachtungsweise vielmehr auch im technischen Umweltrecht die klassische Funktion, die Feineinstellung der Staatsgewalten zueinander zu justieren. Hier entscheidet sich das Bundesverfassungsgericht, die Beurteilungskompetenz über technische Risiken primär »in die Hand der Exekutive zu geben, deren rechtliche Handlungsformen sie für die erforderliche Anpassung sehr viel besser ausrüsten als den Gesetzgeber« (S. 139/40). Daß aber die Genehmigungsbehörden nicht im hinreichenden Maße über hauseigene wissenschaftlich-technische Kompetenz verfügen, sondern ihrerseits auf den externen Sachverständ von Wissenschaft, Gutachterorganisationen, Industrie- und Energiewirtschaft zurückgreifen müssen, veranlaßt das Bundesverfassungsgericht nicht zu weiteren staatstheoretischen Überlegungen, obwohl die Konstitution eines »private government«<sup>28</sup> der technischen Regulation neben und außerhalb der Staatsorganisation verfassungsrechtliche Bedenken geradezu aufdrängt. Statt die Grenzen der durch den unbestimmten Rechtsbegriff »Stand von Wissenschaft und Technik« legitimierten Erosion der politisch-administrativen Steuerung der Risikodimensionierung auf der Ebene der Programmenentwicklung abzustecken, deutet das Bundesverfassungsgericht auch noch eine mögliche Lockerung der judikativen Kontrolldichte über die Genehmigungsentscheidungen in der Implementationsphase an, indem es die traditionsreiche unbeschränkte Nachprüfbarkeit unbestimmter Rechtsbegriffe bei der Bewertung technischer Normen und Standards unter Bezug auf die

<sup>24</sup> Vgl. A. Kellermann, Struktur und Zustandekommen sicherheitsrelevanter Bestimmungen in technischen Regelwerken für kerntechnische Anlagen, in: Nicklisch/Schottelius/Wagner, Die Rolle des wissenschaftlich-technischen Sachverständes bei der Genehmigung chemischer und kerntechnischer Anlagen, Heidelberg 1982, S. 52.

<sup>25</sup> A. a. O.

<sup>26</sup> Vgl. dazu Wolf (FN 18).

<sup>27</sup> A. a. O. und R. Pitschus, Das Bundesverfassungsgericht als Verfahrensgesetzgeber – Zur Implementation von Verfahrensrecht durch das BVerfG am Beispiel des atomaren Genehmigungsverfahrens, verv. Ms., erscheint in Band 10 des Jahrbuchs für Rechtssoziologie und Rechtstheorie; sowie für analoge Prozesse im Immissionsschutz A. Hanning, Umweltschutz und überbetriebliche technische Normung, Köln/Berlin/Bonn/München 1976.

<sup>28</sup> Vgl. dazu allgemein: M. V. Nadel, The Hidden Dimension of Public Policy, Private Governments and the Policy-Making-Process, in: The Journal of Politics 1975, S. 495 ff.; St. Macaulay, Private Government, verv. Ms., Wisconsin – Madison 1983; für die Umweltpolitik speziell meine Arbeit »Der Stand der Technik«, a. a. O. (FN 21), S. 134 ff.

»Vorrede-Entscheidung« des Bundesverwaltungsgerichts<sup>29</sup> als noch »offen« bezeichnet (S. 136).

245

Somit bleibt festzuhalten, daß das Bundesverfassungsgericht offensichtlich an einer restriktiven Kontrolle der prozeßorientierten Dimension der Umweltpolitik zunächst wenig interessiert war. Damit hat es sich auch der Chance begeben, die »Wesentlichkeitstheorie« für die Technikkontrolle problemadäquat zu reformulieren. Wenn es nämlich mittlerweile zum Grundbestand politikwissenschaftlicher Erkenntnisse gehört, daß »Gesetze zunehmend nur noch Ermächtigung und Auftrag dar(stellen), die Staatstätigkeit von der Verwaltung (und hier auch noch von dem privaten Interessenten, R. W.) her zu entwickeln«<sup>30</sup>, wäre zumindest die parlamentarische Entscheidung über die Organisation dieses Programmentwicklungsprozesses als »wesentlich« anzuschen, die die Enthaltsamkeit des Gesetzgebers bezüglich der inhaltlichen Qualität der politischen Steuerung teilweise kompensieren könnte.

Statt dessen vertritt das Bundesverfassungsgericht die Lösung, die Genehmigungsbehörden könnten mit Hilfe der Interpretationshoheit über die unbestimmten Rechtsbegriffe die Risikopolitik bestimmen. Die Basis für die verfassungsgerichtliche Würdigung des Steuerungsgehalts der atomrechtlichen Genehmigungmaxime vom »Stand von Wissenschaft und Technik« bildet die sogenannte »Dreistufenthese«<sup>31</sup>. Danach sollen die unbestimmten Rechtsbegriffe »allgemein anerkannte Regeln der Technik« (§ 7a WHG), »Stand der Technik« (§ 5 Nr. 2 BImSchG) und »Stand von Wissenschaft und Technik« (§ 7 II Nr. 3 AtG) drei jeweils unterschiedliche Anspruchsniveaus an die von den jeweiligen Technologien einzuhaltenden Umweltschutzstandards bezeichnen. In ihnen sieht das Bundesverfassungsgericht auch drei unterschiedliche Erkenntnisniveaus, indem es für § 7a WHG lediglich die unter den jeweiligen Praktikern vorherrschenden Auffassungen, für § 5 Nr. 2 BImSchG bereits den Stand fortschrittlicher Verfahren und schließlich für § 7 II Nr. 3 AtG sogar die nicht mehr durch das technisch gegenwärtig Machbare zu begrenzende neueste wissenschaftliche Erkenntnis zum Maßstab nehmen will (S. 135 f.).

Diesem normativen Stufenmodell steht jedoch entgegen, daß es offensichtlich wenig sinnvoll erscheint, die gleichermaßen unter das BImSchG fallenden genehmigungspflichtigen Emissionen von chemischen Fabrikationsanlagen (§ 2 Nr. 17 4. BImSchV) und der Massentierzucht (§ 2 Nr. 45 4. BImSchV) mit den gleichen Filtertechnologien ausstatten zu lassen. Bereits die aufgrund § 48 BImSchG erlassene TA-Luft<sup>32</sup> modifiziert den abstrakten Maßstab des »Standes der Technik«, indem sie etwa Staubemissionen nicht generell nach dem Grad der abscheidetechnischen Rückhaltbarkeit, sondern nach der Gefährlichkeit der Stoffe differenziert<sup>33</sup>. Auch im Vergleich der verschiedenen Normbereiche erscheint es völlig unplausibel, warum der Schutz der Gewässer vor Verunreinigungen (§ 7a WHG) sich mit einer weniger anspruchsvollen Technik begnügen soll als die Bekämpfung der Luftverschmutzung (§ 5 Nr. 2 BImSchG). Selbst für den Vergleich mit den Sorgfaltspflichten der Kerntechnik gilt: es wäre unhaltbar, wenn krebsverursachende und erbgutgefährdende Emissionen von Dioxin deshalb weniger streng behandelt werden dürften als die radioaktiver Strahlung, weil einmal nur der »Stand der Technik«, das andere Mal

29 BVerwGE 55, 250 ff.

30 Vgl. F. Schnabel, Politik ohne Politiker, in: Wollmann (Hrsg.), Politik im Dicke der Bürokratie (Leviathan Sonderheft 3/1979), S. 51.

31 Vgl. dazu kritisch Nicklisch, BB 83, 261 (263 f.) und Wolf (FN 21), S. 270 ff.

32 GMBL 1983, S. 94.

33 Vgl. dazu Feldhaus, DVBl. 81, 165 (167).

jedoch der »Stand von Wissenschaft und Technik« (§ 7 II Nr. 3 AtG) gesetzlich vorgeschrieben sei. Wenn das Bundesverfassungsgericht im Anschluß an die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zum atomaren Genehmigungsrecht betont, es müsse »diejenige Vorsorge gegen Schäden getroffen werden, die nach den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen für erforderlich gehalten wird« (S. 136), so bestätigt das Bundesverwaltungsgericht für den Immissionsschutz, daß der Schutz vor Gefahren schädlicher Umwelteinwirkungen (§ 5 Nr. 1 BImSchG) ebenfalls allein nach dem Stand wissenschaftlicher Erkenntnisse über Ausmaß und Eintrittswahrscheinlichkeit der jeweiligen Risikofaktoren zu bemessen sei<sup>34</sup>.

Allein vermag auch die im Anschluß an die »Dreistufenthese« vom Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die »Gefährlichkeit einer Technologie thematisierte Risikoproblematik nur wenig mehr an rechtsnormativ verdichtbaren Entscheidungen gehalten zu präsentieren. Da aufgrund der jeder Technik notwendig immanenten Risiken ihr Einsatz niemals völlig gefahrlos sein kann<sup>35</sup>, bleibt immer wieder die Frage, »wie sicher ist sicher genug«, zu beantworten. Kategorische Sicherheitspostulate, die etwa im »Berstschutz-Urteil« des VG Freiburg mit der Forderung nach der absoluten Beherrschbarkeit einer Gefahr formuliert wurden<sup>36</sup>, sind damit logisch unhaltbar. Graduelle Konzepte, wie sie zum Beispiel im sog. »Strahlenminimierungsgesetz« (§ 28 III StrSchV), die Strahlenexposition der Bevölkerung »soweit wie möglich« zu verringern, oder in dem vom Bundesverfassungsgericht betonten »Grundsatz einer bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge« (S. 139) postuliert werden, treffen aber auf quantitative Risikoanalysen und quantifizierte Grenzwertbestimmungen, die die wissenschaftlich-technische Risikoforschung erstellt hat. Hier entsteht dann das Problem der direktiven und selektiven Potentiale rechtsnormativer Abwägungsformeln gegenüber der ingenieurwissenschaftlichen Risikoforschung, den auf dieser Grundlage entwickelten privaten Normwerken und den mit ihnen vernetzten untergesetzlichen Regelungen.

Wenn das aus der »Dreistufenthese« entnommene Postulat, im Bereich der Kernenergie nur den »neuesten Stand wissenschaftlicher Erkenntnis« (S. 136) als Kriterium der Genehmigungsfähigkeit anzuerkennen, akzeptiert wird, impliziert dies auch eine gesteigerte rechtliche Prüfungspflicht. Sachverständigenaussagen haben für das Bundesverfassungsgericht nicht ohne weiteres die Dignität präsumtiver Richtigkeit, die das Bundesverwaltungsgericht den technischen Regelwerken zuerkannt hatte<sup>37</sup>, vielmehr kommt zumindest die Genehmigungsbehörde »bei sich widersprechenden Sachverständigengutachten in aller Regel nicht umhin, zu wissenschaftlichen Streitfragen Stellung zu nehmen« (S. 136). Die dafür vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstäbe legen die Vermutung nahe, daß die Richtersessel in Karlsruhe dem Dreifuß des delphischen Orakels nachgebildet sind. Danach sollen zwar unvermeidliche Restrisiken hinzunehmen sein, während Restschäden hingegen ausgeschlossen werden müssen (S. 137). Der Unterschied dieser sibyllinischen Differenzierung liegt offenbar nur im Grad der Wahrscheinlichkeit. Absehbare Schäden sind nicht zu tolerieren, während nicht mit letzter Sicherheit auszuschließende künftige Schäden in Kauf zu nehmen sind (a. a. O.). Oder anders gewendet: »Aus verfassungsrechtlicher Sicht schließt das Gesetz die Genehmigung dann aus, wenn die Errichtung oder der Betrieb der Anlage zu Schäden führt, die sich als Grundrechts-

<sup>34</sup> BVerwGE 55, 250 (254) »Voerde«; Feldhaus, DVBl. 81, 165 (170) und Horn, UPR 83, 216.

<sup>35</sup> Vgl. dazu P. Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, Köln/Berlin/Bonn/München 1979, S. 114 ff.

<sup>36</sup> NJW 77, 1465 ff.

<sup>37</sup> BVerwGE 55, 250.

verletzungen darstellen . . . § 7 Abs. 1 und 2 AtomG lässt indes Genehmigungen auch dann zu, wenn es sich nicht völlig ausschließen lässt, daß künftig durch die Errichtung oder den Betrieb der Anlage ein Schaden auftreten wird« (S. 140/41).

Den zirkulären Austausch erlaubter Restrisiken und unerlaubter Restschäden versucht der Senat durch den Topos der »praktischen Vernunft« zu kaschieren. Genehmigungen seien nur dann zulässig, wenn es nach dem Stand von Wissenschaft und Technik »praktisch ausgeschlossen erscheint, daß solche Schadensereignisse eintreten werden« (S. 143). Damit fragt sich, ob der Stand »praktischer Vernunft« mehr sein kann als der Standard der Praktiker der ingenieurwissenschaftlichen Risikobewertung. Dies legt zumindest der anschließende Präzisierungsversuch nahe: »Ungewissheiten jenseits dieser Schwelle praktischer Vernunft haben ihre Ursache in den Grenzen des menschlichen Erkenntnisvermögens« (a. a. O.). Gerade dies kann aber nicht mehr Gegenstand der naturwissenschaftlichen Risikoforschung sein, die sich nur mit zumindest hypothetisch erkannten Gefahren befassen kann und nach Methoden der Bestimmung der Grenzen der dafür vorzuhaltenden Sicherungen sucht. Damit erweist sich das Bundesverfassungsgericht in seiner Funktion als norm-konkretisierender Ersatzgesetzgeber nicht besser als das vielgescholtene Parlament selbst. Es erliegt dem analogen Zwang zur Produktion von Konsenshülsen und verkündet dilatorische Formelkompromisse.

Der Gehalt des höchstrichterlichen Versuchs, die Entscheidung über die Akzeptabilität kerntechnischer Risiken durch inhalts- und ergebnisbezogene Kriterien bestimmbar zu machen, wird in seinem Scheitern erneut deutlich, wenn man die daran anschließenden Operationalisierungsversuche der Verwaltungsrechtsdogmatik betrachtet. Hier hat sich ein kaum mehr übersehbarer Markt konkurrierender Differenzierungsformeln konstituiert, deren Dilemma der begrifflichen Unschärfe nicht nur darin besteht, den Genehmigungsbehörden kaum direktive Entscheidungshilfen bieten zu können, sondern darin kulminiert, daß diese konturenlose Abgrenzungsrhetorik immer wieder konfrontiert ist mit der augenscheinlichen Präzision quantifizierter Grenzwertbestimmungen in untergesetzlichen Regelungen und substaatlichen Normwerken. Die Verbalakrobatik mit Begriffen wie Gefahr, Gefahrenverdacht, Restrisiko und Risikorest, Risiken mit und ohne erkannte Gefahrenqualität, Gefahrenabwehr, Schadensvorsorge, Rest- und Mindestschäden, Risikovorsorge dieses und jenseits der Schwelle einer praktischen Vorstellbarkeit eines theoretisch möglichen Schadenseintritts zeigt jedoch nicht nur die »sachliche Hilflosigkeit« der Rechtswissenschaft<sup>38</sup>. Diese »juristischen Glasperlenspiele«<sup>39</sup> dokumentieren auch den Funktionswandel des Rechts in Richtung auf eine inhaltlich denormativisierte Legitimationsressource, die dazu parallel geführte technische Normensysteme weder in Genesis noch in Geltung kontrollierbar halten kann.

Damit wird auch die Metamorphose des aufklärerischen Begriffs der »praktischen Vernunft«, der ja immerhin aus der Kant'schen Erkenntniskritik entstammt und über R. Breuer<sup>40</sup> in die verfassungsgerichtliche Konstruktion der Technikkontrolle Eingang gefunden hat, zu einer affirmativen Leerformel offenkundig. Ist die Vernunft nach Kant dann praktische Vernunft, »wenn sie ihren Ideen praktische Realität verschaffen kann«<sup>41</sup>, so reduziert sich ihr Stellenwert in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts auf die apriorische Legitimation der programatisch doch durch

<sup>38</sup> F. Ossenbühl, Die Bewertung von Risiken kerntechnischer Anlagen aus der Sicht des Juristen, in: Blümel/Wagner (Hrsg.), *Technische Risiken und Recht*, Karlsruhe 1981, S. 45.

<sup>39</sup> Wagner, NJW 80, 665 (668).

<sup>40</sup> DVBl. 78, 829 ff.

<sup>41</sup> Vgl. dazu Schramm, ARSP 68 (1981), S. 321 (325 f.).

das Recht zu kontrollierenden Entscheidungen im »private government« des administrativ-industriellen Komplexes der Kernenergie. Daß die grundrechtlichen Verbürgungen über subjektive Abwehrrechte des Einzelnen hinaus zugleich objektivrechtliche Wertentscheidungen der Verfassung zur Pflicht des Staates darstellen, »sich schützend und fördernd« vor diese Rechtsgüter zu stellen<sup>42</sup>, hat das Bundesverfassungsgericht zwar gerade auch für die Bedrohung des Lebens und der menschlichen Gesundheit durch die Gefahren der Kernenergie betont (S. 141 f.). Daß sich diese Gefahren bisher noch nicht aktualisiert haben, scheint jedoch weniger ein Verdienst des Rechts und der Politik zu sein als vielmehr den immanenten Sicherheitsstrategien der Ingenieurwissenschaften und des glücklichen Zufalls verdanken zu sein.

### *III. Grundrechte als Verfahrensrechte – ein erster Schritt zu einer Prozeduralisierung des Umweltrechts?*

Anders als die ergebnisorientierte »Kalkar-Entscheidung« hat der »Mülheim-Kärlich-Beschluß« mit dem Stellenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren ein prozedurales Problem zum Gegenstand (BVerfGE 33, 30 ff.). Hier ging es um die Frage, ob bereits durch eine unterlassene Bekanntmachung und Beteiligung Dritter ein Genehmigungsverfahren ungeachtet seines Entscheidungsergebnisses rechtswidrig werden und die Rechte Dritter verletzen könne.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und vieler Obergerichte hatte bis dahin den Standpunkt vertreten, im Regelfall sei eine verfahrensrechtliche Beteiligung Dritter nichts weiter als ein der Verwaltung dienliches Mittel, sich möglichst umfassend über den entscheidungserheblichen Sachverhalt zu unterrichten<sup>43</sup>. Diese etatistische Verfahrenskonzeption war jedoch im Bereich des Umweltschutzes<sup>44</sup> und speziell auch im Atomrecht<sup>45</sup> als probleminadäquat kritisiert worden. Sowohl der VGH Mannheim<sup>46</sup> als auch das OVG Lüneburg<sup>47</sup> hatten die Neigung zur Abkehr von der bisherigen Rechtsprechungspraxis deutlich erkennen lassen.

Die verfassungsrechtliche Fundierung des dieser Ansicht zugrunde liegenden modernen verfahrensbezogenen Grundrechtsverständnisses hatte insbesondere Häberle mit seinem Konzept des »status activus processualis« eingeleitet<sup>48</sup>. Seine am angelsächsischen »due process of law« orientierte Grundannahme beruht auf der These, durch die Berücksichtigung aller relevanten Interessen geöffnete Vorverfahren vermöchten »mehr Grundrechtswirklichkeit zu schaffen als verwaltungsgerichtliche »Nachverfahren«, da im Vorstadium prozessual eingeführt wird, was dem materialen Gehalt des Grundrechts dient«<sup>49</sup>. Organisation und Verfahren wurden so

42 BVerfGE 39, 1 (41) »Fristenlösung«; 46, 160 (164) »Schleyer«.

43 BVerfGE 39, 235; 41, 58 (63 f.); OVG Rh-Pf GewA 77, 133 (135); Bay VGH DVBl. 79, 671 (677).

44 Vgl. dazu K. Redeker, Zur Ausgleichsfunktion von Teilhaberechten zwischen Freiheit und Bindung, in: Festgabe zum 25jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978, S. 511 (520); Breuer NJW 78, 1558 (1564).

45 Vgl. die Beiträge von Blümel und Kimmünich, in: Lukes (Hrsg.), Fünftes Deutsches Atomrechts-Symposium, Berlin/Köln/Bonn/München 1976, S. 227 ff. und 266 ff.

46 DVBl. 76, 538 (540) »Why«.

47 DVBl. 77, 347 (348) »Dow Chemical«.

48 Vgl. dazu P. Häberle, VVDS:RL 30 (1972), S. 45 (86 ff.); Hesse, EuGRZ 78, 427 und nun erweiternd H. Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, Baden-Baden 1983.

49 Häberle, a. a. O., S. 88.

zunehmend von der neuen Grundrechtsinterpretation entdeckt und aufgewertet<sup>50</sup>.

249

Da das Bundesverfassungsgericht in vorsichtiger Rezeption dieser Ansätze bereits in früheren Entscheidungen betont hatte, »daß Grundrechtsschutz weitgehend auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken ist und daß die Grundrechte demgemäß nicht nur das gesamte materielle, sondern auch das Verfahrensrecht beeinflussen«<sup>51</sup>, lag es nahe, nach der im »Kalkar-Beschluß« betonten objektiv-rechtlichen Schutzpflicht des Staates in materieller Hinsicht, die Verletzung subjektiver Rechte auf Verfahrensteilhabe dann in Erwägung zu ziehen, »wenn die Genehmigungsbehörde solche Verfahrensvorschriften außer acht läßt, die der Staat in Erfüllung seiner Pflicht zum Schutz der in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter erlassen hat« (BVerfGE 53, 30 (65/66)). Dies bejaht der Senat zunächst ganz pauschal für die Öffentlichkeitsbeteiligung am atomrechtlichen Genehmigungsverfahren (S. 66).

Daß der Verfassungsbeschwerde dennoch im Ergebnis kein Erfolg beschieden war, liegt an der anschließenden Bewertung dieser Rechte für die im Rahmen der nach § 80 V WvGO gebotenen Interessenabwägung im angegriffenen verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren. Diese schwer nachvollziehbare Relativierung der eben proklamierten Verfahrensrechte hat auch die Richter Simon und Heußner zu ihrem vielbeachteten Minderheitsvotum veranlaßt (BVerfGE 53, 69 ff.). Darin wird die Bedeutung von Verfahrensrechten dahingehend präzisiert, die staatlichen Organe hätten »nicht nur Pflicht, die materiellen Grundrechte zu beachten, sie müßten ihnen auch durch eine entsprechende Verfahrensgestaltung Wirksamkeit verschaffen« (S. 72). Intention des Minderheitsvotums scheint zu sein, die durch ausfüllungsbedürftige Normbegriffe im materiellen Genehmigungsrecht entstehenden Unsicherheiten für die gemäß Art. 2 II GG zu schützenden Rechtsgüter durch verstärkte prozedurale Kontrollen zu kompensieren. Der Gebrauch unbestimmter Rechtsbegriffe erschien »eher tragbar, wenn durch ein formalisiertes, gerichtlich kontrollierbares Verfahren dafür vorgesorgt werde, daß die wesentlichen Entscheidungsfaktoren geprüft und die mit der Norm angestrebten Ziele wirklich erreicht würden« (S. 75)<sup>52</sup>. Gerade wenn aufgrund des Regelungsdefizits der gesetzlichen Programme die Definition von Sicherheits- und Risikodimensionen auf die administrative Ebene verlagert werde, könne es »verfassungsrechtlich nicht gleichgültig sein, wie gerade auch das behördliche Genehmigungsverfahren strukturiert ist und wer als Beteiligter auf die Entscheidung Einfluß nehmen kann« (S. 76). Somit vertrauen die Richter auf umfassende Informationsgewinnung durch offene Kommunikation als Rationalitätsgarantien des Entscheidungsprozesses. »Daß dieser Kommunikationsprozeß nur bei einem allseits fairen und vernünftigen Verhalten funktionieren kann, liegt auf der Hand« (S. 77).

Offenkundig ist jedoch auch, daß dieses normative Verfahrensmodell gerade im Umweltschutz durch informale Aushandlungsprozesse allerorts unterlaufen wird<sup>53</sup> und daß die so stark gewichtete Öffentlichkeitsbeteiligung in Genehmigungsverfahren gerade nicht zum Garanten der Rationalität, sondern zu den Mustern gestörter Kommunikation zu zählen ist<sup>54</sup>. Zumindest bei polygonalen und multidimensiona-

<sup>50</sup> Vgl. zusammenfassend Hesse, EuGRZ 78, 427.

<sup>51</sup> So BVerfGE 53, 30 (65); schon früher zu Art. 14 GG: BVerfGE 37, 132 (141 ff.); 46, 325 (334); 49, 220 (225), zu Art. 12 GG: BVerfGE 39, 276 (296); 44, 105 (119); 45, 422 (430 ff.); 52, 381 (389); zu Art. 2 GG: BVerfGE 51, 324; 52, 214 »Räumungsschutz«.

<sup>52</sup> Unter Bezug auf BVerfGE 33, 303 (341) »Kapazitätsermittlung«; 41, 251 (265); 44, 105 (116).

<sup>53</sup> Vgl. dazu R. Mayntz, u. a., *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik*, Stuttgart 1978; E. Bohne, *Der informale Rechtsstaat*, Berlin 1981.

<sup>54</sup> Vgl. Battelle-Institut, *Der Erörterungstermin*, Frankfurt 1980.

len Verwaltungsentscheidungen mit makro-administrativen Auswirkungen erweist sich das von Ule/Laubinger<sup>55</sup> und Häberle<sup>56</sup> besonders emphatisch vertretene Harmoniemodell des partizipatorischen Verfahrens als eine Hypothese, deren Fragwürdigkeit bereits ein Blick auf soziologische Verfahrenstheorien bekräftigt hätte<sup>57</sup>. Zu Recht resümiert Hoffmann-Riem über den Zusammenhang von Verrechtlichung und informalen Umgehungsstrategien: »Informelle Ausweichhandlungen dürfen um so wahrscheinlicher sein, je größer der Aufwand für die Einhaltung rechtlicher Formalisierungen wäre, je überflüssiger er von den Beteiligten empfunden würde, und je mehr die Formalisierungen einem realen oder vermuteten Flexibilitätsbedarf widersprächen«<sup>58</sup>. Ihre Folgen sind um so einschneidender, je deutlicher die Asymmetrie zwischen den Beziehungen der Genehmigungsbehörden und der Antragsteller auf der einen Seite und den einwendeführenden Drittbevölkerungen auf der anderen Seite auffällt. Zugleich mit der Betonung der Verfahrensrechte sieht sich damit die Rechtswissenschaft vor das Folgeproblem gestellt, Kriterien für eine Mißbrauchsgrenze informaler Kooperationsbeziehungen und für andere Umgehungsversuche formalen Bindungen zu entwickeln<sup>59</sup>. Solange das soziale Machtdifferential unter den Akteuren der Umweltpolitik nicht an den Grundstrukturen der selektiven Interessenberücksichtigungsmuster von Programmentwicklung und Implementation thematisiert wird, erscheint die Betonung von Verfahrensrechten, die am Ende des politisch-administrativen Entscheidungsprozesses erst wirksam werden können, als Versuch, das Pferd vom Schwanz her aufzuzäumen. Die zahlreichen informalen Umgehungsstrategien widerlegen jedoch keineswegs die Erkenntnis von der Grundrechtsrelevanz von Organisation und Verfahren, sondern bestätigen sie gerade. Aus den sich ihnen entgegen stellenden Widerständen kann zumindest entnommen werden, daß eine prozeßorientierte Umweltschutzkonzeption verfestigte Macht- und Einflußkonstellationen durch die eingeleitete Politisierung des Entscheidungsvorgangs zu irritieren vermag.

Mit der These, »daß sich wahrscheinlich nur über das Verfahrensrecht verhindern (lassen), daß der Bereich zwischen Recht und Technik zum juristischen Niemandsland wird« (S. 76), weist das Minderheitsvotum schließlich auch über den zu eng gefaßten Rahmen der prozeduralen Grundrechtsgarantien im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren hinaus. Gefragt wird nach der »Zusammensetzung und Verfahrensweise solcher Kommissionen, die allgemeine Sicherheitsrichtlinien oder Immissionsgrenzwerte erarbeiten und damit weitreichende Entscheidungen präjudizieren« (S. 78). Damit wird zum ersten Mal die politische Qualität der atomrechtlichen Programmentwicklung aus prozeduralen Grundrechtserwägungen heraus in Frage gestellt<sup>60</sup>. Berücksichtigt man jedoch die restriktive Rezeption des »Mülheim-Kärlich-Beschlusses« in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>61</sup> und die reservierte Verfolgung des Verfahrenskonzepts in der anschließenden Rechtsprechung zum atomaren Genehmigungsrecht durch das Bundesverfassungsgericht selbst<sup>62</sup>, so scheint eine Weiterführung der im Minderheitsvotum enthaltenen Kontrollansätze angesichts der Pendelschläge der Rechtsprechung zwischen vorwärts-

55 Ule/Laubinger, 52. DJT, B 21 f.

56 In: Festschrift für Boorberg-Verlag, Stuttgart-München-Hannover 1977, S. 47 ff.

57 N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Berlin-Neuwied 1967.

58 VVDSrlR, 40 (1982), S. 190 (226).

59 Vgl. dazu BVerwGE 45, 309 »Floatglas« und Hoffmann-Riem, a. a. O., S. 217 ff.

60 Vgl. dazu auch Goerlich, a. a. O., S. 280 u. 283; Wolf (FN 21), S. 444 ff.

61 BVerwGE 41, 58 (63); 60, 256 (275); 62, 243 (246).

62 BVerfGE 61, 81 (110 u. 113). Vgl. zur Kritik der Tendenzen zur prozessualen Abschottung der Verwaltungsgerichte Geulen KJ 80, 170 und Bosselmann KJ 80, 389; 81, 402.

#### *IV. Grundrechte als Anspruch auf Gesetzgebung – eine erweiterte Perspektive der Prozeduralisierung des Umweltrechts?*

Der »Fluglärm-Beschluß« (BVerfGE 56, 54 ff.) kann als Weiterführung der in der »Mülheim-Kärlich-Entscheidung« aufgeworfenen prozeßorientierten Rechtmäßigkeitskontrolle verstanden werden. Statt der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der administrativen Implementation von Umweltgesetzen steht nunmehr die parlamentarische Programmentwicklung selbst im Brennpunkt verfassungsrechtlicher Erörterungen.

Was im »Kalkar-Beschluß« noch vom Zweiten Senat für den »Schnellen Brüter« aus der »Natur der Sache« für ohne rechtliche Alternativen erklärt worden war, gewinnt nun für den Ersten Senat an rechtsnormativ zu steuerndem Problemgehalt: die Regelungsabstinenz des Gesetzgebers, seine nur vagen inhaltlichen Programmaussagen und deren zweifelhafte Aktualität.

Wie an fast allen Problemberichen der Umweltpolitik zu beobachten, steht auch die Regulation der Lärmbelastung durch den Flugverkehr in einem deutlichen Mißverhältnis zwischen der Extensität der formellen Verrechtlichung und der unzureichenden inhaltlichen Regelungsintensität dieser Normen. Dies konnte jedoch nicht mehr unmittelbar Gegenstand der materiell-rechtlichen Prüfung des Bundesverfassungsgerichts sein, da die Verfassungsbeschwerde gegen die Zulassungsregeln von Verkehrsflugzeugen im Luftverkehrsgesetz von 1959 und gegen die Immissionswertkonzeption des Fluglärmgesetzes von 1971 wegen Versäumung der durch § 93 II BVerfGG limitierten Frist verwirkt war. Das Bundesverfassungsgericht erörtert demgemäß auch nur, ob der Gesetzgeber durch Untätigkeit angesichts allgemein zunehmender Flugbewegungen, des Überganges zu lautstarken Düsenmaschinen und der zunehmenden Besiedelungsdichte nicht eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Nachbesserung einer ursprünglich als verfassungskonform zu betrachtenden Regelung haben könnte (BVerfGE 56, 70 ff.). Dogmatischer Bezugspunkt ist dabei wie bereits für die eben diskutierten Entscheidungen die aus Art. 2 II GG hergeleitete objektiv-rechtliche Schutzpflicht des Staates, Leben und Gesundheit vor rechtswidrigen Eingriffen zu bewahren (S. 73).

Daß dieser Rechtsgedanke zum ersten Mal in der Entscheidung zur »Fristenlösung« (BVerfGE 39, 1 (41)) formuliert wurde, mag überraschen. Der rechtsdogmatische Bezugsrahmen dieser viel gescholtenen Judikatur erweist sich nunmehr als potentieller Hebel, die Versäumnisse der Umweltpolitik justizförmig zu thematisieren. Kann man die Instrumentalisierbarkeit des verobjektivierten Schutzbereichs der Art. 1 und 2 GG für die Belange des Umweltschutzes noch mit der Hegel'schen »List der Geschichte« ironisieren, so verstärkt sich damit jedoch auch die Tendenz zur Deputamentarisierung des Verfassungsrechts.

Trotz des grundsätzlich einer richterlichen Nachprüfung entzogenen politischen Ermessens des Gesetzgebers bei der Entscheidung über den Erlass eines Gesetzes<sup>64</sup> gehört die Bejahung einer Nachbesserungspflicht für einmal erlassene Gesetze mitt-

<sup>63</sup> So auch Pitschas (FN 27), S. 26.

<sup>64</sup> BVerfGE 1, 97 (100); 11, 255 (261).

lerweile zum Grundbestand der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der politischen Programmentwicklung<sup>65</sup>. Der vielfach zu beobachtenden geschichtslosen Dethematisierung dieser demokratietheoretisch schwerwiegenden Entwicklung sei immerhin die kritische Anarnnese gegenüber gestellt, daß Laufer noch 1968 eine solche Unterlassungskontrolle des Gesetzgebers in den Bereich utopischer Phantasmagorie verwiesen hatte<sup>66</sup>. Daß sich das Bundesverfassungsgericht nun mehr und mehr als politische Initiativkörperschaft geriert<sup>67</sup>, erscheint aber heutzutage nur noch dann dubios, wenn man einem illusionären Parlamentarismusbegriff anhängt, der der Verfassungsgerichtsbarkeit keinen maßgeblichen politischen Gestaltungsspielraum zuerkennen will. Im übrigen erscheint eine durch das Verfassungsgericht ausgesprochene Verpflichtung des Gesetzgebers zur bisher versäumten Gesetzgebung demokratietheoretisch weniger brisant als eine restriktive inhaltliche Zensur der von ihm getroffenen Entscheidungen, da damit lediglich ein parlamentarisch dethematisiertes Problem an die Legislative zurück adressiert wird.

Bereits in der «Kalkar-Entscheidung» waren die Maximen der parlamentarischen Nachbesserungspflicht grundsätzlich auch für den Umweltschutz als anwendbar erklärt worden. Eine Pflicht zum »Nachfassen« sei insbesondere bei »noch nicht absehbaren Entwicklungen« und »veränderten Umständen« zu erwägen (BVerfGE 49, 130). Entsprechend konstatierte auch der »Mülheim-Kärlich-Beschluß« eine staatliche Mitverantwortung für die Risiken der modernen Technologien, »wenn der Staat durch die Schaffung von Genehmigungsvoraussetzungen und dieerteilung von Genehmigungen« tätig geworden sei (BVerfGE 53, 58). Dem tritt nunmehr das Gericht auch für das Problemfeld des Fluglärm bei, indem es in ihm grundsätzlich ein den Schutzbereich des Art. 2 II GG tangierendes Gesundheitsrisiko anerkennt (BVerfGE 56, 77) und die nach wissenschaftlichen Erkenntnissen gebotene Lärmbekämpfung zu einer grundrechtsrelevanten Pflicht erklärt, die »nicht ausschließlich davon abhängen (dürfe), welche Maßnahmen gegenwärtig technisch machbar« seien (S. 80).

Obwohl der Senat weiter konstatiert, daß auf dem Gebiet der Fluglärmbekämpfung weder befriedigende Verhältnisse erreicht noch alle denkbaren Schutzmaßnahmen verwirklicht seien, kommt er gleichwohl zu dem Ergebnis, der Gesetzgeber habe die ihm obliegenden Schutzpflichten durch das Unterlassen von Nachbesserungen am Gesetz noch nicht verletzt (a. a. O.). Es fehle nämlich an einer evidenten Pflichtverletzung, die das grundsätzlich zu beachtende politische Ermessen des Gesetzgebers so reduziert haben könnte, daß sich der Entscheidungsspielraum über das »Ob« und »Wie« umweltpolitischer Interventionen gleichsam alternativlos verdichtet hätte<sup>68</sup>. Ein Verfassungsverstoß kann danach erst dann festgestellt werden, »wenn evident ist, daß eine ursprünglich rechtmäßige Regelung wegen zwischenzeitlicher Änderung der Verhältnisse verfassungsrechtlich untragbar geworden ist, und wenn der Gesetzgeber gleichwohl weiterhin untätig geblieben ist oder offensichtlich fehlsame Nachbesserungsmaßnahmen getroffen hat« (S. 81).

So plausibel die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten allgemeinen Kriterien für eine judikative Kontrolle der parlamentarischen Programmentwicklungs- und Programmrevisionspflicht zunächst auch ausfallen mögen, so wenig kann die darauf folgende Subsumtion überzeugen. Hier hätte der Senat im einzelnen klären müssen,

65 BVerfGE 25, 1 (12) »Mühlengesetz«; 50, 290 (177) »Mitbestimmung«; 55, 274 (317) »BAföG«; vgl. dazu auch Breuer, *Der Staat* 16 (1977), S. 21 ff. und Stettner, DVBl. 83, 1123.

66 H. Laufer, *Bundesverfassungsgericht und politischer Prozeß*, Tübingen 1968, S. 371.

67 Vgl. dazu Massing (FN 5), S. 42.

68 A. a. O. unter Berufung auf BVerfGE 4, 7 (18); 27, 253 (283); 33, 303 (333); 36, 321 (330); 39, 1 (44); 46, 160 (164).

ob die in den einschlägigen Gesetzen enthaltenen Regelungskonzepte, Eingriffsbefugnisse und Ermächtigungen zur untergesetzlichen Programmentwicklung als legislative Steuerungsdimensionen ausreichen und somit eher ein administratives Vollzugsdefizit anzunehmen ist oder ob es hinreichende Gründe gibt, die Konzeptualisierung des Fluglärm schutzes durch den Gesetzgeber selbst zu kritisieren. Bedenken hätten sich hier vor allem wegen mangelnder gesetzlicher Vorgaben für einen aktiven Lärmschutz aufdrängen müssen. Statt dessen begnügte sich das Bundesverfassungsgericht mit der Exkulpation der parlamentarischen Regelungsabstinentz durch die Zusammenstellung von Aktivitäten, die von internationalen Grenzen, der Bundesregierung und vom Bundestag seit 1971 eingeleitet worden waren (S. 82 ff.). Geht es um das Untätigbleiben des Gesetzgebers, so erscheint der Verweis auf die umfangreiche Förderung der Umweltforschung, die Berufung von Kommissionen, die Erstellung von Bestandsaufnahmen zur Umweltbelastung, die Veranstaltung öffentlicher Hearings und parlamentarischer Anfragen allein als keine ausreichende Begründung für die dilatorische Behandlung des Problems als Gegenstand der parlamentarischen Gesetzgebung. Statt dessen scheint sich darin weniger der Regelungswille als vielmehr die aktivistische Version der Politik der »non-decisions« zu dokumentieren.

Eine Parallele zum Regelungsdefizit im Fluglärm bietet das Problem des Verkehrslärms, auf den das Judikat des Bundesverfassungsgerichts übertragbar ist. Hier sah zunächst das Schutzsystem der §§ 41 ff. BImSchG eine weitgehend auf die administrative Programmentwicklung delegierte Ermächtigung vor, durch den Erlass von Immissionsgrenzwerten im Verordnungswege die erforderlichen quantitativen Festlegungen zu treffen. Entsprechende Arbeiten der Ministerialbürokratie wurden jedoch abgebrochen, um ein umfassenderes Verkehrslärmschutzgesetz zu ermöglichen. Nach seinem parlamentarischen Scheitern blieben die §§ 41 ff. BImSchG nicht weiter operationalisierte Regelungsrudimente<sup>69</sup>. Nachdem nun das Bundesverwaltungsgericht die Unvollziehbarkeit der Verkehrslärmschutzkonzepte festgestellt hat<sup>70</sup>, liegen verfassungsrechtliche Bedenken nahe, ob der Staat nicht gegen die vom Bundesverfassungsgericht reklamierte Schutzpflicht verstoßen hat. Stellt man auf die Regelungsbedürftigkeit und die Regelungsabstinentz ab, liegt eine Verletzung des Art. 2 II GG auf der Hand, lässt man die reine politische Aktivität im vorlegislativen Raum genügen, käme man zu einem dem »Fluglärm beschluß« entsprechenden Ergebnis.

Die mangelnde Stringenz der verfassungsgerichtlichen Programmentwicklungskontrolle hat für die Beziehungen zwischen Parlament und Verfassungsgerichtsbarkeit ambivalente Folgen. Zum einen dokumentiert das Bundesverfassungsgericht in der grundsätzlichen Bejahung von Nachbesserungspflichten des Parlaments, daß es gewillt ist, den Gesetzgeber unter verstärkte Kontrolle zu stellen, zum anderen zeigt seine bisherige Entscheidungspraxis, daß der aktuellen Umweltpolitik von dem demonstrativ über das Parlament gehängten Damoklesschwert derzeit noch wenig zu drohen scheint. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde gegen das staatliche Untätigbleiben gegenüber dem »sauren Regen« belegt diese These<sup>71</sup>. Somit entwickelt das Gericht auch gegenüber der legislativen Programmentwicklung im Umweltschutz weniger die Attitüde des autoritä-

<sup>69</sup> Vgl. dazu E. Schmidt-Aßmann, Schutz gegen Verkehrslärm, in: Salzwedel (Hrsg.), *Grundzüge des Umweltrechts*, Berlin 1981, S. 313 (318).

<sup>70</sup> BVerwG DÖV 81, 758 (759).

<sup>71</sup> BVerfG UPR 83, 372. Kaum ein Bereich des Umweltrechts scheint in Zukunft vor ähnlichen Verfassungsbeschwerden sicher zu sein. Eine neue Beschwerde in Sachen Dioxin ist bereits anhängig (vgl. Der Spiegel 25/1984).

ren Zensors als der milden Autorität eines souveränen Hüters des verbände-pluralistischen Konsenses<sup>72</sup>.

Jedoch ist anzunehmen, daß mit der Verschärfung der ökologischen Krisensymptome und dem verstärkten Auftreten organisierter Interessen zum Schutze der Umwelt die in der »Fluglärm entscheidung« entwickelten Ansätze nicht folgenlos bleiben können. Bedeutungsvoll erscheinen sie aber weniger in bezug auf eine Programmierungskontrolle des Bundestages als vielmehr der Exekutive und hier besonders der einzelnen Länder. Betrachtet man die vielfältigen und zum Teil jahrzehntelang ungenutzten Ermächtigungen zur umweltpolitischen Programmierung durch die Regierungen der einzelnen Bundesländer<sup>73</sup>, so ist diese Regelungsabstinenz um so prekärer, als aus den allgemeinen Zielen der jeweiligen Gesetze und ihren zum Teil bindenden Ermächtigungsnormen ein im Vergleich zu Art. 2 II GG wesentlich bestimmterer Schutzauftrag zu entnehmen ist. Allein die Restriktionen des auf den Individualrechtsschutz reduzierten öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzsystems können hier noch der Mobilisierung einer umfassenden judikativen Programmierungskontrolle entgegenhalten werden.

#### *V. Umweltschutz als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Privateigentums – neu entdeckte Grenzen für die Grundrechtsausübung?*

Der »Naßauskiesungs-Beschluß« (BVerfGE 58, 300 ff.) enthält in seiner umweltrechtlichen Komponente einen Abgrenzungsversuch zwischen verfassungsrechtlichen Bestands- und Entschädigungsgarantien des Privateigentums und den Gestaltungsspielräumen der Umweltpolitik. Insoweit unterscheidet er sich von den technikzentrierten Entscheidungen, die eben erörtert wurden.

§ 1a III des WHG normiert eine für den Umweltschutz richtungsweisende Schrankenbestimmung des Privateigentums: »Das Grundeigentum berechtigt nicht 1. zu einer Gewässerbenutzung, die nach diesem Gesetz oder nach den Landeswassergesetzen einer Erlaubnis oder Bewilligung bedarf ...« Darunter fällt nicht nur die Einleitung von Abwässern, sondern auch die Kiesgewinnung, soweit dadurch das Grundwasser berührt ist. Der damit intendierte Gewässerschutz wurde durch die restriktive Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur behördlichen Gestattung solcher Eingriffe in die Natur unterstützt<sup>74</sup>, durch die entschädigungsrechtliche Judikatur des Bundesgerichtshofes<sup>75</sup> im Falle der Versagung der wasserrechtlichen Genehmigungen jedoch auf der fiskalischen Ebene faktisch weitgehend konterkariert<sup>76</sup>.

Demgegenüber stellt das Bundesverfassungsgericht im »Naßauskiesungs-Beschluß« ausdrücklich fest, das WHG unterstelle »das Grundwasser einer vom Grundeigen-

<sup>72</sup> Vgl. dazu Hase/Ladeur (FN 22), S. 314 ff.

<sup>73</sup> Vgl. nur §§ 36, 36b, 27 WHG; § 15 III AbfG; §§ 44, 46, 49 I, 49 II, 49 III BlmSchG.

<sup>74</sup> Vgl. BVerfGE 55, 220.

<sup>75</sup> BGHZ 60, 126.

<sup>76</sup> Die justizimmanente Bedeutung dieses Beschlusses liegt daher in der erneuten Klarstellung der Kompetenzbereiche der ordentlichen und der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei Rechtsstreitigkeiten um den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG. Daß dieser Entscheidung der justizpolitisch äußerst delikate Vorgang eines vom BVerfG beim dissentierten BGH nachdrücklich angemahnten Vorlagebeschlusses zugrunde liegt (vgl. dazu das obiter dictum in BVerfGE 45, 63 (75 f. u. 80 f.) und den Vorlagebeschluß (BGH NJW 78, 2290)), um die entgegenlaufende Rechtsprechung des BGH in die verfassungsrechtlichen Schranken zu weisen (vgl. etwa BGHZ 60, 126 (136 f.)), sei hier nur angemerkt (vgl. dazu Bryde, Der Kampf um die Definition von Art. 14 GG, verv. Ms., erscheint in Band 10 des Jahrbuchs für Rechtssoziologie und Rechtstheorie; zur kontroversen Rezeption von BVerfGE 58, 300: Rüttstieg, NJW 82, 721; Kimmich, NuR 83, 1; Leisner, DVBl. 83, 61.).

tum losgelösten öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung« (S. 328). Dem entspricht auch der Regelungsansatz des § 6 WHG, nach dem den Nutzungsinteressenten grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Genehmigung ihrer Vorhaben zusteht (a. a. O.). Somit basiert das Eigentumskonzept des Wasserrechts darauf, daß »dem Grundstückseigentümer prinzipiell nicht das Recht gewährt (wird), auf das im Untergrund vorhandene Wasser einzuwirken. So wie seine Befugnisse an den Grundstücksgrenzen enden, endet seine Rechtsstellung in die Tiefe prinzipiell dort, wo er mit dem Grundwasser in Berührung kommt« (S. 329).

Für das Bundesverfassungsgericht gehören diese wasserhaushaltsrechtlichen Restriktionen zu der gemäß Art. 14 I 2 GG legislativ zu konkretisierenden Definition des Inhalts und der Schranken des Eigentums, die deutlich von der Legal- und Administrativenteignung des Art. 14 III 2 GG abzugrenzen sei (S. 330 f.). Mithin liegt im zivilrechtlichen Eigentumsbegriff keine abschließende Regelung von Inhalt und Schranken der verfassungsrechtlichen Eigentumsverbürgungen des Art. 14 GG. Dies bedeutet auch die Absage an die aus den justizpolitischen Kampfzeiten der Weimarer Republik tradierte Auffassung<sup>77</sup>, eine Enteignung liege schon dann vor, »wenn das Recht des Eigentümers, mit seiner Sache gemäß § 903 BGB nach Belieben zu verfahren, zugunsten Dritter beeinträchtigt« werde<sup>78</sup>. Dazu stellt das Bundesverfassungsgericht lapidar fest: »Diese am Vorrang der bürgerlich-rechtlichen Eigentumsordnung gegenüber öffentlich-rechtlichen Vorschriften orientierte Rechtsansicht entspricht nicht dem Grundgesetz. Der Begriff des von der Verfassung gewährleisteten Eigentums muß aus der Verfassung selbst gewonnen werden« (S. 335). Damit schwindet auch die Begründbarkeit des Eigentumsschutzes gegenüber der Umweltpolitik aus vorgeblich überpositiven und vorstaatlichen Wertordnungen. »Der Gesetzgeber ist bei der Schaffung einer dem Grundgesetz gemäßigen Güterordnung nicht an einen aus der ›Natur der Sache‹ sich ergebenden Eigentumsbegriff gebunden« (S. 339). Gesetzgebungstechnisch bedeutet dies, daß bei knappen Umweltressourcen das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, das einen Rechtsanspruch auf Genehmigung einräumt, wenn keine Versagungsgründe greifen, nicht mehr als das einzig adäquate ordnungsrechtliche Komplementärinstitut zum Privat-eigentum betrachten werden kann.

Die möglichen Folgen dieser Entscheidung sind noch nicht absehbar. Was das Bundesverfassungsgericht in bezug auf den Grundwasserschutz entwickelt hat, wird für den Schutz fließender Gewässer prinzipiell kaum zu negieren sein. Fernwirkungen auf andere Rechtsgebiete, insbesondere zum Immissionsschutz, sind, zumal das Bundesverfassungsgericht explizit auf die Vergleichbarkeit des Wasserhaushalts und der Luftreinhaltung verweist (S. 339), gleichfalls kaum von der Hand zu weisen<sup>79</sup>. Davon könnten grundsätzlich nicht nur neu zu errichtende Anlagen betroffen werden, sondern auch bereits konzessionierte Altanlagen. Schon für alte wasserrechtliche Nutzungen hat das Bundesverfassungsgericht betont, der Gesetzgeber sei bei der Neuordnung eines Rechtsgebietes nicht gehalten, »die alten Rechtspositionen zu konservieren oder gegen Entschädigung zu entziehen« (S. 351). Vielmehr könne er durch »eine angemessene und zumutbare Überleitungsregelung individuelle Rechtspositionen umgestalten, wenn Gründe des Gemeinwohls vorliegen, die den Vorrang vor dem ... Vertrauen auf den Fortbestand eines wohlerworbenen Rechts verdienen« (S. 351)<sup>80</sup>.

77 Vgl. dazu O. Kirchheimer, *Die Grenzen der Enteignung* (1930), in: ders., *Funktionen des Staates und der Verfassung. 10 Analysen*, Frankfurt/Main 1972, S. 223 ff.

78 RGZ 116, 268 (272).

79 Vgl. dazu den sehr instruktiven Aufsatz von Sendler, UPR 83, 33 (40 f.).

80 Unter Hinweis auf BVerfGE 31, 275 (285); 36, 281 (293); 43, 242 (288).

Vergleicht man die vier umweltrechtlichen Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, ergibt sich ein Schwerpunkt in den technikbezogenen Problematisierungen. Sieht man von der »Naßauskiesungs-Entscheidung« ab, überwiegen die prozeßorientierten Thematisierungen die ergebnisorientierten. Darüber hinaus hat auch die ergebnisorientierte Fragestellung des »Kalkar-Beschlusses« kaum die materiellen Rechtmäßigkeitskriterien entwickeln können, auf die eine inhaltliche Kontrolle technischer Risiken angewiesen ist. Dagegen enthalten der »Mülheim-Kärlich-Beschluß« und die »Fluglärm-Entscheidung« einige wichtige und ausbaufähige Überlegungen zur Dimensionierung des verwaltungs- und verfassungsgerichtlichen Prüfungsrahmens, da sie Programmentwicklung und Implementation von Umweltstandards als politisch-administrativen Prozeß begreifen, für den ergebnisbezogene Rechtmäßigkeitswägungen nur in seltenen Fällen eindeutige Maßstäbe setzen können. Allerdings bleiben auch die prozedural orientierten Ansätze letztlich solange noch Kontrollrhetorik, als sie nur abstrakte Kriterien entwickeln, ohne sie im konkreten Fall praktisch werden zu lassen.

Nimmt man die eigentumsrechtliche Komponente der Umweltpolitik, die der »Naßauskiesungs-Beschluß« enthält, hinzu, ergibt sich, daß das Bundesverfassungsgericht die legislativen Entscheidungsräume weitgehend offen gehalten und sich selbst die Basisvoraussetzungen für eine Intervention in den umweltpolitischen Prozeß geschaffen hat. Dies ging zwar im Endeffekt zunächst meistens zu Lasten der umweltschutzorientierten Interessen, zeigt jedoch auch, daß aktuell noch der Gesetzgeber gefordert ist und auch gefordert werden kann. Weder reicht der Hinweis auf die Bestandsgarantie des Art. 14 GG aus, um der Umweltpolitik restriktive Grenzen zu setzen, noch ergibt sich bisher aus Art. 2 II GG ein einklagbarer Anspruch auf eine Gesetzgebung, in der die ökologischen Anliegen den unumschränkten Vorrang beanspruchen könnten. Insoweit also ergebnisbezogen offen, wird sich der verfassungsrechtliche Prüfungsrahmen – wenn überhaupt – auf die form- und funktionsgerechte Entwicklung von Umweltschutzprogrammen beziehen müssen.

Dies bedeutet zunächst, daß sich die Rechtmäßigkeitskontrollen nicht nur auf die Prüfung des Zustandekommens, sondern vor allem auf die Steuerungs- und Entwicklungsfähigkeit nachfolgender Programmentwicklungsphasen beziehen sollten. In diesem Sinne hätte die Rechtsprechung zu allererst dafür zu sorgen, daß die auch in der Umweltpolitik dominierende Neigung zu dilatorischen Formelkompromissen die Gesetzgebung nicht vollends in rituellen Übungen rhetorischer Problembehandlungen auflöst. Die auch für das Umweltrecht zu beachtende »Wesentlichkeitstheorie« könnte dabei durch eine prozeßorientierte Interpretation problemadäquate Kontrolldimensionen eröffnen<sup>81</sup>. Hier dürften umfangreiche Aufgaben für eine kritische Durchforstung der bisherigen Umweltgesetzgebung auf prozedurale Mängel zu bewältigen sein, die letztlich eine konzeptionelle Neuordnung der Gesetzgebung erfordern.

<sup>81</sup> Vgl. dazu Wolf (FN 21), S. 452 f.